

การก้าวระหว่างประเทศและการคุ้มครองสุขภาพของ ประชาชน : ความท้าทายในการหาจุดยืนร่วมกัน

เอื้ออารีย์ อังจะนิล¹

บทคัดย่อ

การค้าและการบริการเกิดขึ้นพร้อมกับการมีอยู่ของสังคมมนุษย์ ในปัจจุบันเข้าสู่ช่วงเวลาของการสร้างข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าและการบริการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการขยายตลาดของสินค้าและบริการให้ออกไปมากที่สุด การค้านำมาซึ่งความเจริญทางเศรษฐกิจ สังคมและประชากร ในขณะเดียวกันบางกรณีการค้าอย่างไม่มีขอบเขตอาจนำมาซึ่งการทำลายสุขภาพอนามัยของประชาชนซึ่งก็มีข้อตกลงระหว่างประเทศที่คุ้มครองสุขภาพอนามัยประชาชนกำหนดไว้เช่นเดียวกัน ไม่มีสังคมใดที่จะเจริญก้าวหน้าโดยอาศัยเพียงความสำเร็จจากการค้าเพียงอย่างเดียว แต่ต้องประกอบด้วยการมีอยู่ของสุขภาพพลานามัยที่สมบูรณ์ของสมาชิกในสังคมนั้นด้วย ความสำเร็จทางการค้าที่มุ่งการแสวงหากำไรต่างยอมให้มีการคุ้มครองดูแลสุขภาพของประชาชนอย่างเหมาะสมในบริบทกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ

¹ น.บ. ธรรมศาสตร์, D.E.A. และ Doctorat en droit public (Paul Cézanne, France), อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Trades and services have been occurred since the existence of society. Nowadays, the creation of international trade agreements has an objective for the global expansion of products and services. Trade develops the prosperity of the economic, social and demographic. Meanwhile, unlimited trade may affect the public health which is also protected by the international agreements. The success of society not only can be measured by expansion of trade but also can be proved by existence of good health of population. The wealth of trade which maximizes benefits yields to proper protection of the public health in the context of international law and domestic law.

การแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการระหว่างปัจเจกบุคคลหรือระหว่างชุมชนปรากฏขึ้นมาเป็นเวลาช้านาน การขยายตัวของการพาณิชย์เหล่านี้เป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาและการสร้างความเจริญในด้านต่าง ๆ ทั้งนี้รัฐจำนวนมากในปัจจุบันนำแนวคิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเข้ามาใช้ในการขับเคลื่อนตลาดของประเทศ เศรษฐกิจแบบเสรีนิยมตั้งอยู่บนหลักการของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและสิทธิในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของตนเอง แนวคิดดังกล่าวเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการค้าให้เติบโตทั้งในประเทศและระหว่างประเทศอย่างรวดเร็ว อีกทั้งยังเป็นการขยายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศให้กระชับและเกิดความร่วมมือระหว่างกันมากยิ่งขึ้น

เมื่อการค้ามีความเจริญมากขึ้น การเคลื่อนย้ายสินค้า บริการและองค์ความรู้ในระหว่างเส้นทางการพาณิชย์จึงมีบทบาทในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ ความสัมพันธ์ของสังคมเหล่านี้ก่อให้เกิดการสร้างข้อตกลงด้านต่าง ๆ ระหว่างประเทศขึ้น เช่น ความปลอดภัยด้านโภชนาการหรือการอพยพของประชากร ซึ่งล้วนเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดคุณภาพชีวิตและสุขภาพของประชากร เมื่อความสัมพันธ์ทางการค้าขยายถึงกันทั่วโลกย่อมส่งผลให้ความสำคัญของสุขภาพในหมู่ประชากรโลกเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วอันเป็นผลจากการเจริญเติบโตของชุมชนเมือง ประชากรและโลกาภิวัตน์ เป้าหมายสำคัญอีกประการหนึ่งของการจัดทำข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศได้แก่เพื่อขยายตลาดในการขายสินค้าและบริการออกไปให้มากที่สุด เนื่องจากหากสินค้าและบริการถูกกระจายออกไปมากเท่าใด ย่อมทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำลงตามหลักในเรื่องการประหยัดจากขนาด (Economy of Scale) หมายถึงหากผู้ประกอบการสามารถขยายการผลิตออกไปยิ่งมาก การเฉลี่ยรายจ่ายที่เป็นต้นทุนย่อมคงที่ ส่งผลให้การผลิตเกิดประสิทธิภาพมากขึ้น กลไกการแข่งขันย่อมขับเคลื่อนอย่างสมบูรณ์และเป็นการเพิ่มทางเลือกให้กับผู้บริโภคในการเลือกสินค้าและบริการที่ตนพึงพอใจมากที่สุด

อย่างไรก็ดีการค้าระหว่างประเทศมิได้เป็นเพียงการเปิดตลาดเพื่อผลิตหรือขายผลิตภัณฑ์ในการช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ เช่น ยา วัคซีนหรืออุปกรณ์ทางการแพทย์เพียงด้านเดียว แต่การเปิดตลาดทางการค้าระหว่างประเทศอาจหมายถึงการเผยแพร่ผลิตภัณฑ์ที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต² เช่น ยาสูบหรือแร่ใยหินประเภทที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ ข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศสามารถก่อให้เกิดการค้นพบยาที่มีประสิทธิภาพ เช่น ยาต้านไวรัส HIV หรือโรคเอดส์ แต่ยาอาจมีราคาสูงและเกินความสามารถของผู้ยากจน

² ostin, One Health, One World—The Intersecting Legal Regimes of Trade, Climate Change, Food Security, Humanitarian Crises, and Migration, <http://www.mdpi.com/2075-471X/1/1/4>, p.6

ในการเข้าถึงยาเพื่อใช้ในการรักษา การค้าของผลผลิตทางอาหารบางชนิดเป็นสาเหตุของโรคอ้วน การค้าในด้านการบริการอาจก่อให้เกิดผู้เชี่ยวชาญแต่ก็ทำให้เกิดปัญหาสมองไหลไปยังภูมิภาคที่มีแหล่งเงินทุนจำนวนมากกว่าภูมิภาคที่ยากจน ดังนั้นการค้าระหว่างประเทศสามารถเปลี่ยนแปลงวิธีการของรัฐในการจัดสรรทรัพยากรของตนทั้งในทางที่ดีขึ้นหรือเลวลงก็ได้เช่นกัน³

ด้วยเหตุนี้แนวคิดในเรื่องการค้ามักขัดแย้งต่อสุขภาพสาธารณะเสมอ เนื่องจากเป้าหมายหลักของการค้าคือมุ่งต่อการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจหรือทางวัตถุ และการมุ่งแสวงหากำไร ในขณะที่สุขภาพของผู้ค้าหรือผู้บริโภคอันมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวกลับกลายเป็นเรื่องสำคัญรองลงมา สังคมจะเป็นอย่างไรหากการค้ามีความเจริญถึงขีดสุดในขณะเดียวกันสุขภาพของประชาชนกลับถดถอยเสื่อมลง ข้อตกลงด้านการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันคำนึงถึงประเด็นในด้านสุขภาพสาธารณะไว้มากน้อยแค่ไหนและอย่างไร บทความนี้จะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในเรื่องข้อตกลงการค้าระหว่างประเทศและประเด็นทางสุขภาพที่มีความสำคัญมากขึ้นในปัจจุบัน ในส่วนแรกของบทความจะกล่าวถึงความสัมพันธ์ขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในด้านการค้าและด้านการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน (1) ในส่วนที่สองเป็นการย้ำถึงความสำคัญและข้อยกเว้นของการคุ้มครองสุขภาพที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ (2) และในส่วนสุดท้ายจะกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสุขภาพตามแนวทางการตีความของศาลในประเทศไทย (3)

1. องค์การการค้าโลกและองค์การอนามัยโลกกับการหาความสมดุลร่วมกันระหว่างการค้าและสุขภาพ หากพิจารณาว่าการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพอนามัยของประชากรโลกควรได้รับการพิจารณาไปพร้อม ๆ กัน พบว่าองค์การระหว่างประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดในประเด็นดังกล่าวได้แก่ องค์การการค้าโลก (WTO) (1.1) และ องค์การอนามัย (WHO) (1.2)

1.1 องค์การการค้าโลก (The World Trade Organization WTO) ได้ถูกจัดตั้งขึ้น⁴ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยกระดับคุณภาพชีวิต ขยายผลผลิตทางการค้าทั้งในด้านสินค้า

³ David P.Fidler, International Law and Global Public Health, Kansas law review, Vol 48, Rev.1, 1999-2000, p.10

⁴ องค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ได้ถูกจัดตั้งให้เข้ามาแทนที่ (General Agreement on Tariffs and Trade : GATT) เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1995 โดยเป็นผลมาจากการเจรจาที่ใช้เวลานานถึง 7 ปีหรือการเจรจารอบอุรุกวัย (The Uruguay Round) การจัดตั้ง WTO มีผลให้ขอบเขตของ GATT ขยายออกไปจากเดิมที่ GATT เกี่ยวข้องกับการค้าเฉพาะในแง่ตัวสินค้าเท่านั้น แต่ WTO เกี่ยวข้องกับการบริการ (services) และทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) นอกจากนี้ยังรวมถึงมาตรการผ้า (textiles) เกษตรกรรม สุขอนามัย สุขอนามัยพืช (phytosanitary) ที่ WTO ขยายออก ภายใต้ WTO ยังรวมถึงกระบวนการ (settling trade disputes) อีกด้วย

และการบริการ โดยมุ่งการใช้ทรัพยากรของโลกเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน ผู้จัดตั้งองค์การการค้าโลกมีความตั้งใจที่จะให้การค้าแพร่ขยายโดยมุ่งคุ้มครองสุขภาพและการพัฒนาในประเทศที่มีรายต่ำถึงปานกลาง

การค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ โดยมีองค์การการค้าโลกเข้ามาช่วยเหลือดูแลการจัดทำกฎระเบียบด้านการค้าระหว่างประเทศ เช่น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าหรือ GATT หรือความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade Related Intellectual Property Rights: TRIPs) เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพระดับสากล (global health) ข้อตกลงด้านการค้าบางประเภทได้กำหนดกฎเกณฑ์ให้มีความยืดหยุ่นหรือยินยอมให้ประเทศสมาชิกมีข้อจำกัดทางการค้าเพื่อส่งเสริมและป้องกันสุขภาพ มีข้อสังเกตว่านอกจากข้อตกลงด้านการค้าระหว่างประเทศภายใต้องค์การการค้าโลกแล้ว ข้อตกลงด้านเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาค (Free Trade Agreement FTA) ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงทางการค้าที่แยกออกไปเป็นเฉพาะรายกรณีดังเช่นเขตการค้าเสรี (FTA) ซึ่งได้มีการจัดทำขึ้นทั่วโลก มักกระทบต่อหลักการคุ้มครองและป้องกันสุขภาพที่ได้จัดทำขึ้นภายใต้ข้อตกลงขององค์การการค้าโลก⁵

1.2 องค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO)

องค์การอนามัยโลกเป็นหน่วยงานระหว่างประเทศทำหน้าที่ดูแลประสานงานด้านสาธารณสุข⁶ ปัจจุบันองค์การอนามัยโลกมีความพยายามในการปรับปรุงกฎระเบียบว่าด้วยสุขภาพสาธารณะ โดยมุ่งในเรื่องการวางหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมโรคติดต่อ (Infectious disease control) และการจัดทำกรอบอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมการบริโภคยาสูบ⁷ (Framework convention on Tobacco Control: FCTC) มีข้อสังเกตว่ากรอบอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมการบริโภคยาสูบได้มีการขับเคลื่อนอย่างเข้มข้นได้ช่วงเวลาที่ผ่านมา เนื่องจากการส่งเสริมการค้ายาสูบกำลังเป็นหัวข้อหลักที่กระทบต่อสุขภาพสาธารณะในระดับสากล (major global public health) จากข้อเท็จจริงพบว่าแม้อัตราการบริโภคยาสูบได้ลดลง

⁵ Kelli K. Garcia and Lawrence O. Gostin, One Health, One World—The Intersecting Legal Regimes of Trade, Climate Change, Food Security, Humanitarian Crises, and Migration, <http://www.mdpi.com/2075-471X/1/1/4>, p.8

⁶ International Health Regulations (IHR)

⁷ ปัจจุบันมีภาคีสมาชิก 176 ประเทศทั่วโลก โดย 141 ประเทศเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก และอีก 35 ประเทศมิได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก

ในกลุ่มประเทศที่มีรายได้สูง แต่ในทางตรงกันข้ามอัตราการสูบบุหรี่ของกลุ่มประเทศยากจนหรือกำลังพัฒนากลับเพิ่มขึ้น ส่วนหนึ่งมาจากกลุ่มอุตสาหกรรมยาสูบข้ามชาติ (transnational tobacco companies: TTCs) ได้เข้ามาในตลาดของประเทศยากจนหรือรายได้ปานกลางในช่วงสิบปีที่ผ่านมา⁸ ซึ่งองค์การอนามัยโลกได้พิจารณาว่า “ยาสูบเป็นสินค้าถูกกฎหมายเพียงประเภทเดียวที่สามารถฆ่าชีวิตคนเมื่อนำมาใช้ตามตั้งใจของผู้ผลิต”⁹ ในปัจจุบันพบว่ากลุ่มอุตสาหกรรมยาสูบได้ใช้ช่องทางจากกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศทั้งในรูปแบบทวิภาคี พหุภาคีหรือข้อตกลงระหว่างประเทศแบบต่างๆ ในการขยายการตลาดผลิตภัณฑ์ยาสูบของตน โดยการเข้าติดต่อกับรัฐบาลของประเทศต่างๆ เพื่อทำข้อตกลงขยายอุตสาหกรรมยาสูบ อันเป็นการท้าทายต่อนโยบายด้านสุขภาพในระดับชาติและระดับสากล

บทบาทและอิทธิพลในการค้าที่เพิ่มมากขึ้นทำ รวมทั้งการค้าในรูปแบบพหุภาคีได้กำหนดกฎระเบียบทางการค้าของสินค้าผลิตภัณฑ์ระหว่างชาติต่างๆ ตลอดจนองค์การการค้าโลกได้ขยายระเบียบทางการค้าในมิติใหม่ ๆ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญาหรือการค้าในด้านการบริการ ทำให้ในเวลาต่อมาเกิดผลกระทบของการค้าต่อสุขภาพ อันเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาในภาคสังคมโดยเฉพาะในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาหรือยากจน ส่งผลให้ความสำคัญของกฎหมายหรือข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องหรือกระทบกับสุขภาพสาธารณะ (Public Health) เป็นประเด็นข้อสังเกตของหน่วยงานผู้รับผิดชอบหรือที่เกี่ยวข้องมากขึ้น ความกังวลอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางการค้าที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพได้ก่อให้เกิดการดำเนินการเพื่อหาแนวทางในการส่งเสริมการค้าและการคุ้มครองสุขภาพของประชากรโลกร่วมกันขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์การอนามัยโลก (WHO) ได้เข้าเป็นผู้สังเกตการณ์ชั่วคราว (*ad hoc observer*) ในที่ประชุมทางการค้าด้านทรัพย์สินทางปัญญา (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ขององค์การการค้าโลก¹⁰ เพื่อสังเกตการณ์หากมีกรณีกลุ่มกดดันอื่นที่ไม่ใช่รัฐสมาชิกสามารถเข้ามามีอิทธิพลต่อองค์การการค้าโลกในระหว่างการประชุมทางการค้าด้านทรัพย์สินทางปัญญา

⁸ Jha, P., Chaloupka, F.J.(eds). Tobacco Control in Developing Countries. New York : Oxford University Press, 2000

⁹ World Health Organization: “Tobacco is the only legal consumer product that kills when used exactly as intended by the manufacturer”

¹⁰ ในขณะเดียวกันองค์การการค้าโลกมีสถานะเป็นผู้สังเกตการณ์ในที่ประชุมด้านสุขภาพขององค์การอนามัยโลก ในเรื่องกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมการบริโภคยาสูบ (Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) เป็นต้น

นอกเหนือจากกระบวนการเพื่อเฝ้าระวังให้เกิดความสมดุลระหว่างการค้าและสุขภาพของประชาชนโดยการเข้าร่วมประชุมด้านการค้าขององค์การอนามัยโลกที่จัดโดยองค์การการค้าโลกแล้ว เนื้อหาในกรอบความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนและลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศได้กำหนดข้อยกเว้นในเรื่องสุขภาพสาธารณะไว้ดังจะนำเสนอในส่วนต่อไป

2. ข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศต้องตระหนักและคำนึงถึงสุขภาพสาธารณะ

ข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลกมักมีเนื้อหากำหนดหรือจำกัดเงื่อนไขไปยังประเทศภาคีสมาชิกในการออกกฎเกณฑ์ทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการ รวมถึงการจัดตั้งหรือลดกำแพงภาษี อย่างไรก็ตามหลักการระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ในทางการค้าโดยส่วนใหญ่มีข้อยกเว้นเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนในส่วนนี้จะกล่าวถึงข้อยกเว้นเพื่อการคุ้มครองสุขภาพประชาชนภายใต้ข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศฉบับที่สำคัญ แต่เนื่องจากประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพมีอยู่จำนวนมาก ในบทความนี้จะทำการพิจารณาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการบริโภคยาสูบเนื่องจากการแพร่ขยายของอุตสาหกรรมยาสูบในโลกของการค้าระหว่างประเทศกำลังเป็นประเด็นที่องค์การอนามัยโลกให้ความสำคัญและมีความกังวลอย่างมาก

2.1 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าหรือ GATT¹¹
(General Agreement on Tariffs and Trade) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้ามีวัตถุประสงค์มุ่งตรงต่อการขยายตัวด้านการค้าระหว่างประเทศเพื่อปรับปรุงมาตรฐานความเป็นอยู่ของประเทศภาคีสมาชิกด้วยกันให้ดียิ่งขึ้น กฎเกณฑ์ที่ GATT ได้จัดทำและมีความเกี่ยวข้องต่อการควบคุมยาสูบ เช่น การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง¹² (Most Favoured Nation: MFN)¹³ หรือมาตรการทางภาษี นอกจากนี้ในมาตรา XX ได้บัญญัติว่า “ประเทศผู้นำเข้าสามารถใช้มาตรการใดๆ ที่อาจขัดกับหลักการของความตกลง

¹¹ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าหรือ GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) เกิดขึ้นก่อนการก่อตั้งองค์การการค้าโลก หรือ WTO (World Trade Organization) ซึ่งเข้ามาทำหน้าที่แทน GATT และ WTO ได้นำ GATT 1947 เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงภายใต้ WTO และใช้บังคับ GATT ต่อไปนี้ชื่อใหม่ว่า GATT 1994

¹² การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment: MFN หมายถึงการปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกต้องไม่แตกต่างกัน

¹³ มาตรา 1:1 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า : การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งและสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อการนำเข้าของสินค้าระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน

ภายใต้องค์การการค้าโลกได้ หากการใช้มาตรการนั้นใช้เท่าที่จำเป็น ไม่เป็นการพลการ (arbitrary) หรือเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่สมเหตุผล (unjustifiable discrimination) ขณะเดียวกันต้องไม่เป็นการกีดกันอย่างเคลือบแฝงต่อการค้าระหว่างประเทศ (disguised restriction on international trade) โดยมาตรการนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข...(b) เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์หรือพืช”

ข้อยกเว้นในทางสาธารณสุขข้างต้นของ GATT ในประเด็นการควบคุมการบริโภคนยาสูบเกิดขึ้นในคดีของประเทศไทย (Thailand – cigarettes) ประเทศไทยได้ถูกร้องจากประเทศสหรัฐอเมริกาว่าระบบการห้ามนำเข้าบุหรี่และยาสูบจากต่างประเทศ แต่อุญาตให้ขายบุหรี่ที่ผลิตภายในประเทศได้เป็นการที่ประเทศไทยกระทำการละเมิดหลักการห้ามจำกัดการนำเข้าและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ คณะผู้พิจารณาของ GATT ได้พิจารณาและมีความเห็นว่า¹⁴ การห้ามผลิตภันต์ยาสูบนำเข้าจากต่างประเทศของประเทศไทยไม่ได้มีความจำเป็นเพียงพอต่อเหตุผลเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน เนื่องจากมาตรการทางภาษีและการห้ามการโฆษณาผลิตภันต์ยาสูบภายในประเทศโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติถือได้ว่ามีความสมเหตุสมผลเพียงพอแล้วในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

2.2 ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า¹⁵ (Technical Barriers to Trade Agreement: TBT) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าบังคับใช้เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าอันมาจากมาตรฐานทางเทคนิคและกฎระเบียบที่ปรับใช้เพื่อความปลอดภัยและคุณภาพของผลิตภัณฑ์ เช่น มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำหีบห่อ (packaging) หรือฉลาก (labeling) ที่ปรากฏบนยาสูบ แอลกอฮอล์ สารเคมี ยา หรือสินค้าจากโรงงาน เป็นต้น

ตัวอย่างของคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าและเกี่ยวข้องกับสุขภาพ ได้แก่ สหรัฐอเมริกาและบุหรืกานพลู (US-Clove cigarettes) ประเทศอินโดนีเซียได้ฟ้องประเทศสหรัฐอเมริกาต่อองค์การการค้าโลกว่า มาตรการสั่งห้ามนำเข้าบุหรืกานพลูของประเทศอินโดนีเซียเป็นการขัดต่อความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าที่ทั้งสองประเทศได้ทำไว้ร่วมกัน เนื่องจากในเวลาเดียวกันสหรัฐอเมริกา

¹⁴ ดูรายละเอียดใน <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/thaicigarettes.pdf>, paras 78-81

¹⁵ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT Agreement) เป็นความตกลงภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักสำคัญ 2 ประการ คือ 1) เพื่อให้ประเทศสมาชิกมั่นใจว่ากฎระเบียบทางเทคนิค (Technical Regulations) มาตรฐาน (Standards) และกระบวนการประเมินความสอดคล้องที่ออกมานั้น จะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้า และ 2) ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์ พืช และสิ่งแวดล้อม

ยังคงอนุญาตให้บุหรืรสมณฑลซึ่งผลิตภายในประเทศวางจำหน่ายได้ คณะผู้พิจารณา (panel) ได้ตัดสินว่ามาตรการในการห้ามบุหรืรสมณฑลนำเข้าจากประเทศอินโดนีเซียของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการเลือกปฏิบัติ (discrimination) เนื่องจากสหรัฐอเมริกา ยังคงอนุญาตให้จำหน่ายบุหรืรสมณฑล ซึ่งเป็นสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจำหน่ายได้ อันเป็นการไม่สอดคล้องกับมาตรา 2.1¹⁶ ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า อย่างไรก็ตามในประเด็นเรื่องการคุ้มครองสุขภาพ คณะผู้พิจารณาได้ตัดสินว่า มาตรการห้ามการนำเข้าของบุหรืรสมณฑลของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเรื่องข้อจำกัดทางการค้ามากกว่าความจำเป็นในเรื่องการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนภายใต้ข้อตกลงมาตรา 2.2¹⁷ คณะผู้พิจารณาได้ยกคำร้องในเรื่องการละเมิดหลักการดังกล่าวของประเทศอินโดนีเซีย

2.3 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Trade Related Intellectual Property Rights : TRIPs) ความตกลงทริปส์ได้ถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่น เครื่องหมายการค้าหรือสิทธิบัตร นอกจากนี้ความตกลงทริปส์กำหนดให้ประเทศภาคีขององค์การการค้าโลกจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยมีข้อยกเว้นในบางกรณี เช่น การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะทำให้ประชาชนสับสนหลงผิด (misleading trademark) อันปรากฏในมาตรา 15(2)¹⁸ ว่าด้วยสิทธิในการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และมาตรา 6 quinquies B (iii)¹⁹ ว่าด้วยสิทธิของประเทศภาคีสมาชิกในการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด

¹⁶ Article 2.1 Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favorable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country.

¹⁷ Article 2.2 “Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade...(…)...Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment.

¹⁸ Article 15(2) provides a right to deny registration on the grounds permitted under the Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

¹⁹ 6 quinquies B (iii) provides that Parties may refuse registration on the basis that a mark is misleading

บทบัญญัติข้างต้นยังสอดคล้องกับกรอบอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมการบริโภคยาสูบ (FCTC) ในมาตรา 11.1²⁰ บัญญัติว่าห้ามปรากฏข้อความที่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิดรวมถึงการใช้คำที่ปรากฏบนเครื่องหมายการค้า เช่น อ่อนบาง (light) หรือละมุน (mild) เพื่อชี้แนะว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ใช้ข้อความดังกล่าวบนฉลากมีอันตรายต่อสุขภาพน้อยกว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบประเภทอื่นๆ

ความตกลงทริปส์และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องได้วินิจฉัยว่า ความตกลงทริปส์มีได้เรียกร้องให้ชาติสมาชิกต้องรับรองสิทธิใน “การใช้” เครื่องหมายการค้า (right to use) ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในระหว่างการค้าขายสินค้าของตน แต่ความตกลงทริปส์รับประกันต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพียงสิทธิใน “การหวงกัน” ผู้อื่น (right to exclude others) จากการใช้เครื่องหมายการค้าในตนเองได้จดทะเบียนไว้แล้ว การแยกความแตกต่างในการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีความสำคัญ เนื่องจากมาตรการในการควบคุมยาสูบของรัฐจำนวนมากเกี่ยวข้องกับต่อการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้า เช่น กรณีการห้ามการใช้ข้อความบนหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบที่มีข้อความก่อให้เกิดผู้บริโภคสับสนหลงผิดต่ออันตรายของยาสูบ การจำกัดการโฆษณาหรือการสนับสนุนส่งเสริมผลิตภัณฑ์ยาสูบ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบการยาสูบมักต่อต้านมาตรการการขยายภาพคำเตือนบนซองยาสูบหรือการจัดทำของบุหรี่แบบเรียบ²¹ โดยอ้างมาตรา 20²² ของความตกลงทริปส์ว่าด้วยการใช้เครื่องหมายการค้าต้องถูกกีดขวางอย่างไม่เป็นธรรมจากข้อเรียกร้องพิเศษ²³

²⁰Article 11 FCTC : Packaging and labelling of tobacco products

1. Each Party shall (...), adopt and implement, in accordance with its national law, effective measures to ensure that: (a) tobacco product packaging and labelling do not promote a tobacco product by any means that are false, misleading, deceptive or likely to create an erroneous impression about its characteristics, health effects, hazards or emissions, including any term, descriptor, trademark, figurative or any other sign that directly or indirectly creates the false impression that a particular tobacco product is less harmful than other tobacco products. These may include terms such as “low tar”, “light”, “ultra-light”, or “mild”

²¹ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน : เอื้ออารีย์ อังจะนิล, กฎหมายว่าด้วยการจัดทำของบุหรี่แบบเรียบหรือของบุหรี่แบบมาตรฐาน, วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 30 ฉบับที่ 1, 2555, หน้า 49 – 69

²²Article 20 TRIPs : The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings...(.)

²³ในปัจจุบันยังคงไม่มีความชัดเจนว่าข้อเรียกร้องพิเศษ (special requirement) ในบทบัญญัติดังกล่าวได้แก่เรื่องใดบ้าง

(special requirement) เช่นการลดทอนความสามารถในการแยกแยะเครื่องหมายการค้าออกจากสินค้าตัวอื่น ๆ ในปัจจุบันข้ออ้างตามมาตราดังกล่าวของผู้ประกอบการยาสูบยังมิได้ถูกหยิบยกขึ้นเป็นข้อพิพาทมายังองค์การการค้าโลกแต่อย่างใด

ทั้งนี้มาตรา 20 ของความตกลงทริปส์ได้จำกัดเฉพาะ “อุปสรรคอันไม่เป็นธรรม” (unjustifiable encumbrances) ซึ่งในกรณีเป็นอุปสรรคแต่มีความเป็นธรรมนั้นคณะผู้แทนขององค์การการค้าโลกสามารถอ้างหลักการตามมาตรา 8 ของความตกลงทริปส์ว่าด้วยรัฐภาคีสามารถกำหนดมาตรการที่จำเป็นในการคุ้มครองป้องกันสุขภาพสาธารณะได้ นอกจากนี้มาตราดังกล่าวยังเป็นแนวทางในการตีความต่อมาตราอื่น ๆ รวมถึงมาตรา 20 ข้างต้นอีกด้วย ด้วยเหตุนี้มาตรการการควบคุมสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ใด ๆ เช่นยาสูบเป็นไปเพื่อความจำเป็นในการคุ้มครองป้องกันสุขภาพของประชาชนย่อมเป็นการออกกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับมาตรา 20 ของความตกลงทริปส์²⁴

2.4 เขตการค้าเสรี Free Trade Agreement (FTA) เขตการค้าเสรี²⁵ มีทั้งระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาค ข้อขัดแย้งระหว่างประเทศที่จัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีจึงอาจมีลักษณะแตกต่างกันออกไป

ตัวอย่างกรณีพิพาทภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสุขภาพ ได้แก่ บริษัทยาสูบได้ฟ้องต่อรัฐบาลประเทศนอร์เวย์ภายใต้ข้อตกลงเศรษฐกิจยุโรป²⁶ (European Economic Area Agreement: EEA) ซึ่งได้ขยายส่วนของกฎหมายสหภาพยุโรป ในกรณีของการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ของสินค้าไปยังประเทศนอร์เวย์ บริษัทยาสูบได้ฟ้องในประเด็นว่าด้วยประเทศนอร์เวย์ละเมิดข้อตกลงเขตการค้าเสรีโดยการห้ามการแสดงผลภัณฑ์ยาสูบ ณ จุดขาย (point of sale) ศาลแห่งกรุงออสโลได้ร้องขอความเห็นไปยังคณะตุลาการของศาลยุติธรรมแห่งการค้าเสรีสหภาพยุโรป²⁷ (The European Free Trade Association EFTA Court) ศาลยุติธรรมแห่งการค้าเสรีสหภาพยุโรปได้พิจารณา

²⁴ Workshop on trade-related issues relevant to implementation of the WHO: FCTC, Geneva Switzerland, 15-16 March 2012, p. 7

²⁵ เขตการค้าเสรี (Free Trade Area : FTA) คือการรวมกลุ่มเศรษฐกิจโดยมีเป้าหมายเพื่อลดภาษีศุลกากรภายในกลุ่มลงให้เหลือน้อยที่สุด หรือเป็น 0 % และใช้อัตราภาษีปกติที่สูงกว่ากับประเทศนอกกลุ่ม การทำเขตการค้าเสรีในอดีตมุ่งเน้นด้านการเปิดเสรีด้านสินค้า (goods) โดยการลดภาษีและอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีเป็นหลัก แต่เขตการค้าเสรีในช่วงเวลาปัจจุบัน รวมถึงการเปิดเสรีด้านบริการ (services) และการลงทุนด้วย

²⁶ ดูรายละเอียดคดีดังกล่าวได้ที่ [http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvscases_pi1\[case_id\]=134&cHash=b2da5d67f0333033e95f786573522f5e](http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvscases_pi1[case_id]=134&cHash=b2da5d67f0333033e95f786573522f5e)

²⁷ ศาลศาลยุติธรรมแห่งการค้าเสรีสหภาพยุโรป (The European Free Trade Association EFTA Court) มีอำนาจในการให้คำแนะนำการบังคับใช้ข้อตกลงเศรษฐกิจยุโรป

ว่าแม้การห้ามการแสดงผลผลิตภัณฑ์ยาสูบ ณ จุดขายถือเป็นมาตรการที่มีผลกระทบเชิงปริมาณในการจำกัดเรื่องการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า แต่การห้ามการแสดงผลสินค้า ณ จุดขายดังกล่าวสอดคล้องและมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองสุขภาพสาธารณะ ซึ่งในเวลาต่อมาศาลแห่งกรุงออสโลได้ตัดสินให้การห้ามการแสดงผลสินค้าบุหรี่ยุคใหม่เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นต่อการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

2.4 ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements) ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (IIAs) สามารถพบได้ในเรื่องการลงทุนของเขตการค้าเสรี (FTAs) หรือความตกลงเพื่อการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน (Bilateral investment treaties BITs) ข้อตกลงเหล่านี้จำกัดความสามารถของรัฐในการเข้าไปแทรกแซงการลงทุนที่มาจากนักลงทุนต่างชาติ ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (IIAs) มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของนักลงทุนต่างชาติต่อการเลือกปฏิบัติ การจ่ายค่าทดแทนกรณีกรรมสิทธิ์ถูกเวนคืนและคุ้มครองต่อการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เสมอภาคกัน ข้อสังเกตในเรื่องนี้ได้แก่ นักลงทุนต่างชาติโดยเฉพาะในรูปแบบบริษัทต่างชาตินักลงทุนต่างชาติมักใช้ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศนี้เป็นข้อกล่าวหาต่อรัฐ เพื่อให้เกิดการเยียวยาชดใช้ความเสียหาย ในกรณีการเวนคืนสัญญาองค์การอนามัยโลกว่าด้วยการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ มักเกิดข้อกล่าวหาทั้งในกรณีการเวนคืนกรรมสิทธิ์ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเสมอภาค ในที่นี้ขอยกตัวอย่างกรณีการเวนคืนทางอ้อม (Indirect expropriation)

ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (IIAs) มีวัตถุประสงค์ป้องกันการโอนกรรมสิทธิ์กลับมาเป็นของชาติ (nationalization) และการเวนคืน หรือมาตรการอื่นๆ ที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน ยกเว้นในกรณีที่นำไปเพื่อสาธารณะและไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนรวมถึงมีการจ่ายค่าทดแทน เนื่องจากมาตรการในการควบคุมการบริโภคยาสูบมีได้เกี่ยวข้องโดยตรงต่อการเฝ้าระวังภัยสุขภาพจากบริษัทยาสูบมายังรัฐ ด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบการยาสูบจึงมิได้ยกประเด็นในเรื่องของการเวนคืนหรือการโอนทรัพย์สินกลับมาเป็นของชาติ แต่ใช้เป็นข้อกล่าวหาว่ามาตรการในการควบคุมยาสูบเทียบเท่ากับการเวนคืน (Indirect expropriation) ข้อกล่าวหาของบริษัทยาสูบเหล่านี้ก่อให้เกิดการถกเถียงในเรื่องการออกกฎหมายภายในประเทศ เช่น การฟ้องร้องของบริษัทยาสูบข้ามชาติไปยังประเทศอูรุกวัยและประเทศออสเตรเลีย

ในคดีของประเทศอูรุกวัย บริษัทยาสูบซึ่งมีฐานที่ตั้งอยู่ที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้กล่าวหาภายใต้ข้อตกลงทวิภาคี BIT ระหว่างสวิตเซอร์แลนด์และอูรุกวัย ในเรื่องของมาตรการควบคุมบนหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ เนื่องจากกฎหมายของประเทศอูรุกวัยกำหนดให้ขยายขนาดภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ยุคใหม่เป็น 80% รวมทั้งการห้ามแสดงรูปแบบบนซองบุหรี่ยุคใหม่

ที่ส่งผลให้เกิดความเข้าใจผิดด้านสุขภาพของผู้บริโภค ผลของการออกกฎหมายฉบับดังกล่าว ส่งผลให้บริษัทยาสูบกล่าวหาว่ามาตรการขยายขนาดภาพคำเตือนของรัฐบาลอูรุกวัย เป็นการเวนคืนกรรมสิทธิ์ทางอ้อม เนื่องจากขนาดของภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ที่มีขนาดใหญ่ขึ้นก่อให้เกิดความกลัวต่อผู้บริโภคมากกว่าเป็นการเตือนถึงความเสี่ยงด้านสุขภาพที่จะเกิดขึ้นกับผู้บริโภค อย่างไรก็ตามศาลของประเทศอูรุกวัยได้ตัดสินให้รัฐบาลเป็นฝ่ายชนะคดีนี้โดยคำนึงถึงสุขภาพอนามัยของประชาชนเป็นสำคัญ

ในคดีของประเทศออสเตรเลีย บริษัทบุหรี่ซึ่งมีฐานที่ตั้งอยู่ในทวีปเอเชียได้ฟ้องรัฐบาลออสเตรเลียภายใต้ข้อตกลงในปี 1993 ระหว่างรัฐบาลออสเตรเลียและรัฐบาลฮ่องกงว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน อันเนื่องมาจากข้อพิพาทจากการออกกฎหมายว่าด้วยการจัดทำของบุหรี่แบบเรียบ (Tobacco Plain Packaging Act 2011) โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อมของกรรมสิทธิ์ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับข้อกล่าวหาที่มีไปยังรัฐบาลอูรุกวัย และในครั้งนี้บริษัทยาสูบข้ามชาติได้ย้ำว่ามาตรการในการจัดทำของบุหรี่แบบเรียบเป็นการเวนคืนสิทธิในเครื่องหมายการค้าและคุณค่า (goodwill) ของเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่บนซองบุหรี่ ในคดีนี้ศาลสูงของประเทศออสเตรเลียได้พิพากษาว่าการออกกฎหมายการจัดทำของบุหรี่แบบเรียบมิได้เป็นการเวนคืนสิทธิในเครื่องหมายการค้าของบริษัทยาสูบแต่อย่างใด เนื่องจากเจ้าของผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นยังคงเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอยู่ตลอดเวลาและยังคงมีสิทธิหากันมีให้บุคคลอื่นมาใช้สิทธิดังกล่าวของตน การนำมาตรการของบุหรี่แบบเรียบตามนโยบายสาธารณสุขของรัฐบาลออสเตรเลียมาบังคับใช้จึงเป็นเรื่องการคุ้มครองสุขภาพที่สมควรดำเนินการต่อไป

คดียาสูบข้างต้นของประเทศอูรุกวัยและประเทศออสเตรเลียจากการถูกฟ้องโดยบริษัทยาสูบข้ามชาตินั้น พบว่าทั้ง 2 ประเทศมีเป้าหมายและแนวทางของมาตรการในทางสาธารณสุขคล้ายคลึงกัน ได้แก่เป้าหมายเพื่อลดการแพร่หลายของสินค้ายาสูบ โดยใช้แนวทางการจำกัดพื้นที่หรือห้ามการโฆษณาบนซองยาสูบพร้อมทั้งขยายภาพคำเตือนบนซองยาสูบให้มีขนาดใหญ่ขึ้น การตีความซึ่งนำหน้าระหว่างความสำคัญของการค้าและสุขภาพของประชาชนจากข้อพิพาทข้างต้นเห็นได้ชัดว่าศาลสูงทั้ง 2 ประเทศได้ตัดสินให้รัฐบาลผู้ซึ่งออกนโยบายคุ้มครองสุขภาพของประชาชนเป็นฝ่ายชนะคดีทั้งคู่

แนวคิดของหลักการเรื่องรัฐตำรวจ (police power) ต่อการใช้อำนาจรัฐในด้านสุขภาพสาธารณะมีว่าในการใช้อำนาจอธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองป้องกันสุขภาพรัฐจะปราศจากความรับผิดชอบในเรื่องของการเวนคืนทั้งทางตรงหรือทางอ้อม เนื่องจากเป็นการกระทำหรือการดำเนินการเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน รัฐจึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องเยียวยาชดเชยต่อนักลงทุนในเรื่องการเวนคืน ตราบที่รัฐไม่ได้ทำการเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ดีหลักการในเรื่องการใช้อำนาจในการคุ้มครองสุขภาพสาธารณะของรัฐตำรวจข้างต้นมักได้มีการบัญญัติไว้ในข้อตกลงข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (IIAs) กรณีนี้จึงมีความเห็นออกเป็นสองแนวทาง²⁸ ได้แก่ แนวทางแรกมองว่ามาตรการในการใช้อำนาจรัฐเพื่อการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนเป็นข้อยกเว้นจากหน้าที่ในการจ่ายค่าทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับเอกชนและแนวทางที่สองมองว่ามาตรการที่ออกโดยการใช้อำนาจรัฐลักษณะดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นการเวนคืนแต่อย่างใด

จากเนื้อหาข้างต้นพบว่าความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสุขภาพสาธารณะนั้นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับที่มีความสำคัญในเรื่องการค้า ล้วนแต่มีข้อยกเว้นในเรื่องสุขภาพของประชาชนที่รัฐสามารถออกมาตรการอันอาจเป็นข้อยกเว้นของกฎเกณฑ์ทางการค้าเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนได้ อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นเหล่านี้รัฐต้องคำนึงถึงความจำเป็น การไม่เลือกปฏิบัติและความเสมอภาคที่เหมาะสมรวมถึงสามารถอธิบายการออกมาตรการที่เป็นข้อจำกัดการใช้สิทธิทางการค้าดังกล่าวให้กับเอกชนได้เช่นกัน นอกจากนี้แนวโน้มของการตัดสินข้อพิพาทระหว่างการออกมาตรการของรัฐในเรื่องสุขภาพและสิทธิของเอกชนในทางการค้าโดยศาลหรือคณะผู้มีอำนาจพิจารณาขององค์การระหว่างประเทศมักให้การรับรองต่อมาตรการด้านสุขภาพของประชาชนเป็นหลักก่อนสิทธิในด้านการค้า

3. ความสัมพันธ์ในเรื่องการค้าและสุขภาพสาธารณะของประเทศไทย

ในส่วนของประเทศไทยบทบัญญัติหลักที่ให้การรับรองด้านสิทธิและเสรีภาพอันสอดคล้องกับหลักการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้แก่ มาตรา 41²⁹ เรื่องกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ มาตรา 42³⁰ หลักกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์และมาตรา 43³¹ เรื่องเสรีภาพในการประกอบ

²⁸ Workshop on trade-related issues relevant to implementation of the WHO FCTC, Geneva Switzerland, 15-16 March 2012, P.11

²⁹ มาตรา 41 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “สิทธิของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ...”

³⁰ มาตรา 42 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะกิจการของรัฐเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน การอนุรักษ์โบราณสถานและแหล่งทางประวัติศาสตร์ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืนนั้น...”

³¹ มาตรา 43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

อาชีพ สิทธิและเสรีภาพข้างต้นแม้โดยหลักการเป็นการรับรองเอกชนในการประกอบอาชีพ และการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่รัฐยังคงมีข้อยกเว้นในการเข้าจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพ ดังกล่าวได้ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างคำพิพากษาของการที่รัฐสามารถใช้ข้อยกเว้นตามที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และกรรมสิทธิ์เพื่อประโยชน์ด้านการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ได้แก่คำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-4/2555 เรื่องพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 32³² ซึ่งมีเนื้อหาห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลได้วินิจฉัยว่าแม้การห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะมีผลกระทบต่อ การขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าว แต่รัฐมีอำนาจกระทำได้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการ จัดระเบียบการประกอบอาชีพและเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็น เนื่องจากมิได้ห้ามการโฆษณาโดยเด็ดขาด หากการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นการให้ข้อมูลข่าวสารและความรู้เชิงสร้างสรรค์ ย่อมสามารถกระทำได้ มิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลแต่อย่างใด

จากคำวินิจฉัยข้างต้นของศาลรัฐธรรมนูญพบว่าเมื่อต้องชั่งน้ำหนักระหว่าง การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและสุขภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญไทย ได้ให้น้ำหนักในเรื่องสุขภาพของประชาชนว่ารัฐสามารถออกมาตรการเพื่อให้การคุ้มครอง ป้องกันสุขภาพสาธารณะได้ อย่างไรก็ดีการออกมาตรการลักษณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในกรณีนี้ต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและเคารพหลักความเสมอภาคของเอกชนผู้ประกอบ ธุรกิจด้วย

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนใน ด้านสาธารณสุขโรค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบ อาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

³¹ มาตรา 32 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 “ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณา เครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจ ให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือ โดยอ้อม

การโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ ใดๆ โดยผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทุกประเภทให้กระทำเฉพาะการ ให้ข้อมูลข่าวสาร และความรู้เชิงสร้างสรรค์สังคม โดยไม่มีการปรากฏภาพของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์นั้น เว้นแต่เป็นการปรากฏภาพสัญลักษณ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือสัญลักษณ์ของบริษัท ผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นเท่านั้น ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสุขภาพไม่ว่าในระดับข้อตกลงระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในประเทศอาจเกิดปัญหาว่าเป้าหมายด้านการค้าของเอกชนอาจขัดหรือแย้งต่อนโยบายของรัฐในเรื่องการคุ้มครองสุขภาพอนามัยสาธารณะ แต่ความสัมพันธ์ของการค้าและสุขภาพอนามัยของประชาชนจำเป็นต้องเดินทางร่วมไปด้วยกัน การจัดทำกฎเกณฑ์ทางการค้าควรคำนึงถึงความสำคัญด้านสุขภาพในลำดับแรกและควรนำประเด็นด้านสุขภาพจัดเข้าอยู่ใจกลางหลักของข้อเสนอหรือความตกลงด้านการค้าประเภทต่างๆ ทุกรูปแบบอีกด้วย เนื่องจากไม่มีระบบเศรษฐกิจหรือตลาดการค้าใดที่จะเจริญเติบโตอย่างยั่งยืนหากสุขภาพของประชาชนไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิตหรือผู้บริโภคในตลาดแห่งนั้นมีความเสื่อมโทรมจนไม่สามารถเป็นทรัพยากรบุคคลในการผลิตหรือสร้างความก้าวหน้าให้กับสังคมได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ความเจ็บป่วยหรือการมีสุขภาพที่ทรุดโทรมของสมาชิกในสังคมย่อมเป็นภาระของรัฐในการรักษาพยาบาลซึ่งถือเป็นต้นทุนที่รัฐต้องสูญเสียทั้งที่สามารถป้องกันได้จากนโยบายสาธารณะด้านสุขภาพ