

บทที่ 3

หลักเกณฑ์และแนวคำตัดสินของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำ ละเมิดภายใต้กฎเกณฑ์ของ GATT และ WTO

ก่อนที่จะมีการเจรจาจบสุดท้ายในการร่างกฎบัตร ITO ซึ่งถูกจัดขึ้นที่กรุงฮาวานาในต้นปี 1948 นั้นได้มีการลงนามใน GATT แล้วเนื่องจากประเทศต่าง ๆ ซึ่งนำโดยสหรัฐตัดสินใจที่จะทำการเจรจาข้อตกลงพหุภาคีแม้ว่าจะเป็นช่วงก่อนที่ ITO จะมีผลใช้บังคับ เพื่อที่จะนำผลการเจรจาของ GATT ไปรวมเป็นส่วนหนึ่งของบทที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้าของร่างกฎบัตร ITO

แม้ว่ากฎบัตร ITO จะไม่มีผลใช้บังคับ แต่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในกรณีที่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดที่ร่างขึ้นเพื่อใช้กับ ITO ก็ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT โดยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย มาตรา XXIII: 1 (บี) ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่ชัดเจนในการปรับใช้คำร้อง และการบังคับใช้ให้เป็นไปตามคำตัดสิน การศึกษาหลักเกณฑ์และแนวทางในการปรับใช้จึงต้องพิจารณาจากแนวคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งแนวคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทภายใต้ GATT นี้ยังคงได้รับการยอมรับให้นำมาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทภายใต้ WTO ด้วย

หลังจากที่มีการเจรจาบรรลุภัยเพื่อจัดตั้ง WTO แล้ว มาตรา XXIII ของ GATT ยังคงได้รับการยืนยันให้เป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการระงับข้อพิพาทของความตกลง WTO โดยบทบัญญัติสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดถูกกำหนดไว้ในมาตรา 26 ของ DSU และความตกลงแนบท้ายความตกลง WTO เช่น GATS และ TRIPS

เนื่องจากความตกลง WTO มีลักษณะที่แตกต่างจาก GATT และมีขอบเขตความคุ้มครองที่กว้างกว่า คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นใน WTO จึงมีรูปแบบที่แตกต่างจากที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT ในบทนี้ก็จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์แนวคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ของ GATT และ WTO

3.1 วัตถุประสงค์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

GATT นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะธำรงไว้ซึ่งผลของความตกลงทางการค้าหลายฝ่ายที่เป็นการตกลงกันภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง และเพื่อที่จะสนับสนุนให้มีการค้าเสรีระหว่างภาคีนอกจากนั้น GATT ยังมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพื่อที่จะปกป้องความสมดุลของผลประโยชน์ที่มีระหว่างภาคี มาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT จึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสมดุลของข้อลดหย่อนซึ่งถือว่าเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญของภาคี ดังที่ Robert E. Hudec กล่าวไว้ว่า “ถ้าไม่มีการให้ข้อลดหย่อนสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ไม่มีกฎเกณฑ์อื่นใดของ GATT ที่จะทำให้มันใจได้ อย่างแท้จริงถึงระดับของโอกาสทางการค้า”¹

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทในรายงานคดีระหว่างสหรัฐกับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่เกี่ยวกับการอุดหนุนเมล็ดน้ำมันของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC-Oilseed) ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดไว้อย่างชัดเจนว่า “แนวคิดที่อยู่ภายใต้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดก็คือแนวคิดที่เห็นว่าโอกาสในการแข่งขันซึ่งภาคีสามารถคาดหมายโดยชอบด้วยกฎหมายว่าจะได้มาจากข้อลดหย่อนทางภาษีนั้นอาจจะถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย อันเนื่องมาจากมาตรการที่ไม่ขัดกับความตกลง และเพื่อที่จะสนับสนุนให้ภาคีให้ข้อลดหย่อนทางภาษีแก่กัน ภาคีจึงต้องมีสิทธิที่จะขอให้มีการชดเชยหรือขอให้มีการแก้ไขปรับปรุงเมื่อข้อลดหย่อนที่ให้ต่างตอบแทนกันนั้นถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่ามาตรการนั้นจะขัดแย้งกับความตกลงหรือไม่”²

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าคุณค่าหลักของข้อลดหย่อนก็คือการรับประกันว่าภาคีจะสามารถเข้าสู่ตลาดของอีกฝ่ายหนึ่งได้ดีกว่าโดยผ่านการแข่งขันทางด้านราคาที่ดีขึ้น และภาคีที่ทำการเจรจาข้อลดหย่อนทางภาษีก็มีจุดประสงค์หลักเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าว ดังนั้นถ้าภาคีไม่สามารถสันนิษฐานได้จากการเจรจาข้อลดหย่อนทางภาษีว่าผลประโยชน์ที่ได้มาจากการเจรจาจะไม่สูญหายไปโดยอัตโนมัติ และถ้าไม่มีสิทธิที่จะขอให้มีการชดเชยหรือการแก้ไขปรับ

¹ Frieder Roessler, “The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization” in International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System. (1997) p. 133.

² ECC-Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and related Animal-Feed Proteins, BISD37S /86,1991, para 144.

ปรุ่งในกรณีดังกล่าว ภาคีก็จะไม่ต้องกรให้ข้อลดหย่อนทางภาษีแก่กัน และความตกลงในฐานะที่เป็นกรอบทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดผลในการเจรจาทางการค้าก็จะมีประโยชน์อีกต่อไป³

เมื่อพิจารณาจากคำกล่าวของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้น . . . คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อที่จะปกป้องข้อลดหย่อนทางภาษี โดยผู้ร่างกำหนดวิธีการในการขอให้มีการปรับปรุงแก้ไขถ้าการใช้มาตรการของรัฐทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ที่ได้มาจากข้อลดหย่อนทางภาษี และเพื่อที่จะใช้มาตรา XXIII: 1 (บี) ให้มีประสิทธิภาพประเภทของการกระทำของรัฐตามมาตรา XXIII: 1 (บี) นั้นก็ไม่ควรที่จะถูกกำหนดให้อยู่ในขอบเขตที่จำกัด⁴

นอกจากนั้นนักวิจารณ์บางท่านยังเห็นว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในกระบวนการระดับข้อพิพาทของ GATT ยังเป็นเหมือนเครื่องมือในการอุดช่องว่างของความตกลงที่ทำให้ภาคีมั่นใจในบูรณะภาพของ GATT เมื่อต้องเผชิญกับวิธีการที่ซับซ้อนของประเทศต่าง ๆ ที่นำมาใช้ในการทำลายความสมดุลของผลประโยชน์ระหว่างภาคี⁵ หรืออาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดก็คือการป้องกันการหลบหลีกบทบัญญัติของความตกลงหรือหลีกเลี่ยงข้อลดหย่อนที่มีการให้แก่กันโดยผ่านมาตรการทางการค้าที่สอดคล้องกับความตกลง

3.2 หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ GATT

หลักเกณฑ์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดปรากฏอยู่ในมาตรา XXIII ของ GATT โดยที่ไม่ได้กำหนดว่าการกระทำเช่นใดที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิด แนวทางในการพิสูจน์ว่ามีกรทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีกรกระทำละเมิด นั้นค่อย ๆ วิวัฒนาการขึ้นมาจากคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาท ซึ่งต่อมาก็ได้มีการนำแนวคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการเสนอคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมาบัญญัติไว้ในข้อตกลงการอธิบายประเพณีปฏิบัติของการระดับข้อพิพาท

³ Ibid., para 148.

⁴ Japan- Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, March 31, 1998, WT/DS44/R, para. 10.50.

⁵ Thomas Cottier and Krista Nadakavukaren Schefer, "Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future," p. 147.

GATT (Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement) เพื่อที่จะกำหนดให้มีวิธีการในการปรับใช้คำร้องที่ชัดเจนขึ้น

3.2.1 มาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT

ภายใต้ GATT 1947 หลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา XXIII หรือที่เรียกว่าบทบัญญัติที่ว่าด้วยการทำให้เสียไปหรือเสียหาย (Nullification or Impairment) โดยมาตรา XXIII ไม่ได้แบ่งแยกอย่างชัดเจนถึงลักษณะของคำร้องแต่ละประเภท

หลักเกณฑ์ทั่วไปของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา XXIII: 1 (บี) ซึ่งกำหนดว่า ถ้าภาคีพิจารณาเห็นว่าผลประโยชน์ที่ภาคีนั้นได้มาไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมภายใต้ความตกลงนี้กำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย หรือเห็นว่าการบรรลู่วัตถุประสงค์ของความตกลงนี้ถูกขัดขวางอันเนื่องมาจากการบังคับใช้มาตรการโดยภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่ามาตรการนั้นจะขัดแย้งกับบทบัญญัติของความตกลงนี้หรือไม่

จากหลักเกณฑ์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา XXIII: 1 (บี) ทำให้สามารถสรุปถึงองค์ประกอบของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดอย่างกว้าง ๆ ได้สามประการดังต่อไปนี้

1. มีการนำมาตรการใด ๆ มาปรับใช้โดยภาคีฝ่ายหนึ่ง
2. มีผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นภายใต้ความตกลงแก่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง
3. มาตรการที่นำมาปรับใช้นั้นไม่ว่าจะขัดแย้งกับบทบัญญัติของความตกลงหรือไม่ ทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ที่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้มา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทแรก ๆ ว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมีขึ้นเพื่อเป็นการรับประกันว่าผลประโยชน์ที่ภาคีได้มาจะไม่ถูกทำลายไปโดยการกระทำที่ไม่สามารถคาดหมายได้ มาตรา XXIII จึงต้องกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อที่จะครอบคลุมการกระทำของรัฐที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายได้แม้ว่าการกระทำของภาคีนั้นจะไม่ขัดกับความตกลง และเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของภาคีอย่างเต็มที่

นอกจากที่มาตรา XXIII จะกำหนดหลักเกณฑ์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดไว้อย่างกว้าง ๆ แล้ว มาตรา XXIII ยังไม่ได้กำหนดให้มีกระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยเฉพาะ มาตรา XXIII: 2 ที่เกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินจึงนำมาปรับใช้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดด้วย เมื่อข้อเสนอให้มีการเจรจาตกลงระหว่างภาคีเพื่อทำการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นที่พอใจ⁶ไม่ประสบผลสำเร็จภายในเวลาอันสมควร ภาคีก็อาจจะเสนอเรื่องดังกล่าวให้ที่ประชุมใหญ่ และที่ประชุมใหญ่จะต้องตรวจสอบเรื่องที่เสนอมานั้นโดยพลันและจะต้องให้คำแนะนำที่เหมาะสมแก่ภาคีซึ่งตนเห็นว่าเกี่ยวข้องด้วย หรือให้คำชี้ขาดในเรื่องนั้นอย่างเหมาะสมแก่ภาคี⁷

ในกรณีที่ที่ประชุมใหญ่เห็นว่าพฤติการณ์ที่พิพาทมีความร้ายแรงเพียงพอที่ประชุมใหญ่อาจจะให้ภาคีฝ่ายหนึ่งหรือฝ่ายอื่นใดที่เกี่ยวข้องระงับการบังคับใช้ข้อลดหย่อน หรือพันธกรณีอื่นภายใต้ความตกลงนี้ตามที่พิจารณาเห็นว่าเหมาะสมในสถานการณ์นั้น⁸

3.2.2 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณายื่นร้องขอให้ระงับข้อพิพาทภายใต้ GATT

หลังจากที่มีการพิจารณาตัดสินคดีที่เกิดขึ้นภายใต้มาตรา XXIII: ของ GATT ที่ประชุมรอบกรุงโตเกียว (Tokyo Round) ได้ประมวลข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทเพื่อที่จะทำให้บทบัญญัติของความตกลงมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นไว้ในข้อตกลงการอธิบายประเพณีปฏิบัติของการระงับข้อพิพาท GATT (Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement: Agreed Description)

ข้อ 4 ของ Agreed Description กำหนดให้ภาคีใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจ (Judgement)ว่าจะยื่นคำร้องขอให้มีการบังคับให้เป็นไปตามมาตรา XXIII: 2 ของ GATT นั้น จะมีประโยชน์แก่ตนหรือไม่ นอกจากนั้นข้อ 5 ของ Agreed Description กำหนดว่าในทางปฏิบัติภาคีจะยื่นคำร้องตามมาตรา XXIII ก็แต่เฉพาะในกรณีที่เห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาภายใต้ความตกลงกำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย และในกรณีที่มีการกระทำละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง การกระทำละเมิดนั้นถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าคดีมีมูล (prima facie) ของการทำให้เสียไปหรือเสียหาย

⁶ Article XXIII: 1 of General Agreement on Tariff and Trade (GATT).

⁷ Ibid., Article XXIII:2.

⁸ Ibid.

ในกรณีที่ภาคีที่ยื่นคำร้องตามมาตรา XXIII โดยอ้างว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิด ภาคีที่ยื่นคำร้องต้องเสนอเหตุผลโดยละเอียด (Detailed Justification) เพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตน⁹

หลักเกณฑ์ดังกล่าวที่ปรากฏใน Agreed Description ได้กำหนดให้มีกระบวนการที่แตกต่างกันที่จะนำมาใช้ในการยื่นคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิด และประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิด และจากบทบัญญัติข้างต้นทำให้สรุปได้ว่าก่อนที่ภาคีจะใช้สิทธิในการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้จะต้องมีความเสียหาย (injury) ประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้นกับภาคีนั้น โดยไม่จำเป็นว่าจะมีการกระทำละเมิดหรือไม่¹⁰ และภาคีจะต้องเสนอเหตุผลสนับสนุนโดยละเอียดเพื่อแสดงว่าตนเสียหายอย่างไร

3.2.3 วิเคราะห์แนวคำตัดสินในคดีประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดภายใต้กฎเกณฑ์ของ GATT

คดีประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT นั้นมีจำนวนน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับคดีประเภทที่มีการกระทำละเมิด และในจำนวนคดีที่มีการอ้างว่ามีความเสียไปหรือเสียหายโดยที่ไม่มี การกระทำละเมิดทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT นั้นมีเพียง 8 คดีที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้ทำการพิจารณาหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดในสาระสำคัญ โดยรายละเอียดของคดีทั้ง 8 คดีปรากฏอยู่ในตารางดังต่อไปนี้

⁹ Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, Adopted on 28 November 1979 (L/4907), Annex: Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement (Article XXIII:2), para 5.

¹⁰ John H. Jackson, World Trade And The Law of GATT. The Bobbs –Merrill Company, Inc., (1969) p. 181.

ตารางสรุปรายละเอียดของคดีประเภทที่ไม่มีการกระทำที่ละเมิด

	ชื่อคดี	คู่พิพาทหลัก	ประเด็นพิพาท	ผล คำตัดสิน ینگ อัง Working Party/Panel	ผลการรับรอง ینگ อัง ที่ประชุมใหญ่
1	Australian Subsidy ¹¹	ซีลีกับออสเตรเลีย	การอุดหนุน	มีความเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิด	รับรอง
2	German Sardines ¹²	นอร์เวย์กับเยอรมัน	ภาษีและโควต้า	มีความเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิด	รับรอง
3	Uruguayan Recourse ¹³	อุรุกวัย ฟ้อง ประเทศอุตสาหกรรม 15 ประเทศ	อุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี	ไม่มีหลักฐานสนับสนุนเพียงพอ	รับรอง
4	EEC-Canned Fruit ¹⁴	สหรัฐอเมริกา ประเทศสมาชิกเศรษฐกิจยุโรป	การอุดหนุน	มีความเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิด	ไม่รับรอง
5	EEC-Citrus ¹⁵	สหรัฐอเมริกา ประเทศสมาชิกยุโรป	ภาษี	มีความเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิด	ไม่รับรอง

¹¹ Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, April 3, 1950, GATT BISD/188, 1952.

¹² Treatment by Germany Imports of Sardines, October 31, 1952, GATT BISD/53, 1953.

¹³ Uruguayan Recourse Article XXIII, November 16, 1962, GATT BISD/95, 1963.

¹⁴ EEC –Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes, February 20, 1985, GATT Doc. L/5778, C/W/476.

¹⁵ EEC-Tariff Treatment of Citrus Products from Certain Mediterranean Countries, February 7, 1985, GATT Doc. L/5776, C/M/186.

6	Japan –Semi-Conductor ¹⁶	ประชาคมยุโรป กับญี่ปุ่น	คำแนะนำของ ฝ่ายบริหาร	ไม่มีหลักฐานสนับสนุน เพียงพอ	รับรอง
7	EEC-Oilseed ¹⁷	สหรััฐกับ ประชาคมยุโรป	การอุดหนุน	มีความเสียหายโดยไม่มี มีการกระทำละเมิด	รับรอง
8	USA –1955 Waiver ¹⁸	ประชาคมยุโรป กับสหรัฐ	การจำกัดการนำเข้า	ไม่มีหลักฐานสนับสนุน เพียงพอ	รับรอง

ในจำนวนคดีทั้ง 8 คดี ข้างต้นมีเพียง 3 คดีซึ่งที่ประชุมใหญ่ GATT ให้การรับรองรายงานของคณะทำงานและคณะกรรมการระดับข้อพิพาทที่ตัดสินว่าคดีมีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีมีการกระทำละเมิดพันธกรณี

จากหลักเกณฑ์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีมีการกระทำละเมิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา XXIII: 1 (บี) และจากแนวคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทในการพิจารณาว่าคดีมีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีมีการกระทำละเมิดพันธกรณีของความตกลงหรือไม่ต้องพิจารณาว่าผลประโยชน์ของภาคีที่ได้มาภายใต้ความตกลงนั้นถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายเนื่องจากการปรับใช้มาตรการที่สอดคล้องกับความตกลงของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ โดยการพิจารณาองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- 3.2.3.1 ขอบเขตและความหมายของมาตรการ
- 3.2.3.2 การประเมินผลประโยชน์ที่ภาคีได้มาภายใต้ความตกลง
- 3.2.3.3 การทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์
- 3.2.3.4 มาตรการเยียวยา

¹⁶ Japan – Trade in Semi-Conductors, May 4, 1988, GATT BISD/116, 1989.

¹⁷ Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed Related Animal-Feed Proteins, January 25, 1990, GATT BISD/86, 1991.

¹⁸ US-Restriction on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied Under the 1955 Waiver and under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions, November 7, 1990, GATT BISD/288, 1991.

3.2.3.1 ขอบเขตและความหมายของมาตรการ

ในคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT นั้นคณะกรรมการระงับข้อพิพาทไม่ได้เน้นที่จะอธิบายความหมายของมาตรการไว้มากนัก แต่จากคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทจะเห็นได้ว่ามาตรการนั้นก็คือการกระทำของรัฐ ซึ่งรวมถึงการละเว้นไม่กระทำการด้วย เช่น ในคดี German – Sardine ระหว่างนอร์เวย์กับเยอรมันที่นอร์เวย์ยื่นคำร้องกล่าวอ้างว่าการจัดเก็บภาษีและการจำกัดปริมาณที่แตกต่างกันของเยอรมันซึ่งให้ประโยชน์เฉพาะแก่ปลาซาร์ดีน (Sardine) ประเภท *clupea pilchardus* ที่ส่งออกโดยโปรตุเกสนั้นเป็นการกระทำที่ขัดกับมาตรา 1:1 ที่ว่าด้วยหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment: MFN) และมาตรา XIII:1 ที่เกี่ยวกับการบริหารการจำกัดปริมาณโดยไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Administration of Quantitative Restriction) และยังเป็นการทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อข้อผูกพันทางภาษีสำหรับ Sprats (*clupea sprattus*) และ herrings (*clupea harengus*) ที่เยอรมันได้เจรจากับนอร์เวย์ที่กรุงทอร์ควีย์ (Torquay) ในปี 1951 จากผลของการที่เยอรมันได้สัญญาว่าจะทำให้สภาวะในการแข่งขันสำหรับผลิตภัณฑ์ของนอร์เวย์ดีขึ้นโดยไม่ต้องมีการทำพันธกรณีระหว่างประเทศ และต่อมาเยอรมันก็ไม่ปฏิบัติตามที่ให้คำมั่นไว้ทำให้เกิดความเสียหายต่อนอร์เวย์

มีปัญหาเกิดขึ้นว่ามาตรการที่ขัดแย้งกับความตกลงแต่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้น (Exception) หรือข้อยกเว้นชั่วคราว (Waiver) นั้นถือว่าเป็นมาตรการภายใต้คำร้องประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดได้หรือไม่ ในคดี Uruguay Recourse to Article XXIII ที่อุรุกวัยกล่าวอ้างว่า มาตรการของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป 562 มาตรการ ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุรุกวัยนั้น คณะกรรมการระงับข้อพิพาทยอมรับว่ากฎเกณฑ์ทางด้านสุขภาพ (health regulation) ที่เป็นการจำกัดปริมาณซึ่งเป็นมาตรการที่ขัดต่อมาตรา XI แต่สอดคล้องกับความตกลงเพราะเป็น มาตรการที่ได้รับการยกเว้นไว้ตามมาตรา XX (บี) ให้นำมาใช้ได้ก็สามารถเป็นมูลเหตุให้มีการร้องขอให้ระงับข้อพิพาทตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ได้¹⁹ โดยคณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าตามหลักทางกฎหมายแล้วไม่มีเหตุผลที่จะแยกมาตรการบางมาตรการออกไปจากระบวนการระงับข้อพิพาทในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิด ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่มีการ

¹⁹ Uruguay Recourse to Article IXXXX, p. 17.

ละเมิดพันธกรณีของ GATT หรือว่าเป็นมาตรการที่ละเมิดพันธกรณีแต่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของ GATT นั้นก็ถือว่าไม่มีความแตกต่างกัน²⁰

นอกจากนั้นในคดี US-1955 Waiver ระหว่างประชาคมเศรษฐกิจยุโรปและสหรัฐ ที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปอ้างว่ามาตรการการจำกัดปริมาณการนำเข้าน้ำตาล และผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของน้ำตาลของสหรัฐที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นชั่วคราวตามคำตัดสินของที่ประชุมใหญ่ GATT เมื่อวันที่ 5 มีนาคม 1955 และภายใต้บันทึกท้ายตารางข้อตกลงหย่อนของสหรัฐนั้นไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ GATT และทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่าการที่มาตรการจำกัดปริมาณนั้นไม่สอดคล้องกับมาตรา XI: 1 ซึ่งกำหนดไม่ให้มีการห้ามการจำกัดปริมาณ แต่เป็นมาตรการที่สอดคล้องกับข้อยกเว้นชั่วคราวนั้นไม่ทำให้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปหมดสิทธิที่จะยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT อย่างไรก็ตามก็ขึ้นอยู่กับว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะสามารถแสดงให้เห็นว่าความเสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ที่ได้มาของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนั้นมีผลมาจากมาตรการจำกัดปริมาณนี้หรือไม่²¹

หลังจากที่มีการจัดตั้งความตกลง WTO บทบัญญัติข้อ 3 ของความเข้าใจว่าด้วยข้อยกเว้นพันธกรณีโดยทั่วไปภายใต้ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (Understanding in Respect of Waivers of Obligations under the General Agreement on Tariff and Trade 1994: Understanding in Respect of Waiver) ก็กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าภาคีที่เห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาภายใต้ GATT 1994 กำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการใช้มาตรการที่สอดคล้องกับข้อกำหนดและเงื่อนไขของข้อยกเว้นทั่วไป ภาคีนั้นอาจจะยื่นคำร้องตามมาตรา XXIII ของ GATT ตามที่กำหนดไว้ใน DSU ได้

3.2.3.2 การประเมินผลประโยชน์ที่ภาคีได้มาภายใต้ความตกลง

ภายใต้กฎเกณฑ์ของ GATT ผู้ยื่นคำร้องในกรณีที่ไม่มี การกระทำละเมิดนั้นต้อง พิสูจน์ให้เห็นว่ามีการกระทำละเมิดพันธกรณีหรือไม่ แต่สำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำ

²⁰ Ibid.

²¹ U.S. –Restriction on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied Under the 1955 Waiver and under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions, Para 5.18.

ละเมิดนั้นไม่ได้มีการกำหนดให้มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในการพิสูจน์ว่าคดีมีมูลของการทำให้เสียไปหรือเสียหายหรือไม่เนื่องจากไม่มีการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีเกิดขึ้น ในการยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดผู้ยื่นคำร้องต้องระบุให้ชัดเจนถึงผลประโยชน์ที่ตนได้มาซึ่งถูกทำให้เสียไป ดังนั้นการตีความคำว่า “ผลประโยชน์” จึงมีความจำเป็นอย่างมากในอันที่จะเข้าใจว่าขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดต้องการจะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ในลักษณะใด

ความหมายของผลประโยชน์ที่ปรากฏอยู่ในตัวบทบัญญัติมาตรา XXIII ของ GATT นั้นไม่ชัดเจนและสามารถตีความได้ในขอบเขตที่กว้างขวาง แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของ GATT แล้วผลประโยชน์ที่สามารถตีความว่าภาคีจะได้มาภายใต้ GATT ก็คือการเข้าสู่ตลาดอย่างแท้จริง (actual market access) หรือสถานะทางกฎหมายที่ดีขึ้น (an improved legal position)²²

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี EEC-Oilseeds เห็นว่าผลประโยชน์นั้นไม่สามารถประเมินได้จากปริมาณการค้า (volume of trade) เนื่องจากมีปัจจัยหลายปัจจัยที่อยู่นอกเหนือจากการควบคุมของรัฐที่มีอิทธิพลต่อปริมาณการค้า²³ แต่ผลประโยชน์ที่สามารถเห็นได้ก็คือการรับประกันการเข้าสู่ตลาดที่ดีกว่าผ่านการแข่งขันทางด้านราคาที่ดีขึ้น²⁴ ดังนั้นผลประโยชน์ก็คือสภาวะหรือความสัมพันธ์ในการแข่งขัน

ผลประโยชน์นั้นตราบเท่าที่เป็นผลประโยชน์ที่ชอบโดยกฎหมายไม่จำเป็นที่ภาคีที่อ้างมาตรา XXIII: I (บี) จะต้องได้มาโดยตรง ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นโดยทางอ้อมก็ได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักการได้รับผลประโยชน์ร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน (Quid pro quo) ที่หมายถึงการคาดหวังว่าจะได้รับบางสิ่งบางอย่างที่มีค่าเป็นการแลกเปลี่ยนกับการให้บางสิ่งที่มีค่า²⁵

²² Armin von Bogdandy, “The Non-Violation Procedure of Article XXIII: 2 GATT – Its Operational Rationale,” *Journal of World Trade*, 26, (August 1992), p. 97.

²³ EEC-Payment and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed Related Animal-Feed Proteins, para 148.

²⁴ Ibid.

²⁵ Thomas Cottier and Krista Nadakavukaren Schefer, “Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present, and Future,” p. 160.

แม้ว่าความหมายของคำว่าผลประโยชน์ตามมาตรา XXIII นี้จะสามารถตีความได้ในขอบเขตที่ค่อนข้างจะกว้างมาก แต่หลักปฏิบัติของ GATT แสดงให้เห็นว่ามีเพียงผลประโยชน์ประเภทเดียวที่ที่ประชุมใหญ่ยอมรับว่าเป็นผลประโยชน์ภายใต้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดก็คือผลประโยชน์ที่เป็นข้อผูกพันทางภาษี การตีความที่จำกัดนี้เป็นการตีความที่ยึดติดอยู่กับหน้าที่หลักของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดซึ่งผู้ร่างตั้งใจให้มีไว้เพื่อรักษาความสมดุลของข้อตกลงหย่อนทางภาษีซึ่งจะทำให้ภาคีได้มาซึ่ง "โอกาสในการแข่งขันที่ดีขึ้น" ²⁶ ดังนั้นการตีความคำว่าผลประโยชน์ที่ได้รับการยอมรับกันก็คือผลประโยชน์ในความสัมพันธ์ในการแข่งขันระหว่างผลิตภัณฑ์จากต่างประเทศและภายในประเทศที่เกิดขึ้นจากข้อผูกพันทางภาษีที่เกี่ยวข้อง

แม้ว่าในบางคดีที่ผู้ยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดอ้างถึงผลประโยชน์อื่นคณะกรรมการระงับข้อพิพาทก็ยังถือว่าผลประโยชน์ตามมาตรา XXIII: 1 (บี) นั้นหมายถึงผลประโยชน์ที่ได้มาจากข้อตกลงหย่อนตามมาตรา II ของ GATT เป็นหลัก อย่างไรก็ตามผลประโยชน์ตามมาตรา II นั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีส่วนผูกพันทางภาษีให้แก่กันเสมอไป แต่มีการให้คำมั่นต่อกันก็เพียงพอแล้ว²⁷

มีรายงานของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี EEC-Citrus ซึ่งเป็นคดีที่สหรัฐยื่นคำร้องตามมาตรา XXIII อ้างว่าข้อตกลงที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปให้สำหรับผลิตภัณฑ์ Citrus แก่ประเทศในแถบเมดิเตอร์เรเนียนนั้นไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของ GATT และก่อให้เกิดผลเสียหาย (adverse effect) ต่อการส่งออก Citrus ของสหรัฐเพียงคดีเดียวที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทยอมรับผลประโยชน์ที่ได้มาของสหรัฐตามมาตราอื่น นอกเหนือจากข้อตกลงหย่อนทางภาษีตามมาตรา II²⁸

(1) ผลประโยชน์ตามข้อตกลงหย่อน (concession)

รายงานของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี EEC-Oilseed ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลงหย่อนกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดไว้ว่าคณะกรรมการเห็นว่าบทบัญญัติของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นจากแนวคิดของผู้ร่างและจากการปรับใช้

²⁶ EEC-Payment and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed Related Animal-Feed Proteins, para 126.

²⁷ German Import of Duties on Starch, GATT BISD 3 S (1955) at 77, 79.

²⁸ GATT Analytical Index, p. 660.

ของภาคีนั้นมิได้เพื่อรักษาความสมดุลของข้อตกลงหย่อนทางภาษี ซึ่งเป็นแนวคิดที่เห็นว่าโอกาสในการแข่งขันซึ่งภาคีสามารถคาดหมายโดยชอบด้วยกฎหมายว่าจะได้มาจากข้อตกลงหย่อนทางภาษีนั้นอาจจะถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย อันเนื่องมาจากมาตรการที่ไม่ขัดกับความตกลง - และเพื่อที่จะสนับสนุนให้ภาคีให้ข้อตกลงหย่อนทางภาษีแก่กัน ภาคีจึงต้องมีสิทธิที่จะขอให้มีการชดเชยหรือขอให้มีการแก้ไขปรับปรุงเมื่อข้อตกลงหย่อนที่ให้ต่างตอบแทนกันนั้นถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่ามาตรการนั้นจะขัดแย้งกับความตกลงหรือไม่²⁹

นอกจากนี้รายงานของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทปี 1990 ระหว่างประชาคมเศรษฐกิจยุโรปและสหรัฐที่เกี่ยวกับการจำกัดการนำเข้าน้ำตาลและผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของน้ำตาลกล่าวว่าภายใต้ Agreed Description ที่แนบท้ายความเข้าใจด้วยการระดับข้อพิพาทปี 1979 (Understanding on Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance of 28 November 1979) นั้น ภาคีที่ยื่นคำร้องตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ต้องเสนอเหตุผลสนับสนุนคำร้องของตนโดยละเอียด ดังนั้นคณะกรรมการระดับข้อพิพาทจึงเห็นว่าภาคีที่ยื่นคำร้องตามมาตรานี้จะต้องอธิบายให้เห็นโดยละเอียดว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาจากข้อตกลงหย่อนกำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย³⁰

จากรายงานของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่าคณะกรรมการระดับข้อพิพาทเน้นว่ามาตรา XXIII: 1 (บี) ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ตามมาตรา II ของ GATT เป็นหลัก

(2) ผลประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงหย่อน

ในรายงานคดี EEC-Citrus ปี 1985 ระหว่างสหรัฐกับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่เกี่ยวกับการปฏิบัติของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปต่อการนำเข้าผลิตภัณฑ์ Citrus จากประเทศเมดิเตอร์เรเนียน ในคดีนี้คณะกรรมการระดับข้อพิพาทได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปให้สิทธิพิเศษกับประเทศเมดิเตอร์เรเนียนบางประเทศสำหรับ Citrus ก่อนที่จะมีการ

²⁹ EEC-Payment and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed Related Animal-Feed Proteins, para 144.

³⁰ U.S. -Restriction on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied Under the 1955 Waiver and under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions, para 5.21.

เจรจาสิทธิประโยชน์ในปี 1973 และการที่สหรัฐสามารถคาดหมายว่าสิทธิประโยชน์ที่ให้เหล่านี้จะมากขึ้นและขยายเพิ่มขึ้นในเวลาต่อมา นั้นทำให้ การพิจารณาว่าคดีมีมูลของการทำให้เสียไปหรือเสียหาย (prima facie nullification or impairment) ภายใต้มาตรา II ที่เกี่ยวกับข้อลดหย่อนตามแนวทางในคดีก่อน ๆ จึงไม่สามารถนำมาใช้ในคดีนี้ได้³¹ คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่าการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีผลกระทบละเมิดตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ในช่วงที่ผ่านมาเฉพาะกับผลประโยชน์ตามมาตรา II ไม่ได้หมายความว่าบทบัญญัติตามมาตรา XXIII: 1 (บี) จะใช้ได้กับเฉพาะผลประโยชน์ตามมาตรา II เท่านั้น และจากประวัติศาสตร์การร่างก็มีการยืนยันว่ามาตรา XXIII: 1 (บี) นั้นคุ้มครองผลประโยชน์ที่ได้มาตามความตกลงทั้งหมด ดังนั้นผลประโยชน์ที่สหรัฐได้มาภายใต้หลัก MFN ตามมาตรา I: 1 จึงถือว่าเป็นผลประโยชน์ตามมาตรา XXIII: 1 (บี)³² ด้วย

ในที่ประชุมคณะมนตรี GATT (Council) เกี่ยวกับรายงานของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี EEC- Citrus ผู้แทนของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้กล่าวว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีผลกระทบละเมิดนั้นมีการนำไปใช้กับกรณีที่เป็นข้อผูกพันทางภาษี (tariff binding) ที่เป็นหลักของความตกลงเท่านั้น การที่จะขยายขอบเขตการใช้บทบัญญัตินี้ไปในสถานการณ์ที่ไม่มีผลกระทบละเมิดข้อผูกพันที่ให้ต่อกัน (commitment) จะก่อให้เกิดแนวคำตัดสินที่เป็นอันตรายต่อการระดับข้อพิพาท³³

3.2.3.3 การทำให้เสียไปหรือเสียหาย

ในคดีที่มีการกระทำละเมิดพันธกรณีการพิสูจน์ความเสียไปหรือเสียหายก็คือการแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำละเมิดพันธกรณีของความตกลง ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าคดีมีมูลของการทำให้เสียไปหรือเสียหายแล้ว และให้เป็นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหาที่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น แต่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนี้ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาคดีที่ไม่มีผลกระทบละเมิดได้ การพิจารณาถึงความเสียไปและเสียหายในกรณีที่ไม่มีผลกระทบละเมิดจึงต้องมีการอธิบายให้ชัดเจน

³¹ U.S. –Restriction on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied Under the 1955 Waiver and under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions, para 5.1.

³² Ibid.

³³ GATT Analytical Index, p. 662.

จากคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดีภายใต้ GATT ที่ผ่านมามีแนวคิดสองประการที่จะต้องพิจารณาเพื่อให้คำจำกัดความของการทำให้เสียไปและเสียหายเป็นรูปธรรม นั่นคือแนวคิดที่เกี่ยวกับ "การทำลายความคาดหวังอันสมเหตุสมผล" (frustration of reasonable expectations) และ "การเกิดผลเสียหาย" (adverse effect) ซึ่งแนวคิดทั้งสองประการนี้ไม่จำเป็นต้องมีการใช้พร้อมกัน โดยบ่อยครั้งที่การทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากแนวคิดเพียงแนวคิดเดียวในสองแนวคิดนี้

(1) การทำลายความคาดหวังอันสมเหตุสมผล (Frustration of reasonable expectation)

การพิสูจน์ให้เห็นว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นมีความสำคัญมากที่สุดสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และการที่จะแสดงให้เห็นว่ามีความเสียไปหรือเสียหายนั้นผู้ยื่นคำร้องต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าสิ่งที่ตนคาดหวังโดยชอบว่าจะได้มานั้นถูกทำลายไปจากการใช้มาตรการของอีกฝ่ายหนึ่ง

การที่ภาคีจะมีความคาดหวังอันสมเหตุสมผลว่าผลประโยชน์ที่ได้มานั้นจะไม่ถูกทำลายไปนั้นภาคีต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่ามาตรการที่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งนำมาใช้นั้นเป็นมาตรการที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ในขณะที่มีการเจรจา³⁴

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความคาดหวังอันสมเหตุสมผลนั้นเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในคดี Australian Subsidy ระหว่างชิลีกับออสเตรเลีย ซึ่งเป็นคดีที่ออสเตรเลียยกเลิกการอุดหนุนภายในประเทศสำหรับปุ๋ยโซเดียมไนเตรดจากต่างประเทศในขณะที่ยังคงให้การอุดหนุนปุ๋ยแอมโมเนียมซัลเฟตที่ผลิตจากภายในประเทศซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่แข่งขันกันตรง คณะทำงานเห็นว่าในคดีนี้ความคาดหวังอันสมเหตุสมผลของชิลีได้ถูกทำลายไปจากการยกเลิกการอุดหนุน เนื่องจากในขณะที่มีการเจรจาสิทธิประโยชน์ทางภาษีนั้นไม่มีสัญญาณที่แสดงให้เห็นว่าในเวลาต่อมาจะมีการเพิกถอนการอุดหนุนที่มีผลใช้เฉพาะกับผลิตภัณฑ์นำเข้า คำตัดสินนี้ก่อให้เกิดคำถามที่ว่า การตีความนี้ใช้กับกรณีที่มีการนำการอุดหนุนภายในมาใช้ด้วยหรือไม่ ซึ่งตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา XXIII: 1 (บี) นั้นการตีความดังกล่าวก็ควรจะนำมาใช้ได้ อย่างไรก็ตามถ้าการอุดหนุนนั้นเป็นเรื่องที่มีการกล่าวถึงแล้วในระหว่างการเจรจา คณะทำงานในคดี Australian

³⁴ Armin von Bogdandy, "The Non-Violation Procedure of Article XXIII: 2, Its Operational Rationale," p. 102.

Subsidy เห็นว่าภาคีไม่สามารถยึดมั่นอยู่บนการปฏิบัติที่เหมือนกันของผลิตภัณฑ์จากต่างประเทศ และภายในประเทศได้ถ้าการอุดหนุนแบบใหม่ ๆ ถูกนำมาใช้เนื่องจาก GATT ให้เสรีภาพแก่ภาคีที่จะเลือกให้การอุดหนุนผลิตภัณฑ์ในประเทศของตน³⁵

อย่างไรก็ตามในคดีต่อมาการตีความของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทก็เปลี่ยนไป โดยในคดีEEC-Oilseeds คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่า ความคาดหวังที่ว่าจะไม่มีการนำมาตรการอุดหนุนมาใช้ในภายหลังก็นั้นถือว่าเป็นความคาดหวังที่สมเหตุสมผลเว้นแต่จะมีหลักฐานมาแสดงให้เห็นว่าผู้ยื่นคำร้องสามารถคาดเห็นได้ว่าจะมีการนำการอุดหนุนมาใช้³⁶

ต่อมาข้อสันนิษฐานเบื้องต้นที่เกี่ยวกับการคาดหมายได้ถึง การนำมาตรการอุดหนุนมาใช้ในภายหลังก็นั้นก็ถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงในระหว่างสมัยประชุมพิจารณา (Review Session) ช่วงปี 1954-1955 ซึ่งเป็นการประชุมพิจารณาเรื่องอุปสรรคทางการค้าประเภทอื่น (Other Barrier to Trade) คณะทำงานได้สรุปว่าถ้าข้อพิพาทเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการอุดหนุนภายในประเทศ ภาคีที่ได้เจรจาข้อตกลงหย่อนตามมาตรา II จะได้รับการสันนิษฐานตามวัตถุประสงค์ของ มาตรา XXIII ว่าภาคีนั้นมีเหตุผลอันสมควรที่สามารถจะคาดหมายได้ว่าคุณค่าของข้อตกลงหย่อนนั้น ไม่ถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยมาตรการอุดหนุนที่นำมาใช้ภายหลังโดยภาคีที่ให้ข้อตกลงหย่อนนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่นได้³⁷

(2) การเกิดผลเสียหาย (Adverse effect)

การทำให้คำจำกัดความของการทำให้เสียไปหรือเสียหายเป็นรูปธรรมอีกประการหนึ่งก็คือการพิสูจน์ถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้น ในบางกรณีแนวคิดของการเกิดผลเสียหายนี้ถูกนำไปใช้ควบคู่กับแนวคิดของความคาดหวังอันสมเหตุสมผลคือ นั่นก็ต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงปัจจัยทั้งสองประการเพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหาย

ในคดี EEC-Oilseed คณะกรรมการระดับข้อพิพาทอธิบายว่าการพิจารณาว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่นั้นไม่จำเป็นต้องทำการประเมินจากปริมาณของการค้า (volume of trade) เนื่องจากมีปัจจัยหลายประการที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐที่มีอิทธิพลต่อปริมาณการ

³⁵ Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, para 12.

³⁶ EEC-Payment and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed Related Animal-Feed Proteins, para 146.

³⁷ GATT Analytical Index, p. 658.

ค้าได้ แต่ควรจะต้องพิจารณาว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นต่อ "การรับประกันในการเข้าสู่ตลาดที่ดีกว่าโดยผ่านการแข่งขันทางด้านราคาที่ดีขึ้น" หรือไม่³⁸ การเกิดผลเสียหายก็คือการลดลงของสถานะในการแข่งขัน หรือความสัมพันธ์ในการแข่งขัน

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือผลเสียหายที่เกิดขึ้นนี้จะสามารถพิสูจน์ได้อย่างไร ซึ่งจากหลักปฏิบัติที่เกี่ยวข้องของ GATT ได้มีการแบ่งแนวทางในการพิจารณาถึงผลเสียหายไว้ในคดีสองประเภท คือ คดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางการค้า (Trade Barrier) และไม่ใช่อุปสรรคทางการค้า (Non-Tariff Barrier)

(2.1) แนวทางในการพิจารณาผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางการค้า

ในกรณีที่มาตรการที่พิพาทเป็นมาตรการที่ใช้เป็นอุปสรรคทางการค้าที่มีผลต่อสถานะในการแข่งขัน เช่น มาตรการอุดหนุน (Subsidy) ภาษีนำเข้า (Import Duties) และโควต้า (Quotas)³⁹ คณะกรรมการระดับข้อพิพาทก็สามารถใช้แนวคิดเรื่องการเกิดผลเสียหายนี้ได้โดยไม่ต้องพิจารณาถึงรายละเอียดด้านสถิติทางการค้า ดังเช่นในคดี *Uruguayan Recourse* คณะกรรมการระดับข้อพิพาทระบุว่าการใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางการค้า เช่น การจำกัดปริมาณถือได้ว่าก่อให้เกิดผลเสียหายอยู่ก่อนแล้ว

(2.2) แนวทางในการพิจารณาผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากมาตรการที่ไม่ใช่อุปสรรคทางการค้า

ถ้ามาตรการที่พิพาทในคดีไม่ใช่มาตรการที่เป็นอุปสรรคทางการค้า ข้อสันนิษฐานว่ามีความเสียหายอยู่ก่อนแล้วดังเช่นการนำมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางการค้ามาใช้ก็จะไม่นำมา

³⁸ EEC-Payment and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed Related Animal-Feed Proteins, at 148.

³⁹ Australian Subsidy on Ammonium Sulphate; EEC –Tariff Treatment of Citrus Products from Certain Mediterranean Countries; Treatment by German Import of Sardines.

ปรับใช้ โดยในกรณีนี้จะต้องพิสูจน์ให้เห็นชัดเจนถึงผลกระทบที่แท้จริงของมาตรการต่อความคล่องตัวของการค้า (trade flow) ซึ่งสถิติทางการค้าจำเป็นจะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาด้วย ยกตัวอย่างเช่น สิทธิพิเศษทางด้านภาษี (tariff preference) ที่โดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นอุปสรรคทางการค้าถ้ามีการนำมาใช้ก็ไม่ทำให้เกิดข้อสันนิษฐานว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่การค้า⁴⁰

ในคดี EEC-Citrus ซึ่งเป็นคดีที่สหรัฐกล่าวอ้างว่าตนได้รับความเสียหายเนื่องจากประชาคมเศรษฐกิจยุโรปให้สิทธิพิเศษทางการค้าในผลิตภัณฑ์จำพวกส้มและมะนาวแก่ประเทศเมดิเตอร์เรเนียนบางประเทศ คณะกรรมการระดับข้อพิพาทได้ตรวจสอบสถิติข้อมูลทางการค้าของสินค้าทุกชนิดที่มีปัญหาอย่างละเอียด

ในคดี Japan- Semiconductor ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปยื่นคำร้องว่าตนได้รับความเสียหายเนื่องจากมาตรการของญี่ปุ่นที่นำมาใช้ให้เป็นไปตามความตกลงทวิภาคีที่ญี่ปุ่นทำกับสหรัฐเกี่ยวกับการค้าเซมิคอนดักเตอร์ โดยในกรณีนี้คณะกรรมการระดับข้อพิพาทได้ตัดสินว่าหลักฐานที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปยื่นต่อคณะกรรมการระดับข้อพิพาทนั้นไม่สามารถแสดงให้เห็นเป็นการเฉพาะได้ว่ามาตรการใดของญี่ปุ่นที่ทำให้ผู้ส่งออกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเสียเปรียบในการแข่งขัน⁴¹

3.2.3.4 มาตรการเยียวยา (Remedy)

แม้ว่ามาตรา XXIII จะไม่ได้กำหนดถึงมาตรการเยียวยาไว้เฉพาะสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีกรณีกระทำละเมิด ทำให้มาตรการเยียวยาตามมาตรา XXIII: 2 สามารถนำมาปรับใช้ได้ แต่คณะกรรมการระดับข้อพิพาทก็ยืนยันว่าคำตัดสินที่ว่ามีความเสียหายนั้นไม่ได้หมายความว่าที่ประชุมใหญ่มีอำนาจที่จะเพิกถอนมาตรการที่สอดคล้องกับความตกลง คำตัดสินนั้นเป็นเพียงแค่ให้สิทธิภาคีที่ถูกทำลายความคาดหวังร้องขอตามมาตรา XXIII: 2 เพื่อระงับ (suspend) ชั่วลดหย่อน หรือพันธกรณีที่ให้แก่กันภายใต้ความตกลง

3.2.4 วิเคราะห์การปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปกับคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทภายใต้ GATT

⁴⁰ EEC –Tariff Treatment of Citrus Products from Certain Mediterranean Countries

⁴¹ Japan- Trade in Semi-Conductor, para 131.

เนื่องจากคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองความคาดหวังโดยสุจริตของภาคี ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นในการพิจารณาคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทจึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่คณะกรรมการระดับข้อพิพาทนำมาปรับใช้ ซึ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดก็คือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก (Clausula Rebus Sic Stantibus) หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) และหลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of Right)

เนื่องจากหลักเกณฑ์เหล่านี้โดยปกติแล้วมีปัจจัยพื้นฐานที่ต้องพิจารณาถึงความไม่สามารถในการคาดหมายได้เช่นเดียวกับการตีความหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุผลในคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด การพิจารณาหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้จะช่วยทำให้เข้าใจถึงแนวคิดของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดได้ดียิ่งขึ้น

3.2.4.1 หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม

แนวคิดในคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดก็คือแนวคิดที่เห็นว่าภาคีไม่ควรกระทำการที่จะทำให้เสื่อมเสียต่อความคาดหวังอันสมเหตุผลของหุ้นส่วนคู่เจรจาแม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ขัดกับความตกลง ซึ่งแนวคิดนี้เป็นแนวคิดที่มีหลักเกณฑ์เหมือนกับหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม⁴²

หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามนั้นเป็นกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นการแสดงออกอย่างชัดแจ้งของหลักสุจริตซึ่งหมายถึงการแสดงให้เห็นถึงการรักษาความซื่อสัตย์ และการซื่อสัตย์ต่อคำสัญญา ภาคีไม่มีอิสระที่จะกระทำการฝ่ายเดียวในการเข้าทำสนธิสัญญา หรือการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดของสัญญา เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยการตกลงอย่างฉันทามิตร และตราบเท่าที่สนธิสัญญายังคงมีผลใช้บังคับอยู่จะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาตามที่ตกลงกันได้

⁴² Korea-Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R, (1 May 2000), para 7.93.

หลักสัญญาต้องต้องได้รับการปฏิบัติตามนี้เป็นหลักที่มีขอบเขตกว้างขวางมาก และเป็นแบบแผนที่ได้รับการยอมรับไว้ในสนธิสัญญาที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและยังได้รับการบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาด้วยว่า “สัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ย่อมผูกพันภาคีและต้องได้รับการปฏิบัติตามด้วยความสุจริต”⁴³ หลักนี้แสดงถึงการยึดมั่นอยู่กับหลักสุจริตในข้อกำหนดของสัญญาตามที่มีการเจรจาซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริตโดยที่ไม่ใช่การกระทำที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นจะเป็นมูลเหตุให้มีการร้องขอตามวิธีการทางกฎหมายเพื่อที่จะระงับการกระทำที่ขัดแย้งนั้น และขอให้มีการชดเชยความเสียหายได้⁴⁴ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามจะคุ้มครองภาคีในสนธิสัญญาจากการกระทำที่ขัดแย้งกับข้อกำหนดของสนธิสัญญาอย่างชัดเจนรวมถึงการกระทำที่ละเมิดวัตถุประสงค์และจิตวิญญาณ (spirit) ของสนธิสัญญาด้วย⁴⁵ หน้าที่ต่าง ๆ ของหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามนี้สามารถเห็นได้ทันทีว่าเป็นทั้งหน้าที่ซึ่งเหมือนกับหน้าที่ที่กำหนดในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกรณีที่มีการกระทำละเมิดและบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ละเมิด

อย่างไรก็ตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม ไม่ได้ให้ความคุ้มครองการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาอย่างเด็ดขาด ข้อยกเว้นที่สามารถนำมาใช้อ้างว่าไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไปก็คือ การเปลี่ยนแปลงสถานการณ์อันเป็นปัจจัยสำคัญ

3.2.4.2 หลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

หลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมกนั้นมีการก่อตัวขึ้นอย่างชัดเจนแล้วในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเป็นหลักที่ยอมรับว่าสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นเป็นเหตุผลอันสมควรที่ทำให้ภาคีฝ่ายที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการเปลี่ยนแปลงนั้นไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาอีกต่อไป หลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมกนี้ถือได้ว่าเป็นการนำหลักในการคุ้มครองความคาดหวังตามกฎหมาย (Protection of Legitimate of Expectation) มาใช้โดยการปฏิเสธข้อเรียกร้องที่ให้รัฐปฏิบัติตามที่

⁴³ Article 26 of Vienna Convention on the Law of Treaty 1969.

⁴⁴ Thomas Cottier and Krista Nadakavukaran Schefer, “Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present, and Future,” p. 172.

⁴⁵ J.F. O'Connor, *Good Faith in International Law*. (1991), p. 39.

กำหนดไว้ในสัญญาถ้าปรากฏว่าหลักพื้นฐานที่เป็นปัจจัยสำคัญในการเกิดขึ้นและการยอมรับข้อกำหนดของสัญญาประการหนึ่งหรือหลายประการนั้นไม่มีอยู่อีกต่อไป⁴⁶ หรือกล่าวง่าย ๆ ก็คือ หลักนี้เป็นแนวคิดที่ว่าภาคีจะไม่เข้าทำสัญญานั้นถ้ารู้ว่าจะสถานการณ์ที่เป็นอยู่นั้นจะเกิดขึ้นซึ่งก็คือการที่ภาคีคาดหวังโดยชอบว่าจะได้รับผลประโยชน์จากการทำสัญญานั้น และเมื่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นทำให้ผลประโยชน์ที่ได้รับเสียไป ภาคีก็ไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป

ปัจจัยสำคัญในการพิจารณาหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ก็คือ

1. การไม่สามารถคาดเห็นได้ถึงการเปลี่ยนแปลงแห่งพฤติการณ์นั้นต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงพฤติการณ์ซึ่งเป็นส่วนสำคัญ (fundamental)
2. ความสำคัญของพฤติการณ์ต่อวัตถุประสงค์ของความตกลงทั้งหมดนั้นจะต้องเป็นปัจจัยพื้นฐานที่ขาดไม่ได้ (essential basis)
3. ขอบเขตของพันธกรณีภายใต้สัญญาทั้งหมดนั้นได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงพฤติการณ์โดยจะต้องเป็นการเปลี่ยนรูปในชั้นมูลฐาน (radically transform) ที่เนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงแห่งพฤติการณ์นั้น

หลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากสามารถจำแนกได้เป็นทั้งการเปลี่ยนแปลงทางอัตวิสัยและภาวะวิสัยต่อสถานการณ์ที่มีการยอมรับร่วมกัน ภายใต้แนวคิดทางอัตวิสัย (subjective) ความคาดหวังที่แท้จริงของคู่สัญญาในขณะที่ทำการเจรจากันนั้นจะถูกนำมาพิจารณาว่าความคาดหวังเหล่านี้ถูกทำลายไปด้วยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่หรือไม่ ในทางตรงกันข้ามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากทางภาวะวิสัย (objective) จะตัดลินความคาดหวังจากความคิดเห็นของบุคคลผู้มีเหตุผล (reasonable person) ในขณะที่หลักของพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในทางอัตวิสัยนั้นเป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลอยู่จนกระทั่งศตวรรษที่ 20 อนุสัญญากรุงเวียนนาและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) ก็ยึดเอาหลักที่เป็นแนวคิดทางภาวะวิสัยสมัยใหม่มาใช้⁴⁷ ความมีลักษณะเฉพาะของทฤษฎีภาวะวิสัยใน

⁴⁶ Thomas Cottier and Krista Nadakavukaran Schefer, "Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present, and Future," p. 172.

⁴⁷ Ibid., p. 173.

การเพิ่มขึ้นของปัจจัยที่เกี่ยวกับความสมเหตุสมผลของการคาดหวังนั้นมีผลเป็นการยินยอมให้มีการขยายขอบเขตของการใช้หลักเกณฑ์ต่อรัฐที่สามก็คือผู้ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องในการเจรจาตั้งแต่แรกในพันธกรณีที่มีการพิพาทกัน ซึ่งแนวคิดนี้เป็นแนวคิดของการเปลี่ยนแปลงแห่งพฤติกรรมโดยที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีอยู่ในหลักของการคุ้มครองความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจึงเปลี่ยนแปลงความจำเป็นที่ต้องยึดมั่นในคำมั่นตามหลักที่ว่าสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม เพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งแรงจูงใจที่ทำให้มีการทำสนธิสัญญาในกรณีที่ต้องเผชิญกับความเปลี่ยนแปลงบางประการที่ไม่สามารถคาดเห็นได้

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำประเภทที่ไม่ละเมิดใน GATT นั้นมีคำจำกัดความที่เหมือนกับลักษณะของหลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก⁴⁸ ในการขยายขอบเขตของกฎเกณฑ์เพื่อที่จะปรับความสมดุลให้กลับดีเหมือนเดิมโดยปราศจากการละเมิดข้อผูกพันนี้เป็นมาตรการที่เทียบเท่ากับข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาอย่างละเอียดแล้วจะเห็นว่าเงื่อนไขในทางสารบัญญัติที่จำเป็นในการพิสูจน์หลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนั้นยากที่จะมีการพิสูจน์ได้มากกว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำที่ไม่มีการกระทำที่ละเมิด และมาตรการเยียวยาทางกฎหมายที่ใช้ได้ใน WTO นั้นก็ไม่ถึงระดับที่ได้กำหนดไว้ในหลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

ปัญหาอีกประการของการปรับใช้หลักเกณฑ์ของพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากต่อบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทในกรณีที่ไม่มีการกระทำที่ไม่ละเมิดของ GATT หรือ WTO จะเกิดขึ้นเมื่อการต่อสู้คดีด้วยหลักของพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากและการต่อสู้คดีนั้นประสบความสำเร็จ โดยหลักแล้วผลของหลักในพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนั้นจะทำให้มีการเพิกถอนพันธกรณีของสนธิสัญญา (revocation of obligation) ไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงแก้ไข (revision) พันธกรณีตามสนธิสัญญา ปัญหาก็คือจะทำอย่างไรให้หลักของพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจะสามารถนำมาใช้ในการสร้างความมั่นคงต่อความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและข้อลดหย่อนของ WTO สำหรับการเพิกถอนอุปสรรคทางการค้า ความเป็นไปได้ประการหนึ่งก็คือการพิจารณาว่าข้อผูกพันทางการค้าแต่ละข้อผูกพันที่สร้างขึ้นโดยภาคีของ WTO นั้นเป็นสัญญาที่แยกออกมาต่างหาก ดังนั้นแม้ว่าข้อผูกพันที่มีปัญหานั้นจะหมดไปหรือถูกทำลายไปโครงสร้างหลักโดยทั่วไปของ WTO ก็ยังคงอยู่ นอกจากนี้แม้ว่าเป้าหมายของ WTO นั้นจะ

⁴⁸ Armin von Bogdandy, "The Non-Violation Procedure of Article XXIII: 2 GATT-Its Operational Rationale," p. 110-111.

เป็นการเพิกถอนอุปสรรคที่มีการกล่าวอ้างในคำร้องแต่ถ้าอุปสรรคนี้ไม่ขัดแย้งกับตัวบทของความตกลง สิ่งที่ WTO สามารถยอมให้นำมาใช้ได้อย่างที่สุจริตคือให้ฝ่ายที่ยื่นคำร้องได้รับการปลดเปลื้องจากพันธกรณีที่ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งและเพียงแค่นั้นในระดับที่เท่ากันกับความเสียหายที่ภาคีที่ยื่นคำร้องได้รับ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือการยกเลิกความตกลงระยะสั้นที่รวมอยู่ในโครงสร้างของสนธิสัญญาที่มีความมั่นคงในระยะยาว (ความตกลง WTO)

ข้อพิพาทของ GATT คดีหนึ่งที่แสดงถึงความเป็นไปได้ในการปรับใช้หลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนั้นมีอยู่ในคดี Japan- Nullification or Impairment of Benefit⁴⁹ ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปอ้างว่าความคาดหวังของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปภายใต้ GATT ถูกทำให้เสียไป โดยเฉพาะการขาดดุลทางการค้าซึ่งเป็นผลมาจากการปิดกั้นตลาดของญี่ปุ่นที่มีอย่างต่อเนื่องต่อสินค้าจากต่างประเทศแม้ว่าจะมีการเจรจาข้อตกลงหยุดย่อนทางภาษีในปี 1963 และการเจรจาสองฝ่ายกับรัฐบาลญี่ปุ่นในภายหลังแล้วก็ตาม ที่สำคัญก็คือประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่ได้อ้างถึงมาตรการเฉพาะที่ญี่ปุ่นนำมาใช้แต่อ้างถึงสภาวะแวดล้อมทางเศรษฐกิจโดยรวมที่เป็นอุปสรรคที่เพิ่มมากขึ้นซึ่งทำให้เกิดการลดลงของการส่งออกและการเพิ่มขึ้นของการนำเข้าจากญี่ปุ่น โดยประชาคมเศรษฐกิจยุโรปขาดดุลทางการค้าประมาณ 12.5 ล้านเหรียญในปี 1981 ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปอ้างมาตรา XXIII โดยมีเป้าหมายที่จะให้มีการปรับความสมดุลของสภาวะในการแข่งขันโดยที่ไม่ได้มีคำร้องขอให้กระทำการเป็นการเฉพาะ จากข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเห็นได้ถึงความเชื่อมโยงกับหลักของพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก แม้ว่าจะไม่ใช่ตัวอย่างที่สมบูรณ์แบบนัก

ความตกลงระหว่างประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกับญี่ปุ่นเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าด้วยความคาดหวังที่ว่าแต่ละฝ่ายจะสามารถเพิ่มการนำเข้าและการส่งออกของตนได้ พฤติการณ์ในเวลาที่มีการเจรจาประการหนึ่งก็คือการก่อให้เกิดความสมดุลทางการค้านั้นได้ถูกทำลายไปโดยเห็นได้จากการขาดดุลทางการค้าอย่างหนักในเวลาที่มีการยื่นคำร้อง ดังนั้นจึงมีการเปลี่ยนแปลงพฤติการณ์ในทางภาวะวิสัยไปจากที่มีการตกลงกันในครั้งแรก

⁴⁹ Japan-Nullification or Impairment of Benefit Accruing to the EEC under the General Agreement and Impediment to the Attainment of the GATT Objectives, L/5478, April 8, 1983.

3.2.4.3 หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel)

หลักกฎหมายปิดปากโดยต้นกำเนิดนั้นเป็นหลักในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมของแองโกลอเมริกัน (Anglo-American equity courts) ซึ่งในปัจจุบันได้รับการยอมรับว่าเป็นแบบแผนของกฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับภาคีคู่พิพาทให้ยึดมั่นอยู่ในหลักสุจริตโดยการจำกัดข้อโต้แย้งที่อาจจะนำขึ้นมาใช้ในการระงับข้อพิพาท หลักกฎหมายปิดปากเป็นหลักที่คุ้มครองความเชื่ออย่างสุจริตใจของภาคีที่ยื่นคำร้องในสถานการณ์บางอย่างตามคำพูดหรือการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง ที่สำคัญที่สุดผู้ยื่นคำร้องต้องยึดมั่นอย่างแท้จริงต่อคำกล่าวหรือการกระทำนั้นและจากผลของการยึดมั่นนี้ทำให้ผู้ยื่นคำร้องเสียหาย ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินไว้ว่า “หลักของกฎหมายปิดปากเกิดขึ้นเพื่อปกป้องไม่ให้รัฐต่อสู้คดีในศาลโดยขัดแย้งกับการแสดงออกอย่างชัดเจนและหรือโดยปริยายที่รัฐนั้นได้ทำไว้กับอีกรัฐหนึ่งก่อนหน้านี้”⁵⁰

หลักกฎหมายปิดปากนี้มีความสำคัญกับ WTO และสามารถจะนำมาปรับใช้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีกรกระทำที่ละเมิดได้เกือบทุกคดีโดยหลักกฎหมายปิดปากจะทำหน้าที่เป็นเครื่องมือที่จะกำหนดว่าภาคีไม่สามารถกระทำที่ก่อให้เกิดภาวะของคู่เจรจาที่มีอยู่ก่อนหน้านี้ลดน้อยลงได้

ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดของการใช้หลักกฎหมายปิดปากของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทก็คือคดี German Starch⁵¹ ในคดีนั้นประเทศเบนเนลักซ์ร้องเรียนว่าเยอรมันไม่ปฏิบัติตามที่สัญญาว่าจะลดอัตราภาษีศุลกากรสำหรับแป้งชนิดต่าง ๆ ให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ คณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้พิจารณา “คำมั่น” (promise) สองประการของเยอรมัน ประการแรกคือการรับประกันโดยทั่ว ๆ ไปว่า อัตราภาษีจะถูกปรับลดลงโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และประการที่สอง คำมั่นว่าเยอรมันจะเจรจาเรื่องอัตราภาษีกับเบนเนลักซ์ คณะกรรมการระงับข้อพิพาทค้นพบว่ามีในคดีนี้มีปัจจัยที่ก่อให้เกิดความเชื่อมั่นที่ไม่อาจโต้แย้งได้ และผลของการที่เบนเนลักซ์ยึดมั่นอยู่กับคำมั่นของเยอรมันว่าจะมีการลดอัตราภาษีในอนาคตโดยเห็นได้จากการที่รัฐบาลเบนเนลักซ์ให้สิทธิประโยชน์ฝ่ายเดียวในระหว่างการเจรจาโดยเชื่อในคำมั่นของเยอรมัน ดังนั้นความคาดหวังของเบนเนลักซ์จึงถูกทำให้เสียไป คณะกรรมการระงับข้อพิพาทจึงเสนอให้ภาคีหาหนทาง

⁵⁰ North Sea Continental Shelf case quoted in Thomas Cottier and Krista Nadakavukaran Schefer, Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present, and Future,” p. 177.

⁵¹ German Import Duties on Starch, BISD 3S/77, para. 2.

แก้ไขปัญหาก็สามารถยอมรับได้ร่วมกันโดยสงวนสิทธิที่จะทำการตัดสินคดีถ้ามีความจำเป็น การที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทกล่าวถึงคำมั่นของเยอรมันที่ว่าจะให้ข้อลดหย่อนทางภาษีแก่เบเนลักซ์ในภายหลังกนั้น คณะกรรมการระงับข้อพิพาทหมายความว่าเยอรมันถูกปิดปากไม่ให้ปฏิเสธในเรื่องดังกล่าวถ้าเยอรมันต้องการจะปฏิเสธ⁵²

3.2.4.4 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of Right)

การห้ามไม่ให้รัฐใช้อำนาจอธิปไตยโดยไม่สุจริตนั้นเป็นหลักกฎหมายของการอยู่ร่วมกันในสังคมที่สำคัญ หลักนี้ไม่มีอยู่ในกฎหมายแองโกลอเมริกันแต่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และก็มีที่อ้างว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศร่วมสมัย⁵³ การห้ามไม่ให้มีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้ได้รับการฝังแน่นอยู่ในหลักสุจริต การห้ามไม่ให้มีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้เป็นสาขาหนึ่งของหลักสุจริตซึ่งเป็นการป้องกันการกระทำที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของสิทธิและป้องกันการทำลายความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายต่อพันธกรณีที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ไม่ขัดแย้งกับตัวบทกฎหมายหรือความตกลง⁵⁴

ในคดี Ammonium Sulphat ได้แสดงให้เห็นถึงการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในบริบทของคำร้องประเภทที่ไม่มีผลกระทบที่ละเมิดและก็เป็นตัวอย่างที่หายากตัวอย่างหนึ่งของการปรับใช้หลักนี้ ในคดีนี้ซีลีและออสเตรเลียเจรจาข้อลดหย่อนทางภาษีร่วมกันสำหรับปุ๋ยแอมโมเนียมซัลเฟต เมื่อออสเตรเลียยกเลิกระบบการอุดหนุนสำหรับปุ๋ยของซีลีที่ได้เคยให้ไว้ในเวลาที่มีการเจรจาซีลีจึงเห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนคาดหวังภายใต้ GATT นั้นถูกทำให้เสียหาย ซีลีอ้างว่าสถานการณ์ในเวลาที่เกิดเจรจานั้นทำให้ซีลีมีเหตุผลอันสมควรอยู่ที่จะสันนิษฐานได้ว่าการอุดหนุนจะยังคงมีอยู่ต่อไปเหมือนที่มีอยู่ในปีก่อน คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นด้วยกับออสเตรเลียว่าการเพิกถอนการอุดหนุนโดยตัวมันเองไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายหรือเสียหาย⁵⁵ แต่สถานการณ์ในเวลาที่เกิดเจรจาที่ทำให้ซีลีเชื่อมั่นอยู่กับความมีอยู่ของการอุดหนุนนั้นก่อให้เกิดความไม่สมดุลในความสัมพันธ์ทางการค้า ซึ่งคณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้แสดงให้เห็นว่าแม้ออสเตรเลียจะมีสิทธิที่

⁵² Ibid., para 4-7.

⁵³ Anglo Norwegian Fisheries Case, ICJ. Rep; 1951.

⁵⁴ Thomas Cottier and Krista Nadakavukaran Schefer, "Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present, and Future," p. 178.

⁵⁵ Ibid., p. 193.

จะทำตามที่ออสเตรเลียต้องการ แต่ในสถานการณ์เช่นนี้การใช้สิทธิของออสเตรเลียนั้นแท้ที่จริงแล้วเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

3.3 หลักเกณฑ์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO

ตั้งแต่ความตกลง WTO มีผลใช้บังคับระบบการค้าโลกก็เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก ความตกลง WTO ประกอบไปด้วยความตกลงพหุภาคี (multilateral) และความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral) ที่รวบรวมกฎเกณฑ์สำหรับความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจที่เป็นระเบียบแบบแผนมากยิ่งขึ้น และหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของ WTO ก็คือการระงับข้อพิพาทระหว่างภาคีซึ่งรวมถึงการระงับข้อพิพาทในกรณีที่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดด้วย

การที่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาตัดสินคดี และกฎเกณฑ์ทางด้านกฎหมายได้ถูกทำให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นในระบบการระงับข้อพิพาทของ WTO ทำให้มีการถกเถียงกันว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดควรจะคงไว้หรือไม่ เนื่องจากภาคีเห็นว่า การพัฒนากฎเกณฑ์ต่างๆ ภายใต้ WTO ทำให้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป ภาคีบางประเทศเห็นว่าควรกำหนดให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นอาจจะมีผลกระทบต่อระบบการระงับข้อพิพาทหรือก่อให้เกิดผลเสียแก่ภาคี แต่บางประเทศก็เห็นว่าถ้าไม่มีคำร้องประเภทนี้มาตรการที่ใช้ในการปิดกั้นตลาดและชอด้วยกฎหมายก็จะถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการหลบหลีกพันธกรณีและก็จะส่งผลทำให้ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจในระบบการค้าเสรีเสื่อมถอยลง⁵⁶ ในที่สุดคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดก็ยังคงปรากฏอยู่ในความตกลงของ WTO โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อทำให้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดชัดเจนมากขึ้นใน DSU ซึ่งเป็นความตกลงที่เป็นหลักทั่วไปของการระงับข้อพิพาทใน WTO นอกจากนั้นหลักเกณฑ์เฉพาะที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดยังถูกนำไปบัญญัติไว้ในความตกลงแนบท้ายอื่น ๆ อีก เช่น GATS และ TRIPs

⁵⁶ Chan-Keuk Jeon, Analysis and Prospect of non-Violation Complaint in GATT/WTO Dispute Settlement System. (August 2001). p. 33.

3.3.1 คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใน DSU

DSU ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทภายใต้ WTO โดย DSU ได้รวบรวมหลักเกณฑ์และแนวคำตัดสินที่เกิดขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ของ GATT⁵⁷ เพื่อที่จะทำให้กระบวนการในการระงับข้อพิพาทในกรณีที่ไม่มีกรกระทำละเมิดมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น การศึกษาคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ WTO ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของ มาตรา 26: 1 ของ DSU และแนวคำตัดสินเป็นหลัก

3.3.1.1 การเจรจาอนุกรมวิธาน

การพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด นั้นภาคีพยายามที่จะทำให้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น การพิจารณหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดเริ่มขึ้นเป็นครั้งแรกในปี 1989 คณะกรรมการพิจารณาร่างหลักเกณฑ์ของ DSU ได้ทำการพิจารณาว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดจะนำมาปรับใช้อย่างไร และกระบวนการที่ใช้กับคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิด และคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นควรเหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไร⁵⁷ ผู้แทนประเทศต่าง ๆ ส่วนมากเห็นด้วยว่ากระบวนการพิจารณาสำหรับคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิด และคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดควรจะแตกต่างกัน ในขณะที่ผู้แทนบางส่วนได้กล่าวว่าหลักปฏิบัติที่ค่อย ๆ เกิดขึ้นจะช่วยตัดสินว่าการเปลี่ยนแปลงกระบวนการเกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่ละเมิดนั้นควรจะมีหรือไม่

ในปี 1990 ประชาคมยุโรปได้เสนอว่าในคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด นั้นไม่ควรที่จะกำหนดให้มีการอุทธรณ์นอกเสียจากกรณีที่ภาคีทั้งสองฝ่ายจะตกลงเป็นอย่างอื่น นอกจากนั้นประชาคมยุโรปก็สนับสนุนให้มีการตัดสินคดีประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยอนุ

⁵⁷ Meeting of 28 September 1989, Note by Secretariat, GATT Doc. No. MTN/GNG/NG 13/16 , November 13, 1989.

ญาโตตุลาการหรือการเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁵⁸ และยังเสนอให้การรับรองรายงานในคดีประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทเป็นการรับรองโดยฉันทามติ⁵⁹

สหรัฐได้คัดค้านแนวคิดที่จะให้มีการแบ่งแยกความแตกต่างสำหรับกระบวนการพิจารณาสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดกับคำร้องประเภทที่การกระทำละเมิดโดย ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอที่จะให้มีกระบวนการในการรับรองรายงานของคณะกรรมการระงับข้อ พิพาทในคดีประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดให้แตกต่างไปจากคดีประเภทที่มีการกระทำละเมิด⁶⁰ ส่วนตัวแทนอีกประเทศหนึ่งคัดค้านการใช้อนุญาโตตุลาการแต่สนับสนุนการกระบวนการในการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁶¹

จากการประชุมในปี 1989 และ 1990 ผู้เข้าร่วมประชุมต่างก็มีความคิดเห็นที่ แตกต่างกันว่าควรจะมีกฎกระบวนการสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่ละเมิดหรือไม่และอย่างไร คณะ กรรมการได้มีการทำข้อเสนอร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดลงวันที่ 7 ธันวาคม 1990⁶² ในที่ประชุมกรุงบรัสเซล (Brussel) ซึ่งข้อเสนอที่กรุงบรัสเซลนี้มีหลาย

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ See Meeting of 5 April 1990, Note by Secretariat, GATT Doc. No. MTN.GNG/NG13/19, May 28, 1990.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ See Meeting of 6-7 June 1990, Note by the Secretariat, GATT Doc. No. MTN.GNG/NG13/20 (June 14, 1990).

⁶² Draft Non-Violation Complaint reads as follows:

Option A: The procedures in the Agreement shall apply, subject to the provisions of paragraph 2 through 5 below, where a party has recourse to dispute settlement based upon Article XXIII:1 (b) in respect of the introduction or intensification of a measure, upsetting the conditions of competition [or] [and] having an [actual or potential] adverse effect on trade, which while not conflicting with the provisions of General Agreement has frustrated a [legitimate] [reasonable] expectation concerning a benefit accruing to the party [directly or indirectly under the General Agreement] [under a market access concession or other commitment]

ประเด็นดังต่อไปนี้ที่ไม่ได้รับการยอมรับให้นำมารวมไว้ใน DSU เนื่องจากที่ประชุมไม่สามารถตกลงกันได้

1. ผู้เจรจาจะไม่สามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับว่าควรจะให้กำหนดให้มีการแสดงให้เห็นถึงการทำลายสภาวะในการแข่งขัน (upsetting condition of competition) และผลเสียหายที่เกิดขึ้น (adverse effect) ต่อการค้าหรือไม่ และยังไม่มีความแน่นอนว่าต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงผลเสียหายต่อการค้าอย่างแท้จริงหรือเพียงแค่พิสูจน์ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ว่าจะเกิดผลเสียหายก็เพียงพอแล้ว นั่นก็คือการพิจารณาว่าข้อมูลที่เป็นสถิติทางการค้านั้นต้องนำมาแสดงให้เห็นหรือไม่
2. ผู้เจรจาไม่สามารถตกลงกันได้ว่าความคาดหวังอันสมเหตุสมผลในผลประโยชน์นั้นควรจะอยู่ในระดับที่สมเหตุสมผล (reasonable) หรือว่าต้องชอบโดยกฎหมาย (legitimate)
3. ผู้เจรจาไม่สามารถตกลงกันได้ว่าผลประโยชน์ที่ได้มาภายใต้ข้อผูกพันที่ไม่ใช่ข้อตกลงหย่อนทางภาษีตามมาตรา II จะอยู่ภายใต้มาตรา XXIII: 1 (บี) หรือไม่

เมื่อประเด็นต่าง ๆ ข้างต้นไม่สามารถตกลงกันได้ หลักเกณฑ์ของคำร้องประเภทที่ไม่ละเมิดจึงได้รับการเปลี่ยนแปลงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกำหนดให้มีการเสนอเหตุผลสนับสนุนคำร้อง และมาตรการเยียวยาดังเช่นที่ปรากฏใน DSU ซึ่ง DSU สะท้อนให้เห็นผลของการเจรจา

Option B: The procedures in the Agreement shall apply, subject to the provisions of paragraphs 2 through 5 below, where a party has recourse to dispute settlement based upon Article XXIII:1 (b) in respect of the introduction or intensification of a measure, which could not reasonably have been foreseen and which frustrates a [legitimate] [reasonable] expectation of a benefit accruing to the party [directly or indirectly under the General Agreement] [under a market access concession or other commitment], upsetting the condition of competition [and/ or] having an [actual or potential] adverse effect on trade.

รอบอุรุกวัยซึ่งเป็นช่วงของการเจรจาที่ประชุมใหญ่ GATT มีโอกาสทบทวนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปและเสียหายโดยไม่มีภาระละเมิดทั้งหมด อย่างไรก็ตามบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีภาระกระทำละเมิดนี้ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ

3.3.1.2 มาตรา 26: 1 ของ DSU

มาตรา 26:1 ของ DSU กำหนดว่าในกรณีที่บทบัญญัติของมาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT 1994 สามารถนำมาปรับใช้ได้กับความตกลงที่เกี่ยวข้อง (covered agreement) คณะกรรมการระงับข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์อาจจะทำคำตัดสิน (rulings) หรือให้คำแนะนำ (recommendations) เมื่อภาคีที่พิพาทเห็นว่าผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้องกำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงกำลังถูกทำลายไปเนื่องจากการใช้มาตรการของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่ามาตรการนั้นจะขัดกับความตกลงหรือไม่ เมื่อกรณีเป็นไปตามที่ภาคีกล่าวอ้าง และคณะกรรมการระงับข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์เห็นว่าคดีนั้นเป็นคดีที่ไม่มีภาระกระทำละเมิด คณะกรรมการระงับข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์จะต้องนำกระบวนการในการระงับข้อพิพาทดังต่อไปนี้มาใช้

- (เอ) ฝ่ายที่ยื่นคำร้องจะต้องเสนอเหตุผลสนับสนุนที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีภาระกระทำละเมิดโดยละเอียด
- (บี) ถ้าพบว่ามาตรการที่กล่าวอ้างนั้นทำให้เสียไปหรือเสียหาย หรือขัดขวางวัตถุประสงค์ของความตกลงที่เกี่ยวข้องโดยไม่มีภาระกระทำละเมิด ภาคีไม่มีพันธกรณีที่จะต้องเพิกถอนมาตรการนั้น อย่างไรก็ตามคณะกรรมการระงับข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะแนะนำให้ภาคีที่เกี่ยวข้องทำการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่าย
- (ซี) โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของมาตรา 21 เมื่อมีการร้องขอโดยภาคีที่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้มีการตัดสินคดีโดยอนุญาโตตุลาการ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการอาจจะรวมถึงคำตัดสินที่เกี่ยวกับระดับของผลประโยชน์ซึ่งถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย และอาจจะรวมถึงการแนะนำแนวทางและวิธีการในการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่าย ซึ่งคำแนะนำนี้ไม่มีผลผูกพันภาคีที่พิพาท

- (ดี) โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในวรรค 1 ของมาตรา 21 ค่าเสียหายอาจจะเป็นส่วนหนึ่งในการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่าย ซึ่งถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทขั้นสุดท้าย⁶³

มาตรา 26 ของ DSU กำหนดให้มีวิธีการพิจารณาสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิดตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ของความตกลง GATT แยกไว้ต่างหาก โดยหลักเกณฑ์ของมาตรา XXIII:1 (บี) ของ GATT ยังคงไม่เปลี่ยนแปลง แต่มาตรา 26 :1 ได้รวบรวมหลักเกณฑ์จากคดีที่เกี่ยวข้องกับคำร้อง ประเภทที่ไม่มี การละเมิดที่พัฒนาขึ้นภายใต้คำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาท GATT ในประเด็นที่ตัวแทนในการเจรจาของภาคีสามารถตกลงกันได้และนำมาบัญญัติไว้ใน DSU

มาตรา 26 ได้กำหนดหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับ เหตุผลสนับสนุนการยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มี การกระทำละเมิด และมาตรการเยียวยา โดยในการตัดสินคดีกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นบทบัญญัติไม่ได้กำหนดให้ภาคีที่เกี่ยวข้องต้องเพิกถอนมาตรการที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง คณะกรรมการระงับข้อพิพาท มีอำนาจแค่เพียงแนะนำให้มีการปรับปรุงแก้ไขให้เป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่าย

บทบัญญัติใน DSU นี้ยังครอบคลุมถึงข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ของความตกลงพหุภาคี (Multilateral Agreement) และความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral Agreement) ทุกความตกลง อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการกำหนดความตกลงที่เกี่ยวข้องมีการกำหนดบทบัญญัติพิเศษที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายไว้เฉพาะ เช่นใน GATS และ TRIPS บทบัญญัติของ DSU จะนำไปใช้กับความตกลงเหล่านั้นได้ก็เท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติเฉพาะ และสำหรับหลักเกณฑ์พิเศษในความตกลงหลายฝ่ายนั้นจะมีผลเหนือกว่า DSU ก็แต่เฉพาะกฎเกณฑ์ที่ภาคีได้ให้สัตยาบันแล้ว⁶⁴

⁶³ Article 26: 1 of Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes.

⁶⁴ Ibid., Article 1(2).

3.3.2 ความเข้าใจและความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วย ภาษีศุลกากรและการค้า 1994 (The GATT 1994 and Implementing Agreements and Understandings)

นอกจากมาตรา XXIII: 1 (บี) และมาตรา 26 ของ DSU แล้วคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดยังปรากฏอยู่ภายใต้บทบัญญัติพิเศษอีกหลายฉบับ เช่น ความตกลงในการต่อต้านการทุ่มตลาด (The Anti-Dumping Agreement) และความตกลงที่เกี่ยวกับการประเมินพิธีการศุลกากร (Agreement on Customs Valuation) ซึ่งยังคงใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปและเสียหาย โดยไม่ได้มีการแยกให้ชัดเจนถึงกรณีที่มีการกระทำละเมิดและกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิด⁶⁵

ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับการอุดหนุน (Subsidies Code) ได้กำหนดให้มีมูลเหตุในการร้องขอในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดได้⁶⁶ ในกรณีของการอุดหนุนที่โต้ตอบไม่ได้ (non-actionable) โดยภาคีอาจจะยื่นคำร้องอ้างว่าการอุดหนุนของภาคีอื่นแม้ว่าจะเป็นการอุดหนุนที่โต้ตอบไม่ได้ (non-actionable) แต่ถ้าเป็นการอุดหนุนที่ทำให้ตนได้รับผลเสียหายอย่างร้ายแรง (serious adverse effects) ในอุตสาหกรรมภายในและความเสียหายนั้นยากที่จะได้รับการเยียวยา⁶⁷ ภาคีฝ่ายที่ถูกกล่าวหาจะได้รับคำแนะนำให้มีแก้ไขมาตรการอุดหนุนเพื่อระงับผลเสียหายนั้น นอกจากนี้ถ้าภาคีไม่กระทำตามที่แนะนำภายในหกเดือน ภาคีที่ยื่นคำร้องอาจจะได้รับอนุญาตให้ใช้มาตรการตอบโต้ที่เหมาะสม⁶⁸

เมื่อเปรียบเทียบข้อกำหนดดังกล่าวกับผลของคำร้องที่เกี่ยวกับการอุดหนุนที่ห้ามใช้ (Prohibited Subsidy) จะเห็นได้ชัดว่าแม้ว่ากระบวนการที่ใช้กับการอุดหนุนทั้งสองประเภทจะแตกต่างกันแต่มาตรการเยียวยาที่กำหนดไว้เหมือนกัน กระบวนการที่แตกต่างก็คือคำร้องที่

⁶⁵ Article 17.2 of Agreement on Implication of Article VI of General Agreement on Tariff and Trade (1994) ; Article 19:2 of Agreement on Implication of Article VII of General Agreement on Tariffs and Trade (1994).

⁶⁶ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Marakesh Agreement, Annex IA,

⁶⁷ Ibid., Article 9.1.

⁶⁸ Ibid., Article 9.3.

เกี่ยวกับการอุดหนุนที่ห้ามเด็ดขาดนั้นได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการระดับข้อพิพาท ในขณะที่คำร้องที่เกี่ยวกับการอุดหนุนที่ได้ตอบไม่ได้นั้นขึ้นอยู่กับคำแนะนำของคณะกรรมการ (Committee)

3.3.3 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services (GATS))

แนวคิดทางกฎหมายขั้นพื้นฐานของ GATS โดยทั่วไปนั้นเหมือนกับ GATT นั่นก็คือโครงสร้างของพันธกรณีที่มีการกำหนดขึ้นนั้นโดยตัวมันเองนั้นไม่ได้รับประกันการเข้าสู่ตลาดการบริการของภาคีอื่นใน WTO อย่างเต็มที่ เช่น พันธกรณีที่จะไม่ให้บริการหรือผู้จัดให้มีการบริการภายในประเทศมากกว่าที่ให้กับต่างประเทศ (นั่นคือหลักปฏิบัติอย่างชาติ) และพันธกรณีที่จะไม่บังคับใช้การจำกัดปริมาณในสิทธิที่จะให้บริการ (นั่นคือ "การเข้าสู่ตลาด" (market access) ซึ่งพันธกรณีเหล่านี้เป็นพันธกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะกับกิจกรรมการบริการที่อยู่ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Special of Specific Commitment) ของภาคีเท่านั้น และโครงสร้างพันธกรณีของ GATS ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับ GATT นั้นก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงนโยบายทุกระดับที่มีผลต่อการค้าบริการ ดังนั้นจึงทำให้ GATS ไม่มีสามารถให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจทุกประเภทที่ภาคี WTO คาดหวังว่าจะได้มาจากข้อผูกพันเฉพาะที่ภาคีให้เป็นการแลกเปลี่ยนกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶⁹ จากเหตุผลดังกล่าวทำให้ผู้เจรจาความตกลง GATS ได้รวมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดไว้ในมาตรา XXIII ของความตกลง GATS ด้วย

กฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลง GATS และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา XXIII โดยมาตรา XXIII: 3 ของ GATS กำหนดให้ภาคีที่เห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนสามารถคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผลว่าจะได้มาภายใต้ข้อผูกพันเฉพาะของภาคีอื่นในบทที่ III ของความตกลงกำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการใช้มาตรการที่ไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติของความตกลงนี้ ภาคีนั้นก็อาจจะใช้การระงับข้อพิพาทภายใต้ DSU ถ้า DSB เห็นว่ามาตรการนั้นทำให้ผลประโยชน์ดังกล่าวถูกลบล้างไปหรือได้รับความเสียหาย

⁶⁹ Frieder Roessler, "The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the WTO," p. 135.

ภาคีที่ได้รับผลกระทบจะมีสิทธิที่จะได้รับการแก้ไขให้เป็นที่พอใจร่วมกันทั้งสองฝ่ายบนพื้นฐานของข้อ XXI: 2 ซึ่งอาจรวมถึงการแก้ไขหรือการเพิกถอนมาตรการ และในกรณีที่ภาคีที่เกี่ยวข้องไม่สามารถตกลงกันได้ให้นำข้อ XXII ของ DSU มาปรับใช้”⁷⁰

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ GATS นี้ได้นำเอาหลักเกณฑ์ที่พัฒนาขึ้นในคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ GATT มาบัญญัติไว้ นั่นก็คือหลักที่เกี่ยวกับความคาดหวังอันสมเหตุสมผล และหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) โดยกำหนดให้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนำมาปรับใช้ได้กับผลประโยชน์ที่สามารถคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผล และต้องเป็นผลประโยชน์ภายใต้ข้อผูกพันเฉพาะด้วย นอกจากนี้แม้ว่าโครงสร้างของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใน GATS จะวางอยู่บนแนวคิดของการทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ แต่คำว่า “การทำให้เสียไปหรือเสียหาย” ก็ไม่ได้มีปรากฏอยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับกรณีที่มีการกระทำละเมิดพันธกรณีและข้อผูกพันอีกต่อไป เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าข้อสันนิษฐานของการทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ในกรณีที่มีการกระทำละเมิดนั้นไม่เคยถูกหักล้างได้เลยในหลักปฏิบัติในการระงับข้อพิพาทของ GATT

นอกจากนี้มาตรา XXIII ของ GATS ยังกำหนดให้นำมาตรา 22 ของ DSU มาปรับใช้ได้ ในกรณีที่ภาคีไม่สามารถตกลงกันได้ ซึ่งในกรณีจะแตกต่างจากคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 ของ DSU เนื่องจากมาตรา 22 ของ DSU จะไม่นำมาปรับใช้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญจากบทบัญญัติของ GATT ในบทบัญญัติของความตกลง GATS นี้ไม่มีการแยกความแตกต่างขั้นพื้นฐานระหว่างสิ่งที่เป็นกฎหมายและไม่เป็นกฎหมาย นั่นก็คือกรณีที่มีการกระทำละเมิดและการกระทำที่ไม่ละเมิด แนวคิดทั้งสองประการนี้อยู่ภายใต้มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้ที่เหมือนกัน จากบทบัญญัตินี้แนวคิดที่เกี่ยวกับบทบัญญัติของการกระทำละเมิดและไม่ละเมิดนั้นถูกมองว่าเป็นแนวคิดทางกฎหมายเหมือนกันโดยแนวคิดหนึ่งเป็นการห้ามมิให้มีการกระทำละเมิดพันธกรณีและข้อผูกพันเฉพาะ ส่วนอีกแนวคิดหนึ่งเป็นการห้ามมิให้มีการกระทำที่ทำให้เสียหายต่อความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายในผลประโยชน์ที่ได้มา⁷¹

⁷⁰ Article XXIII of General Agreement on Trade in Services.

⁷¹ Thomas Cottier and Krista Nadakavukaren Schefer, “Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future,” p. 157.

อย่างไรก็มีการคาดหมายว่าความจำเป็นที่จะต้องใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใน GATS นั้นก็มีไม่มากนักเนื่องจาก GATS กำหนดให้มีพันธกรณีบางประการที่เป็นการจำกัดอิสระของรัฐในการใช้มาตรการภายใน เช่น มาตรา VI: 5 กำหนดว่าในสาขาที่ภาคีได้ยอมตกลงทำข้อผูกพันเฉพาะนั้น ภาคีจะไม่ใช้เงื่อนไขในการออกใบอนุญาตและคุณสมบัติ (licensing and qualification requirements) และมาตรฐานทางด้านเทคนิค (technical standard) ที่ทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อข้อผูกพันเฉพาะซึ่งภาคีมีเหตุผลอันสมควรที่ไม่สามารถคาดหมายได้ในเวลาที่มีการกำหนดข้อผูกพันเฉพาะในสาขานั้น⁷²

3.3.4 ความตกลงที่ว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement the Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs)

ในขณะที่มีการเจรจาความตกลง TRIPs ภาคีบางส่วนเกรงว่าการรวมคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดเข้าไปในความตกลงด้วยจะมีผลทำให้มาตรฐานของการคุ้มครองนั้นสูงเกินกว่าที่มีการเจรจาทกลงกัน แต่ภาคีบางส่วนก็เกรงว่าการที่ไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใน TRIPs จะมีการใช้มาตรการที่ทำให้พันธกรณีที่ตกลงกันไว้ลดน้อยลงโดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ TRIPs จึงมีความแตกต่างจากบทบัญญัติประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในความตกลงอื่น เป็นอย่างมาก

ในการระงับข้อพิพาทภายใต้ TRIPs นั้น มาตรา 64 กำหนดว่ามาตรา XXIII:1 (บี) และ (ซี) จะไม่นำมาบังคับใช้กับการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลง TRIPs ในกำหนดเวลาห้าปีนับจากวันที่ความตกลง WTO มีผลใช้บังคับ และในระหว่างกำหนดเวลาห้าปีดังกล่าว คณะมนตรี TRIPs จะตรวจสอบขอบเขตและรูปแบบ (scope and modality) ของคำร้องตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา XXIII:1 (บี) และ (ซี) ของความตกลง GATT เพื่อเสนอข้อแนะนำต่อที่ประชุมระดับรัฐมนตรี และที่ประชุมรัฐมนตรีจะทำความเห็นชอบต่อคำแนะนำดังกล่าว คำตัดสินของที่ประชุมรัฐมนตรีที่เห็นชอบต่อคำแนะนำหรือการที่จะขยายกำหนดเวลาในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดออกไปต้องกระทำโดยฉันทามติ (consensus) เท่านั้น และข้อแนะนำที่ได้รับความ

⁷² Article VI: 5 of General Agreement on Trade in Services.

เห็นชอบแล้วจะมีผลใช้บังคับกับบรรดาภาคีที่ทั้งปวงโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการยอมรับอย่างเป็นทางการอีก”⁷³

สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในความตกลง TRIPs นั้นได้กำหนดให้มีการเลื่อนระยะเวลา (moratorium) ในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามมาตรา XXIII: 1 (บี) กับความตกลง TRIPs และกำหนดให้คณะมนตรีพิจารณาขอบเขตและรูปแบบ (scope and modality) ของคำร้องประเภทนี้ในช่วงระยะเวลา 5 ปีแรก ซึ่งได้สิ้นสุดไปแล้วเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 1999

แม้ว่าการเลื่อนระยะเวลาในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามมาตรา 64 จะสิ้นสุดไปแล้ว แต่การที่คณะมนตรี TRIPs ยังไม่สามารถที่จะให้คำแนะนำต่อคณะรัฐมนตรีได้ภายในวันที่ 30 ธันวาคม 1999 ประกอบกับความล้มเหลวของการประชุมรัฐมนตรีที่ซีแอตเทิล (Seattle Ministerial) ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเลื่อนระยะเวลาในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดอยู่ในปัจจุบัน

3.3.5 วิเคราะห์หลักเกณฑ์และแนวคำตัดสินในคดีประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ กฎเกณฑ์ของ WTO

ภายใต้กรอบการทำงานของ WTO จำนวนข้อพิพาทที่มีการอ้างคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นยังคงมีเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิดเช่นเดียวกับ GATT นอกจากนี้แม้ว่าจะมีการแบ่งแยกกระบวนการพิจารณาและมาตรการเยียวยาสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดให้ชัดเจนและแตกต่างจากคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิดแล้ว แต่ภาคีก็ยังคงอ้างคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดพร้อมกับคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิด⁷⁴ มีเพียงสามคดีที่คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำที่ละเมิดได้รับการพิจารณาในรายละเอียดภายใต้ WTO แม้ว่าในคดีทั้งสามคณะกรรมการจะรับข้อพิพาทและองค์กฤษฎณ์จะ

⁷³ Article 64: 2 of Agreement on Trade Related Aspects of intellectual Property Rights.

⁷⁴ Haochen Sun, "TRIPS and Non-Violation Complain," From a Public Health Perspective (2002) p. 7.

เห็นว่าไม่มีมูลของการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิด⁷⁵ แต่คำตัดสินคดีขององค์กรระดับข้อพิพาทดังกล่าวก็ได้แสดงให้เห็นถึงแนวทางในการตัดสินข้อพิพาทในประเด็นที่แตกต่างจากคดีที่เกิดขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ของ GATT

3.3.5.1 การพิจารณาสถานีในการร้องขอ (Standing)

ประเด็นเรื่องสิทธิในการร้องขอก็คือการที่จะต้องพิจารณาว่าผู้ยื่นคำร้องมีสิทธิที่จะขอให้ศาลตัดสินข้อพิพาทหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่าผู้ร้องมีส่วนได้เสีย (legal interest) ที่ศาลจะให้ความคุ้มครองหรือไม่⁷⁶ ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการร้องขอ หรือยื่นคำฟ้องนี้มีขึ้นเพื่อ

1. ทำให้การพิจารณาตัดสินคดีมีประสิทธิภาพโดยการป้องกันไม่ให้มีคดีจำนวนมากขึ้นสู่ศาล (flood of lawsuits)
2. เพื่อการพัฒนาคุณภาพของคำตัดสินโดยทำให้มั่นใจได้ว่าข้อพิพาทที่กล่าวอ้างนั้นมีอยู่จริง และ
3. เพื่อที่จะทำให้เกิดความเป็นธรรมโดยการป้องกันไม่ให้มีการแทรกแซงสิทธิของผู้อื่น

ในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) ก็มีการพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องสิทธิในการฟ้องร้องด้วย ยกตัวอย่าง เช่น ในคดี Barcelona Traction ซึ่งเป็นคดีระหว่างเบลเยียมกับสเปน ในคดีนี้รัฐบาลเบลเยียมได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลสเปนรับผิดชอบในความเสียหายที่สเปนได้ก่อให้เกิดขึ้นต่อบริษัท Barcelona Traction โดยการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศของหน่วยงานของสเปนที่ยึดทรัพย์สินของบริษัท Barcelona Traction ศาลได้ปฏิเสธคำร้องของเบลเยียมด้วยเหตุที่ว่า เบลเยียมไม่ใช่ผู้เสียหายที่จะมีอำนาจฟ้อง ในคดีนี้แม้ศาลจะไม่ได้ชี้เฉพาะว่าแคนาดา ซึ่งเป็นประเทศที่บริษัท Barcelona

⁷⁵ Japan-Measure Affecting Consumer Photographic Film; EC – Measures Affecting Asbestos and Products containing Asbestos; and Korea – Measure Affecting Government Procurement.

⁷⁶ William J. Davey, "Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority," Journal of International Economic Law (2001), p. 97.

Traction มีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ Barcelona traction ได้ แต่การที่ศาลปฏิเสธรการให้ความคุ้มครองทางการทูตของเบลเยียมแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ ก็เท่ากับหมายความว่าแคนาดาเท่านั้นที่มีสิทธิในการฟ้องร้อง

สำหรับประเด็นเรื่องสิทธิในการร้องขอภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO นั้นมีปรากฏอยู่ในคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี EC-Bananas⁷⁷ ในคดีนี้ประชาคมยุโรปขอให้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทปฏิเสธคำร้องขอของสหรัฐเนื่องจากสหรัฐไม่ได้เป็นผู้ส่งออกกล้วยสหรัฐจึงไม่มีส่วนได้เสีย (legal interest) ในคำร้องที่เกี่ยวกับการค้ากล้วยในคดีนี้ คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่า ใน DSU ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดว่าในการยื่นคำร้องขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นผู้ยื่นคำร้องจะต้องมีส่วนได้เสียในคดี คณะกรรมการระงับข้อพิพาทยังเห็นว่ากฎเกณฑ์ของ GATT นั้นคุ้มครองโอกาสในการแข่งขัน และสหรัฐก็เคยผลิตกล้วยมาก่อน นอกจากนั้นตลาดภายในของสหรัฐก็ได้รับผลกระทบโดยอ้อมจากกฎเกณฑ์ในการนำเข้ากล้วยของประชาคมยุโรป คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าผลประโยชน์ทางการค้าที่น่าจะมีอยู่ (potential trade interest) และผลประโยชน์ของภาคีในการที่จะกำหนดสิทธิและพันธกรณี (determination of rights and obligations) ภายใต้ความตกลง WTO ต่าง ๆ ก็ถือว่าเพียงพอแล้วที่จะถือว่าสหรัฐมีสิทธิในการยื่นคำร้อง

ในชั้นอุทธรณ์คดี EC- Bananas องค์การอุทธรณ์เห็นว่าในการตัดสินคดีของ ICJ นั้น ICJ ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าภาคีต้องมีส่วนได้เสียถึงจะยื่นคำร้องต่อศาลได้ และเมื่อพิจารณาจากตัวบทของมาตรา XXIII ที่กำหนดว่า "ถ้าภาคีใดพิจารณาเห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย....." ภาคีก็สามารถใช้สิทธิขอให้มีการเจรจา และใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทได้ นอกจากนั้นมาตรา 3.7 ของ DSU ก็ยังกำหนดให้ภาคีมีดุลพินิจที่จะตัดสินว่าจะนำคดีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทหรือไม่ ซึ่งองค์การอุทธรณ์เห็นว่าบทบัญญัติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า WTO ให้สิทธิแก่ภาคีที่เกี่ยวข้องตัดสินใจว่าจะยื่นคำร้องหรือไม่ และการยื่นคำร้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ภาคีนั้นหรือไม่ นอกจากนั้นองค์การอุทธรณ์ยังเห็นว่าอันที่จริงแล้วสหรัฐก็เป็นประเทศที่เป็นไปได้ว่าจะมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับการส่งออก (potential export interest) กล้วยในฐานะที่เป็นผู้ผลิตรายหนึ่ง ดังนั้นตลาดภายในประเทศของสหรัฐจึงได้รับผลกระทบจากกฎเกณฑ์ของประชาคมยุโรป ในที่สุดองค์การอุทธรณ์ก็สรุปว่าเนื่อง

⁷⁷ Appellate Body Report, EEC –Regimes for Bananas, para 136.

จากข้ออ้างของสหรัฐภายใต้ GATT นั้นก็เกี่ยวข้องกับข้ออ้างภายใต้ GATS ดังนั้นจึงไม่มีปัญหาที่ต้องพิจารณาแล้วว่าสหรัฐมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องภายใต้ GATS หรือไม่

จากแนวคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์นั้นดูเหมือนว่ากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสิทธิในการยื่นคำร้องขอหรือการมีส่วนร่วมได้เสียในคดีนั้นไม่มีนั้นไม่ได้มีกำหนดไว้ใน DSU⁷⁸ อย่างไรก็ตามองค์กรอุทธรณ์ก็ได้กล่าวสรุปเกี่ยวกับประเด็นเรื่องสิทธิในการยื่นคำร้องขอในคดี EC –Bananas ว่าปัจจัยที่ทำให้สหรัฐมีสิทธิในการยื่นคำร้องขอนั้นเมื่อนำมาพิจารณารวมกันทำองค์กรอุทธรณ์เห็นว่าสหรัฐมีสิทธิในการยื่นคำร้อง แต่ไม่ได้หมายความว่าปัจจัยประการใดประการหนึ่ง หรือนอกเหนือจากที่กล่าวอ้างในคดีนี้จะมีผลในทางลบ (dispositive) กับคดีอื่น⁷⁹

William J. Davey เห็นว่าในกระบวนการระดับข้อพิพาทของ WTO นั้นไม่จำเป็นต้องมีข้อกำหนดเรื่องสิทธิในการยื่นคำร้องขอ⁸⁰

3.3.5.2 มูลเหตุในการร้องขอในคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

ในคดีระหว่างแคนาดา กับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่เกี่ยวกับมาตรการที่มีผลกระทบต่อแร่ใยหินและผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของแร่ใยหิน (EEC-Asbestos) ซึ่งคดีนี้เป็นคดีแรกที่องค์กรอุทธรณ์มีโอกาสได้พิจารณาคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO องค์กรอุทธรณ์จึงเห็นว่าองค์กรอุทธรณ์จำเป็นต้องให้ข้อสังเกตเบื้องต้นเกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด โดยองค์กรอุทธรณ์เห็นว่ามาตรา XXIII: 1 (บี) กำหนดมูลเหตุ (cause of action) ในการยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดไว้แยกต่างหาก และภายใต้มาตรา XXIII: 1 (บี) นี้ผู้ยื่นคำร้องไม่จำเป็นต้องแสดงว่ามีการกระทำละเมิดพันธกรณี⁸¹

⁷⁸ William J. Davey, "Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority," p. 98.

⁷⁹ Appellate Body Report, Bananas, para 138.

⁸⁰ William J. Davey, "Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority," p. 99.

⁸¹ EEC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/R, para 185.

3.3.5.3 องค์ประกอบในการพิสูจน์คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

ภายใต้การระงับข้อพิพาทของ WTO นั้นรายงานคดีระหว่างสหรัฐและญี่ปุ่นที่เกี่ยวกับมาตรการของญี่ปุ่นที่มีผลกระทบต่อฟิล์มและกระดาษอัดรูป⁸² (Japan – Films) ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดคดีแรกที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทพิจารณา คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดอย่างละเอียด ในคดีนี้สหรัฐได้กล่าวหาว่ารัฐบาลญี่ปุ่นได้ก่อให้เกิดอุปสรรคแก่การขายฟิล์มและกระดาษอัดรูปนำเข้าจากต่างประเทศโดยการบังคับใช้มาตรการต่อต้านการเปิดเสรี ซึ่งเป็นคดีที่มีการอ้างคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในลักษณะที่แตกต่างจากคดีที่ผ่านมา โดยคดีที่ผ่านมาจะเป็นคำร้องที่เกี่ยวกับการอุดหนุนภายในประเทศที่ไม่ขัดกับความตกลง แต่ในคดีนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรการของญี่ปุ่นที่กำหนดขึ้นเพื่อทำให้ความสามารถในการแข่งขันในการจัดจำหน่ายสินค้าบางชนิดภายในประเทศหรือภาคอุตสาหกรรมบางภาคภายในประเทศเข้มแข็งขึ้นโดยไม่ใช้การสนับสนุนด้านการเงิน คณะกรรมการระงับข้อพิพาทสรุปว่ามาตรา XXIII: 1 (บี) กำหนดองค์ประกอบสามประการของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดไว้คือ

1. การใช้มาตรการโดยภาคี
2. ผลประโยชน์ที่ได้มาภายใต้ความตกลง
3. การทำให้เสียไปหรือเสียหายเนื่องจากการใช้มาตรการของภาคี⁸³

องค์ประกอบของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดดังกล่าวข้างต้นเป็นองค์ประกอบที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา XXIII ของ GATT ซึ่งคณะกรรมการระงับข้อพิพาทต่างก็ใช้องค์ประกอบสามประการนี้เป็นหลักในการพิจารณาคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด รวมถึงการกำหนดมาตรฐานในการพิจารณาคดีดังกล่าวด้วย

(1) ขอบเขตของมาตรการ

จากแนวคำตัดสินในคดีที่ผ่านมาในการพิจารณาขอบเขตของมาตรการส่วนมาก DSB จะไม่ได้พิจารณาถึงปัญหาว่ามาตรการนั้นมีอยู่จริงหรือไม่ แต่จะเป็นการพิจารณาว่า

⁸² Japan-Measure Affecting Consumer Photographic Film, para. 10.40.

⁸³ Ibid., para 10.41.

มาตรการนั้นมีผลใช้บังคับหรือไม่ และก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ที่ภาคีได้มาหรือไม่ จากแนวคำตัดสินที่เกิดขึ้นการพิจารณาขอบเขตของมาตรการนั้นสามารถแบ่งได้ออกเป็นมาตรการที่ไม่มีผลผูกพัน และมาตรการที่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติอื่นของ GATT ดังรายละเอียดต่อไปนี้

(1.1) มาตรการที่ไม่มีผลผูกพัน (Short of Legal Binding)

เนื่องจาก WTO เป็นความตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้นคำว่ามาตรการตาม มาตรา XXIII: 1 (บี) และมาตรา 26: 1 จึงหมายถึงเฉพาะนโยบายหรือการกระทำของรัฐเท่านั้นไม่รวมถึงการกระทำของเอกชน

คณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี Japan –Film พิจารณาความหมายของมาตรการในขอบเขตที่กว้าง โดยเห็นว่ามาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่มีผลใช้บังคับอยู่ และสามารถมีขอบเขตกว้างกว่ากฎหมายหรือข้อบังคับ มาตรการนั้นรวมถึงการกระทำอื่น ๆ ของรัฐที่ไม่ได้บัญญัติออกมาให้มีผลบังคับทางกฎหมาย เช่น คำแนะนำของฝ่ายบริหาร (Administrative guidance) คณะกรรมการระดับข้อพิพาทมองว่าการปฏิบัติตามนโยบายหรือการกระทำของรัฐโดยเอกชนนั้นก็จะมีผลเหมือนกับการปฏิบัติตามมาตรการที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย ผลของการจงใจให้กระทำตามหรือไม่กระทำตามการกระทำของรัฐที่ไม่มีผลผูกพันนั้นทำให้สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นมาตรการตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ถ้าการกระทำของรัฐนั้นมีผลเหมือนกับมาตรการที่มีผลผูกพัน โดยในการพิจารณาขอบเขตของมาตรการนี้คณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี Japan-Film ได้พิจารณาถึงแนวคำตัดสินของ GATT ในคดี Japan - Semiconductor ซึ่งคณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี Japan-Semiconductor เห็นว่าแม้ว่ามาตรการจะไม่มีผลใช้บังคับก็สามารถถือได้ว่าเป็นการจำกัดปริมาณตามมาตรา XI: 1 ของ GATT เนื่องจากเป็นมาตรการที่มีแรงจูงใจหรือไม่จูงใจให้กระทำตาม คณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี Japan-Film เห็นว่าจากคำตัดสินในคดีภายใต้ GATT แสดงให้เห็นว่าคำแนะนำของฝ่ายบริหารที่ก่อให้เกิดแรงจูงใจให้กระทำตามหรือไม่กระทำตามนั้นถือว่าเป็นมาตรการของรัฐ

สำหรับประเด็นเรื่องการกระทำของภาคเอกชนนั้นคณะกรรมการระดับข้อพิพาทสรุปจากแนวคำตัดสินในคดีก่อน ๆ แล้วเห็นว่ากรกระทำของภาคเอกชนนั้นไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐถ้าขาดความเชื่อมโยงกับรัฐในระดับที่เพียงพอ



นอกจากนั้นคณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่ามาตรการเดิมที่ถูกยกเลิกไป
อย่างเป็นทางการแล้วอาจจะมีกรนำมาใช้ผ่านคำแนะนำของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตามในกรณีนี้
ก็ขึ้นอยู่กับฝ่ายที่ยื่นคำร้อง ที่จะแสดงให้เห็นว่าคำแนะนำนั้นยังมีอยู่และมีผลเป็นการทำให้เสียไป
หรือเสียหายต่อผลประโยชน์ของภาคี

คณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี Japan-Film เห็นว่าคำว่ามาตรการตาม
มาตรา XXIII: 1 (บี) นั้นไม่ควรจะได้รับการตีความอย่างจำกัด และการที่จะจำกัดขอบเขตหรือ
ความหมายของคำว่ามาตรการนั้นก็เป็นเรื่องยาก อย่างไรก็ตามคณะกรรมการระดับข้อพิพาทใน
คดี Japan-Film ก็เห็นว่าการตีความคำว่ามาตรการในขอบเขตที่กว้างไม่ได้ถือว่าเป็นการขยาย
ขอบเขตของมาตรา XXIII: 1 (บี) เนื่องจากผู้ยื่นคำร้องยังมีหน้าที่ในการแสดงให้เห็นว่ามาตรการ
นั้นเป็นสาเหตุของความเสียหายหรือเสียหายต่อผลประโยชน์

(1.2) มาตรการที่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติอื่นของ GATT

ในคดี EEC-Asbestos แคนาดาได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการระดับข้อพิพาทอ้าง
ว่าการใช้มาตรการของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์
ที่แคนาดาได้มา ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปต่อสู้ว่ามาตรา XXIII: 1 (บี) ใช้กับเฉพาะมาตรการอื่น
ที่ไม่ได้กำหนดอยู่ใน GATT และประชาคมยุโรปก็เห็นว่าการที่จะอ้างว่ามีความคาดหวังอันสมเหตุ
ผลในเรื่องที่เกี่ยวกับมาตรการในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ซึ่งเป็นมาตรการที่กระทำ
โดยชอบตามมาตรา XX (บี) ของ GATT นั้นไม่ถูกต้อง ในกรณีนี้คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็น
ว่าทั้งมาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT และมาตรา 26 ของ DSU ใช้คำว่า “มาตรการที่ไม่ว่าจะขัด
แย้งกับความตกลงหรือไม่” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติสามารถนำมาปรับใช้ได้กับทั้งมาตรการที่
ขัดแย้งและไม่ขัดแย้งกับความตกลง และคณะกรรมการระดับข้อพิพาทก็เห็นว่าข้อบังคับ
(Decree) ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถือเป็นมาตรการตามมาตรา 26 ของ DSU

ในคดี EEC-Asbestos ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปอุทธรณ์คำตัดสินของคณะ
กรรมการระดับข้อพิพาท แต่องค์กรอุทธรณ์ก็เห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อ
พิพาทว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีกรกระทำละเมิดสามารถนำไปปรับใช้ได้กับมาตรการที่ขัดแย้งกับ
ความตกลงแต่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้ GATT เนื่องจากเป็นมาตรการที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นซึ่ง
GATT อนุญาตให้นำมาใช้ได้

(1.3) มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์

สำหรับข้อโต้แย้งประการที่สองของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในคดี EEC-Asbestos ที่ว่าความคาดหวังอันสมเหตุสมผลนั้นไม่ควรจะเกิดขึ้นกับมาตรการที่ใช้สำหรับคุ้มครองสุขภาพของประชาชนนั้น คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่าทั้งมาตรา XXIII: 1 (บี) และมาตรา 26 ของ DSU ไม่ได้แบ่งแยกลักษณะของมาตรการที่เป็นมาตรการทางการค้าหรือมาตรการทางสุขภาพไว้ และภายใต้มาตรา XX ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้นำมาตรการด้านสุขภาพมาใช้ได้แม้ว่าจะเป็นมาตรการที่ขัดกับความตกลงเองก็ไม่ได้กำหนดห้ามมิให้นำมาตรา XXIII: 1 (บี) มาปรับใช้ ในประเด็นนี้องค์การอุทธรณ์มีความเห็นว่าการที่จะแบ่งแยกระหว่างมาตรการด้านสุขภาพกับมาตรการทางการค้านั้นเป็นเรื่องที่ยากในทางปฏิบัติ และองค์การอุทธรณ์ก็ยืนยันคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทที่ว่ามาตรา XXIII: 1 (บี) สามารถใช้ได้กับมาตรการที่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติอื่นของ GATT และเกี่ยวข้องกับสุขภาพ

(1.4) มาตรการที่นำมาปรับใช้อย่างต่อเนื่อง

มาตรา XXIII: 1(บี) กำหนดว่าภาคีที่เห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายเนื่องจากมาตรการที่กำลังมีการปรับใช้อยู่ ในคดี Japan-Film คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่าการมาตรการเก่าที่ไม่เคยถูกยกเลิกอย่างเป็นทางการอาจจะมีการนำมาปรับใช้ผ่านคำแนะนำของฝ่ายบริหารได้ และถึงแม้ว่าจะมีการยกเลิกมาตรการนั้นอย่างเป็นทางการแล้วแนวคิดที่แฝงอยู่ในมาตรการนั้นก็อาจถูกนำมาใช้โดยผ่านคำแนะนำของฝ่ายบริหารได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าสหรัฐจะพิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการนั้นยังมีการนำมาปรับใช้อยู่ และเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ที่สหรัฐได้มา

(2) การพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่ได้มาภายใต้ความตกลง

ในการพิจารณาว่าภาคีได้ผลประโยชน์มาภายใต้ความตกลงหรือไม่และผลประโยชน์นั้นเป็นผลประโยชน์ที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา XXIII: 1 (บี) หรือไม่ต้องพิจารณาว่าภาคีได้ผลประโยชน์มาจากทางใด และภาคีมีความคาดหวังอันสมเหตุสมผลในการได้มาซึ่งผลประโยชน์นั้นหรือไม่

(2.1) ผลประโยชน์ที่ได้มา

ในคดี Japan-Film ปัญหาของผลประโยชน์ที่สหรัฐได้มานั้นค่อนข้างซับซ้อนเนื่องจากสหรัฐอ้างว่ามีความคาดหวังอันสมเหตุสมผลในการเข้าสู่ตลาดที่ดีขึ้นสำหรับผลิตภัณฑ์ 4 ประเภทที่ต่างกัน และเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีการให้ข้อลดหย่อนในช่วงการเจรจาต่อรองเนื่องสามารถรอบคือ รอบเคนดี ปี 1967 รอบโตเกียว ปี 1979 และรอบอุรุกวัยปี 1994 ในกรณีนี้ญี่ปุ่นโต้แย้งว่าความคาดหวังของสหรัฐต้องจำกัดอยู่กับเฉพาะการเจรจารอบอุรุกวัย ปี 1994 เนื่องจากปีรอบสรุปผลการเจรจา ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่าผลประโยชน์ที่สามารถคาดหวังได้โดยชอบสามารถมาจากการเจรจาต่อรองหรือไม่ ในประเด็นนี้คณะกรรมการเห็นว่า GATT 1994 นั้นประกอบไปด้วย พิธีสาร (Protocol) และหนังสือรับรอง (Certification) ที่เกี่ยวกับข้อลดหย่อนทางภาษีภายใต้มาตรา 1 (b) : (i) และพิธีสารมาราเกรซของ GATT 1994 ภายใต้ (d) ความหมายของถ้อยคำในมาตรา 1 (b): (i) และ (d) เมื่ออ่านประกอบกันสามารถตีความหมายได้ว่าพิธีสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับข้อลดหย่อนทั้งที่เกิดขึ้นก่อนรอบอุรุกวัยและพิธีสารมาราเกรซของ GATT 1994 นั้นถูกรวมเป็น GATT 1994 และยังคงมีผลตามกฎหมายภายใต้ WTO

คณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี Japan -Film เห็นว่ามาตรา 30 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ที่กำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาของความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญาที่ทำขึ้นต่อเนื่องกันในประเด็นเรื่องเดียวกันนั้นไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีนี้ได้เนื่องจากข้อลดหย่อนที่ให้การเจรจาต่าง ๆ ไม่มีอะไรที่ขัดแย้งกัน ความขัดแย้งจะเกิดขึ้นเมื่อข้อลดหย่อนที่ให้ภายหลังนั้นน้อยลงกว่าที่เคยให้ก่อนหน้านั้น แต่ในกรณีนี้ข้อลดหย่อนที่ให้มีการปรับปรุงให้ดีขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งการตีความผลประโยชน์ก็สามารถที่จะทำในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ (harmony) โดยวิธีการนี้เป็นไปตามหลักการตีความสนธิสัญญาให้มีผลทางกฎหมาย (Principle of Effectiveness) ซึ่งหลักนี้ถูกนำมาปรับใช้โดยองค์การอุทธรณ์ในคดี US-Gasoline โดยองค์การอุทธรณ์เสนอให้ DSB พยายามที่จะตีความสนธิสัญญาให้มีผลทางกฎหมาย โดยไม่ตีความให้เป็นการฟุ่มเฟือย (redundancy) หรือตีความให้สนธิสัญญาเป็นอันไร้ผล (inutility)⁸⁴

โดยสรุปคณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดี Japan-Film เห็นว่าข้อลดหย่อนที่ให้ในการเจรจาต่อรองนี้อาจจะก่อให้เกิดความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่แตกต่างหากได้ ซึ่งการตี

⁸⁴ Japan-Measure Affecting Consumer Photographic Film, para. 10.43.

ความนี้สอดคล้องกับคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทภายใต้ GATT เช่นคำตัดสินในคดี EEC- Canned Fruits และคดี EEC-Oilseeds

(2.2) ความคาดหวังอันสมเหตุผล

บทบัญญัติของมาตรา XXIII: 1 (บี) ก็เพียงแต่กล่าวถึงผลประโยชน์ที่ได้มาทั้งทางตรงและทางอ้อมภายใต้ความตกลงโดยที่ไม่ได้อธิบายว่าผลประโยชน์ชนิดใดที่ต้องการจะให้ครอบคลุมถึง แต่จากคำตัดสินที่ผ่านมาภายใต้ GATT ในหลายคดีได้แสดงให้เห็นว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีผลกระทบละเมิดมีบทบาทที่สำคัญในการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุผลในโอกาสการแข่งขันที่ดีขึ้นที่ได้มาจากการเจรจา⁸⁵ และการที่จะมีความคาดหวังอันสมเหตุผลได้นั้นต้องพิจารณาว่ามาตรการของฝ่ายที่ให้สิทธิประโยชน์นั้นเป็นมาตรการที่ฝ่ายที่เสียหายสามารถคาดเห็นได้ในระหว่างการเจรจาหรือไม่ และในคดี Japan-Film คณะกรรมการระดับข้อพิพาทได้พิจารณาปัจจัยในการพิจารณาว่าภาคีสามารถคาดหมายได้ถึงมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายไปนั้นหรือไม่ โดยการพิจารณาว่ามาตรการที่พิพาทนั้นมีการนำมาใช้ก่อนหรือหลังจากการให้ข้อลดหย่อน

- ในกรณีที่มาตรการถูกนำมาใช้ภายหลังจากการให้ข้อลดหย่อนทางภาษี สหรัฐก็ได้รับการสันนิษฐานว่าไม่สามารถคาดหมายได้ถึงมาตรการนั้น และเป็นหน้าที่ของญี่ปุ่นที่จะหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น
- ในกรณีที่มาตรการถูกนำมาใช้ก่อน ญี่ปุ่นจะได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าสหรัฐสามารถคาดหมายได้ถึงมาตรการนั้น และเป็นหน้าที่ของสหรัฐที่จะหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น

ในคดี Korea Procurement ซึ่งเป็นคดีระหว่างสหรัฐกับเกาหลีในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของเกาหลี⁸⁶ สหรัฐได้อ้างว่ามาตรการที่สหรัฐเห็นว่ามีผลกระทบละเมิดความตกลงจัด

⁸⁵ Australian Subsidy on Ammonium Sulphate; Treatment by German Import of Sardines; and EEC-Payment and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal –Feed Protiens.

⁸⁶ Korea- Measures Affecting Government Procurement, para 123.

ข้อจัดจ้าง (Agreement on Government Procurement: GPA) นั้นทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ที่สหรัฐได้มาภายใต้มาตรา XXII: 2 ของ GPA คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่าความแตกต่างที่สำคัญระหว่างคดีประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยทั่วไป (traditional approach) กับในคดีนี้ก็คือนั่น โดยปกติปัญหาของ “ความคาดหวังที่สมเหตุสมผล” (reasonable expectation) ที่ต้องนำมาพิจารณาในคดีทั่วไปก็คือว่ามีภาคีมีเหตุผลอันสมควรในการคาดหมายได้หรือไม่ว่าผลประโยชน์ที่ได้มาจากข้อตกลงยอมทางภาษีจะถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายจากการใช้มาตรการของอีกฝ่ายหนึ่ง แต่สำหรับในคดีนี้ถ้าจะพิจารณาว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าภาคีมีความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่จะได้ผลประโยชน์มาจากการเจรจา (negotiation) ที่นอกเหนือไปจากจากข้อตกลงยอม (concession) หรือไม่

ในคดี Korea Procurement นี้คณะกรรมการระดับข้อพิพาทพิจารณาคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดออกเป็นสองแนวทาง คือแนวทางที่มีมีการใช้ในการพิจารณาคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยทั่วไป (traditional approach) กับแนวทางที่พิจารณาตามหลักความสำคัญผิดในสาระสำคัญของสนธิสัญญา (Error of Treaty) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าแม้ว่าหลักเกณฑ์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามที่มีการนำมาใช้พิจารณาโดยทั่ว ๆ ไปจะนำมาปรับใช้ในสถานการณ์นี้สหรัฐก็ไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าสหรัฐมีเหตุผลอันสมควรที่จะคาดหมายได้ว่ามีผลประโยชน์เกิดขึ้นแก่สหรัฐ⁸⁷

(3) การทำให้เสียไปหรือเสียหาย

องค์ประกอบในการพิจารณาตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ก็คือผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นกับภาคี WTO นั้นถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายเนื่องจากการใช้มาตรการของรัฐ ซึ่งคำว่า การทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นเป็นคำที่มีขอบเขตที่กว้างขวางมาก แต่คณะกรรมการระดับข้อพิพาทก็ได้กำหนดขอบเขตของการทำให้เสียไปหรือเสียหายให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นโดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายว่าต้องแสดงให้เห็นว่าผลประโยชน์ที่มีอยู่ในสภาวะการแข่งขันของผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าซึ่งได้มาจากข้อตกลงยอมนั้นกำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยการใช้มาตรการที่ไม่สามารถคาดหมายได้มาก่อน⁸⁸ ในคดี Japan-Film คณะกรรมการ

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Japan-Measure Affecting Consumer Photographic Film, para 10.79-10.80.

ระงับข้อพิพาทเห็นว่าข้ออ้างของการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีผลกระทบละเมิดนั้นไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการพิสูจน์เจตนาที่จะทำให้เสียหาย สิ่งที่สำคัญก็คือผลกระทบของมาตรการว่า มาตรการนั้นทำลายความสัมพันธ์ในการแข่งขันหรือไม่ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการระงับข้อพิพาทก็ยังเห็นว่าฝ่ายที่ยื่นคำร้องต้องแสดงว่ามาตรการนั้นมีผลเป็นการทำให้เสียไปหรือเสียหาย ต่อผลประโยชน์อย่างแท้จริง คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่ามาตรการที่เป็นกลางก็สามารถก่อให้เกิดความเสียหายได้ถ้าฝ่ายที่ยื่นคำร้องเสนอเหตุผลโดยละเอียดสนับสนุนว่ามาตรการที่เป็นปัญหานั้นก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่ได้สัดส่วน (disproportionate impact) ต่อการนำเข้า

89

(4) ภาระการพิสูจน์

จากข้อกำหนดใน DSU⁹⁰ และแนวคำตัดสินของ GATT และ WTO ที่เกิดขึ้น หลักฐานชนิดใดและหลักฐานมากแค่ไหนที่จะก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานที่แสดงว่าสิ่งที่กล่าวอ้างนั้นเป็นจริงหรือไม่นั้นจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของผู้ยื่นคำร้องที่มีภาระที่จะเหตุผลสนับสนุนโดยละเอียดเพื่อที่จะก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานว่าสิ่งที่อ้างนั้นเป็นจริง และเป็นหน้าที่ของฝ่ายที่ถูกกล่าวหาที่จะโต้แย้งข้อสันนิษฐานนั้น⁹¹

ในการยื่นเหตุผลสนับสนุนโดยละเอียดนั้นภาคที่เสนอคำร้องประเภทที่ไม่มีผลกระทบละเมิดต้องแสดงหลักฐานที่ยืนยันถึงความคาดหวังในขณะเจรจาและแสดงความเชื่อมโยงที่ชัดเจนระหว่างมาตรการในคำร้องและความเสียไปและเสียหาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคณะกรรมการระงับข้อพิพาทก็จะปรับใช้มาตรฐานการพิสูจน์โดยขึ้นอยู่กับความสมดุลในสิ่งที่เป็นไปได้ (balance of probability)

ในคดี EC-Asbestos คณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้วินิจฉัยเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ (คำตัดสินในกรณีนี้ไม่ได้รับการทบทวนโดยองค์กรอุทธรณ์) ว่าในการที่จะพิจารณาว่ามาตรการที่ได้รับการยกเว้นให้นำมาใช้ได้นั้นถูกต้องตามมาตรา XX หรือไม่นั้น เมื่อมาตรการนั้นเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ที่ไม่ใช่ทางการค้า (non-commercial interests) ซึ่งภาคีต่างก็ให้ความสำคัญเป็นอันดับแรกก็ควรจะมีการกำหนดให้มีการปฏิบัติเป็นพิเศษในสถานการณ์เช่นนั้น และในคดีนี้

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Article 26 of DSU.

⁹¹ Japan-Measure Affecting Consumer Photographic Film, para 10.32.

สถานการณ์ที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา XX เป็นสถานการณ์ที่สมควรจะให้มีการพิจารณาพิสูจนที่เข้มงวดมากขึ้น

3.3.6 หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทของ WTO

ในคดี Korea Procurement ระหว่างสหรัฐกับเกาหลี ซึ่งสหรัฐอ้างว่ามาตรการหลายมาตรการในการจัดซื้อจัดจ้างของเกาหลีที่เกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาในการรับใบประมูล (receipt of tender) คุณสมบัติสำหรับการเข้าประมูลในฐานะผู้ก่อสร้างหลัก การเข้าหุ้นกับบริษัทภายใน (domestic partnering) และการขาดโอกาสที่จะเข้าถึงกระบวนการในการร่วมประมูล (absence of access to challenge procedures) นั้นเป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ GPA หรือเป็นการทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ของสหรัฐตามมาตรา XXII ของ GPA คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่ามาตรการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามที่ได้รับพิจารณาขึ้นภายใต้แนวคำตัดสินของ GATT นั้นไม่ควรที่จะได้รับการพิจารณาแยกต่างหากจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป เนื่องจากแนวคิดของการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดเป็นแนวคิดที่มองว่าการกระทำใดที่แม้ว่าจะไม่ขัดต่อตัวบทของสนธิสัญญาแต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการทำลายความคาดหวังอันสมเหตุสมผลของหุ้นส่วนในการเจรจาการกระทำนั้นก็เป็นสิ่งที่ต้องห้าม ซึ่งในความเห็นของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทแนวคิดของการทำให้เสียไปหรือเสียหายตามมาตรา XXIII: 1 (บี) และมาตรา 26 ของ DSU เป็นการพัฒนาก้าวหนึ่งของหลักที่ว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (Pacta sunt servanda) ในบริบทของมาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT และมาตรา 26 ของ DSU

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี Korea –Procurement ยังเห็นว่าหลักสุจริตนั้นได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนโดยภาคี WTO ว่าให้รวมถึงการกระทำและผลของการกระทำที่อาจจะทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ที่มีความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่าจะได้มาจากการเจรจาการค้าความดั่งกล่าวสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยืนยันโดยการอ้างถึงประวัติศาสตร์ในการเจรจาของอนุสัญญากรุงเวียนนา อย่างไรก็ตามหลักการของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นก้าวไปไกลกว่าขอบเขตในวัตถุประสงค์และเป้าหมายของสนธิสัญญา นั่นคือสิ่งที่ต้องเคารพต่อบทบัญญัติที่แท้จริง (ข้อลดหย่อน) ซึ่งในกรณีนี้เป็นการขยายข้อกำหนดของหลักสุจริต

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทตระหนักดีว่ามาตรา 3.2 ของ DSU กำหนดให้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทอธิบายด้วยบทความของความตกลง WTO ตามหลักการตีความในหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป แต่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าความสัมพันธ์ของความตกลง WTO ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมีขอบเขตกว้างกว่าที่กำหนดไว้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นปรับใช้เป็นการทั่วไปกับความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจของภาคี WTO และกฎหมายระหว่างประเทศก็สามารถนำมาปรับใช้กับ WTO ได้ถ้าความตกลง WTO ไม่ได้กำหนดให้มีบทบัญญัติเฉพาะในความตกลงที่แตกต่างไปจากกฎหมายระหว่างประเทศ

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าการพิจารณาคัดสินคดีก่อนหน้านั้นเป็นไปตามแนวทางของหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม ซึ่งการกระทำส่วนใหญ่ของภาคีที่สอดคล้องกับข้อกำหนดของพันธกรณีในสนธิสัญญาก็จะสอดคล้องกับจิตวิญญาณของสนธิสัญญานั้นด้วย อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจจะมีการกระทำบางประการที่สามารถกระทำภายใต้กฎเกณฑ์หนึ่ง แต่ไม่สอดคล้องกับจิตวิญญาณของข้อผูกพันอื่น ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิเสธโอกาสในการแข่งขันที่สามารถคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลจากข้อผูกพัน อย่างไรก็ตามคณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้เห็นว่าคณะกรรมการระงับข้อพิพาทไม่ได้หมายความว่า จะกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิสูจน์คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใหม่ว่าผู้ยื่นคำร้องจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความไม่สุจริตของอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากมีความชัดเจนจากคำตัดสินในคดีที่เกิดขึ้นก่อนการเจรจารอบอุรุกวัยนั้นไม่ปรากฏว่าต้องมีการพิสูจน์ถึงความไม่สุจริต นอกจากนี้ก็ไม่มีหลักฐานที่ปรากฏในความตกลงว่าจะต้องพิสูจน์ถึงความไม่สุจริตดังกล่าว แต่สิ่งสำคัญที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นก็คือว่ามาตรการที่นำมาใช้นั้นทำลายวัตถุประสงค์และเป้าหมายของสนธิสัญญาและความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่มีต่อผลประโยชน์ที่จะได้มาหรือไม่

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดสามารถเกิดขึ้นในบริบทที่นอกเหนือไปจากหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยทั่วไป นั่นก็คือภาคีมีพันธกรณีที่จะเจรจาทำสนธิสัญญาด้วยหลักสุจริตเช่นเดียวกับที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริต

ดังนั้นจากพยานหลักฐานที่ยื่นมาอย่างเพียงพอโดยภาคีคู่พิพาทคณะกรรมการระงับข้อพิพาทจึงได้พิจารณาคำร้องประเภทที่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายของสหรัฐภายใต้กรอบของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีการปรับใช้เป็นการทั่วไป ไม่ใช่แต่เฉพาะการกำหนดให้ปฏิบัติตามสัญญาแต่ยังรวมถึงหลักเกณฑ์ในการเจรจาตกลงทำสนธิสัญญาด้วย ซึ่งถ้าไม่มีการพิจารณาตามแนวทางดังกล่าวมานั้นก็จะก่อให้เกิดช่องว่างในการที่จะนำหลักกฎหมายทั่ว

ไปมาปรับใช้กับความตกลง WTO และถ้าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดถูกมองว่าไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีนี้ได้ตามหลักสุจริตและการลำคัญผิด (Error) ในการเจรจาข้อผูกพันของ GPA ได้ก็จะมีหลักเกณฑ์ใดที่จะจัดการกับปัญหานี้ได้ในกรอบการระงับข้อพิพาทของ WTO

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทยังเห็นว่าถ้าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นแสดงถึงการขยายขอบเขตของข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักสุจริตในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา และสามารถนำมาปรับใช้ได้กับหลักสุจริตและการลำคัญผิดในการเจรจา GPA แล้ว มาตราการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดที่อยู่ในมาตรา 26 ของ DSU ก็ควรที่จะนำมาปรับใช้ได้กับสถานการณ์ของ GPA

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทสรุปว่าองค์การที่ทำหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างสำหรับโครงการก่อสร้างสนามบินอินชอนนั้นไม่ได้เป็นองค์การภายใต้ภาคผนวก 1 ของเกาหลีใน GPA และก็ไม่ครอบคลุมถึงพันธกรณีของเกาหลีภายใต้ความตกลง นอกจากนี้สหรัฐยังไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าตนมีผลประโยชน์ที่คาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าจะได้มาตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง หรือว่าในการเจรจาที่มีผลเป็นข้อตกลงของเกาหลีต่อ GPA นั้นถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยมาตรการของเกาหลีตีความความหมายของมาตรา XXII: 2 ของ GPA

3.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำตัดสินที่เกิดขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ของ GATT และ WTO

จากหลักปฏิบัติในการระงับข้อพิพาทของ GATT ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นว่าคณะทำงานและคณะกรรมการระงับข้อพิพาทปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดด้วยความระมัดระวัง และพยายามที่จะจำกัดขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุสมผลมาปรับใช้ เพื่อที่จะทำให้ความหมายของผลประโยชน์ภายใต้มาตรา XXIII: 1 (บี) มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทและที่ประชุมใหญ่ยังเห็นว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นอยู่ภายใต้หลักต่างตอบแทน โดยไม่ยอมรับที่จะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ที่ภาคีได้มาจากหลัก MFN

แม้จะมีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในจำนวนน้อย แต่หลักปฏิบัติของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT ก็ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์

หลายประการที่สามารถนำมาปรับใช้แล้วทำให้ขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดชัดเจนขึ้น ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับจากที่ประชุมใหญ่แล้ว คือ

1. มีการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อลดหย่อนซึ่งกันและกัน (reciprocal concession)
2. มีการนำมาตรการของรัฐที่ไม่ขัดกับข้อกำหนดของความตกลงมาใช้ในภายหลัง และเป็นการทำลายความสัมพันธ์ในการแข่งขันระหว่างผลิตภัณฑ์ที่แข่งขันกันโดยตรงจากภายในประเทศและจากต่างประเทศ
3. ภาศึที่เสียหายมีเหตุผลอันสมควรที่ไม่สามารถคาดหมายได้มาตรการของรัฐนั้น ในขณะที่ทำการเจรจาข้อลดหย่อนทางภาศึ⁹²

นอกจากนั้นคณะกรรมการระงับข้อพิพาท GATT ยังได้วางหลักเกณฑ์ในการยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยกำหนดว่าผู้ยื่นคำร้องต้องเสนอเหตุผลสนับสนุนคำร้องของตนโดยละเอียด

ภายใต้ WTO หลังจากที่มีการเจรจาอนุสัญญานั้นมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาคำร้องโดยมีการรวบรวมมาจากหลักปฏิบัติของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทภายใต้ GATT เช่นการกำหนดให้เสนอเหตุผลสนับสนุนคำร้องของตนโดยละเอียด และการกำหนดให้มีมาตรการเยียวยาที่แยกต่างจากคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิด อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดัดสินคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดให้แตกต่างจากคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิดทางปฏิบัติในการยื่นคำร้องที่มักจะใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดเป็นทางเลือกในกรณีคณะกรรมการไม่พบว่ามีการกระทำละเมิดก็ยังคงปรากฏให้เห็นอยู่ในคดีภายใต้ WTO

นอกจากนั้นแม้ว่าคดีที่เกิดขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO จะมีข้อเท็จจริงบางประการที่มีลักษณะแตกต่างจากคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT เช่นลักษณะของมาตรการที่นำมาใช้ แต่ถ้าเป็นผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับข้อลดหย่อนทางภาศึ คณะกรรมการระงับข้อพิพาทก็สามารถนำแนวคำตัดสินที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT มาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยคณะกรรมการเพียงแต่พิจารณา

⁹² E.U Petersmann, The GATT/WTO Dispute Settlement System International Law. International Organizations and Dispute Settlement. p. 172.

ลักษณะของมาตรการ และพิจารณาว่ามีความเสียหายหรือผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจาก มาตรการของรัฐที่ถูกล่าวหาหรือไม่

ในคดี Kodak-Fuji คณะกรรมการระงับข้อพิพาทในการพิจารณาก็ได้ดำเนินตามแนวทาง ในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการระงับข้อพิพาท GATT ในขณะเดียวกันก็กำหนดแนวทางที่ จะพิจารณาคำร้องประเภทที่ไม่มีผลกระทบละเมิดในส่วนที่เกี่ยวกับการเจรจาการค้าในรอบต่อ เนื่องหลาย ๆ รอบที่ซับซ้อนเพื่อที่จะให้การเจรจานั้นมีผลบังคับได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตามเนื่องจากคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ WTO อาจจะมีลักษณะที่แตกต่างจากที่เกิดขึ้น ภายใต้ GATT ได้เนื่องจากลักษณะของความตกลงที่แนบท้าย WTO นั้นมีความหลากหลายและมี ลักษณะที่แตกต่างจากผลประโยชน์ที่เป็นข้อลดหย่อนทางภาษี เช่น คดี Korea-Procurement คณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้พิจารณาคดีโดยนำเอาหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี นำมาปรับใช้กับเนื้อหาและเกิดขึ้นของความตกลง โดยมีเหตุผลว่าความตกลง WTO ไม่ได้กำหนด ห้ามไว้อย่างชัดเจน⁹³ นอกจากนั้นคณะกรรมการระงับข้อพิพาทยังเห็นถึงความเหมือนกันระหว่าง บทบัญญัติของคำร้องประเภทที่ไม่มีผลกระทบละเมิดและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเกิดขึ้นโดยผิด พลาดหรือสำคัญผิดในสนธิสัญญา (error in treaty formation) โดยมองว่าทั้งสองหลักนี้มีรากฐาน มาจากหลักสุจริต (good faith) เช่นเดียวกัน คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าภาคนั้นมีพันธ กรณีที่เจรจาทำสนธิสัญญาด้วยความสุจริตเช่นเดียวกับที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความ สุจริต⁹⁴

อย่างไรก็ตามคณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี Korea – Procurement ก็ได้พิจารณาคำร้องประเภทที่ไม่มีผลกระทบละเมิดของสหรัฐตามแนวที่มีการปรับกันทั่วไป (Traditional Approach) ซึ่งผลคำตัดสินก็คือคณะกรรมการระงับข้อพิพาทไม่พบว่ามีผลกระทบเสียหายโดยไม่มีผลกระทบละเมิดในคดีนี้ โดยคณะกรรมการระงับข้อพิพาทเห็นว่าสหรัฐไม่สามารถ แสดงให้เห็นได้ว่าสหรัฐมีความคาดหวังอันสมเหตุสมผลว่าจะได้ผลประโยชน์ภายใต้ความตกลง⁹⁵

⁹³ Korea – Measure Affecting Government Procurement, para 7.96.

⁹⁴ Ibid., para 7.100.

⁹⁵ Ibid., para 7.119.