

ข้อบทว่าด้วยสิทธิของรัฐในการกำกับดูแล (Right to Regulate) ในความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนของสหภาพยุโรป



ที่มา: <https://www.ecotextile.com/>

ในการเจรจาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน (International Investment Agreements: IIAs) ไม่ว่าจะเป็นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) หรือบทลงทุนในความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs) รัฐคู่เจรจาจะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติเพื่อให้นักลงทุนต่างชาติเกิดความเชื่อมั่นในการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนกับการคงไว้ซึ่งพื้นที่ทางนโยบายของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแลภายในอาณาเขตของตนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรม (Legitimate Policy Objectives) ซึ่งอาจเป็นการออกกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศ หรือการใช้มาตรการที่อาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น จะเห็นว่าการเจรจาจัดทำ IIAs ยุคใหม่ (New Generation) หลายประเทศเริ่มมีการระบุข้อบทเพื่อยืนยันสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแล (Right to Regulate) ไข่มากขึ้น เพื่อเพิ่มความชัดเจนเกี่ยวกับการคงไว้ซึ่งพื้นที่ทางนโยบายของรัฐผู้รับการลงทุนและหลีกเลี่ยงการตีความของอนุญาโตตุลาการที่อาจไม่เป็นผลดีต่อรัฐผู้รับการลงทุนเมื่อเกิดกรณีพิพาท

ทั้งนี้ สหภาพยุโรปถือเป็นกลุ่มประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการผลักดันให้มีข้อบทดังกล่าวใน IIAs เพื่อรักษาพื้นที่ทางนโยบายของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแล โดยการระบุข้อบทหรือถ้อยคำที่เกี่ยวข้องกับ Right to Regulate ใน IIAs ของสหภาพยุโรปประกอบด้วยหลายแนวทาง อาทิ ๑) การตระหนักถึง (Recognize) Right to Regulate ของรัฐผู้รับการลงทุนไว้ในส่วนของอารัมภบท (Preamble) ๒) การยืนยัน (Reaffirm) Right to Regulate ของรัฐผู้รับการลงทุนไว้เป็นการเฉพาะในบทลงทุน และ ๓) การระบุข้อบทที่กำหนดพันธกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะไม่ลดมาตรฐานทางด้านสิ่งแวดล้อมหรือแรงงานตามกฎหมายภายในประเทศเพื่อดึงดูดการลงทุน (Non-lowering of standards) ซึ่งสะท้อนถึง Right to Regulate ของรัฐผู้รับการลงทุนเช่นกัน

บทความนี้จะวิเคราะห์ถึงแนวทางการจัดทำข้อบท Right to Regulate ใน IIAs ที่อยู่ในรูปแบบของ FTAs ที่สำคัญของสหภาพยุโรป ดังนี้

๑) ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปและแคนาดา (CETA)

เป็นความตกลงที่มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ๒๕๖๐ โดยมีข้อบทหรือถ้อยคำที่เกี่ยวกับ Right to Regulate ทั้ง ๓ แนวทางข้างต้น กล่าวคือ

๑.๑) อาร์มภบท มีถ้อยคำที่ระบุถึงการตระหนักถึง Right to Regulate ของรัฐภาคีความตกลง รวมทั้งความยืดหยุ่นที่รัฐภาคีความตกลงมีในการบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมภายในอาณาเขตของตน อาทิ ด้านสาธารณสุข ความปลอดภัย สิ่งแวดล้อม ศิลธรรมอันดีของประชาชน และการส่งเสริมและคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรม^๑

๑.๒) บทการลงทุน มีถ้อยคำที่ยืนยัน Right to Regulate ของรัฐภาคีความตกลงไว้เป็นการเฉพาะในส่วนของการคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection Section) โดยมีถ้อยคำที่คล้ายกับที่ระบุในอาร์มภบทในข้อ ๑.๑) และมีการระบุถึงประเด็นการคุ้มครองทางสังคมและการคุ้มครองผู้บริโภคเพิ่มเติมในส่วน of วัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมด้วย นอกจากนี้ ยังมีการระบุถ้อยคำเพิ่มเติมเพื่อความชัดเจนว่า เฉพาะเพียงข้อเท็จจริงว่าการกำกับดูแลของรัฐรวมถึงการแก้ไขกฎหมายภายในส่งผลเชิงลบต่อการลงทุนหรือกระทบความคาดหวังของนักลงทุน จะไม่นำไปสู่การละเมิดพันธกรณีที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคี^๒ เนื่องจากความตกลง CETA ครอบคลุมถึงพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนด้วย

๑.๓) ข้อบทที่กำหนดพันธกรณีของรัฐที่ไม่ลดมาตรฐานทางด้านสิ่งแวดล้อมหรือแรงงานเพื่อดึงดูดการลงทุน ซึ่งปรากฏในบทการค้าและแรงงาน (Trade and Labour) และบทการค้าและสิ่งแวดล้อม (Trade and Environment)

๒) ความตกลงการค้าเสรีของสหภาพยุโรปที่จัดทำภายหลังจากความตกลง CETA

การจัดทำ FTAs ของสหภาพยุโรปภายหลังจากความตกลง CETA โดยเฉพาะ FTAs ที่สหภาพยุโรปได้สรุปผลการเจรจาและลงนามกับประเทศคู่เจรจาล่าสุด อาทิ FTAs ระหว่างสหภาพยุโรปกับนิวซีแลนด์และชิลีที่มีการลงนามเมื่อเดือนกรกฎาคมและธันวาคม ๒๕๖๖ ตามลำดับ มีการระบุถ้อยคำหรือข้อบทที่ยืนยัน Right to Regulate ของรัฐภาคีความตกลงในการดำเนินการภายในอาณาเขตของตนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมไว้เป็นการเฉพาะในบทลงทุน โดย FTA ระหว่างสหภาพยุโรปกับนิวซีแลนด์ปรากฏย่อหน้าในเรื่อง Right to Regulate ภายใต้อัตลักษณ์วัตถุประสงค์ (Objectives) ขณะที่ FTA ระหว่างสหภาพยุโรปกับชิลีมีข้อบท Right to Regulate แยกออกมาต่างหาก (Standalone Article) อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับความตกลง CETA จะพบว่า การระบุตัวอย่างของวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมในบริบทของ Right to

^๑ “RECOGNISING that the provisions of this Agreement preserve the right of the Parties to regulate within their territories and the Parties’ flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity;”

^๒ Article 8.9 – Investment and regulatory measures:

1. For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.

2. For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.

Regulate ภายใต้ FTAs ระหว่างสหภาพยุโรปกับนิวซีแลนด์และชิลีมีขอบเขตที่กว้างกว่าความตกลง CETA โดยมีการระบุถึงประเด็นการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์หรือพืช การบริการสังคม การศึกษา สวัสดิภาพสัตว์ การคุ้มครองข้อมูลและความเป็นส่วนตัว และการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศซึ่งอยู่ภายใต้ วัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ขอบรรณด้านสิ่งแวดล้อม^๓ นอกจากนี้ ในบทการค้าและการพัฒนาที่ยั่งยืน (Trade and Sustainable Development) ของ FTAs ระหว่างสหภาพยุโรปกับนิวซีแลนด์และชิลีต่างมีข้อบทที่กำหนดพันธกรณีของรัฐที่จะไม่ลดมาตรฐานทางด้านสิ่งแวดล้อมหรือแรงงานเพื่อดึงดูดการลงทุนด้วย^๔ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า FTAs ระหว่างสหภาพยุโรปกับนิวซีแลนด์และชิลีไม่มีถ้อยคำเหมือนในความตกลง CETA ที่ระบุว่า เฉพาะเพียงข้อเท็จจริงว่าการกำกับดูแลของรัฐรวมถึงการแก้ไขกฎหมายภายในส่งผลเชิงลบต่อการลงทุนหรือ กระทบความคาดหวังของนักลงทุน จะไม่นำไปสู่การละเมิดพันธกรณีที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคี เนื่องจาก FTAs ระหว่างสหภาพยุโรปกับนิวซีแลนด์และชิลีไม่ครอบคลุมถึงพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุน

๓) ข้อเสนอร่างข้อบท (Textual Proposals) ที่เกี่ยวข้องกับ Right to Regulate ของสหภาพยุโรปภายใต้การเจรจา FTA ไทย-สหภาพยุโรป

ตามที่ได้มีการเผยแพร่ข้อเสนอร่างข้อบทสำหรับบทลงทุนของสหภาพยุโรปที่ใช้ในการเจรจา FTA ไทย-สหภาพยุโรป บนเว็บไซต์ของคณะกรรมการยุโรป (European Commission) พบว่า มีการระบุถ้อยคำที่ยืนยัน Right to Regulate ของรัฐภาคีความตกลงในการดำเนินการภายในอาณาเขตของตนเพื่อบรรลุ วัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ขอบรรณไว้ในบทลงทุนเป็นการเฉพาะเช่นกัน โดยปรากฏเป็นย่อหน้าในเรื่อง Right to Regulate ภายใต้ข้อบทวัตถุประสงค์และขอบเขต (Objective and Scope) ทั้งนี้ การระบุตัวอย่างของ วัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ขอบรรณในบริบทของ Right to Regulate ของข้อเสนอร่างข้อบทฯ ของสหภาพ ยุโรปประกอบด้วย การคุ้มครองสาธารณสุข การบริการสังคม การศึกษา ความปลอดภัย สิ่งแวดล้อมซึ่งรวมถึง การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ศีลธรรมอันดีของประชาชน การคุ้มครองทางสังคมและการคุ้มครองผู้บริโภค การคุ้มครองข้อมูลและความเป็นส่วนตัว และการส่งเสริมและคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรม^๕

^๓ อาทิ Article 10.1 of EU-New Zealand FTA – Objectives:

2. The Parties reaffirm each Party's right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of human, animal or plant life or health, social services, public education, safety, the environment, including climate change, public morals, social or consumer protection, animal welfare, privacy and data protection, the promotion and protection of cultural diversity

^๔ อาทิ Article 26.2 of EU-Chile FTA – Right to Regulate and Levels of Protection:

5. A Party shall not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, its environmental and labour laws in a manner that weakens or reduces the protection afforded in those laws in order to encourage trade or investment.

^๕ Article X.1 – Objective and Scope:

2. The Parties reaffirm the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as: the protection of public health; social services; public education; safety; the environment, including climate change; public morals; social or consumer protection; privacy and data protection or the promotion and protection of cultural diversity.

นอกจากนี้ ในบทการค้าและการพัฒนาที่ยั่งยืน (Trade and Sustainable Development) มีการเสนอข้อบทที่กำหนดพันธกรณีของรัฐที่จะไม่ลดมาตรฐานทางด้านสิ่งแวดล้อมหรือแรงงานเพื่อดึงดูดการลงทุนด้วยเช่นกัน⁶

บทวิเคราะห์

แนวทางการจัดทำข้อบท Right to Regulate ในบริบทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนภายใต้ FTAs ที่สำคัญของสหภาพยุโรปตั้งแต่ปี ๒๕๖๐ เป็นต้นมา มีความชัดเจนในการผลักดันการสร้างสมดุลและคงไว้ซึ่ง Right to Regulate ของรัฐภาคีความตกลงในการดำเนินการภายในอาณาเขตของตนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรม ซึ่งเป็นคุณลักษณะที่สำคัญของ IIAs ยุคใหม่ที่ไม่ได้ให้ความสำคัญเฉพาะกับการคุ้มครองการลงทุนและสิทธิของนักลงทุนเพียงอย่างเดียว แต่ยักรวมถึงสิทธิของรัฐในการกำกับดูแลเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมอีกด้วย ขณะเดียวกัน ประเด็น Right to Regulate ได้ถูกหยิบยกขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของข้อกังวลเกี่ยวกับความถูกต้อง (Correctness) ของคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทการลงทุนที่ควรนำไปสู่การปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) ภายใต้คณะทำงาน ๓ ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) เนื่องจากหลายประเทศเห็นว่า อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทการลงทุนในอดีตไม่ได้นำประเด็น Right to Regulate ของรัฐผู้รับการลงทุนมาพิจารณาอย่างเพียงพอในการตัดสินข้อพิพาทการลงทุน ซึ่งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปถือเป็นกลุ่มประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการผลักดันการปฏิรูปกลไก ISDS ภายใต้คณะทำงาน ๓ ของ UNCITRAL ด้วย

นอกจากนี้ ล่าสุด เมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๖๗ คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of European Union) ได้ให้ความเห็นชอบการขอลงนามร่วมกัน (Coordinated Withdrawal) ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจากสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่มุ่งเน้นไปที่การให้ความคุ้มครองการลงทุนด้านพลังงาน โดยเฉพาะพลังงานเชื้อเพลิง (Fossil Fuels) ซึ่งไม่สอดคล้องกับนโยบาย Green Deal ของสหภาพยุโรปในการบรรลุเป้าหมายเกี่ยวกับการรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate Change) ซึ่งการดำเนินการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในช่วงการเปลี่ยนผ่านพลังงาน (Energy Transition) ไปสู่ยุคพลังงานหมุนเวียนที่สะอาดและยั่งยืนได้ส่งผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติและการลงทุนในภาคส่วนพลังงานเชื้อเพลิง ส่งผลให้รัฐบาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหลายประเทศถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้องร้องภายใต้กลไก ISDS ภายใต้สนธิสัญญา ECT และมักเป็นฝ่ายแพ้คดี ซึ่งอาจเป็นผลจากการที่สนธิสัญญา ECT ไม่ได้มีข้อบท Right to Regulate แยกเป็นการเฉพาะที่ระบุตัวอย่างของวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมที่ชัดเจนเหมือนใน IIAs ยุคใหม่ของสหภาพยุโรป

ในส่วนของการเจรจาลงทุนภายใต้ FTAs ที่ผ่านมาของไทยที่มีการสรุปผลการเจรจาแล้ว ยังไม่เคยยอมรับการระบุข้อบทหรือถ้อยคำเกี่ยวกับ Right to Regulate ไว้เป็นการเฉพาะในบทลงทุน อย่างไรก็ตาม เมื่อ

⁶ Article XX.2 – Right to Regulate and Levels of Protection:

4. A Party shall not weaken or reduce the levels of protection afforded in its environmental or labour law in order to encourage trade or investment.

5. A Party shall not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, its environmental or labour law in order to encourage trade or investment.

พิจารณาถึง FTAs ที่ไทยอยู่ระหว่างการเจรจา อาทิ FTAs ไทย-สหภาพยุโรป ไทย-สมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (EFTA) และอาเซียน-แคนาดา ทั้งสหภาพยุโรป EFTA และแคนาดาต่างมีแนวทางในการเจรจาจัดทำลงทุน ภายใต้ FTAs ที่มีการระบุข้อบัพหรือถ้อยคำเกี่ยวกับ Right to Regulate ไว้เป็นการเฉพาะในบทดังกล่าว ซึ่งแสดงถึงท่าทีที่ชัดเจนในการให้ความสำคัญกับพื้นที่ที่ทางนโยบายของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแลภายในอาณาเขตของตน โดยถือว่าเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับนโยบายของไทยในการจัดทำ IIAs ในปัจจุบันที่ตระหนักถึงความจำเป็นในการคงไว้ซึ่งสิทธิของรัฐในการกำกับดูแลเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมภายในอาณาเขตของตน ทั้งนี้ ในการเจรจาจัดทำข้อบัพ Right to Regulate ภายใต้ IIAs ในอนาคต ไทยอาจพิจารณาผลักดันให้มีการระบุตัวอย่างของวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบธรรมที่มีความสำคัญกับการดำเนินนโยบายของไทยเพิ่มเติมด้วย อาทิ เสถียรภาพของระบบการเงิน (Integrity and Stability of Financial System)

นายวรภัทร จันทรามิตร
นักวิชาการพาณิชย์ชำนาญการ
สำนักเจรจาการค้าบริการและการลงทุน
กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ
มีนาคม ๒๕๖๗

แหล่งที่มาข้อมูล

<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/10/15/the-modernised-energy-charter-treaty-the-new-text/>

<https://www.eunews.it/en/2024/03/07/eu-countries-green-light-to-withdrawal-from-energy-charter-treaty/>

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)754632](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)754632)

https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/thailand/eu-thailand-agreement/documents_en

https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf

<https://www.isdc.ch/media/2375/23-016-e-avis.pdf>

<https://academic.oup.com/icsidreview/article/38/2/381/7071716>