



วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: สนธิสัญญาการลงทุนและผลกระทบต่อมาตรการกำกับดูแลผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม

ชื่อผู้แต่ง: อำนาง ตั้งศิริพิมาน

การอ้างอิงที่แนะนำ: อำนาง ตั้งศิริพิมาน, 'สนธิสัญญาการลงทุนและผลกระทบต่อมาตรการกำกับดูแลผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม' (2568) 54(2) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 257.

ผู้สนับสนุนหลัก



Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม



โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02-221-6111 ต่อ 81-2165 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

สนธิสัญญาการลงทุนและผลกระทบต่อ
มาตรการกำกับดูแลผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม*
Investment Treaties and Their Impacts on
Food and Beverage Regulations

อานาจ ตั้งศิริพิมาน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Amnart Tangkiripimarn

Assistant Professor, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 27 มิถุนายน 2567; วันที่แก้ไขบทความ 7 กุมภาพันธ์ 2568; วันที่ตอบรับบทความ 20 กุมภาพันธ์ 2568

บทคัดย่อ

ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ประเทศไทยเริ่มหันกลับมาให้ความสนใจที่จะเข้าร่วมหรือเจรจาความตกลงการค้าเสรีและสนธิสัญญาการลงทุนมากขึ้น ดังปรากฏให้เห็นจากการแสดงความสนใจที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก หรือการประกาศว่ากำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาความตกลงการค้าเสรีกับสหภาพยุโรป ซึ่งความตกลงดังกล่าวมีหรืออาจจะมีข้อบ่งชี้ว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนซึ่งให้สิทธินักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐเป็นคดีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐได้โดยตรงผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจและดุลพินิจในการปรับใช้มาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีพิพาทในการพิจารณาว่ารัฐได้ทำการฝ่าฝืนพันธกรณีตาม

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “ผลกระทบของความตกลงการค้าเสรี : ศึกษากรณีการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐเกี่ยวกับการลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม” ซึ่งได้รับการสนับสนุนการวิจัยจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) และมูลนิธิชีววิถี และได้นำเสนอในเวทีสาธารณะ ผลกระทบและข้อเสนอแนะนโยบายเพื่อรับมือการเจรจา FTA ในผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ วันที่ 14 ธันวาคม 2566 ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณวิฑูรย์ ญ่ยนจำรูญ รศ.ดร.นวลน้อย ตริรัตน์ คุณกรณิการ์ กิจดิเวชกุล และคุณเฉลิมศักดิ์ กิตติตระกูล รวมถึงผู้เข้าร่วมรับฟังการนำเสนอร่างงานวิจัยทุกท่าน สำหรับคำวิจารณ์และข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนงานชิ้นนี้.

สนธิสัญญาการลงทุนหรือไม่ บทความนี้มุ่งศึกษาผลกระทบของสนธิสัญญาการลงทุน กรณีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐในผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม เพื่อให้ผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดนโยบายสาธารณสุขของรัฐสามารถตัดสินใจได้ดีและรอบคอบขึ้นเมื่อได้พิจารณาข้อมูลที่จำเป็นจากมุมมองของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

คำสำคัญ : สนธิสัญญาการลงทุน การคุ้มครองการลงทุน สิทธิในการกำกับดูแล สุขภาพ อาหารและเครื่องดื่ม

Abstract

In the past few years, Thailand has revived its interest in joining or negotiating free trade agreements (FTA) and investment treaties. For instance, Thailand has expressed an interest in accessing to Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership. The state is also engaging in FTA negotiations with the European Union. These agreements comprise or may comprise provisions concerning investment protection, bestowing rights upon investors to bring claims directly against states to investor-state dispute settlement (ISDS), which includes arbitration. Arbitral tribunals possess power and discretion to apply investment protection standards to facts in disputes and determine whether host states are in breach of their investment treaty obligations. This article aims to study repercussions of investment treaties concerning ISDS on food and beverages investment, so participants involved in the health policy development process can make better decisions, as necessary information concerning international investment law would be duly considered.

Keywords: Investment Treaty, Investment Protection, Right to Regulate, Health, Food and Beverage

1. ความนำ

ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ประเทศไทยเริ่มหันกลับมาให้ความสนใจที่จะเข้าร่วมหรือเจรจาความตกลงการค้าเสรี (free trade agreements – FTAs) มากขึ้น ดังปรากฏให้เห็นจากการแสดงความสนใจที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership – CPTPP) หรือการประกาศว่ากำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาความตกลงการค้าเสรีกับสหภาพยุโรป (European Union – EU) สมาคมการค้าเสรียุโรป (European Free Trade Association – EFTA) และสหราชอาณาจักร (United Kingdom – UK) ซึ่งจากการสำรวจ CPTPP และความตกลงทางเศรษฐกิจที่ EU และ EFTA จัดทำในช่วงที่ผ่านมา พบว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีข้อบ่งชี้ด้วยการลงทุนรวมอยู่ด้วย ดังปรากฏในความตกลงคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและสิงคโปร์ ความตกลงคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและเวียดนาม และความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจที่ครอบคลุม (Comprehensive Economic Partnership Agreement – CEPA) ระหว่าง EFTA และอินโดนีเซีย

ข้อบ่งชี้ด้วยการลงทุนเหล่านี้ มักจะมุ่งเน้นไปที่การให้ความคุ้มครองการลงทุนจากมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่งผลให้การลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหาย และให้สิทธินักลงทุนต่างชาติในการอ้างความเสียหายดังกล่าวเป็นเหตุในการฟ้องรัฐเป็นคดีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (investor state dispute settlement – ISDS) ได้โดยตรง¹ ผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่สนธิสัญญากำหนดไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการผู้ใช้อำนาจตุลาการเหล่านี้มีอำนาจและดุลพินิจในการปรับใช้มาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีพิพาท เพื่อที่จะวินิจฉัยว่ามาตรการของรัฐที่เป็นประเด็นพิพาทเข้าข่ายฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้น ๆ หรือไม่ ซึ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วว่ารัฐได้กระทำผิดจริง รัฐก็อาจถูกสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่การลงทุนเพื่อชดเชยความเสียหายที่นักลงทุนได้รับ นอกจากนี้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังมีค่าใช้จ่ายจำนวนมากที่คู่พิพาทต้องรับผิดชอบ ส่งผลให้รัฐที่ถูกฟ้องคดีต้องเสียงบประมาณแผ่นดินในการต่อสู้คดี

พัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศดังที่กล่าวมาข้างต้น นำมาซึ่งปรากฏการณ์ที่มาตรการของรัฐจำนวนมากถูกนักลงทุนฟ้องโต้แย้งเป็นคดีอนุญาโตตุลาการ แม้ว่ารัฐผู้ถูกฟ้องคดีส่วนใหญ่จะเห็นว่าสิ่งที่ตนทำไปนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม ข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจส่งผลให้รัฐจำนวนมากเลือกที่จะไม่ดำเนินมาตรการใด ๆ ที่กระทบกับสิทธิของนักลงทุน แม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีประชาชนจำนวนมากให้การสนับสนุนก็ตาม มาตรการของรัฐที่ใช้ในการกำกับดูแลผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่มก็เป็นมาตรการของรัฐประเภทหนึ่งที่จะอาจถูกคัดค้านโต้แย้งโดยนักลงทุนต่างชาติได้ หากนักลงทุนเห็นว่ามาตรการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ถึงแม้ว่ารัฐจะอ้างว่าการดำเนินนโยบายดังกล่าวเป็นไปเพื่อควบคุมการบริโภคอาหารหรือเครื่องดื่มที่จะก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของประชาชนก็ตาม

¹ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าทุกสนธิสัญญาที่ปรากฏข้อบ่งชี้ด้วยการลงทุน จะมีข้อบท ISDS บทความฉบับนี้จะเน้นศึกษาเฉพาะสนธิสัญญาที่มีข้อบท ISDS เท่านั้น.

การศึกษาผลกระทบของความตกลงการค้าเสรีในส่วนของ ISDS ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่มจึงเป็นเรื่องที่สำคัญและจำเป็น เพื่อให้ผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดนโยบายสาธารณะสุขของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ภาคประชาสังคม และประชาชนทั่วไปผู้มีส่วนได้เสียสามารถตัดสินใจได้ดีและรอบคอบขึ้นเมื่อได้พิจารณาข้อมูลสำคัญจากมุมมองของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อประโยชน์ในการออกแบบ กำหนดและบังคับใช้นโยบายด้านสาธารณสุขในผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม และป้องกันไม่ให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศตามความตกลงการค้าเสรีที่ประเทศไทยเป็นภาคี

ในหัวข้อถัดไป ผู้เขียนจะได้อธิบายเนื้อหาของมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนที่สำคัญของสนธิสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment) และการเวนคืน (expropriation) ซึ่งมักจะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยสนธิสัญญาของมาตรการต่าง ๆ ของรัฐที่มีต่อการลงทุน ในหัวข้อที่ 3 ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงข้อพิพาทการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม โดยจะอธิบายลักษณะทั่วไปของการลงทุนในอุตสาหกรรมอาหารและเครื่องดื่ม และผลกระทบของสนธิสัญญาการค้าและการลงทุนที่มีต่อการลงทุนและพฤติกรรมกรรมการบริโภคอาหารและเครื่องดื่มของผู้บริโภค รวมถึงบทบาทของประชาคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การอนามัยโลก ที่มีบทบาทสำคัญต่อการจัดการด้านสุขภาวะของประชาชน และในหัวข้อสุดท้ายผู้เขียนจะได้นำเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการศึกษาวิจัยเรื่องผลกระทบของความตกลงการค้าเสรีโดยเฉพาะในส่วนของภาระบังคับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐที่มีต่อมาตรการกำกับดูแลผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทย

2. สนธิสัญญาการลงทุนและมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุน²

สนธิสัญญาการลงทุนมักถูกนำมาใช้เสริมสร้างและประกันความมั่นคงของนิฐานะระหว่างผู้มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้อง (participant) มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาการลงทุนมีอยู่หลายประการ เช่น การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment – FET) การเวนคืน (expropriation) การให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security – FPS) การไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ซึ่งประกอบด้วย การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment – NT) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored-nation treatment: MFN) และการเคลื่อนย้ายเงินโดยเสรี (free transfer)³

² เนื้อหาในหัวข้อนี้บางส่วนถูกคัดลอกและเรียบเรียงมาจากงานเขียนก่อนหน้าของผู้เขียนใน อำนวย ตั้งศิริพิมาน, *การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ : ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ* (2565) 7-25.

³ ดู นาดนรินทร์ จันทร์งาม, *มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564).

ในทางปฏิบัติ มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนที่มีการยกขึ้นอ้างโดยนักลงทุนในการฟ้องคดีมากที่สุด คือ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและการเวนคืน โดยฐานข้อมูลของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) ระบุว่า จากคดีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนจำนวนกว่า 1,332 คดีที่อยู่ในฐานข้อมูล ณ สิ้นปี ค.ศ. 2023 มีคดีที่นักลงทุนอาศัยมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมในการฟ้องคดีเป็นจำนวนถึง 695 คดี และอ้างถึงมาตรฐานการเวนคืนเป็นจำนวนกว่า 710 คดี⁴

2.1 บทบัญญัติการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (FET)

มาตรฐาน FET เป็นมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนที่อาจจะสำคัญที่สุดของสนธิสัญญาการลงทุนสมัยใหม่ จนมีผู้กล่าวว่า FET เป็นหลักปฏิบัติพื้นฐาน (*grundnorm* หรือ *basic norm*) ของระบบสนธิสัญญาการลงทุน⁵ รวมทั้งเป็นบทบัญญัติที่สามารถใช้ในการอุดช่องว่างที่เหลือทิ้งไว้จากบทบัญญัติอื่น ๆ ที่มีความเฉพาะเจาะจงกว่าของสนธิสัญญาการลงทุน เพื่อให้การลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา⁶

ในช่วงแรก บทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานดังกล่าว มักจะบัญญัติไว้อย่างสั้น ๆ ว่า การลงทุน “จะต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมอยู่ตลอดเวลา”⁷ รัฐภาคีจะต้องให้ “การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม” ต่อการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอื่น⁸ หรือรัฐภาคีจะต้องประกัน “การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม” ต่อการลงทุนในดินแดนของตน⁹ โดยไม่มีการอธิบายใด ๆ เพิ่มเติม จะเห็นได้ว่าถ้อยคำดังกล่าว คือ “เป็นธรรม” (*fair*) และ “เที่ยงธรรม” (*equitable*) เป็นคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน มีขอบเขตที่กว้างและมีความคลุมเครืออยู่ในตัว¹⁰ จึงเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ามาตรฐาน FET เป็นมาตรฐานที่มีคำนิยามไม่ชัดเจนและทำความเข้าใจได้ยากที่สุดในบรรดามาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนทั้งหมด¹¹ ส่งผลให้บทบาทสำคัญตกอยู่กับคณะอนุญาโตตุลาการผู้ปรับใช้และตีความบทบัญญัติดังกล่าวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีในการตัดสินระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐตาม

⁴ โดยในส่วนของมาตรฐานเรื่องการเวนคืนนั้นแบ่งออกเป็นเรื่องของการเวนคืนโดยตรง (*direct expropriation*) 160 คดี และเรื่องของการเวนคืนโดยอ้อม (*indirect expropriation*) 550 คดี. <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> สืบค้นเมื่อ 30 มิถุนายน 2567.

⁵ Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (3 ed, Oxford University Press, 2021) 291.

⁶ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2 ed, Oxford University Press, 2012) 132.

⁷ Sri Lanka - United Kingdom BIT (1980), art. 2(2).

⁸ Thailand - Germany BIT (2002) art. 2(3).

⁹ Thailand - Australia FTA (2004) art. 909.

¹⁰ Jeswald W. Salacuse (เชิงอรรถ 5) 289.

¹¹ August Reinisch and Christoph Schreuer, *International Protection of Investments: The Substantive Standards* (Cambridge University Press, 2020) 272.



สนธิสัญญาการลงทุน¹² การศึกษาแนวทางการตัดสินคดีของคณะอนุญาโตตุลาการ คำอธิบายของนักวิชาการ และพัฒนาการในปัจจุบันของการร่างมาตรฐาน FET ในสนธิสัญญา จึงมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจมาตรฐาน FET ในเบื้องต้น

โดยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งปรับใช้มาตรฐาน FET ที่ได้รับการยอมรับว่าเหมาะสม และมักถูกกล่าวอ้างถึงในคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง¹³ รวมทั้งคำอธิบายของนักวิชาการ¹⁴ คือคำชี้ขาดคดี *Waste Management v. Mexico* ในปี ค.ศ. 2004 ซึ่งปรับใช้สนธิสัญญา NAFTA และได้อธิบายมาตรฐาน FET ภายใต้มาตรา 1105 โดยพิจารณาแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีก่อนหน้านี้ว่าการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุนจะเป็นการทำผิดมาตรฐานดังกล่าว หากปรากฏว่า :

พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการกระทำตามอำเภอใจ ไม่เป็นธรรม ยุติธรรม หรือแปลกประหลาดอย่างมาก มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ และส่งผลให้ผู้เรียกร้องตกอยู่ในสถานะที่ถูกปฏิบัติโดยมีอคติด้วยการแบ่งแยกหรือเหตุแห่งเชื้อชาติ หรือเกี่ยวข้องกับการบกพร่องซึ่งหลักคุณนิติกระบวนอันนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ละเมิดต่อการดำเนินกระบวนยุติธรรมที่เหมาะสม—ซึ่งอาจปรากฏให้เห็นในกรณีของความบกพร่องอย่างชัดเจนในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หรือการไร้ซึ่งความโปร่งใสและความตรงไปตรงมาโดยสิ้นเชิงในกระบวนทางปกครอง ในการปรับใช้มาตรฐานดังกล่าว พึงพิจารณาด้วยการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อคำรับรองที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้ไว้ ซึ่งผู้เรียกร้องเชื่อใจคำรับรองดังกล่าวอย่างสมเหตุสมผล¹⁵

นอกจากนี้ อีกปัจจัยหนึ่งที่มีจะถูกกล่าวถึงในการปรับใช้มาตรฐาน FET กับข้อพิพาทการลงทุนที่เกิดขึ้นคือ “ความคาดหวังอันชอบธรรม” (legitimate expectation) ของนักลงทุน ซึ่งเป็นประเด็นพิจารณาที่จะต้องมองย้อนกลับไประหว่างเวลาที่นักลงทุนกำลังพิจารณาตัดสินใจว่าจะทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนหรือไม่ นักลงทุนมีความคาดหวังเกี่ยวกับความเสี่ยงและผลตอบแทนของการลงทุนอย่างไรบ้าง โดยพิจารณาบนพื้นฐานของความสมเหตุสมผลในทางภาวะวิสัย มิใช่จากความนึกคิดส่วนตัวของนักลงทุน ภายใต้พฤติกรรมแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมาย ระเบียบ นโยบาย หรือคำมั่น

¹² Jeswald W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment* (Oxford University Press, 2013) 387.

¹³ ตัวอย่าง ดู *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, para 427.

¹⁴ Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Erie, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2 ed, Oxford University Press, 2017) 313, para 7.175.

¹⁵ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (“Number 2”), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para 98. (“the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.”).

สัญญาของรัฐผู้รับการลงทุนในขณะที่มีการตัดสินใจลงทุน¹⁶ เช่น ในคดี *Walter Bau v. Thailand* คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าความคาดหวังของนักลงทุนเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาปรับใช้มาตรฐาน FET ดังนั้นอัตราผลตอบแทนจากการลงทุนที่สมเหตุสมผลซึ่งอยู่บนพื้นฐานความเข้าใจร่วมกันของรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ต้องพิจารณา¹⁷ ดังนั้นความล้มเหลวของรัฐที่ส่งผลให้อัตราผลตอบแทนการลงทุนผิดไปจากที่หาหรือกันไว้ จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่นำมาซึ่งคำชี้ขาดว่ารัฐไทยทำผิดมาตรฐาน FET และต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่การลงทุน¹⁸

อย่างไรก็ดี เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า มาตรฐาน FET ไม่ได้เรียกร้องว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างสมบูรณ์แบบโดยไม่มีควมบกพร่องใด ๆ เลย โดยมาตรการต่าง ๆ ว่าจะเป็นการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของรัฐจะมีลักษณะฝ่าฝืนมาตรฐาน FET ก็ต่อเมื่อมีลักษณะเป็นมาตรการที่ไม่ยุติธรรมหรือไม่สมเหตุสมผลอย่างมาก¹⁹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่ใช่ว่าการที่มาตรการของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุน หรือส่งผลให้การลงทุนมีกำไรลดน้อยลง จะทำให้รัฐต้องแพ็คติอนุญาโตตุลาการเสมอไป ในทางกลับกัน คณะอนุญาโตตุลาการจำนวนมากได้นำหลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (margin of appreciation) มาใช้ในการพิจารณาว่าการดำเนินการของรัฐเพื่อดำเนินนโยบายสาธารณะอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้อำนาจหรือดุลพินิจของรัฐหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็จะให้ความเคารพ (deference) ต่อกการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของรัฐ²⁰

จากการพิจารณาเนื้อหาของมาตรฐาน FET ดังที่กล่าวมาข้างต้น มาตรฐาน FET จึงน่าจะมีความเกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญกับการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐในการกำกับดูแลการลงทุนด้านผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่มเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน เช่น การพิจารณาว่ากฎหมายซึ่งบังคับให้มีการติดฉลากอาหารหรือเครื่องดื่มบนผลิตภัณฑ์ของนักลงทุนมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่ ทำให้เกิดความยุ่งยากกับการประกอบธุรกิจโดยไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับอย่างชัดเจนหรือไม่ เป็นมาตรการที่ออกมาตามอำเภอใจโดยไม่มีเหตุผลรองรับหรือไม่ หรือขัดกับสิ่งที่รัฐเคยให้คำรับรองไว้และส่งผลกระทบต่อความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนหรือไม่ เป็นต้น²¹

ทั้งนี้ แม้แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องมาตรฐาน FET และแนวคำอธิบายของนักกฎหมายจะค่อนข้างสอดคล้องกัน และเป็นไปตามที่ผู้เขียนได้บรรยายไว้ข้างต้น แต่ด้วยความที่

¹⁶ นาดินรันตร์ จันทรงาม (เชิงอรรถ 3) 298-299.

¹⁷ Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau Ag (In Liquidation) v. Kingdom of Thailand, UNCITRAL, Final Award, 1 July 2009, para. 12.1.

¹⁸ เฟิงอ้าง paras 12.3, 12.44.

¹⁹ AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, para 9.3.40.

²⁰ Andrew D. Mitchell and Paula O'Brien, 'If One Thai Bottle Should Accidentally Fall: Health Information, Alcohol Labelling and International Investment Law' (2020) 21 *Journal of World Investment and Trade* 674, 695.

²¹ เฟิงอ้าง 684-685.



มาตรฐาน FET เป็นมาตรฐานที่หากพิจารณาตามข้อความที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วมีความไม่ชัดเจนอย่างมาก และอาจตีความได้อย่างกว้างขวางเป็นเหตุให้ฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนประสบความสำเร็จลำบากในการต่อสู้คดี รัฐจำนวนมากจึงพยายามที่จะอธิบายความหมายของการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมให้มีความชัดเจนขึ้นในการเจรจาแก้ไขสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่เดิมหรือการเจรจาสนธิสัญญาการลงทุนฉบับใหม่ โดยมักจะนิยามว่าการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมอยู่ภายใต้กรอบของ “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ” (minimum standard of treatment (MST) under customary international law)²² ดังนั้นหากมาตรการของรัฐที่พิพาทไม่ฝ่าฝืน “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ” ดังกล่าว ก็จะไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตรฐาน FET ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าความพยายามดังกล่าวจะประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติหรือไม่ เพราะแม้รัฐจะพยายามบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามาตรฐาน FET เป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ แต่ก็จะมีคำถามตามมาว่าอะไรคือมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำดังกล่าว²³

2.2 บทบัญญัติการเวนคืน (expropriation)

บทบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนส่วนใหญ่ มักจะกำหนดห้ามมิให้รัฐเวนคืน (expropriate หรือ nationalise) การลงทุนไม่ว่าโดยตรง (direct) หรือ โดยอ้อม (indirect) โดยในหลาย ๆ กรณีก็ใช้ถ้อยคำกำหนดห้ามมิให้รัฐใช้มาตรการต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบเทียบเท่ากับการเวนคืน (“measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation”)²⁴ อย่างไรก็ตาม การห้ามดังกล่าวไม่ได้เป็นการห้ามโดยเด็ดขาด โดยมีข้อยกเว้นกำหนดให้รัฐสามารถเวนคืนได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ซึ่งส่วนใหญ่ประกอบด้วยเงื่อนไขว่า 1) การเวนคืนจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (public purpose) 2) ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) 3) ดำเนินการตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (due process of law) และ 4) ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ (prompt, adequate, and effective compensation) ซึ่งส่วนใหญ่จะขยายความต่อไปว่าจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่พึงจะต้องชดเชยนั้นให้เป็นการไปตามมูลค่าตลาดที่เป็นธรรม (fair market value)²⁵

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนมีลักษณะพิเศษและมีความชัดเจนในแง่ที่ว่า มาตรการเวนคืนของรัฐนั้น แม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และดำเนินการต่าง ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว รัฐก็ยังต้องมีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่นักลงทุนที่การลงทุนถูกเวนคืนโดยรัฐอยู่นั่นเอง ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว เป็นกรณีที่เข้าใจได้ไม่ยากในกรณีของการเวนคืนโดยตรง ซึ่งมีลักษณะเป็นการที่รัฐพรากไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองที่นักลงทุนมีอยู่เหนือการลงทุน

²² ตัวอย่าง ดู Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (“CPTPP”) art 9.6(2).

²³ W. Michael Reisman, ‘Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law’ (2015) 30(3) ICSID Review 616, 623-625.

²⁴ TAFTA art.912.

²⁵ ตัวอย่าง ดู NAFTA art.1110.

เนื่องจากกฎหมายไม่ต้องการให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นตกอยู่กับนักลงทุนผู้ซึ่งการลงทุนถูกเวนคืน แต่เพียงผู้เดียว ในขณะที่ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนจะกระจายไปยังสาธารณชนหมู่มาก²⁶ หากจะอธิบายให้เห็นภาพ ก็สามรถเทียบได้กับกรณีการเวนคืนที่ดินของเอกชนเพื่อใช้ในการสร้างถนนสาธารณะ จะเห็นว่ระบบกฎหมายภายในส่วนใหญ่ของประเทศต่าง ๆ ก็กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนไปเพื่อใช้พื้นที่ในการก่อสร้างถนนสาธารณะ แม้ว่ารัฐจะสามารถอ้างได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม²⁷

โดยรวมแล้ว บทบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนในส่วนของกรณีการเวนคืนโดยตรงจึงทำความเข้าใจได้ไม่ยากนัก เพราะข้อพิพาทที่พิพาทกันส่วนใหญ่เป็นข้อพิพาทที่วินิจฉัยได้โดยง่ายว่ามาตรการของรัฐที่พิพาทกันนั้นเป็นการเวนคืนหรือไม่ เนื่องจากจะมีลักษณะของการเข้ายึด (take) การลงทุนของนักลงทุนที่เห็นได้โดยชัดเจน ซึ่งจะก่อให้เกิดหน้าที่ต่อรัฐตามมาว่ารัฐมีหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่การลงทุน ปัญหาข้อกฎหมายส่วนใหญ่ที่พบในกรณีของการเวนคืนโดยตรงจึงมีเพียงว่าการเวนคืนดังกล่าวเป็นการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ เป็นการเวนคืนเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ และตามวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และค่าสินไหมทดแทนที่รัฐพึงชดใช้หรือมูลค่าตลาดที่เป็นธรรมของการลงทุนที่ถูกเวนคืนพึงคิดเป็นจำนวนเท่าไร

กรณีจะต่างไปในเรื่องของกรณีการเวนคืนโดยอ้อม²⁸ เนื่องจากสนธิสัญญาส่วนใหญ่จะไม่ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่าการเวนคืนโดยอ้อมมีลักษณะอย่างไร ส่งผลให้การวินิจฉัยว่ามาตรการของรัฐที่พิพาทกันมีลักษณะเป็นการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่มีความยุ่งยากซับซ้อน และคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะอาจจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงแรก ๆ ที่มีการฟ้องคดีตามสนธิสัญญาการลงทุนที่แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนและคำอธิบายของนักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นดังกล่าวยังมีไม่มากนักและไม่สอดคล้องไปในทางเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในบางครั้ง การพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติการเวนคืนของสนธิสัญญาบางฉบับก็อาจจะเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนโดยอ้อมได้ เช่น ในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดห้ามมิให้รัฐใช้มาตรการต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบเทียบเท่ากับการเวนคืน ผู้ปรับใช้กฎหมายก็จะพอมิแนวทางในการพิจารณาที่ชัดเจนว่า ปัจจัยที่สำคัญอย่างน้อยประการหนึ่งของการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่พิพาทกันเป็นการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่ คือระดับความรุนแรงของผลกระทบ (effect) ของมาตรการดังกล่าวที่มีต่อการลงทุน ที่จะต้องมีลักษณะเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิในการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ (substantial deprivation)

แนวทางการพิจารณาดังกล่าว อาจส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งในช่วงแรกที่มีการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนให้ความสำคัญกับปัจจัยเรื่องผลกระทบของมาตรการรัฐที่มีต่อ

²⁶ Rosalyn Higgins, 'The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law' in 176 Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Martinus Nijhoff, 1983) 277.

²⁷ ตัวอย่าง ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37.

²⁸ ดู Amnart Tangkiriphiparn, *Indirect Expropriation in Contemporary International Investment Law* (J.S.D. Dissertation, Yale Law School, 2018).



การลงทุนมากกว่าปัจจัยอื่น จนมีนักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่า มีคำชี้ขาดจำนวนหนึ่งที่พิจารณา แต่ผลกระทบจากมาตรการของรัฐเพียงประการเดียวในการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐมีลักษณะเป็นการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่ (sole effect doctrine)²⁹ โดยคำชี้ขาดที่มักมีการอ้างถึงเพื่อสนับสนุน คำอธิบายดังกล่าว คือคำชี้ขาดในคดี *Metaclad v. Mexico* ซึ่งวินิจฉัยว่า :

การเวนคืนภายใต้ NAFTA ไม่ได้รวมถึงเพียงการพรากไปซึ่งทรัพย์สินโดยเปิดเผย อย่างตั้งใจ และรัฐรู้ว่าเป็นการเวนคืน เช่นการเข้ายึดโดยฉับพลันหรือการโอนกรรมสิทธิ์ อย่างเป็นทางการหรือโดยการบังคับในทางที่เป็นคุณกับรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น แต่ยังรวมถึง การแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินโดยไม่เปิดเผย หรือที่เป็นผลต่อเนื่องมา ซึ่งมีผลกระทบเป็น การพรากไปจากเจ้าของ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งการใช้หรือประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ที่พึงคาดหวังได้ของทรัพย์สิน ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์โดยชัดเจนกับรัฐผู้รับการลงทุนก็ตาม³⁰

อย่างไรก็ดี แนวทางดังกล่าวก็ไม่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป³¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อ คำนึงถึงว่ามาตรการของรัฐในการกำกับดูแล (regulatory measure) กิจกรรมต่าง ๆ ภายในดินแดนของตน ไม่ว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์โดยรวมกับสาธารณะมากน้อยเพียงใดก็ตาม ก็ย่อมก่อให้เกิดผลเสียกับคน อีกรุ่นหนึ่ง ซึ่งอาจรวมถึงนักลงทุนต่างชาติไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้³² ดังนั้นหากคณะอนุญาโตตุลาการจะมองแต่เพียงผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อการลงทุน เพียงประการเดียวในการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐมีลักษณะเป็นการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่แล้ว ก็ย่อมทำให้สิทธิในการกำกับดูแล (right to regulate) ซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยที่สำคัญของรัฐได้รับ ผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น จึงเกิดแนวความคิดว่าผู้ปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน จะพิจารณาแต่เพียงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากมาตรการของรัฐเพียงประการเดียวไม่ได้ เพราะจะเป็น การให้ความสำคัญกับการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติเพียงด้านเดียว โดยละเลยความสำคัญของการใช้อำนาจหรือสิทธิกำกับดูแลของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะไป ดังนั้นจึงจำต้องพิจารณาความเหมาะสม ของมาตรการของรัฐว่าก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่ได้สัดส่วน (proportionate) กับผลกระทบหรือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อนักลงทุนหรือไม่ ดังมีตัวอย่างที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Tecmed v. Mexico* วินิจฉัยว่า :

²⁹ L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, 'Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor' (2004) 19(2) Foreign Investment Law Journal 293, 300.

³⁰ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para 103. ("*Metaclad v. Mexico*") ("expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.")

³¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer (เชิงอรธร 6) 114-115.

³² W. Michael Reisman, *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century* (Martinus Nijhoff, 2012) 84.

นอกเหนือไปจากผลกระทบทางเศรษฐกิจในทางลบของการกระทำหรือมาตรการดังกล่าว ในการพิจารณาว่าการกระทำหรือมาตรการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเวนคืนหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาว่าการกระทำหรือมาตรการดังกล่าวได้สัดส่วนต่อประโยชน์สาธารณะที่ถ่วงน้ำหนักกันว่าได้รับการคุ้มครองโดยมาตรการเหล่านั้น และต่อความคุ้มครองที่การลงทุนได้รับตามกฎหมายหรือไม่³³

ยิ่งไปกว่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการหลาย ๆ คณะยังได้ยืนยันหลักที่ว่ารัฐมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย (police powers) ภายในดินแดนของตน ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายของรัฐใด ๆ ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของการใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนโดยอ้อม แม้ว่ามาตรการนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมากต่อการลงทุนก็ตาม ดังมีตัวอย่างในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Methanex v. U.S.A.* เคยตัดสินว่าการออกกฎหมายโดยรัฐแคลิฟอร์เนียเพื่อแบนการใช้หรือการขายแก๊สโซลีนซึ่งมีส่วนผสมของสาร methyl tert-butyl ether (MTBE) ที่มีเมทานอลเป็นส่วนประกอบ ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนโดยอ้อมซึ่งการลงทุนของบริษัท Methanex ผู้ผลิตเมทานอลที่ได้รับผลกระทบอย่างมากจากมาตรการทางกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากฝ่ายรัฐสามารถพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ได้ว่ามีความเสี่ยงอย่างมากที่การใช้สาร MTBE ในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดการปนเปื้อนในแหล่งน้ำ อันอาจจะก่อให้เกิดภาวะค่าใช้จ่ายที่สูงมากต่อรัฐในการแก้ปัญหา³⁴ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้อธิบายหลักกฎหมายสำคัญไว้ตอนหนึ่งซึ่งได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในเวลาต่อมาว่า :

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป มาตรการทางกฎหมายของรัฐที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ และเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยกระบวนการที่เหมาะสม และก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติ เช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น ๆ ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนหรือก่อให้เกิดหน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน เว้นเสียแต่ว่ารัฐบาลผู้ออกมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวได้ให้คำมั่นโดยเฉพาะเจาะจงต่อนักลงทุนต่างชาติ ในขณะที่กำลังพิจารณาว่าจะลงทุนหรือไม่ ว่ารัฐบาลจะหลีกเลี่ยงการออกกฎหมายเช่นว่านั้น³⁵

³³ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para.122. (“in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments...”).

³⁴ Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part III, Chapter A, p.18, para 39.

³⁵ เพิ่งอ้าง Part IV, Chapter D, p.4, para 7. (“as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.”).

หลักกฎหมายว่าด้วย police powers นี้ได้รับการยอมรับโดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนที่เกิดขึ้นภายหลังจากคดี *Methanex*³⁶ โดยส่วนใหญ่จะอธิบายว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (general international law) เช่นในคดี *Methanex* หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) เช่นในคดี *Saluka v. Czech*³⁷ ซึ่งสามารถถูกหยิบยกนำมาใช้ได้ แม้สนธิสัญญาการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับคดีที่เป็นประเด็นพิพาทจะไม่ได้บัญญัติหลักการเรื่อง police powers ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม อันแสดงให้เห็นถึงความพยายามของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติและสิทธิของรัฐในการกำกับดูแลกิจการภายในดินแดนของตน

อย่างไรก็ดี เพื่อให้แน่ใจว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายอย่างรอบด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของคู่พิพาทในคดีคือนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน ในการเจรจาสนธิสัญญาฉบับใหม่ ๆ รวมถึงต้นแบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (model BIT) ที่แต่ละประเทศสร้างขึ้นเพื่อใช้กำหนดแนวทางการเจรจาสนธิสัญญาแต่ละฉบับ รัฐต่าง ๆ จึงได้กำหนดรายละเอียดของการเวนคืนโดยอ้อมให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยอธิบายว่ามาตรการของรัฐจะเข้าลักษณะของการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจาก 1) “ผลกระทบทางเศรษฐกิจ” (economic impact) ที่มีต่อการลงทุน 2) “ระดับที่การกระทำของรัฐบาลนั้นกระทบต่อความคาดหวังอย่างเฉพาะเจาะจงและสมเหตุสมผลที่มีต่อการลงทุนนั้น” และ 3) “ลักษณะของการกระทำของรัฐบาล” นอกจากนี้ “การกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติในการกำกับดูแลโดยรัฐภาคีซึ่งได้ถูกออกแบบและถูกปรับใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะอันชอบธรรม ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ยกเว้นในสถานการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นได้ยาก”³⁸ ซึ่งเท่ากับเป็นการนำหลัก police powers มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนและบังคับว่าคณะอนุญาโตตุลาการในฐานะผู้ปรับใช้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีจะต้องพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วยเสมอในการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐในกรณีพิพาทมีลักษณะเป็นการเวนคืนหรือไม่

2.3 บทบัญญัติที่รับรองสิทธิของรัฐในการกำกับดูแล

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะปรับใช้บทบัญญัติ FET และ expropriation โดยไม่ได้คำนึงถึงแต่เฉพาะการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น แต่ยังให้ความสำคัญกับการคุ้มครองและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะผ่านการออกมาตรการกำกับดูแลของรัฐด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐต่าง ๆ ก็มีความพยายามที่จะแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนของสนธิสัญญาการลงทุนให้มีความสมดุลมากยิ่งขึ้น โดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองการลงทุนเพียงอย่างเดียว

³⁶ ตัวอย่าง ดู *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para 262.

³⁷ เพิ่งอ้าง.

³⁸ ตัวอย่าง ดู CPTPP, Annex 9-B; The United States Model BIT 2012, Annex B.

ดังที่เคยเป็นมาในสนธิสัญญาการลงทุนที่ได้จัดทำขึ้นในช่วงแรก ๆ³⁹ ซึ่งพัฒนาการนี้สามารถพบเห็นได้ในหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของการร่างบทนำ (preamble) ให้มีความสมดุลมากยิ่งขึ้น รวมถึงการเพิ่มบทบัญญัติที่ยืนยันสิทธิในการกำกับดูแลของรัฐให้ชัดเจน (right to regulate) เช่นเดียวกับการบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไป (general exceptions) และการกำหนดหน้าที่ของนักลงทุน (investor obligations) ไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนด้วย เป็นต้น

หากพิจารณาบทนำของสนธิสัญญาการลงทุนที่จัดทำขึ้นก่อนหรือประมาณปี ค.ศ. 2000 จะพบว่าส่วนใหญ่ใช้ถ้อยคำที่กระชับ และมุ่งเน้นไปที่ประเด็นทางเศรษฐกิจเท่านั้น เช่น สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 2002 ที่กำหนดไว้ในบทนำว่ารัฐภาคี :

มุ่งหวังที่จะให้ความร่วมมือในทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐทั้งสองแน่นแฟ้นยิ่งขึ้น

ประสงค์ที่จะสร้างเงื่อนไขที่เป็นคุณต่อการลงทุนโดยนักลงทุนของรัฐหนึ่งในดินแดนของอีกรัฐหนึ่ง

ตระหนักว่าการส่งเสริมและปกป้องการลงทุนดังกล่าวจะนำมาซึ่งการกระตุ้นการริเริ่มธุรกิจของภาคเอกชนและส่งเสริมความมั่งคั่งของรัฐทั้งสอง⁴⁰

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาสนธิสัญญาการลงทุนที่จัดทำขึ้นในช่วงหลัง จะพบว่าบทนำของสนธิสัญญาเหล่านี้จะมีรายละเอียดที่มากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ และมักเน้นย้ำถึงความสำคัญของสิทธิของรัฐในการออกมาตรการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น บทนำของข้อตกลงการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและสิงคโปร์ ซึ่งลงนามในปี ค.ศ. 2018 ที่นอกจากจะกล่าวถึงความสำคัญของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจแล้ว ยังเน้นย้ำถึงความมุ่งมั่นของภาคีที่จะดำเนินการตามหลักการพัฒนายั่งยืน (sustainable development) และความโปร่งใส (transparency) ทั้งยืนยันสิทธิของภาคีที่จะ “บัญญัติและบังคับใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายต่าง ๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น นโยบายทางสังคม สิ่งแวดล้อม ความมั่นคง สาธารณสุขและความปลอดภัยสาธารณะ การส่งเสริมและการคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรม”⁴¹ ซึ่งการร่างบทนำไว้เช่นนี้ จะส่งผลกระทบต่อการใช้และตีความบทบัญญัติต่าง ๆ ภายใต้สนธิสัญญาของคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากสนธิสัญญาจะต้องถูกตีความโดยสุจริต ตามความหมายธรรมดาที่ปรากฏอยู่ในลายลักษณ์อักษร โดยคำนึงถึงบริบทที่เกี่ยวข้องและเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาดังกล่าว⁴² ซึ่งเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาแต่ละฉบับก็มักจะปรากฏอยู่ในบทนำของสนธิสัญญานั้น ๆ นั่นเอง⁴³

³⁹ ตัวอย่าง ดู Klara Polackova Van der Ploeg, ‘Protection of Regulatory Autonomy and Investor Obligations: Latest Trends in Investment Treaty Design’ (2018) 51(1) International Lawyer 109.

⁴⁰ Thailand-Germany BIT (2002) preamble.

⁴¹ European Union - Singapore Investment Protection Agreement, preamble. (“right to adopt and enforce measures necessary to pursue legitimate policy objectives such as social, environmental, security, public health and safety, promotion and protection of cultural diversity;”).

⁴² Vienna Convention on the Law of Treaties art 31(1).

⁴³ Vienna Convention on the Law of Treaties art 31(2).



ในส่วนของบทบัญญัติอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นคุณกับรัฐก็มีเช่น 1) บทบัญญัติรับรองสิทธิของรัฐในการกำกับดูแล (right to regulate) ดังปรากฏตัวอย่างในมาตรา 3 ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างฮังการีและโอมาน ค.ศ. 2022 ที่ระบุว่า “บทบัญญัติในสนธิสัญญานี้จะไม่กระทบต่อสิทธิของรัฐภาคีในการกำกับดูแลโดยไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติภายในดินแดนของตน ผ่านมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายต่าง ๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย” และการที่ “รัฐภาคีกำกับดูแลโดยการแก้ไขกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อการลงทุนหรือเป็นการแทรกแซงความคาดหวังของนักลงทุนในการแสวงหากำไร แต่เพียงลำพัง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญานี้เสมอไป”⁴⁴ 2) บทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไป (general exceptions) ดังปรากฏตัวอย่างในมาตรา 18 ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างญี่ปุ่นและบาห์เรน ค.ศ. 2022 ที่ระบุว่า “บนเงื่อนไขว่ามาตรการดังกล่าวไม่ได้ถูกบังคับใช้โดยรัฐภาคีในลักษณะที่ถือได้ว่าเป็นการดำเนินการตามอำเภอใจหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือเป็นการกีดกันโดยแอบแฝงต่อนักลงทุนของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง [...] ไม่มีส่วนใดในสนธิสัญญานี้ที่จะถูกตีความเพื่อกีดกันไม่ให้รัฐภาคีออกหรือบังคับใช้มาตรการที่จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสาธารณะ⁴⁵ ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะนี้ได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา XX ของ GATT และมาตรา XIV ของ GATS⁴⁶ 3) บทบัญญัติหน้าที่ของนักลงทุน (investor obligations) ดังปรากฏตัวอย่างในมาตรา 19 และมาตรา 20 ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างโมร็อกโกและไนจีเรีย ค.ศ. 2016 ที่ระบุว่า นักลงทุนจะต้องดำเนินการลงทุนให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ได้ยอมรับในประเทศและในระดับนานาชาติที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการดำเนินการของบริษัท (standards of corporate governance) เช่น แนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับความโปร่งใสและมาตรฐานทางบัญชี (transparency and accounting practices) ทั้งนี้โดยพิจารณาขนาดและลักษณะของการลงทุน⁴⁷ และนักลงทุนจะต้องรับผิดชอบหากมีการดำเนินการที่ก่อให้เกิด

⁴⁴ Hungary-Oman BIT 2022 art 3 (Investment and Regulatory Measures). (“1. The provisions of this Agreement shall not affect the right of the Contracting Parties to regulate in a non-discriminatory manner within their Territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives” และ “2. The mere fact that a Contracting Party regulates, including through a modification to its laws and regulations, in a manner which negatively affects an Investment or interferes with an Investor’s expectations of profits, does not necessarily amount to a breach of an obligation under this Agreement.”).

⁴⁵ Japan-Bahrain BIT 2022 art 18 (General and Security Exceptions). (“Subject to the requirement that such measures are not applied by a Contracting Party in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against, or a disguised restriction on investors of the other Contracting Party [...], nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures: (a) necessary to protect human, animal or plant life or health.”).

⁴⁶ ดู Levent Sabanogullari, *General Exception Clauses in International Investment Law: The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibilities* (Nomos, 2018); Andrew Newcombe, ‘General Exceptions in International Investment Agreements’ (BIICL, 2008) <https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf> สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2566.

⁴⁷ Morocco-Nigeria BIT 2016, art 19 (Corporate Governance and Practices).

ความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อชีวิตร่างกายภายในรัฐผู้รับการลงทุน⁴⁸ หรือมาตรา 23 ของต้นแบบสนธิสัญญาการลงทุนของเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 2019 ที่ระบุว่าในการพิจารณาจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่นักลงทุนมีสิทธิได้รับเมื่อขณะคดี คณะอนุญาโตตุลาการพึงพิจารณาการปฏิบัติตนของนักลงทุนด้วยว่าได้ปฏิบัติตามหลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights) และแนวทางขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD) สำหรับองค์กรธุรกิจข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises)⁴⁹ และ 4) บทยกเว้นไม่ให้นำข้อบทว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนมาใช้กับมาตรการของรัฐบางลักษณะ (carve-out) ดังปรากฏตัวอย่างในมาตรา 29.5 ของ CPTPP ซึ่งบัญญัติว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้ให้นักลงทุนนำข้อพิพาทที่เกี่ยวกับมาตรการควบคุมยาสูบฟ้องเป็นคดีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญา⁵⁰

3. ข้อพิพาทการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม

ในลำดับต่อไป บทความนี้จะกล่าวถึงข้อพิพาทการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม โดยจะเริ่มจากการสำรวจลักษณะโดยทั่วไปของการลงทุนในอุตสาหกรรมอาหารและเครื่องดื่มพร้อมกับอภิปรายในเบื้องต้นถึงผลกระทบของสนธิสัญญาการค้าและการลงทุนที่มีต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจในอุตสาหกรรมดังกล่าวและผลกระทบต่อพฤติกรรมผู้บริโภคอาหารและเครื่องดื่มของผู้บริโภค (O) หลังจากนั้นบทความจะอธิบายภาพรวมของมาตรการตามกฎหมายภายในของรัฐและมาตรการที่ได้รับการสนับสนุนจากประชาคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การอนามัยโลกที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันปัญหาด้านสุขภาพของประชาชนที่อาจเกิดขึ้นตามมาจากการบริโภคอาหาร เครื่องดื่ม รวมถึงผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ที่มีอันตรายหรือมีปริมาณสารอาหารไม่เหมาะสม (O) ก่อนที่จะสรุปข้อมูลพื้นฐานของข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนที่เคยเกิดขึ้นและมีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม (O)

3.1 การลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม

การเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนผ่านการทำสนธิสัญญาการค้าและการลงทุนส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมอาหารและเครื่องดื่ม และพฤติกรรมผู้บริโภคอาหารและเครื่องดื่มของประชาชนอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้⁵¹ ซึ่งพฤติกรรมผู้บริโภคอาหารซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ย่อมส่งผลต่อสุขภาพของประชาชนโดยรวมทั้งในทางบวกและทางลบ ในทางหนึ่งการเปิดเสรีการค้าและการลงทุนจะมีผลเป็นการเพิ่มความมั่นคงทางอาหาร และส่งเสริมให้ประชาชนสามารถ

⁴⁸ เติ้งอั้ง art 20 (Investor Liability).

⁴⁹ Netherlands Model Investment Agreement 2019 art 23 (Behavior of the Investor).

⁵⁰ CPTPP art 29.5 (Tobacco Control Measures).

⁵¹ เพื่อให้งานเขียนกระชับ บทความนี้จะขอใช้เพียงคำว่า “อาหาร” เป็นหลัก อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจว่า คำว่าอาหารที่ใช้ส่วนใหญ่หมายถึงรวมทั้งอาหารและเครื่องดื่มเป็นการทั่วไป.

เข้าถึงอาหารที่ดีต่อสุขภาพได้ง่ายและหลากหลายขึ้น ในราคาที่ถูกลง ผ่านช่องทางการนำเข้าและส่งออกที่ไม่ถูกบิดเบือนโดยกำแพงภาษีและมีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่นเดียวกับต้นทุนผลิตภัณฑ์ที่น้อยลงผ่านการลงทุนในดินแดนของรัฐที่มีค่าแรงโดยรวมต่ำกว่าค่าแรงในรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ประกอบการ มีทรัพยากรที่เข้าถึงได้ง่ายกว่า หรือมีสถานที่ตั้งอยู่ใกล้กับตลาดของผู้บริโภคมากกว่าอันเป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายในการขนส่ง⁵²

ในทางกลับกัน การเปิดเสรีในอุตสาหกรรมอาหารมีแนวโน้มจะส่งผลให้บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่มีอิทธิพลมากขึ้นในตลาด และผลิตภัณฑ์อาหารแปรรูป (processed food) ที่ผลิตโดยนักลงทุนเหล่านี้ซึ่งอาจส่งผลเสียต่อสุขภาพจะเข้าถึงผู้บริโภคได้ง่ายขึ้นในราคาถูกลง อันเป็นไปตามหลักการประหยัดของขนาด (economy of scale) เมื่อเทียบกับอาหารธรรมชาติที่ไม่ผ่านการแปรรูป ซึ่งส่วนใหญ่มีสารอาหารที่มีคุณประโยชน์ทางโภชนาการมากกว่า⁵³ สอดคล้องกับข้อมูลว่าการนำเข้าอาหารสำเร็จรูป เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของน้ำตาล มาการีน เนย และอาหารกระป๋องสูงขึ้นเมื่อรัฐดำเนินนโยบายเปิดเสรีการค้าและการลงทุน⁵⁴ ทั้งยังอาจนำไปสู่ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจระหว่างบริษัทอาหารขนาดใหญ่และผู้ประกอบการขนาดเล็ก ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางอาหารของประเทศขนาดเล็กในท้ายที่สุด⁵⁵

การลงทุนทางตรงมักจะถูกใช้เป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์ทางธุรกิจของบริษัทอาหารข้ามชาติซึ่งมีขนาดใหญ่เพื่อขยายกิจการของตนผ่านช่องทางใดช่องทางหนึ่งในห่วงโซ่อุปทานที่ตนมีความเกี่ยวข้องอยู่ไม่ว่าจะในส่วนของการผลิต การแปรรูป การจัดจำหน่าย หรือการตลาด และบริษัทเหล่านี้จำนวนน้อยราย เช่น Unilever, Nestle, Walmart, Carrefour และ Tesco มีอิทธิพลอย่างมากต่ออุตสาหกรรมอาหารของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งพฤติกรรมกรรมการบริโภคของประชาชน ผ่านการกำหนดสูตรของผลิตภัณฑ์ การเลือกวางจำหน่ายสินค้าผ่านช่องทางการผลิตที่ตนควบคุมอยู่ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม การกำหนดราคา การโฆษณาประชาสัมพันธ์ผลิตภัณฑ์ผ่านบรรจุภัณฑ์ของสินค้าและการใช้สื่อในช่องทางต่าง ๆ⁵⁶ โดยมีรายงานว่าการลงทุนทางตรงส่งผลกระทบต่อปริมาณยอดขายของผลิตภัณฑ์อาหารแปรรูปสูงกว่าธุรกรรมการค้าระหว่างประเทศ อันเป็นผลจากความสามารถในการลด

⁵² Pepita Barlow and others, 'The Health Impact of Trade and Investment Agreements: A Quantitative Systematic Review and Network Co-Citation Analysis' (2017) 13(13) *Globalization and Health* 1, 2.

⁵³ Corinna Hawkes, 'The Role of Foreign Direct Investment in the Nutrition Transition' (2004) 8(4) *Public Health Nutrition* 357, 362.

⁵⁴ Pepita Barlow and others (เชิงอรรถ 52) 4; Sharon Friel and others, 'A New Generation of Trade Policy: Potential Risks to Diet-Related Health from the Trans Pacific Partnership Agreement' (2013) 9(46) *Globalization and Health* 1, 4.

⁵⁵ Phillip Baker, Adrian Kay, and Helen Walls, 'Trade and Investment Liberalization and Asia's Noncommunicable Disease Epidemic: A Synthesis of Data and Existing Literature' (2014) 10(66) *Globalization and Health* 1, 2.

⁵⁶ Sharon Friel and others (เชิงอรรถ 54) 4; Penelope Milsom and others, 'International Investment Liberalization, Transnational Corporations and NCD Prevention Policy Non-Decisions: A Realist Review on the Political Economy of Tobacco, Alcohol and Ultra-Processed Food' (2017) 17(134) *Globalization and Health* 1, 6.

ต้นทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้นทุนด้านการขนส่ง ต้นทุนของวัตถุดิบในกรณีที่ประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศผู้ผลิตวัตถุดิบดังกล่าว และต้นทุนด้านภาษีนำเข้าในกรณีของการค้าข้ามพรมแดน และการเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดจำหน่ายและการทำการตลาด การปรับลักษณะของผลิตภัณฑ์ให้เข้ากับรสนิยมเฉพาะของผู้บริโภคในท้องถิ่นได้มากขึ้น⁵⁷

อาหารซึ่งบริษัทข้ามชาติเหล่านี้ผลิตหรือจำหน่ายส่วนใหญ่เป็นอาหารที่ผ่านการแปรรูป ซึ่งล้วนมีส่วนผสมของเกลือ น้ำตาล และไขมัน มากกว่าอาหารที่ไม่ผ่านการแปรรูปทั่วไป เพื่อวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน เช่น ใช้เกลือเพื่อประโยชน์ในการถนอมอาหาร ใช้น้ำตาลเพื่อให้รสชาติ หรือใช้น้ำมันเพื่อให้รสสัมผัสของอาหารถูกปากมากยิ่งขึ้น เป็นต้น⁵⁸ ส่งผลให้ผู้บริโภคมีโอกาสที่จะได้รับสารอาหารบางอย่างรวมถึงพลังงานที่มากเกินไปจนส่งผลกระทบต่อสุขภาพ อันเป็นปัจจัยเสี่ยงที่อาจนำไปสู่การเป็นโรคประเภทไม่ติดต่อ (noncommunicable diseases – NCDs) ที่อันตรายสี่ประการสำคัญคือ โรคมะเร็ง โรคหัวใจ โรคเกี่ยวกับทางเดินหายใจ และโรคเบาหวาน⁵⁹ ควบคู่กับปัจจัยเสี่ยงอื่น ๆ เช่น การสูบบุหรี่ การดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในปริมาณที่อันตราย และการไม่ออกกำลังกาย⁶⁰ ซึ่งโรค NCDs เหล่านี้เป็นสาเหตุหลักของการตายของประชากรโลก คิดเป็นกว่าร้อยละ 60 ของการตายทั้งหมด⁶¹

3.2 มาตรการของรัฐเพื่อสุขภาพของประชาชน

การลงทุนด้านอาหารมีความสัมพันธ์กับสุขภาพโดยรวมของประชาชนอย่างไม่อาจแยกจากกันได้ ดังที่กล่าวข้างต้น และสุขภาพของประชาชนก็เป็นรากฐานสำคัญของระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและการพัฒนาที่ยั่งยืนของประเทศ นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่รัฐสมัยใหม่มีหน้าที่ในการจัดหาบริการสาธารณสุขที่เหมาะสม⁶² หากประชาชนส่วนใหญ่มีปัญหาด้านสุขภาพ ก็อาจจะส่งผลกระทบต่อปริมาณของรัฐที่ต้องจัดสรรเพื่อการสาธารณสุขมีจำนวนที่สูงมากขึ้นไปด้วย อันเป็นภาระต่อภาระทางการคลังของรัฐในภาพรวม⁶³

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องออกมาตรการต่าง ๆ เพื่อควบคุมการดำเนินการลงทุนและการประกอบธุรกิจอาหารให้เกิดสมดุลระหว่างประสิทธิภาพทางธุรกิจและผลกระทบของ

⁵⁷ Corinna Hawkes (เชิงอรรถ 53) 360.

⁵⁸ Jenny Claire Kaldor, 'Food Reformulation for NCD-Prevention: Regulatory Options and Potential Barriers' (2018) 18(1) Queensland University of Technology Law Review 76, 79.

⁵⁹ Amandine Garde and Jure Zrilic, 'International Investment Law and Non-Communicable Diseases Prevention: An Introduction' (2020) 21 Journal of World Investment and Trade 649, 650.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง 652; Marcelo Campbell, 'NCD Prevention and International Investment Law in Latin America: Chile's Experience in Preventing Obesity and Unhealthy Diets' (2020) 21 Journal of World Investment and Trade 781, 782-783.

⁶¹ Andrew D. Mitchell and Elizabeth A. Sheargold, 'International Trade and Investment Agreements: Opportunities and Challenges for Noncommunicable Diseases' (2021) 18(2) Indonesian Journal of International Law 279, 279.

⁶² ตัวอย่าง ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 55.

⁶³ Amandine Garde and Jure Zrilic (เชิงอรรถ 59) 650.



ผลิตภัณฑ์ต่อสุขภาพประชาชนมากที่สุด เนื่องจากการคาดหวังให้นักลงทุนให้ความสำคัญกับสุขภาพประชาชนเป็นอันดับแรกโดยสมัครใจในการตัดสินใจต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดแนวทางการบริหารกิจการเหนือกว่าผลประโยชน์หรือกำไรที่นักลงทุนจะได้รับดูจะเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ⁶⁴

มาตรการของรัฐที่สามารถนำมาใช้ได้กับการลงทุนและผลิตภัณฑ์อาหารอาจมีได้หลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการด้านภาษี การควบคุมการประชาสัมพันธ์ผลิตภัณฑ์ การกำหนดส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ และการบังคับให้ติดฉลากเพื่อให้ข้อมูลหรือเตือนภัยกับผู้บริโภค (labelling)⁶⁵ ซึ่งอาจจะมีลักษณะเป็นการแทรกแซงกระบวนการดำเนินธุรกิจของนักลงทุนในแต่ละส่วนที่แตกต่างกันไป ทั้งในส่วนของกระบวนการผลิต การโฆษณา หรือกระบวนการจัดจำหน่าย⁶⁶ นอกจากนี้มาตรการของรัฐบางอย่างอาจไม่ได้พุ่งเป้าไปที่ผู้ประกอบการหรือนักลงทุน แต่พุ่งเป้าไปที่ผู้บริโภคเป็นหลัก เช่น การมุ่งให้ข้อมูลที่เข้าใจง่ายแก่ผู้บริโภคผ่านการให้คำแนะนำเกี่ยวกับการบริโภคอาหารที่มีประโยชน์และหลีกเลี่ยงอาหารที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพ หรือการทำกิจกรรมรณรงค์ต่าง ๆ เพื่อสร้างความตระหนักรู้ของผู้บริโภค⁶⁷ อย่างไรก็ตามมาตรการที่มุ่งสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องให้แก่ผู้บริโภคนั้นอาจทำได้ยาก และก่อให้เกิดผลกระทบได้น้อยและช้ากว่ามาตรการที่มุ่งเน้นโดยตรงไปที่พฤติกรรมของผู้ประกอบการ ซึ่งกำหนดกลุ่มเป้าหมายได้ง่ายกว่า และการกำกับดูแลและเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมเพียงเล็กน้อยของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารที่ผู้คนบริโภคเป็นจำนวนมากย่อมมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดผลกระทบมหาดศาลต่อสุขภาพของประชาชนส่วนใหญ่ได้ง่ายกว่าการคาดหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายปรับเปลี่ยนพฤติกรรมบริโภคของตนเองโดยสมัครใจ⁶⁸

มาตรการด้านภาษีที่รัฐนำมาใช้มักจะมีลักษณะค่อนข้างตรงไปตรงมา โดยมีเป้าหมายในการทำให้ราคาของสินค้าสูงขึ้นและอุปสงค์การบริโภคสินค้าลดน้อยลงตามหลักกลไกตลาด⁶⁹ ทั้งนี้อาจส่งผลให้ผู้ประกอบการเปลี่ยนสูตรของผลิตภัณฑ์ให้มีส่วนประกอบที่ส่งผลเสียต่อสุขภาพน้อยลงได้ เพื่อที่สินค้าของตนไม่อยู่ภายใต้เกณฑ์ที่จะต้องเสียภาษีดังกล่าว และยังสามารถทำให้รัฐมีรายได้เพิ่มขึ้นจากการเก็บภาษีเพื่อนำไปใช้เพื่อดำเนินมาตรการอื่น ๆ เพื่อประโยชน์ต่อสุขภาพของประชาชนด้วย⁷⁰ โดยมีหลักฐานจำนวนหนึ่งรองรับว่า หากถูกนำมาใช้อย่างเหมาะสมร่วมกับมาตรการประเภทอื่น มาตรการทางภาษีจะสามารถก่อให้เกิดการลดการบริโภคอาหารที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพได้⁷¹ ดังปรากฏตัวอย่าง

⁶⁴ Jenny Claire Kaldor (เชิงอรรถ 58) 77.

⁶⁵ Amandine Garde and Jure Zrilić (เชิงอรรถ 59) 652; Corinna Hawkes (เชิงอรรถ 53) 363; Penelope Milsom and others (เชิงอรรถ 56) 13.

⁶⁶ Marcelo Campbell (เชิงอรรถ 60) 784.

⁶⁷ Amandine Garde and Jure Zrilić (เชิงอรรถ 59) 652; Jenny Claire Kaldor (เชิงอรรถ 58) 77.

⁶⁸ Jenny Claire Kaldor (เชิงอรรถ 58) 79.

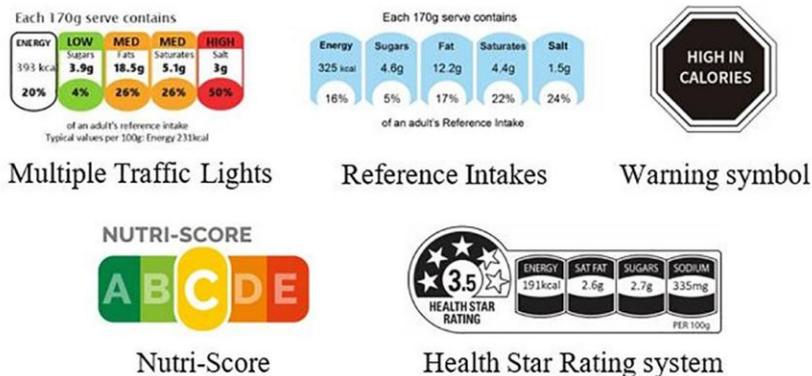
⁶⁹ Amandine Garde and Jure Zrilić (เชิงอรรถ 59) 652.

⁷⁰ Anita George, 'Not so Sweet Refrain: Sugar-Sweetened Beverages Taxes, Industry Opposition and Harnessing the Lessons Learned from Tobacco Control Legal Challenges' (2019) 14(4) Health Economics Policy and Law 509, 511.

⁷¹ เพิ่งอ้าง 510.

ในทศวรรษที่ผ่านมาในกรณีของการขึ้นภาษีไขมันอิ่มตัวในเดนมาร์ก⁷² การขึ้นภาษีเครื่องดื่มที่มีรสหวานจากน้ำตาลในโปรตุเกส ฝรั่งเศส เม็กซิโกและเมารีเชียส หรือการขึ้นภาษีสินค้าที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพในฮังการี⁷³

การบังคับให้นักลงทุนติดฉลากสินค้าซึ่งมีข้อความตามที่รัฐกำหนดก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่รัฐมักนำมาใช้ โดยการกำหนดให้ผู้ประกอบการติดฉลากที่มีข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์บริเวณด้านหน้าของบรรจุภัณฑ์ (front-of-package nutrition labelling) ประกอบด้วยข้อมูลสำคัญอย่างปริมาณสารอาหารหรือคำแนะนำเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ถูกระบุไว้ตามเกณฑ์ที่รัฐกำหนด ซึ่งถูกจัดให้อยู่บนบริเวณที่ได้รับความสนใจจากผู้พบเห็น และอยู่ในรูปแบบที่เข้าใจง่าย ไม่จำเป็นต้องอาศัยการตีความที่ซับซ้อน เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลที่เกี่ยวข้องผลกระทบต่อสุขภาพของตนได้อย่างสะดวกและรวดเร็วในเวลาทีเลือกซื้อสินค้า รวมทั้งเพื่อกดดันให้ผู้ผลิตเปลี่ยนสูตรหรือส่วนผสมของผลิตภัณฑ์ ทั้งนี้ มาตรการของแต่ละรัฐอาจมีความแตกต่างกันไปในรายละเอียด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของรูปแบบการนำเสนอ ไม่ว่าจะเป็นรูปร่าง สี และขนาดของฉลาก ข้อมูลที่ต้องปรากฏบนฉลาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสารอาหารทั้งหมดทั้งที่เป็นประโยชน์และโทษต่อสุขภาพ หรือโทษเนื้อหาของข้อมูลนี้อาจมีลักษณะเป็นการห้ามหรือการให้คำแนะนำ เป็นต้น⁷⁴



ตัวอย่างฉลากอาหารในรูปแบบต่าง ๆ⁷⁵

การจำกัดรูปแบบหรือความสามารถของผู้ประกอบการในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ผลิตภัณฑ์ก็ถูกนำมาใช้เพื่อลดการเข้าถึงอาหารที่อาจส่งผลเสียต่อสุขภาพด้วยเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

⁷² เฟ็งอั้ง 513.

⁷³ เฟ็งอั้ง 511.

⁷⁴ Rebecca Kanter, Lana Vanderlee, and Stafanie Vandevijvere, 'Front-of-Package Nutrition Labelling Policy: Global Progress and Future Directions' (2018) 21(8) Public Health Nutrition 1399, 1399-1401.

⁷⁵ Manon Egnell and others, 'Compared to Other Front-of-Pack Nutrition Labels, the Nutri-Score Emerged as the Most Efficient to Inform Swiss Consumers on the Nutritional Quality of Food Products' (2020) 15(2) PLoS ONE 1, 4.



การโฆษณาที่มุ่งเป้าหมายไปที่กลุ่มบุคคลที่มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับกระบวนการตัดสินใจและถูกชักจูงได้ง่าย โดยสิ่งเร้าต่าง ๆ เช่น ผู้เยาว์ ดังปรากฏตัวอย่างให้เห็นในมาตรการของหลาย ๆ รัฐที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบการใช้ตัวการ์ตูนประกอบการโฆษณา หรือแถมของเล่นพร้อมกับตัวผลิตภัณฑ์อาหารเพื่อจูงใจให้เด็กต้องการบริโภคอาหารดังกล่าว เช่นเดียวกับการห้ามมิให้โฆษณาอาหารบางอย่างที่ส่งผลเสียต่อสุขภาพอย่างมากนอกเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นเวลาช่วงกลางคืน (22.00 ถึง 06.00 น.)⁷⁶

การเลือกใช้มาตรการต่าง ๆ เหล่านี้ขึ้นอยู่กับขอบเขตการตัดสินใจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของรัฐต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหาร ด้วยบริบทภายในแต่ละรัฐที่แตกต่างกัน ส่งผลให้มาตรการของรัฐต่าง ๆ มีความแตกต่างกันไป แต่ก็อาจพบเห็นเค้าร่างของความคล้ายคลึงกันในหลายสถานการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มาตราการที่ออกมาและบังคับใช้โดยรัฐใดรัฐหนึ่งประสบความสำเร็จในการโน้มน้าวพฤติกรรมของนักลงทุนหรือผู้บริโภค มาตรการในลักษณะเดียวกันก็มักจะถูกนำไปปรับใช้ในรัฐอื่น ๆ ต่อไป ดังปรากฏให้เห็นในเรื่องของการขึ้นภาษีเครื่องดื่มที่มีรสหวานจากน้ำตาลในหลาย ๆ รัฐ

ทั้งนี้ ไม่อาจปฏิเสธว่าการที่บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่เข้ามามีบทบาทในตลาดอาหารของรัฐต่าง ๆ เพิ่มขึ้นย่อมส่งผลไม่มากนักต่อการกำหนดนโยบายและการออกมาตรการต่าง ๆ ของแต่ละรัฐ⁷⁷ เนื่องจากบริษัทข้ามชาติเหล่านี้ย่อมมีความประสงค์ที่จะให้รัฐต่าง ๆ ออกมาตรการทางกฎหมายมาควบคุมหรือแทรกแซงการประกอบกิจการของตนให้น้อยที่สุด⁷⁸ เพื่อรักษายอดขายสินค้า ลดต้นทุนที่อาจเกิดขึ้นจากมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐกำหนดให้จำต้องดำเนินการ หรือลดความยุ่งยากในเรื่องของการดำเนินการที่อาจเกิดขึ้นได้จากเหตุที่มาตราการทางกฎหมายของแต่ละรัฐที่ตนเข้าไปดำเนินธุรกิจ มีความแตกต่างกันมาก ส่งผลให้ต้องปรับเปลี่ยนกระบวนการผลิต การนำเสนอหรือการจัดจำหน่ายสินค้าให้สอดคล้องกับกฎหมายของแต่ละประเทศ ส่งผลให้การลดต้นทุนตามหลักการประหยัดของขนาดเป็นไปได้หรือไม่หรือมีอุปสรรคมากขึ้น ในทางกลับกัน การกระจุกตัวของอุตสาหกรรมอาหารในมือของผู้เล่นน้อยราย ก็อาจจะส่งผลดีในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ เพราะการออกกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายกับผู้ประกอบการน้อยรายอย่างเหมาะสมเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมบริโภคของผู้บริโภคจะทำได้ตรงจุดและรวดเร็วกว่า⁷⁹

นอกเหนือจากความพยายามในการออกและบังคับใช้นโยบายและกฎหมายเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่มในระดับประเทศแล้ว ในระดับระหว่างประเทศ ก็มีความพยายามที่จะกำหนดแนวนโยบายและมาตรฐานต่าง ๆ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยองค์กรที่มีหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวโดยตรงและมีบทบาทสำคัญเด่นชัดที่สุดคือองค์การอนามัยโลก (World Health Organization – WHO) ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่ง

⁷⁶ Marcelo Campbell (เชิงอรรถ 60) 785-788.

⁷⁷ Penelope Milsom and others (เชิงอรรถ 56) 6.

⁷⁸ Sharon Friel and others (เชิงอรรถ 54) 4.

⁷⁹ Corinna Hawkes (เชิงอรรถ 53) 362-363.

ของสหประชาชาติ (United Nations – UN) ที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1948⁸⁰ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญคือ การทำให้ทุกคนมีสุขภาพที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁸¹

รายงานและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปเหล่านี้ จะมีประโยชน์ไม่มากนักน้อยต่อการกำหนดนโยบายหรือดำเนินมาตรการทางกฎหมายภายในประเทศ ของแต่ละรัฐ⁸² โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่มีความสามารถในการทำการวิจัย ปัญหาและทางแก้ปัญหาได้ด้วยตนเอง⁸³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเอกสารดังกล่าวประกอบด้วยข้อมูลที่ ชัดเจนทั้งในส่วนของภาวะวิเคราะห์หลักฐานข้อมูลที่เป็นอยู่จริง เช่น ข้อมูลทางการแพทย์ว่าสารอาหาร ประเภทนี้หากบริโภคในปริมาณที่มากจนเกินไปจะมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพอย่างไรบ้าง ผลสำรวจเชิงสถิติว่ามาตรการที่รัฐเคยมีการออกมาเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนก่อให้เกิด ผลกระทบในทางปฏิบัติอย่างไรบ้าง และส่วนที่เป็นข้อเสนอเชิงนโยบายว่ารัฐที่มีข้อกังวลหรือสนใจที่จะ จัดการกับปัญหาลักษณะใดลักษณะหนึ่ง มีทางเลือกหรือควรดำเนินมาตรการอย่างไรบ้างทั้งในภาพรวม และในเชิงรายละเอียดเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว⁸⁴ ในอีกมุมหนึ่งเอกสารที่มีความเป็นระหว่างประเทศ เหล่านี้ก็ควรคำนึงถึงความหลากหลายและบริบทของแต่ละรัฐที่อาจจะแตกต่างกัน ส่งผลให้มาตรการ ต่าง ๆ ของรัฐไม่จำเป็นที่จะต้องเหมือนกันทั้งหมด ดังนั้นเนื้อความในเอกสารควรจะเขียนให้มีความยืดหยุ่นในระดับที่เหมาะสม หรืออาจไม่เขียนในทำนองที่ระบุว่าข้อเสนอแนะในเอกสารดังกล่าว เป็นทางเลือกเพียงทางเดียวที่เป็นไปได้ เนื่องจากการนำเสนอถ้อยคำในลักษณะที่เป็นการกำหนด มาตรฐานเพียงหนึ่งเดียวขึ้นมา อาจทำให้ตีความไปได้ว่า ในกรณีที่รัฐกำหนดมาตรการบางอย่างที่ไม่ เป็นไปตามข้อเสนอ เท่ากับรัฐกำลังกระทำการบางอย่างที่ไม่เหมาะสม⁸⁵

นอกจากนี้เอกสารต่าง ๆ ที่มีความเป็นสากลดังกล่าว ยังอาจมีประโยชน์ต่อการสูดคิดในชั้นของ กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะในกรณีของการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนด้วย ดังที่ปรากฏตัวอย่างในหลาย ๆ กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างถึงมาตรฐานบางประการที่ได้รับการ ยอมรับเป็นการทั่วไปและรัฐผู้รับการลงทุนได้นำไปปฏิบัติตามว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ที่สำคัญว่ามาตรการ ของรัฐเป็นการดำเนินการโดยมีเหตุผลรองรับ ไม่ได้กระทำตามอำเภอใจ และมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์ สาธารณะคือการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนอย่างแท้จริง

⁸⁰ <<https://www.who.int/about>> สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2566.

⁸¹ Constitution of the World Health Organization art 1.

⁸² Phillip Baker, Adrian Kay, and Helen Walls (เชิงอรรถ 55) 15.

⁸³ Anita George (เชิงอรรถ 70) 525.

⁸⁴ Margherita Melillo, 'Evidentiary Issues in Philip Morris v Uruguay: The Role of the Framework Convention for Tobacco Control and Lessons for NCD Prevention' (2020) 21 Journal of World Investment and Trade 724, 750.

⁸⁵ Kelly Garton, Anne Marie Thow, and Boyd Swinburn, 'International Trade and Investment Agreements as Barriers to Food Environment Regulation for Public Health Nutrition: A Realist Review' (2020) International Journal of Health Policy and Management 1, 13.

ประเทศไทยเองก็มีการออกและบังคับใช้กฎหมาย ระเบียบ และมาตรการจำนวนมาก ในการกำกับดูแลคุณภาพและความปลอดภัยด้านอาหาร โดยมีกฎหมายหลักที่มีความเกี่ยวพันโดยตรง คือพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการกำหนดคุณภาพและมาตรฐานของอาหาร กำหนดอัตราส่วนของวัตถุที่ใช้เป็นส่วนผสมอาหาร กำหนดเงื่อนไข การใช้วัตถุเจือปนในอาหาร กำหนดวิธีการผลิตและวิธีการเก็บรักษาอาหาร⁸⁶ และให้มีคณะกรรมการอาหาร⁸⁷ ทำหน้าที่ให้คำแนะนำและความเห็นแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการดำเนินการดังกล่าว และแก่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาในการออกใบอนุญาตการตั้งโรงงานผลิตอาหาร และการนำเข้าอาหาร⁸⁸ รวมถึงพระราชบัญญัติคณะกรรมการอาหารแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดให้มีคณะกรรมการอาหารแห่งชาติ⁸⁹ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เสนอนโยบายและยุทธศาสตร์ด้านคุณภาพอาหาร ความปลอดภัยด้านอาหาร ความมั่นคงด้านอาหาร และอาหารศึกษา และให้ความเห็นรวมถึงข้อเสนอแนะ แก่หน่วยงานต่าง ๆ ในการดำเนินการดังกล่าว⁹⁰ และยังมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับอาหาร เช่น พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 พระราชบัญญัติการฆ่าและจำหน่ายเนื้อสัตว์ พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าเกษตร พ.ศ. 2551 ที่ใช้ในการกำกับดูแลกระบวนการผลิตอาหาร ในระดับต้นน้ำ พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิต การแปรรูป การนำเข้า การบริการและการจัดเก็บอาหาร และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายและการโฆษณาผลิตภัณฑ์อาหาร เป็นต้น⁹¹ ซึ่งกฎหมายและ มาตรการที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยด้านอาหารเหล่านี้ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสุขภาพหรือสุขอนามัย ของประชาชนแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อปัจจัยด้านเศรษฐกิจของไทยในฐานะ ผู้ส่งออกอาหารรายใหญ่อีกด้วย เนื่องจากความปลอดภัยด้านอาหารมักถูกใช้เป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการนำเข้าและส่งออกอาหาร⁹²

ที่ผ่านมา มาตรการเกี่ยวกับคุณภาพและความปลอดภัยด้านอาหารของไทยเคยถูก วิพากษ์วิจารณ์ และมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอยู่บ้างในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบขององค์การ การค้าโลก (World Trade Organization – WTO) เช่น ข้อเสนอของไทยในปี พ.ศ. 2549 ที่จะให้มีการติดฉลากอาหารไฟจราจรบริเวณด้านหน้าของบรรจุภัณฑ์ขนมทานเล่น⁹³ โดยนำสัญลักษณ์สีแดง เหลือง เขียว มาใช้ในการสื่อสารเกี่ยวกับข้อมูลสารอาหารที่มีความเสี่ยงต่อสุขภาพอันอาจเกิดขึ้นจาก การรับประทานผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ โดยสีแดงหมายถึงควรหลีกเลี่ยง สีเหลืองหมายถึงควรควบคุม และ สีเขียวหมายถึงมีปริมาณสารอาหารที่เหมาะสม (แต่ทั้งนี้ก็ไม่ควรรับประทานผลิตภัณฑ์ดังกล่าวมากขึ้น

⁸⁶ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 6.

⁸⁷ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 7.

⁸⁸ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 8, 14 และ 15.

⁸⁹ พระราชบัญญัติคณะกรรมการอาหารแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มาตรา 4.

⁹⁰ พระราชบัญญัติคณะกรรมการอาหารแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มาตรา 10.

⁹¹ สาคร ศรีมุข, ความปลอดภัยด้านอาหารของประเทศไทย (สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2564) 7-8.

⁹² เฟิงอ่าง 6.

⁹³ Sharon Friel and others (เชิงอรธ 54) 4.

เกินไป)⁹⁴ เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถตัดสินใจได้ง่ายขึ้นเมื่อเทียบกับฉลากอาหารที่มีเพียงตัวอักษรอธิบาย ข้อมูลด้านโภชนาการที่ประชาชนทั่วไปเข้าใจได้ยาก ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวถูกทักท้วงโดยสหรัฐอเมริกา และประเทศอื่น ๆ ผ่านคณะกรรมการว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade – TBT) ของ WTO ว่าขัดต่อความตกลง TBT⁹⁵ ส่งผลให้มาตรการของไทยว่าด้วยฉลาก สารอาหารถูกชะลอออกไป ในท้ายที่สุด เมื่อมาตรการฉลากอาหารของไทยได้ออกมาและมีผลบังคับใช้ ในปี พ.ศ. 2556 ก็มีลักษณะที่เปลี่ยนไปจากความตั้งใจเดิมอย่างมากจนน่าจะกระทบต่อประสิทธิภาพ ของมาตรการอย่างมีนัยสำคัญ⁹⁶ รวมถึงข้อเสนอในปี พ.ศ. 2553 ของประเทศไทยที่จะติดฉลากเตือน อันตรายต่อสุขภาพบนเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งมีข้อมูลบนฉลากประกอบด้วยคำเตือนและรูปภาพ เกี่ยวกับความเสี่ยงที่เกี่ยวกับผลกระทบจากการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เช่น ความรุนแรงในครอบครัว และการฆ่าตัวตาย⁹⁷ ซึ่งถูกตั้งคำถามโดยประเทศผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่สำคัญ เช่น ประเทศ สมาชิกของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ซิลี และเม็กซิโก ว่าขัดกับความตกลง TBT หรือไม่⁹⁸ จนในที่สุดประเทศไทยต้องปรับเปลี่ยนนโยบายและกำหนดข้อจำกัดเพียงห้ามมิให้ใช้ วิธีการโฆษณาผลิตภัณฑ์เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในบางลักษณะเท่านั้น เช่น การโฆษณาเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์ที่เกี่ยวกับการกีฬา การสนทนา การการกุศล การห้ามใช้ถ้อยคำหรือรูปภาพบางอย่าง ประกอบการโฆษณา โดยมีผลบังคับใช้ใน พ.ศ. 2558⁹⁹

จากกรณีตัวอย่างของประเทศไทย อาจสรุปได้ว่ามาตรการด้านอาหารเพื่อประโยชน์ต่อ สุขภาพของประชาชนอาจจะถูกโต้แย้งในระดับระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ เช่น มาตรการด้านภาษีหรือข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้า และ มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์ หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์อาหาร โดยการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับฉลากและลักษณะของบรรจุภัณฑ์ เป็นต้น¹⁰⁰ อย่างไรก็ดี ณ ปัจจุบัน ยังไม่พบว่ามาตรการด้านอาหารของประเทศไทยเคยหรือมีแนวโน้มว่าจะถูกโต้แย้งและฟ้องเป็นคดีต่อ อนุญาโตตุลาการว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุน ระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่ามาตรการในลักษณะดังกล่าวจะไม่มีโอกาส ก่อให้เกิดข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนเลย ดังปรากฏตัวอย่างว่ามีนักวิชาการบางท่านได้วิเคราะห์ มาตรการของไทยว่าด้วยการควบคุมการประชาสัมพันธ์ของกิจการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ว่ามีความเสี่ยง ที่จะเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุนหรือไม่ อย่างไร¹⁰¹

⁹⁴ พชร แก้วกล้า, “มารู้จัก ฉลากอาหาร ‘ไฟจราจร,’” (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค) <<https://www.consumerthai.org/campaign/menutrafficlightlabelling/3950-trafficlightlabelling.html>> สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2566.

⁹⁵ Sharon Friel and others (เชิงอรรถ 54) 4; Kelly Garton, Anne Marie Thow, and Boyd Swinburn (เชิงอรรถ 85) 8.

⁹⁶ Penelope Milsom and others (เชิงอรรถ 56) 8.

⁹⁷ Andrew D. Mitchell and Paula O’Brien (เชิงอรรถ 20) 675.

⁹⁸ เฟิงอ้าง 678.

⁹⁹ เฟิงอ้าง 677.

¹⁰⁰ Andrew D. Mitchell and Elizabeth A. Sheargold (เชิงอรรถ 51) 81.

¹⁰¹ ดู Andrew D. Mitchell and Paula O’Brien (เชิงอรรถ 20) 682-697.

3.3 ข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการการลงทุนเกี่ยวกับอาหารและเครื่องดื่ม

ที่ผ่านมา เคยมีคดีข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับอาหาร เกิดขึ้นจำนวนหนึ่ง ทั้งนี้จากการตรวจสอบฐานข้อมูล UNCTAD Investment Policy Hub¹⁰² พบว่า ฐานข้อมูลดังกล่าวมีการจัดแบ่งข้อมูลลักษณะของคดีที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหาร (food products) และเครื่องดื่ม (beverages) ทั้งที่อยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาและสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาแล้ว (ไม่ว่าจะด้วยเหตุมีคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทตกลงกันได้ หรือมีการขอให้ถอนคดี) ใน 3 ลักษณะตามประเภทของการลงทุน ได้แก่ (1) การลงทุนขั้นปฐมภูมิ (primary) หรือต้นน้ำ อันเกี่ยวกับกิจการผลิตวัตถุดิบขั้นต้น ประกอบด้วยเกษตรกรรมและการประมง (agriculture and fishing) (2) การลงทุนขั้นทุติยภูมิ (secondary) หรือกลางน้ำ อันเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการผลิต ประกอบด้วยการผลิตอาหารและเครื่องดื่ม (manufacture of food products and beverage) และ (3) การลงทุนขั้นตติยภูมิ (tertiary) หรือปลายน้ำ อันเกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีปฏิสัมพันธ์กับผู้บริโภคโดยตรง ประกอบด้วยการให้บริการด้านอาหารและเครื่องดื่ม (food and beverage service activities)¹⁰³

จากการพิจารณาข้อมูลดังกล่าวสามารถสรุปได้ในเบื้องต้นว่าข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนเกี่ยวกับอาหารและเครื่องดื่มส่วนใหญ่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับมาตรการของรัฐที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนเลยแต่อย่างใด โดยมักเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการเวนคืนโดยตรงหรือการเข้ายึดกิจการของนักลงทุนโดยรัฐ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือคำรับรองที่รัฐได้ให้ไว้ต่อนักลงทุน และการจำกัดการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าในลักษณะของการกำหนดโควตา

หากจะมีข้อพิพาทที่อาจพิจารณาได้ว่ามีลักษณะเกี่ยวข้องกับสุขภาพของประชาชนบ้างก็จะมีเฉพาะในส่วนข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนของสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโก ที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่เม็กซิโกขึ้นภาษีเครื่องดื่มน้ำตาลที่มีส่วนผสมของสารให้ความหวานที่ไม่ได้ทำจากอ้อย ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2002 ส่งผลให้ผู้เรียกร้องซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันซึ่งผลิตน้ำตาลฟรุคโตสจากข้าวโพดได้รับผลกระทบต้องปิดโรงงานและลดขนาดกิจการในเม็กซิโกไกล เนื่องจากผู้ผลิตน้ำตาลผสมเปลี่ยนไปใช้สารให้ความหวานที่ทำจากอ้อย ดังปรากฏในคดี *Archer Daniels v. Mexico*¹⁰⁴ *Corn Products v. Mexico*¹⁰⁵ และ *Cargill v. Mexico*¹⁰⁶ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีจะพบว่า เม็กซิโกไม่ได้บังคับใช้มาตรการดังกล่าวด้วยเหตุผลด้านสุขภาพ โดยเม็กซิโกให้เหตุผลต่อผู้คดีโดยตรงไปตรงมาว่าการขึ้นภาษีเป็นมาตรการตอบโต้การทำผิดพันธกรณี NAFTA ของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสหรัฐอเมริกาจำกัดการส่งออกน้ำตาลที่ผลิตในเม็กซิโกไปยังสหรัฐอเมริกาในช่วงเวลา

¹⁰² <<https://investmentpolicy.unctad.org/>> สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2566.

¹⁰³ <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2566.

¹⁰⁴ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5.

¹⁰⁵ *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1.

¹⁰⁶ *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2.

ก่อนหน้า¹⁰⁷ และอีกข้อพิพาทหนึ่งคือข้อพิพาทในคดี *Canadian Cattlemen v. U.S.A.*¹⁰⁸ ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การที่สหรัฐอเมริกา มีมาตรการห้ามนำเข้าวัวจากแคนาดาในช่วงปี ค.ศ. 2003-2005 ซึ่งเกิดขึ้นภายหลัง จากการตรวจพบเชื้อ Bovine Spongiform Encephalopathy (BSE) หรือเชื้อวัวบ้าในรัฐอัลเบอร์ตา ประเทศแคนาดา¹⁰⁹ อย่างไรก็ตาม ภายใต้อธิปไตยของสหรัฐอเมริกา ตัดสินว่าตนไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว เนื่องจากข้อพิพาทมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางการค้าที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดการนำเข้า และผู้เรียกร้องไม่ได้มีการลงทุนใด ๆ ภายในดินแดนของสหรัฐอเมริกา¹¹⁰

ข้อสรุปดังกล่าวสอดคล้องกับงานวิชาการที่อธิบายว่าไม่เคยมีข้อพิพาทการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการด้านคุณภาพและความปลอดภัยของอาหารเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ อย่างเป็นทางการเลย¹¹¹ อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ว่าอาจจะมีข้อพิพาทการลงทุนในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นได้ในอนาคต เช่น กรณีการบังคับใช้ฉลากบนขวดเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ซึ่งเคยมีผู้ศึกษาว่าจะมีผลเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรฐาน FET และการเวนคืนหรือไม่¹¹² หรือรายงานข่าวว่าบริษัทผู้ผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ซีเรียลสำหรับเด็กชูว่าจจะฟ้องเม็กซิโก เป็นคดีอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญา USMCA (US-Mexico-Canada Free Trade Agreement) เพื่อโต้แย้งมาตรการของเม็กซิโกที่มีขึ้นในปี ค.ศ. 2020 ที่ห้ามมิให้มีการใช้ตัวการ์ตูน ตัวละครสำหรับเด็ก หรือรูปภาพอื่นใดที่ออกแบบมาเพื่อดึงดูดให้เด็กบริโภคผลิตภัณฑ์ดังกล่าว¹¹³

ถึงแม้ว่านับจนถึงปัจจุบันจะยังไม่มีคดีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยสนธิสัญญาของมาตรการของรัฐด้านคุณภาพและความปลอดภัยของอาหารเลยก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่ว่าผู้มีส่วนร่วมของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจะไม่สามารถเรียนรู้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องและวิเคราะห์บทเรียนจากคำชี้ขาดในคดีข้อพิพาทอื่น ๆ ได้เลย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำชี้ขาดในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับสุขภาพของประชาชนอันเกิดจากการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับสารเคมีหรือผลิตภัณฑ์ที่มีผลเสียต่อสุขภาพ¹¹⁴

ทั้งนี้ แม้จะเป็นที่เข้าใจเป็นการทั่วไปว่าระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ในปัจจุบันไม่ยอมรับหลักกฎหมายว่าด้วยความมีผลผูกพันของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี

¹⁰⁷ *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008, paras 1-6.

¹⁰⁸ *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008.

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง para 3.

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง para 169.

¹¹¹ Kelly Garton, Anne Marie Thow, and Boyd Swinburn (เชิงอรรถ 85) 8; Margherita Melillo (เชิงอรรถ 84) 726.

¹¹² Andrew D. Mitchell and Paula O'Brien (เชิงอรรถ 20) 682-697.

¹¹³ Nora Mardirossian and Lise Johnson, 'Children's Cereal Company v. Mexico & the Corporate Use of Investor-State Dispute Settlement to Influence Policymaking' (Columbia Center for Sustainable Investment, 30 November 2021) <<https://ccsi.columbia.edu/news/childrens-cereal-company-v-mexico-corporate-use-investor-state-dispute-settlement-influence>> สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2566.

¹¹⁴ ดู เชิงอรรถ 119-121.

ก่อน ๆ¹¹⁵ (precedent หรือ *stare decisis*¹¹⁶) อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติพบว่านับตั้งแต่ช่วงปลายทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา คณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ได้อ้างถึงคำชี้ขาดในคดีอื่น ๆ ประกอบการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีของตน ซึ่งเป็นผลมาจากการที่คำชี้ขาดมีจำนวนเยอะขึ้นเรื่อย ๆ และคู่ความมักจะกล่าวอ้างถึงคำชี้ขาดในคดีก่อน ๆ เพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนอยู่เสมอ¹¹⁷ ส่งผลให้แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมีความสอดคล้องกันมากขึ้น (*jurisprudence constante*)¹¹⁸ ในลักษณะที่เหตุผลที่ได้รับการยอมรับในคำชี้ขาดฉบับก่อนหน้าถูกนำมาใช้สนับสนุนความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีหลัง หรือสามารถโน้มน้าวให้เห็นพ้องต้องกันจนกระทั่งคำชี้ขาดในคดีต่อ ๆ มาตัดสินไปในทางเดียวกันได้ แม้จะไม่ได้มีสภาพบังคับให้ต้องตัดสินเหมือนกันก็ตาม

การศึกษาคำชี้ขาดในคดีก่อน ๆ ที่คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาเรื่องเหล่านี้ในรายละเอียดจึงมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจประเด็นที่สำคัญต่อการวินิจฉัยข้อพิพาทในทำนองเดียวกันที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เพื่อประโยชน์ต่อการใช้เป็นแนวทางในการกำหนดนโยบาย การออกแบบ และการบังคับใช้มาตรการเพื่อสุขภาพของหน่วยงานรัฐ เพื่อลดความเสี่ยงที่มาตรการดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลต่อแนวโน้มการฟ้องคดีของนักลงทุน และยังเป็นประโยชน์ในแง่ของการเตรียมพยานหลักฐานและข้อมูลที่สำคัญไว้ล่วงหน้าเพื่อเตรียมพร้อมสำหรับการต่อสู้คดีที่อาจจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่มาตรการมีผลใช้บังคับแล้ว นอกจากนี้ หากผู้มีส่วนร่วมเห็นว่าเป็นแนวทางพิจารณาที่ดี ไม่ว่าจะเป็นส่วนของการขังน้ำหนักพยานหลักฐานหรือหลักกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการนำมาปรับใช้ไม่ถูกต้อง ก็สามารถที่จะวิพากษ์วิจารณ์ความไม่ถูกต้องดังกล่าวได้อย่างมีเหตุและผล เพื่อผลักดันให้มีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในคดีอื่น ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

คดีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนที่มักได้รับการกล่าวถึงซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นคดีสำคัญและน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจหลักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ และกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับมาตรการของรัฐเพื่อสุขภาพของประชาชน ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุน และมีการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการว่ามาตรการของรัฐเป็นการฝ่าฝืนมาตรการคุ้มครอง FET และมาตรฐานการเวนคืนหรือไม่ ประกอบด้วยคดี *Methanex*

¹¹⁵ การที่คำตัดสินในคดีก่อนหน้าจะไม่มีผลผูกพันคำพิพากษาในเรื่องเดียวในคดีถัดไป เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะป็นศาลระหว่างประเทศ หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดู James Crawford, *Brownlie's Principles of International Law* (8 ed, Oxford University Press, 2012) 71.

¹¹⁶ เป็นภาษิตกฎหมายภาษาละตินซึ่งมีความหมายว่า "to stand by things decided" ซึ่งอาจเรียกว่า "หลัก precedent" ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายว่า "a court must follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation" ดู Black's Law Dictionary.

¹¹⁷ Robert C. Chen, 'Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration' (2019) 60(1) *Harvard International Law Journal* 47, 48.

¹¹⁸ เป็นภาษิตกฎหมายภาษาละตินซึ่งมีความหมายว่า "a court should give great weight to a rule of law that is accepted and applied in a long line of cases, and should not overrule or modify its own decisions unless clear error is shown and injustice will arise from continuation of a particular rule of law." ซึ่งมีลักษณะต่างจากกรณีของ *stare decisis* ตรงที่ว่าหลัก *jurisprudence constante* "does not command strict adherence to a legal principle applied on one occasion in the past." ดู Black's Law Dictionary.

v. U.S.A.¹¹⁹ *Chemtura v. Canada*¹²⁰ และ *Philip Morris v. Uruguay*¹²¹ โดยทั้งสามคดีดังกล่าว มีประเด็นพิพาทสำคัญว่ามาตรการของรัฐที่พิพาทเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผล (reasonable) หรือไม่ อันส่งผลให้มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่ออกมาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะดังที่ รัฐกล่าวอ้างหรือไม่ จะสามารถแก้ปัญหาความเสี่ยงที่จะหรืออาจจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพประชาชน ได้หรือไม่ รวมถึงเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพและได้สัดส่วนกับผลเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหรือไม่ ซึ่งคำตอบของคำถามเหล่านี้ ล้วนตั้งอยู่บนการพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่รัฐนำมาใช้เป็นฐาน ในการพิจารณากำหนดนโยบายและบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ว่ารัฐได้กระทำไปโดยมีหลักฐานหรือ ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เหมาะสมรองรับ และได้ผ่านการพิจารณารวมถึงการชั่งน้ำหนักความเสี่ยงหรือ ปัจจัยที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ อย่างที่พึงกระทำแล้วหรือไม่¹²²

การพิจารณาพยานหลักฐานว่าด้วยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ประกอบการตัดสินใจของรัฐ ในการออกมาตรการต่าง ๆ เป็นประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ส่งผลต่อการพิจารณาความชอบ ด้วยกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศของมาตรการเพื่อสุขภาพดังกล่าว ซึ่งโดยทั่วไป รัฐจะเป็นฝ่ายที่ มีภาระในการพิสูจน์ว่ามาตรการทางกฎหมายของตนเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (สุขภาพของ ประชาชน) โดยแท้จริง มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้เลือกปฏิบัติ และดำเนินการออกและบังคับใช้ มาตรการโดยชอบ ตามหลัก police powers ดังนั้นการนำเสนอพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ทั้งใน เชิงปริมาณและเชิงคุณภาพจะมีความสำคัญต่อการพิสูจน์ถึง 1) ความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยเสี่ยงที่รัฐ ต้องการกำกับดูแลและอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน 2) กระบวนการในการพัฒนาหรือกำหนด รูปแบบของมาตรการ 3) การพิจารณาเนื้อหาของมาตรการดังกล่าว โดยเฉพาะในประเด็นด้าน ประสิทธิภาพของมาตรการที่สามารถนำมาใช้ได้แต่ละตัวเลือก และ 4) การนำแนวความคิดที่เกิดจาก กระบวนการพิจารณาดังกล่าวไปใช้ให้เกิดผลสัมฤทธิ์ในทางปฏิบัติ¹²³

¹¹⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005. (“*Methanex v. U.S.A.*”).

¹²⁰ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 2 August 2010. (“*Chemtura v. Canada*”).

¹²¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016. (“*Philip Morris v. Uruguay*”).

¹²² ผู้เขียนได้ทำการสรุปและวิเคราะห์คดี *Methanex v. U.S.A.* คดี *Chemtura v. Canada* และคดี *Philip Morris v. Uruguay* โดยละเอียดในงานวิจัยเรื่อง “ผลกระทบของความตกลงการค้าเสรี : ศึกษากรณีการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุน และรัฐเกี่ยวกับการลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม” แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านความยาวของบทความชิ้นนี้ จึงไม่ได้นำเสนอหา ในส่วนดังกล่าวมาใส่ไว้ในบทความด้วย หากผู้อ่านต้องการศึกษาคดีทั้งสามในรายละเอียด สามารถดูได้จากบทที่ 5 ของงานวิจัย ฉบับเต็ม.

¹²³ Tania Voon, ‘Evidentiary Challenges for Public Health Regulation in International Trade and Investment Law’ (2015) 18(4) *Journal of International Economic Law* 795, 805.

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ทรัพยากรมนุษย์เป็นทุนที่สำคัญที่สุดสำหรับการพัฒนาประเทศทั้งในทางสังคมและเศรษฐกิจ การปกป้องและส่งเสริมสุขภาพของประชาชนจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญของการประกันการเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน ดังนั้นรัฐจึงมีภารกิจสำคัญที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าประชาชนในประเทศของตนมีสุขภาพที่ดี ปราศจากโรคต่าง ๆ ทั้งโรคติดต่อและโรคไม่ติดต่อ เพื่อป้องกันปัญหาการขาดแคลนแรงงานที่มีคุณภาพ รวมถึงปัญหาภาระด้านงบประมาณสาธารณสุขที่อาจพุ่งสูงขึ้นเกินสมควรหากจัดการปัญหาดังกล่าวได้ไม่ดีพอ ด้วยเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าว รัฐจึงพึงมีสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยของตนเพื่อกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นภายในรัฐ (right to regulate) และอาจกล่าวเลยไปได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นหน้าที่หรือความรับผิดชอบของรัฐที่มีต่อประชาชนของตนที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าวเสียด้วยซ้ำ¹²⁴ ด้วยเหตุที่การบริโภคอาหารและเครื่องดื่มเป็นปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ มาตรการกำกับดูแลของรัฐที่ส่งผลเป็นการแทรกแซงการลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม ไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางภาษีสศนการด้านฉลาก และมาตรการควบคุมการโฆษณาผลิตภัณฑ์จึงเป็นสิ่งจำเป็น

ในทางกลับกัน การเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนและครอบคลุม (sustainable and inclusive economic growth) ก็เป็นเงื่อนไขสำคัญของสุขภาพที่ดีของประชาชน เพราะจะส่งผลให้ประชาชนมีความสามารถในการเข้าถึงทรัพยากรที่เป็นประโยชน์ต่อสุขภาพของตนได้มากยิ่งขึ้น เป้าหมายของรัฐที่จะเพิ่มความสามารถแข่งขันในทางเศรษฐกิจและส่งเสริมสุขภาพของประชาชนจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด¹²⁵ การปรับใช้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศโดยผู้มีส่วนร่วมเพื่อตรวจสอบและควบคุมการดำเนินมาตรการด้านอาหารและเครื่องดื่มของรัฐจึงต้องคำนึงถึงและชั่งน้ำหนักคุณค่า (values) ที่เกี่ยวข้องอย่างรอบด้าน เพื่อให้การลงทุนในอุตสาหกรรมอาหารและเครื่องดื่มที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมได้รับการสนับสนุนผ่านการประกันความคุ้มครองตามสนธิสัญญาการลงทุน และในอีกทางหนึ่งเพื่อไม่ให้สนธิสัญญาการลงทุนกลายเป็นอุปสรรคต่อการออกและบังคับใช้มาตรการของรัฐที่นำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้นจากการที่รัฐถูกฟ้องหรือได้รับการชู้ว่า จะถูกฟ้องเป็นคดีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน อันจะส่งผลให้รัฐไม่สามารถทำการตัดสินใจเชิงนโยบายบนพื้นฐานของความเหมาะสมของมาตรการเท่านั้น แต่ยังคงคำนึงปัจจัยความเสี่ยงภายนอกอันเกิดจากการถูกฟ้องคดีด้วย และด้วยเหตุที่ปริมาณทรัพยากรที่ต้องใช้ในการต่อสู้คดีลักษณะดังกล่าวค่อนข้างสูง¹²⁶ จึงมีความเป็นไปได้ว่าความเสี่ยงในการถูกฟ้องคดีจะเป็นปัจจัยสำคัญที่

¹²⁴ Valentina Vadi, *Public Health in International Investment Law and Arbitration* (Routledge, 2013) 28.

¹²⁵ เฟ็งอ่าง 39-42.

¹²⁶ ดู Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hřčka, '2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration' (BIICL & Allen & Overy, 2021) <https://www.biicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration.pdf> สืบค้นเมื่อ 23 ตุลาคม 2566; Matthew Hodgson, Lucia Raimanová, and Daniel Hřčka, '2022 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration in the CEE Region' (Allen & Overy, 2022) <https://www.allenoverly.com/global/-/media/allenoverly/2_documents/news_and_

ทำให้รัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของประเทศกำลังพัฒนา¹²⁷ เลื่อน ล้มเลิก ปรับเปลี่ยน หรือล้มเลิกที่จะออกมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างที่พึงกระทำ (regulatory chill)¹²⁸

ในกรณีที่ผู้มีส่วนร่วมนองว่าระบบการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนเป็นปัญหา ก็พึงต้องแยกพิจารณาสาเหตุของปัญหาเป็นสองส่วน คือ ส่วนของเครื่องมือหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุน (ISDS) ซึ่งปัจจุบันใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก และส่วนของมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนว่ามีปัญหาหรือไม่อย่างไร

ระบบการระงับข้อพิพาทการลงทุนในปัจจุบัน เป็นระบบการระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนสามารถฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนได้โดยตรงหากนักลงทุนเห็นว่ารัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่เปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐได้โดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ เช่น ข้อพิพาทว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีเนื้อหาขัดกับหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญหรือไม่โดยศาลรัฐธรรมนูญ ข้อพิพาทว่าการกระทำของฝ่ายบริหารขัดกับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้นหรือไม่โดยศาลปกครอง หรือข้อพิพาทว่ารัฐได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่โดยศาลสิทธิมนุษยชน

ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ การมอบหมายให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจรัฐเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นปกติ โดยมีลักษณะเป็นการที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลหรือผู้ปกครอง (ตัวการ) มอบอำนาจให้แก่องค์กรตุลาการ (ตัวแทน) ใช้ดุลพินิจปรับใช้และตีความกฎหมายที่ตัวการสร้างขึ้นมา เพื่อให้กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างที่ควรจะเป็นตามวัตถุประสงค์ของผู้ร่างกฎหมาย ในระบบดังกล่าว องค์กรตุลาการจึงไม่ได้ถูกคาดหวังให้ทำหน้าที่เป็นเพียงองค์กรระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นคดี ๆ ไปเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่สำคัญอีกประการคือการอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายที่เขียนไว้อย่างกว้าง ๆ ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นผ่านการตัดสินคดีและปรับใช้

insights/publications/2022/04/2022_empirical_study_-_cee_costs.pdf?rev=6d0a90852ee04f4aafb55e6db6160e73> สืบค้นเมื่อ 23 ตุลาคม 2566.

¹²⁷ Amandine Garde and Jure Zrilić (เชิงอรรถ 59) 668; Benjamin Hawkins and Chris Holden, 'A Corporate Veto on Health Policy? Global Constitutionalism and Investor-State Dispute Settlement' (2016) 41(5) *Journal of Health Politics, Policy and Law* 969, 979; Carolina Moehlecke, 'The Chilling Effect of International Investment Disputes: Limited Challenges to State Sovereignty' (2020) 64 *International Studies Quarterly* 1, 3.

¹²⁸ Kelly Garton, Anne Marie Thow, and Boyd Swinburn (เชิงอรรถ 85) 16; Penelope Milsom and others (เชิงอรรถ 56) 2-3; Eric Crosbie and others, 'Advancing Progressive Health Policy to Reduce NCDs Amidst International Commercial Opposition: Tobacco Standardised Packaging in Australia' (2018) 13(12) *Global Public Health* 1753, 1754; Jane Kelsey, 'Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law' (2017) 17(2) *Queensland University of Technology Law Review* 21, 23; Kyla Tienhaara, 'Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science' in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* 606 (Chester Brown & Kate Miles eds, Oxford University Press, 2011) 610.



กฎหมายกับข้อเท็จจริงในสภาวะการณ์แวดล้อมที่มีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลา ซึ่งอาจมีความแตกต่างไปจากสถานการณ์เมื่อครั้งกฎหมายถูกร่างขึ้นมาในตอนแรกอย่างสิ้นเชิง ภายใต้บริบทนี้ อำนาจที่องค์กรตุลาการใช้ในความเป็นจริงจึงมีลักษณะเป็นอำนาจในการร่างกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ (judicial lawmaking) อยู่ในตัว อย่างไรก็ตาม การจะอธิบายว่าองค์กรตุลาการทำหน้าที่เป็น “ตัวแทน” ของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการนี้ก็จะไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากตัวแทนย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามความประสงค์ของตัวการโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ แต่ในกรณีดังกล่าวจะเห็นว่าองค์กรตุลาการไม่ได้ถูกคาดหวังให้ทำตามความประสงค์ของตัวการอย่างเด็ดขาดเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อองค์กรตุลาการได้รับมอบหมายให้ปรับใช้หลักกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างกว้างเพื่อเปิดโอกาสให้องค์กรตุลาการใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงและสภาวะการณ์แวดล้อมตามสมควร นักวิชาการบางท่านจึงอธิบายว่าองค์กรตุลาการในสถานการณ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็น “ผู้คุมกฎ” (trustee) ซึ่งมีอำนาจในการควบคุมกำกับดูแลตัวการด้วย โดยอ้างอิงอำนาจจาก “กฎหมาย” มิใช่ “ผู้ตรากฎหมาย”¹²⁹

เมื่อนำคำอธิบายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนตามสนธิสัญญา จะเห็นได้ว่ายิ่งบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนมีลักษณะเป็น “มาตรฐาน” (standard) ที่เขียนไว้ให้มีความหมายอย่างกว้างหรือคลุมเครือมากเท่าไร ก็ยิ่งเป็นการเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับมอบหมายจากภาคีของสนธิสัญญาให้ทำหน้าที่เป็นผู้คุมกฎสามารถใช้ดุลพินิจของตนในการประเมินความหมายและหาแนวทางการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวผ่านมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประเมินคุณค่าที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทแต่ละคดีได้มากขึ้นเท่านั้น¹³⁰ ซึ่งก็จะยิ่งเพิ่มความเป็นไปได้ที่คณะอนุญาโตตุลาการจะปรับใช้บทบัญญัติโดยไม่ตรงตามความประสงค์ของผู้ร่าง ณ เวลาที่ร่างสนธิสัญญา¹³¹ ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจถูกแก้ไขได้โดยการกำหนดให้ภาคีของสนธิสัญญาร่วมกันตั้งคณะกรรมการร่วมชุดหนึ่งเมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับ และให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจในการออกแนวทางการตีความร่วมกัน โดยแนวทางการตีความดังกล่าวจะมีผลผูกพันผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา ซึ่งรวมถึงคณะอนุญาโตตุลาการ¹³² หรือการร่างสัญญาให้มีความชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

อย่างไรก็ดี การร่างสนธิสัญญาให้มีความชัดเจนไม่ใช่สิ่งที่สามารถทำได้โดยง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่เจรจามีความเห็นไม่ตรงกัน เช่น ในการเจรจาสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้ส่งออกการลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน คู่เจรจาอาจจะมีความเห็นที่ต่างกันว่าควรจะมีบทบัญญัติ FET

¹²⁹ ดู Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law 72, 84-87.

¹³⁰ ผู้อ่านสามารถศึกษาข้อความคิดว่าด้วยลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายและการใช้ดุลพินิจของผู้ปรับใช้กฎหมายได้จาก W. Michael Reisman (เชิงอรรถ 32) 146-147; อำนาจ ตั้งศิริพินัน (เชิงอรรถ 2) 199-200.

¹³¹ W. Michael Reisman, 'Negotiating Investment Treaties: Mechanisms for Anticipating and Controlling Textual Drift' (Yale Law & Economics Research Paper No. 546, 2016) 1 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2789796> สืบค้นเมื่อ 23 ตุลาคม 2566.

¹³² ตัวอย่าง NAFTA art 1131; CPTPP art 27.2(2)(f); EUSIPA art 4.1(4)(f); EUVIPA art 4.1(4)(c).

หรือบทบัญญัติการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่ และหากคู่เจรจาตกลงกันให้บรรจบบทบัญญัติดังกล่าว ในสนธิสัญญา ก็คงเป็นการยากที่คู่เจรจาจะตกลงกันว่ามาตรฐาน FET และการเวนคืนโดยอ้อมควรมีความหมายว่าอย่างไร เนื่องจากรัฐผู้ส่งออกการลงทุนย่อมประสงค์ที่จะร่างบทบัญญัติดังกล่าวให้มีความหมายกว้างและครอบคลุมมาตรการต่าง ๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนมากที่สุด เพื่อเป็นการคุ้มครองนักลงทุนของตนที่มีแนวโน้มจะออกไปลงทุนในอีกรัฐหนึ่งมากกว่า ในขณะที่รัฐผู้รับการลงทุนย่อมไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าวเนื่องจากเกรงว่าสิทธิในการกำกับดูแลกิจการต่าง ๆ ภายในดินแดนของตนจะถูกแทรกแซงโดยผลบังคับใช้ของข้อบทในสนธิสัญญาการลงทุนมากจนเกินไป ซึ่งหากตกลงกันไม่ได้ สนธิสัญญาก็อาจจะไม่เกิดขึ้นเลย ดังนั้นในหลาย ๆ กรณี การร่างข้อความในสนธิสัญญาให้มีความกำกวมจึงเกิดจากความตั้งใจของคู่เจรจา (“constructive ambiguities”) ที่ไม่ต้องการให้ความเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการระบุข้อความบางอย่างกลายเป็นอุปสรรคที่ทำให้การเจรจาไม่บรรลุผล¹³³ อันอาจรวมถึงการแทนที่ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างถ้อยคำหนึ่งด้วยถ้อยคำที่มีความหมายกว้างอีกถ้อยคำหนึ่งที่อาจจะมีความกำกวมน้อยกว่า¹³⁴

ฉะนั้น การไม่ดำเนินการอะไรเลยและปล่อยให้มาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนถูกร่างไว้อย่างที่เคยปฏิบัติมาในอดีตก็คงจะไม่ใช่ทางเลือกที่รัฐต่าง ๆ รับผิดชอบได้ จึงปรากฏพัฒนาการในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาที่รัฐต่าง ๆ ถอดบทเรียนจากคดีอนุญาโตตุลาการการลงทุนที่เกิดขึ้นในอดีตว่าข้อบทมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนต่าง ๆ มีความไม่ชัดเจนในประเด็นใดมากเป็นพิเศษที่ส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการบางคณะปรับใช้กฎหมายในลักษณะที่ขัดกับความคาดหวังเชิงปทัศฐาน (normative expectation) ของรัฐและสังคมอย่างไม่อาจยอมรับได้ และดำเนินการอธิบายมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนต่าง ๆ ให้มีความชัดเจนขึ้นในการร่างสนธิสัญญาการลงทุนต้นแบบของแต่ละประเทศหรือในการเจรจาสนธิสัญญาฉบับใหม่¹³⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของมาตรฐาน FET ที่มีจะมีการผูกมาตรฐานดังกล่าวเข้ากับมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกำหนดลักษณะของมาตรการของรัฐที่ถือว่าการฝ่าฝืนมาตรฐาน FET ไว้อย่างเป็นรูปธรรม และมาตรฐานการเวนคืนที่มักจะมีการอธิบายความหมายของการเวนคืนโดยตรงและการเวนคืนโดยอ้อม การกำหนดปัจจัยที่พึงใช้ประกอบการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่พิพาทเป็นการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่ และการบัญญัติรับรองหลักกฎหมาย police powers ไว้เป็นหลายลักษณะอักษร รวมถึงการเพิ่มเติมบทบัญญัติรับรองการใช้สิทธิของรัฐในการกำกับดูแลไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญา เช่นเดียวกับบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐและการกำหนดหน้าที่ของนักลงทุน นอกจากนี้ เนื่องด้วยการตีความถ้อยคำที่ปรากฏ

¹³³ W. Michael Reisman (เชิงอรรถ 131) 5-6.

¹³⁴ Penelope Milsom and others (เชิงอรรถ 56) 13.

¹³⁵ Chiara Giorgetti, ‘Health and International Investment Law’ in *Research Handbook on Global Health Law* 164 (Gian Luca Burci & Brigit Toebe eds, Edward Elgar, 2018) 177-179; Bryan Mercurio, ‘International Investment Agreements and Public Health: Neutralizing a Threat Through Treaty Drafting’ (2014) 92(7) *Bulletin of the World Health Organization* 520; Andrew D. Mitchell and Paula O’Brien, ‘New Directions in Trade and Investment Agreements for Public Health: The Case of Alcohol Labelling’ (2020) 21(2) *Melbourne Journal of International Law* 403.



ในมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุนจะต้องพิจารณาภายใต้ขอบวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย (มาตรา 31 VCLT) รัฐภาคีจึงมักกำหนดในบทนำของสนธิสัญญาด้วยว่า นอกเหนือจากความประสงค์ที่จะส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างชาติในทางเศรษฐกิจแล้ว รัฐยังมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

ดังนั้น ในการเจรจาเข้าร่วมเป็นภาคีหรือการเจรจาร่างสนธิสัญญาฉบับใหม่ ๆ ประเทศไทยจึงพึงตระหนักถึงข้อพิจารณาดังกล่าวและแสวงหาความเป็นไปได้ในการนำข้อความที่มีลักษณะเป็นการสงวนขอบเขตการใช้อำนาจกำกับดูแลของรัฐบัญญัติลงไปในสนธิสัญญาการลงทุนด้วย¹³⁶ รวมถึงตรวจสอบว่าสนธิสัญญาการลงทุนที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ในปัจจุบันมีลักษณะเป็นอย่างไร มีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขหรือเจรจาสนธิสัญญาฉบับใหม่เพื่อมาแทนที่สนธิสัญญาฉบับเดิมหรือไม่

อย่างไรก็ดี การที่รัฐไม่ใส่ข้อความสงวนอำนาจของรัฐในการกำกับดูแลหรือข้อความอื่นใดที่บังคับให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความบทบัญญัติภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนให้เป็นคุณต่อรัฐไว้ อย่างชัดเจน ก็ไม่ได้หมายความว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะปรับใช้สนธิสัญญาในทางที่เป็นคุณต่อนักลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียว อันจะส่งผลให้มาตรการของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนเสมอไป โดยผู้เขียนเห็นว่าข้อความจำนวนมากที่ถูกนำมาใส่เพิ่มเติมไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนฉบับใหม่ ๆ ก็เป็นข้อความที่คัดลอกมาจากแนวคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในอดีตแทบทั้งสิ้น เช่น คำอธิบายว่าการฝ่าฝืนมาตรฐาน FET มีลักษณะอย่างไรส่วนใหญ่ก็เป็นการถอดความมาจากคำชี้ขาดคดี *Waste Management v. Mexico* ที่ได้ตัดสินไว้ในปี ค.ศ. 2004¹³⁷ หรือ หลักกฎหมาย police powers ที่มีจะถูกนำมาเขียนไว้ในการอธิบายข้อบทว่าด้วยการเวนคืนโดยอ้อมก็ได้ถูกกล่าวถึงในคำชี้ขาดคดี *Methanex v. the United States* ในปี ค.ศ. 2005¹³⁸ เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการจำนวนมากยังเน้นย้ำอยู่เสมอว่าสนธิสัญญาการลงทุนไม่ได้มีผลเป็นการห้ามมิให้รัฐออกมาตรการใด ๆ ที่จะส่งผลให้นักลงทุนได้รับความเสียหาย และคณะอนุญาโตตุลาการตระหนักดีถึงการให้ความสำคัญกับการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของนักลงทุนและประโยชน์สาธารณะของรัฐ¹³⁹ รวมถึงความจำเป็นที่รัฐจะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลาตามสภาพสังคมและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดี และความคาดหวังเชิงปฏิฐานของสังคมเป็นปรากฏการณ์ที่มีพลวัตไม่หยุดนิ่ง การคาดหวังให้กฎหมายหยุดนิ่งอยู่กับที่ไม่เปลี่ยนแปลงจึงเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับความเป็นจริงโดยสิ้นเชิง¹⁴⁰ トラบเท่าที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่เคยให้คำรับรองโดยเฉพาะเจาะจง (specific representation) ว่าจะไม่ทำการแก้ไข

¹³⁶ Meri Koivusalo, 'Policy Space for Health and Trade and Investment Agreements' (2014) 29 (Suppl_1) Health Promotion International i29, i37-i39.

¹³⁷ ดู เชิงอรธ 15.

¹³⁸ ดู เชิงอรธ 35.

¹³⁹ Chiara Giorgetti (เชิงอรธ 135) 196.

¹⁴⁰ *Methanex v. U.S.A* (เชิงอรธ 119) part IV, Chapter D, paras.9-10; *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรธ 121) para.427.

เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เป็นประเด็นพิพาท¹⁴¹ ดังที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Philip Morris v. Uruguay* ได้กล่าวไว้ว่ามาตรฐานการคุ้มครองการลงทุน โดยเฉพาะมาตรฐาน FET ไม่ได้ห้ามมิให้รัฐแก้ไขกฎหมายของตน ตราบที่การดำเนินการดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตของการใช้อำนาจกำกับดูแลโดยทั่วไป ไม่เกินขอบเขตการเปลี่ยนแปลงที่ยอมรับได้ หรือเป็นการทำไปโดยมีเหตุผลสมควร¹⁴²

ประเด็นดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นเรื่องของขอบเขตความเปลี่ยนแปลงที่ยอมรับได้ และความมีเหตุผลของมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงเป็นประเด็นสำคัญที่รัฐพึงให้ความสำคัญในการกำหนดนโยบายและการดำเนินมาตรการทั้งหลาย เพื่อให้บรรลุผลที่ประสงค์จากมาตรการดังกล่าว การถอดบทเรียนจากคดีอนุญาโตตุลาการก่อนหน้าเพื่อให้เห็นถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาตัดสินคดีพิพาทจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้พร้อมกับควบคุมและลดปัจจัยเสี่ยงที่จะเป็นเหตุให้รัฐถูกฟ้องคดีตามสนธิสัญญาการลงทุนเมื่อมาตรการมีผลใช้บังคับ หรือแม้หากว่าจะถูกฟ้องคดีในท้ายที่สุด การดำเนินมาตรการอย่างรัดกุมก็จะส่งผลให้ความสามารถในการต่อสู้คดีและโอกาสในการชนะคดีในท้ายที่สุดเพิ่มสูงขึ้นด้วย¹⁴³

กล่าวโดยเฉพาะในบริบทของมาตรการด้านอาหารและเครื่องดื่มเพื่อปกป้องและส่งเสริมสุขภาพของประชาชน เนื่องด้วยหัวข้อด้านสุขภาพของประชาชนมีความเกี่ยวพันกันกับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้¹⁴⁴ จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องให้ความสำคัญกับการศึกษาและรวบรวมพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (scientific evidence) ที่จะใช้เป็นข้อมูลสนับสนุนการตัดสินใจออกมาตรการที่มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์รองรับ โดยการเตรียมการดังกล่าวของรัฐอาจแบ่งได้เป็นการเตรียมการในเชิงเนื้อหา และการเตรียมการในเชิงกระบวนการ

การเตรียมหลักฐานรองรับทางวิทยาศาสตร์ในเชิงเนื้อหาคือการพิจารณาข้อมูลให้แน่ใจว่ามีความจำเป็นที่จะต้องจัดการกับปัญหาที่เป็นต้นเหตุของมาตรการพิพาทและมาตรการที่กำหนดขึ้น มีความสัมพันธ์กับการแก้ปัญหาดังกล่าว และทำให้แน่ใจว่ามาตรการที่เลือกใช้จะได้สัดส่วนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติในทางที่เป็นคุณหรือเป็นโทษต่อนักลงทุนรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร¹⁴⁵ อย่างไรก็ตาม ดังที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Chemtura* อธิบายว่าคงเป็นการไม่เหมาะสมที่คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ตรวจสอบ “ความถูกต้อง” (correctness หรือ validity) ของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้อยู่รองรับมาตรการของรัฐ¹⁴⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อวิทยาศาสตร์เองก็มีข้อจำกัดและไม่ได้มีความรู้ันถูกต้องจริงแท้เพียงประการเดียวเสมอไป

¹⁴¹ *Methanex v. U.S.A* (เชิงอรรถ 119) Part IV, Chapter D, p.4, para.7; Andrew D. Mitchell and Paula O'Brien (เชิงอรรถ 20) 689.

¹⁴² *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) paras 422-430.

¹⁴³ ดู ตัวอย่าง Anita George (เชิงอรรถ 70) 511.

¹⁴⁴ Marcos A. Orellana, 'Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines' in *New Aspects of International Investment Law* 671 (Paul Kahn & Thomas Wälde eds., Martinus Nijhoff, 2007) 680-681.

¹⁴⁵ Kelly Garton, Anne Marie Thow, and Boyd Swinburn (เชิงอรรถ 85) 9, 13.

¹⁴⁶ *Chemtura v. Canada* (เชิงอรรถ 120) paras 134, 153; ดู Valentina Vadi (เชิงอรรถ 124) 156.



เนื่องจากในแง่มุมมองหนึ่ง ความรู้หรือข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์บางอย่างก็ยังคงอาศัยการตีความผ่านมุมมอง ความรับรู้ทางสังคมและประสบการณ์ของผู้วิจัย¹⁴⁷ และในหลาย ๆ ครั้ง การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ก็มีตัวแปรที่ไม่อาจควบคุมได้อยู่เป็นจำนวนมาก ส่งผลให้ไม่อาจจะระบุได้อย่างแน่ชัดว่า เหตุการณ์หรือผลลัพธ์ที่เป็นประเด็นมีสาเหตุมาจากปัจจัยที่กำลังทำการวิจัยอยู่โดยตรงหรืออย่างมีนัยสำคัญเพียงใด¹⁴⁸ ยิ่งไปกว่านั้น ผลลัพธ์ของข้อเสนอทางวิทยาศาสตร์บางประการยังเป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงรู้ได้อย่างแน่ชัดในปัจจุบันหรือภายในระยะเวลาอันสั้น แต่จำเป็นต้องอาศัยระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรเพื่อที่จะพิสูจน์ให้ได้ว่ามาตรการดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่รัฐตั้งเป้าหมายไว้หรือไม่ เพียงไร¹⁴⁹

ในเชิงกระบวนการ รัฐพึงทำให้แน่ใจว่ากระบวนการพิสูจน์ในทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นที่มาของข้อมูลได้ดำเนินการอย่างเหมาะสมและมีความเป็นภววิสัยตามหลักวิธีวิจัยทางวิทยาศาสตร์¹⁵⁰ ผ่านกระบวนการพินิจพิจารณาที่มีความหมาย (meaningful deliberation)¹⁵¹ โดยใช้เวลาในการพิจารณาตามสมควร¹⁵² ดังนั้นในการดำเนินนโยบายแต่ละขั้นตอน ควรจะได้มีการจดบันทึกเรื่องราวความเป็นมาเป็นไปในภาพรวมไว้ โดยสำหรับกระบวนการที่มีความสำคัญ เช่นการประชุมพิจารณาตัดสินใจว่าจะดำเนินมาตรการหรือไม่ อย่างไร ด้วยเหตุผลอะไร ก็ควรจะได้มีการจดบันทึกการประชุมไว้โดยละเอียด¹⁵³

การเปิดโอกาสให้มีการรับฟังข้อมูลอย่างรอบด้านจากผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากนักลงทุนจะได้รับผลกระทบจากมาตรการของรัฐโดยตรง บนพื้นฐานความเหมาะสมเมื่อพิจารณาจากภาระด้านงบประมาณและระยะเวลาที่ต้องใช้ในการรับฟังความเห็นดังกล่าว¹⁵⁴ ก็เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการพิจารณาและอาจมีส่วนทำให้รัฐมีข้อมูลประกอบการตัดสินใจและสามารถตัดสินใจได้ดียิ่งขึ้น¹⁵⁵ ถึงแม้จะมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่ารัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปรึกษาหารือ (duty to consult) กับนักลงทุนที่ได้รับผลกระทบเพื่อที่จะสื่อว่าการที่รัฐออกมาตรการบางอย่างออกมาโดยไม่ได้รับฟังความเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียก่อน ไม่ถือเป็นเหตุที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่ารัฐทำผิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุนเสมอไปก็ตาม¹⁵⁶ อย่างไรก็ตาม

¹⁴⁷ Marcos A. Orellana (เชิงอรรถ 144) 681-682.

¹⁴⁸ Jenny Claire Kaldor (เชิงอรรถ 58) 80; Margherita Melillo (เชิงอรรถ 84) 733.

¹⁴⁹ Margherita Melillo (เชิงอรรถ 84) 733; ดู *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) para 409.

¹⁵⁰ *Methanex v. U.S.A.* (เชิงอรรถ 119) part III, Chapter A, para 101.

¹⁵¹ *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) para.407; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion, 8 July 2016, paras.108, 123-124 (“Born’s Dissent”).

¹⁵² Born’s Dissent (เชิงอรรถ 151) para 175.

¹⁵³ เพิ่งอ้าง paras 109-112, 119-120, 128.

¹⁵⁴ Caroline Henckels, ‘A Duty to Consult Foreign Investors When Changing the Regulatory Framework? Implications for Non-Communicable Disease Prevention and Beyond’ (2020) 21 *Journal of World Investment and Trade* 698, 718.

¹⁵⁵ *Chemtura v. Canada* (เชิงอรรถ 120) para 145; Caroline Henckels (เชิงอรรถ 154) 700-701.

¹⁵⁶ Caroline Henckels (เชิงอรรถ 154) 700, 720, 722-723.

ในกระบวนการรับฟังความเห็นเช่นว่านี้ รัฐพึงระวังไม่ให้ความเห็นของนักลงทุนเข้ามามีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของรัฐมากเกินไปจนเกินพอดี จนมีลักษณะเป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนเอกชนวิ่งเต้น (lobby) เข้าครอบงำกระบวนการทำงานของรัฐเพื่อไม่ให้รัฐออกมาตรการที่เป็นประเด็นออกมา แม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจนก็ตาม¹⁵⁷ ข้อกังวลดังกล่าวเป็นเรื่องที่เป็นปัญหาอย่างมากในบางอุตสาหกรรม เช่น อุตสาหกรรมยาสูบ ที่ถึงขนาดมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 5.3 ของ FCTC ว่า “ในการกำหนดและการดำเนินนโยบายสาธารณสุขเกี่ยวกับการควบคุมยาสูบ รัฐบาลต้องดำเนินการปกป้องนโยบายเหล่านี้จากผลประโยชน์ทางพาณิชย์หรือผลประโยชน์อื่นใดของอุตสาหกรรมยาสูบตามที่กฎหมายภายในกำหนด”¹⁵⁸

แม้บทความนี้จะแยกข้อพึงพิจารณาในการเตรียมการออกเป็นสองส่วนดังกล่าว แต่ในบางกรณีก็อาจไม่สามารถแยกการพิจารณาออกจากกันได้อย่างชัดเจนตามที่เสนอข้างต้น เช่น ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความถูกต้องของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ยังไม่สามารถหาข้อยุติได้ และคู่มือพิพาทต่างฝ่ายต่างสามารถหาข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนข้อต่อสู้ของฝั่งตน ก็อาจมีความจำเป็นที่คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องให้ความสำคัญกับวิธีวิจัยทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นที่มาของข้อมูลดังกล่าวว่ามีการดำเนินการโดยชอบและมีความโปร่งใสเพียงใด¹⁵⁹ ซึ่งปัจจัยดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าการตัดสินใจของรัฐเป็นผลมาจาก “ความเชื่อที่ชัดเจน” การวินิจฉัยโดย “สุจริต” และอยู่บนพื้นฐานของ “เหตุผลทางวิทยาศาสตร์ที่รับฟังได้” หรือไม่¹⁶⁰

ทั้งนี้ การเรียกร้องให้รัฐอ้างอิงพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการออกมาตรการต่าง ๆ ก็มีข้อจำกัดเรื่องความสามารถของรัฐในการดำเนินการให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกระบวนการวิจัยทางวิทยาศาสตร์มักจะต้องใช้ทรัพยากรและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง ส่งผลให้รัฐจำนวนมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาที่มีความเสียเปรียบในการกำหนดนโยบายเมื่อเทียบกับประเทศที่พัฒนาแล้ว¹⁶¹ ประเด็นนี้ได้ถูกกล่าวถึงในคดี *Philip Morris* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการตระหนักถึงข้อจำกัดดังกล่าวของอูรุกวัยซึ่งเป็นประเทศที่มีข้อจำกัดทางเศรษฐกิจและวางหลักการสำคัญไว้ว่า “ไม่มีความจำเป็นที่รัฐผู้ออกมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องทำการวิจัยทางวิทยาศาสตร์เพื่อหาข้อมูลมาสนับสนุนนโยบายของตนเป็นการเฉพาะด้วยตนเอง หากปรากฏว่ามีแหล่งข้อมูลที่จัดทำโดยหน่วยงานอื่นซึ่งสามารถนำมาใช้เทียบเคียงได้อยู่แล้ว”¹⁶² ดังนั้นแนวทางหรือพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ รวมถึงเอกสารและงานวิจัยที่ตั้งอยู่บนพยานหลักฐานเชิงประจักษ์ซึ่งจัดทำขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศหรือหน่วยงานอื่นใดที่มีความน่าเชื่อถือและเกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิพาท เช่น องค์การอนามัยโลกในบริบทของข้อพิพาท

¹⁵⁷ เฝิงอั้ง 720-722.

¹⁵⁸ WHO Framework Convention on Tobacco Control art 5.3.

¹⁵⁹ Valentina Vadi (เชิงอรรถ 124) 153-154.

¹⁶⁰ *Methanex v. U.S.A.* (เชิงอรรถ 119) part III, Chapter A, para 102.

¹⁶¹ Marcos A. Orellana (เชิงอรรถ 144) 683-684.

¹⁶² *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) 393-396.



เกี่ยวกับมาตรการด้านสุขภาพ จึงเป็นแหล่งข้อมูลสำคัญที่รัฐผู้รับการลงทุนสามารถเลือกนำมาใช้ประกอบการกำหนดนโยบายของตนได้¹⁶³ ในทำนองเดียวกัน การที่มาตรการของรัฐที่พิพาทมีลักษณะเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศในสนธิสัญญาฉบับอื่นซึ่งได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป รัฐก็สามารถนำประเด็นดังกล่าวมาใช้เป็นเหตุผลประกอบการอธิบายความจำเป็นของมาตรการได้¹⁶⁴ อย่างไรก็ตาม คงไม่ได้หมายความว่าหากรัฐไม่ได้ดำเนินการที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศเป็นการทั่วไปแล้วจะถือว่าการทำผิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุนเสมอไป เพียงแต่ในกรณีที่รัฐดำเนินการไปไกลเกินกว่าแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ รัฐก็มีหน้าที่ต้องหาข้อมูลและคำอธิบายเพิ่มเติมว่าเพราะเหตุใดตนจึงเลือกดำเนินมาตรการเช่นนั้น¹⁶⁵

อีกปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญต่อผลแพ้ชนะคดีในการอนุญาโตตุลาการคือเกณฑ์ที่ใช้ในการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายนำเสนอ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของภาระการพิสูจน์และมาตรฐานการพิสูจน์ ซึ่งเป็นสิ่งที่สนธิสัญญาการลงทุนหรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าพึงเป็นเช่นไร¹⁶⁶ โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมักกำหนดให้เป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการ¹⁶⁷ จากการศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการเพื่อสุขภาพของประชาชนพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะตระหนักถึงความเป็นจริงว่ากิจการด้านสาธารณสุขเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะ และมีปัจจัยที่จำนวนมากที่ใช้ประกอบการตัดสินใจของหน่วยงานของรัฐ¹⁶⁸ ดังนั้นจึงไม่ใช่หน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะทำหน้าที่อย่างศาลอุทธรณ์เข้าไปตรวจสอบความถูกต้องของพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ทั้งหมดโดยละเอียดและทำหน้าที่เสมือนหนึ่งว่าตนเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดนโยบายและมาตรการที่เหมาะสมเสียเอง¹⁶⁹ นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังมีแนวโน้มที่จะให้ความเคารพการตัดสินใจของรัฐ (deference) ตามหลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (margin of appreciation)¹⁷⁰ เนื่องด้วยธรรมชาติของมาตรการด้านสุขภาพที่มีความเกี่ยวข้องกับความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์อยู่มาก และเพื่อเปิดโอกาสให้รัฐผู้รับการลงทุนมีทางเลือกในการออกแบบและบังคับใช้มาตรการเพื่อสุขภาพตามความต้องการที่มีเหตุผล ภายใต้อิทธิพลภายในของแต่ละรัฐที่มีความเฉพาะตัวและกรอบความเสี่ยงที่แต่ละรัฐสามารถรับได้¹⁷¹

¹⁶³ Valentina Vadi (เชิงอรรถ 124) 153.

¹⁶⁴ *Chemtura v. Canada* (เชิงอรรถ 120) 135-141.

¹⁶⁵ *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) 430; Born's Dissent (เชิงอรรถ 151) paras 86, 127.

¹⁶⁶ Marcos A. Orellana (เชิงอรรถ 144) 721.

¹⁶⁷ ดูตัวอย่าง ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings Rule 34; UNCITRAL Arbitration Rules 2010 art 2.

¹⁶⁸ *Methanex v. U.S.A.* (เชิงอรรถ 119) part III, Chapter A, para.101; *Chemtura v. Canada* (เชิงอรรถ 120) para 123; *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) para 399.

¹⁶⁹ *Chemtura v. Canada* (เชิงอรรถ 120) paras 134, 153.

¹⁷⁰ *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) paras 399, 418.

¹⁷¹ Marcos A. Orellana (เชิงอรรถ 144) 722.

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการพึงจำกัดขอบเขตการตรวจสอบของตนไว้เพียงว่ามาตรการของรัฐมีความสมเหตุสมผล (reasonable) มีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรง (egregious) หรือได้สัดส่วน (proportionate) หรือไม่¹⁷² ยิ่งไปกว่านั้น ด้วยความที่เรื่องสุขภาพของประชาชนเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะอันสำคัญและเป็นพันธกิจหลักของรัฐที่ต้องประกันให้แน่ใจว่าประชาชนจะมีสุขภาพดี¹⁷³ หลักการให้ความเคารพการตัดสินใจของรัฐและหลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจยังอาจตีความให้รวมไปถึงหลักการสำคัญอื่น ๆ เช่น หลักการระวังไว้ก่อน (precautionary principle) ที่เปิดโอกาสให้รัฐบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ที่เห็นว่าจำเป็นได้แม้จะยังไม่มีหลักฐานอันเป็นที่สุจริตรับรองว่าอันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อสุขภาพของประชาชนมีโอกาสเกิดขึ้นและมีความรุนแรงมากน้อยเพียงใด หรือมาตรการของรัฐจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการแก้ปัญหาดังกล่าวได้หรือไม่ก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหา¹⁷⁴ ซึ่งหลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศแขนงต่าง ๆ เช่น กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ¹⁷⁵ และกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ¹⁷⁶ เป็นต้น ส่งผลให้การที่รัฐออกมาตรการกำกับดูแลซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานความรู้ทางวิทยาศาสตร์ที่ยังไม่เป็นที่ยุติหรือเป็นเพียงความเห็นข้างน้อยอาจไม่ได้ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดเสมอไป¹⁷⁷ โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Philip Morris* ก็ปรับใช้หลักการดังกล่าวกลาย ๆ ในการวินิจฉัยว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่ามาตรการที่อุรุกวัยเลือกใช้ใช้ก่อให้เกิดผลลัพธ์อย่างที่ตั้งใจไว้หรือไม่ โดยข้อสำคัญที่พึงพิจารณามีเพียงว่า ณ เวลาที่ตัดสินใจออกมาตรการดังกล่าว รัฐมีเหตุผลรองรับตามสมควรหรือไม่เท่านั้น¹⁷⁸

ข้อมูลที่ได้จากงานวิจัยฉบับนี้แสดงให้เห็นว่าสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศไม่ได้เป็นอุปสรรคอย่างเด็ดขาดต่อการกำหนดนโยบายด้านสาธารณสุขของรัฐผู้รับการลงทุนเสมอไป แม้ว่าอาจจะส่งผลทำให้ต้นทุนในการออกมาตรการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของประชาชนสูงขึ้นบ้างเมื่อคำนึงถึงพันธกรณีของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองการลงทุนตามที่สนธิสัญญากำหนดไว้และความเสี่ยงที่รัฐอาจจะถูกฟ้องในคดีอนุญาโตตุลาการ แต่ในท้ายที่สุดแล้ว หากรัฐพิสูจน์ได้ว่าการดำเนินมาตรการดังกล่าวเป็นการทำไปอย่างมีเหตุผล รัฐก็มีโอกาสที่จะเป็นฝ่ายที่ชนะคดีในท้ายที่สุดและมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่ตนใช้ในการต่อสู้คดีจากนักลงทุนซึ่งเป็นฝ่ายแพคดีได้ ซึ่งเป็นหลักปฏิบัติด้านการจัดสรรค่าใช้จ่าย (allocation of costs) ของคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ในปัจจุบัน¹⁷⁹ ประเทศไทยจึงพึง

¹⁷² เพิ่งอ้าง 723; *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) para 399; Born's Dissent (เชิงอรรถ 151) 136, 139, 142, 145.

¹⁷³ United Nations Declaration of Human Rights art 25; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art 12; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 55; Valentina Vadi (เชิงอรรถ 124) 30; Marcos A. Orellana (เชิงอรรถ 144) 725.

¹⁷⁴ Marcos A. Orellana (เชิงอรรถ 144) 701.

¹⁷⁵ เพิ่งอ้าง 696-706.

¹⁷⁶ Rio Declaration on Environment and Development Principle 15.

¹⁷⁷ Valentina Vadi (เชิงอรรถ 124) 154.

¹⁷⁸ *Philip Morris v. Uruguay* (เชิงอรรถ 121) para 409.

¹⁷⁹ Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hřčka (เชิงอรรถ 126) 16-23.



ตระหนักถึงข้อเท็จจริงและพัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นว่าด้วยมาตรการของรัฐเพื่อสุขภาพของประชาชน และนำมาปรับใช้ในการออกแบบ กำหนดและบังคับใช้ มาตรการของตน¹⁸⁰ เพื่อลดโอกาสที่นักลงทุนจะหาข้อบกพร่องของการดำเนินนโยบายเพื่อใช้เป็นเหตุ ในการฟ้องคดี รวมทั้งเตรียมความพร้อมล่วงหน้าในกรณีที่ต้องต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ

¹⁸⁰ ดูตัวอย่างแนวทางการพัฒนานโยบายด้านสาธารณสุขของรัฐได้จาก Eric Crosbie and others (เชิงอรธ 128).