

มกราคม 2554



สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ

โดย

ดร.หฤษฎ์ รอดประเสริฐ

สันสนีย์ แก้วพรสวรรค์

สาขานโยบายการเงิน

สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ

ดร. หฤษฎ์ รอดประเสริฐ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์*

สาขานโยบายการเงิน

มกราคม 2554

ข้อคิดเห็นที่ปรากฏในบทวิจยนี้ เป็นความคิดเห็นของผู้เขียน
ซึ่งไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับความเห็นของธนาคารแห่งประเทศไทย

บทสรุปผู้บริหาร

ในภาวะปัจจุบันที่ประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในภูมิภาคเอเชีย ต้องเผชิญกับความผันผวนของเงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ ประกอบกับแนวโน้มการจัดทำความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs) ด้านการลงทุนซึ่งเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว จึงเป็นความท้าทายต่อประเทศต่างๆ ในการสร้างสมดุลระหว่างการรักษาสิทธิของทางการของประเทศเจ้าบ้านในการดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาเสถียรภาพเศรษฐกิจการเงินของประเทศ กับสิทธิของนักลงทุน ทั้งนักลงทุนต่างชาติเพื่อคุ้มครองการเข้ามาลงทุนในประเทศ และนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตนเองเพื่อคุ้มครองการไปลงทุนในประเทศคู่ภาคี

บทวิจยฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อวิเคราะห์และสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับแนวทางในการสงวนสิทธิของทางการเพื่อดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลง FTAs ของประเทศต่างๆ โดยเน้นความตกลงด้านการลงทุนเป็นหลัก ตลอดจนรวบรวมแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ในปัจจุบัน ซึ่งยอมรับการนำมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายมาเป็นเครื่องมือหนึ่งในการดูแลเสถียรภาพเศรษฐกิจมากขึ้น โดยมีการวิเคราะห์ข้อบทซึ่งเป็นบรรทัดฐานจากองค์กัระหว่างประเทศและความตกลงระดับพหุภาคี ตลอดจนตัวอย่างข้อบทจากความตกลงของประเทศต่างๆ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเกี่ยวกับแนวทางการสงวนสิทธิของทางการในการดูแลเสถียรภาพระบบเศรษฐกิจการเงินภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุน

* ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณฤทธิชนก มณีวัต คุณพรวิภา ตั้งเจริญมั่นคง และคุณปวีรพรต กนิษฐเสนา สำหรับการสนับสนุนด้านข้อมูล คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ และความคิดเห็นที่ช่วยให้บทความมีความสมบูรณ์ และขอขอบคุณผู้วิจารณ์ (ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล) ที่ได้ให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อรายงานการศึกษานี้

สารบัญ

บทสรุปผู้บริหาร	i
ส่วนที่ 1 บทนำ	1
ส่วนที่ 2 หลักการและประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย	4
2.1 ประเภทของมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย	
2.2 ประเด็นสำคัญที่ควรคำนึงถึงในการพิจารณาใช้มาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย	
ส่วนที่ 3 บรรทัดฐานจากองค์การระหว่างประเทศและความตกลงระดับพหุภาคี	8
3.1 ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Articles of Agreement of IMF)	
3.2 ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ขององค์การการค้าโลก (WTO)	
3.3 กฎว่าด้วยการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายของ OECD (OECD Code of Liberalisation of Capital Movements)	
3.4 ร่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Agreement on Investment: MAI)	
ส่วนที่ 4 ตัวอย่างข้อบทจากประเทศพัฒนาแล้ว (G3)	17
<i>ความตกลงซึ่งมีประเทศในกลุ่ม G3 เป็นภาคีหลัก</i>	
4.1 สหรัฐอเมริกา	
4.2 สหภาพยุโรป	
4.3 ประเทศญี่ปุ่น	
ส่วนที่ 5 ตัวอย่างข้อบทจากประเทศกำลังพัฒนา	25
<i>ประเภทที่ 1 ความตกลงระดับทวิภาคี</i>	
5.1 ประเทศไทย	
5.2 สาธารณรัฐอินเดีย	
5.3 สาธารณรัฐชิลี	
<i>ประเภทที่ 2 ความตกลงระดับภูมิภาค (อาเซียนและประเทศคู่เจรจา)</i>	
5.4 สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN)	

ส่วนที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

56

- 6.1 สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้บรรทัดฐานจากองค์การระหว่างประเทศ และภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของประเทศต่างๆ
- 6.2 นัยและข้อเสนอแนะในเชิงนโยบาย

บรรณานุกรม

ภาคผนวก

ภาคผนวก 1 ตารางเปรียบเทียบสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลงขององค์การระหว่างประเทศ ความตกลงระดับพหุภาคี และความตกลงการค้าเสรี ซึ่งมีประเทศ G3 เป็นภาคีหลัก (สรุปส่วนที่ 1-4)

ภาคผนวก 2 ตารางเปรียบเทียบสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลงการค้าเสรี ซึ่งมีประเทศกำลังพัฒนาเป็นภาคีหลัก (สรุปส่วนที่ 5)

ส่วนที่ 1

บทนำ

ท่ามกลางกระแสโลกาภิวัตน์ซึ่งระบบเศรษฐกิจการเงินของประเทศต่างๆ ในโลกมีความเชื่อมโยงกันมากยิ่งขึ้น จึงมีเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศมากขึ้น ทั้งนี้ เงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศมักจะมีประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจการเงินในแง่ต่างๆ อาทิเช่น ก่อให้เกิดการจัดสรรและกระจายเงินออมและเงินทุนอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ผู้ที่มีช่องทางในการระดมทุนมากขึ้น กล่าวคือ ไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะแหล่งเงินทุนภายในประเทศ ซึ่งน่าจะช่วยลดต้นทุนในการระดมทุน ในขณะที่ผู้ลงทุนมีทางเลือกในการลงทุนมากขึ้น ซึ่งจะช่วยในการแสวงหาผลตอบแทนและกระจายความเสี่ยงได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งเงินทุนเคลื่อนย้าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนทางตรง (Foreign Direct Investment: FDI) มักจะก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยี ตลอดจนการถ่ายทอดความรู้ในกระบวนการผลิต การบริหารจัดการ ซึ่งจะช่วยเสริมสร้างประสิทธิภาพในภาคธุรกิจสำหรับเงินทุนเคลื่อนย้ายในรูปแบบตราสาร มีส่วนช่วยพัฒนาตลาดการเงินและตลาดทุนเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เงินทุนเคลื่อนย้ายก็อาจก่อให้เกิดความเสี่ยง และอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจการเงินได้ กล่าวคือ อาจส่งแรงกดดันต่ออัตราแลกเปลี่ยน ทำให้ค่าเงินมีแนวโน้มเคลื่อนไหวในทิศทางใดทิศทางหนึ่งอย่างรุนแรง หรืออาจทำให้ค่าเงินมีความผันผวน ซึ่งอาจกระทบต่อการดำเนินนโยบายการเงิน ความสามารถในการแข่งขันของภาคธุรกิจ ตลอดจนฐานะงบบุคคลและองค์กร ตัวอย่างเช่น หากมีเงินทุนทะลักเข้ามาในประเทศจำนวนมาก ก็อาจทำให้เกิดภาวะฟองสบู่ในราคาสินทรัพย์ โดยเฉพาะราคาอสังหาริมทรัพย์ และเกิดการขยายตัวของสินเชื่อที่เกินกว่าปัจจัยพื้นฐาน จนอาจทำให้ระบบการเงินมีความเปราะบาง และอาจทำให้มี credit risks มากขึ้น ในทางกลับกัน หากมีเงินทุนไหลออกนอกประเทศเป็นจำนวนมากอย่างรวดเร็ว ก็มักจะก่อให้เกิดปัญหาด้านดุลการชำระเงินและปัญหาด้านสภาพคล่องในตลาดการเงินและตลาดทุนของประเทศ จนอาจนำไปสู่วิกฤตเศรษฐกิจการเงินได้

ความเสี่ยงและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากเงินทุนเคลื่อนย้าย ซึ่งให้เห็นถึงความสำคัญของการดูแลไม่ให้เงินทุนเคลื่อนย้ายส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจการเงินจนเกินควร โดยเฉพาะในปัจจุบันที่เงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศมีปริมาณสูงและผันผวนมาก ขณะที่ในด้านการลงทุนระหว่างประเทศนั้นยังไม่มีบรรทัดฐานที่ชัดเจนในระดับสากล ส่วนใหญ่มักจะอยู่ในรูปของความตกลงด้านการลงทุนในระดับภูมิภาคหรือระดับทวีปแทน ต่างจากความตกลงด้านการค้าสินค้าและการค้าบริการ² ซึ่งมีกรอบที่ชัดเจนในระดับ

¹ The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) (1994) และ World Trade Organization (WTO) (1995), Multilateral Agreements on Trade in Goods, Annex 1A to the Agreement Establishing the World Trade Organization

² World Trade Organization (WTO) (1995), The General Agreement on Trade in Services (GATS)

พหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ซึ่งเป็นที่ยอมรับจากประเทศสมาชิกกว่า 150 ประเทศ สาเหตุที่ยังไม่มีความตกลงด้านการลงทุนในระดับพหุภาคีออกบังคับใช้ อาจเป็นเพราะระดับการพัฒนาและกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ส่งผลทำให้การเจรจาจัดทำร่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Agreement on Investment: MAI) ซึ่งริเริ่มโดยกลุ่มประเทศ OECD³ ไม่ประสบความสำเร็จ โดยมีกระแสต่อต้านจากกลุ่มต่างๆ ในภาคประชาชนและภาคประชาสังคม จนในที่สุดการเจรจาจัดทำร่างความตกลงดังกล่าวต้องยุติลงในปี 1998

อย่างไรก็ดี การจัดทำความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs) ด้านการลงทุน มีความท้าทายในการสร้างสมดุลระหว่างการรักษาสีทธิของนักลงทุนต่างชาติเพื่อส่งเสริมและดึงดูดการลงทุน กับสิทธิของทางการของประเทศเจ้าบ้านในการดำเนินมาตรการที่จำเป็น โดยเฉพาะมาตรการกำกับดูแลเงินทุนเคลื่อนย้าย เนื่องด้วยมาตรการดูแลเงินทุนเคลื่อนย้ายอาจจะถูกตีความว่าขัดต่อพันธกรณีหรือข้อผูกพันภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุน ซึ่งมักจะมุ่งเน้นถึงการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ รวมถึงการรับรองให้นักลงทุนสามารถโอนเงินโดยเสรี ด้วยเหตุนี้ พันธกรณีหรือข้อผูกพันเหล่านี้จึงอาจถูกมองว่าเป็นการจำกัดสิทธิอำนาจในการดำเนินนโยบาย (policy space) ภายใต้ความตกลงฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากไม่มีข้อสงวนหรือข้อยกเว้นสำหรับทางการในการดำเนินมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวข้องเพียงพอ

ในช่วงหลังวิกฤติเศรษฐกิจโลกในปี 2008 การลงทุนนับเป็นปัจจัยสำคัญที่จะช่วยดึงเศรษฐกิจประเทศต่างๆ ออกจากภาวะเศรษฐกิจถดถอย ซึ่งความตกลง FTAs ด้านการลงทุนก็อาจมีส่วนช่วยในการดึงดูดให้มีเงินเข้ามาลงทุนในประเทศมากขึ้นได้บ้าง ขณะเดียวกันแนวโน้มการลงทุนก็มีทิศทางที่เปลี่ยนไปจากเดิมที่ประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ G3 (สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น) เป็นผู้นำเงินไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา กลายเป็นประเทศใน Emerging Markets ที่เริ่มมีบทบาทเป็นผู้ลงทุนที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจโลก ซึ่งในการจัดทำความตกลงด้านการลงทุนของประเทศกำลังพัฒนา จึงควรคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนของชนชาติของตนที่จะไปลงทุนในต่างประเทศด้วยเช่นกัน

บทวิจัยฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อวิเคราะห์และสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับแนวทางในการสงวนสิทธิเพื่อดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลง FTAs ของประเทศต่างๆ โดยเน้นความตกลงด้านการลงทุนเป็นหลัก ตลอดจนรวบรวมแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ในปัจจุบัน ซึ่งยอมรับการนำมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายมาเป็นเครื่องมือหนึ่งในการดูแลเสถียรภาพเศรษฐกิจมากขึ้น⁴ โดยในส่วนที่ 2 จะเป็นหลักการและประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย และ ส่วนที่ 3 เป็นการวิเคราะห์ข้อบท

³ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) คือ องค์การที่มีประเทศอุตสาหกรรมเป็นสมาชิกทั้งหมด 30 ประเทศ โดยที่ประเทศเหล่านี้ร่วมมือแล้วผลิตสินค้าและบริการเป็นปริมาณประมาณสองส่วนสามของทั้งโลก นอกจากนี้จะมีความร่วมมือภายในกลุ่มประเทศสมาชิกแล้ว OECD ยังมีส่วนร่วมในการพัฒนาเศรษฐกิจกับประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกอีกมากถึง 70 ประเทศ รูปแบบของความร่วมมือต่างๆ ของประเทศสมาชิกและประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกมีหลากหลาย รูปแบบ เช่น ข้อผูกมัดทางกฎหมาย (legally binding agreement) แนวทางแนะนำเพื่อนำไปปฏิบัติ (guideline) และ สนธิสัญญาความตกลง (treaty)

⁴ ตัวอย่างบทความหรือข้อเขียนที่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว เช่น Ostry and Others (2010), Capital Inflows: The Role of Controls และ International Monetary Fund (IMF) (2010), "Global Liquidity Expansion : Effects on "Receiving" Economies and Policy Response Options", Chapter 4, Global Financial Stability Report

ซึ่งเป็นบรรทัดฐานจากองค์ระหว่างประเทศและความตกลงระดับพหุภาคี สำหรับส่วนที่ 4 และส่วนที่ 5 จะเป็นการวิเคราะห์ตัวอย่างข้อบกพร่องเกี่ยวกับสิทธิในการดำเนินมาตรการที่เกี่ยวข้องจากความตกลงฯ ซึ่งมีประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาเป็นภาคีหลัก ตามลำดับ เพื่อนำไปสู่ส่วนที่ 6 ซึ่งเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเกี่ยวกับแนวทางการสงวนสิทธิของทางการในการดูแลเสถียรภาพระบบเศรษฐกิจการเงินภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุน

ส่วนที่ 2

หลักการและประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย

มาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย โดยทั่วไปแล้ว มักจะเป็นมาตรการซึ่งทางการของประเทศเจ้าบ้าน (โดยเฉพาะธนาคารกลาง และ/หรือกระทรวงการคลัง) ใช้ในการกำกับดูแลธุรกรรมที่เกี่ยวกับการถือครอง และการโอนเงินทุนระหว่างประเทศ โดยที่การกำกับดูแลธุรกรรมดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ภายใต้อำนาจหน้าที่ของทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อดูแลรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจการเงินในระดับมหภาค ซึ่งรวมถึงการดูแลไม่ให้อัตราแลกเปลี่ยนผันผวนจนเกินควร และการป้องกันการเก็งกำไร ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพของระบบเศรษฐกิจการเงิน

2.1 ประเภทของมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย⁵

มาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายสามารถจำแนกตามรูปแบบได้เป็น 3 ประเภท กล่าวคือ มาตรการด้านราคา มาตรการด้านปริมาณหรือระเบียบปฏิบัติ และมาตรการซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งมาตรการด้านราคาและเป็นมาตรการด้านปริมาณหรือระเบียบปฏิบัติ อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 มาตรการด้านราคา (Price-based or Market-based Measures) หมายถึง มาตรการซึ่งส่งผลกระทบต่อการทำธุรกรรมเงินทุนเคลื่อนย้าย โดยส่งผลผ่านกลไกราคาหรือภาระต้นทุน ตัวอย่างของมาตรการ ได้แก่

- ❖ **มาตรการเก็บภาษีเงินโอนระหว่างประเทศ** หมายถึง มาตรการด้านราคา ซึ่งอาจเก็บภาษีจากเงินโอนขาเข้า (Entrance Tax) หรือเงินโอนขาออก (Exit Tax) โดยมักจะเก็บจากธุรกรรมประเภทที่ทางการกำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นธุรกรรมที่ทางการเห็นว่าเป็นช่องทางในการเก็งกำไรระยะสั้น หรือเป็นธุรกรรมที่จะก่อให้เกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจการเงิน

2.1.2 มาตรการด้านปริมาณหรือระเบียบปฏิบัติ (Quantity-based or Administrative Measures) หมายถึง มาตรการซึ่งกำหนดวงเงินที่นักลงทุนจะสามารถโอนเงินสำหรับธุรกรรมบางประเภท หรือห้ามทำธุรกรรมบางประเภท หรืออาจกำหนดระเบียบปฏิบัติ เช่น

⁵ International Monetary Fund (IMF) (2010), "Global Liquidity Expansion : Effects on "Receiving" Economies and Policy Response Options", Chapter 4, Global Financial Stability Report, p. 8-10

- ❖ **มาตรการควบคุมการใช้เงินสกุลของประเทศเจ้าบ้านนอกประเทศเจ้าบ้าน** (*Regulations on Offshore Local-currency Trading or Non-internationalization / Limited Internationalization of Local Currency*) หมายถึง มาตรการที่มักจะกำหนดวงเงิน เพื่อจำกัดการนำเงินสกุลของประเทศเจ้าบ้านออกไปใช้ในการทำธุรกรรมการเงินในต่างประเทศ หรือเพื่อจำกัดการกู้ยืมหรือการถือครองเงินสกุลของประเทศเจ้าบ้าน โดยบุคคลผู้มีถิ่นฐานนอกประเทศเจ้าบ้าน(non-residents) ทั้งนี้ เพื่อลดความเสี่ยงที่บุคคลผู้มีถิ่นฐานนอกประเทศเจ้าบ้าน จะนำเงินสกุลของประเทศเจ้าบ้านไปเก็งกำไรค่าเงิน
- ❖ **มาตรการกำหนดเงื่อนไขให้มีการขออนุมัติจากทางการ** (*Approval Requirement*) หมายถึง มาตรการที่กำหนดให้นักลงทุนผู้ต้องการจะทำธุรกรรมบางประเภทต้องมาขออนุมัติ (approval) จากธนาคารกลาง ซึ่งในบางครั้งอาจผสมผสานกับเงื่อนไขเรื่องวงเงินของธุรกรรมนั้นๆ เช่น อาจกำหนดว่าการทำธุรกรรมประเภทใดประเภทหนึ่ง หากเกินกว่าวงเงินโดยปกติที่ได้กำหนดไว้ ก็จะต้องมาขออนุมัติจากธนาคารกลาง เพื่อกำกับดูแลไม่ให้ธุรกรรมดังกล่าวกลายเป็นช่องทางในการเก็งกำไร
- ❖ **มาตรการกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำสำหรับเงินทุนขาเข้า** (*Minimum Holding Period or Minimum Stay Requirement*) หมายถึง มาตรการด้านระเบียบปฏิบัติ ซึ่งกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำซึ่งเงินทุนที่นำเข้ามาในประเทศเจ้าบ้านจะต้องอยู่ในประเทศ ก่อนที่จะโอนกลับออกนอกประเทศ ทั้งนี้ เพื่อช่วยให้เงินทุนที่เข้ามาในประเทศมีลักษณะเป็นเงินทุนระยะยาวขึ้น และมีเสถียรภาพยิ่งขึ้น

2.1.3 มาตรการซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งมาตรการด้านราคาและมาตรการด้านปริมาณหรือระเบียบปฏิบัติ

ตัวอย่างของมาตรการ ได้แก่

- ❖ **มาตรการกันสำรองเงินทุนขาเข้าระยะสั้น** (*Unremunerated Reserve Requirement : URR*) เป็นมาตรการซึ่งมีองค์ประกอบของทั้งมาตรการด้านราคาและมาตรการด้านระเบียบปฏิบัติ เนื่องด้วยกำหนดให้การทำธุรกรรมเงินทุนขาเข้าบางประเภท ต้องมีการกันสำรองไว้ในสัดส่วนที่ทางการกำหนด (เช่น ร้อยละ 30 ของมูลค่าเงินทุนที่นำเข้า) โดยที่เจ้าของเงินทุนขาเข้าดังกล่าว จะขอคืนเงินที่กันสำรองไว้ได้เต็มจำนวนเมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่ทางการได้กำหนดไว้ (เช่น เมื่อครบ 1 ปี) ซึ่งถ้าหากมีการนำเงินกลับออกนอกประเทศก่อนระยะเวลาที่กำหนดไว้ ก็จะไม่ได้รับเงินที่กันสำรองคืน หรือได้รับคืนเพียงบางส่วน ทั้งนี้

จะเห็นได้ว่า มาตรการดังกล่าวมีลักษณะของมาตรการด้านราคา เนื่องจากก่อให้เกิดต้นทุนค่าเสียโอกาสในการนำเงินมาขึ้นสำรองไว้กับทางการ โดยไม่สามารถนำเงินส่วนที่กันสำรองไปแสวงหาผลประโยชน์ด้านอื่น และในขณะเดียวกัน ก็ยังมีลักษณะของมาตรการด้านระเบียบปฏิบัติ ด้วยการกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำซึ่งเงินทุนไหลเข้าจะต้องอยู่ในประเทศเข้าบ้าน ก่อนที่จะโอนกลับออกไป⁶

BOX 1: ตัวอย่างมาตรการจำแนกตามทิศทางของเงินทุนเคลื่อนย้าย

นอกจากนี้ ยังสามารถจำแนกการดำเนินมาตรการดังกล่าวในข้างต้น ตามทิศทางของเงินทุนเคลื่อนย้ายได้ ดังนี้

มาตรการดูแลเงินทุนขาเข้า (inflows)

- เก็บภาษีเงินทุนบางประเภทซึ่งจะ โอนเข้ามาในประเทศ
- กำหนดให้ต้องขออนุมัติจากทางการ ก่อนที่จะ โอนเงินทุนบางประเภทเข้ามาในประเทศ
- กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำซึ่งเงินทุนที่นำเข้ามา จะต้องอยู่ในประเทศ ก่อนที่จะ โอนกลับออกไป
- กำหนดให้ต้องมีการกันสำรองเงินทุนไหลเข้าบางส่วนไว้กับทางการ จนกว่าจะ โอนกลับออกไป
- กำหนดดวงเงินหรือเงื่อนไข เมื่อ residents จะกู้ยืมเงินตราต่างประเทศจากต่างประเทศ

มาตรการดูแลเงินทุนขาออก (outflows)

- เก็บภาษีเงินทุนบางประเภทซึ่งจะ โอนออกนอกประเทศ
- กำหนดให้ต้องขออนุมัติจากทางการ ก่อนที่จะ โอนเงินทุนบางประเภทออกนอกประเทศ
- กำหนดดวงเงินหรือเงื่อนไข เมื่อ non-residents จะกู้ยืมเงินสกุลของประเทศเข้าบ้าน

2.2 ประเด็นสำคัญที่ควรคำนึงในการพิจารณาใช้มาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย

2.2.1 ประสิทธิภาพของมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย

ส่วนหนึ่งจะขึ้นอยู่กับว่า ประเทศเข้าบ้านมีระบบหรือเครื่องมือในการบังคับใช้มาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายอยู่แล้วหรือไม่ เพียงใด เนื่องจากประเทศซึ่งยังไม่ได้เปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายเท่าใดนัก น่าจะสามารถควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายให้รัดกุมขึ้นได้ไม่ยาก เพราะมีเครื่องมือพร้อมอยู่แล้ว และมักจะไม่ค่อยมีช่องทางที่นักเก็งกำไรจะสามารถหลีกเลี่ยง (circumvent) มาตรการดังกล่าว แต่สำหรับประเทศซึ่งได้เปิดเสรี

⁶ International Monetary Fund (IMF) (2010), “Global Liquidity Expansion : Effects on “Receiving” Economies and Policy Response Options”, Chapter 4, Global Financial Stability Report, p. 8-10

เงินทุนเคลื่อนย้ายอย่างกว้างขวางไปนานพอสมควรแล้ว ก็อาจจะต้องสร้างระบบหรือเครื่องมือในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวขึ้นมาใหม่ เนื่องจากนักเก็งกำไรจะสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการไปใช้ช่องทางอื่นได้มากกว่าในกรณีของประเทศซึ่งยังไม่ได้เปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายมากนัก⁷

2.2.2 ลักษณะของเงินทุนไหลเข้า

หากเป็นเงินทุนไหลเข้าชั่วคราว ก็อาจพิจารณาใช้มาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย เพื่อควบคุมดูแลไม่ให้ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพเศรษฐกิจการเงิน แต่หากเป็นเงินทุนไหลเข้าที่ค่อนข้างถาวร กล่าวคือ จะยังอยู่ในประเทศต่อไปในระยะกลางหรือยาว ก็น่าจะสะท้อนถึงปัจจัยพื้นฐานของเศรษฐกิจมากกว่าที่จะเป็นการเก็งกำไร ดังนั้น ในกรณีหลังนี้ จึงไม่ควรฝืนปัจจัยพื้นฐานตามทิศทางเศรษฐกิจในระยะกลางและยาว มิฉะนั้นอาจจะกระทบต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจจริง (real economic activities) ซึ่งเป็นตัวจักรสำคัญในการขับเคลื่อนให้เกิดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ⁸

2.2.3 ความสมดุลระหว่างการดูแลรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจการเงินกับการพัฒนาตลาดการเงินและตลาดทุน

ทางการควรพยายามรักษาสมดุลระหว่างการดูแลรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจการเงิน กับการพัฒนาตลาดการเงินและตลาดทุนในระยะยาว หากนำเอามาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายมาใช้ โดยการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายในขอบเขตเท่าที่จำเป็น ไม่ควรระงับหรือจำกัดการใช้เครื่องมือทางการเงินประเภทต่างๆ จนเกินควร ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดการกำกับดูแลธุรกรรมเงินทุนเคลื่อนย้ายกลายเป็นอุปสรรคในการพัฒนาตลาดการเงินและตลาดทุนในระยะยาว เนื่องจากการพัฒนาตลาดการเงินและตลาดทุน จะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและลดต้นทุนในการระดมทุนของภาคธุรกิจ ตลอดจนช่วยเสริมสร้างขีดความสามารถของภาคธุรกิจในการบริหารความเสี่ยงด้านอัตราแลกเปลี่ยนและความเสี่ยงทางการเงินด้านอื่นๆ

⁷ Ostry and Others (2010), Capital Inflows: The Role of Controls, p. 10

⁸ Ostry and Others (2010), Capital Inflows: The Role of Controls, p. 8

ส่วนที่ 3

บรรทัดฐานจากองค์การระหว่างประเทศและความตกลงระดับพหุภาคี

สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย ภายใต้ความตกลงขององค์การระหว่างประเทศ หรือ ภายใต้ความตกลงในระดับพหุภาคี มีประเทศจำนวนมากเข้าร่วมเป็นภาคีในการจัดทำความตกลงแต่ละฉบับ และได้รับการอ้างอิงหรือใช้เปรียบเทียบเป็นบรรทัดฐานในการจัดทำความตกลง FTAs ด้านการลงทุนฉบับอื่นๆ ทั้งในระดับภูมิภาคและระดับทวิภาคี

โดยในส่วนที่ 3 นี้จะครอบคลุมความตกลงที่สำคัญ จำนวน 4 ฉบับ ได้แก่ ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Articles of Agreement of the International Monetary Fund) ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ขององค์การการค้าโลก (WTO)⁹ กฎว่าด้วยการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD Code of Liberalisation of Capital Movements)¹⁰ และร่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Agreement on Investment : MAI) (ซึ่งยังไม่ได้รับการเห็นชอบจากประเทศสมาชิก)

3.1 ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ

พันธกรณีหลักในเรื่องการโอนเงินภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินฯ เป็นเรื่องการโอนเงินสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด (Payments for Current Transactions) กล่าวคือ Article VIII Section 2 ในความตกลงของ IMF ได้ระบุห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกดำเนินมาตรการจำกัดการโอนเงินสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด เว้นแต่ในกรณีพิเศษที่ได้ระบุไว้ ทั้งนี้ IMF ได้บัญญัติคำนิยามของ “เงินโอนสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด” (Payments for Current Transactions) ไว้ใน Article XXX ซึ่งโดยส่วนใหญ่ประกอบไปด้วยธุรกรรมชำระเงินเพื่อการค้าสินค้าและบริการระหว่างประเทศ บวกกับธุรกรรมอื่นบางธุรกรรม เช่น การชำระหนี้ระหว่างประเทศซึ่งครบกำหนดอายุสัญญาในปริมาณที่ไม่มาก เป็นต้น ทั้งนี้ IMF ได้ระบุกรณีพิเศษ 2 กรณีที่ประเทศสมาชิกอาจดำเนินมาตรการจำกัดการโอนเงินสำหรับธุรกรรมเดินสะพัดได้ คือ

⁹ WTO ถือเป็นบรรทัดฐานในระดับพหุภาคี มีประเทศสมาชิก 153 ประเทศ

¹⁰ OECD มีประเทศสมาชิกส่วนใหญ่เป็นประเทศพัฒนาแล้ว และบางส่วนเป็นประเทศตลาดเกิดใหม่

1. กรณีที่ IMF ประกาศว่าเกิดการขาดแคลนเงินตราต่างประเทศสกุลใดสกุลหนึ่งอย่างรุนแรง (Scarce Currency) ภายใต้ Article VII Section 3(b) และ
2. กรณีซึ่งประเทศสมาชิกเข้าข่ายได้รับ Transitional Arrangements ภายใต้ Article XIV Section 2 (กรณีที่ประเทศกำลังพัฒนายังไม่พร้อมที่จะรับพันธกรณีเรื่องการโอนเงินสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด จึงได้รับการยกเว้นชั่วคราว)

หมายเหตุ:

เหตุผลที่พันธกรณีหลักในเรื่อง การโอนเงินภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินฯ เป็นเรื่อง การโอนเงินสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด อาจเป็นเพราะธุรกรรมเดินสะพัดมีความเชื่อมโยงโดยตรงกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจจริง ซึ่งถ้าหากกระบังการโอนเงินสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด ก็อาจจะทำให้กิจกรรมการค้าขายและการบริการต้องชะงัก

ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินฯ ไม่ได้กำหนดพันธกรณีห้ามประเทศสมาชิกดำเนินมาตรการจำกัดการโอนเงินในธุรกรรมที่ IMF เรียกว่าเป็น Capital Transfers เห็นได้จาก Article VI Section 3 อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถดำเนินมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้าย (Controls of Capital Transfers) ได้ ตามที่เห็นว่าจำเป็นในการกำกับดูแลเงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ แต่ห้ามดำเนินมาตรการจำกัดเงินโอนสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด¹¹ (เน้นย้ำเนื้อหาจาก Article VIII Section 2 อีกครั้ง) และห้ามดำเนินมาตรการซึ่งจะก่อให้เกิดความล่าช้าอันเกินควรต่อการ โอนเงินเพื่อการปฏิบัติตามข้อผูกพันในฐานะประเทศสมาชิกภายใต้กรอบ IMF เว้นแต่ในกรณีพิเศษ 2 กรณีซึ่งได้กล่าวในข้างต้น อย่างไรก็ตาม ในระยะหลัง ได้มีความพยายามที่จะเพิ่มบทบาทของ IMF ในเรื่องเงินทุนเคลื่อนย้ายมากขึ้น เห็นได้จากความพยายามที่จะให้มีการแก้ไขข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินฯ ให้เพิ่มเขตอำนาจของ IMF ให้ครอบคลุมถึงเรื่องเงินทุนเคลื่อนย้าย แต่ไม่ประสบความสำเร็จ อีกทั้ง นักเศรษฐศาสตร์ของ IMF ก็ได้เผยแพร่บทความซึ่งยอมรับการนำมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายมาเป็นเครื่องมือหนึ่งในการดูแลเสถียรภาพเศรษฐกิจมากขึ้น ดังที่ได้กล่าวในข้างต้น

ดังนั้น พันธกรณีหลักภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินฯ จะเป็นเรื่องการอนุญาตให้โอนเงินสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด ในขณะที่ ธุรกรรมเงินทุนในส่วนที่เป็น Capital Transfers นั้น ประเทศสมาชิกสามารถใช้ดุลยพินิจในการดำเนินมาตรการควบคุม กำกับดูแลได้ トラบใดที่ไม่กระทบต่อการปฏิบัติตามข้อผูกพันในฐานะที่เป็นสมาชิก IMF จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินฯ เป็นความตกลงซึ่งให้ความยืดหยุ่นเป็นอย่างมากแก่ประเทศสมาชิกในการพิจารณาดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย โดยเฉพาะเมื่อเทียบกับความตกลงอื่นๆ ในระดับพหุภาคี หรือขององค์กรระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ ดังจะกล่าวถึงในลำดับต่อไป

¹¹ ธุรกรรมเดินสะพัด ได้แก่ รายได้ที่พึงได้รับจากการจำหน่ายสินค้าและการให้บริการ บวกกับการชำระหนี้ซึ่งครบกำหนดอายุสัญญา เป็นหลัก

3.2 ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ของ WTO

แม้ว่า WTO ยังไม่มีความตกลงว่าด้วยการลงทุนอย่างเป็นทางการ แต่ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ของ WTO ก็มีเนื้อหาบางส่วนเกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ GATS มีการเปิดเสรีการลงทุนของบุคคลต่างชาติในภาคบริการ ในลักษณะของการเข้ามาลงทุนจัดตั้งสถานประกอบการเพื่อให้บริการในประเทศเจ้าบ้านภายใต้ Mode 3 การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence) หรือในลักษณะของการทำธุรกรรมเงินทุนเคลื่อนย้ายข้ามพรมแดนผ่านระบบ Cross-border Online Banking (หรือเทียบเท่า) ภายใต้ Mode 1 การบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply)

BOX 2: รูปแบบของการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ GATS แบ่งเป็น 4 รูปแบบ (Modes of supply) ได้แก่¹²

Mode 1 = การบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply)

Mode 2 = การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption Abroad)

Mode 3 = การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence)

Mode 4 = การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person)

GATS ได้ระบุเกี่ยวกับพันธกรณีเรื่องการโอนเงิน ไว้ใน Article XVI (Market Access) ใน Footnote 8 ว่า ถ้าหากประเทศสมาชิกผูกพัน (commit) ที่จะเปิดให้ผู้ค้าบริการต่างชาติสามารถให้บริการข้ามพรมแดนมาสู่ลูกค้าในประเทศสมาชิกดังกล่าวในรูปแบบของ Mode 1 ได้ นั่น ประเทศสมาชิกดังกล่าวจะต้องอนุญาตให้ผู้ค้าบริการต่างชาติสามารถนำเงินทุนที่เป็นส่วนสำคัญ (essential part) ต่อการให้บริการดังกล่าว เข้ามาในประเทศได้ นอกจากนี้ ถ้าหากประเทศสมาชิกผูกพันที่จะเปิดให้ผู้ค้าบริการต่างชาติเข้ามาให้บริการแก่ลูกค้าในประเทศในรูปแบบของ Mode 3 โดยการเข้ามาลงทุนจัดตั้งสถานประกอบการได้ นั่น ประเทศสมาชิกดังกล่าวจะต้องอนุญาตให้ผู้ค้าบริการต่างชาติสามารถนำเงินทุนที่เกี่ยวข้อง (related transfers of capital) เข้ามาได้

นอกจากนี้ GATS ยังระบุใน Article XI (Payments and Transfers) ย่อหน้าที่ 1 ห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกดำเนินมาตรการจำกัดการโอนเงินสำหรับธุรกรรมเงินสะพัดที่เกี่ยวข้องกับข้อผูกพันของประเทศตนภายใต้ GATS เว้นแต่จะเข้าข่ายเป็นการดำเนินมาตรการภายใต้ Article XII (Restrictions to Safeguard the Balance of Payments) เรียกโดยย่อว่าข้อบท “*BOP Safeguard*” ในขณะที่ ย่อหน้าที่ 2 ใน Article XI (Payments and Transfers) ของ GATS ระบุว่า ในกรณีที่ประเทศสมาชิก GATS เป็นประเทศสมาชิก IMF ความตกลง GATS นี้จะไม่กระทบต่อสิทธิและพันธกรณีในฐานะประเทศสมาชิก IMF ครอบคลุมที่ประเทศสมาชิก GATS

¹² การเจรจาการค้าบริการในองค์การการค้าโลก (WTO), กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, กระทรวงพาณิชย์, p. 4, http://www.dtn.moc.go.th/dtn/tradeinfo/dtn_3_2.php, 13 December 2010

ไม่ได้ดำเนินการมาตรการจำกัดธุรกรรมเงินทุน (restrictions on capital transactions) ในลักษณะที่ขัดต่อ (inconsistently with) ข้อผูกพันของประเทศตนภายใต้ GATS ยกเว้นในกรณีที่เข้าข่ายเป็นการดำเนินการมาตรการภายใต้ Article XII (ข้อบท BOP Safeguard) หรือในกรณีที่ IMF เป็นผู้ขอให้ประเทศดังกล่าวดำเนินการในข้างต้น จึงจะสามารถดำเนินการจำกัดธุรกรรมเงินทุน (restrictions on capital transactions) ในลักษณะที่ขัดต่อ (inconsistently with) ข้อผูกพันของประเทศตนภายใต้ GATS ได้

❖ **สิทธิในการใช้มาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก (BOP Safeguard)**

Article XII (ข้อบท BOP Safeguard) ของ GATS ได้ระบุว่า ในกรณีที่เกิด (หรือมีความเสี่ยงที่จะเกิด) ปัญหาดุลการชำระเงินและปัญหาทางการเงินระหว่างประเทศอย่างรุนแรง ประเทศสมาชิก GATS สามารถดำเนินการจำกัดการค้าบริการซึ่งตนได้ผูกพันไว้ หรือดำเนินการจำกัดการโอนเงินสำหรับธุรกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อผูกพันนั้น โดยมีเงื่อนไขว่า ไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิก สอดคล้องกับความตกลงของ IMF หลีกเลี่ยงความเสียหายโดยไม่จำเป็นต่อผลประโยชน์ด้านพาณิชย์ เศรษฐกิจ และการเงินของประเทศสมาชิกอื่น ไม่ใช้มาตรการเกินกว่าความจำเป็นในการแก้ไขปัญหาที่ได้กล่าวในข้างต้น และใช้มาตรการเป็นการชั่วคราวและค่อยๆ ยกเลิกมาตรการเป็นลำดับเมื่อปัญหาในข้างต้นคลี่คลายลง

General Agreement on Trade in Services (GATS)

Article XII

Restrictions to Safeguard the Balance of Payments

*“1. **In the event of serious balance-of-payments and external financial difficulties or threat thereof**, a Member may adopt or maintain restrictions on trade in services on which it has undertaken specific commitments, including on payments or transfers for transactions related to such commitments. It is recognized that particular pressures on the balance of payments of a Member in the process of economic development or economic transition may necessitate the use of restrictions to ensure, inter alia, the maintenance of a level of financial reserves adequate for the implementation of its programme of economic development or economic transition.*

2. The restrictions referred to in paragraph 1:

- (a) shall not discriminate among Members;*
- (b) shall be consistent with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund;*
- (c) shall avoid unnecessary damage to the commercial, economic and financial interests of any other Member;*
- (d) shall not exceed those necessary to deal with the circumstances described in paragraph 1;*
- (e) shall be temporary and be phased out progressively as the situation specified in paragraph 1 improves.*

3. In determining the incidence of such restrictions, Members may give priority to the supply of services which are more essential to their economic or development programmes. However, such restrictions shall not be adopted or maintained for the purpose of protecting a particular service sector.

4. Any restrictions adopted or maintained under paragraph 1, or any changes therein, shall be promptly notified to the General Council.

5. (a) Members applying the provisions of this Article shall consult promptly with the Committee on Balance-of-Payments Restrictions on restrictions adopted under this Article.

(b) The Ministerial Conference shall establish procedures for periodic consultations with the objective of enabling such recommendations to be made to the Member concerned as it may deem appropriate.

(c) Such consultations shall assess the balance-of-payment situation of the Member concerned and the restrictions adopted or maintained under this Article, taking into account, inter alia, such factors as:

(i) the nature and extent of the balance-of-payments and the external financial difficulties;

(ii) the external economic and trading environment of the consulting Member;

(iii) alternative corrective measures which may be available.

(d) The consultations shall address the compliance of any restrictions with paragraph 2, in particular the progressive phaseout of restrictions in accordance with paragraph 2(e).

(e) In such consultations, all findings of statistical and other facts presented by the International Monetary Fund relating to foreign exchange, monetary reserves and balance of payments, shall be accepted and conclusions shall be based on the assessment by the Fund of the balance-of-payments and the external financial situation of the consulting Member.

6. If a Member which is not a member of the International Monetary Fund wishes to apply the provisions of this Article, the Ministerial Conference shall establish a review procedure and any other procedures necessary.”¹³

❖ สิทธิในการใช้ *Prudential Measures*

นอกจากนี้ ย่อหน้าที่ 2(a) ในภาคผนวกว่าด้วยบริการทางการเงิน (Annex on Financial Services) ของความตกลง GATS) เรียกโดยย่อว่า “**ข้อบท Prudential**” ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการดำเนินมาตรการด้าน Prudential รวมถึง การรักษาเสถียรภาพของระบบการเงิน แต่ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่า ขอบเขตของข้อบทนี้กว้างเพียงใด จะครอบคลุมถึงเฉพาะมาตรการด้านการกำกับดูแลระบบสถาบันการเงิน หรือจะครอบคลุมถึงสิทธิใน

¹³ Article XII Restrictions to Safeguard the Balance of Payments, General Agreement on Trade in Services (GATS)

การดำเนินการมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายเพื่อเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนในระดับมหภาคด้วยหรือไม่
เพียงใด¹⁴

General Agreement on Trade in Services (GATS) Annex on Financial Services

2. Domestic Regulation

*“(a) **Notwithstanding any other provisions of the Agreement, a Member shall not be prevented from taking measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Member's commitments or obligations under the Agreement.***

(b) Nothing in the Agreement shall be construed to require a Member to disclose information relating to the affairs and accounts of individual customers or any confidential or proprietary information in the possession of public entities.”

หมายเหตุ:

ย่อหน้าที่ 2 Domestic Regulation ของ Annex on Financial Services เป็นที่รู้จักกันในชื่อของ “*GATS Prudential Article*” หรือ “*GATS Prudential Carve-Out*”

3.3 กฎว่าด้วยการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายของ OECD (OECD Code of Liberalisation of Capital Movements)¹⁵

แม้ว่าประเทศสมาชิก OECD ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศพัฒนาแล้วและไทยไม่ได้เป็นสมาชิก OECD ก็ตาม แต่การศึกษาข้อบทที่เกี่ยวข้องในกฎว่าด้วยการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายของ OECD ก็น่าจะมีประโยชน์ เนื่องจากประเทศคู่เจรจา FTA ของไทยในอนาคตบางประเทศอาจเป็นประเทศสมาชิก OECD จึงอาจมีการหยิบยกบรรทัดฐานจากกฎของ OECD เข้ามาในการเจรจาจัดทำ FTA กับไทย

ประเทศสมาชิก OECD จะต้องผูกพัน (commit) ที่จะเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้าย ทั้งนี้ สำหรับเงินทุนประเภทใดหรือธุรกรรมใดที่ยังไม่สามารถเปิดเสรีได้ ก็จะต้องเขียนไว้เป็นข้อสงวน (Reservation) ซึ่งสำหรับแต่ละประเทศ จะมีการแบ่ง List ของการเปิดเสรีออกเป็น 2 ชุด กล่าวคือ List A และ List B โดยที่ใน List A หากมี

¹⁴ บทความเกี่ยวกับเรื่องนี้ เช่น Gallagher (2010), “Policy Space to Prevent and Mitigate Financial Crises in Trade and Investment Agreements” และ Van Aaken and Kurtz (2009), “Prudence or Discrimination? Emergency Measures, the Global Financial Crisis and International Economic Law”

¹⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (2009), OECD Code of Liberalisation of Capital Movements

การยกเลิกข้อสงวนข้อใด ก็จะไม่สามารถนำข้อสงวนข้อนั้น กลับมาบรรจุลงใน List A ได้อีก ในขณะที่ List B สามารถนำข้อสงวนที่ได้ยกเลิกไปแล้ว กลับมาบรรจุลงใน List B ได้อีก

ทั้งนี้ คำว่า “การเปิดเสรี” (Liberalization) ภายใต้กฎของ OECD จะมีความหมายแตกต่างจาก “การเปิดเสรี” (Liberalization) ภายใต้บทการลงทุน (Investment Chapter/Agreement) ของ FTA โดยทั่วไป เนื่องจาก “การเปิดเสรี” (Liberalization) ภายใต้กฎของ OECD จะครอบคลุมถึงการอนุญาตให้โอนเงินทุนเคลื่อนย้ายทั้งขาเข้าและขาออก ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีของ FTA โดยทั่วไปแล้ว การอนุญาตให้โอนเงินเข้าออกดังกล่าวมักจะอยู่ภายใต้พันธกรณีในส่วนของกำกับการคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) มากกว่าที่จะอยู่ภายใต้การเปิดเสรีการลงทุน (Investment Liberalization) อีกทั้ง กฎของ OECD จะครอบคลุมถึงทั้งนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนของประเทศเจ้าบ้านด้วย แต่ในกรณีของ FTA โดยทั่วไปแล้ว มักจะครอบคลุมถึงเฉพาะนักลงทุนต่างชาติ (ของประเทศคู่ภาคี) โดยไม่ครอบคลุมถึงนักลงทุนของประเทศเจ้าบ้าน

นอกจากการใช้ข้อสงวนต่อการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายแล้ว ประเทศสมาชิก OECD ก็ยังมีอีกช่องทางหนึ่งสำหรับสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย (policy space) กล่าวคือ ประเทศสมาชิกสามารถใช้สิทธิระงับการเปิดเสรี (Derogation)¹⁶ ภายใต้ OECD Code of Liberalisation of Capital Movements แบ่งเป็น 3 ช่องทาง ได้แก่

ช่องทางที่ 1 สิทธิในการระงับการเปิดเสรีภายใต้ Article 7(a) เป็นสิทธิซึ่งค่อนข้างกว้างมาก เนื่องจากกำหนดไว้ว่า ประเทศสมาชิกจะสามารถใช้สิทธิผ่านช่องทางนี้ได้ ถ้าหากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจการเงินเป็นเหตุผลสนับสนุนว่าควรระงับการเปิดเสรี¹⁷ โดยที่ประเทศสมาชิกดังกล่าว อาจพิจารณาระงับการเปิดเสรีบางส่วนหรือระงับการเปิดเสรีทั้งหมดก็ได้

ช่องทางที่ 2 สิทธิในการระงับการเปิดเสรีภายใต้ Article 7(b) เป็นสิทธิซึ่งประเทศสมาชิกสามารถระงับการเปิดเสรีเฉพาะในส่วนที่จะก่อให้เกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรงในประเทศสมาชิกดังกล่าว¹⁸

ช่องทางที่ 3 สิทธิในการระงับการเปิดเสรีภายใต้ Article 7(c) เป็นสิทธิซึ่งประเทศสมาชิกสามารถระงับการเปิดเสรีได้ถ้าหากเกิดปัญหาดุลการชำระเงินอย่างรุนแรง โดยพิจารณาถึงระดับของเงินสำรองทางการ (Monetary Reserves) ด้วย แต่จะระงับการเปิดเสรีภายใต้ช่องทางนี้ได้ไม่เกินกว่า 18 เดือน

¹⁶ อ่านเรื่อง Derogation โดยประเทศสมาชิก OECD ได้ใน Griffith-Jones, Gottschalk, and Cirera (2003), “The OECD Experience with Capital Account Liberalization”, p. 83-84, p. 104

¹⁷ “If its economic and financial situation justifies such a course”

¹⁸ “serious economic and financial disturbance in the Member State concerned”

อย่างไรก็ตาม Article 7(e) กำหนดเงื่อนไขไว้ว่า การใช้สิทธิระงับการเปิดเสรีทั้ง 3 ช่องทางข้างต้น ประเทศสมาชิกผู้ใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็นต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือการเงินของประเทศสมาชิกอื่น¹⁹ และจะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกอื่น ๆ²⁰

ทั้งนี้ การคงข้อสงวนหรือการใช้สิทธิระงับการเปิดเสรีที่ดังกล่าวข้างต้น มักจะต้องเผชิญกับการถูกกดดันแบบ Peer Review จากประเทศสมาชิกอื่นๆ

3.4 ร่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Agreement on Investment: MAI)²¹

MAI เป็นร่างความตกลงซึ่งประเทศสมาชิก OECD ได้ริเริ่มจัดทำขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่จะให้เป็นความตกลงเพื่อการคุ้มครองและเปิดเสรีการลงทุนในระดับพหุภาคี แต่ในท้ายที่สุดการเจรจาจัดทำร่าง MAI ไม่เป็นผลสำเร็จ โดยยุติลงในปี 1998 เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสถอนตัว อย่างไรก็ตาม ร่าง MAI ได้สะท้อนถึงสาระสำคัญของประการที่น่าสนใจเกี่ยวกับการบัญญัติข้อยกเว้นเพื่อดูแลเสถียรภาพทางเศรษฐกิจการเงิน ได้แก่

❖ *Prudential Measures*

มาตรการด้าน Prudential (ในลักษณะของ GATS) ในร่าง MAI ซึ่งให้เห็นถึงการตระหนักว่า มาตรการที่บังคับใช้กับภาคบริการทางการเงิน ก็อาจจะกระทบต่อหรือขัดกับพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุน เช่น พันธกรณีเรื่องการโอนเงินโดยเสรีได้ ดังนั้น จึงควรต้องระบุไว้เป็นข้อยกเว้น (Exception) เพื่อให้มาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวสามารถดำเนินต่อไปได้แม้จะขัดกับพันธกรณีในความตกลงว่าด้วยการลงทุน แนวทางการดังกล่าวซึ่งให้เห็นถึงความเชื่อของบางฝ่ายว่า “ประเด็นเรื่องข้อยกเว้น Prudential เป็นเรื่องของบริการทางการเงิน (Financial Services) เท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับความตกลงด้านการลงทุน” จึงอาจจะไม่ใช่ว่ากล่าวอ้างที่ถูกต้องนัก

❖ *BOP Safeguard และ Safeguard for difficulties caused by capital movements*

ร่าง MAI ครอบคลุมถึงสถานการณ์ทางเศรษฐกิจการเงินที่กว้างกว่าข้อยกเว้น BOP Safeguard ในความตกลง GATS ของ WTO กล่าวคือ ในขณะที่ข้อยกเว้น BOP Safeguard ในความตกลง GATS อนุญาตให้ดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายในกรณีที่เกิด (หรือมีความเสี่ยงที่จะเกิด) ปัญหาดุลการชำระเงินและปัญหาทางการเงินระหว่างประเทศอย่างรุนแรง เท่านั้น แต่ข้อยกเว้น Temporary Safeguard ในร่าง MAI ครอบคลุมทั้งสถานการณ์เกี่ยวกับปัญหาดุลการชำระเงินที่ได้กล่าวมา และยังคงครอบคลุมไปถึงสถานการณ์ที่เงินทุน

¹⁹ “avoid unnecessary damage which bears especially on the financial or economic interests of another Member”

²⁰ “avoid any discrimination between other Members”

²¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (1998), The Multilateral Agreement on Investment (MAI) Draft Consolidated Text

เคลื่อนย้ายก่อให้เกิดหรือมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความยุ่งยากเป็นอย่างมากในการบริหารจัดการนโยบายเศรษฐกิจมหภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งนโยบายการเงินและนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน²²

“where, in exceptional circumstances, movements of capital cause, or threaten to cause, serious difficulties for macroeconomic management, in particular monetary and exchange rate policies”

ทั้งนี้ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศจาก IMF ได้ให้ความเห็นไว้ว่า สถานการณ์แรกเกี่ยวกับปัญหาดุลการชำระเงินจะเป็นสถานการณ์ที่อาจครอบคลุมเฉพาะปัญหาและมาตรการด้านเงินทุนไหลออก โดยที่ไม่ครอบคลุมถึงปัญหาและมาตรการด้านเงินทุนไหลเข้าแต่อย่างใด ในขณะที่ สถานการณ์หลังเกี่ยวกับปัญหาความยุ่งยากในการบริหารจัดการนโยบายเศรษฐกิจมหภาคสามารถครอบคลุมถึงปัญหาและมาตรการด้านเงินทุนไหลเข้าได้ ด้วยเหตุนี้ ร่าง MAI จึงมีข้อบทในลักษณะของ Safeguard ที่สามารถรองรับการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายได้ทั้งขาเข้าและขาออก แม้จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำกับการใช้มาตรการอย่างรัดกุมก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับความตกลง GATS ของ WTO ซึ่งมีข้อบทในลักษณะของ Safeguard แต่รองรับเพียงการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออกเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ข้อบทของร่าง MAI จะมีกระบวนการทบทวน (Review) มาตรการที่ใช้ภายใต้ข้อบทนี้ ซึ่งเป็นกระบวนการที่เข้มงวด โดยกลุ่มประเทศภาคีของความตกลงฯ (Parties Group) จะกดดันให้มีการทบทวนมาตรการดังกล่าวทุกๆ 6 เดือนว่าเป็นไปตามเงื่อนไขในข้อบท Safeguard นี้หรือไม่ โดยจะมีการขอให้ IMF ประเมินสถานการณ์และให้ความเห็นว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขในข้อบท Safeguard นี้หรือไม่

²² การใช้ถ้อยคำซึ่งระบุสถานการณ์แบบนี้ ใน FTAs ของสหภาพยุโรป และ FTAs ของญี่ปุ่น โปรดดูใน ส่วนที่ 4 “ตัวอย่างข้อบทจากประเทศพัฒนาแล้ว (G3)”

ตัวอย่างข้อบทจากประเทศพัฒนาแล้ว (G3)

ในส่วนนี้ จะวิเคราะห์ข้อบทจากความตกลง FTAs ด้านการลงทุน ของประเทศพัฒนาแล้ว กล่าวคือ ความตกลงฯ ซึ่งมีประเทศ G3 เป็นภาคีหลัก (สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป หรือญี่ปุ่น) โดยจะเน้นการวิเคราะห์ การสงวนสิทธิของทางการในการใช้มาตรการเพื่อดูแลเงินทุนเคลื่อนย้ายและอัตราแลกเปลี่ยน ภายใต้ความ ตกลง FTAs ด้านการลงทุน รวมถึงบริบทของ ข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย ขาเข้าและขาออก รวมทั้ง สิทธิในการทำมาตรการ Prudential ซึ่งเชื่อมโยงมาจาก GATS

ความตกลงซึ่งมีประเทศในกลุ่ม G3 เป็นภาคีหลัก²³

4.1 สหรัฐอเมริกา

4.1.1 พันธกรณีตามข้อบทการโอน

โดยปกติ พันธกรณีเรื่องการโอนเงิน (Transfers Obligation) ภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุน ซึ่งสหรัฐฯ เป็นภาคีหลัก มักจะเป็นพันธกรณีซึ่งครอบคลุมถึงการ โอนเงินทุนเคลื่อนย้ายทุกประเภท ภายใต้ ขอบเขตนิยามของการลงทุนที่กว้างขวาง โดยที่มักจะไม่มีข้อยกเว้นข้อบทที่ให้สิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุน เคลื่อนย้ายมากนัก

4.1.2 ข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย

ในความตกลง FTAs บางฉบับ เช่น ความตกลง U.S.-Australia FTA²⁴ และ U.S.-Oman FTA²⁵ ไม่มี การระบุข้อบทที่ให้สิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายเป็นการเฉพาะ แม้กระทั่งข้อบท BOP Safeguard ซึ่งเป็นมาตรฐานสากลจาก GATS ก็ไม่ได้ระบุอยู่ในบทการลงทุน (Investment Chapters) หรือบทข้อยกเว้น ทั่วไป (General Exceptions Chapter) ทั้งนี้ แม้ว่าในบทบริการทางการเงิน (Financial Services Chapter) จะมี

²³ อ่านเพิ่มเติม เรื่อง policy space ในความตกลงด้านการลงทุนของสหรัฐฯ และนัยต่อประเทศคู่ภาคี ได้ใน Gallagher (2010), “Policy Space to Prevent and Mitigate Financial Crises in Trade and Investment Agreements”

²⁴ สำหรับ U.S.- Australia FTA นั้น บทการลงทุน คือ Chapter 11 (Investment) ในขณะที่ บทบริการทางการเงิน คือ Chapter 13 (Financial Services)

²⁵ สำหรับ U.S.-Oman FTA นั้น บทการลงทุน คือ Chapter 10 (Investment) ในขณะที่ บทบริการทางการเงิน คือ Chapter 12 (Financial Services)

ข้อยกเว้น Exceptions²⁶ ซึ่งให้สิทธิในการใช้มาตรการในการดำเนินนโยบายการเงินและนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน²⁷ แต่มีข้อกำหนดว่าสิทธิในการใช้มาตรการในการดำเนินนโยบายเหล่านี้จะต้องไม่กระทบต่อพันธกรณีเรื่องการโอนเงิน ในบทลงทุน ข้อกำหนดนี้ทำให้ “นโยบายอัตราแลกเปลี่ยน” ภายใต้ข้อยกเว้นนี้ไม่น่าจะครอบคลุมถึงมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน เพราะมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนย่อมกระทบต่อการโอนเงิน อย่างน้อยในบางประเภทของธุรกรรม

❖ *BOP Safeguard*

ความตกลง NAFTA²⁸ เป็นความตกลง FTA ของสหรัฐฯ ซึ่งยอมให้มีการระบุข้อยกเว้นในลักษณะของ BOP Safeguard²⁹ ไว้ในข้อยกเว้น Balance of Payments ซึ่งมีเงื่อนไขบางอย่างที่เหมือนกับเงื่อนไขในข้อยกเว้น BOP Safeguard ทั่วไป กล่าวคือ เงื่อนไขที่ให้ดำเนินมาตรการตามความจำเป็น ให้หลีกเลี่ยงความเสียหายโดยไม่จำเป็นต่อผลประโยชน์ด้านพาณิชย์ เศรษฐกิจ และการเงินของประเทศภาคีอื่น ให้ดำเนินมาตรการเป็นการชั่วคราวและค่อยๆ ยกเลิกมาตรการเป็นลำดับเมื่อปัญหาในข้างต้นคลี่คลายลง

นอกเหนือจากเงื่อนไขปกติเหล่านี้แล้ว ความตกลง NAFTA ยังมีเงื่อนไขพิเศษเพื่อควบคุมประเทศภาคีอย่างเข้มงวดในการใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวในการดำเนินมาตรการข้างต้น กล่าวคือ ประเทศภาคีซึ่งใช้ข้อยกเว้น Balance of Payments ภายใต้ความตกลง NAFTA จะต้องเข้าร่วมกระบวนการปรึกษาหารือ (consultations) กับ IMF เพื่อหาแนวทางการดำเนินมาตรการปรับแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ (economic adjustment measures) เพื่อที่จะมุ่งแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่เป็นต้นเหตุของปัญหาดุลการชำระเงินที่เกิดขึ้น และจะต้องดำเนินนโยบายเศรษฐกิจต่างๆ ให้สอดคล้องกับกระบวนการปรึกษาหารือกับ IMF นอกจากนี้ ยังมีการระบุเงื่อนไขว่า ต้องดำเนินมาตรการ โดยให้การปฏิบัติที่ดีที่สุดในระหว่าง การปฏิบัติตามหลัก NT และ MFN ซึ่งแตกต่างจากเงื่อนไขในข้อยกเว้น BOP Safeguard ในความตกลง GATS ซึ่งใช้วิธีระบุว่า ไม่ให้เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิก³⁰

❖ *Prudential Measures*

อย่างไรก็ตาม บทบริการทางการเงิน มีการระบุข้อยกเว้น Prudential³¹ ตามแบบฉบับของ GATS ในข้อยกเว้น Exceptions โดยอนุญาตให้ประเทศเจ้าบ้านใช้ Prudential Measures นี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงพันธกรณีใดๆ ในบทการลงทุน แต่ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าข้อยกเว้น Prudential จะสามารถครอบคลุมถึงสิทธิในการดำเนินมาตรการ

²⁶ Article 13.10 (2), Chapter 13 (Financial Services), U.S.-Australia FTA; Article 12.10 (2), Chapter 12 (Financial Services), U.S.-Oman FTA; Article 10.10 (2), Chapter 10 (Financial Services), U.S.-Singapore FTA; Article 13.10 (2), Chapter 13 (Financial Services), U.S.-Korea FTA

²⁷ “non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies”

²⁸ North American Free Trade Agreement (NAFTA)

²⁹ Article 2104 Balance of Payments, Chapter 21 Exceptions, NAFTA

³⁰ “shall not discriminate among Members”

³¹ Article 13.10 (1), Chapter 13 (Financial Services), U.S.-Australia FTA; Article 12.10 (1), Chapter 12 (Financial Services), U.S.-Oman FTA; Article 10.10 (1), Chapter 10 (Financial Services), U.S.-Singapore FTA; Article 13.10 (1), Chapter 13 (Financial Services), U.S.-Korea FTA; Article 14.10 (1), Chapter 14 (Financial Services), NAFTA

เงินทุนเคลื่อนย้ายเพื่อเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนในระดับมหภาคได้จริงหรือไม่ เพียงใด เนื่องจากยังไม่ปรากฏว่าเคยมีการฟ้องร้องเกี่ยวกับเรื่องนี้

❖ ภาคผนวก (Annex) ที่ให้สิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย

ในความตกลง FTAs บางฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความตกลง U.S.-Singapore FTA และ U.S.-Korea FTA จะมีการเพิ่มภาคผนวกต่อท้ายบทลงทุน ซึ่งให้สิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายเฉพาะกับประเทศคู่สัญญาของสหรัฐฯ โดยที่ฝ่ายสหรัฐฯ ไม่ขอมิสิทธิในการดำเนินมาตรการดังกล่าว³²

ทั้งนี้ Annex 15A ของความตกลง U.S.-Singapore FTA (ประกอบกับ Side Letter) และ Annex 11-G ของความตกลง U.S.-Korea FTA ได้กำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดสำหรับการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย กล่าวคือ จะต้องไม่บังคับใช้กับการลงทุนทางตรง (FDI) และจะต้องยึดหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) และ การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation: MFN) จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการยึดทรัพย์ (not confiscatory) จะต้องไม่แทรกแซงหรือขัดขวางนักลงทุนสหรัฐฯ จนทำให้นักลงทุนสหรัฐฯ ไม่สามารถได้รับผลตอบแทนในอัตราตลาดในสินทรัพย์ซึ่งถือครองอยู่ในประเทศสิงคโปร์หรือเกาหลีใต้ในขณะที่ยังไม่สามารถโอนเงินออกนอกประเทศได้อันเนื่องมาจากมาตรการตลอดจนพยายามผลักดันให้กำหนดเงื่อนไขให้มาตรการมีลักษณะเป็นมาตรการด้าน โดยที่ในกรณีของเกาหลีใต้ ระบุว่าให้เป็นความพยายามที่จะดำเนินมาตรการในลักษณะเช่นนั้น แต่ในกรณีของสิงคโปร์ ระบุว่าให้ดำเนินการเช่นนั้น

อย่างไรก็ตาม ความตกลงทั้งสองก็ยังคงมีความแตกต่างกันที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

ประการที่ 1 ระยะเวลาในการดำเนินมาตรการ ความตกลง U.S.-Singapore FTA³³ กำหนดไว้ว่า หากสิงคโปร์ดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย และหากมาตรการดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุนสหรัฐฯ นักลงทุนผู้ได้รับความเสียหายจะยื่นฟ้องได้หลังจากมาตรการดังกล่าวบังคับใช้เป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี โดยสิงคโปร์จะไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายจากมาตรการดังกล่าว ซึ่งเกิดขึ้นภายในปีแรกของการบังคับใช้มาตรการ トラบใดที่มาตรการดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ในขณะที่ความตกลง U.S.-Korea FTA³⁴ ได้อนุญาตว่า ถ้าหากเกิดสถานการณ์ในกรณีพิเศษ (extremely exceptional circumstances) ก็สามารถต่ออายุมาตรการดังกล่าวให้เกินกว่า 1 ปีได้ โดยที่เกาหลีใต้จะต้องประสานกับสหรัฐฯ เป็นการล่วงหน้า เกี่ยวกับการต่ออายุมาตรการดังกล่าว

³² Annex 15A, Chapter 15 (Investment), U.S.-Singapore FTA ประกอบกับ Letter from US Department of the Treasury to Monetary Authority of Singapore on 6 May 2003 และ Letter from Monetary Authority of Singapore to US Department of the Treasury on 6 May 2003; Annex 11-G, Chapter 11 (Investment), U.S.-Korea FTA

³³ Annex 15A, U.S.-Singapore FTA

³⁴ Annex 11-G, U.S.-Korea FTA

ประกาศที่ 2 ขอบเขตในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย ความตกลง U.S.-Singapore FTA³⁵ ระบุเฉพาะการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก ในขณะที่ความตกลง U.S.-Korea FTA³⁶ ระบุถึงการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายใดๆ ภายใต้ Article 6 ของ Foreign Exchange Transactions Act ของเกาหลีใต้

4.2 สหภาพยุโรป

ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนซึ่งสหภาพยุโรปเป็นภาคีหลัก มีลักษณะเฉพาะซึ่งแตกต่างจากความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของกลุ่มประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะในเชิงโครงสร้าง กล่าวคือ ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนซึ่งสหภาพยุโรปเป็นภาคีหลักมักจะมุ่งเน้นในประเด็นเรื่องการเปิดให้เข้ามาจัดตั้งกิจการลงทุนหรือการเข้าสู่ตลาด ในส่วนของการเปิดเสรีการลงทุน และไม่ค่อยมีข้อบทพันธกรณีคุ้มครองนักลงทุนในด้านต่างๆ ในส่วนของการคุ้มครองการลงทุนมากนัก โดยสหภาพยุโรปต้องการให้ประเด็นเรื่องการคุ้มครองการลงทุนอยู่ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) มากกว่าที่จะมาอยู่ในความตกลง FTAs ด้านการลงทุน

4.2.1 พันธกรณีตามข้อบทการโอน

ข้อบทพันธกรณีเรื่องการโอนเงิน ถือเป็นข้อบทคุ้มครองสิทธินักลงทุนข้อบทหนึ่ง ซึ่งมีอยู่ในทุกความตกลง FTAs ด้านการลงทุนซึ่งสหภาพยุโรปเป็นภาคีหลัก³⁷ ซึ่งมักจะครอบคลุมเงินทุนเคลื่อนย้ายทั้งในส่วนของ FDI และในส่วนอื่นๆ ที่ไม่ใช่ FDI

4.2.2 ข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย

❖ *Safeguard for difficulties caused by capital movements*

สำหรับสิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายของสหภาพยุโรป³⁸ ส่วนใหญ่มักจะอยู่ในรูปของข้อบท Safeguard สำหรับสถานการณ์ซึ่งเงินทุนเคลื่อนย้ายก่อให้เกิดหรือมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความยุ่งยากเป็นอย่างมากในการดำเนินนโยบายการเงินหรือนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน³⁹ เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อบท Safeguard นี้ใช้วิธีระบุสถานการณ์ (ที่จะเป็นเหตุให้สามารถใช้ข้อบท) คล้ายกับการระบุสถานการณ์ในข้อบท Temporary Safeguard ของร่าง MAI แต่มีข้อแตกต่างกันเล็กน้อยตรงที่ร่าง MAI จะใช้ถ้อยคำที่กว้างขึ้นว่า

³⁵ Annex 15A, U.S.-Singapore FTA

³⁶ Annex 11-G, U.S.-Korea FTA

³⁷ EU-Korea FTA; EU-Mexico FTA; EU-Chile FTA

³⁸ Article 8.4 Safeguard Measures, Chapter 8 Payments and Capital Movements, EU-Korea FTA; Article 30 Exchange rate policy and monetary policy difficulties, Title III Investment and Related Payments, EU-Mexico FTA; Article 166 Exceptions and safeguard measures, Title V Current Payments and Capital Movements, EU-Chile FTA

³⁹ “where, in exceptional circumstances, payments and capital movements / payments related to investments between the Parties cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy”

“ความยุ่งยากในการบริหารจัดการนโยบายเศรษฐกิจมหภาค” ซึ่งรวมถึงความยุ่งยากในการดำเนินนโยบายการเงินหรือนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนด้วย

ทั้งนี้ ข้อบท Safeguard ในลักษณะดังกล่าว ยังมีการระบุเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินมาตรการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในความตกลง EU-Chile FTA ด้านการลงทุน อนุญาตให้ดำเนินมาตรการได้ ไม่เกิน 1 ปี (ในรอบแรก) แต่จะสามารถต่ออายุมาตรการได้ด้วยการประกาศใช้อีกอย่างเป็นทางการ (formal reintroduction) ในขณะที่ความตกลง EU-Korea FTA และ EU-Mexico FTA ด้านการลงทุน อนุญาตให้ดำเนินมาตรการได้ ไม่เกิน 6 เดือน (ในรอบแรก) และสามารถต่ออายุมาตรการได้ด้วยการประกาศใช้อีกอย่างเป็นทางการ

นอกจากนั้น ในความตกลง EU-Korea FTA ด้านการลงทุน ระบุเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาเพิ่มเติมอีกว่า ถ้าจะต่ออายุมาตรการดังกล่าวมากกว่า 1 ครั้ง ก็จะต้องมีการประสานกับฝ่ายสหภาพยุโรปเป็นการล่วงหน้า อีกทั้ง ระบุเงื่อนไขพิเศษในการดำเนินมาตรการ (อันเป็นเงื่อนไขที่สหรัฐฯ ได้ผลักดันให้ใช้ในการเจรจากับเกาหลีใต้มาแล้ว) กล่าวคือ จะต้องไม่บังคับใช้มาตรการดังกล่าวกับเงินทุนเคลื่อนย้ายประเภท FDI จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการยึดทรัพย์ (not confiscatory) และจะต้องไม่แทรกแซงหรือขัดขวางนักลงทุนจนทำให้นักลงทุนไม่สามารถได้รับผลตอบแทนในอัตราตลาดในสินทรัพย์ซึ่งถือครองอยู่ในประเทศเกาหลีใต้ ในขณะที่ยังไม่สามารถโอนเงินออกนอกประเทศได้อันเนื่องมาจากติคุมมาตรการดังกล่าว

❖ *BOP Safeguard*

ความตกลง EU-Mexico FTA และ EU-Chile FTA มีข้อบทที่เกี่ยวกับปัญหาดุลการชำระเงินโดยตรง⁴⁰ แต่สำหรับความตกลง EU-Korea FTA ในข้อบท Safeguard ใช้วิธีระบุใน Footnote ว่า “*serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy*” shall include, but not be limited to, *serious balance of payments or external financial difficulties . . .*”

❖ *Prudential Measures*

สำหรับข้อบท Prudential นั้น ได้มีการระบุไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับบริการทางการเงิน และถึงแม้ว่ายังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าข้อบท Prudential ดังกล่าวจะสามารถครอบคลุมถึงสิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายเพื่อเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนในระดับมหภาคได้จริงหรือไม่ เพียงใด⁴¹

⁴⁰ Article 31 Balance of payments difficulties, Title III (Investment and Related Payments), EU-Mexico FTA

Article 195 Balance of payments difficulties, Title XI, EU-Chile FTA

⁴¹ ยังไม่ชัดเจนว่าข้อบท Prudential ใน FTA ของสหภาพยุโรปจะทำให้สามารถดำเนินมาตรการ Prudential ขัดกับพันธกรณีใดๆ ในความตกลง FTA ทั้งฉบับได้จริงหรือไม่ เนื่องจาก ไม่มีการใช้ถ้อยคำว่า “*Notwithstanding any other provision in this Agreement . . .*” หรือ “*Nothing in this Agreement shall prevent a Party from . . .*” แต่มักจะมีการใช้ถ้อยคำเพียงแต่ “*Each Party may adopt . . .*” ในกรณีของ EU-Korea FTA หรือเพียงแต่ “*Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from . . .*” ในกรณีของ EU-Mexico FTA และ EU-Chile FTA

แต่ก็มีข้อควรสังเกตว่า ข้อบท Prudential ในความตกลง EU-Korea FTA และ EU-Mexico FTA ได้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในข้อบท Prudential ของ GATS แต่เดิม⁴² กล่าวคือ ระบุเงื่อนไขที่ว่า มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดการอันเกินความจำเป็นต่อผู้รับผลของมาตรการ⁴³ นอกจากนี้ ข้อบท Prudential ในความตกลง EU-Mexico FTA ได้เพิ่มเติมเงื่อนไขห้ามไม่ให้ปฏิบัติต่อผู้ให้บริการทางการเงินของประเทศภาคีอื่นในลักษณะที่ด้อยไปกว่าที่ให้การปฏิบัติต่อผู้ให้บริการทางการเงินของประเทศของตน⁴⁴

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อบท Prudential ในความตกลง EU-Mexico FTA จะมีเงื่อนไขเพิ่มเติมจาก GATS พอสมควร แต่กลับขาดเงื่อนไขมาตรฐานจาก GATS ในข้อที่ว่า ถ้าหากมาตรการดังกล่าวขัดกับข้อบทในความตกลง ก็จะต้องไม่ใช่มาตรการดังกล่าวเพื่อเป็นวิธีในการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันหรือพันธกรณีในความตกลง⁴⁵

4.3 ประเทศญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นได้ลงนามความตกลง FTAs ในระดับทวิภาคีกับหลายประเทศ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็น FTAs กับประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ทั้งนี้ ในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนซึ่งญี่ปุ่นเป็นภาคีหลัก มีลักษณะสำคัญ คือ มีข้อบทมาตรการปกป้องชั่วคราว (Temporary Safeguard Measures) อยู่เสมอ และจะมีการอ้างสิทธิในการดำเนินมาตรการภายใต้ IMF ตลอดจนมีการระบุข้อบท Prudential ในบทการลงทุน โดยตรง (ยกเว้นในกรณีของ Japan-Mexico EPA) นอกเหนือจากที่ได้ระบุไว้แล้วในภาคผนวกหรือบทว่าด้วยบริการทางการเงิน

ทั้งนี้ การวิเคราะห์ในรายละเอียดสำหรับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA) จะกล่าวถึงในส่วนที่ 5 เนื่องจากข้อบทในเรื่องสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลง JTEPA นั้นแตกต่างไปจากรูปแบบของความตกลง FTAs ซึ่งญี่ปุ่นได้ลงนามกับประเทศอื่นๆ อยู่พอสมควร

4.3.1 ข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย

สำหรับในประเด็นแรก กล่าวคือ เรื่องข้อบท Temporary Safeguard Measures นั้น พบว่าได้มีการระบุข้อบทดังกล่าวในบทการลงทุนอย่างสม่ำเสมอ⁴⁶ โดยมีลักษณะเป็นข้อบท Safeguard สำหรับ 2 สถานการณ์ กล่าวคือ

⁴² Article 7.38 Prudential Carve-out, Sub-section E Financial Services, Chapter 7 Trade in Services, Establishment and Electronic Commerce, EU-Korea FTA; Article 19 Prudential carve out, Chapter III Financial Services, Title II Trade in Services, EU-Mexico FTA

⁴³ “shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim”

⁴⁴ “shall not discriminate against financial service suppliers of the other Party in comparison to its own like financial service suppliers”

⁴⁵ “Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Member’s commitments or obligations under the Agreement.”

⁴⁶ Article 68 Temporary Safeguard Measures, Chapter 5 Investment, Japan-Brunei EPA; Article 70 Temporary Safeguard Measures, Chapter 5 Investment, Japan-Indonesia EPA; Article 88 Temporary Safeguard Measures, Chapter 7 Investment, Japan-Malaysia EPA; Article 100 Temporary Safeguard Measures, Chapter 8 Investment, Japan-

สถานการณ์ที่ 1 BOP Safeguard⁴⁷ กล่าวคือ สถานการณ์ซึ่งเกิด (หรือมีความเสี่ยงที่จะเกิด) ปัญหาดุลการชำระเงินและปัญหาทางการเงินระหว่างประเทศอย่างรุนแรง ซึ่งมีในบทการลงทุนของ FTAs ทุกฉบับของญี่ปุ่น

สถานการณ์ที่ 2 Safeguard for difficulties caused by capital movements แบบในร่าง MAI กล่าวคือ สถานการณ์ซึ่งเงินทุนเคลื่อนย้ายก่อให้เกิดหรือมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความยุ่งยากเป็นอย่างมากในการบริหารจัดการนโยบายเศรษฐกิจมหภาค (โดยเฉพาะอย่างยิ่งนโยบายการเงิน นโยบายอัตราแลกเปลี่ยน)⁴⁸ ซึ่งจะมีในแทบทุกบทการลงทุนของความตกลง FTAs (EPAs) ของญี่ปุ่น ยกเว้น ในความตกลง Japan-Brunei EPA ซึ่งจะระบุนโยบายการคลังเข้าไปในขอบเขตของ “macroeconomic management”⁴⁹ และในความตกลง Japan-Singapore EPA ระบุว่าเป็นสถานการณ์ซึ่งเงินทุนเคลื่อนย้ายก่อให้เกิดหรือมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรง⁵⁰

❖ สิทธิในการดำเนินมาตรการภายใต้ IMF

สำหรับในประเด็นเรื่องการอ้างสิทธิในการดำเนินมาตรการภายใต้ IMF นั้น พบว่า บทการลงทุน ของ FTAs/EPAs ทุกฉบับของญี่ปุ่น จะมีข้อความที่สงวนสิทธิในการดำเนินมาตรการภายใต้ IMF โดยระบุอยู่ในขอบเขตการปกป้องชั่วคราว (Temporary Safeguard Measures) แต่จะมีความแตกต่างกันในแง่ของการกำหนดขอบเขตการสงวนสิทธิไว้ 2 แบบ ได้แก่ การสงวนสิทธิดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงถึงพันธกรณีในบทนั้น⁵¹ หรือ พันธกรณีในขอบท Temporary Safeguard เท่านั้น⁵²

การกำหนดขอบเขตของการสงวนสิทธิดังกล่าวซึ่งแตกต่างกันดังที่ได้กล่าวในข้างต้น น่าจะมีนัยต่อประสิทธิผลของการใช้สิทธิดังกล่าวในการดำเนินมาตรการที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ แม้ว่าการกำหนดขอบเขตให้สงวนสิทธิภายใต้ IMF โดยไม่ต้องคำนึงถึงพันธกรณีใดๆ ในขอบท Temporary Safeguard อาจจะช่วยให้การดำเนินมาตรการที่ใช้สิทธิดังกล่าวไม่ถูกระทบโดยเงื่อนไขในวรรคอื่นๆ ของขอบท Temporary Safeguard ก็ตาม แต่อุปสรรคเชิงนิตินัยต่อการดำเนินมาตรการดังกล่าวไม่ได้อยู่ที่เพียงแคเงื่อนไขในขอบท Temporary Safeguard เท่านั้น แต่ยังขึ้นอยู่กับพันธกรณีต่างๆ ในบทนั้น

Philippine EPA; Article 84 Temporary Safeguard, Chapter 8 Investment, Japan-Singapore EPA; Article 72, Temporary Safeguard Measures, Chapter 7 Investment, Japan-Mexico EPA; Article 97 Temporary Safeguard Measures, Chapter 9 Investment, Japan-Switzerland EPA

⁴⁷ ถ้อยคำตามแบบฉบับของ GATS

⁴⁸ “where, in exceptional circumstances, movements of capital cause, or threaten to cause, serious difficulties for macroeconomic management, in particular monetary and exchange rate policies”

⁴⁹ “in cases where, in exceptional circumstances, movements of capital cause or threaten to cause serious difficulties for macroeconomic management in particular, monetary, fiscal and exchange rate policies”

⁵⁰ “where, in exceptional circumstances, movements of capital result in serious economic and financial disturbance”

⁵¹ Japan-Singapore EPA; Japan-Malaysia EPA; Japan-Philippine EPA; Japan-Mexico EPA

⁵² Japan-Brunei EPA; Japan-Indonesia EPA; Japan-Chile EPA; Japan-Switzerland EPA

เนื่องด้วยพันธกรณีส่วนใหญ่ที่อาจกระทบต่อสิทธิในการดำเนินมาตรการดังกล่าวได้นั้น มักจะระบุอยู่นอกขอบเขต Temporary Safeguard ดังนั้น การถูกจำกัดว่าให้สงวนสิทธิภายใต้ IMF ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเงื่อนไขในขอบเขต Temporary Safeguard แต่ต้องไม่ให้กระทบต่อพันธกรณี โดยเฉพาะในเรื่อง Transfers ซึ่งอยู่นอกขอบเขตดังกล่าวในบทการลงทุน อาจเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิภายใต้ IMF ในการดำเนินมาตรการที่เกี่ยวข้อง

❖ *Prudential Measures*

สำหรับในประเด็นเรื่องการระบุขอบเขต Prudential นั้น พบว่า ใน FTAs ของญี่ปุ่น ส่วนใหญ่จะมีการระบุขอบเขต Prudential ในบทการลงทุน นอกเหนือจากที่ได้ระบุไว้อยู่แล้วในภาคผนวกหรือบทว่าด้วยบริการทางการเงิน⁵³ โดยที่ขอบเขต Prudential ในแต่ละที่จะทำหน้าที่เป็นข้อยกเว้นต่อพันธกรณีในแต่ละที่ซึ่งระบุอยู่เท่านั้น

ยกเว้นในกรณีของความตกลง Japan-Mexico EPA ซึ่งระบุขอบเขต Prudential เฉพาะในบทว่าด้วยบริการทางการเงินเท่านั้น⁵⁴ โดยไม่ระบุขอบเขตดังกล่าวในบทการลงทุน แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ขอบเขตดังกล่าวอนุญาตให้ใช้ Prudential Measures ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงพันธกรณีใดๆ ทั้งในบทว่าด้วยบริการทางการเงิน ในบทการค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-Border Trade in Services Chapter) และในบทการลงทุนได้อีกด้วย รวมทั้งได้ตัดเงื่อนไขมาตรฐานจาก GATS ซึ่งกำกับการใช้ Prudential Measures ประการหนึ่งออกไป กล่าวคือเงื่อนไขที่ระบุว่าในกรณีที่มาตรการเหล่านี้ไม่สอดคล้องกับความตกลง มาตรการเหล่านี้จะต้องไม่ถูกใช้เพื่อหลีกเลี่ยงข้อผูกพันหรือพันธกรณีของสมาชิกภายใต้ความตกลง⁵⁵

⁵³ Japan-Brunei EPA อยู่ใน Article 69 Prudential Measures, Chapter 5 Investment และ Section 2 Domestic Regulation, Annex 6 Financial Services

Japan-Indonesia EPA อยู่ใน Article 71 Prudential Measures, Chapter 5 Investment และ Section 2 Domestic Regulation, Annex 7 Financial Services

Japan-Malaysia EPA อยู่ใน Article 89 Prudential Measures, Chapter 7 Investment และ Section 2 Domestic Regulation, Annex 5 Financial Services

Japan-Philippine EPA อยู่ใน Article 101 Prudential Measures, Chapter 8 Investment และ Section 2 Domestic Regulation, Annex 5 Financial Services

Japan-Singapore EPA อยู่ใน Article 85 Prudential Measures, Chapter 8 (Investment) และ II Domestic Regulation, Annex IV A Financial Services

Japan- Switzerland EPA อยู่ใน Article 98 Prudential Measures, Chapter 9 Investment และ Article VI Domestic Regulation, Annex VI Financial Services

⁵⁴ Article 110 Exceptions, Chapter 9 Financial Services, Japan-Mexico EPA

⁵⁵ “Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Member’s commitments or obligations under the Agreement”

ส่วนที่ 5

ตัวอย่างข้อบทจากประเทศกำลังพัฒนา

แม้ว่าจะยังไม่มีการศึกษาที่มีข้อสรุปชัดเจนถึงความสัมพันธ์ระหว่างจำนวนความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements: IIAs) กับเงินทุนที่ไหลเข้ามาในประเทศ แต่ในระยะหลังจำนวนความตกลง FTAs ก็เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว สะท้อนจากข้อมูลของ UNCTAD ณ ปี 1990 ซึ่งมีจำนวน FTAs ประมาณ 100 ฉบับ และเพิ่มขึ้นเป็นประมาณ 250 ฉบับในปี 2009⁵⁶ ซึ่ง FTAs ด้านการลงทุน (Investment Agreement/ Investment Chapter) ได้รับความนิยมน่าจะเพิ่มขึ้นในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เพื่อช่วยส่งเสริมและดึงดูดการลงทุนเข้าสู่ประเทศ ตลอดจนช่วยให้ประเทศกำลังพัฒนาส่งออกการลงทุนได้มากขึ้น (new exporting countries) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีการจัดทำ FTAs เพื่อช่วยดึงดูด FDI หลังจากวิกฤตเศรษฐกิจการเงินในปี 2009 ซึ่ง FDI flows มีแนวโน้มลดลง เนื่องจากบริษัทข้ามชาติลดการลงทุนนอกประเทศและหลายประเทศมีนโยบายสนับสนุนให้ลงทุนในประเทศมากกว่าการลงทุนนอกประเทศ

การศึกษาในส่วนนี้มุ่งวิเคราะห์การสงวนสิทธิของทางการในการดำเนินมาตรการดูแลเงินทุนเคลื่อนย้าย ภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุน เช่นเดียวกับในบทที่ 4 แต่จะเน้นการวิเคราะห์ตัวอย่างข้อบทของความตกลงซึ่งมีประเทศกำลังพัฒนาเป็นภาคีหลัก ทั้งในระดับทวิภาคี และระดับภูมิภาคของกลุ่มประเทศอาเซียน (ASEAN) ซึ่งไทยเป็นภาคีด้วย โดยพิจารณาถึง (1) สิทธิในการใช้มาตรการการเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก คือ การรักษาเสถียรภาพของดุลการชำระเงิน (BOP Safeguard) (2) สิทธิในการใช้มาตรการการเงินทุนเคลื่อนย้ายทั้งขาเข้าและขาออก ในสภาวะพิเศษที่การเคลื่อนย้ายเงินทุนก่อให้เกิดหรือมีความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรง ซึ่งเป็นไปตามแนวทางที่ได้มีการเจรจาจัดทำร่าง MAI⁵⁷ คือ Safeguard for difficulties caused by capital movements (3) สิทธิในการใช้ Prudential Measures ซึ่งเป็นสิทธิที่เชื่อมโยงมาจาก GATS และ (4) การใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนเกี่ยวกับการรักษาสิทธิในการดำเนินมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายและดูแลเสถียรภาพอัตราแลกเปลี่ยน

ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของประเทศกำลังพัฒนาที่จะนำมาวิเคราะห์เป็นกรณีตัวอย่าง แบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนระดับทวิภาคี ประกอบด้วย ความตกลงฯ ของประเทศไทย สาธารณรัฐอินเดีย และสาธารณรัฐชิลี และ (2) ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนระดับภูมิภาค

⁵⁶ International investment agreements other than BITs and DTTs, Recent Developments in International Investment Agreements (2008–June 2009), IIA Monitor No.3 (2009) International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 2009

⁵⁷ อ่านรายละเอียดเพิ่มเติมได้ในส่วนที่ 4 ตัวอย่างข้อบทจากประเทศพัฒนาแล้ว

ประกอบด้วย ความตกลงฯ ของกลุ่มประเทศอาเซียน ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)⁵⁸ ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน (ASEAN - China Free Trade Agreement: ACFTA) ความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ (Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area: AANZFTA) และความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-สาธารณรัฐเกาหลี (ASEAN - Korea Free Trade Agreement: AKFTA)

ประเภทที่ 1 ความตกลงระดับทวิภาคี

5.1 ประเทศไทย

เมื่อประมาณ 20 ปีที่แล้ว ประเทศไทยเริ่มเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรี เป็นครั้งแรก ได้แก่ ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade: GATT) ขององค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งเป็นความตกลงแบบพหุภาคีที่ประกอบด้วยประเทศสมาชิกกว่า 100 ประเทศ (ปัจจุบัน WTO มีสมาชิก 153 ประเทศ) แต่เนื่องจากการเจรจาใช้เวลานาน ประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย จึงได้มีการเจรจาจัดทำ FTAs ด้านการลงทุนทั้งในระดับทวิภาคีเป็นรายประเทศและระดับภูมิภาค⁵⁹ โดยความตกลง FTAs ด้านการลงทุนฉบับแรกของไทยมีผลบังคับใช้ในปี 1987 คือ ความตกลง ASEAN Investment Guarantee Agreement (IGA) ต่อมาประเทศสมาชิกอาเซียนได้ร่วมกันจัดทำความตกลง ASEAN Investment Area (AIA) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อปี 1999 ปัจจุบัน ความตกลงทั้งสองนี้ได้รวมเข้าด้วยกันเป็นความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA) ลงนามเมื่อปี 2009 แต่ยังไม่ผลบังคับใช้ เนื่องจากอยู่ระหว่างการจัดทำรายละเอียดของข้อสงวนก่อนให้สัตยาบัน

นอกจากนั้น ประเทศไทยได้จัดทำความตกลง FTAs ด้านการลงทุนแบบทวิภาคีกับอีกหลายประเทศ ความตกลงฯ ที่มีผลบังคับใช้แล้ว ได้แก่ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA)⁶⁰ ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement: TAFTA)⁶¹ และความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดยิ่งขึ้นไทย-นิวซีแลนด์ (Thailand-New Zealand Closer Economic Partnership: TNZCEP)⁶² โดยทั้ง 3 ฉบับ มีรูปแบบโครงสร้างความตกลงที่เหมือนกัน คือ เป็นความตกลงฉบับเดียวที่มีทั้งภาคการค้าสินค้า การค้าบริการ และการลงทุน โดยระบุรายละเอียดของแต่ละ

⁵⁸ ASEAN Comprehensive Investment Agreement หรือ ACIA

⁵⁹ ไทยต้องทำความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement : FTA) ทำแล้วจะได้ประโยชน์อย่างไรบ้าง, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศกระทรวงพาณิชย์, http://www.thaiifta.com/trade/km/fta_qa21.pdf, 6 August 2553

⁶⁰ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิด ไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA), FTA รายประเทศ, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศกระทรวงพาณิชย์, <http://www.thaiifta.com/ThaiFTA/Home/FTAbCountry/tabid/53/cid/detail/id/21/mid/480/usemastercontainer/true/Default.aspx>, 9 August 2553

⁶¹ ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand - Australia Free Trade Agreement: TAFTA), FTA รายประเทศ, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศกระทรวงพาณิชย์, <http://www.thaiifta.com/ThaiFTA/Home/FTAbCountry/tabid/53/cid/detail/id/21/mid/480/usemastercontainer/true/Default.aspx>, 9 August 2553

⁶² ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดยิ่งขึ้น ไทย-นิวซีแลนด์ (Thailand - New Zealand Closer Economic Partnership: TNZCEP), FTA รายประเทศ, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศกระทรวงพาณิชย์, <http://www.thaiifta.com/ThaiFTA/Home/FTAbCountry/tabid/53/cid/detail/id/22/mid/480/usemastercontainer/true/Default.aspx>, 9 August 2553

ละส่วนไว้ในบท (Chapter) สำหรับรายละเอียดด้านการลงทุนจะอยู่ในบทว่าด้วยการลงทุน (Investment Chapter)

การควบคุมดูแลเงินทุนเคลื่อนย้ายของประเทศไทย อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน และมาตรการป้องปรามการเก็งกำไรค่าเงินบาท ประเทศไทยมีกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน ตั้งแต่ปี 1942 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ และรักษาเสถียรภาพของค่าเงินบาท การซื้อเงินตราต่างประเทศ หรือการโอนเงินออกนอกประเทศเพื่อชำระค่าสินค้าและบริการระหว่างประเทศนั้น สามารถทำได้โดยเสรี ตั้งแต่ปี 1990 และไทยได้ทยอยเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายตั้งแต่ปี 1991 โดยมีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและการเงินของประเทศมาเป็นลำดับ สำหรับมาตรการป้องปรามการเก็งกำไรค่าเงินบาท มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติในการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับเงินบาทของสถาบันการเงินในประเทศ กับผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Non-Residents: NR) เพื่อลดความผันผวนของค่าเงินบาท อันเนื่องจากการเก็งกำไร หรือการทำธุรกรรมของ NR ที่ไม่มีการค้าการลงทุนในประเทศรองรับ⁶³

อนึ่ง ธปท. ตระหนักว่า สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายได้ถูกจำกัดจากพันธกรณีภายใต้ FTAs จึงพยายามผลักดันให้ความตกลงต่างๆ มีถ้อยคำ หรือ ข้อบทที่เป็น policy space เพื่อรักษาสิทธิในการดำเนินมาตรการเมื่อจำเป็น ซึ่งในช่วงแรก ธปท. ได้มีการผลักดันให้มีข้อความเกี่ยวกับการรักษาเสถียรภาพเศรษฐกิจมหภาค (macroeconomic stability) ไว้ในข้อบท Prudential (เช่น ใน TNZCEP) เพราะเป็นข้อบทที่จะไม่ถูกจำกัดด้วยพันธกรณีอื่นในความตกลง อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศไทยต้องร่วมเจรจาในฐานะภาคีร่วมกับอาเซียน ก็ถูกกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการเพิ่มขึ้น (เช่น ใน AANZFTA) จนในที่สุดในช่วงการจัดทำความตกลง ACIA ก็ถูกผลักดันให้ต้องยอมรับในรูปแบบใหม่ คือ ถ้อยคำแบบร่าง MAI ซึ่งมีข้อจำกัดด้าน NT เพิ่มขึ้นมา และเป็นรูปแบบที่ไทยได้ใช้ต่อเนื่องมาในกรอบการเจรจาอื่นๆ

ดังนั้น ในบทศึกษานี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทยและอาเซียน นอกจากจะต้องพิจารณาพันธกรณีหลักเกี่ยวกับการโอนแล้ว จะมุ่งเน้นอธิบายข้อบทที่เป็น policy space หรือที่เรียกว่า Safeguard ใน 4 แนวทาง คือ BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements , Prudential Measures และข้อบทที่มีถ้อยคำชัดเจนเกี่ยวกับการรักษาเสถียรภาพเศรษฐกิจมหภาคหรืออัตราแลกเปลี่ยน ซึ่งแนวทางสุดท้ายถือเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดทางหนึ่งของไทย เนื่องจากมีข้อจำกัดน้อยและมีความชัดเจนที่สุด แต่ปัจจุบันความตกลงของไทยจะใช้แนวทางข้อบทที่ดูแลด้านเงินทุนเคลื่อนย้ายเข้าเป็นส่วนใหญ่

⁶³ระเบียบและหลักเกณฑ์การแลกเปลี่ยนเงิน, ธนาคารแห่งประเทศไทย, <http://www.bot.or.th/THAI/FOREIGNEXCHANGEREGLATIONS/Pages/index.aspx>, 17 August 2010

5.1.1 พันธกรณีตามข้อบทการโอน

ข้อบทการโอน (Transfers⁶⁴ หรือ Payments and Transfers⁶⁵) เป็นพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย โดยข้อบทนี้ให้สิทธิแก่นักลงทุนในการโอนเงิน (funds)⁶⁶ หรือการโอนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (“all transfers relating to investments”)⁶⁷ ได้โดยเสรี อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีนโยบายให้การโอนดังกล่าวจะต้องกระทำในสกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรี (freely usable currency) ตามคำจำกัดความของ IMF เท่านั้น โดยใช้อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่มีการโอน และโดยไม่ล่าช้า ซึ่งการโอนนี้อาจระบุไว้ให้โอนได้ทั้งเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออก ดังที่ปรากฏใน TAFTA และ TNZCEP หรืออาจไม่ระบุเลขดังที่ปรากฏใน JTEPA ซึ่งอาจตีความได้ว่า สามารถโอนได้โดยเสรีทั้งเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออกเช่นกัน

อย่างไรก็ดี ข้อบทนี้ยังสงวนสิทธิให้ประเทศภาคีสามารถยับยั้งการโอนดังกล่าวได้ อย่างเป็นธรรมชาติ ไม่แบ่งแยก หากเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตตามกฎหมายได้ในบางกรณี เช่น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลาย การมีหนี้สินส่วนตัว การให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ การให้ความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาในกระบวนการพิจารณาทางศาลหรือทางปกครอง แต่ใน JTEPA และ TNZCEP มีการเพิ่มกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทางอาญา⁶⁸ เช่น การฟอกเงิน⁶⁹ เป็นต้น

5.1.2 ข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย

แม้ว่าความตกลง FTAs ของไทยจะให้สิทธินักลงทุนต่างชาติโอนเงินที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนได้โดยเสรี บริบทของความตกลงฯ ยังมี policy space ให้ภาคีสามารถดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออกได้ และยังให้สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพเศรษฐกิจมหภาคและระบบการเงิน โดยมีการระบุรายละเอียดและเงื่อนไขไว้ในข้อบทของความตกลงฯ ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 4 แบบ ได้แก่ BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements, Prudential Measures และ สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาค และ/หรือ อัตราแลกเปลี่ยน (Macroeconomic and/or Exchange Rate Stability)

❖ BOP Safeguard

สิทธิในการใช้ BOP Safeguard ใน JTEPA, TAFTA และ TNZCEP เป็นการให้สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งมาตรการ (measures⁷⁰ หรือ restrictions)⁷¹ ควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก ในกรณีที่มี

⁶⁴ Article 104 Transfers, Chapter 8 Investment, JTEPA

⁶⁵ Payments and Transfers เป็นชื่อข้อบทใน 2 ความตกลง คือ Article 9.13 ของ TNZCEP และ Article 914 ของ TAFTA

⁶⁶ มีการใช้คำว่า “funds” ในย่อหน้าที่ 1 ของ ข้อบท Transfers จำนวน 2 ความตกลง ได้แก่ TAFTA (Article 914 Payments and Transfers) และ TNZCEP (Article 9.13 Payments and Transfers)

⁶⁷ Article 104 Transfers, Chapter 8 Investment, JTEPA

⁶⁸ Article 104 (3) Transfers, Chapter 8 Investment, JTEPA

⁶⁹ เฉพาะ Article 9.13 (3)(c), TNZCEP

⁷⁰ Article 108 Temporary Safeguard Measures, Chapter 8 Investment, JTEPA

ปัญหาดุลการชำระเงินและปัญหาทางการเงินภายนอกประเทศอย่างรุนแรง หรือมีความเสี่ยงที่อาจเกิดปัญหาดังกล่าว โดยกำหนดว่าการใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับข้อบทของข้อตกลงว่าด้วย IMF ไม่เกินกว่าที่จำเป็นเพื่อจัดการกับสภาวะการณ์ที่ระบุไว้ เป็นการชั่วคราว และจะต้องค่อยๆ ยกเลิกเป็นลำดับเมื่อสถานการณ์ดังกล่าวดีขึ้น นอกจากนี้ ประเทศภาคีที่ออกมาตรการนั้นจะต้องแจ้งให้ประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่งทราบทันที⁷² โดยประเทศเจ้าบ้านจะมีสิทธิตามที่ระบุไว้ในบริบทแยกจากข้อบทการโอน ซึ่งมีถ้อยคำคล้ายกับ Article XII: Restrictions to Safeguard the Balance of Payments ของ GATS ซึ่งได้กล่าวถึงไว้ในส่วนที่ 4

ความตกลง TAFTA ระบุสิทธิในการใช้ BOP Safeguard ไว้ในข้อบทมาตรการเพื่อปกป้องดุลการชำระเงิน (Restrictions to Safeguard the Balance of Payments)⁷³ ซึ่งเป็นข้อบทในบทยกเว้นทั่วไปของ **ความตกลง (Chapter 16 General Exceptions) ที่สามารถบังคับใช้กับความตกลง TAFTA ได้ทั้งหมด**⁷⁴ โดยให้สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งมาตรการต่อการชำระเงินและการโอนเงิน (funds) ที่เกี่ยวกับการลงทุนตามบทลงทุน⁷⁵ และการชำระเงินหรือการโอนเงินระหว่างประเทศผ่านธุรกรรมเดินสะพัด (current transactions)⁷⁶ ที่เกี่ยวเนื่องกับตารางข้อผูกพัน (specific commitments) ภายใต้บริการการค้าบริการ (Chapter 8 Trade in Services) ของ TAFTA อย่างไรก็ตาม การใช้ BOP Safeguard นี้จะต้องไม่ขัดกับพันธกรณีเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT)⁷⁷

สำหรับในความตกลง TNZCEP ระบุสิทธิในการใช้ BOP Safeguard ไว้ในข้อบทมาตรการเพื่อปกป้องดุลการชำระเงิน (Measures to Safeguard the Balance of Payments) ในบทข้อยกเว้นทั่วไป (Chapter 15 General Exceptions) ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้กับทั้งความตกลง เช่นเดียวกับ TAFTA ซึ่งในข้อบท มีการระบุเงื่อนไขในแต่ละภาคการค้าไว้ โดยแบ่งเป็นย่อหน้า⁷⁸ แต่การใช้ BOP Safeguard นี้จะต้องไม่ขัดกับพันธกรณีเรื่อง NT⁷⁹ เช่นเดียวกับใน TAFTA

อย่างไรก็ดี ความตกลง JTEPA มีการระบุสิทธิในการใช้ BOP Safeguard แตกต่างจาก TAFTA และ TNZCEP โดย JTEPA ระบุไว้ในข้อบทมาตรการปกป้องชั่วคราว (Temporary Safeguard Measures)⁸⁰ ซึ่งให้สิทธิภาคีระทำการใดที่ขัดกับพันธกรณีเรื่อง NT ในกรณีที่เกิดปัญหาเงินทุนเคลื่อนย้าย (cross-border capital transactions) และขัดกับพันธกรณีการโอนได้

⁷¹ ใช้ใน 2 ความตกลง ได้แก่ TAFTA (Article 1605 Restrictions to Safeguard the Balance of Payments) และ TNZCEP (Article 15.5 Measures to Safeguard the Balance of Payments)

⁷² Article 1605 Restrictions to Safeguard the Balance of Payments, TAFTA; Article 15.5 Measures to Safeguard the Balance of Payments, TNZCEP; Article 108 Temporary Safeguard Measures, Chapter 8 Investment, JTEPA

⁷³ Article 1605 Restrictions to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 16 General Exceptions, TAFTA

⁷⁴ ข้อบทการชำระเงินและการโอน (Article 914 ภายใต้ Part IV Promotion and Protection of Investments ของ Chapter 9 Investment) ต้องพิจารณาอยู่กับข้อบทมาตรการของมาตรการปกป้องดุลการชำระเงิน (Article 1605 Restrictions to Safeguard the Balance of Payments) ภายใต้ Chapter 16 General Exceptions)

⁷⁵ Chapter 9 Investments, TAFTA

⁷⁶ ความหมายของคำว่า "Current transactions" ใน TAFTA นี้ระบุให้ใช้ตามคำจำกัดความของ IMF (footnote 8 ใน Chapter 16 General Exceptions)

⁷⁷ Article 1605(2)(e) Restrictions to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 16 General Exceptions, TAFTA

⁷⁸ Article 15.5 Measure to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Exceptions, TNZCEP

⁷⁹ Article 15.5(2)(e) Measure to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Exceptions, TNZCEP

⁸⁰ Article 108 Temporary Safeguard Measures, Chapter 8 Investment, JTEPA

BOX 3: ข้อสังเกต

ความตกลง FTAs ทั้ง 3 ฉบับ ของไทยนี้ ต่างระบุเงื่อนไขของการใช้มาตรการ BOP Safeguard ว่าต้องเป็นธรรมเนียมไม่เลือกปฏิบัติ มีความจำเป็น ใช้เพียงชั่วคราว และจะเลิกใช้เมื่อสถานการณ์ดีขึ้น โดยประเทศผู้ใช้มาตรการจะต้องหลีกเลี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็นต่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ เศรษฐกิจและการเงินของภาคี และต้องเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับข้อตกลงว่าด้วย IMF โดยประเทศผู้ใช้มาตรการจะต้องแจ้งให้ภาคีอีกฝ่ายทราบทันทีเมื่อเริ่มใช้มาตรการ หรือมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ และต้องจัดให้มีการปรึกษาหารือ (consultations) เกี่ยวกับการออกมาตรการ (review) หากภาคีอีกฝ่ายร้องขอ นอกจากนี้ ความตกลง TAFTA มีการระบุเพิ่มเติมให้ประเทศภาคีให้ความสำคัญกับ economic sectors ที่มีความจำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ แต่ก็ห้ามไม่ให้ออกหรือใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสาขาใดเป็นการเฉพาะ⁸¹

❖ *Safeguard for difficulties caused by capital movements*

ความตกลง FTAs ของไทยทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวนี้ มีเพียงความตกลง JTEPA⁸² เท่านั้นที่มีการให้สิทธิทำ Safeguard นี้อย่างชัดเจน โดยใช้ข้อความแบบร่าง MAI ในความตกลง โดยอยู่ในข้อบท “มาตรการปกป้องชั่วคราว” (Temporary Safeguard Measures)⁸³ ซึ่งเป็นข้อบทที่มีการให้สิทธิภาคีใช้ BOP Safeguard และ Safeguard for difficulties caused by capital movements ได้ โดยภาคีสามารถกระทำการใดที่ขัดกับข้อตกลงเรื่อง NT ในกรณีที่เกิดปัญหาเงินทุนเคลื่อนย้าย (cross-border capital transactions) และขัดกับพันธกรณีการโอน (Transfers) ได้

อนึ่ง แม้ความตกลง TNZCEP จะไม่มีข้อบท Safeguard for difficulties caused by capital movements ที่ใช้ข้อความแบบร่าง MAI แต่ความตกลงมีการให้สิทธิภาคีใช้ Safeguard นี้ได้ เพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาคและระบบการเงินตามที่ระบุไว้ใน ข้อบท Measures for Macro-Economic and Financial Stability ในบทข้อยกเว้นทั่วไป (Chapter 15 General Exceptions) ของความตกลงฯ (รายละเอียดตามสิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาค และ/หรือ อัตราแลกเปลี่ยน (Macroeconomic and/or Exchange Rate Stability))

❖ *Prudential Measures*

นอกจากข้อบท BOP Safeguard แล้ว อาจกล่าวได้ว่าข้อบท Prudential เป็นอีกข้อบทหนึ่งที่มีการระบุไว้ค่อนข้างมากใน FTAs ต่างๆ ส่วนข้อบทเกี่ยวกับ Safeguard for difficulties caused in capital movements ยังไม่เป็นที่แพร่หลายมากนัก และยังมีข้อจำกัดค่อนข้างมาก ดังนั้น การมีข้อบท Prudential จึงเป็นประโยชน์ต่อการรักษา policy space ของทางการ เพราะมีความหมายค่อนข้างกว้าง ซึ่งให้สิทธิภาคีในการดูแลเสถียรภาพของระบบการเงินและใช้ Prudential Measures (“measures for prudential reasons...to ensure the integrity and

⁸¹ Article 1605 (3) Restrictions to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 16 General Exceptions, TAFTA

⁸² Article 108 Temporary Safeguard Measures, Chapter 8 Investment, JTEPA

⁸³ Article 108(2) Temporary Safeguard Measures, Chapter 8 Investment, JTEPA

stability of the financial system...”) ที่อาจไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ความตกลง แต่ไม่เป็นการให้สิทธิ ภาวการณ์ในการใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงข้อผูกพันหรือพันธกรณีของตนในความตกลงการค้าเสรีภาค บริการและการลงทุน ซึ่งคล้ายกับพันธกรณีของไทยใน ข้อ 2 (a) ของ Annex on Financial Services ของ GATS ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล โดยในความตกลง TAFTA⁸⁴ และ TNZCEP⁸⁵ ระบุไว้ในบทข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions Chapter) เพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้กับทุกบทในความตกลงฯ ในขณะที่ความตกลง JTEPA⁸⁶ มีข้อยกเว้นในบทลงทุนเท่านั้น แต่ก็สามารถใช้กับภาคบริการได้เช่นกัน⁸⁷

❖ **สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาค และ/หรือ อัตราแลกเปลี่ยน (Macroeconomic and/or Exchange Rate Stability)**

ข้อยกเว้นนี้เป็นข้อยกเว้นดั้งเดิมที่ ธพท. ได้ผลักดันตั้งแต่ต้น เพื่อให้ policy space ในการรักษาเสถียรภาพ ของเศรษฐกิจมหภาคและอัตราแลกเปลี่ยน โดยไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานการณ์เหมือนการใช้ BOP Safeguard และ Safeguard for difficulties caused by capital movements แบบร่าง MAI สำหรับความตกลง TNZCEP มีการระบุถึง Macroeconomic Stability ส่วนความตกลง JTEPA มีการระบุทั้ง Macroeconomic และ Exchange Rate Stability ไว้ในความตกลง สำหรับการที่ความตกลง TAFTA ไม่มีนั้นอาจเป็นเพราะ TAFTA เป็นความตกลง FTA ฉบับแรกๆ ที่ประเทศไทยจัดทำ ต่อมาเมื่อมีการจัดทำความตกลง TNZCEP และ JTEPA จึงมีการพัฒนาการจัดทำข้อยกเว้นให้รัดกุมขึ้นเป็นลำดับ

ความตกลง TNZCEP มีการระบุ Macroeconomic and Exchange Rate Stability ไว้ในข้อยกเว้นที่ 15.6 Measures for Macro-Economic and Financial Stability ในบทข้อยกเว้นทั่วไป (Chapter 15 General Exceptions) ที่สามารถใช้บังคับได้ทั้งความตกลง เนื้อหาในข้อยกเว้นนี้คล้ายกับข้อยกเว้น Prudential Measures ภายใต้ GATS แต่ มีการขยายขอบเขตของบริบทให้ครอบคลุมการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาคด้วย นอกจากนั้น ยังมีการขยายความเพิ่มเติมใน footnote ที่ 8 ว่า มาตรการนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ใช้เพื่อป้องกันการบิดเบือนค่าเงิน (currency manipulation) และเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน โดยห้ามมิให้ทำ มาตรการนั้นเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อรักษาเสถียรภาพของระบบการเงินและเศรษฐกิจมหภาค⁸⁸

ความตกลง JTEPA มีการระบุรายละเอียดของ Macroeconomic and Exchange Rate Stability ไว้ใน ข้อยกเว้นที่ 1 (b) ของข้อยกเว้นที่ 109 มาตรการด้านดูแลความแข็งแกร่งและมาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของ เศรษฐกิจมหภาคหรืออัตราแลกเปลี่ยน (Prudential Measures and Measures to Ensure the Stability of the

⁸⁴ Article 1606 Prudential Measures, Chapter 16 General Exceptions, TAFTA

⁸⁵ Article 15.6 Measures for Macro-Economic and Financial Stability, TNZCEP

⁸⁶ Article 109(1)(a) Prudential Measures and Measures to Ensure the Stability of the Macroeconomy or the Exchange Rate, Chapter 8 Investment, JTEPA

⁸⁷ Article 90(2) Scope and Coverage, Chapter 8 Investment, ของ JTEPA ระบุให้ Article 109 “shall apply to measures by a Party relating to investors of the other Party and their investments in financial services sector...”

⁸⁸ Footnote 8, Article 15.6 Measures for Macro-Economic and Financial Stability, Chapter 15 General Exceptions, TNZCEP

Macroeconomy or the Exchange Rate)⁸⁹ ซึ่งใช้ได้กับภาคบริการและการลงทุน⁹⁰ โดยประเทศภาคีจะมีอำนาจออกหรือใช้มาตรการด้วยเหตุผลด้านดุลยภาพของระบบการเงินหรือมาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาคหรืออัตราแลกเปลี่ยน และสงวนสิทธิเฉพาะมาตรการที่เกี่ยวข้องกับนโยบายการเงินหรือมาตรการเพื่อยับยั้งการเคลื่อนย้ายเงินทุนเพื่อเก็งกำไร (speculative capital flows) เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ มาตรการเหล่านี้จะต้องไม่ใช่การหลีกเลี่ยงข้อผูกพันหรือพันธกรณีของภาคีภายใต้ข้อบทนี้ ด้วยเหตุนี้ ทำให้ JTEPA กลายเป็นความตกลงการค้าเสรีเพียงฉบับเดียวของญี่ปุ่นที่ให้อำนาจรัฐในการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจมหภาคหรืออัตราแลกเปลี่ยนไว้ โดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของ BOP Safeguard และ Safeguard for difficulties caused by capital movements แบบร่าง MAI และถือเป็น FTAs ที่ให้สิทธิในการดูแล Macroeconomic and Exchange Rate Stability ที่ครอบคลุมที่สุดฉบับหนึ่งของไทย

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันการใช้ถ้อยคำในข้อบทเพื่อรักษาสิทธิการใช้ Prudential Measures ที่มีเนื้อหารวมถึง Macroeconomic and Exchange Rate Stability ในลักษณะข้างต้นไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศคู่เจรจาหลายประเทศ ทำให้ไทยจำเป็นต้องใช้ท่าทีในการเจรจาเพื่อผลักดันให้มีข้อบท Prudential Measures แบบ GATS ในความตกลงตลอดจนให้มี BOP Safeguard และ Safeguard for difficulties caused by capital movements แบบร่าง MAI โดยระบรวมไว้ในข้อบท Temporary Safeguard Measures ในความตกลงการค้าเสรีอื่นๆ เช่น ความตกลงการค้าเสรีอาเซียน-เกาหลีใต้ (AKFTA)⁹¹ หรือระบุไว้เป็นข้อยกเว้นในข้อบทการโอน (Transfers) ในความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ACIA) (รายละเอียดในส่วนที่ 5.4 สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN))

⁸⁹ Article 109(1)(b) Prudential Measures and Measures to Ensure the Stability of the Macroeconomy or the Exchange Rate, Chapter 8 Investment, JTEPA

⁹⁰ Article 90(2) ของ JTEPA ระบุว่า Article 109 “shall apply to measures by a Party relating to investors of the other Party and their investments in financial services sector...”

⁹¹ Article 11(2) Temporary Safeguard Measures, AKFTA

5.2 ประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดีย เริ่มจัดทำ FTA ครั้งแรกเมื่อปี 1998 โดยทำ Limited FTAs กับประเทศศรีลังกา และ Preferential Trade Agreements (tariff concession schemes) กับประเทศต่างๆ เช่น ประเทศอัฟกานิสถาน ประเทศเนปาล สาธารณรัฐชิลี และ กลุ่ม Mercosur⁹² ต่อมาในปี 2005 อินเดียได้ลงนามใน Comprehensive FTAs (Comprehensive Economic Cooperation Agreement: CECA) ฉบับแรกกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งเป็นความตกลงชนิดเดียวกับ Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA)⁹³ ปัจจุบัน อินเดียมี FTAs ที่มีผลบังคับใช้แล้ว จำนวน 6 ฉบับ⁹⁴

สิทธิการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายของอินเดียอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารกลางอินเดีย (Reserve Bank of India: RBI) ซึ่งให้ความสำคัญกับการดำเนินนโยบายควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้า⁹⁵ เห็นได้จากการกำหนดให้การทำธุรกรรมบางประเภทผ่านบัญชีเดินสะพัดและบัญชีเงินทุนเคลื่อนย้ายต้องขออนุญาตจาก RBI ก่อน⁹⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบัญชีเงินทุนเคลื่อนย้ายจะต้องอยู่ในระดับที่เหมาะสม เพื่อลดความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยน และมีการใช้ macro-prudential เพื่อป้องกันการก่อตัวของภาวะฟองสบู่ของราคาสินทรัพย์⁹⁷

ในอดีต อินเดียมีระบบการควบคุมที่ซับซ้อน เนื่องจากผู้กำหนดนโยบายต้องการอำนาจในการใช้นโยบายในหลายสถานการณ์ โดยไม่คำนึงถึงนักลงทุนต่างชาติมากนัก จึงมีการออกกฎเกณฑ์ที่ค่อนข้างซับซ้อน ยกต่อการตีความและคาดเดา เช่น ห้ามทำธุรกรรมเกี่ยวกับเงินทุนเคลื่อนย้ายบางประเภท หรือออกกฎระเบียบที่เข้มงวด⁹⁸ เมื่อปี 1973 อินเดียบังคับใช้ Foreign Exchange Regulation Act, 1973 (FERA) เนื่องจากขณะนั้นอินเดียมีระดับเงินทุนสำรองระหว่างประเทศต่ำ ประกอบกับรัฐบาลมีความกังวลเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยน จึงมีการใช้ FERA เป็นกฎหมายควบคุมบัญชีเงินทุนเคลื่อนย้าย (capital account) ที่เข้มงวด โดยบังคับให้เงินตราต่างประเทศของผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอินเดีย (residents) ถือเป็นทรัพย์สินของรัฐบาลอินเดีย และห้ามการทำธุรกรรมทางการเงิน (financial transactions) กับผู้มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศ เว้นแต่ได้รับ

⁹² Mercosur (ในภาษาสเปน คือ Mercado Común del Sur) หรือ ตลาดร่วมอเมริกาใต้ตอนล่าง (Southern Common Market) ประกอบด้วยสมาชิก 4 ประเทศ ได้แก่ อาร์เจนตินา บราซิล ปารากวัย และอุรุกวัย และขณะนี้มีสมาชิกสมทบ คือ ชิลี เปรู และ โคลัมเบีย โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการเปิดเสรีทางการค้าในภูมิภาค, ข้อมูลจากกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, กระทรวงพาณิชย์

⁹³ India, Negotiation, bilateral.org, <http://www.bilaterals.org/spip.php?rubrique88>, 16 August 2010

⁹⁴ Agreement already concluded, Trade Agreements, International Trade, Department of Commerce, Ministry of Commerce & Industry, Government of India, http://commerce.nic.in/trade/international_ta.asp?id=2&trade=i, 16 August 2010

⁹⁵ DBS Group Research, India: RBI's stance on capital controls, Economics, 30 November 2009, [https://www.dbsvresearch.com/Research%5Cdb%5Cresearch.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/\\$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf](https://www.dbsvresearch.com/Research%5Cdb%5Cresearch.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf), 19 August 2010, p.1

⁹⁶ Ernst&Young Pvt Ltd., Foreign Exchange Policy, Foreign exchange controls, Investment climate and foreign trade, Doing business in India, <http://www.indembassy.co.il/Additional%20files/Doing%20Business%20in%20India.pdf>, 20 August 2010, p.51

⁹⁷ DBS Group Research, India: RBI's stance on capital controls, Economics, 30 November 2009, DBS Group Research, India: RBI's stance on capital controls, Economics, 30 November 2009, [https://www.dbsvresearch.com/Research%5Cdb%5Cresearch.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/\\$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf](https://www.dbsvresearch.com/Research%5Cdb%5Cresearch.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf), 19 August 2010, p.1

⁹⁸ V. Umakanth, Legal Risk and Financial Sector; Capital Controls, November 3, 2009, Indian Corporate Law, <http://indiacorplaw.blogspot.com/2009/11/legal-risks-and-financial-sector.html>, 19 August 2000

อนุญาตจากธนาคารกลาง การกระทำที่ฝ่าฝืน FERA ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาและมีโทษจำคุก เนื่องจาก FERA มีข้อบังคับที่เข้มงวดมาก จึงทำให้ FERA กลายเป็นเครื่องมือทางการเมืองในที่สุด⁹⁹

ต่อมาในช่วงปี 1990 มีกระแสการเปิดเสรีมากขึ้นและระดับเงินทุนสำรองระหว่างประเทศเพิ่มสูงขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังวิกฤตการณ์การชำระหนี้ของอินเดียในปี 1991 รัฐบาลอินเดียจึงปรับปรุงและผ่อนคลายการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน เพื่อการพัฒนาตลาดเงินตราต่างประเทศ โดยในปี 2000 มีการบังคับใช้ Foreign Exchange Management Act, 1999 (FEMA) แทน FERA ฉบับเดิม¹⁰⁰ และใช้ FEMA เป็นกฎหมายควบคุมการทำธุรกรรมทางการเงินเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน FEMA มีวัตถุประสงค์หลัก เพื่อช่วยอำนวยความสะดวกแก่การค้าระหว่างประเทศ การชำระหนี้ และเพื่อส่งเสริมการพัฒนาตลาดการเงินที่มั่นคงของอินเดีย¹⁰¹ โดยการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ รักษาเสถียรภาพค่าเงินรูปีกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการทำธุรกรรมผ่านบัญชีเงินฝากเคลื่อนย้าย และการทำธุรกรรมของผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศ (person resident in India) และธุรกรรมกับผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (person resident outside India)¹⁰²

การศึกษาในส่วนนี้จะมุ่งวิเคราะห์ความตกลง FTAs ของอินเดีย จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ ความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างอินเดียกับสาธารณรัฐสิงคโปร์¹⁰³ (Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore: India-Singapore CECA) และความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างประเทศอินเดียกับสาธารณรัฐเกาหลี¹⁰⁴ (Comprehensive Economic Partnership Agreement between India and Korea: India-Korea CEPA) สำหรับสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายใน FTAs ของอินเดีย ต้องพิจารณาจากพันธกรณีตามข้อบทการโอน ประกอบกับข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายที่ขัดกับพันธกรณีได้ เช่น ข้อบทมาตรการปกป้องดุลการชำระเงิน คำจำกัดความ ข้อยกเว้นทั่วไป ข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง ข้อสงวน และ FEMA

5.2.1 พันธกรณีตามข้อบทการโอน

ข้อบทการโอน (Free Transfer) ในความตกลง FTAs ของอินเดียนั้น อยู่ในข้อบท “Repatriation”¹⁰⁵ ซึ่งให้สิทธินักลงทุนโอนเงินลงทุนและผลตอบแทนจากการลงทุนได้โดยเสรี แต่ไม่ได้ระบุว่าให้สิทธิโอนเงินทุนเคลื่อนย้ายเข้าหรือขาออก ความตกลงระบุไว้เพียงว่าให้โอนได้โดยใช้สกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรี (freely useable currency) ตามคำจำกัดความของ IMF ตามอัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่มีการโอน

⁹⁹ Gautam Nayak, Chartered Accountant, FERA To FEMA, June 13, 2000, <http://www.valuenotes.com/misc/pressfera.asp?ArtCd=18084>, 19 August 2010

¹⁰⁰ ความแตกต่างที่สำคัญระหว่าง FERA และ FEMA คือ การกระทำใดๆ ที่ฝ่าฝืน FEMA ไม่ถือเป็นการกระทำความผิดอาญา ไม่มีโทษจำคุก มีเพียงโทษทางแพ่ง เช่น การปรับ ให้กระทำการใดหรือไม่กระทำการใด เป็นต้น

¹⁰¹ FEMA, Introduction

¹⁰² Gautam Nayak, Chartered Accountant, FERA To FEMA, June 13, 2000, <http://www.valuenotes.com/misc/pressfera.asp?ArtCd=18084>, 19 August 2010

¹⁰³ ลงนามเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2005 มีลักษณะเป็นความตกลงเดียวที่รวมทั้งการเปิดเสรีด้านสินค้า บริการและการลงทุนไว้ในความตกลงเดียว

¹⁰⁴ ลงนามเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2009

¹⁰⁵ ข้อบทการโอนของ India-Singapore CECA อยู่ใน Article 6.6 (2) Repatriation และ India-Korea CEPA อยู่ใน Article 10.10 Transfers

อย่างไรก็ตาม ข้อบทนี้ยังให้สิทธิประเทศภาคีในการยับยั้งการโอนดังกล่าวได้อย่างเป็นธรรม ไม่แบ่งแยก หากเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตตามกฎหมายได้ในบางกรณี ตามที่มีใน FTAs อื่นๆ ทั่วไป แต่ใน FTAs ของอินเดียยังให้สิทธิในการโอนทรัพย์สินบางอย่างที่แตกต่างจาก FTAs ทั่วไป¹⁰⁶ ได้แก่ สิทธิในการโอนเงินประกันสังคม (social security) เงินบำนาญ (public retirement or statutory savings schemes) รวมถึง เงินในกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ (provident funds) เงินบำเหน็จเพื่อการเกษียณ (retirement gratuity programmes) และเงินประกันการจ้างงาน (employees insurance programmes)

5.2.2 ข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย

แม้ว่าความตกลง FTAs ของอินเดียจะให้สิทธิประเทศภาคีโอนเงินที่เกี่ยวกับการลงทุนได้โดยเสรี บริบทของความตกลงฯ ยังมี policy space ให้ภาคีสามารถดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย และยังให้สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพเศรษฐกิจมหภาคและระบบการเงิน โดยมีการระบุรายละเอียดและเงื่อนไขไว้ในข้อบทของความตกลงฯ ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 4 แบบ ได้แก่ BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements, Prudential Measures และ สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคง (Security Exceptions หรือ Exceptions)

❖ *BOP Safeguard*

สิทธิในการใช้ BOP Safeguard ใน FTAs ของอินเดีย ทั้งในภาคบริการและการลงทุน เป็นการให้สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งมาตรการ (measures¹⁰⁷ หรือ restrictions)¹⁰⁸ เกี่ยวกับการชำระเงินหรือการโอนเกี่ยวกับการลงทุนที่เป็นเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก ซึ่งข้อบท BOP Safeguard ของอินเดียนั้นไม่มีรูปแบบการจัดทำเฉพาะ เห็นได้จากการระบุ BOP Safeguard แยกเป็นข้อบทเดี่ยว เช่น ในข้อบทที่ 6.7 (1) Restrictions to Safeguard the Balance of Payments ภายใต้ India-Singapore CECA หรือเป็นเพียงส่วนหนึ่งในข้อบทที่ 10.11 Temporary Safeguard Measures ภายใต้ India-Korea CEPA ซึ่งเป็นการจัดทำข้อบทตามรูปแบบของ FTAs ของเกาหลีใต้

❖ *Safeguard for difficulties caused by capital movements*

สิทธิในการใช้ Safeguard นี้ ภายใต้ FTAs ของ อินเดียเป็นการให้สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งการทำมาตรการเกี่ยวกับธุรกรรมเคลื่อนย้ายเงินทุนข้ามพรมแดน (cross-border capital transactions) ทั้งขาเข้าและขาออก ตามแนวทางที่ได้มีการเจรจาจัดทำร่าง MAI¹⁰⁹ ซึ่งปรากฏการให้สิทธิทำ

¹⁰⁶ Article 6.6 (2) (c) Repatriation, India-Singapore CECA

¹⁰⁷ Article 10.11 Temporary Safeguard Measures, Section B: Investment, Chapter Ten Investment, India-Korea CEPA

¹⁰⁸ Article 6.7 Restrictions to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 6 Investment, India-Singapore CECA

¹⁰⁹ Article 10.11 (1)(a)(b) Temporary Safeguard Measures, Section B: Investment, Chapter Ten Investment India-Korea CEPA

Safeguard นี้ เฉพาะใน ข้อบทที่ 10.11 ย่อหน้าที่ 1(b) Temporary Safeguard Measures ภายใต้ India-Korea CEPA เท่านั้น

อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิในการดำเนินมาตรการดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ต้องเป็นธรรมชาติ ไม่เลือกปฏิบัติ มีความจำเป็น ใช้เพียงชั่วคราว และเลิกใช้เมื่อสถานการณ์ดีขึ้น¹¹⁰ หรือ ไม่เกินระยะเวลาขั้นต่ำที่กำหนด (“...not exceed a minimum period required...”)¹¹¹ โดยประเทศผู้ใช้มาตรการจะต้องหลีกเลี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็นต่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ เศรษฐกิจและการเงินของภาคี ภายใต้หลักของการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และต้องเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับข้อตกลงว่าด้วย IMF โดยประเทศผู้ใช้มาตรการจะต้องแจ้งให้ภาคีอีกฝ่ายทราบทันทีเมื่อเริ่มใช้มาตรการ หรือมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ และต้องจัดให้มีการปรึกษาหารือ เกี่ยวกับการออกมาตรการดังกล่าว

ข้อสังเกต:

ความตกลง FTAs ของอินเดียมีการกำหนดความหมายของคำว่า “มาตรการ” (measure) ภายใต้ความตกลงนี้ ในข้อบทคำจำกัดความทั่วไป (Definitions) ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้กับทุกข้อบทของความตกลงฯ

อินเดียกำหนดให้ “มาตรการ” หมายถึง มาตรการใดๆ ของภาคี ไม่ว่าจะโดยกฎหมาย ข้อบังคับ กฎ ขั้นตอน การตัดสินใจ การบริหาร หรือการใดๆ รวมถึงมาตรการของ รัฐบาลกลาง รัฐบาลท้องถิ่นหรือหน่วยงานที่มีอำนาจ หรือ มาตรการที่เป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานที่ไม่ใช่ภาครัฐแต่เป็นตัวแทนรัฐบาลกลาง รัฐบาลท้องถิ่น หรือหน่วยงานที่มีอำนาจ¹¹²

❖ *Prudential Measures*

แม้ว่าความตกลง FTAs อินเดียมีการให้สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายในหลายข้อบทข้างต้น ความตกลงฯ ของอินเดียยังมีการให้สิทธิประเทศภาคีใช้ Prudential Measures ซึ่งมีถ้อยคำและรายละเอียดคล้ายกับใน Annex on Financial Services ภายใต้ GATS โดยระบุรายละเอียดไว้ในภาคผนวก เรื่อง การบริการทางการเงินภายใต้หัวข้อ Domestic Regulation เพื่อให้สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่ง measures for prudential reasons ที่อาจไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของความตกลงได้ เพื่อรักษาเสถียรภาพของระบบการเงิน แต่ห้ามมิให้ใช้มาตรการนี้เพื่อหลีกเลี่ยงข้อผูกพันหรือข้อบังคับของภาคีภายใต้ข้อบทดังกล่าว¹¹³

¹¹⁰ India-Korea CEPA, Article 10.11 (3)

¹¹¹ Article 10.11 (3) “...not exceed a minimum period required...” India-Korea CEPA

¹¹² India-Singapore CECA อยู่ใน Article 6.1 (7) Definitions คำว่า “Measure” และ India-Korea CEPA อยู่ใน Article 1.3 Definitions คำว่า “Measures” และ “Measures by Parties”

¹¹³ (2)(a) Domestic Regulations, Annex 7C Financial Services, India-Singapore FTA; (2)(a) Domestic Regulations, Annex 6-C Financial Services, India-Korea FTA

❖ **สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและความมั่นคง (Security Exceptions หรือ Exceptions)**

นอกจากการให้สิทธิในการใช้ BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements และ Prudential Measures เหมือน FTAs ทั่วไปแล้ว FTAs ของอินเดียยังมีการขยายขอบเขตการใช้สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายให้กว้างขึ้น โดยการให้สิทธิประเทศภาคีในการทำมาตรการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศ โดยถือเป็นการใช้สิทธิภายใต้ **ข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง (Security Exceptions)¹¹⁴** หรือ **ข้อยกเว้น (Exceptions)¹¹⁵** ซึ่งประเทศภาคีไม่จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนที่เป็นวิสาหกิจของประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่ประเทศภาคีมีการออกหรือคงไว้ ซึ่งมาตรการดังกล่าวตามกฎหมายหรือข้อบังคับภายในประเทศที่อาจไม่สอดคล้องกับพันธกรณี เมื่อมีความจำเป็นต้องทำเพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคง (essential security interest) ของประเทศ¹¹⁶

อย่างไรก็ดี เพื่อยืนยันความเข้าใจที่ตรงกันของประเทศภาคีความตกลง FTAs ของอินเดียจึงมีการระบุการตีความของข้อยกเว้นนี้ในประเด็นต่างๆ ไว้ใน 3 ภาคผนวกของบทลงโทษ ได้แก่ ภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืน (Expropriation Annex) ภาคผนวกว่าด้วยข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง (Security Exception Annex) และภาคผนวกว่าด้วยการไม่ให้ตัดสินข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง (Non-justiciability of Security Exceptions Annex)

➤ **ภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืน (Expropriation Annex)** มีสาระสำคัญว่า การดำเนินมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายของรัฐบาลที่ส่งผลกระทบต่อทางเศรษฐกิจ แม้เป็นการกระทำหนึ่งหรือการกระทำหลายครั้งต่อเนื่องกัน ซึ่งมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจุบันนี้เพียงอย่างเดียวไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม (indirect expropriation)¹¹⁷

➤ **ภาคผนวกว่าด้วยข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง (Security Exception Annex)** มีสาระสำคัญว่า ประเทศภาคีอาจสามารถใช้มาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ขอบข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง เพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคง (essential security interest) ของประเทศตนได้ โดยมีเงื่อนไขว่า มาตรการนั้นต้องเป็นธรรม ไม่แบ่งแยก และเป็นไปตามกฎหมายหรือข้อบังคับภายในของประเทศภาคี โดยระบุรายละเอียดสำหรับแต่ละภาคีไว้ สำหรับอินเดียให้เป็นไปตาม Foreign Exchange Management Act, 1999 (FEMA) และยังให้สิทธิประเทศภาคีในการขอให้อินเดียเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวได้¹¹⁸

¹¹⁴ India-Singapore CECA, Chapter 6 Investment, Article 6.12 (2) ประกอบกับ Annex 4 Security Exceptions for Investment

¹¹⁵ India-Korea CEPA, Article 10.18 (2)(d) ประกอบกับ Annex 10-B Security Exceptions for Investment และ Annex 10-C Non Justiciability of Security Exceptions

¹¹⁶ India-Singapore CECA, Article 10.18 Exceptions (2)(d) และ India-Korea CEPA, Article 6.12 Security Exceptions (2)

¹¹⁷ India-Singapore CECA, Annex 3 (d)(i) Expropriation และ India-Korea CEPA, Annex 10-A (3)(i) Expropriation

¹¹⁸ India-Singapore CECA, Security Exceptions for Investment (Annex 4) และ India-Korea CEPA, Annex 10-B Security Exceptions for Investment

➤ **ภาคผนวกว่าด้วยการไม่ให้ตัดสินข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง (Non-justiciability of Security Exceptions Annex)** มีสาระสำคัญว่า ในกรณีที่มีการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเนื่องด้วยการใช้มาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ข้อบทข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง และผู้ถูกร้องแย้งต่างว่า มีสิทธิดำเนินมาตรการดังกล่าวภายใต้ข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง ดังนี้ ผู้ถูกร้อง (ผู้ใช้มาตรการ) ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยเหตุผลหรือข้อเท็จจริงใดๆ ที่ใช้ประกอบการตัดสินใจใช้มาตรการเพื่อความมั่นคงนั้น เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาในปัญหาข้อเท็จจริงนั้น แต่ความตกลงฯ ก็ยังคงให้สิทธิอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาประเด็นการเรียกร้องค่าเสียหายและ/หรือค่าชดเชย จากการใช้มาตรการภายใต้ข้อบทข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง หรือมาตรการที่ขัดกับข้อบทนั้น¹¹⁹

BOX 4: ข้อควรระวัง

การพิจารณาสิทธิในการใช้มาตรการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและความมั่นคง (Security Exceptions หรือ Exceptions) ใน FTAs ของอินเดียนั้น จำเป็นต้องพิจารณาบริบทหลักที่เป็นข้อยกเว้นของความตกลง และบริบทรองที่เป็นการตีความในภาคผนวกควบคู่กันเสมอ เพื่อความชัดเจนในการพิจารณาสิทธิของภาคีในการใช้มาตรการนั้น อนึ่ง เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น อาจต้องพิจารณาไปถึงรายละเอียดของกฎหมายการจัดการอัตราแลกเปลี่ยนของอินเดีย หรือ FEMA ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญและเป็น policy space ของอินเดียนภายใต้ความตกลงฯ ด้วย

5.3 ประเทศชิลี

ประเทศชิลี (ชิลี) เป็นประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกาที่มีการจัดทำความตกลงด้านการลงทุนแบบทวิภาคีมากที่สุด โดยเมื่อปี 1996 ชิลีเริ่มจัดทำ Comprehensive FTA เป็นครั้งแรกกับประเทศแคนาดา¹²⁰ และต่อมาได้ลงนามใน FTAs กับหลายประเทศทั่วโลก เช่น สหรัฐอเมริกา จีน เกาหลีใต้ ญี่ปุ่น เม็กซิโก ปานามา กลุ่มประเทศอเมริกากลาง และ สมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (The European Free Trade Association : EFTA)¹²¹ นอกจากนี้ ในปี 2002 ชิลียังได้จัดทำ Economic Association Agreements กับ สหภาพยุโรป (EU) ในปี 2005 ได้จัดทำความตกลงแบบ 4 ฝ่าย (a four-way deal) กับประเทศแถบมหาสมุทรแปซิฟิก ที่เรียกว่า “P4” มี บรูไน นิวซีแลนด์ และสิงคโปร์ เป็นภาคี นอกจากนี้ ได้จัดทำ Partial Preferential Agreements กับ อาร์เจนตินา โบลิเวีย โคลัมเบีย เอกวาดอร์ อินเดีย เปรู และ เวเนซุเอลา ล่าสุดเมื่อปี 2008 ชิลีลงนามใน FTAs กับ ออสเตรเลีย และ โคลัมเบีย¹²² ปัจจุบัน ชิลีมีความตกลง FTAs ด้านการลงทุนที่มีผลบังคับใช้แล้ว จำนวน 22 ฉบับ¹²³

¹¹⁹ India-Singapore CECA, Non-justiciability of Security Exceptions (Annex 5) ระบุว่าจะต้องเป็นมาตรการที่ขัดข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง แต่ India-Korea CEPA, Annex 10-C Non Justiciability of Security Exceptions ระบุเพียงมาตรการภายใต้ข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคง

¹²⁰ Canada-Chile Free Trade Agreement (CCFTA) ลงนามวันที่ 5 ธันวาคม 1996 และบังคับใช้วันที่ 5 กรกฎาคม 1997, Foreign Affairs and International Trade Canada, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/index.aspx>, 23 August 2010

¹²¹ The European Free Trade Association (EFTA) ก่อตั้งขึ้นในปี 1960 ประกอบด้วยประเทศสมาชิกจำนวน 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศลิกเตนสไตน์ ประเทศนอร์เวย์ และประเทศสวิตเซอร์แลนด์

¹²² Chile, Bilateral.org, <http://www.bilaterals.org/spip.php?rubrique130>, 23 August 2010

กองทุนการเงินระหว่างประเทศได้ประเมินระบบการเงินและธนาคารของชิลีว่าเป็นระบบการเงินที่มีขนาดใหญ่และมีความหลากหลาย รวมทั้งมีความยืดหยุ่นและความพร้อมต่อผลกระทบจากปัจจัยภายนอก อันเนื่องมาจากนโยบายการเงิน การคลัง ที่มีประสิทธิภาพ และการปรับรวมเข้ากับระบบการเงินระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดี¹²⁴ เห็นได้จากกรแก้ปัญหาภาวะเงินทุนไหลเข้าระยะสั้นในช่วงปี 1990 ได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹²⁵

สำหรับสิทธิในการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้าย (capital controls regime) ของชิลีอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารกลางชิลี (Central Bank of Chile) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีความสำคัญมากในการดำเนินนโยบายการเงินและดูแลอัตราแลกเปลี่ยน โดยใน Article 97 ของ Chapter XII ภายใต้รัฐธรรมนูญของชิลี (Constitution of the Republic of Chile) ประกอบ Law 18.840 ภายใต้ Constitutional Organic Law of the Central Bank of Chile หรือ Basic Constitutional Law of the Central Bank of Chile ได้บัญญัติให้ ธนาคารกลางชิลีมีความเป็นอิสระจากการเมืองและหน่วยงานราชการอื่น¹²⁶ และยังมีบัญญัติอำนาจของธนาคารกลางไว้อย่างชัดเจน¹²⁷ จะเห็นได้ว่า ชิลีให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระของธนาคารกลางมาก

การดำเนินมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายของชิลี มีธนาคารกลางชิลีกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีปฏิบัติของนักลงทุนต่างชาติและธนาคารที่ต้องการ โอนเงินทุนเคลื่อนย้ายเข้าที่เป็นการลงทุนทางตรงไว้ใน Chapter XIV Regulations Applicable to Credits, Deposits, Investments, and Capital Contributions from Abroad ภายใต้ Compendium of Foreign Exchange Regulations (CFER) ของธนาคารกลาง¹²⁸ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมดูแลการลงทุนของชาวต่างชาติในชิลี โดยระบุถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุน รวมทั้งเงินลงทุน (capital contributions) โดยธนาคารกลางไม่อาจปฏิเสธการลงทุนของชาวต่างชาติได้ แต่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามแนวนโยบายการเงินเกี่ยวกับการโอนเงินทุนเคลื่อนย้ายได้ทั้งขาเข้าและขาออก¹²⁹

ด้านนโยบายการจัดทำความตกลง FTAs ของชิลี ในปี 2010 ให้ความสำคัญกับการกระชับและขยายความสัมพันธ์กับประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก เนื่องจากเป็นภูมิภาคที่มีบทบาทสูงและยังมีโอกาสทางการค้าอีกมาก โดยยังคงมีนโยบายด้านการจัดทำ FTAs กับต่างประเทศต่อไป¹³⁰

¹²³ Trade Agreements in Force, Information on Chile, Countries, Foreign Trade information System, Organization of American States, http://www.sice.oas.org/ctvindex/CHL/CHLAgreements_e.asp#Inforce, 25 August 2010

¹²⁴ ภาพรวมระบบการเงินและธนาคารของชิลี, ศูนย์บริการข้อมูลธุรกิจ สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงซันโตอาโก ชิลี, <http://www.thaibizchile.org/index.php?lay=show&ac=article&Id=538969925&Ntype=23>, 20 August 2010

¹²⁵ เกษมสันต์ ทองศิริ และ อภิสิทธิ์ เปี่ยมเวโรจน์กุล, กรณีศึกษา: ประเทศชิลี, การควบคุมการไหลเข้าของเงินทุนระยะสั้นในลาตินอเมริกาและบทเรียนสำหรับประเทศกำลังพัฒนา, <http://www.econ.tu.ac.th/doc/article/fulltext/94.pdf>, 24 August 2010

¹²⁶ José De Gregorio, Autonomy of the Central Bank of Chile, 20 years on, <http://www.bis.org/review/r091204c.pdf>, 31 August 2010

¹²⁷ Its new institutional framework, Functions of the Central Bank of Chile, Banco Central de Chile, <http://www.bcentral.cl/eng/about/functions/03.htm>, 23 August 2010

¹²⁸ Chapter XIV Regulations Applicable to Credits, Deposits, investments, and Capital Contributions from Abroad, Compendium of Foreign Exchange Regulations, Norms and Regulations, Banco Central de Chile, <http://www.bcentral.cl/eng/norms-regulations/foreign-exchange/compendium.htm>, 23 August 2010

¹²⁹ Chilean High Level Study Group, 3.c.i. Treatment of Foreign Investment, 3.c Foreign Investment Regimes, Main Features of Standards and Technical Regulations, Standards, Technical Regulations and Conformity Assessment Procedures in Chile, Chile-Thailand Joint Study Group on the Feasibility of an FTA Executive Summary And Final Report, Santiago de Chile, July 2006, p. 77

¹³⁰ สดร. ณ กรุงซานโตอาโก, ทิศทางเศรษฐกิจและตลาดของชิลี คู่ทางการค้าของไทย, 31 มีนาคม 2553, www.depthai.go.th/DEP/DOC/53/53002636.doc, 23 August 2010

การศึกษาในส่วนนี้ มุ่งวิเคราะห์ความตกลงด้านการลงทุนของชิลีกับประเทศภาคีจำนวน 5 ฉบับ โดยเน้นวิเคราะห์จุดเด่นในความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับชิลี (Japan-Chile Economic Partnership Agreement: Japan-Chile EPA) ความตกลงการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียกับชิลี (Australia-Chile Free Trade Agreement: Australia-Chile FTA) ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรปกับชิลี (EFTA-Chile Free Trade Agreement: EFTA-Chile FTA) ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปกับชิลี (Agreement establishing an Association between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Chile, of the other parts: EU-Chile FTA) และ ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับชิลี (United States-Chile Free Trade Agreement: U.S.-Chile FTA) รูปแบบการจัดทำความตกลง FTAs ของชิลี เป็นแบบ Comprehensive Agreements ซึ่งรวมความตกลงด้านการค้าสินค้า การค้าบริการ และการลงทุนไว้ในความตกลงเดียว สำหรับสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายใน FTAs ของชิลี ต้องพิจารณาจากพันธกรณีภายใต้ข้อบทการโอน ประกอบกับข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายที่ขัดกับพันธกรณีได้ เช่น ข้อบทมาตรการปกป้องดุลการชำระเงิน ข้อยกเว้นทั่วไป และข้อสงวน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบทที่สงวนสิทธิของธนาคารกลางไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะใน FTAs ของชิลี

5.3.1 พันธกรณีตามข้อบทการโอน

ข้อบทการโอน (Transfers) ในความตกลง FTAs ของชิลีนั้นมีลักษณะคล้ายกับข้อบทการโอนของ FTAs ทั่วไป ซึ่งมักจะอยู่ในบทลงทุนหรือในกรณีที่ไม่มีบทลงทุน เช่น ใน EFTA-Chile FTA จะอยู่ในบทการค้าบริการและการจัดตั้ง (Trade in Services and Establishment Chapter) และใน EU-Chile FTA¹³¹ จะอยู่ในบทการค้าบริการทางการเงิน เป็นต้น

ซึ่งหากอยู่ในบทลงทุน ข้อบทนี้จะให้สิทธินักลงทุนทำการโอนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยระบุให้สิทธิโอนเงินทุนเคลื่อนย้ายทั้งขาเข้าและขาออก¹³² โดยใช้สกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรี (freely useable currency) ตามคำจำกัดความของ IMF¹³³ ตามอัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่มีการโอน อย่างไรก็ตาม ข้อบทนี้ยังให้สิทธิประเทศภาคีในการทำให้การโอนล่าช้าลงหรือยับยั้งการโอนดังกล่าวได้อย่างเป็นธรรมไม่แบ่งแยก หากเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตตามกฎหมายได้ในบางกรณี ตามที่มีใน FTAs อื่นๆ ทั่วไป นอกจากนั้น ยังมีการระบุให้ข้อบทการโอนนี้ขึ้นอยู่กับข้อสงวนอีกด้วย¹³⁴

สำหรับความตกลงที่ไม่มีบทลงทุน เช่น ใน EFTA-Chile FTA และ EU-Chile FTA มีการให้สิทธิการโอนโดยเสรีในรูปแบบของการให้สิทธิแบบเฉพาะตามประเภทของบัญชีระหว่างประเทศ โดยระบุเป็นรายชื่อ

¹³¹ EU-Chile FTA หมายถึง EU-Chile Association Agreement

¹³² Article 81 Transfers, Section 1 Investment, Chapter 8 investment, Japan-Chile EPA

¹³³ Article 105 (1)(d) Definitions, Section 3 Definitions, Chapter 8 investment, Japan-Chile EPA

¹³⁴ Article 81 (4) Transfers, Section 1 Investment, Chapter 8 investment, Japan-Chile EPA

บ ใต้แก่ ้อบทบัญญัติเงินสะพัด และ้อบทบัญญัติเงินทุนการ ोनผ่านบัญญัติเงินสะพัดระหว่างประเทศภาคินัน ให้โอนได้โดยใช้สกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรีตามข้อกำหนดของ IMF โดยไม่ได้ระบุนายการทรัพย์สินเหมือน ้อบทการ ोनทั่วไป¹³⁵ สำหรับการ ोनผ่านบัญญัติเงินทุนนั้นจะต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับเงินทุนเคลื่อนย้ายใน ุคลการชำระเงิน เท่านั้นที่อนุญาตให้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุนที่เกี่ยวกับการลงทุนทางตรงได้โดยเสรี ทั้งนี้ ต้อง เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศเจ้าบ้าน และจะต้องเป็นการลงทุนที่จัดตั้งตามที่กำหนดไว้ในบทการค้า บริการและการจัดตั้งและให้รวมถึงการชำระหนี้ หรือการ ोनเงินทุนดังกล่าวและประโยชน์ใดๆ จากการลงทุน นั้น¹³⁶ โดยไม่ได้ระบุนายการทรัพย์สินเหมือน ้อบทการ ोनทั่วไป นอกจากนั้น ้อบททั้งสองนี้ไม่มีการระบุน ้อยกเว้นห้าม ोनอีกด้วย

5.3.2 ้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย

บริบทของความตกลง FTAs ของชิลี มีการกำหนด policy space ให้ภาคีสามารถดำเนินนโยบาย เงินทุนเคลื่อนย้ายได้ และยังให้สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพเศรษฐกิจมหภาคและระบบ การเงิน โดยมีการระบุนายละเอียดและเงื่อนไขไว้ใน ้อบทของความตกลงฯ ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 4 แบบ ได้แก่ BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements, Prudential Measures และ สิทธิพิเศษของธนาคารกลาง

❖ BOP Safeguard

ความตกลงฯ ของชิลีมีการสงวนสิทธิของประเทศภาคีในการใช้ BOP Safeguard ได้โดยการออก หรือคงไว้ซึ่งมาตรการ (restrictive measures)¹³⁷ ที่เกี่ยวกับการชำระเงินและเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก ทั้งใน การค้าสินค้า และ/หรือ การค้าบริการ ที่เกี่ยวกับการลงทุนทางตรง โดยไม่ขัดกับเงื่อนไขภายใต้ต้องการ การค้าโลก (WTO)¹³⁸ โดยประเทศเจ้าบ้านจะมีสิทธิตามที่ระบุไว้ในบริบทแยกจาก ้อบทการ ोन เห็นได้จาก การที่ FTAs ของชิลีจะระบุข้อยกเว้นไว้ในบทข้อยกเว้น (Exceptions¹³⁹ / General Provisions and Exceptions¹⁴⁰ / General Exceptions¹⁴¹ / Exceptions in the Area of Trade¹⁴²) ซึ่งสามารถใช้ได้กับความตกลงทั้งฉบับ นอกจากนั้น ชิลียังมีการให้สิทธิใช้ BOP Safeguard ในบทลงทุนใน FTAs บางฉบับ เช่น ใน Japan-Chile EPA

¹³⁵ Article 39 Current Account, Section II Establishment, Chapter III Trade in Services and Establishment, EFTA-Chile FTA และ Article 164 Current Account, Title V Current Payment and Capital Movements, EU-Chile FTA

¹³⁶ Article 40 Capital Account, Section II Establishment, Chapter III Trade in Services and Establishment, EFTA-Chile FTA และ Article 165 Capital Account, Title V Current Payment and Capital Movements, EU-Chile FTA

¹³⁷ Article 22.4 Restrictions to Safeguard the Balance of Payment, Chapter 22 General Provisions and Exceptions, Australia-Chile FTA

¹³⁸ Article 22.4 (3) Restrictions to Safeguard the Balance of Payment, Chapter 22 General Provisions and Exceptions, Australia-Chile FTA

¹³⁹ Chapter 23 Exceptions, U.S.-Chile FTA

¹⁴⁰ Chapter 22 General Provisions and Exceptions, Australia-Chile FTA

¹⁴¹ Chapter XI General Exceptions, EFTA-Chile FTA

¹⁴² Title XI, Article 195(1) Balance of payments difficulties, EU-Chile FTA: "...to trade in goods and in services and with regard to payments and capital movements, including those related to direct investment."

อย่างไรก็ดี FTAs บางฉบับของซิติมีการระบุข้อยกเว้นที่ตามรูปแบบ FTAs ของประเทศภาคี เช่น ใน U.S.-Chile FTA มีการระบุข้อยกเว้นในบทข้อยกเว้น (Exceptions) ให้สิทธิประเทศภาคีใช้มาตรการเพื่อปกป้องดุลการชำระเงินภายใต้ข้อบังคับของ ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ปี 1994 ซึ่งระบุให้ใช้เฉพาะกรณีการค้าสินค้า (trade in goods) เท่านั้น¹⁴³

นอกจากนั้น ใน Japan-Chile EPA มีการเรียบเรียงข้อยกเว้นตามรูปแบบการจัดทำ FTAs (EPA) ของญี่ปุ่น โดยมีการระบุข้อยกเว้นมาตรการปกป้องชั่วคราว (Temporary Safeguard Measures) ในความตกลงเพื่อสิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งมาตรการที่ขัดกับพันธกรณีเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ(NT)และการโอน (Transfers) ภายใต้บทลงโทษ ที่เกี่ยวกับการชำระเงินหรือการโอนที่เกี่ยวกับการลงทุน ได้ในกรณีที่มีปัญหาดุลการชำระเงิน และปัญหาทางการเงินภายนอกประเทศอย่างรุนแรง หรือภัยที่อาจเกิดปัญหาดังกล่าว ซึ่งเป็นการให้สิทธิในการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก¹⁴⁴

❖ *Safeguard for difficulties caused by capital movements*

สิทธิในการทำ Safeguard นี้ภายใต้ความตกลง FTAs ของซิติมีความแตกต่างจาก Safeguard for difficulties caused by capital movements ภายใต้ FTAs ทั่วไป เนื่องจากซิติมีการระบุถึงรายละเอียดเกี่ยวกับสถานการณ์เฉพาะตามแบบร่าง MAI แต่มีการระบุเพิ่มเติมเกี่ยวกับ policy space ด้านนโยบายการเงินหรือ นโยบายอัตราแลกเปลี่ยน และข้อจำกัดด้านระยะเวลาในการดำเนินมาตรการด้วย

บริบทของ Safeguard for difficulties caused by capital movements ของซิติให้สิทธิประเทศภาคีในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายในสภาวะการณ์พิเศษที่การชำระเงินและการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศภาคีก่อให้เกิดหรือมีความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดปัญหาในการดำเนิน นโยบายการเงินหรือนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนอย่างรุนแรง ในภาคีฝ่ายใด ประเทศภาคีนั้นมีสิทธิใช้มาตรการปกป้อง (safeguard measures) ในการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายแต่ต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง และสามารถใช้นโยบายนั้นได้ **ไม่เกิน 1 ปี** ทั้งนี้ ต้องแจ้งให้ภาคีอีกฝ่ายทราบด้วย¹⁴⁵ สำหรับความตกลง EU-Chile FTA ประเทศภาคีสามารถใช้มาตรการปกป้องนี้ได้แม้จะไม่สอดคล้องกับพันธกรณี เนื่องจากข้อยกเว้นนี้เป็นส่วนหนึ่งในบทข้อยกเว้นของ

¹⁴³ Article 23.4 Balance of Payments Measures on Trade in Goods, Chapter 23 Exceptions, U.S.-Chile FTA:

“Should a Party decide to impose measures for balance of payments purposes, it shall do so only in accordance with that Party’s rights and obligations under GATT 1994, including the Declaration on Trade Measures Taken for Balance of Payments Purposes (1979 Declaration) and the Understanding on the Balance of Payments Provisions of the GATT 1994 (BOP Understanding). In adopting such measures, the Party shall immediately consult with the other Party and shall not impair the relative benefits accorded to the other Party under this Agreement.”³⁴ Footnote #3: “For greater certainty, this Article applies to balance of payments measures imposed on trade in goods.”

¹⁴⁴ Article 85 Temporary Safeguard Measures, Section 1 Investment, Chapter 8 Investment, Japan-Chile EPA

¹⁴⁵ Article 166 Exceptions and safeguard measures, Title V Current Payments and Capital Movements, EU-Chile FTA, Chapter IV Exceptions; Article 41 Exceptions and safeguard measures, Section III Payments and Capital Movements, Chapter III Trade in Services and Establishment, EFTA-Chile FTA

ความตกลง แต่สำหรับความตกลง EFTA-Chile FTA สามารถใช้ได้เพียงในบทการค้าบริการ (รวมถึงการลงทุน) เนื่องจากเป็นเพียงข้อยกเว้นของบทการค้าบริการและการจัดตั้ง¹⁴⁶

อย่างไรก็ดี ความตกลง Japan-Chile EPA ก็มีการให้สิทธิแบบนี้เช่นเดียวกัน แต่มีการกำหนดรายละเอียดที่ต่างกัน โดยกำหนดให้ประเทศภาคีมีสิทธิใช้มาตรการที่ขัดกับพันธกรณีเรื่อง NT และการโอน ภายใต้บทลงทุน เฉพาะในสถานการณ์พิเศษที่การเคลื่อนย้ายเงินทุนทำให้หรือมีความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดปัญหาทางการบริหารจัดการนโยบายเศรษฐกิจมหภาคอย่างรุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งนโยบายการเงินและนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน ซึ่งเป็นการให้สิทธิในการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออก ตามความจำเป็นในสถานการณ์พิเศษ และภายใต้เงื่อนไขของ IMF โดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาการใช้มาตรการ¹⁴⁷ ซึ่งความตกลงฯ มีรูปแบบการจัดทำและเนื้อหา (ระบุไว้ในข้อบท Temporary Safeguard Measures) คล้ายกับรูปแบบการจัดทำ FTAs ของญี่ปุ่น

❖ *Prudential Measures*

เพื่อความครอบคลุมในการกำกับดูแลสถาบันการเงิน ระบบการเงิน และเศรษฐกิจมหภาค ความตกลง FTAs ของซิติมีการให้สิทธิแก่ประเทศภาคีในการใช้ Prudential Measures ที่ขัดกับพันธกรณีของความตกลงฯ ได้ ซึ่งปกติ ถ้อยคำในข้อบทนี้มักจะคล้ายคลึงกับพันธกรณีของซิติที่ผูกพันใน ข้อ 2 (a) ของ Annex on Financial Services ภายใต้ GATS ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล แต่ใน FTAs ของซิติ มีการเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงถ้อยคำบางส่วน อาทิเช่น กำหนดให้มีสิทธิใช้มาตรการ Prudential ขัดกับพันธกรณีในบทการค้าบริการ¹⁴⁸ บทลงทุน¹⁴⁹ หรือบางข้อบท/บทในความตกลงฯ¹⁵⁰ โดยจะกำหนดให้สิทธินี้เป็นข้อยกเว้น¹⁵¹ หรือเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือจากพันธกรณีในบท/ข้อบทนั้นๆ (prudential carve-out)¹⁵² ซึ่งต่างจากข้อความใน GATS ที่ให้ขัดกับพันธกรณีทุกเรื่องในความตกลงได้

อย่างไรก็ดี Australia-Chile FTA มีการให้สิทธิในการใช้มาตรการ (measures for prudential reasons) ขัดกับบทลงทุนได้ ต่างจาก FTAs อื่นๆ ของซิติ โดยมีการกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนมากกว่า FTAs อื่น เพื่อเพิ่มความชัดเจนว่าขอบเขตของ “prudential reasons” นั้น หมายความว่ารวมถึงอะไรบ้างใน footnote ที่ 12-4, Article 12.11 Exceptions, Chapter 12 Financial Services มีถ้อยคำว่า

¹⁴⁶ Article 41 Exception and safeguard measures, Section III—Payments and Capital Movements, Chapter III Trade in Services and Establishment, EFTA-Chile FTA

¹⁴⁷ Article 85 Temporary Safeguard Measures, Section 1 Investment, Chapter 8 Investment, Japan-Chile EPA

¹⁴⁸ Article 125 Prudential carve-out, Chapter II Financial Services, EU-Chile FTA; Article 123 Exceptions, Chapter 10 Financial Services, Japan-Chile EPA; Article 12.10: Exceptions, Chapter 12 Financial Services, U.S.-Chile EPA

¹⁴⁹ Article 123 Exceptions, Chapter 10 Financial Services, Japan-Chile EPA

¹⁵⁰ Article 12.11 Exceptions, Chapter 12 Financial Services, Australia-Chile FTA

¹⁵¹ Article 123 Exceptions, Chapter 10 Financial Services, Japan -Chile FTA; Article 12.11 Exceptions, Chapter 12 Financial Services, Australia-Chile FTA

¹⁵² Article 125 Prudential carve-out, Chapter II Financial Services, EU-Chile FTA

“prudential reasons” includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual financial institutions or cross-border financial service suppliers.”

นอกจากนั้น footnote ที่ 12-5 ยังระบุเพิ่มเติมอย่างชัดเจนว่าการใช้ measures for prudential reasons จะต้องกระทำผ่านหน่วยงานที่มีอำนาจ เช่น กระทรวง (Ministries) หรือ กรมแรงงาน (Departments of Labour) และหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการกำกับดูแลสถาบันการเงิน¹⁵³

นอกจากข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายดังกล่าวข้างต้นแล้ว FTAs ของชิลียังมีการสงวนสิทธิของธนาคารกลางในการรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนในความตกลงฯ อีกด้วย

5.3.3 สิทธิพิเศษของธนาคารกลาง

เอกลักษณ์ที่โดดเด่นของความตกลง FTAs ของชิลี คือ การให้ความสำคัญกับ policy space ในการรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจและการเงิน นอกเหนือไปจาก BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements และ Prudential Measures ตามที่ปรากฏใน FTAs ทั่วไป ชิลีเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญแก่ธนาคารกลาง ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีความสำคัญและเป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลเงินทุนเคลื่อนย้าย แม้การจัดทำ FTAs ของชิลีอาจไม่มีขีดคิดในรูปแบบ และมีการปรับเปลี่ยนรายละเอียด เงื่อนไข ข้อบท ตามแนวทางการจัดทำ FTAs ของประเทศภาคี ชิลีก็ยังคงมีการกำหนด policy space และสงวนสิทธิของธนาคารกลางไว้อย่างชัดเจนในเนื้อหาของภาคผนวก (Annex) และ/หรือ ข้อสงวน (Reservations) ใน FTAs

ตัวอย่างข้อบทในความตกลง Australia-Chile FTA และ Japan-Chile EPA¹⁵⁴ แสดงให้เห็นถึงการสงวนสิทธิของธนาคารกลางในภาคผนวกของความตกลงฯ เพื่อให้ธนาคารกลางมีสิทธิในการคงไว้หรือออกมาตรการ ตามกฎหมายของชิลี ได้แก่ Law 18.840 ภายใต้ Constitutional Organic Law of the Central Bank of Chile หรือ Basic Constitutional Law of the Central Bank of Chile¹⁵⁵ หรือกฎหมายอื่นใด (other legislations) เพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน และกำกับดูแลการชำระเงินและอัตราแลกเปลี่ยน โดยธนาคารกลาง มีสิทธิใช้มาตรการ หรือข้อจำกัด เกี่ยวกับเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออก เช่น current payments and

¹⁵³ Footnote 12-5, Article 12.11 Exceptions, Chapter 12 Financial Services, Australia-Chile FTA

¹⁵⁴ Annex 10-C (1) Transfers Chile, Australia-Chile FTA; Annex 8 (1) referred to in Chapter 8 Transfers, Japan-Chile EPA

¹⁵⁵ Law 18.840 Basic Constitutional Act of the Central Bank of Chile (1), BANCO CENTRAL DE CHILE, <http://www.bcentral.cl/eng/about/basic-constitutional-act/index.htm>, 31 August 2010

transfers ได้¹⁵⁶ อนึ่ง ธนาคารกลางยังมีการสงวนสิทธิในการกำหนดให้มี reserve requirement ได้ ตาม Article 49 N°2 ภายใต้ Law 18.840¹⁵⁷ แต่ต้องไม่เกินร้อยละ 30 ของจำนวนเงินที่โอนทั้งหมด และใช้ได้ไม่เกิน 2 ปี¹⁵⁸

นอกจากนั้น ความตกลง Australia-Chile FTA ยังให้สิทธิธนาคารกลางในการดำเนินมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายที่ชัดเจนยิ่งขึ้นในความตกลงฯ เห็นได้จาก Article 12.11(2) และ (3) Exceptions ใน Financial Services Chapter ระบุอย่างชัดเจนว่าให้หน่วยงานของรัฐ (public entity) ซึ่งตามคำจำกัดความของบทการค้าบริการทางการเงิน หมายถึง ธนาคารกลางของประเทศภาคี ดังนั้น ธนาคารกลางชิลี มีสิทธิดำเนินมาตรการที่เท่าเทียม ไม่เลือกปฏิบัติ ขัดกับพันธกรณีภายใต้บทลงทุนได้ หากเป็นมาตรการที่เกี่ยวกับนโยบายการเงิน นโยบายสินเชื่อ และนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน¹⁵⁹ มาตรการที่ขัดกับพันธกรณีตามข้อบทการค้าโอนโดยเสรี ในบทลงทุนกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้มีสิทธิยับยั้งหรือจำกัดการโอนโดยเสรีโดยสถาบันการเงิน หรือโดยการให้บริการทางการเงินข้ามพรมแดน (cross-border financial service suppliers) เพื่อรักษาเสถียรภาพของสถาบันการเงินได้¹⁶⁰

อนึ่ง ความตกลง U.S.-Chile FTA มีการกำหนดสิทธิของธนาคารกลางในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายไว้ในข้อบทข้อยกเว้น (Article 12.10 Exceptions) ภายใต้บทที่ 12 ว่าด้วยการค้าบริการทางการเงิน ซึ่งให้สิทธิ public entity (ตามคำจำกัดความ ใน Article 12.19 Definitions ของบทการค้าบริการทางการเงิน หมายถึง ธนาคารกลางชิลี)¹⁶¹ ในการทำมาตรการที่เป็นธรรม ไม่แบ่งแยก เกี่ยวกับการดำเนินนโยบายการเงินและนโยบายด้านสินเชื่อหรืออัตราแลกเปลี่ยน ที่อาจไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้บทการค้าบริการทางการเงินและบทลงทุน แต่การใช้สิทธิดังกล่าวต้องไม่ขัดกับพันธกรณีภายใต้ข้อบทข้อกำหนดให้ปฏิบัติ (Article 10.5 Performance Requirements) ที่เกี่ยวกับมาตรการภายใต้บทลงทุน (Chapter 10 Investment) หรือข้อบทการค้าโอน (Article 10.8 Transfers)

อย่างไรก็ดี ในความตกลง EFTA-Chile FTA และ EU-Chile FTA¹⁶² มีเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป ความตกลงฯ มีการกำหนดกรอบเวลาในการใช้สิทธิของชิลี (รวมถึงสิทธิของธนาคารกลางชิลี) ที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ข้อบทการค้าโอน (Current Account Article และ Capital Account Article) ของความตกลงฯ เพื่อคงไว้ซึ่งข้อกำหนด (existing requirements) เกี่ยวกับการโอนผลกำไรจากการขายของการลงทุนทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือการชำระหนี้ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ออกจากชิลี

¹⁵⁶ Annex 10-C (1) Transfers Chile, Australia-Chile FTA: "...Such measures include, inter alia, the establishment of restrictions or limitations on current payments and transfers (capital movements) to or from Chile..."; Annex 8 (1) referred to in Article 81 Transfers, Chapter 8 Investment, Japan-Chile EPA

¹⁵⁷ Article 49, Subtitle Seven, Authority of the bank regarding international Transactions, Title III: The Authority and the Operations of the Bank, Law 18.840 Basic Constitutional Act of the Central Bank of Chile (1), <http://www.bcentral.cl/eng/about/basic-constitutional-act/law03.htm>, 31 August 2010

¹⁵⁸ Annex 10-C (2) Transfers, Chile, Australia-Chile FTA; Annex 8 (1) referred to in Article 81 Transfers, Chapter 8 Investment, Japan-Chile EPA

¹⁵⁹ Article 12.11(2) Exceptions, Chapter 12 Financial Services, Australia-Chile FTA

¹⁶⁰ Article 12.11(3) Exceptions, Chapter 12 Financial Services, Australia-Chile FTA

¹⁶¹ Article 12.19 Definitions, "public entity means a central bank or monetary authority of a Party, or any financial institution owned or controlled by a Party" U.S.-Chile FTA

¹⁶² Annex XI (Referred to in Article 38(2)) Regarding Current Payments and Capital Movements, EFTA-Chile FTA; Annex XIV (Regarding Article 164 and 165 of the Association Agreement) Regarding Current Payments and Capital Movements, EU-Chile FTA

โดยไม่ขัดกับการสงวนสิทธิของธนาคารกลาง ดังที่กล่าวข้างต้น ทั้งนี้ สิทธิมีสิทธิทำได้แต่ต้องไม่เกินกรอบเวลาที่กำหนดไว้ในข้อสงวนนี้ ซึ่งมี 2 แบบ¹⁶³ ได้แก่

1. ไม่เกิน 1 ปี นับจากวันที่ทำการ โอนมาชิลี สำหรับการลงทุนตามกฎหมายควบคุมการโอนเงินลงทุนต่างชาติเข้าชิลี (Decree Law 600, Foreign Investment Statute (Decreto Ley 600, Estatuto de la Inversion Extranjera)¹⁶⁴ หรือ
2. ไม่เกิน 5 ปี นับจากวันที่ทำการ โอนมาชิลี สำหรับการลงทุนตามกฎหมายควบคุมการลงทุนของชาวต่างชาติในชิลี (Law 18.657, Foreign Capital Investment Fund Law (Ley 18.657, Ley Sobre Fondo de Inversiones de Capitales Extranjeros)¹⁶⁵

¹⁶³ Annex XI (1) (Referred to in Article 38(2)) Regarding Current Payments and Capital Movements, EFTA-Chile FTA; Annex XIV (1) (Regarding Article 164 and 165 of the Association Agreement) Regarding Current Payments and Capital Movements, EU-Chile FTA

¹⁶⁴ Raúl E. Sáez, Trade in Financial Services: The Case of Chile, Free Trade Agreements and Financial Services in Latin America and the Caribbean, LCR Study, Finance, Private Sector and Infrastructure Department Latin America and the Caribbean Region The World Bank, December 2006, Page 7: “Decree-Law 600 of 1974 or the Foreign Investment Statute is a voluntary regime for investing in Chile under which foreign investors sign a contract with the State of Chile for the transfer of capital or other forms of investment **into Chile** in exchange for certain guarantees such as the right to repatriate capital one year after its entry, to remit profits at any time with free access to freely convertible currencies and the invariability of the tax regime prevailing when the investment is made. Some of these guarantees were important at a time when there was uncertainty regarding Chilean economic policies and exchange controls were extensively used. Foreign investors can also enter capital into Chile through the general foreign exchange norms contained in Chapter XIV of the Central Bank Compendium of Foreign Exchange Norms, but none of the guarantees contained in DL600 apply to such investments.”

¹⁶⁵ Market Infrastructure, Chile Profile, RBA DEXIA Investor Services, <http://gmi.rbcdexia-is.com/rt/gss.nsf/de502674489d62968525723a006e73c4/53743c1067cb3df98525723a006eed9e?OpenDocument>, 2 September 2010

ประเภทที่ 2 ความตกลงฯ ระดับภูมิภาค (อาเซียนและประเทศคู่เจรจา)

5.4 สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN)

สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of Southeast Asian Nations: ASEAN)¹⁶⁶ ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 1967 ณ กรุงเทพมหานคร เป็นองค์การความร่วมมือระดับภูมิภาค โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความร่วมมือและความมั่นคงทางการเมือง การเจริญเติบโตทางการค้าและทางเศรษฐกิจ รวมทั้งการพัฒนาทางสังคมของประเทศสมาชิก อาเซียนในยุคก่อตั้งประกอบด้วย 5 ประเทศ คือ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และไทย ต่อมาภายหลังยุคสงครามเย็น อาเซียนได้พยายามสร้างความสัมพันธ์และความร่วมมือกับประเทศอื่นๆ ในภูมิภาค โดยได้ขยายจำนวนประเทศสมาชิกเป็น 10 ประเทศทั่วเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เริ่มด้วยการเป็นประเทศสมาชิกของบรูไนในปี 1984 ต่อมา เวียดนามได้เข้าเป็นสมาชิกในปี 1995 ลาวและพม่าในปี 1997 และกัมพูชาในปี 1999 อาเซียนมีประชากรรวมประมาณ 550 ล้านคน ครอบคลุมพื้นที่ประมาณ 4.5 ล้านตารางกิโลเมตร โดยสำนักงานเลขาธิการอาเซียนตั้งอยู่ที่กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย¹⁶⁷

การประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียน (ASEAN Summit) ครั้งที่ 4 เมื่อปี 1992 ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงว่าด้วยการส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน โดยมีการจัดตั้งเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยตัวเอง ด้านสินค้า คือ เขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area: AFTA) ต่อมาได้มีการจัดทำความตกลง FTAs ด้านการค้าบริการ คือ ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS) และ ด้านการลงทุน คือ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)

ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนฉบับแรกของอาเซียน มีผลบังคับใช้เมื่อปี 1987 คือ ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของอาเซียน (ASEAN Investment Guarantee Agreement: IGA) ต่อมาประเทศสมาชิกอาเซียนได้ร่วมกันจัดทำความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Area: AIA) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อปี 1999 ต่อมา อาเซียนได้รวมความตกลงการเปิดเสรีด้านการลงทุน และความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของอาเซียนที่มีอยู่เข้าด้วยกัน เพื่อส่งเสริมและดึงดูดการลงทุนภายในอาเซียน เป็นความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA) ลงนามเมื่อปี 2009 ในการประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียน (ASEAN Summit) ครั้งที่ 14 ที่หัวหิน ประเทศไทย แต่ปัจจุบันยังไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากอยู่ระหว่างการจัดทำรายละเอียดของข้อสงวนก่อนให้สัตยาบัน¹⁶⁸

¹⁶⁶ Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), <http://www.aseansec.org/>, 7 September 2010

¹⁶⁷ ASEAN, ธนาคารแห่งประเทศไทย, http://www.bot.or.th/Thai/AboutBOT/index/Pages/ASEAN_page.aspx, 7 September 2010

¹⁶⁸ ข่าวเด่น เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2552 เวลา 19.00 น. ที่โรงแรมดุสิตธานีหัวหิน อ.ชะอำ จ.เพชรบุรี รัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน ได้ลงนามความตกลงด้านเศรษฐกิจในกรอบอาเซียน จำนวน 6 ฉบับ, กระทรวงการต่างประเทศ, <http://www.mfa.go.th/web/2662.php?id=28628>, 9 November 2010

นอกจากนี้ อาเซียนยังมีการจัดทำความตกลง FTAs กับประเทศนอกกลุ่ม รวม 6 ฉบับ โดย FTAs ที่มีผลบังคับใช้แล้วที่นำมาวิเคราะห์ในรายงานการศึกษานี้ มีจำนวน 4 ฉบับ ได้แก่ (1) ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA) (2) ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน (ASEAN-China Free Trade Agreement: ACFTA) (3) ความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ (Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area: AANZFTA) และ (4) ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-สาธารณรัฐเกาหลี (ASEAN-Korea Free Trade Agreement: AKFTA) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีในความตกลงเหล่านี้ด้วย¹⁶⁹

สำหรับสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายในความตกลง FTAs ของอาเซียนนั้น จะต้องพิจารณาพันธกรณีในข้อบทการโอน ประกอบกับข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายที่ขัดกับพันธกรณีได้ เช่น BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements, Prudential Measures และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อบทที่ให้สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Stability)

5.4.1 พันธกรณีตามข้อบทการโอน

ข้อบทการโอน (Transfers¹⁷⁰ หรือ Transfer and Repatriation of Profits¹⁷¹) เป็นพันธกรณีที่เกี่ยวเนื่องกับสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย โดยข้อบทนี้ในความตกลง FTAs ของอาเซียนทั้ง 4 ฉบับ ให้สิทธิแก่นักลงทุนในการโอนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนได้โดยเสรี ในสกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรี (freely usable currency) ตามคำจำกัดความของ IMF เท่านั้น โดยใช้อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่มีการ โอน และการโอนนั้นต้องไม่ล่าช้า ซึ่งระบุไว้ให้โอนได้ทั้งเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออก

แต่ในความตกลง ACIA มีการสงวนสิทธิของธนาคารกลาง ในการที่จะยับยั้งหรือชะลอการโอน ดังกล่าวได้ หากเป็นกรณีที่มีข้อกำหนดให้จดทะเบียนและทำตามพิธีการอื่น ที่กำหนดโดยธนาคารกลางและหน่วยงานผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้องของรัฐสมาชิก¹⁷² ซึ่งคล้ายกันกับความตกลง ACFTA ที่ระบุให้การ โอนนี้ต้องเป็นไปตามพิธีการ (formalities) ที่กำหนดโดยกฎหมายและกฎระเบียบของประเทศภาคีผู้รับการลงทุนที่เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงิน ตราบาทที่กฎหมายและข้อบังคับนั้นจะไม่ถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามพันธกรณีของภาคีภายใต้ความตกลง¹⁷³

¹⁶⁹ AFTA & FTAs, Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), <http://www.aseansec.org/4920.htm>, 7 September 2010

¹⁷⁰ ใช้ใน Article 8 ACIA; Article 13 AANZFTA และ Article 10 AKFTA

¹⁷¹ ใช้ใน Article 10 ACFTA

¹⁷² Article 13 (3)(i) Transfers, ACIA: “(i) the requirement to register and satisfy other formalities imposed by the Central Bank and other relevant authorities of a Member State.”

¹⁷³ Article 10 (4) Transfers and Repatriation of Profits, ACFTA

5.4.2 ข้อบทที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย

โดยทั่วไป FTAs ของอาเซียนมีความสลับซับซ้อนพอสมควร กล่าวคือ จะมีการระบุรายละเอียดที่ให้สิทธิประเทศสมาชิกดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายในข้อบทการโอนได้ แต่ต้องไม่ขัดกับสิทธิและพันธกรณีของประเทศสมาชิกในฐานะสมาชิกของ IMF ภายใต้อัตนตลกลงว่าด้วย IMF รวมถึงการใช้มาตรการแลกเปลี่ยนเงินตราที่สอดคล้องกับข้อตกลงว่าด้วย IMF โดยมีเงื่อนไขว่าประเทศสมาชิกจะต้องไม่กำหนดข้อจำกัดต่อธุรกรรมเกี่ยวกับเงินทุนใดๆ (any capital transactions) ที่ไม่สอดคล้องกับข้อผูกพันเฉพาะ (specific commitments) ของตนภายใต้อัตนตลกลงนี้ที่เกี่ยวกับธุรกรรมดังกล่าว¹⁷⁴ เห็นได้จาก ข้อบทการโอนของความตกลง ACIA มีการกำหนดข้อยกเว้นซึ่งให้อำนาจภาคีในการดำเนินนโยบายควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้อีกกำหนดข้างต้น ไว้ 3 กรณี ได้แก่

1. เมื่อมีคำร้องขอจาก IMF¹⁷⁵
2. ภายใต้อัตนตลกลงการเพื่อปกป้องดุลการชำระเงิน (Measures to Safeguard the Balance of Payments)¹⁷⁶
3. ในสถานการณ์พิเศษที่การเคลื่อนย้ายเงินทุนทำให้หรือมีความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรงในประเทศสมาชิก (มีถ้อยคำที่ให้สิทธิทำ Safeguard for difficulties caused by capital movements ซึ่งคล้ายกับร่าง MAI)

ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างบริบทของความตกลง FTAs ของอาเซียนและ FTAs ทั่วไปคือ การระบุข้อกำหนดที่ให้สิทธิประเทศภาคีในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายไว้ในข้อบทการโอน เว้นแต่ในความตกลง AKFTA ที่มีการกำหนดไว้ในข้อบท Temporary Safeguard Measures พร้อมกำหนดเวลาการทำมาตรการทางการเงิน และความตกลง AANZFTA ที่มีการให้สิทธิในการดำเนินนโยบายเพื่อปกป้องดุลการชำระเงินเป็นข้อยกเว้นของทั้งความตกลงภาคการค้าสินค้า การค้าบริการ และการลงทุน (Chapter 15 General Provisions and Exceptions) ซึ่งเป็นบริบทที่ให้ policy space แก่ภาคีในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออก ที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อัตนตลกลงการโอนได้ และ

ความตกลง FTAs ของอาเซียนให้สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพเศรษฐกิจมหภาคและระบบการเงิน โดยมีการระบุรายละเอียดและเงื่อนไขไว้ในข้อบทของความตกลงฯ ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 4 แบบ ได้แก่ BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements, Prudential Measures และ สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Stability)

¹⁷⁴ Article 13 (4) Transfer, ACIA; Article 8 (4) Transfers, AANZFTA; Article 10 (5) Transfers and Repatriation of Profits, ACFTA

¹⁷⁵ Article 13 (4)(a) Transfer, ACIA; Article 10 (5)(b) Transfers and Repatriation of Profits, ACFTA

¹⁷⁶ Article 13 (4)(b) Transfer, ACIA; Article 8 (4) Transfers, AANZFTA; Article 10 (5)(a) Transfers and Repatriation of Profits, ACFTA

❖ BOP Safeguard

สิทธิในการใช้ BOP Safeguard ภายใต้อาเซียนนั้น โดยทั่วไปจะเป็นข้อบทใน บทลงทุน เพื่อให้สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งการทำมาตรการ (measures¹⁷⁷ หรือ restrictions)¹⁷⁸ เงินทุนเคลื่อนย้ายขาออก (ทั้งในภาคบริการและการลงทุน) โดยกำหนดว่าการใช้ข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องไม่ เกินกว่าที่จำเป็นเพื่อจัดการกับสถานการณ์ที่ระบุไว้ เป็นการชั่วคราว และจะต้องค่อยๆ ยกเลิกเป็นลำดับเมื่อ สถานการณ์ดังกล่าวดีขึ้น อีกทั้ง ประเทศสมาชิกที่ออกข้อจำกัดนั้นจะต้องแจ้งให้ประเทศสมาชิกอื่นทราบ ทันที¹⁷⁹ นอกจากนี้ ความตกลง ACIA ยังให้สิทธิประเทศสมาชิกเพิ่มเติมในการร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ เพื่อให้มีการทบทวนข้อจำกัดนั้นได้ แต่ต้องไม่เข้าซ้อนทับกับกระบวนการของ WTO และ IMF¹⁸⁰

อย่างไรก็ดี ความตกลง AANZFTA มีการระบุใน Article 4 (4) Measures to Safeguard the Balance of Payments แตกต่างจาก FTAs อื่นๆ ของอาเซียนเห็นได้จากกรณีที่ข้อบทนี้อยู่ใน Chapter 15 General Provisions and Exceptions ซึ่งเป็นบทข้อยกเว้นที่มีผลต่อความตกลงฯ ทั้งฉบับ ซึ่งเป็นความตกลงแบบ Comprehensive Agreement ที่มีการระบุถึงสิทธิของประเทศสมาชิกในกรณีที่มีปัญหาดุลการชำระเงินและปัญหาทางการเงิน ภายนอกประเทศอย่างรุนแรงหรือการคุกคามดังกล่าว ประเทศภาคีจะมีสิทธิใช้ข้อจำกัด (restrictions) ใน กรณีการค้าสินค้า การค้าบริการ และการลงทุน ดังต่อไปนี้¹⁸¹

1. กรณีการค้าสินค้า ประเทศภาคีสามารถนำมาตราการจำกัดการนำเข้ามาใช้ โดยจะต้องเป็นไปโดย สอดคล้องกับ GATT 1994 และความเข้าใจว่าด้วยบทบัญญัติเรื่องดุลการชำระเงินของ GATT 1994 ในภาคผนวก 1A แนบท้ายความตกลง WTO¹⁸²
2. กรณีการค้าบริการ ประเทศภาคีสามารถนำมาใช้หรือคงไว้ซึ่งข้อจำกัดทางการค้าบริการที่ประเทศ ภาคีได้ยอมรับข้อผูกพันเฉพาะไว้ รวมถึงการชำระเงินหรือการโอนเงินสำหรับธุรกรรมซึ่ง เกี่ยวเนื่องกับข้อผูกพันนั้น¹⁸³
3. กรณีการลงทุน ประเทศภาคีสามารถนำมาใช้หรือคงไว้ซึ่งข้อจำกัดเรื่องการชำระเงินหรือการ โอนเงิน ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการลงทุนที่ครอบคลุม ตามที่นิยามไว้ในบทลงทุนของความตกลงฯ¹⁸⁴

อย่างไรก็ดี ความตกลง AANZFTA ยังมีการกำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการดังกล่าวเหมือนกับที่ ปรากฏใน FTAs อื่นของอาเซียน¹⁸⁵ แต่มีการระบุเพิ่มเติมว่า ในกรณีของการค้าบริการและการลงทุน เป็นที่

¹⁷⁷ Article 11 (1) Temporary Safeguard Measures, AKFTA

¹⁷⁸ ใช้ในข้อบท Measures to Safeguard the Balance of Payments ในทั้ง 3 ความตกลง ได้แก่ ACIA, AANZFTA และ ACFTA

¹⁷⁹ Article 16 (4) Measures to Safeguard the Balance-of-Payments, ACIA; Article 11 (3) Measures to Safeguard the Balance of Payments, ACFTA; Article 4 (4) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA; Article 11 (5) Temporary Safeguard Measures, AKFTA

¹⁸⁰ Article 16 (4) Measures to Safeguard the Balance-of-Payments, ACIA

¹⁸¹ Article 4 (1) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA

¹⁸² Article 4 (1)(a) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA

¹⁸³ Article 4 (1)(b) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA

¹⁸⁴ Article 4 (1)(c) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA

¹⁸⁵ Article 4 (2) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA

ยอมรับว่า ความกดดันในบางกรณีต่อดุลการชำระเงินของประเทศภาคีในระหว่างขั้นตอนการพัฒนาเศรษฐกิจ หรือช่วงปรับเปลี่ยนทางเศรษฐกิจ อาจก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องใช้ข้อจำกัด เพื่อทำให้มั่นใจถึงการ รักษาไว้ซึ่งระดับการสำรองทางการเงินที่เพียงพอสำหรับการดำเนินการตามแผนการพัฒนาทางเศรษฐกิจ หรือการปรับเปลี่ยนทางเศรษฐกิจ¹⁸⁶ และในการพิจารณากำหนดเหตุการณ์เพื่อใช้ข้อจำกัดเช่นว่านั้น ประเทศ ภาคีอาจให้ลำดับความสำคัญต่อภาคเศรษฐกิจซึ่งมีความจำเป็นมากกว่าต่อแผนเศรษฐกิจหรือการพัฒนาของ ตน อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องไม่นำมาใช้หรือคงไว้เพื่อปกป้องภาคเศรษฐกิจใดเป็นการเฉพาะ¹⁸⁷

❖ *Safeguard for difficulties caused by capital movements*

นอกจากการให้สิทธิในกรณีที่เกิดปัญหาดุลการชำระเงินข้างต้นแล้ว FTAs ของอาเซียนยังมีการให้ สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งการทำมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายทั้งขาเข้าและขาออก เมื่อเกิด ปัญหาทางการเงินภายนอกประเทศอย่างรุนแรงหรือภัยที่อาจเกิดปัญหาดังกล่าว หรือในสภาวะพิเศษที่การ เคลื่อนย้ายเงินทุนทำให้หรือมีความเสี่ยงที่อาจเกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรง ซึ่ง เป็นไปตามแนวทางที่ได้มีการเจรจาจัดทำร่าง MAI ในข้อบทเดียวกันนี้ด้วย โดยมีการระบุไว้เป็นส่วนหนึ่ง ของข้อบทการโอนที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นและเงื่อนไขของข้อยกเว้นในความตกลง ACIA และ ACFTA และ ในข้อบท Temporary Safeguard Measures ใน AKFTA แต่ไม่ปรากฏถ้อยคำนี้ในความตกลง AANZFTA

อนึ่ง ความตกลง AKFTA เท่านั้นที่มีการให้สิทธิประเทศภาคีในการออกหรือคงไว้ซึ่งมาตรการ เงินทุนเคลื่อนย้ายทั้งขาเข้าและขาออกในข้อบทเดียว คือ ข้อบทที่ 11 มาตรการปกป้องชั่วคราว (Temporary Safeguard Measures)¹⁸⁸ ตามรูปแบบการจัดทำ FTAs ของเกาหลีใต้ ซึ่งให้สิทธิประเทศภาคีใช้หรือคงไว้ซึ่ง มาตรการปกป้องชั่วคราวได้ใน 2 กรณี

สถานการณ์ที่ 1 BOP Safeguard กล่าวคือ ในกรณีที่มีปัญหาดุลการชำระเงินและปัญหาทางการเงิน ภายนอกประเทศอย่างรุนแรงหรือภัยที่อาจเกิดปัญหาดังกล่าว ประเทศสมาชิกมีสิทธิใช้หรือคงไว้ซึ่งการทำ มาตรการ เพื่อควบคุมเงินทุนขาออกที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของตนภายใต้ข้อบท NT ที่เกี่ยวกับธุรกรรม เงินทุนข้ามชาติ (cross-border capital transactions) หรือ ข้อบทการโอน

สถานการณ์ที่ 2 Safeguard for difficulties caused by capital movements กล่าวคือ ในสภาวะการณ์ พิเศษที่การเคลื่อนย้ายเงินทุนทำให้หรือมีความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจการเงินอย่าง รุนแรง หรือปัญหาด้านการดำเนินนโยบายทางการเงิน หรืออัตราแลกเปลี่ยนอย่างรุนแรงในประเทศภาคีนั้น ประเทศภาคีมีสิทธิในการใช้หรือคงไว้ซึ่งมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณี ของตนภายใต้ข้อบทการโอน

¹⁸⁶ Article 4 (3)(a) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA

¹⁸⁷ Article 4 (3)(b) Measures to Safeguard the Balance of Payments, Chapter 15 General Provisions and Exceptions, AANZFTA

¹⁸⁸ Article 11 Temporary Safeguard Measures, AKFTA

โดยความตกลง AKFTA กำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการทั้ง 2 นี้ไว้ว่าจะต้องสอดคล้องกับข้อบทของ ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินฯ และไม่เกินกว่าที่จำเป็น เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีการบรรยายละเอียด เพิ่มเติมไว้ใน footnote ที่ 13 ของความตกลงเพื่อความชัดเจนในการตีความว่า มาตรการดังกล่าว คือ มาตรการ ใดๆ ที่ใช้เพื่อประกันความมีเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน รวมถึงการป้องกันความไม่แน่นอนของกระแส ทุนจะไม่ถูกนำมาใช้หรือคงไว้ เพื่อการคุ้มครองสาขาใดเป็นการเฉพาะ

อนึ่ง ความตกลง AKFTA ยังมีการกำหนดระยะเวลาในการใช้หรือคงไว้ซึ่งมาตรการในกรณีที่ 2 ว่า จะต้องค่อยๆ ยกเลิกภายใน 1 ปี หรือเมื่ออยู่ในสถานะที่ไม่มีเหตุอันควรสำหรับการใช้หรือคงไว้ ซึ่งมาตรการ นั้น อย่างไรก็ดี เพื่อความชัดเจนในการตีความระยะเวลาดังกล่าวความตกลง AKFTA จึงมีการบรรยายละเอียด เพิ่มเติมใน footnote ที่ 14 ว่า มาตรการนั้นอาจถูกขยายนานกว่าระยะเวลา 1 ปีได้ หากสถานการณ์ยังคงอยู่¹⁸⁹

❖ *Prudential Measures*

เพื่อขยายขอบเขตในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย ธปท. จึงผลักดันให้มีข้อบทที่ให้สิทธิ ประเทศภาคีในการกำกับดูแลเสถียรภาพสถาบันการเงินและเศรษฐกิจมหภาค ซึ่งเป็นการใช้มาตรการ Prudential ที่อาจไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ความตกลงฯ แต่ไม่เป็นการใช้สิทธิเพื่อหลีกเลี่ยงข้อผูกพัน หรือพันธกรณีของตนในความตกลง

ซึ่งในความตกลง ACIA, ACFTA และ AKFTA มีการเชื่อมโยงความตกลงฯ กับ สิทธิในการใช้ measures for prudential reasons ตามข้อ 2 (a) (Domestic Regulation) ของ Annex on Financial Services ภายใต้ GATS เสมือนเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงฯ เป็นผลให้ประเทศภาคีมีสิทธิใช้ Prudential Measures ในฐานะ ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ของความตกลงฯ ครอบคลุมที่มาตรการมีผลกระทบต่อการใช้บริการทางการเงิน¹⁹⁰

อย่างไรก็ตาม ในความตกลง AANZFTA มีการกำหนดรายละเอียดการใช้สิทธิใช้ Prudential Measures ที่แตกต่างจาก FTAs อื่นของอาเซียน ซึ่งถือเป็นความตกลงฯ ที่ให้สิทธิในการดำเนินนโยบายผ่าน measures for prudential reasons ที่ครอบคลุมเรื่องเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Stability) และมีข้อจำกัดน้อยที่สุดในบรรดา FTAs ของ ASEAN (ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อสิทธิในการใช้มาตรการ เพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Stability))

¹⁸⁹ Footnote 14 ของ Article 11 (4) Temporary Safeguard Measures, AKFTA

¹⁹⁰ Article 17 (2) General Exceptions, ACIA; Article 16 (2) General Exceptions, ACFTA; Article 20 (2) General Exceptions, AKFTA

❖ สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Stability)

เพื่อให้ความตกลงครอบคลุมไปถึง policy space ในการรักษาเสถียรภาพของระบบการเงินและอัตราแลกเปลี่ยน ธพท. จึงมีการผลักดันให้มีการระบุเรื่องนี้ไว้ในความตกลง โดยไม่มีเงื่อนไขด้านสถานการณ์ (first-best option) ซึ่งในบรรดา FTAs ของอาเซียนที่ไทยเป็นภาคี มีเพียงความตกลง AANZFTA เท่านั้น ที่มีการระบุถ้อยคำที่ชัดเจนเกี่ยวกับเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Stability) ไม่ใช่แค่เนนโยบายเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Policy) โดยเป็นส่วนหนึ่งของข้อบท Prudential Measures (Article 3 Domestic Regulation ของ Annex on Financial Services) เป็นผลให้ AANZFTA เป็นความตกลงฯ ที่ให้สิทธิในการดำเนินนโยบายผ่าน measures for prudential reasons ที่ครอบคลุมเรื่องเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (Exchange Rate Stability) และมีข้อจำกัดน้อยที่สุดในบรรดา FTAs ของอาเซียน

ความตกลง AANZFTA ให้มีการกำหนดโดยชัดเจนว่า ประเทศภาคีมีอิสระในการใช้ measures for prudential reasons เพื่อประกันความมั่นคงและเสถียรภาพของระบบการเงิน (stability of the financial system) หรือเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (stability of the exchange rate) ได้¹⁹¹ โดยมีขอบเขตครอบคลุมด้านการค้าสินค้า การค้าบริการ และการลงทุน ภายใต้ความตกลง AANZFTA อนึ่ง เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้นในการตีความขอบเขตการใช้มาตรการเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยน จึงมีการระบุรายละเอียดเพิ่มเติมใน footnote ที่ 1 ว่า มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน จะต้องไม่ใช่หรือคงไว้เพื่อความมุ่งประสงค์ในการคุ้มครองสาขาใดเป็นการเฉพาะ

นอกจากนั้น ภาคผนวกดังกล่าวยังระบุเงื่อนไขการใช้มาตรการ Prudential และ Exchange Rate Stability ภายใต้ข้อบทนี้ไว้ดังต่อไปนี้

1. ในกรณีที่มาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงฉบับนี้ มาตรการเหล่านั้นจะต้องไม่นำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงข้อผูกพัน หรือพันธกรณีของประเทศภาคีภายใต้ความตกลงฉบับนี้¹⁹²
2. สำหรับมาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (stability of the exchange rate) มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็น และต้องทยอยลดการใช้มาตรการลงเมื่อสถานการณ์ไม่มีเหตุอันควรของการใช้หรือการคงไว้ซึ่งมาตรการดังกล่าว¹⁹³ และการใช้มาตรการดังกล่าวจะดำเนินการบนพื้นฐานของการประคับคองเชิงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)¹⁹⁴

¹⁹¹ Article 3 Domestic Regulation, Annex on Financial Services, AANZFTA

¹⁹² Article 3 (1)(a) Domestic Regulation, Annex on Financial Services, AANZFTA

¹⁹³ Article 3 (1)(b) Domestic Regulation, Annex on Financial Services, AANZFTA

¹⁹⁴ Article 3 (1)(c) Domestic Regulation, Annex on Financial Services, AANZFTA

Article 3¹⁹⁵

Domestic Regulation

“1. Notwithstanding any other provision of this Agreement, a Party shall not be prevented from taking measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system or to ensure the stability of the exchange rate¹ subject to the following:

- (a) where such measures do not conform with the provisions of this Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Agreement;
- (b) for measures to ensure the stability of the exchange rate such measures shall be no more than necessary and phased out when conditions no longer justify their institution or maintenance; and
- (c) for measures to ensure the stability of the exchange rate such measures shall be applied on a most-favoured-nation basis.

2. Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to disclose information relating to the affairs and accounts of individual customers or any confidential or proprietary information in the possession of public entities.”

Footnote 1: “The measures to ensure the stability of the exchange rate shall not be adopted or maintained for the purpose of protecting a particular sector.”

อย่างไรก็ดี ปัจจุบัน การใช้ถ้อยคำที่ให้สิทธิใช้มาตรการ Prudential ที่รวม Exchange Rate Stability¹⁹⁶ แบบในความตกลง AANZFTA ไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกอาเซียน เนื่องจากมีขอบเขตที่กว้างเกินไป ทำให้การจัดทำ FTAs ของอาเซียน ในระยะหลังมีเพียงข้อบท Prudential ที่มีถ้อยคำแบบ GATS เท่านั้น ส่วน policy space ที่เกี่ยวกับเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนก็ถูกผลักดันให้ใช้ถ้อยคำแบบร่าง MAI โดยอาจจะนับว่าเป็นข้อยกเว้นในข้อบทการ โอนหรือรวมกับข้อบท BOP Safeguard ใน Temporary Safeguard Measures

โดยสรุป ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาค มีรูปแบบการจัดทำและการสงวนสิทธิของรัฐในการดำเนินมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายที่คล้ายคลึงกัน เห็นได้จากความตกลงที่เลือกมาเป็นตัวอย่างส่วนใหญ่เป็นแบบ comprehensive agreements ที่รวมเนื้อหาของภาคการค้าสินค้า การค้าบริการ และการลงทุน ไว้ในความตกลงเดียว โดยทุกความตกลงฯ จะมีข้อบทการ โอนที่อาจใช้ชื่อเรียกแตกต่างกันไป แต่มีใจความเดียวกันเกี่ยวกับการให้สิทธินักลงทุนของประเทศ

¹⁹⁵ Article 3 (1)(c) Domestic Regulation, Annex on Financial Services, AANZFTA

¹⁹⁶ Article 3 (1)(c) Domestic Regulation, Annex on Financial Services, AANZFTA

ภาคีไอเอ็นจีทุนเคลื่อนย้ายได้โดยเสรี ภายใต้เงื่อนไขและข้อยกเว้นของความตกลงที่คล้ายคลึงกัน เว้นแต่ในความตกลงที่มีสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (EFTA) หรือ สหภาพยุโรป (EU) เป็นภาคี สิทธิการโอนโดยเสรีใน จะเป็นการให้สิทธิแบบเฉพาะตามประเภทของบัญชีระหว่างประเทศ โดยระบุเป็นรายข้อบท ได้แก่ ข้อบท บัญชีเดินสะพัด (Current Account) และข้อบทบัญชีเงินทุน (Capital Account) การโอนผ่านบัญชีเดินสะพัด ระหว่างประเทศภาคนั้น เป็นต้น

ขอบเขตในการดำเนินนโยบายควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของข้อบท การโอนใน FTAs ของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนานั้น มีการระบุรายละเอียด และเงื่อนไขไว้ในข้อบทของความ ตกลงฯ ได้แก่ BOP Safeguard, Safeguard for difficulties caused by capital movements, Prudential Measures และ สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาค และ/หรือ อัตราแลกเปลี่ยน (Macroeconomic and/or Exchange Rate Stability) โดยอาจมีข้อจำกัดเกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินมาตรการ ได้ ดังที่ปรากฏใน FTAs ของ ซิลี และ อาเซียน-เกาหลีใต้ (AKFTA)

ปัจจุบัน การจัดทำ FTAs ของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนามีแนวโน้มเพิ่มขึ้นและมีการพัฒนาการจัดทำ ความตกลงที่คล้ายคลึงกันในหลายประเทศ แม้ความตกลง FTAs จะเป็นการเปิดเสรีการลงทุนให้สิทธิภาคี ไอเอ็นจีได้ แต่ก็มีการกำหนดขอบเขตในการดำเนินนโยบายควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศใน หลายรูปแบบเช่นเดียวกัน ซึ่งชี้ให้เห็นถึงการให้ความสำคัญเกี่ยวกับการรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจ มหภาค ระบบการเงิน และอัตราแลกเปลี่ยน ในระดับสากล เพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจและการเงินของ ประเทศในระยะยาว ดังนั้น แนวนโยบายในการจัดทำ รูปแบบ และรายละเอียดของความตกลง FTAs ใน อนาคต ควรจะมีการพิจารณาถึงสิทธิในการดำเนินนโยบายของประเทศภาคีภายใต้ความตกลง เพื่อให้ สอดคล้องกับแนวนโยบายของประเทศ โดยควรคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศ สิทธิของธนาคารกลาง ในการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้าย และการคุ้มครองนักลงทุนควบคู่กันไปด้วย

ส่วนที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

จากผลการวิเคราะห์ในข้างต้น จะสามารถสรุปสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้บรรทัดฐานจากองค์การระหว่างประเทศ และภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของประเทศต่างๆ ที่ได้นำมาศึกษาเป็นตัวอย่างในเชิงเปรียบเทียบได้ดังต่อไปนี้

6.1 สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้บรรทัดฐานจากองค์การระหว่างประเทศ และภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของประเทศต่างๆ

- สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลงของ IMF (Articles of Agreement of IMF)

พันธกรณีด้านการลงทุนภายใต้ความตกลงของ IMF เป็นเรื่องการอนุญาตให้โอนเงินได้โดยเสรีสำหรับธุรกรรมเดินสะพัด (Payments for Current Transactions) แต่สำหรับธุรกรรมเงินทุนในส่วนที่เป็น Capital Transfers นั้น ประเทศสมาชิกสามารถดำเนินมาตรการควบคุม กำกับดูแลได้ ครอบคลุมได้ ครอบคลุมได้ไม่กระทบต่อการปฏิบัติตามข้อผูกพันในฐานะที่เป็นสมาชิก IMF

- สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ขององค์การการค้าโลก (WTO)

ประเทศสมาชิก GATS สามารถใช้สิทธิภายใต้ IMF ในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายได้ ครอบคลุมได้ไม่ขัดต่อข้อผูกพันที่ตนผูกพันไว้ ซึ่งถ้าจะดำเนินมาตรการดังกล่าวในทางที่ขัดต่อข้อผูกพันก็จะต้องเข้าข่ายข้อยกเว้น BOP Safeguard กล่าวคือ ในกรณีที่เกิดปัญหาดุลการชำระเงินและปัญหาทางการเงินระหว่างประเทศอย่างรุนแรง หรือมีแนวโน้มสูงที่ปัญหาเหล่านี้ใกล้ที่จะเกิดขึ้น (or threat thereof) หรือไม่เช่นนั้น ก็จะต้องเข้าข่ายกรณี IMF เป็นผู้ขอให้ดำเนินมาตรการดังกล่าว

นอกจากนี้ ประเทศสมาชิก GATS อาจจะพิจารณาใช้ข้อยกเว้น Prudential ในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย ถ้าหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าดำเนินมาตรการดังกล่าวด้วยเหตุผลด้าน Prudential หรือเพื่อรักษาเสถียรภาพของระบบการเงิน (ซึ่งยังไม่แน่ชัดว่าจะครอบคลุมถึงการรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนในระดับมหภาคได้จริงหรือไม่ เพียงใด)

- สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้กฎว่าด้วยการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายของ OECD (OECD Code of Liberalisation of Capital Movements)

ประเทศสมาชิกสามารถใช้ข้อสงวน (Reservation) ต่อการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้าย และสามารถใช้สิทธิระงับการเปิดเสรี (Derogation) ได้ใน 3 ช่องทาง กล่าวคือ (1) ภายใต้ Article 7(a) หาก “สถานการณ์ทางเศรษฐกิจการเงินเป็นเหตุผลสนับสนุนว่าควรระงับการเปิดเสรี” (“*If its economic and financial situation justifies such a course*”) หรือ (2) ภายใต้ Article 7(b) สามารถระงับการเปิดเสรีเฉพาะในส่วนที่จะเกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรงในประเทศสมาชิกรัฐดังกล่าว” (“*serious economic and financial disturbance in the Member State concerned*”) หรือ (3) ภายใต้ Article 7(c) หากเกิดปัญหาดุลการชำระเงินอย่างรุนแรง (ระงับการเปิดเสรีได้ไม่เกิน 18 เดือน)

ทั้งนี้ การคงข้อสงวน (Reservation) หรือการใช้สิทธิระงับการเปิดเสรี (Derogation) ที่ได้กล่าวในข้างต้น มักจะต้องเผชิญการถูกกดดันแบบ Peer Review จากประเทศสมาชิกอื่นๆ

- สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ร่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Agreement on Investment: MAI)

มีข้อบท Temporary Safeguard ซึ่งมีเงื่อนไขที่กำกับการใช้มาตรการอย่างรัดกุม แต่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ทางเศรษฐกิจการเงินที่กว้างกว่าข้อบท BOP Safeguard ในความตกลง GATS ของ WTO กล่าวคือ นอกจากจะครอบคลุมถึงสถานการณ์เกี่ยวกับปัญหาดุลการชำระเงินแล้ว ก็ยังครอบคลุมถึงสถานการณ์ภายใต้ Safeguard for difficulties caused by capital movements ซึ่งผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศจาก IMF ได้ให้ความเห็นไว้ว่า สถานการณ์ภายใต้ Safeguard for difficulties caused by capital movements นี้สามารถครอบคลุมถึงปัญหาเงินทุนทะลักเข้าและมาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายเข้าได้

นอกจากนี้ ก็มีการบัญญัติข้อบท Prudential ไว้ในร่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนฉบับนี้ ซึ่งชี้ให้เห็นว่า แม้ว่ามาตรการด้าน Prudential จะบังคับใช้กับภาคบริการทางการเงินเป็นสำคัญ แต่ก็อาจจะกระทบต่อพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุน จึงควรบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้น (Exception) ในความตกลงว่าด้วยการลงทุน เพื่อให้สามารถใช้มาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวได้โดยไม่ขัดกับพันธกรณี

- สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนซึ่งมีประเทศในกลุ่ม G3 เป็นภาคีหลัก

- สหรัฐอเมริกา

โดยรวมแล้ว มักจะไม่ค่อยมีข้อบัพที่ให้สิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายมากนัก หรือถ้าหากมีข้อบัพในลักษณะดังกล่าว ก็มักจะอยู่ในขอบเขตที่จำกัด แม้กระทั่งข้อบัพ BOP Safeguard ซึ่งเป็นมาตรฐานสากลจาก GATS ก็แทบจะไม่มีการบัญญัติอยู่ในบทการลงทุน ของ FTAs ของสหรัฐฯ ฉบับใดเลย ยกเว้นแต่ความตกลง NAFTA แต่สำหรับในบทบริการทางการเงินจะมีการบัญญัติข้อบัพ Prudential ซึ่งช่วยให้มี policy space อยู่บ้าง

ในความตกลง FTAs บางฉบับ (เช่น U.S.-Australia FTA และ U.S.-Oman FTA) ไม่มีการระบุข้อบัพที่ให้สิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายเป็นการเฉพาะ ในขณะที่ความตกลง FTAs บางฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง U.S.-Singapore FTA และ U.S.-Korea FTA จะมีการเพิ่มภาคผนวกต่อท้ายบทการลงทุนซึ่งให้สิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้ายแต่เฉพาะกับประเทศคู่สัญญาของสหรัฐฯ โดยที่ฝ่ายสหรัฐฯ ไม่ขอรับสิทธิในการดำเนินมาตรการดังกล่าว ตลอดจนมีการกำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดมากสำหรับการดำเนินมาตรการภายใต้ข้อสงวนเหล่านี้

- สหภาพยุโรป

สำหรับสิทธิในการดำเนินมาตรการเงินทุนเคลื่อนย้าย นั้น โดยส่วนใหญ่มักจะอยู่ในรูปของข้อบัพ Safeguard for difficulties caused by capital movements โดยใช้วิธีระบุด้านการณ (ที่จะเป็นเหตุให้สามารถใช้ข้อบัพ) คล้ายกับการระบุด้านการณในข้อบัพ Temporary Safeguard ในร่าง MAI โดยกำหนดเงื่อนไขเวลาไว้ที่ 6 เดือนหรือ 1 ปี (ขึ้นอยู่กับความตกลงฯ) ซึ่งหากจำเป็นต้องใช้มาตรการเกินระยะเวลาดังกล่าว ก็ต้องใช้วิธี formal reintroduction และ/หรือ อาจจะต้องประสานกับประเทศคู่สัญญาเป็นการล่วงหน้า

สำหรับข้อบัพที่เกี่ยวกับปัญหาดุลการชำระเงินในลักษณะของ BOP Safeguard นั้น มีการบัญญัติอยู่ในความตกลง EU-Mexico FTA และ EU-Chile FTA แต่สำหรับความตกลง EU-Korea FTA ใช้วิธีเขียน footnote ในข้อบัพ Safeguard ว่า ความยุ่งยากเป็นอย่างมากในการดำเนินนโยบายการเงินหรือ นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนอันเนื่องมาจากการเคลื่อนย้ายของเงินทุน (ซึ่งเป็นสถานการณ์ภายใต้ข้อบัพ Safeguard for difficulties caused by capital movements) นั้น ครอบคลุมถึงสถานการณ์ปัญหาดุลการชำระเงินที่รุนแรงด้วย

อนึ่ง ในบทหรือส่วนที่เกี่ยวกับบริการทางการเงิน มีการบัญญัติข้อบัพ Prudential

- ประเทศญี่ปุ่น

มีข้อบท Temporary Safeguard Measures อยู่เสมอ (ซึ่งครอบคลุมทั้ง 2 สถานการณ์) และมีการอ้างสิทธิในการดำเนินมาตรการภายใต้ IMF อยู่ในข้อบทดังกล่าว (แต่ถ้อยคำซึ่งระบุให้ใช้สิทธิภายใต้ IMF ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสิ่งใดบ้างนั้น มีขอบเขตของการยกเว้นที่แตกต่างกันตามความตกลงฉบับต่างๆ) ตลอดจนมีการบัญญัติข้อบท Prudential ลงในบทการลงทุนโดยตรง (ยกเว้นในกรณีของ Japan-Mexico EPA) นอกเหนือจากที่ได้บัญญัติข้อบท Prudential ไว้แล้วในภาคผนวกหรือบทว่าด้วยบริการทางการเงิน

- สิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ

- ประเทศไทย

มีข้อบทที่ให้สิทธิในการใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาค และ/หรือ อัตราแลกเปลี่ยน (Macroeconomic and/or Exchange Rate Stability) ซึ่ง ๒๒๒.๒ ได้ผลักดันตั้งแต่ต้นเพื่อให้ policy space ในการรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาคและอัตราแลกเปลี่ยน โดยไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานการณ์เหมือนการใช้ BOP Safeguard และ Safeguard for difficulties caused by capital movements แบบร่าง MAI โดยความตกลง TNZCEP มีการระบุถึง Macroeconomic Stability ส่วนความตกลง JTEPA มีการระบุถึง Macroeconomic and Exchange Rate Stability ไว้ในความตกลง ซึ่งถือเป็น FTAs ที่ให้สิทธิ Macroeconomic and Exchange Rate Stability ดีที่สุดฉบับหนึ่งของไทย

- สาธารณรัฐอินเดีย

ความตกลง FTAs ของอินเดียถือเป็นความตกลงฯ ที่มีความซับซ้อนและมีรูปแบบการจัดทำที่ต่างจาก FTAs ทั่วไป ซึ่งอาจเนื่องมาจากกฎหมายภายในที่ซับซ้อน เป็นผลให้มีการกำหนดให้สิทธิในการดำเนินนโยบายควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้ายของอินเดียที่รัดกุมมาก โดยสิทธิภายใต้ FTAs ให้ถือตามกฎหมาย Foreign Exchange Management Act, 1999 (FEMA) และถือเป็นการใช้สิทธิตามข้อยกเว้นของความตกลงฯ เมื่อมีความจำเป็นต้องทำเพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคง (essential security interest) ของประเทศ และแม้แต่อनुญาโตตุลาการก็ไม่มีสิทธิพิจารณาเหตุผลและความเหมาะสมในการใช้มาตรการนั้น จากความซับซ้อนนี้ ทำให้การพิจารณาสิทธิในการใช้มาตรการใน FTAs ของอินเดียนั้น จำเป็นต้องพิจารณาบริบทหลักที่เป็นข้อยกเว้นของความตกลง และบริบทรองที่เป็นการตีความในภาคผนวกควบคู่กันเสมอ เพื่อความชัดเจนในการพิจารณาสิทธิของภาคีในการใช้มาตรการนั้น

- สาธารณรัฐชิลี

ความตกลง FTAs ของชิลี ซึ่งมีการกำหนด policy space และสงวนสิทธิของธนาคารกลางไว้อย่างชัดเจนในเนื้อหาของข้อบท ภาคผนวก และข้อสงวน โดยทั่วไป FTAs ของชิลีจะให้สิทธิธนาคารกลางในการใช้มาตรการหรือข้อจำกัด เกี่ยวกับเงินทุนเคลื่อนย้ายขาเข้าและขาออก เช่น การใช้มาตรการที่เกี่ยวกับนโยบายการเงิน นโยบายสินเชื่อ และนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน การยับยั้งหรือจำกัดการโอน โดยเสรีโดยสถาบันการเงิน หรือโดยการให้บริการทางการเงินข้ามพรมแดน (cross-border financial service suppliers) เพื่อรักษาเสถียรภาพของสถาบันการเงิน เป็นต้น ทั้งนี้ สิทธิในการใช้มาตรการของชิลีจะต้องอยู่ในกรอบเวลาที่กำหนดไว้ในความตกลง ซึ่งอาจไม่เกิน 1 ปี หรือ 5 ปี เป็นต้น

- สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN)

ความตกลง FTAs ของอาเซียนมีความซับซ้อนและหลากหลายตามรูปแบบของคู่เจรจา เช่น ความตกลง ACIA จะระบุสิทธิในการใช้ BOP Safeguard และ Safeguard for difficulties caused by capital movements ไว้ในข้อยกเว้นในข้อบทการโอน ซึ่งมีเงื่อนไขระบุไว้ในข้อบทเดียวกันด้วย แต่ในความตกลงอื่น เช่น ความตกลง AKFTA จะระบุไว้ในข้อบท Temporary Safeguard Measures หรือ AANZFTA มีการระบุ BOP Safeguard ไว้ในบทข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลง

นอกจากนั้น ความตกลง AANZFTA มีการให้สิทธิใช้มาตรการเพื่อรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน (exchange rate stability) ที่ไม่ขัดข้อบท MFN ของความตกลงฯ ซึ่งระบุรายละเอียดไว้ในข้อบท Prudential ทำให้ AANZFTA เป็นความตกลงฯ ที่ให้สิทธิในการดำเนินนโยบายผ่าน measures for prudential reasons ที่ครอบคลุมเรื่องเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนและมีข้อจำกัดน้อยที่สุดในบรรดา FTAs ของอาเซียน

6.2 นัยและข้อเสนอแนะในเชิงนโยบาย

ข้อบทซึ่งอาศัยสถานการณ์ปัญหาดุลการชำระเงิน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบท BOP Safeguard) อาจรองรับได้เพียงปัญหาเงินทุนไหลออกจนเกิดการขาดดุลการชำระเงินอย่างรุนแรง แต่อาจจะไม่สามารถรองรับสิทธิในการดำเนินมาตรการที่ใช้ในการดูแลเงินทุนทะลักเข้า (โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงข้อคิดเห็นจากผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายของ IMF) ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติแต่เพียงข้อบท BOP Safeguard จึงอาจจะไม่เพียงพอ ขณะที่ข้อบท Prudential ซึ่งมีการใช้กันอย่างแพร่หลายในความตกลงต่างๆ นั้น ก็ยังไม่เคยได้รับการตีความอย่างชัดเจนว่า มีความครอบคลุมถึงมาตรการดูแลเงินทุนเคลื่อนย้ายได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากมีที่มาจาก Annex on Financial Services ของ GATS ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะของภาคการเงิน

ในมุมมองของทางการที่เป็นผู้ดูแลเสถียรภาพเศรษฐกิจการเงิน หากสามารถดำเนินมาตรการต่างๆ ได้โดยไม่มีเงื่อนไขมากนักจากความตกลงด้านการลงทุน ก็จะทำให้มีความยืดหยุ่นใน policy space เป็นอย่างมาก จากมุมมองนี้ บางประเทศ เช่น ประเทศชิลีได้พยายามผลักดันการสงวนสิทธิให้ธนาคารกลางของประเทศตนเป็นพิเศษ อย่างไรก็ตาม แนวทางนี้มักไม่เป็นที่ยอมรับในการเจรจาจัดทำความตกลงโดยทั่วไป เนื่องจากถูกมองว่าเป็นการให้อำนาจกับทางการมากกว่าจริตรอนสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนจนเกินไป

ดังนั้น ในภาวะปัจจุบันที่มีความเสี่ยงเกี่ยวกับเสถียรภาพเศรษฐกิจการเงิน อันเนื่องมาจากความผันผวนของเงินทุนเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศมากขึ้น การจัดทำความตกลงด้านการลงทุน จึงน่าจะต้องมีการบัญญัติข้อบทซึ่งให้สิทธิในการดำเนินมาตรการดูแลเงินทุนทะลักเข้า โดยเฉพาะในกรณีที่เงินทุนเคลื่อนย้ายก่อให้เกิด (หรือมีแนวโน้มสูงที่จะก่อให้เกิด) ความยุ่งยากเป็นอย่างมากในการบริหารจัดการนโยบายเศรษฐกิจมหภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งนโยบายการเงิน นโยบายอัตราแลกเปลี่ยน หรือในกรณีที่เงินทุนเคลื่อนย้ายก่อให้เกิด (หรือมีแนวโน้มสูงที่จะก่อให้เกิด) ความผันผวนทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรง

ข้อบทที่ให้สิทธิในการดำเนินมาตรการดูแลเงินทุนทะลักเข้า ดังกล่าว นับว่าเป็นพัฒนาการที่ค่อนข้างใหม่ และอาจยังไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ซึ่งทางการไทยก็ได้มีการผลักดันในแนวทางนี้ในการเจรจา FTAs ส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม ข้อบทดังกล่าวนี้ นอกจากจะปรากฏอยู่ในร่างความตกลง MAI แล้ว ก็ยังได้รับการยอมรับโดยมีการบัญญัติอยู่ในความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของสหภาพยุโรป และความตกลง FTAs ด้านการลงทุนของญี่ปุ่น เกาหลี รวมถึงความตกลง ACIA ของอาเซียนอีกด้วย ดังนั้น จึงนับได้ว่าพอจะมีบรรทัดฐานจากประเทศอื่นๆ อยู่บ้าง (แม้ว่าอาจจะยังไม่เป็นมาตรฐานสากลดังเช่นข้อบท BOP Safeguard ก็ตาม) ดังนั้น ทางการไทยจึงอาจใช้บรรทัดฐานเหล่านี้ในการอ้างอิงเพื่อพยายามผลักดันข้อบทดังกล่าวในเวทีการเจรจาจัดทำความตกลง FTAs ต่อไป

การที่ประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศบรรจุข้อบทดังกล่าวไว้ในความตกลงแม้ว่าระดับการพัฒนาจะสูงและไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการควบคุมเงินทุนเคลื่อนย้าย อาจเป็นเพราะประเทศเหล่านั้นตระหนัก

ว่า ในภาวะที่การเงินระหว่างประเทศมีความผันผวนและมีความเชื่อมโยงกันสูง อาจมีความจำเป็นที่ต้องนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ดูแลเสถียรภาพเศรษฐกิจการเงินของประเทศ เพื่อป้องกันการเกิดวิกฤติเศรษฐกิจ แม้ประเทศเหล่านี้จะได้มีการเปิดเสรีไปมากแล้ว แต่เพื่อป้องกันโอกาสที่มาตรการอาจจะขัดต่อพันธกรณี จึงยังควรรักษา policy space นี้ไว้

บรรณานุกรม

ความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ

ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Articles of Agreement of International Monetary Fund)

ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ The General Agreement on Trade in Services (GATS) ขององค์การการค้าโลก
World Trade Organization (WTO) (1995)

ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ The General Agreement on Trade in Goods (GATT) ขององค์การการค้าโลก
World Trade Organization (WTO) (1995)

กฎว่าด้วยการเปิดเสรีเงินทุนเคลื่อนย้ายของ Organisation for Economic Co-operation and Development
(OECD Code of Liberalisation of Capital Movements)

ร่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Agreement on Investment: MAI) Draft Consolidated Text

ความตกลงการค้าเสรีด้านการลงทุน

สหรัฐอเมริกา

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of
Oman on the Establishment of a Free Trade Area

Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic of Korea

North American Free Trade Agreement (NAFTA)

United States – Australia Free Trade Agreement

United States – Singapore Free Trade Agreement

สหภาพยุโรป

Agreement establishing an association between the European Community and its Member States, of the one part,
and the Republic of Chile, of the other part

Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement between the European Community and
its Member States, of the one part, and the United Mexican States, of the other part

Free Trade Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part

ประเทศญี่ปุ่น

Agreement between Japan and Brunei Darussalam for an Economic Partnership

Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership

Agreement between Japan and the Republic of Singapore for a New-Age Economic Partnership

Agreement between Japan and the Republic of the Philippines for an Economic Partnership

Agreement between Japan and the United Mexican States for the Strengthening of the Economic Partnership

Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for an Economic Partnership

Agreement on Free Trade and Economic Partnership between Japan and the Swiss Confederation

ประเทศไทย

ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA)

ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand - Australia Free Trade Agreement: TAFTA)

ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดยิ่งขึ้นไทยนิวซีแลนด์ (Thailand - New Zealand Closer Economic Partnership: TNZCEP)

สาธารณรัฐอินเดีย

Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore

Comprehensive Economic Partnership Agreement between India and Korea

สาธารณรัฐชิลี

Japan-Chile Economic Partnership Agreement

Australia-Chile Free Trade Agreement

United States-Chile Free Trade Agreement

EFTA-Chile Free Trade Agreement

Agreement establishing an Association between the European Community and its Member States, of the one part,
and the Republic of Chile, of the other parts

สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN)

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)

ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน (ASEAN-China Free Trade Agreement: ACFTA)

ความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ (Agreement Establishing the ASEAN-
Australia-New Zealand Free Trade Area: AANZFTA)

ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-สาธารณรัฐเกาหลี (ASEAN-Korea Free Trade Agreement: AKFTA)

กฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้อง

Exchange Control Act (B.E. 2485) (พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ. 2485), Bank of Thailand

Measures to prevent Thai baht speculation (มาตรการป้องกันการเก็งกำไรค่าเงินบาท), Bank of Thailand

Foreign Exchange Regulation Act, 1973 (FERA), Reserve Bank of India (RBI)

Foreign Exchange Management Act, 1999 (FEMA), Reserve Bank of India (RBI)

Law 18.840, Constitutional Organic Law of the Central Bank of Chile

Chapter XIV Regulations Applicable to Credits, Deposits, investments, and Capital Contributions from Abroad,

Compendium of Foreign Exchange Regulations, Norms and Regulations, Central Bank of Chile

Decree Law 600 Foreign Investment Statute (Decreto Ley 600, Estatuto de la Inversion Extranjera), Central Bank
of Chile

Law 18657 Foreign Capital Investment Fund Law (Ley 18.657, Ley Sobre Fondo de Inversiones de Capitales
Extranjeros), Central Bank of Chile

เอกสารทางวิชาการ

ASEAN, ธนาคารแห่งประเทศไทย, http://www.bot.or.th/Thai/AboutBOT/index/Pages/ASEAN_page.aspx,

7 September 2010

Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), AFTA & FTAs, <http://www.aseansec.org/4920.htm>,

7 September 2010

Banco Central de Chile, Its new institutional framework, Functions of the Central Bank of Chile,

<http://www.bcentral.cl/eng/about/functions/03.htm>, 23 August 2010

Chilean High Level Study Group, 3.c.i. Treatment of Foreign Investment, 3.c Foreign Investment Regimes, Main Features of Standards and Technical Regulations, Standards, Technical Regulations and Conformity Assessment Procedures in Chile, Chile-Thailand Joint Study Group on the Feasibility of an FTA Executive Summary And Final Report, Santiago de Chile, July 2006

DBS Group Research, India: RBI's stance on capital controls, Economics, 30 November 2009,

[https://www.dbsvresearch.com/Research%5Cdb%5Cresearch.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/\\$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf](https://www.dbsvresearch.com/Research%5Cdb%5Cresearch.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf), 19 August 2010

Department of Commerce, Ministry of Commerce & Industry, Government of India, Agreement already concluded, Trade Agreements, International Trade, http://commerce.nic.in/trade/international_ta.

[asp?id=2&trade=i](http://commerce.nic.in/trade/international_ta.asp?id=2&trade=i), 16 August 2010

Ernst&Young Pvt Ltd., Foreign Exchange Policy, Foreign exchange controls, Investment climate and foreign trade, Doing business in India,

<http://www.indembassy.co.il/Additional%20files/Doing%20Business%20in%20India.pdf>, 20 August 2010

Gallagher, Kevin P. (2010), Policy Space to Prevent and Mitigate Financial Crises in Trade and Investment Agreements, G-24 Discussion Paper Series, No. 58, April

Gautam Nayak, Chartered Accountant, FERA To FEMA, June 13, 2000,

<http://www.valuenotes.com/misc/pressfera.asp?ArtCd=18084>, 19 August 2010

Griffith-Jones, Stephany, Ricardo Gottschalk, and Xavier Cirera (2003), The OECD Experience with Capital Account Liberalization, Management of Capital Flows: Comparative Experiences and Implications for Africa, Part 2, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, April

International Monetary Fund (IMF) (2010), Global Liquidity Expansion : Effects on "Receiving" Economies and Policy Response Options, Chapter 4, Global Financial Stability Report, Washington DC, April

José De Gregorio, Autonomy of the Central Bank of Chile, 20 years on,

<http://www.bis.org/review/r091204c.pdf>, 31 August 2010

Market Infrastructure, Chile Profile, RBA DEXIA Investor Services, <http://gmi.rbcdexia->

[s.com/rt/gss.nsf/de502674489d62968525723a006e73c4/53743c1067cb3df98525723a006eed9e?OpenDocument](http://gmi.rbcdexia.com/rt/gss.nsf/de502674489d62968525723a006e73c4/53743c1067cb3df98525723a006eed9e?OpenDocument), 2 September 2010

Organization of American States, Trade Agreements in Force, Information on Chile, Countries, Foreign Trade

information System, http://www.sice.oas.org/ctyindex/CHL/CHLAgreements_e.asp#Inforce,

25 August 2010

Ostry, Jonathan D., Atish R. Ghosh, Karl Habermeier, Marcos Chamon, Mahvash S. Qureshi, and Dennis B.S.

Reinhardt (2010), Capital Inflows: The Role of Control”, IMF Staff Position Note, SPN/10/04,

International Monetary Fund, February

Raúl E. Sáez, Trade in Financial Services: The Case of Chile, Free Trade Agreements and Financial Services in

Latin America and the Caribbean, LCR Study, Finance, Private Sector and Infrastructure Department Latin

America and the Caribbean Region The World Bank, December 2006

Research, India: RBI's stance on capital controls, Economics, 30 November 2009,

[https://www.dbsvresearch.com/research/DBS/research.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/\\$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf](https://www.dbsvresearch.com/research/DBS/research.nsf/%28vwAllDocs%29/B1B6647279EE75284825767E00221F00/$FILE/IN_capital%20controls_30Nov09.pdf), 19 August 2010

United Nations, International investment agreements other than BITs and DTTs, Recent Developments in

International Investment Agreements (2008–June 2009), IIA Monitor No.3 (2009)

V. Umakanth, Legal Risk and Financial Sector; Capital Controls, November 3, 2009, Indian Corporate Law,

<http://indiacorplaw.blogspot.com/2009/11/legal-risks-and-financial-sector.html>, 19 August 2000

Van Aaken, Anne, and Jurgen Kurtz (2009), “Prudence or Discrimination? Emergency Measures, the Global

Financial Crisis and International Economic Law”, Journal of International Economic Law 12(4)

เกษมสันต์ ทองศิริ และ อภิสัทธี เปี่ยมเวโรจน์กุล, กรณีศึกษา: ประเทศชิลี, การควบคุมการไหลเข้าของเงินทุนระยะสั้นในลาตินอเมริกาและบทเรียนสำหรับประเทศกำลังพัฒนา

<http://www.econ.tu.ac.th/doc/article/fulltext/94.pdf>, 24 August 2010

กระทรวงการต่างประเทศ, ข่าวเด่น เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2552 เวลา 19.00 น. ที่โรงแรมดุสิตธานีหัวหิน อ.ชะอำ

จ. เพชรบุรี รัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน ได้ลงนามความตกลงด้านเศรษฐกิจในกรอบอาเซียน จำนวน 6 ฉบับ

<http://www.mfa.go.th/web/2662.php?id=28628>, 9 November 2010

ศูนย์บริการข้อมูลธุรกิจ สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงซันตียาโกชิลี, ภาพรวมระบบการเงินและธนาคารของชิลี,

<http://www.thaibizchile.org/index.php?lay=show&ac=article&Id=538969925&Ntype=23>,

20 August 2010

สคร. ณ กรุงซานตียาโก, ทิศทางเศรษฐกิจและตลาดของชิลี คู่ทางการค้าของไทย, 31 มีนาคม 2553,

www.dep.thai.go.th/DEP/DOC/53/53002636.doc, 23 August 2010

ภาคผนวก

ภาคผนวก 1

**ตารางเปรียบเทียบสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลงขององค์การระหว่างประเทศ
ความตกลงระดับพหุภาคี และความตกลงการค้าเสรี ซึ่งมีประเทศ G3 เป็นภาคีหลัก (สรุปส่วนที่ 1-4)**

ภาคี	ความตกลง	BOP Safeguard	Safeguard for difficulties caused by capital movements	Prudential Measures	Others
IMF	Articles of Agreement	✗	✗	✗	สิทธิอย่างกว้างขวาง ในการดูแล Capital Transfers
WTO	GATS	✓	✗	✓	สิทธิภายใต้ IMF ตราบใดที่ไม่ขัดกับ GATS Commitments ยกเว้นให้ขัดได้ ในกรณีที่ IMF เป็นผู้ขอให้ดำเนินการ หรือ ในกรณีที่เข้าข่ายข้อบท BOP Safeguard
OECD	Code of Liberalisation of Capital Movements	✗	✗	✗	สิทธิในการระงับการเปิดเสรีเงินทุน เคลื่อนย้าย ใน 3 สถานการณ์ (Derogation)
	ร่าง MAI	✓	✓	✓	
สหรัฐอเมริกา	U.S.-Australia FTA	✗	✗	✓	
	U.S.-Oman FTA	✗	✗	✓	
	U.S.-Singapore FTA	✗	✗	✓	Annex ซึ่งให้สิทธิอย่างแคบในการทำ Capital Controls ด้วยเงื่อนไขที่เข้มงวด
	U.S.-South Korea FTA	✗	✗	✓	Annex ซึ่งให้สิทธิอย่างแคบในการทำ Capital Controls ด้วยเงื่อนไขที่เข้มงวด
	NAFTA	✓		✓	

ภาคี	ความตกลง	BOP Safeguard	Safeguard for difficulties caused by capital movements	Prudential Measures	Others
สหภาพยุโรป	EU-South Korea FTA	✘	✓	✓	Prudential Measures อยู่ในส่วน บริการทางการเงิน ซึ่งไม่แน่ว่าจะใช้กับ บทลงโทษได้หรือไม่
	EU-Mexico FTA	✓	✓	✓	
	EU-Chile FTA	✓	✓	✓	
ญี่ปุ่น	Japan-Brunei EPA	✓	✓	✓	
	Japan-Indonesia EPA	✓	✓	✓	
	Japan-Malaysia EPA	✓	✓	✓	
	Japan-Philippines EPA	✓	✓	✓	
	Japan-Singapore EPA	✓	✓	✓	
	Japan-Mexico EPA	✓	✓	✓	
	Japan-Switzerland EPA	✓	✓	✓	

ภาคผนวก 2

ตารางเปรียบเทียบสิทธิในการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้ายภายใต้ความตกลงการค้าเสรี
ซึ่งมีประเทศกำลังพัฒนาเป็นภาคีหลัก (สรุปส่วนที่ 5)

ภาคี	ความตกลง	BOP Safeguard	Safeguard for difficulties caused by capital movements	Prudential Measures	Others			
					Macro Stability	Financial Stability	Exchange Rate Stability	Central Bank's Privileges
ไทย	Thailand-Australia FTA	✓	✗	✓	✗	✗	✗	✗
	Thailand-New Zealand CEP	✓	✗	✓	✓	✓	✓	✗
	Japan-Thailand EPA	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✗
อินเดีย	India-Singapore CECA	✓	✗	✓	✗	✗	✗	✗
		✓*						
	India-Korea CEPA	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✗
✓*								
ชิลี	Japan-Chile EPA	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓
	Australia-Chile FTA	✓	✗	✓	✗	✗	✗	✓
	U.S.-Chile FTA	✗	✗	✓	✗	✗	✗	✓
	EEFTA-Chile FTA	✓	✓	✗	✗	✗	✗	✓
	EU-Chile FTA	✓	✓	✗	✗	✗	✗	✓
ASEAN	ACIA	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✗
	ASEAN-China FTA	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✗
	ASEAN-Korea FTA	✓	✓	✓	✗	✗	✓	✗
	ASEAN-Australia-New Zealand FTA	✓	✗	✓	✗	✓	✓	✗

* ความตกลงขอยกข้อยกเว้นการดำเนินนโยบายเงินทุนเคลื่อนย้าย โดยระบุการตีความไว้ในภาคผนวกของบทลงโทษ ได้แก่ Expropriation Annex, Security Exception Annex
และ Non-justiciability of Security Exceptions Annex