


คำวินิจฉัยขององค์การระดับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกในเรื่องการใช้มาตรา 304 - 306 ของกฎหมาย
การค้าของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1974 และนัยต่อประเทศไทย



นางสาวมานพิกา มุลพรม

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-17-0341-4

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DSB DECISIONS CONCERNING THE APPLICATION OF SECTIONS 304 - 306 OF US TRADE ACT OF
1974 AND ITS IMPLICATION FOR THAILAND



Miss Manaphika Mulaprom

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974-17-0341-4

หัวข้อวิทยานิพนธ์ คำวินิจฉัยขององค์การระดับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกในเรื่อง
การใช้มาตรา 304 – 306 ของกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.
1974 และนับต่อประเทศไทย
โดย นางสาว มาณพิกา มุลพรม
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ทักษิณัย ฤกษ์ะสุด

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(รองศาสตราจารย์ ทักษิณัย ฤกษ์ะสุด)

..... กรรมการ
(อาจารย์ พวงรัตน์ อัสวพิศิษฐ์)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

มาณพิกา มุลพรม : คำวินิจฉัยขององค์การระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกในเรื่องการ
ใช้มาตรา 304-306 ของกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1974 และนัยต่อประเทศไทย.
(DSB Decisions Concerning the Application of Section 304-306 of US Trade Act of
1974 and Its Implication for Thailand) อ. ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ ทักษชฌัย ฤกษ์สุต,
229 หน้า. ISBN 974-17-0341-4.

การวิจัยครั้งนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาและวิเคราะห์นัยของรายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณาในคดี
United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974 ว่าจะมีผลเป็นการลดหรือหยุดการใช้มาตรการตอบ
โต้ฝ่ายเดียวที่สหรัฐอเมริกาปฏิบัติต่อประเทศคู่ค้า ได้หรือไม่

จากการศึกษารายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณาในคดีดังกล่าว พบว่า หากพิจารณาในเบื้องต้น บท
บัญญัติของกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1974 นั้น มีลักษณะเป็นการสงวนสิทธิให้ผู้แทนการค้ากระทำการที่
ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีในข้อ 23.2(a), (c) ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาท
(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute: DSU) แต่เมื่อได้พิจารณาถึงค
ู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (Statement of Administrative Action : SAA) หรือ คู่มือฯ ซึ่งออกโดยสภาองเกรส
ของสหรัฐ มีผลบังคับให้ผู้แทนการค้าของสหรัฐจะต้องใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าในทางเคารพต่อพันธกรณีของ
สหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยแล้ว พบว่า บทบัญญัติตามคู่มือฯ มีผลเป็นการแก้ไขสภาพความไม่สอดคล้องต่อพันธ
กรณีของสหรัฐได้อย่างเพียงพอแล้ว ดังนั้น คณะผู้พิจารณาจึงมีคำวินิจฉัยว่า มาตรา 304 - 306 ของกฎหมายการค้า
ของสหรัฐอเมริกา ไม่ขัดต่อพันธกรณีของข้อ 23.2(a) และ(c) แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม คณะผู้พิจารณาในคดีนี้มีได้
วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า การที่สหรัฐอเมริกาประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า (retaliation list) ซึ่งมีได้มีบัญญัติ
ไว้ในกฎหมายการค้า อีกทั้งมีได้วินิจฉัยว่า กรณีที่สหรัฐอเมริกามีคำวินิจฉัยฝ่ายเดียวว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีมีได้ปฏิบัติ
ตามคำแนะนำหรือคำสั่งของคณะผู้พิจารณา และยื่นคำขอระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อ
22.6 โดยไม่ผ่านกระบวนการวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งของประเทศฝ่ายแพ้คดี
ตามความในข้อ 21.5 ของความเข้าใจ นั้นขัดต่อพันธกรณีหรือไม่

ด้วยเหตุที่คณะผู้พิจารณามีได้มีคำวินิจฉัยที่ชัดเจน และประเด็นกฎหมายว่าด้วยความถูกต้องในการใช้มาตร
การตอบโต้ทางการค้ายังมีความคลุมเครืออยู่นี้ ทำให้สหรัฐอเมริกายังมีโอกาสใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อตอบโต้หรือก
ดดันประเทศคู่ค้าได้ต่อไป ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหากรณีที่ประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ อาจได้รับผลกระทบจากมาตร
การตอบโต้ทางการค้าดังกล่าว ผู้เขียนจึงเสนอให้ประเทศไทยเสนอเรื่องนี้ต่อคณะมนตรีทั่วไป (General Council) ซึ่ง
ประกอบด้วยผู้แทนของประเทศสมาชิกทุกประเทศในองค์การการค้าโลก เพื่อขอแก้บทบัญญัติในความเข้าใจ ให้ระบุ
ลำดับก่อน-หลังในการดำเนินกระบวนการในข้อ 21.5 และ 22.6 ให้ชัดเจน

สาขาวิชานิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา.....2544..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา

4186113734 : MAJOR LAWS

KEYWORD : DSU/WTO/Section 301/Retaliation/Suspension of Concession

MANAPHIKA MULAPROM : DSB DECISIONS CONCERNING THE APPLICATION OF SECTION 304-306 OF US TRADE ACT OF 1974 AND ITS IMPLICATION FOR THAILAND, THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF. TASHMAI RIKSHASUTA, : 229 pp. ISBN 974-17-0341-4.

The objective of this research is to study and analyse whether or not the implication of the panel report in the United states – section 301-310 of the Trade Act of 1974 case can reduce or cease the use of unilateral trade measures taken by the U.S. against its trading partners.

The report of the panel in this case found that in *prima facie* section 304 – 306 Trade Act of 1974, which reserves United States Trade Representative or USTR's right to take action, are inconsistent with Article 23.2 (a)(c) of "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute : DSU." However, when considering the "Statement of Administrative Action" (SAA) issued by the Congress mandating USTR to take action in respect to U.S. obligations, the panel found that the mandate under SAA is sufficient to correct the inconsistency and ruled that section 304-306 is consistent with Article 23.2 (a) and (c). However, the panel did not make a decision regarding the legality of a "Retaliation list" issued by the U.S. nor the legality of U.S. arbitrarily determination that the other party did not comply with the DSB's rulings and recommendations, and then applying for DSB's approval to suspend the concession under Article 22.6 without the DSB's determination on the consistency under Article 21.5.

Without clarification on these issues, the U.S. may continue to use its unilateral trade measures to retaliate or to pressure its trading partners. Therefore, to prevent the situation in which Thailand and other countries may be adversely affected by the U.S. retaliatory measures, the Author suggests that Thailand should propose to the General Council, which is the supreme body consisting of all WTO members, to amend and clarify the sequence of procedure under Article 21.5 and 22.6.

Field of study.....Laws.....

Student's signature

Academic year.....2001.....

Advisor's signature

กิตติกรรมประกาศ

ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ทวีชัย ฤกษ์สุต ที่กรุณาสละเวลารับเป็นที่อาจารย์
ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน คอยติชม ให้กำลังใจ ให้การสนับสนุน ตลอดจนช่วยเหลือผู้เขียนแก้ไขปัญหาต่าง
ๆ จนลุล่วงไปได้ด้วยดีในที่สุด

ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ประธานคณะกรรมการสอบ
โครงร่างวิทยานิพนธ์, รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์, อาจารย์
พวงรัตน์ อัครพิศิษฐ์ และ รองศาสตราจารย์ สุธรรม อยู่ในธรรม กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ที่ช่วยสละ
เวลารับเป็นประธานกรรมการ และ/หรือ กรรมการสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์ และ/หรือวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน
ตลอดจนติชม ชัดเกล้าเนื้อหา และให้ความรู้สำหรับผู้เขียนใช้ประกอบกรวิเคราะห์ประเด็นปัญหาได้เป็นอย่างดี

ขอกราบขอบพระคุณ ดร.ธนศ สุจารีกุล และ ดร.วันดี สุชาติกุลวุฒิ สำหรับแนวคิดในมุมมอง
ของผู้ปฏิบัติงานและข้อสังเกตอันน่าสนใจเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในวิทยานิพนธ์

ขอขอบคุณคุณวิสิฐ ญาณภีร์และคุณอิฐบุรณ์ สาลิคุปต์ สำหรับข้อมูลอันทรงคุณค่า ขอ
ขอบคุณวรรณพฤษ (โอ), คณาริ (อู๋), ชาญวิทย์ (อาร์ต) และพร สำหรับการติดต่อประสานงานอันยอดเยี่ยม
และการกระตุ้นเตือนให้ผู้เขียนกระตือรือร้นอยู่เสมอ ขอขอบคุณน้ำฝนและแก้วสำหรับการประสานงานอันดียิ่ง

ขอขอบคุณนฤนารถ อภาศิริผล ผู้ที่มอบกำลังใจให้ผู้เขียนอยู่เสมอทั้งในยามปกติและใน
ยามที่ผู้เขียนท้อแท้ คอยรับฟังปัญหาและหาแนวทางแก้ไขปัญหาของผู้เขียนทั้งในเรื่องส่วนตัวและที่เกี่ยวกับการ
ทำวิทยานิพนธ์ตลอดมา

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ นายบรรเทิง มุลพรม บิดาของผู้เขียน ผู้ซึ่งเอาใจใส่
ปลุกฝังความเป็นนักกฎหมายแก่ผู้เขียนมาตั้งแต่เยาว์วัย เป็นผู้มอบโอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียนในทุกโอกาสที่
เป็นไปได้ คอยสนใจใฝ่ถามความก้าวหน้าและให้คำแนะนำพร้อมทั้งกระตุ้นเตือนผู้เขียนให้ตั้งใจเรียนอยู่เสมอ
จวบจนวาระสุดท้ายของชีวิตท่าน ขอกราบขอบพระคุณนางอุทุมพร มุลพรม มารดาของผู้เขียน ผู้เอาใจใส่ดูแลผู้
เขียนเป็นอย่างดีที่สุด โดยเฉพาะในยามที่ผู้เขียนเจ็บป่วย รวมทั้งมอบความสนับสนุนแก่ผู้เขียนทุกทางที่ท่านจะ
ทำได้อีกด้วย

มาณพิกา มุลพรม

พฤษภาคม 2545

สารบัญ

	หน้า
หน้าอนุมติวิทยานิพนธ์.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย.....	3
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	4
บทที่ 2 การใช้มาตรการตอบโต้ตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และ กระบวนการในการระงับข้อพิพาท	6
2.1 การใช้มาตรการตอบโต้ตามบทบัญญัติของความเข้าใจ	6
2.1.1 การเรียกค่าสินไหมทดแทน.....	9
2.1.1.1 ประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้ภายในระยะ เวลาที่เหมาะสม.....	9
(ก) นิยามของคำว่า "ระยะเวลาที่เหมาะสม".....	12
(ข) ขอบเขตอำนาจการพิจารณา (mandate) ของอนุญาโตตุลาการ	11
(ค) สถานการณ์จำเพาะของแต่ละคดี.....	13
(ง) กำหนดระยะเวลาเพื่อเป็นแนวทาง ตามข้อ 21.3 (c).....	14
(จ) สถานะของประเทศกำลังพัฒนา.....	14
2.1.1.2 ประเทศฝ่ายแพ้คดีร้องขอเจรจากับประเทศฝ่ายชนะคดี.....	15

สารบัญ (ต่อ)

2.1.2 การระงับสิทธิประโยชน์.....	16
2.1.2.1 ต้องระงับสิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีในสาขาเดียวกัน.....	16
2.1.2.2 การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขา.....	17
2.1.2.3 การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามความตกลง.....	17
2.1.2.3.1 การพิจารณาสาขาการค้า.....	17
2.1.2.3.2 การพิจารณาองค์ประกอบเศรษฐกิจในวงกว้าง.....	17
2.1.2.3.3 การพิจารณานาฬโรคของความตกลง.....	18
2.1.2.3.4 ทางแก้ของประเทศฝ่ายแพ้คดี.....	19
2.1.2.3.5 กรณีที่มีการยื่นเรื่องให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย.....	23
1) คดี EC – Hormones.....	23
2) คดี EC – Bananas.....	28
ก) คดีคัดค้านระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา.....	29
ข) คดีคัดค้านระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ของเอกวาดอร์.....	31
2.2 การตอบโต้ทางการค้าในคดีประเภทไม่มีการละเมิดพันธกรณี.....	41
2.3 ประสิทธิภาพของมาตรการตอบโต้ตามบทบัญญัติของความเข้าใจ.....	42
2.3.1 การเรียกค่าสินไหมทดแทน.....	43
2.3.2 การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี.....	43
2.4 หลักการส่งเสริมความเป็นพหุภาคีในข้อ 23 ของความเข้าใจ.....	44
2.4.1 ที่มาของบทบัญญัติในข้อ 23.....	44
2.4.2 สาระของข้อ 23.....	46
2.4.2.1 ขอบเขตการใช้บังคับ.....	46
2.4.2.2 ขอบเขตประเทศคู่ค้า.....	49
2.4.2.3 มาตรการที่ใช้บังคับ.....	49
บทที่ 3 มาตรการตอบโต้ทางการค้าตามรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา	52
3.1 การดำเนินการตอบโต้ทางการค้าในกรณีทั่วไป.....	52
3.1.1 การกระทำที่จะต้องถูกตอบโต้.....	52
3.1.1.1 เกิดการปฏิเสธสิทธิของสหรัฐอเมริกาที่มีอยู่ตามความตกลงทางการค้า.....	52
3.1.1.2 การกระทำอันไม่เป็นธรรมอื่น ๆ.....	52

สารบัญ (ต่อ)

1) กรณีมาตรา 301 (a)(1)(B).....	52
2) กรณีมาตรา 301 (b)(1).....	54
3.1.2 กรอบระยะเวลาในการตอบโต้.....	56
3.1.2.1 ขั้นตอนการไต่สวน.....	56
3.1.2.2 ขั้นตอนการใช้มาตรการตอบโต้.....	57
3.1.3 รูปแบบของมาตรการตอบโต้.....	57
3.1.4 กรณีที่ผู้แทนการค้าไม่ต้องการตอบโต้.....	58
3.2 การตอบโต้ประเทศฝ่ายแพ้คดีในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ มาตรา 306.....	59
3.2.1 การกระทำที่จะต้องถูกตอบโต้.....	60
3.2.2 กรอบระยะเวลาในการตอบโต้.....	60
3.2.3 รูปแบบของมาตรการตอบโต้.....	61
3.3 การใช้มาตรการตอบโต้ในทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา.....	61
3.3.1 คดี Thailand Copyright Enforcement.....	64
3.3.2 คดี Japan Auto Parts.....	66
3.3.3 คดี Kodak – Fuji.....	71
3.3.4 คดี Ec Bananas.....	74
3.4 เปรียบเทียบมาตรการตอบโต้ทางการค้าภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกกับมาตรการตามรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา.....	76
3.4.1 ขอบเขตสาขาการค้า.....	77
3.4.2 ระดับของการกระทำที่จะถูกตอบโต้.....	77
3.4.3 ลักษณะของมาตรการตอบโต้ต่อประเทศคู่ค้า.....	78
บทที่ 4 มาตรา 304 – 306 ของรัฐบัญญัติการค้ากับองค์การการค้าโลก	82
4.1 มูลเหตุแห่งการฟ้องคดี United States – Seciton 301 – 310 ต่อองค์การระงับข้อพิพาท	82
4.2 ข้อต่อสู้ของประเทศคู่พิพาทในคดี.....	83
4.2.1 ประเด็นทั่วไปและว่าด้วยมาตรา 304.....	83
4.2.1.1 ข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป.....	83
4.2.1.2 ข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกา.....	92

สารบัญ (ต่อ)

4.2.2 ประเด็นมาตรา 306.....	100
4.2.2.1 ข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป.....	100
4.2.2.2 ข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกา.....	107
4.2.3 ประเด็นมาตรา 306 และ 305.....	110
4.2.3.1 ข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป.....	110
4.2.3.2 ข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกา.....	112
4.2.4 ข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป.....	115
4.3 คำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณา.....	116
4.3.1 ประเด็นทั่วไป.....	116
4.3.1.1 ขอบเขตการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา.....	116
4.3.1.2 ภาระการพิสูจน์.....	116
4.3.1.3 วิธีการแปลความกฎหมายภายใน.....	117
4.3.1.4 วิธีการแปลความความตกลงระหว่างประเทศ.....	117
4.3.2 ประเด็นว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรา 304 กับข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจฯ.....	118
4.3.2.1 ความหมายของบทบัญญัติมาตรา 304.....	118
4.3.2.2 พันธกรณีทั้งสองประการตามข้อ 23.....	119
4.3.2.3 การตีความข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจฯ ตามวิธีการของอนุสัญญาเวียนนา.....	122
4.3.2.4 ข้อสรุปเบื้องต้นเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 304.....	125
4.3.2.5 การพิจารณาหลักการนอกเหนือจากตัวบทมาตรา 304.....	125
4.3.2.6 คำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาในประเด็นมาตรา 304.....	127
4.3.3 ประเด็นว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรา 306 กับข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจฯ.....	127
4.3.4 ประเด็นว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรา 305 และ 306 กับข้อ 23.2 (c) ของความเข้าใจฯ.....	131
4.3.4.1 มาตรา 306 (b).....	132
4.3.4.2 มาตรา 305.....	132
4.3.5 สรุปคำวินิจฉัย.....	139

สารบัญ (ต่อ)

บทที่ 5	นัยของคำตัดสินขององค์กรระดับข้อพิพาทต่อประเทศไทย	141
5.1	วัตถุประสงค์ในการฟ้องร้องคดี US – Section 301 – 310	141
5.2	ข้อสังเกตจากคำตัดสินขององค์กรระดับข้อพิพาท	142
5.2.1	หลักการวินิจฉัยถึงความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ	142
5.2.2	ขอบเขตอำนาจพิจารณาของคณะผู้พิจารณา	148
5.2.3	ปัญหาเนื่องความไม่สอดคล้องกันระหว่างข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจ	150
5.2.3.1	กระบวนการในข้อ 21.5	150
5.2.3.2	กระบวนการในข้อ 22.6	151
5.2.3.3	การใช้ข้อ 22.6 แทนข้อ 21.5 เป็นผลดีแก่สหรัฐอเมริกาหลายประการ	155
5.3	ผลกระทบต่อประเทศไทย	157
5.3.1	คำวินิจฉัยที่ระบุว่ามาตรา 304 – 306 ในเบื้องต้นแรก (prima facie) ขัดต่อพันธกรณีของสหรัฐอเมริกา	157
5.3.2	แนวบรรทัดฐานการพิจารณาความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในกับความตกลงระหว่างประเทศ	159
5.3.3	ประเด็นความสอดคล้องระหว่างข้อ 21.5 และ 22.6	159
5.3.4	ประเด็นว่าด้วยข้อ 22.4	160
บทที่ 6	สรุปและข้อเสนอแนะ	162
6.1	สรุป	162
6.1.1	ในการวินิจฉัยว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งแล้วหรือไม่	166
6.1.2	ในการพิจารณาถึงขอบเขตสาขาการค้าที่จะถูกระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี	166
6.2	ข้อเสนอแนะ	166
6.2.1	แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในกับความตกลงระหว่างประเทศ	166
6.2.2	ประเด็นความไม่สอดคล้องกันระหว่างข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจ	167

รายการอ้างอิง.....	169
ภาคผนวก.....	176
ประวัติผู้เขียน	217



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 : เปรียบเทียบกระบวนการในข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจ	21
ตารางที่ 2 : สรุปหลักการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีจากคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ	40
ตารางที่ 3 : ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการตามรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา.....	63
ตารางที่ 4 : วิธีคำนวณระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทของประเทศคู่พิพาทแต่ละฝ่าย.....	100
ตารางที่ 5 : ประเด็นข้อพิพาทในคดี US – Section 301 – 310.....	134
ตารางที่ 6 : เปรียบเทียบกระบวนการตามมาตรา 306 ของรัฐบัญญัติการค้าสหรัฐกับข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจ	154



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการเจรจาการค้าของประเทศภาคีความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade : GATT) รอบอุรุกวัย บรรดาประเทศภาคีได้ร่าง “ความเข้าใจว่าด้วยกับกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท” (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute : DSU) อันเป็นหลักการระงับข้อพิพาทในระหว่างประเทศภาคีของแอกต์หรือองค์การการค้าโลกขึ้นมาโดยเฉพาะ โดยได้มีหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทที่รัดกุมและมีประสิทธิภาพ เพื่อขจัดปัญหาความต้อประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทเดิม และเน้นหลักความเป็นพหุภาคีของประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกให้มั่นคงยิ่งขึ้น ความเข้าใจฯ ยังมีบทบัญญัติข้อ 23.2 ห้ามมิให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าโดยพลการซึ่งประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งหลายมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

ในบรรดากฎหมายว่าด้วยการใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าของประเทศสมาชิกทั้งหลาย บทบัญญัติมาตรา 301 - 310 ของรัฐบัญญัติการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญเพราะเป็นเครื่องมือในการปกป้องสิทธิประโยชน์ทางการค้าของสหรัฐอเมริกาตลอดจนเปิดตลาดการค้าในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทย ที่ได้ผลดียิ่ง ทั้งนี้โดยสหรัฐอเมริกาอาศัยความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจ และความเป็นตลาดนำเข้าสินค้าแหล่งสำคัญของโลกเป็นข้อได้เปรียบในการใช้มาตรการตอบโต้ต่าง ๆ ต่อการกระทำที่สหรัฐอเมริกาพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการจำกัดทางการค้าต่อประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อบีบบังคับให้ประเทศคู่ค้าต้องเปิดตลาดให้สหรัฐอเมริกา หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อแก้สถานะที่สหรัฐอเมริกาเห็นว่าไม่เป็นธรรม (unjustifiable) หรือไม่สมเหตุผล และก่อให้เกิดภาระแก่ (burdens) หรือจำกัด (restricts) การค้าของสหรัฐอเมริกา

ในช่วงที่คณะเจรจากำลังอยู่ในช่วงทบทวนผลการเจรจาครั้งรอบ (Mid-term Review) ของการเจรจาอุรุกวัย สภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกาได้ตราบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยการค้าและการแข่งขัน ค.ศ. 1988 (Omnibus Trade And Competitiveness Act of 1988 : Trade Act of 1988) ซึ่งมีบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหลักการของรัฐบัญญัติการค้า ค.ศ. 1974 (Trade Act of 1974) หลายประการ อันเป็นการเพิ่มอำนาจการใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าที่สหรัฐอเมริกาจะพึงกระทำต่อประเทศคู่ค้า เช่น ขยายขอบเขตการกระทำที่ถือว่าไม่มีเหตุผล (unreasonable) ไม่เป็นธรรม (unjustifiable) หรือเลือกปฏิบัติ (discrimination) ที่ก่อให้เกิดภาระหรือจำกัดการพาณิชย์ของสหรัฐ ตามมาตรา 301 เดิม ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น เพื่อให้สหรัฐสามารถดำเนินการตอบโต้ทางการค้าได้มากกว่าเดิม พร้อมทั้งมีหลักการใหม่ที่เรียกว่า Special 301 และ Super 301 ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบังคับ (mandatory) ให้ผู้แทนการค้า (US Trade Representative : USTR) จะต้อง

ดำเนินการกับประเทศคู่ค้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่สามารถคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา หรือเปิดเป็นทางการค้าหรือปฏิเสธสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกา แล้วแต่กรณี ซึ่งถ้าหากประเทศคู่ค้าไม่ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาภายในเวลาที่กำหนด ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าทันที

บทบัญญัติใหม่ของรัฐบัญญัติการค้านั้นเป็นมาตรการตอบโต้ทางการค้าที่ได้ผลเป็นอย่างดี หากแต่เป็นการไม่ส่งเสริมหลักความเป็นพหุภาคี (multilateralism) ที่เน้นให้ประเทศทั้งหลายทางระบับข้อพิพาททางการค้าระหว่างกันด้วยกระบวนการพหุภาคีแทนที่จะอาศัยความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจและมาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวเพื่อข่มขู่กดดันประเทศคู่ค้าให้ยอมตามข้อเรียกร้องของตน ดังนั้น ประเทศภาคีของแอกตต์จึงได้ร่วมกันร่างบทบัญญัติในข้อ 23 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระบับข้อพิพาท อันเป็นหลักการส่งเสริมระบบพหุภาคีให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น

ภายหลังที่ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระบับข้อพิพาทมีผลบังคับ ปราบกฏว่าสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐบัญญัติการค้าเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่สหรัฐผูกพันอยู่มากยิ่งขึ้น หากแต่กระบวนการในการตอบโต้ทางการค้าฝ่ายเดียวก็ยังมีได้ถูกยกเลิกไป กรณีดังกล่าวได้มีการร้องเรียนเป็นคดีพิพาทในเรื่องความสอดคล้องระหว่างบทบัญญัติมาตรา 301 - 310 ของรัฐบัญญัติการค้ากับข้อ 23.2 ของความเข้าใจ (United States - Section 301 - 310 of the Trade Act of 1974 case) และองค์ระบับข้อพิพาทในชั้นคณะผู้พิจารณา (panel) ได้ตัดสินว่าสหรัฐอเมริกาได้ทำการแก้ไขเยียวยาเพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดจากการใช้กฎหมายดังกล่าวในทางขัดต่อหลักการในความเข้าใจ แล้ว โดยการเพิ่มเติมหลักการตอบโต้ทางการค้าไว้ในคู่มือการปฏิบัติงานปกครองของเจ้าหน้าที่ (Statement of Administrative Action : SAA) ซึ่งได้รับการยอมรับจากสภาองเกรสขึ้นมาควบคุมการใช้กฎหมายมาตราดังกล่าวมิให้ขัดต่อหลักการในความเข้าใจ ดังนั้นมาตรา 304 - 306 จึงไม่ขัดต่อหลักการในความเข้าใจ แต่อย่างใด

ประเทศไทยในฐานะประเทศคู่ค้าประเทศหนึ่งซึ่งสหรัฐอเมริกาเคยใช้มาตรการตอบโต้ตามรัฐบัญญัติการค้ากับไทยมาแล้ว และเป็นคู่ความฝ่ายที่สาม (third party) ในคดี United States - Section 301 - 310 จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวทางการใช้อำนาจตามรัฐบัญญัติการค้าภายหลังจากองค์ระบับข้อพิพาทมีคำตัดสินในคดีดังกล่าวว่าจะเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือไม่ อย่างไร และส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างไทยกับสหรัฐหรือไม่ อย่างไร เพื่อการเตรียมตัวรับมือปัญหาที่จะเกิดตลอดจนวางแผนการดำเนินการในทางการค้าระหว่างประเทศต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายในความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute : DSU) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกลไกในการจัดการตามคำวินิจฉัยขององค์การระงับข้อพิพาท
2. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายที่ปรากฏในคำตัดสินขององค์การระงับข้อพิพาทในคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามมาตรา 304 - 306 ของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1974 (แก้ไขเพิ่มเติม)
3. เพื่อศึกษาถึงผลกระทบจากคำตัดสินขององค์การระงับข้อพิพาท ที่มีต่อประเทศไทยในทางการค้าระหว่างประเทศในอนาคต

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

คำตัดสินขององค์การระงับข้อพิพาทต่อมาตรา 304 - 306 ของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกามีผลกระทบต่อประเทศไทยในด้านลบ เพราะสหรัฐอเมริกายังสามารถใช้มาตรการฝ่ายเดียวตอบโต้ประเทศคู่ค้าได้อีกต่อไป

1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้จะศึกษาตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่รัฐบัญญัติการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute : DSU) และความตกลงก่อตั้งองค์การการค้าโลก (Agreement Establishing the World Trade Organization Article) และคำวินิจฉัยขององค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body : DSB) ในคดี United States Section 301 - 310 of The Trade Act of 1974 รายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีต่าง ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายและแนวบรรทัดฐานการวินิจฉัยเกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก และข้อเขียนของนักวิชาการในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการศึกษาวิจัยต่อไป

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้จะศึกษาเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย ตำรา บทความ รายงาน ตลอดจนคำวินิจฉัยที่องค์การระงับข้อพิพาทแห่งองค์การการค้าโลกยอมรับแล้วในคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และค้นคว้าข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ว่าตัวบทกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเป็นเช่นไร วางหลักเกณฑ์ไว้เช่นไร การตอบโต้ทางการค้าตามรัฐบัญญัติการค้าที่มีในอดีตเป็นไปในแนวทางใด และเมื่อมีคำวินิจฉัยขององค์การระงับข้อพิพาทในคดีดังกล่าวออกมาแล้ววิเคราะห์ว่าคำตัดสินคดีดังกล่าวส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในเวทีการค้าโลกอย่างไร เมื่อรวบรวมและเรียบเรียงแล้วจะได้ทำการวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ ตลอดจนสรุปประเด็นปัญหาต่าง ๆ พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังที่ได้กล่าวข้างต้นเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทราบถึงกลไกการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี อันเป็นมาตรการตอบโต้ตามกฎหมายเกณฑ์และกระบวนการของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาท
2. ทราบถึงหลักพหุนิยมและทฤษฎีการห้ามใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกในการระงับข้อพิพาท
3. ทราบถึงเนื้อหาของสาระของมาตรา 304 – 306 ของรัฐบัญญัติการค้า ค.ศ. 1974 (แก้ไขเพิ่มเติม) ของสหรัฐอเมริกา ตลอดจนแนวปฏิบัติและกลยุทธการใช้มาตรการตอบโต้ต่อประเทศคู่ค้า
4. ทราบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาความสอดคล้องของรัฐบัญญัติการค้า ค.ศ. 1974 (แก้ไขเพิ่มเติม) ต่อความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาท ในมุมมองขององค์การระงับข้อพิพาท
5. ทราบถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับประเทศไทยภายหลังจากองค์การระงับข้อพิพาทมีคำตัดสินในคดีเรื่องรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา เพื่อเตรียมรับมือกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

การใช้มาตรการตอบโต้ตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท

2.1 การใช้มาตรการตอบโต้ตามบทบัญญัติของความเข้าใจ

แต่เดิม กระบวนการระงับข้อพิพาทของแกตต์ก่อนที่ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute) จะมีผลบังคับใช้นั้น วางอยู่บนพื้นฐานของข้อ XXII และ XXIII ของแกตต์ 1947 เป็นสำคัญ โดยข้อ XXII:1 เป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ประเทศคู่พิพาทปรึกษาหารือเกี่ยวกับเหตุการณ์อันต้องหาว่ากระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติตามแกตต์เสียก่อน และข้อ XXII:2 ได้บัญญัติถึงกระบวนการในการปรึกษาหารือ ซึ่งที่ประชุมใหญ่ของแกตต์เข้าร่วมในการปรึกษาหารือนี้ด้วย แต่หากเป็นกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่ามีการทำให้เสียไปซึ่งประโยชน์ (nullification and impairment) หรือมีการขัดขวางมิให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของแกตต์แล้ว ข้อ XXIII ของแกตต์ 1947 ได้บัญญัติกระบวนการในการระงับข้อพิพาทไว้ โดยเริ่มจากการเจรจาวิภาคีของประเทศคู่พิพาท ตามบทบัญญัติในข้อ XXIII:1 แต่ถ้าหากไม่สามารถหาข้อสรุปที่เป็นที่ยอมรับได้ภายในระยะเวลาอันควร ข้อ XXIII:2 ได้บัญญัติให้มีการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อที่ประชุมใหญ่แกตต์ (GATT CONTRACTING PARTIES) และที่ประชุมใหญ่แกตต์ โดยคณะมนตรีแกตต์ (GATT Council) เป็นผู้ทำการแทน จะได้ตั้งคณะผู้พิจารณา (panel) ขึ้นทำการสอบสวนและวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวนั้น เมื่อคณะผู้พิจารณาได้พิจารณาข้อพิพาทแล้วจะจัดทำรายงานความเห็น (report) เพื่อให้คณะมนตรีแกตต์ยอมรับ ทั้งนี้ หากคณะผู้พิจารณามีความเห็นว่ามี การทำให้เสียไปซึ่งประโยชน์ หรือมีการขัดขวางมิให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของแกตต์แล้ว จะทำคำแนะนำ (recommendations) เพื่อให้ประเทศภาคีหยุดการกระทำนั้น ๆ ด้วย เมื่อคณะมนตรีแกตต์ได้รับรายงานความเห็นแล้ว จะพิจารณายอมรับรายงานความเห็นโดยวิธีฉันทามติ (consensus) ซึ่งหมายถึงการรับรองอย่างเป็นทางการโดยไม่มีเสียงคัดค้านจากประเทศภาคีแม้แต่เสียงเดียว และเมื่อคณะมนตรีแกตต์รับรองรายงานคำตัดสินแล้ว แต่ปรากฏว่าประเทศภาคีมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำ และที่ประชุมใหญ่แกตต์เห็นว่าสถานการณ์มีความร้ายแรงเพียงพอ คณะมนตรีแกตต์จะยินยอมให้ประเทศภาคีฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อตอบโต้ประเทศภาคีฝ่ายแพ้อคติที่ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำได้ โดยมตียินยอมให้ระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวจะใช้วิธีการยินยอมโดยฉันทามติเช่นเดียวกัน

แม้ว่ากระบวนการในข้อ XXII และ XXIII ของแกตต์ 1947 จะสามารถเป็นเวทีสำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีโดยระบบพหุภาคี เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสมดุลของพันธกรณีและสิทธิประโยชน์ระหว่างประเทศภาคีก็ตาม แต่กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวก็ยังมีข้อบกพร่องที่ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และเป็นอุปสรรคต่อการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ เป็นต้นว่าปัญหาการขัดขวางการรับรอง (Block Adoption) ในกระบวนการระงับข้อพิพาท อันเกิดจากการที่ประเทศภาคีสามารถออกเสียงคัดค้าน (Veto) ในการลงมติเพื่อรับรองรายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณา อันเป็นผลให้กระบวนการล่าช้า ตลอดจนทำให้รายงานความเห็นไม่มีผลผูกพันให้

ประเทศภาคีฝ่ายแพ้คดีต้องปฏิบัติตาม, ปัญหาความขาดแคลนกลไกที่จะบังคับให้ประเทศภาคีปฏิบัติตามคำแนะนำ อันส่งผลให้ประเทศภาคีจะต้องใช้กระบวนการเจรจาทวิภาคี ซึ่งเป็นกระบวนการที่ล่าช้า หรือปัญหาในขั้นตอนการตอบโต้ (Retaliation) กรณีไม่มีการปฏิบัติตามคำแนะนำ ซึ่งนอกจากการลงมติเห็นชอบ ซึ่งใช้การลงมติแบบฉันทามติ ให้ประเทศภาคีผู้ได้รับความเสียหายดำเนินการตอบโต้ จะต้องเผชิญปัญหาการคัดค้านจากประเทศภาคีฝ่ายแพ้คดีแล้ว การที่ข้อ XXIII ระบุขอบเขตการตอบโต้ได้ **เพียงเท่าที่เหมาะสมกับสถานการณ์** ยังส่งผลให้มาตรการตอบโต้อาจไม่มีผลต่อประเทศภาคีฝ่ายแพ้คดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศภาคีที่ชนะคดีเป็นประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่าประเทศภาคีฝ่ายแพ้คดี¹

ในเมื่อกระบวนการระงับข้อพิพาท อันเป็นกระบวนการบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของประเทศภาคี แกตต์อ่อนแอ ไม่มีกลไกในการลงโทษประเทศภาคีที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ของแกตต์ที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น ประสิทธิภาพการควบคุมให้ประเทศภาคีเคารพต่อหลักเกณฑ์ของแกตต์จึงอ่อนแอตามไปด้วย ประเทศภาคีหลายประเทศต่างหันไปใช้มาตรการนอกแกตต์ที่ได้ผลกว่า เช่น การเจรจาทวิภาคี หรือหากเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจใหญ่ก็จะใช้วิธีการตอบโต้ฝ่ายเดียว (Unilateral Retaliation) ควบคู่กันไปด้วย เพื่อให้สามารถสร้างแรงกดดันและสภาพบังคับต่อประเทศคู่ค้าได้มากกว่าแทนกระบวนการพหุภาคีของแกตต์²

ปัญหาการใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวของประเทศภาคีที่มีระบบเศรษฐกิจใหญ่ เป็นเหตุผลสำคัญที่ก่อให้เกิดการปรับปรุงกระบวนการระงับข้อพิพาทของแกตต์อย่างขนานใหญ่ในการเจรจาอบอุรุกวัย³ โดยมีการรวบรวมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทขึ้นเป็นความตกลงอีกฉบับหนึ่งต่างหาก ซึ่งได้แก่ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการจัดการระงับข้อพิพาท หรือ DSU นั่นเอง

¹ พรชญา ลัทธวรรณ, “การปรับปรุงประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 19 (กันยายน 2542):172 – 177.

² Terence P. Stewart, Editor, *The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986 - 1992) Volume II : Commentary*, Kulwer Law and Taxation Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1993. p. 2762.

ผู้แทนของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวต่อที่ประชุมกลุ่มระงับข้อพิพาท ในการเจรจาการค้าอบอุรุกวัย ว่า “... การอาศัยกระบวนการตามมาตรา 301 ของกฎหมายการค้า และบทบัญญัติส่วนที่เพิ่มเติมในภายหลัง (expanded versions) เป็นสิ่งจำเป็น **เฉพาะ** เมื่อหลักเกณฑ์ของแกตต์ไม่สามารถก่อให้เกิดการเยียวยาที่เพียงพอต่อการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ดังนั้น สหรัฐอเมริกาได้แสวงหาหนทาง ทั้งสร้างความเข้มแข็งให้แก่หลักเกณฑ์ของแกตต์เพื่อให้ครอบคลุมขอบเขตการค้าใหม่ ๆ และก่อให้เกิดความเชื่อมั่นต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม...”

³ Ibid., p. 2669.

ความเข้าใจ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทมากมาย สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตอบโต้ทางการค้าต่อประเทศฝ่ายแพ้คดีที่ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำนั้น ได้มีการวางหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการดำเนินการตอบโต้ไว้อย่างละเอียดและชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งนอกจากจะได้มีการระบุหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตอบโต้ด้วยวิธีการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี (suspension of concession) ที่รัดกุมยิ่งขึ้นแล้ว ความเข้าใจ ยังได้บัญญัติวิธีการตอบโต้ด้วยการเรียกค่าสินไหมทดแทน (compensation) เพิ่มขึ้นอีกวิธีหนึ่งด้วย ทั้งนี้ การตอบโต้ทางการค้ามิใช่จุดมุ่งหมายหลักของกระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ แต่อย่างใด ดังที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 3.7 ของความเข้าใจ ว่า “...ประเทศผู้ฟ้องคดีมีจุดมุ่งหมายให้มีการระงับการกระทำที่อ้างว่าละเมิดพันธกรณีเป็นอันดับแรก ส่วนการเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นมาตรการอันดับรองสำหรับการกรณีที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่สามารถระงับการกระทำดังกล่าวได้ และการระงับสิทธิประโยชน์ถือเป็นทางเลือกสุดท้าย...” ดังนั้น การที่ประเทศฝ่ายชนะคดีจะใช้มาตรการตอบโต้แก่ประเทศฝ่ายแพ้คดีได้นั้น จะต้องผ่านกระบวนการฟ้องร้อง พิจารณา ตัดสิน ตลอดจนการควบคุมการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งมาแล้วทั้งสิ้น โดยหลักเกณฑ์ในการตอบโต้ทางการค้าทั้งสองวิธีนี้ได้แก่

2.1.1 การเรียกค่าสินไหมทดแทน (compensation)

เป็นวิธีการตอบโต้ทางการค้าแบบทวิภาคี (bilateral) กล่าวคือเป็นการตอบโต้ที่เกิดจากความสมัครใจในการตกลงชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นที่พอใจร่วมกัน⁴ (mutually acceptable compensation) ของประเทศคู่พิพาทในคดีในอันที่จะกำหนดทั้งระดับความเสียหายและวิธีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในคดีให้แก่ประเทศฝ่ายชนะคดี เพื่อชดเชยที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้ตามกำหนดเวลา ทั้งนี้ ประเทศฝ่ายชนะคดีจะสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากประเทศฝ่ายแพ้คดีได้จะต้องมีขั้นตอนดังนี้

2.1.1.1 ประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (reasonable period of time)⁵

เมื่อองค์กรระงับข้อพิพาท หรือ DSB รับรองคำแนะนำหรือคำสั่ง (adopt the recommendations and rulings) ให้ประเทศสมาชิกฝ่ายแพ้คดีปฏิบัติแล้ว ความเข้าใจ ได้กำหนดให้ประเทศ

⁴พรชญา ลัทธวรรณ, “การปรับปรุงประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 19 (กันยายน 2542):หน้า 192.

⁵ เรืองเดียวกัน.

ฝ่ายแพคดีมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งโดยทันที (prompt)⁶ เพื่อเป็นหลักประกันความมีประสิทธิภาพของการระงับข้อพิพาทและเพื่อประโยชน์ของประเทศสมาชิกทุกประเทศ⁷

แต่หากประเทศฝ่ายแพคดีเห็นว่าตนเองไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้โดยทันทีตามหลักในข้อ 21.1 ก็สามารถขอให้มีการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้ โดยชี้แจงต่อองค์กรระงับข้อพิพาท ในการประชุมขององค์กรระงับข้อพิพาทภายใน 30 วัน นับแต่วันรับรองคำตัดสิน แจ้งว่าตนประสงค์จะปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาท แต่ไม่สามารถปฏิบัติตามได้โดยทันที เพื่อขอให้มีการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม⁸ ซึ่งระยะเวลาที่เหมาะสมดังกล่าวสามารถกำหนดได้โดย

1) ประเทศฝ่ายแพคดีเป็นผู้เสนอระยะเวลาที่เหมาะสมเอง โดยกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรระงับข้อพิพาท⁹

2) หากไม่ได้รับความเห็นชอบในข้อ 1) ระยะเวลาที่เหมาะสมได้แก่กำหนดเวลาที่ประเทศคู่พิพาทในคดีร่วมกันกำหนด ภายใน 45 วันนับแต่วันที่องค์กรระงับข้อพิพาทรับรอง (adopt) คำแนะนำหรือคำสั่ง¹⁰

3) หากประเทศคู่พิพาทไม่สามารถทำความตกลงกันเพื่อกำหนดระยะเวลาในข้อ 2) สามารถตกลงกันให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้กำหนดได้ โดยคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะมีผลผูกพันภายใน 90 วันนับแต่วันที่องค์กรระงับข้อพิพาทมีคำแนะนำหรือคำสั่ง ทั้งนี้ ความเข้าใจ ได้กำหนดแนวทาง (guideline) ไว้ว่าระยะเวลาที่เหมาะสมที่อนุญาตตุลาการจะกำหนดไม่ควรเกิน 15 เดือน นับจากวันที่องค์กรระงับข้อพิพาทยอมรับคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณา (panel) หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (Appellate Body) แล้วแต่กรณี แต่ระยะเวลาที่กำหนดอาจยาวหรือสั้นกว่าแนวทางดังกล่าวได้ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์จำเพาะ (particular circumstances) ของแต่ละคดี¹¹

⁶ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute, Article 21.1

⁷ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, “หลักการระงับข้อพิพาทในแกตต์และองค์การการค้าโลก”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 16(ตุลาคม 2538):101.

⁸ DSU., Article 21.3

⁹ Ibid., Article 21.3 (a)

¹⁰ Ibid., Article 21.3 (b)

¹¹ Ibid., Article 21.3 (c)

ทั้งนี้ วิธีกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม ที่ประเทศคู่พิพาทนิยมใช้มากที่สุดจากทั้งสามวิธีได้แก่ การให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในข้อ 21.3 (c) โดยเมื่อพิจารณาค่าชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในแต่ละคดีสามารถสรุปแนวคิดในการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมได้ดังนี้

(□) **นิยามของคำว่า “ระยะเวลาที่เหมาะสม”** ถูกกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในคดี European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) “EC Hormones” ว่า ระยะเวลาที่เหมาะสม ของหลักการในข้อ 21.3 ได้แก่ ระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (shortest period possible) ในระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกฝ่ายแพ้คดี ในอันที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรรับข้อพิพาท¹² และคำนิยามนี้ได้รับการยอมรับนำมาใช้ในคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการในคดีถัดมาอีกหลายคดี เช่น Indonesia - Certain Measures Affecting Automobile Industry¹³, Australia - Measures Affecting Importation of Salmon¹⁴, Korea - Taxes on Alcoholic Beverages¹⁵, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products¹⁶ United States - Anti-Dumping Act of 1916¹⁷ เป็นต้น

และเนื่องจากการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมจะต้องพิจารณาระบบกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกฝ่ายแพ้คดีเป็นองค์ประกอบด้วย ดังนั้นในการพิจารณาจึงต้องมีประเด็นในเรื่องความยาก

¹² Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS25/15, WT/DS48/13, adopted 29 May 1998, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, Para 26.

¹³ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, Indonesia – Certain Measures Affecting Automobile Industry, WT/Ds54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12, adopted 7 December 1998, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 22.

¹⁴ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c), Australia - Measures Affecting Importation of Salmon, WT/DS18/9, adopted 23 February 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para 38.

¹⁵ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, Korea - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS75/26, WT/DS84/14, adopted 4 June 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 37.

¹⁶ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114/13, adopted 18 August 2000, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 47.

¹⁷ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, United States - Anti-Dumping Act of 1916, WT/DS136/11, WT/DS162/14, adopted 28 February 2001, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 32.

ง่ายของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง อันได้แก่การยกเลิกหรือแก้ไขมาตรการอันขัดต่อพันธกรณีรวมอยู่ด้วยเสมอ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการจะคำนึงถึงระยะเวลาในการยกเลิกหรือแก้ไขมาตรการด้วยกระบวนการปกติ (normal legislative procedure) ของประเทศสมาชิกเป็นหลัก แม้ว่าประเทศสมาชิกฝ่ายแพ้คดีจะสามารถใช้วิธีการพิเศษ (extraordinary legislative procedure) ที่ใช้เวลาน้อยกว่าได้ก็ตาม¹⁸

(□) **ขอบเขตอำนาจการพิจารณา (mandate) ของอนุญาโตตุลาการ** ในคดีที่ประเทศคู่พิพาทต่างโต้แย้งกันถึงวิธีการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง อนุญาโตตุลาการในหลายคดีได้ยึดถือหลักการเดียวกันว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีหน้าที่พิจารณาวิธีการ (way) และเครื่องมือ (means) ที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีเลือกใช้ว่าจะสอดคล้องกับคำแนะนำหรือคำสั่งหรือไม่¹⁹ หรือว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีควรจะใช้เครื่องมือใดในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง เนื่องจากข้อ 21.3 (c) นั้น ประเด็นพิจารณาคือประเทศฝ่ายแพ้คดีจะใช้เวลาเท่าใด ไม่ใช่ปัญหาว่าจะใช้วิธีการอย่างไร (when, not what)²⁰ ดังนั้น เมื่อมีกรณีที่ประเทศคู่พิพาทโต้แย้งกันในเรื่องนี้ อนุญาโตตุลาการจะพิจารณากำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมจากวิธีดำเนินการที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีเป็นผู้เสนอเป็นสำคัญ²¹ แต่ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการอาจสอบถามขอบเขต (scope) และระดับความซับซ้อน (complexity) ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งจากประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ เพื่อให้สามารถกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมจากการกระทำดังกล่าวได้ถูกต้อง²²

(□) **สถานการณ์จำเพาะของแต่ละคดี** อนุญาโตตุลาการในคดี Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products อธิบายว่า ได้แก่อันที่แท้จริงที่มีผลต่อความสั้นยาวของระยะเวลาสั้นนี้

¹⁸ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, Korea - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS75/26, WT/DS84/14, adopted 4 June 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 42.

¹⁹ Ibid, footnote 34, para 45.

ดูเพิ่มเติม Award of the Arbitrator under Article 21.3(c), European Communities - Hormones, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, footnote 7, para. 38 and Award of the Arbitrator under Article 21.3(c), Australia - Salmon, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, footnote 12, para. 35.

²⁰ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114/13, adopted 18 August 2000, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 42.

²¹ Ibid, para. 43.

²² Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, United States - Anti-Dumping Act of 1916, WT/DS136/11, WT/DS162/14, adopted 28 February 2001, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 36.

สุดที่เป็นไปได้ในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ภายในระบบกฎหมายของประเทศฝ่ายแพ้คดี (that can influence what the shortest period possible for implementation may be within the legal system of the implementing Member)²³ และได้ยกตัวอย่างสถานการณ์จำเพาะไว้ 3 กรณีด้วยกัน ได้แก่

- เป็นคำสั่งหรือเป็นกฎหมาย (administrative or legislative) ถ้าหากการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง สามารถทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครองย่อมต้องใช้เวลาน้อยกว่าการตราเป็นกฎหมาย²⁴

- ความซับซ้อนของกระบวนการ (complexity) หมายถึงกระบวนการที่ใช้จะมีขั้นตอนมากหรือน้อย หากเป็นกระบวนการที่ใช้ขั้นตอนน้อย ย่อมถือว่ามีความซับซ้อนน้อย²⁵

- สภาพบังคับของกฎหมาย (legally binding) หากประเทศฝ่ายแพ้คดีมีกฎหมายที่เป็นบทบังคับในเรื่องระยะเวลา ที่บังคับให้กระบวนการในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งจะต้องใช้เวลาตามที่กำหนด ในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎระเบียบ (a mandatory period of time for a mandatory part of the process needed to make a regulatory change) เพื่อปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ระยะเวลาที่กฎหมายบังคับไว้นั้น ถือว่าเป็นระยะเวลาที่เหมาะสม²⁶

(□) **กำหนดระยะเวลาเพื่อเป็นแนวทาง** (guideline) ตามที่ข้อ 21.3 (c) ได้กำหนดไว้ว่าไม่ควรเกิน 15 เดือนนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี Japan - Taxes on Alcoholic Beverages ซึ่งเป็นคดีกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมคดีแรกขององค์การการค้าโลก เป็นคำชี้ขาดเพียงคดีเดียวที่ใช้กำหนดระยะเวลา 15 เดือนเป็นตัวตั้ง และรับฟังข้อเท็จจริงจากประเทศคู่พิพาทว่ามีสถานการณ์จำเพาะ ในอันที่จะสามารถปรับเปลี่ยนกำหนดระยะเวลาให้สั้นกว่าหรือยาวกว่า 15 เดือนหรือไม่²⁷ แต่คำชี้ขาดในคดีอื่น ๆ อนุญาโตตุลาการจะ

²³ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114/13, adopted 18 August 2000, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 48.

²⁴ Ibid, para. 49.

²⁵ Ibid, para. 50.

²⁶ Ibid, para. 51.

²⁷ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c), Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/15, WT/DS10/15, WT/DS11/13, adopted 14 February 1997, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 27.

ในคดีดังกล่าว อนุญาโตตุลาการสรุปว่า “ไม่สามารถฟังได้เป็นที่พอใจว่า ‘สถานการณ์จำเพาะ’ ที่ทั้งฝ่ายญี่ปุ่น (ผู้แพ้คดี) และฝ่ายสหรัฐอเมริกา (ผู้ชนะคดี) แสดงให้เห็น นั้นเหมาะสมยิ่งไปกว่ากำหนด 15 เดือน อัน

มุ่งพิจารณาสถานการณ์จำเพาะของแต่ละคดีเป็นหลักในการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม โดยมีได้นำกำหนด 15 เดือนมาเป็นตัวตั้งอีกต่อไป

(□) **สถานะของประเทศกำลังพัฒนา** จากข้อ 21.2 ของความเข้าใจ กล่าวถึงประเทศกำลังพัฒนาว่า กรณีใด ๆ เกี่ยวกับมาตรการในการระงับข้อพิพาทที่จะต้องกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนา จะต้องได้รับการใส่ใจเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งในคดี *Indonesia - Automobile Industry* ที่ประเทศกำลังพัฒนาเป็นฝ่ายแพ้คดี อนุญาโตตุลาการได้หยิบยกหลักการนี้ขึ้นเพื่อกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมให้ยาวกว่าปรกติ แต่ด้วยอาศัยเหตุที่มี “สถานการณ์พิเศษอย่างยิ่ง” (very particular circumstances) ของประเทศฝ่ายแพ้คดีเนื่องจากขณะนั้นอินโดนีเซียกำลังประสบภาวะวิกฤตทางเศรษฐกิจและการเงิน (currently in a dire economic and financial situation) และมีสภาพเศรษฐกิจที่ใกล้จะล่มสลาย (its economy near collapse) มิใช่สาเหตุเพียงเพราะประเทศฝ่ายแพ้คดีเป็นประเทศกำลังพัฒนาแต่อย่างใด ซึ่งอนุญาโตตุลาการในคดี *Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather* ได้กล่าวยืนยันหลักการนี้เช่นกัน²⁸

จากแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามความในข้อ 21.3 (c) ที่ผ่าน ๆ มา จะสังเกตเห็นได้ว่า สิ่งประเทศคู่พิพาทจะต้องนำเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ได้แก่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำแนะนำหรือคำสั่งที่องค์กรระงับข้อพิพาทรับรองแล้ว ว่า คือวิธีการใด มีระดับความซับซ้อนมากน้อยเพียงใด และการดำเนินการดังกล่าวด้วยกระบวนการวิธีปกติจะใช้เวลาประมาณเท่าใด เพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีจะปฏิบัติตามดังกล่าว ได้อย่างถูกต้อง และถ้าหากประเทศคู่พิพาทได้เถียงกันในเรื่องชนิดของวิธีการในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง อนุญาโตตุลาการจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวมากนัก ทว่าก็มีแนวโน้มที่จะเห็นด้วยกับวิธีการที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีเป็นผู้เสนอมากกว่า แต่กระนั้นอนุญาโตตุลาการก็จะเห็นด้วยเฉพาะประเด็นว่าด้วยวิธีการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง อันเป็นข้อเท็จจริงเบื้องต้นสำหรับการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมเท่านั้น ในส่วนของประเด็นการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในคดี อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีและจะกำหนดระยะเวลาดังกล่าวตามความเหมาะสมแก่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องถือตามกำหนดเวลาที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีเสนอมาแต่อย่างใด

เป็นกำหนดเวลาแนวทาง ดังนั้น จึงชี้ขาดว่าระยะเวลาที่เหมาะสมตามข้อ 21.3 (c) ของความเข้าใจ ในอันที่ญี่ปุ่นจะปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาทลงวันที่ 1 พฤศจิกายน 1996 ในคดี *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages* คือ 15 เดือน”

²⁸ Award of the Arbitrator under Article 21.3(c), *Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/10, adopted 31 August 2001, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 51.

สำหรับกรณีประเทศกำลังพัฒนาเป็นประเทศฝ่ายแพ้คดี ประเทศกำลังพัฒนาสามารถยกความเป็นประเทศกำลังพัฒนาขึ้นเพื่อขอให้อนุญาตต่อตุลาการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมให้ยาวขึ้นกว่าปกติได้ หากมีสถานการณ์พิเศษอย่างยิ่ง เช่น มีสภาพเศรษฐกิจที่ใกล้ล่มสลาย แต่ประเทศกำลังพัฒนาดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างสถานการณ์พิเศษอย่างยิ่งไว้อย่างชัดเจนด้วย

2.1.1.2 ประเทศฝ่ายแพ้คดีร้องขอเจรจาเกี่ยวกับประเทศฝ่ายชนะคดีก่อนระยะเวลาที่เหมาะสมจะสิ้นสุดลง โดยการเจรจาดังกล่าว ประเทศคู่พิพาทจะเจรจาทกลงกันด้วยตนเองหรือโต้ตอบกันทางเอกสารก็ได้²⁹ ทั้งนี้ ความเข้าใจ ไม่ได้กำหนดลักษณะการชดใช้และวิธีการคำนวณค่าสินไหมทดแทนไว้ ประเทศคู่พิพาทจึงสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้ ซึ่งในคดี Japan - Alcoholic คู่กรณีตกลงชดใช้โดยวิธีการทางภาษีศุลกากร

2.1.2 การระงับการให้สิทธิประโยชน์ (suspension of concessions)

เป็นมาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียว (unilateral) ที่ประเทศฝ่ายชนะคดีสามารถใช้กับประเทศฝ่ายแพ้คดีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยข้อ 22.2 ของความเข้าใจ ได้กำหนดว่าเมื่อประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (reasonable period of time) และประเทศคู่พิพาทไม่สามารถทำความตกลงในเรื่องค่าสินไหมทดแทนได้ภายใน 20 วัน นับแต่วันสิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม ประเทศฝ่ายชนะคดีร้องขอต่อองค์กรระงับข้อพิพาท ขออนุญาตให้มาตรการระงับการให้สิทธิประโยชน์ตอบโต้ประเทศสมาชิกฝ่ายแพ้คดีได้ โดยองค์กรระงับข้อพิพาทจะอนุญาตให้ระงับการให้สิทธิประโยชน์ภายใน 30 วันนับจากกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง เว้นแต่องค์กรระงับข้อพิพาทจะมีฉันทามติให้ปฏิเสธคำร้องขอนั้น ซึ่งเป็นการอนุญาตโดยอัตโนมัติ (automatic) อันเป็นระบบที่นำมาใช้ใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาคารกักกัน (blockage) โดยประเทศฝ่ายแพ้คดี ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญอย่างหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทของแกตต์ 1947

ทั้งนี้ในการยื่นคำขอทำการระงับการให้สิทธิประโยชน์นั้น ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องระบุระดับความเสียหาย (nullification and impairment) ที่จะใช้การตอบโต้ต่อไป และจะต้องแนบรายชื่อสินค้าและ/หรือสาขาของพันธกรณีที่จะทำการตอบโต้ด้วย โดยยึดหลักการตอบโต้ตามที่บัญญัติในข้อ 22.3 ดังนี้

2.1.2.1 ในเบื้องต้น จะต้องระงับการให้สิทธิประโยชน์ (หรือพันธกรณีอื่น) ในสาขาเดียวกัน (same sector) กับที่คณะผู้พิจารณา (panel) หรือองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ (Appellate Body) เห็นว่ามีผลกระทบหรือทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ไป³⁰

²⁹ Mutually Acceptable Solution on Modalities for Implementation, Japan - Taxes on Alcoholic Beverage, WT/DS8/17, WT/DS10/17, WT/DS11/15, 30 July 1997, pp. 1-6.

³⁰ DSU., Article 22.3 (a)

2.1.2.2 แต่หากเห็นว่าการระงับการให้สิทธิประโยชน์ในสาขาเดียวกันตามข้อ 2.1.2.1 จะไม่สามารถกระทำได้ หรือไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ ประเทศฝ่ายชนะคดีอาจจะระงับการให้สิทธิประโยชน์ (หรือพันธกรณีอื่น) ในต่างหมวด แต่ยังคงอยู่ในความตกลงฉบับเดียวกันได้³¹

2.1.2.3 แต่หากเห็นว่าการระงับการให้สิทธิประโยชน์ในความตกลงฉบับเดียวกันตามข้อ 2.1.2.2 ไม่สามารถกระทำได้ หรือไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ และสถานการณ์มีความร้ายแรงเพียงพอ ประเทศฝ่ายชนะคดีอาจจะระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีภายใต้ความตกลงต่างฉบับ (another covered agreement) ได้³² ซึ่งการพิจารณาความร้ายแรงของสถานการณ์ ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องพิจารณาองค์ประกอบดังนี้

2.1.2.3.1 สาขาการค้าภายใต้ความตกลง ที่คณะผู้พิจารณา หรือองค์กรพิจารณา อุตสาหกรรม เห็นว่ามีการละเมิดหรือทำให้เสียไปซึ่งประโยชน์ และ ความสำคัญของสาขาการค้าดังกล่าวต่อประเทศฝ่ายชนะคดี³³

2.1.2.3.2 องค์ประกอบของเศรษฐกิจในวงกว้าง (broader economic elements) ของประเทศฝ่ายชนะคดีที่สัมพันธ์กับการทำให้เสียหาย และผลกระทบต่อเศรษฐกิจในวงกว้าง (broader economic consequences) ของประเทศฝ่ายแพ้คดีจากการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณี³⁴

การพิจารณาหมวดในการระงับการให้สิทธิประโยชน์ให้ยึดหลักว่า

- 1) หมวดของสินค้า ให้หมายถึงสินค้าทุกชนิด³⁵
- 2) หมวดของบริการ ให้แบ่งหมวดตามรายชื่อหมวดหลัก (principal sector) ที่ระบุไว้ใน “บัญชีจำแนกหมวดหมู่ของบริการ” (Services Sectoral Classification List) ทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services : GATS)³⁶

³¹ Ibid., Article 22.3 (b)

³² Ibid., Article 22.3 (c)

³³ Ibid., Article 22.3 (d)(i)

³⁴ Ibid., Article 22.3 (d)(ii)

³⁵ Ibid., Article 22.3 (f)(i)

³⁶ Ibid., Article 22.3 (f)(ii)

3) หมวดของทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า ให้ถือว่าทรัพย์สินทางปัญญาของภาค II (Part II) ในหมวดที่ 1, หมวดที่ 2, หมวดที่ 3, หมวดที่ 4, หมวดที่ 5, หมวดที่ 6, หมวดที่ 7, พันธกรณีในภาค III หรือภาค IV ของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement of Trade-Related of Intellectual Property Rights : TRIPs) เป็นแต่ละหมวดต่างหากจากกัน³⁷

2.1.2.3.3 และการพิจารณาความตกลงในการระงับการให้สิทธิประโยชน์ ให้คำนึงถึง

1) ความตกลงที่เกี่ยวกับสินค้า หมายถึงความตกลงทั้งหมดในภาคผนวก 1A ของความตกลงก่อตั้งองค์การการค้าโลก (WTO Agreement) รวมทั้งความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral Agreement) ซึ่งประเทศคู่พิพาทในคดีเป็นภาคีของความตกลงนั้น ๆ³⁸

2) ความตกลงเกี่ยวกับบริการ ได้แก่ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS³⁹

3) ความตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือ TRIPs⁴⁰

ทั้งนี้ ระดับของการระงับการให้สิทธิประโยชน์ที่ประเทศฝ่ายชนะคดีจะทำการตอบโต้จะต้องเท่ากับระดับของความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ⁴¹

2.1.2.3.4 แต่หากประเทศฝ่ายแพ้คดีเห็นว่าตนเองไม่สมควรถูกตอบโต้ หรือการตอบโต้ของประเทศฝ่ายชนะคดีไม่ถูกต้อง สามารถมีทางแก้ได้ 2 ทาง ได้แก่

1) ถ้าเห็นว่าตนไม่ควรถูกตอบโต้เพราะได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การระงับข้อพิพาทเรียบร้อยแล้ว สามารถนำกรณีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยให้คณะผู้พิจารณาชุดเดิมที่เคยพิจารณาคดีนี้ (original panel) เป็นผู้พิจารณา โดยคณะผู้พิจารณาจะต้องทำคำวินิจฉัยภายใน 90 วันนับแต่รับเรื่องไว้พิจารณา⁴² ซึ่งรายงานคำวินิจฉัยในกรณีเช่นนี้ ประเทศคู่พิพาทที่ไม่เห็นด้วยกับรายงานสามารถ

³⁷ Ibid., Article 22.3 (f)(iii)

³⁸ Ibid., Article 22.3 (g)(i)

³⁹ Ibid., Article 22.3 (g)(ii)

⁴⁰ Ibid., Article 22.3 (g)(iii)

⁴¹ Ibid., Article 22.4

⁴² Ibid., Article 21.5

อุทธรณ์ไปยังองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ได้ และหากคำวินิจฉัยถึงที่สุดว่าประเทศฝ่ายแพ้คดียังปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งไม่เสร็จสิ้น ในภายหลังเมื่อประเทศคู่พิพาทมีความเห็นไม่ตรงกันในเรื่องความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งอีก ก็สามารวดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทในข้อนี้ซ้ำอีกได้

2) ถ้าเห็นว่าประเทศฝ่ายชนะคดีมิได้ปฏิบัติตามกระบวนการระงับการให้สิทธิประโยชน์ที่ถูกต้องของข้อ 22.3 หรือระดับของการระงับการให้สิทธิประโยชน์ไม่เท่ากับระดับของความเสียหายสามารถยื่นข้อคัดค้านให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด ทั้งนี้ อนุญาตตุลาการจะได้แก่คณะผู้พิจารณาชุดเดิมที่เคยพิจารณาคดีนี้ หรือเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ผู้อำนวยการใหญ่ (Director-General) แต่งตั้งขึ้นก็ได้ โดยอนุญาตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดภายใน 60 วันนับแต่กำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง และในระหว่างการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ประเทศสมาชิกฝ่ายชนะคดีจะทำการระงับการให้สิทธิประโยชน์ไม่ได้⁴³ ซึ่งคำชี้ขาดในกรณีนี้ถือเป็นที่สุด และไม่สามารถเสนอให้พิจารณาใหม่ได้อีกเป็นครั้งที่สอง⁴⁴

กระบวนการทั้งสองมีลักษณะและขั้นตอนการปฏิบัติที่แตกต่างกันหลายประการสามารถจำแนกได้ดังนี้

Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report.

⁴³ Ibid., Art 22.6

When the situation described in paragraph 2 occurs, the DSB, upon request, shall grant authorization to suspend concessions or other obligations within 30 days of the expiry of the reasonable period of time unless the DSB decides by consensus to reject the request. However, if the Member concerned objects to the level of suspension proposed, or claims that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed where a complaining party has requested authorization to suspend concessions or other obligations pursuant to paragraph 3(b) or (c), the matter shall be referred to arbitration. Such arbitration shall be carried out by the original panel, if members are available, or by an arbitrator appointed by the Director-General and shall be completed within 60 days after the date of expiry of the reasonable period of time. Concessions or other obligations shall not be suspended during the course of the arbitration.

⁴⁴ Ibid., Art 22.7

ตารางที่ 1

เปรียบเทียบกระบวนการในข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจฯ

องค์ประกอบ	ข้อ 21.5	ข้อ 22.6
การเริ่มกระบวนการ	<p>เมื่อประเทศคู่พิพาทมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่างมาตรการที่ประเทศฝ่ายแพคตินำมาใช้เพื่อปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งนั้นสอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้องหรือไม่</p> <p>การเริ่มคดีในข้อนี้จะเป็นกระบวนการทวิภาคี</p>	<p>เมื่อระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งสิ้นสุดลง และประเทศฝ่ายชนะคดียื่นคำขอต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเพื่อระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี ดังนี้ ประเทศฝ่ายแพคติจึงจะร้องขอให้ดำเนินการยื่นเรื่องให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยได้</p> <p>การเริ่มกระบวนการในข้อนี้จะเป็นกระบวนการฝ่ายเดียวของประเทศสมาชิกแต่ละฝ่าย</p>
ผู้พิจารณาคดี	<p>คณะผู้พิจารณาชุดเดิม (original panel)</p>	<p>อนุญาตตุลาการ โดยใช้คณะผู้พิจารณาชุดเดิมทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ ถ้าหากสามารถทำได้ หรืออนุญาตตุลาการที่ผู้อำนวยการใหญ่แต่งตั้ง</p>
ประเด็นพิจารณา	<p>ความสอดคล้องระหว่างมาตรการที่ประเทศฝ่ายแพคตินำมาใช้กับความตกลงที่เกี่ยวข้อง โดยไม่พิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับแต่อย่างใด</p>	<p>ระดับความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ เปรียบเทียบกับระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี และหากคำร้องขอของประเทศฝ่ายชนะคดีเป็นการขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขาหรือข้ามความตกลง จะมีประเด็นพิจารณาว่าประเทศฝ่ายชนะคดีปฏิบัติตามข้อ 22.3 (b)-(e) ของความเข้าใจฯ แล้วหรือไม่เพิ่มขึ้นมาอีกด้วย</p> <p>อนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามข้อนี้จะไม่พิจารณาถึงสภาพของการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี (the nature of the</p>

		concessions or other obligations to be suspended) แต่อย่างไรใด
ระยะเวลาดำเนินการ	90 วัน นับ แต่รับ เรื่องไว้พิจารณา	60 วัน นับ แต่ระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง
การอุทธรณ์	สามารถอุทธรณ์รายงานคำตัดสินต่อองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ได้	คดี ถึง ที่ สุด ใน ชั้นอนุญาโตตุลาการ ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้
การนำคดีขึ้นพิจารณาใหม่	หากมาตรการที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีนำมาใช้ยังไม่สอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้อง ในเวลาต่อมา เมื่อประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ใช้มาตรการใหม่เพื่อปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง และมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับมาตรการที่นำมาใช้ใหม่อีกก็สามารถดำเนินการระบวนการตามข้อ 21.5 อีกครั้งได้	ไม่สามารถนำคดีขึ้นพิจารณาใหม่ได้อีก
กระบวนการภายหลังมีรายงานความเห็นหรือคำชี้ขาด	หากคณะผู้พิจารณาตัดสินว่า มาตรการของประเทศฝ่ายแพ้คดียังไม่สอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้อง ประเทศฝ่ายแพ้คดีต้องปรับเปลี่ยนมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าวต่อไป และหากระยะเวลาที่เหมาะสมได้สิ้นสุดลงแล้ว ประเทศฝ่ายชนะคดีสามารถร้องขอระงับสิทธิประโยชน์ตามความในข้อ 22.6 ตอนต้นได้	เมื่ออนุญาโตตุลาการส่งคำชี้ขาดไปยังองค์กรระงับข้อพิพาทแล้ว องค์กรระงับข้อพิพาทจะอนุญาตให้ประเทศฝ่ายชนะคดีดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี ในมูลค่า และ/หรือ ในสาขา หรือ ความตกลง ตามที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด

2.1.2.3.5 กรณีที่มีการยื่นเรื่องให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงความชอบของการระงับการให้สิทธิประโยชน์เท่าที่ปรากฏในปัจจุบันมี 2 คดี คือ

1) **คดี EC - Hormones** คดีนี้ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EC) ถูกฟ้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาท เกี่ยวกับมาตรการเกี่ยวกับเนื้อและผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเนื้อ หรือ hormones measures ซึ่งคณะผู้พิจารณาได้ตัดสินว่ามาตรการของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนั้นขัดต่อพันธกรณีของความตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures :

SPS Agreement) และองค์การพิจารณาอุทธรณ์ได้ตัดสินยืนตามคณะผู้พิจารณา ต่อมาเมื่อระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งสิ้นสุดลง ประเทศฝ่ายชนะคดีจำนวน 2 ประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา และแคนาดา ตามลำดับ⁴⁵ ได้ยื่นคำร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี ตอบได้การที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ตามข้อ 22.2 ของความเข้าใจ ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปก็ได้คัดค้านคำร้องดังกล่าว โดยกล่าวอ้างว่าประเทศฝ่ายชนะคดี คือ สหรัฐอเมริกา และแคนาดา มิได้ปฏิบัติตามข้อ 22.3 ของความเข้าใจ โดยคำนวณระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ไม่เท่ากับความเสี่ยงที่ได้รับ และได้ร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในลักษณะที่ไม่แน่นอน (carousel type of suspension of concessions)⁴⁶ ซึ่งอนุญาโตตุลาการของทั้ง 2 คดีได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักการอย่างเดียวกัน อันสรุปได้ดังนี้

ก) ภาระการพิสูจน์ อนุญาโตตุลาการให้ความเห็นว่า ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกมีฐานะเป็นรัฐอธิปไตย ย่อมต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่ากระทำการสอดคล้องกับพันธกรณีเสมอ ดังนั้นหากมีการกล่าวอ้างว่าประเทศสมาชิกละทิ้งการไม่สอดคล้องกับพันธกรณีขององค์การการค้าโลก ประเทศที่กล่าวอ้างความไม่สอดคล้องดังกล่าวต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงความไม่สอดคล้องนั้น ในคดีนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเป็นผู้กล่าวอ้างว่าสหรัฐอเมริกาและแคนาดากระทำการไม่สอดคล้องกับข้อ 22.4 ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจึงต้องมีภาระการพิสูจน์ให้ได้ ว่ามีข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (*prima facie* case) แสดงว่าระดับของการระงับการให้สิทธิประโยชน์ไม่เท่ากับระดับความเสี่ยง⁴⁷ แต่ทั้งนี้ประเทศฝ่ายชนะคดีก็ต้องส่งพยานหลัก

⁴⁵ คดีนี้มีการฟ้องร้องแยกเป็น 2 คดี คือ คดีที่ฟ้องโดยสหรัฐอเมริกา (EC-Hormones, Original Complaint by the United States-WT/DS26) และ คดีที่ฟ้องโดยแคนาดา (EC-Hormones, Original Complaint by Canada-WT/DS48)

⁴⁶ Recourse by the United States to Article 22.2 of the DSU, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/19, dated 18 May 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, p. 3.

สหรัฐอเมริกาได้กล่าวถึงตารางการระงับสิทธิประโยชน์ท้ายคำร้องขอระงับสิทธิประโยชน์ของตนว่า “รายการสินค้าที่แสดงไว้ในตารางนี้...มีไว้เพื่อความสะดวกในการอ่าน และสหรัฐอเมริกาผู้ยื่นคำร้องมิได้มุ่งหมายที่จะจำกัดขอบเขต (delimit) ในการขึ้นภาษีศุลกากรเฉพาะรายการสินค้าที่ได้แสดงไว้ในตารางดังกล่าวนี้เท่านั้น ไม่ว่าในทางใด”

อันเป็นการแสดงเจตนาในอันที่จะระงับสิทธิประโยชน์ในลักษณะที่ไม่แน่นอน

⁴⁷ Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Original Complaint by the United States, WT/DS26/ARB, 12 July 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 9 and Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, EC-Hormones,

ฐานแสดงวิธีคำนวณระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ และแสดงความเท่าเทียมกันระหว่างระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์และความเสียหายที่ได้รับ (รวมเรียกว่า methodology paper) ด้วย เนื่องจากพยานหลักฐานทั้งหลาย เช่น ข้อมูลการค้าระหว่างประเทศฝ่ายชนะคดีกับประเทศฝ่ายที่สาม ข้อมูลความเสียหายของผู้ส่งออก เป็นหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของประเทศฝ่ายชนะคดีเพียงฝ่ายเดียว⁴⁸

ข) ประเด็นความเท่าเทียมกันระหว่างระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์และความเสียหายที่ได้รับ กล่าวคือเมื่อสหรัฐอเมริกาและแคนาดายื่นคำร้องขออนุญาตระงับการให้สิทธิประโยชน์ที่มีต่อประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจากองค์การระงับข้อพิพาท ประเทศฝ่ายชนะคดีทั้งสองได้แนบบัญชีสินค้าที่จะทำการระงับการให้สิทธิประโยชน์ ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเห็นว่ามูลค่ารวมของสินค้าในบัญชีดังกล่าวสูงเกินกว่ามูลค่าของความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ⁴⁹ และได้ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ประเทศฝ่ายชนะคดีทั้งสองส่งบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ใหม่โดยมีระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรือลดปฏิบัติตามพันธกรณีรวมเทียบเท่ากับระดับความเสียหายที่อนุญาโตตุลาการคำนวณได้⁵⁰ ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า ประเทศฝ่ายแพ้คดีมีสิทธิคัดค้านเพียง “ระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรือลดปฏิบัติตามพันธกรณี” และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะ “ประเด็นว่าด้วย ระดับ การระงับสิทธิประโยชน์หรือลดปฏิบัติตามพันธกรณี กับ ระดับ ความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ ว่ามีความเท่าเทียมกันหรือไม่”⁵¹ แต่กระนั้นก็ได้วินิจฉัยว่า การระงับการให้สิทธิประโยชน์โดยวิธีการทางภาษีศุลกากรนั้น ประเทศฝ่ายชนะคดีจะทำได้กับสินค้าที่แสดงไว้ในบัญชีสินค้าที่แนบมาทำคำร้องขออนุญาตระงับการให้สิทธิประโยชน์เท่านั้น และระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรือลดปฏิบัติตามพันธกรณีจะต้องเท่าเทียมกับระดับความเสียหายที่ได้รับ ตามหลัก Equivalency ในข้อ 22.4 ของความเข้าใจ⁵² ทั้งนี้ ประเทศฝ่ายชนะคดีสามารถจะหยิบยกสินค้าใดในบัญชีขึ้นระงับการให้สิทธิประโยชน์ก็ได้ เพียงเท่าที่มูลค่าทางการค้าไม่มากกว่าความเสียหายที่ได้รับ⁵³

Original Complaint by the Canada, WT/DS48/ARB, adopted 12 July 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 9.

⁴⁸ Ibid., para. 11.

⁴⁹ Ibid., para. 13.

คดีนี้ สหรัฐอเมริกาและแคนาดาคำนวณระดับการระงับสิทธิประโยชน์ของตนไว้ที่ 202 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และ 75 ล้านดอลลาร์แคนาดา ต่อปี ตามลำดับ แต่ประเทศทั้งสองยื่นบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์หรือลดปฏิบัติตามพันธกรณีครอบคลุมมูลค่าการค้าถึง 918,073 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และ 316,412,782 ดอลลาร์แคนาดา ตามลำดับ

⁵⁰ Ibid., para. 14.

⁵¹ Ibid., para. 15.

⁵² Ibid., para. 16.

⁵³ Ibid., para. 20.

ค) ประเด็นการตอบโต้ในลักษณะที่ไม่แน่นอน (carousel type of suspension of concessions) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปคัดค้านการที่ประเทศฝ่ายชนะคดีจะใช้การตอบโต้ในลักษณะที่ไม่แน่นอน ซึ่งอนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยว่า แม้ว่าประเทศฝ่ายชนะคดีจะกระทำการโดยสุจริตและมีอำนาจตอบโต้ฝ่ายเดียว แต่ก็ไม่สามารถจะระงับการให้สิทธิประโยชน์ในลักษณะที่ไม่แน่นอนแต่อย่างใด⁵⁴

เมื่อพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าว จะพบหลักการและแนวคิดดังนี้

ก) ประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ คดีนี้ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะได้กล่าวไว้ว่าให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ โดยอาศัยข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าประเทศสมาชิกจะทำการโดยสุจริตเสมอ ประเทศสมาชิกที่กล่าวหาว่าประเทศสมาชิกอื่นกระทำการโดยไม่ชอบมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนั้น หากแต่อนุญาโตตุลาการก็ได้แบ่งภาระการพิสูจน์ในส่วนของวิธีการคำนวณค่าความเสียหายและระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีไปให้แก่ประเทศฝ่ายชนะคดีด้วย เนื่องจากเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของประเทศฝ่ายชนะคดีโดยเฉพาะ โดยประเทศคู่พิพาทแต่ละฝ่ายต่างมีภาระการพิสูจน์ในส่วนของตน คำวินิจฉัยในประเด็นนี้ นอกจากจะสอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานแล้ว ยังเป็นการป้องกันมิให้ประเทศคู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีโอกาสถ่วงถ่วงประเทศฝ่ายตรงข้าม ทั้งป้องกันมิให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีแก่งัดคัดค้านการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศฝ่ายชนะคดีโดยปราศจากเหตุผลที่เพียงพอเพื่อให้การบังคับคดีเกิดความล่าช้า และป้องกันมิให้ประเทศฝ่ายชนะคดีแก่งัดกำหนดระดับความเสียหายที่สูงเกินความเป็นจริง หรือกำหนดขอบเขตการตอบโต้ทางการค้าที่กว้างขวางเกินไป เพื่อให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีประสบภาวะชะงักงันทางเศรษฐกิจ แล้วแต่กรณี

คำชี้ขาดในประเด็นภาระการพิสูจน์นี้ได้รับการยอมรับจากอนุญาโตตุลาการตามข้อ 22.6 ในคดี EC-Bananas อีกด้วย ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

ข) ประเด็นเรื่องขอบเขตการระงับสิทธิประโยชน์ นอกจากหลักความเท่าเทียมกันระหว่างระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีกับระดับความเสียหายที่ได้รับในข้อ 22.4 แล้ว ในส่วนของแนวทางปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการได้วางหลักเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศฝ่ายชนะคดีจะยื่นบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในลักษณะสงวนสิทธิที่จะระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาการค้านอกบัญชีมิได้ และจะระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีต่อสาขาการค้านอกบัญชีมิได้เช่นเดียวกัน ดังนี้ เป็นความพยายามที่จะป้องกันมิให้ประเทศฝ่ายชนะคดีกระทำการตามอำเภอใจในการระงับสิทธิประโยชน์ ซึ่งอาจเป็นการถ่วงถ่วงประเทศฝ่ายแพ้คดีมากกว่าจะกระทำการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หลักของความเข้าใจ คือ เพื่อให้ประเทศฝ่ายแพ้คดียกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีไปเสีย

⁵⁴ Ibid., para. 22.

แต่กระนั้น อนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธที่จะวินิจฉัยว่ามูลค่ารวมของรายการในบัญชีรายการทำยาคอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีจะต้องเท่ากับมูลค่าความเสียหายหรือไม่ เพียงแต่วินิจฉัยว่าประเทศฝ่ายชนะคดีสามารถหยิบยกสาขาการค้าได้ในบัญชีขึ้นทำการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีก็ได้ เพียงแต่ระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีจะต้องเท่าเทียมกับระดับความเสียหายที่ได้รับเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่เชื้อประโยชน์ต่อประเทศฝ่ายชนะคดีที่จะทำการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างสะดวกมาก ในขณะที่อาจส่งผลให้ผู้นำเข้าของประเทศฝ่ายชนะคดีอาจตัดสินใจนำเข้าสินค้าจากประเทศฝ่ายแพ้คดีเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงในการถูกเก็บภาษีตอบโต้ อันส่งผลให้เกิดภาวะชะงักงันต่อเศรษฐกิจในวงกว้างของประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศฝ่ายชนะคดีเป็นตลาดส่งออกสินค้าที่สำคัญของประเทศฝ่ายแพ้คดี หรือประเทศฝ่ายชนะคดีมีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงกว่าประเทศฝ่ายแพ้คดี ซึ่งผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่าการที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีสามารถยื่นบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ครอบคลุมมูลค่าการค้าสูงกว่าความเสียหายที่ได้รับโดยไม่มีข้อจำกัดนี้เป็นการเอื้อประโยชน์ที่มากเกินไปต่อประเทศฝ่ายชนะคดีที่มีอำนาจเศรษฐกิจสูง และอาจส่งผลให้ประเทศฝ่ายชนะคดีประเภทดังกล่าวใช้การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในการบีบบังคับให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีทำการถอนออกเหนือไปจากการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งตามปกติ ซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์หลักของความเข้าใจ นั่นคือการทำให้ประเทศฝ่ายแพ้คดียกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีไปเสีย

และนอกจากนี้ การที่อนุญาโตตุลาการมิได้จำกัดมูลค่าการค้าในบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว ทำให้อำนาจการคำนวณความเท่าเทียมกันระหว่างระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีกับความเสียหายที่ได้รับ *เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของประเทศฝ่ายชนะคดี* ซึ่งเป็นการเสี่ยงต่อการที่ประเทศฝ่ายชนะคดีจะคำนวณระดับการระงับสิทธิประโยชน์สูงเกินกว่าความเสียหายที่ได้รับ ทั้งด้วยความจงใจและไม่จงใจ เป็นอย่างยิ่ง

ในคดีนี้ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะเปิดโอกาสให้ประเทศคู่พิพาทยื่นเรื่องให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยถึงประเด็นเกี่ยวกับมูลค่าการค้ารวมในบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ที่สูงเกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ ตามข้อ 22.4 ของความเข้าใจ ก็ตาม⁵⁵ แต่การที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีจะต้องดำเนินกระบวนการในชั้นอนุญาโตตุลาการถึงสองครั้งเพื่อคัดค้านการยื่นคำร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีเพียงฉบับเดียวก็ดูเป็นการดำเนินกระบวนการซ้ำซ้อนและเกิดความล่าช้าจนเกินไป ซึ่งผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่าการนี้เช่นนี้เป็นช่องว่างของความเข้าใจ ที่ให้สิทธิแก่ประเทศฝ่ายชนะคดีมากเกินไป และไม่สามารถคุ้มครองประเทศฝ่ายแพ้คดีจากการบังคับคดีในลักษณะกลั่นแกล้งหรือคุกคาม (Trade Harassment) ของประเทศฝ่ายชนะคดีได้ จึงสมควรเสนอต่อคณะมนตรีทั่วไป (General Council) ขอแก้ไขบทบัญญัติในความเข้าใจ ในประเด็นนี้อีกประเด็นหนึ่งด้วย

⁵⁵ Ibid., para. 82.

2) **คดี EC-Bananas** คดีนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถูกฟ้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาทว่า มาตรการเกี่ยวกับการค้ากล้วย ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีพันธกรณีที่จะต้องให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศในกลุ่ม ตาม Lome Convention นั้นขัดต่อแกตต์ และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services : GATS) ซึ่งคดีถึงที่สุดในลักษณะที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถูกตัดสินให้ต้องปรับปรุงมาตรการเกี่ยวกับกล้วยให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามความตกลงดังกล่าวทั้งสองฉบับ ต่อมา เมื่อระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งสิ้นสุดลง ประเทศฝ่ายชนะคดี อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา และ เอกวาดอร์ ตามลำดับ ได้ยื่นคำร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีตามความในข้อ 22.2 เป็นสองเรื่องต่างหากจากกัน ซึ่งในส่วนของเอกวาดอร์นั้นได้ขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามความตกลง ตามความในข้อ 22.3 ของความเข้าใจ อีกด้วย ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้คัดค้านการกำหนดระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ และการระงับสิทธิประโยชน์ข้ามสาขาของประเทศฝ่ายชนะคดีทั้งสองดังกล่าว โดยคดีทั้งสองเรื่องมีประเด็นพิพาทแตกต่างกัน สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก) **คดีคัดค้านระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา** คดีนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้างว่าสหรัฐอเมริกากำหนดระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ไม่สอดคล้องกับข้อ 22.3 เนื่องจากเป็นการตอบโต้ข้ามความตกลง และระดับความเสียหายที่สหรัฐอเมริกาได้รับไม่ใช่ความเสียหายโดยตรง ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยดังนี้

(1) ประเด็นการตอบโต้ข้ามสาขา ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้างว่าในคดีที่มีการละเมิดพันธกรณีหรือทำให้เสียหายมากกว่าหนึ่งหมวดขึ้นไป หรือมากกว่าหนึ่งความตกลงขึ้นไป คำร้องขอระงับการให้สิทธิประโยชน์ที่ยื่นต่อองค์กรระงับข้อพิพาทจะต้องแสดงระดับของการละเมิดพันธกรณี และมูลค่าความเสียหายของแต่ละหมวดแยกต่างหากจากกัน ซึ่งในคดีนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถูกตัดสินว่าละเมิดพันธกรณีในหมวดการค้าสินค้า (กล้วย) และในสาขาบริการ (สาขาย่อยการจัดจำหน่ายสินค้า-distribution service subsector ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหมวดการค้าส่ง-wholesale service) โดยคดีนี้สหรัฐอเมริกาไม่ได้รับความเสียหายในหมวดการค้าสินค้า แต่กลับระบุรายชื่อสินค้าไว้ในบัญชีการระงับการให้สิทธิประโยชน์ด้วยประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเห็นว่าสหรัฐไม่สามารถระงับการให้สิทธิประโยชน์ในด้านการค้าสินค้าได้ แต่หากจะระบุรายชื่อสินค้าได้ก็แต่โดยอาศัยเหตุการณ์ตอบโต้ข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงตามหลักในข้อ 22.3 (b) หรือ (c) เท่านั้น ซึ่งสหรัฐมิได้อ้างเหตุที่ทำให้ตนมีสิทธิตอบโต้ข้ามความตกลงแต่อย่างใด จึงไม่สามารถระงับการให้สิทธิประโยชน์ในการค้าสินค้า⁵⁶

⁵⁶ Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB, adopted 19 April 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 3.8.

อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า การตอบโต้ข้ามสาขานั้น หมายถึงการตอบโต้ในสาขาอื่นนอกเหนือไปจากที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์เท่านั้น

ซึ่งในคดีนี้การตอบโต้ข้ามสาขาหมายถึงการระงับการให้สิทธิประโยชน์ในสาขาบริการอื่นนอกจากการจัดจำหน่ายสินค้า หรือในพันธกรณีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น ดังนั้นจึงถือไม่ได้ว่าสหรัฐอเมริกาทำการตอบโต้ข้ามสาขา⁵⁷

(2) ประเด็นเรื่องความเสียหายโดยตรง สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่าตนเองได้รับความเสียหายทั้งในหมวดการค้าสินค้า และสาขาบริการ โดยในหมวดการค้าสินค้าสหรัฐอเมริกาอ้างว่าสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ส่งออกสินค้าหลายประการ เช่น ทุเรียน ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตกล้วยของประเทศแถบลาตินอเมริกา ซึ่งกล้วยที่ผลิตได้ดังกล่าวจะต้องถูกส่งออกไปยังประชาคมเศรษฐกิจยุโรปภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก จึงถือว่าสหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหายในหมวดนี้⁵⁸

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะสามารถเข้าเป็นคู่ความในคดีนี้ได้ด้วยสาเหตุที่ข้อ XXIII:1 ของแกตต์ 1994 และข้อ 3.3 ของความเข้าใจ บัญญัติรับรองให้ประเทศสมาชิกที่เห็นว่าผลประโยชน์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมถูกระทบเข้าเป็นคู่ความในคดีได้ แต่ที่อนุญาโตตุลาการจะกำหนดระดับความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับตามข้อ 22 ของความเข้าใจ เป็นคนละขั้นตอนกัน จึงมีใช้ว่าประเทศที่มีสิทธินำคดีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทจะมีสิทธิโดย "อัตโนมัติ" ในการได้รับอนุญาตให้ระงับการให้สิทธิประโยชน์ต่อประเทศฝ่ายแพ้คดีเสมอไป⁵⁹ ซึ่งในหมวดการค้าสินค้า ความเสียหายที่สหรัฐอเมริกาได้รับเป็นความเสียหายในการค้าระหว่าง **สหรัฐอเมริกา**กับ**ประเทศที่สาม** ซึ่งไม่อาจถือเป็นความเสียหาย หรือแม้แต่การสูญเสียผลประโยชน์ทางอ้อม อันจะนำมารวมคำนวณเพื่อระงับการให้สิทธิประโยชน์ในคดีนี้ได้⁶⁰

สำหรับสาขาบริการ แหล่งกำเนิด (origin) ของผู้ให้บริการนั้นพิจารณาจากหลักความเป็นเจ้าของ (ownership) และอำนาจควบคุม (control) ตามหลักในข้อ XXVIII (d,f,g,l,m,n) ของ GATS ดังนั้น เมื่อผู้ให้บริการที่ได้รับความเสียหายจากมาตรการของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเป็นผู้ให้บริการที่เป็นของ (owned by) สหรัฐอเมริกาหรืออยู่ภายใต้การควบคุมของ (under control of) สหรัฐอเมริกา จึงถือว่า

⁵⁷ Ibid., para.3.9.

⁵⁸ Ibid., para. 6.6.

⁵⁹ Ibid., para. 6.10.

⁶⁰ Ibid., para. 6.12.

สหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหายในสาขาบริการ และสามารถนำความเสียหายที่ได้รับมาคำนวณเพื่อระงับการให้สิทธิประโยชน์ได้⁶¹

ข) คดีคัดค้านระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ของเอกวาดอร์ คดีนี้ เอกวาดอร์ยื่นคำร้องขอระงับการให้สิทธิประโยชน์ที่มีต่อประชาคมเศรษฐกิจยุโรปอย่างข้ามความตกลงตามหลักในข้อ 22.3 (c) โดยขอระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีที่ตนผูกพันอยู่ในภาค II หมวดที่ 1, ที่ 3 และที่ 4 ของ TRIPs เนื่องจากการระงับการให้สิทธิประโยชน์ในสาขาเดียวกัน หรือในความตกลงเดียวกันไม่สามารถกระทำได้ หรือไม่เกิดผลในทางปฏิบัติ (not practicable or effective) ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปคัดค้านการตอบโต้ข้ามความตกลงในลักษณะดังกล่าว ต่อมาอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยโดยวางหลักกฎหมายไว้หลายประการ ได้แก่

(1) ประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ อนุญาโตตุลาการในคดีนี้อาศัยหลักการกำหนดภาระการพิสูจน์เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการในคดี EC-Hormones ที่ให้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งเป็นผู้กล่าวอ้างว่าคู่ความฝ่ายตรงข้ามปฏิบัติไม่สอดคล้องกับพันธกรณี ต้องมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้ออ้างของเอกวาดอร์ หากแต่เอกวาดอร์ก็ต้องส่งเอกสารแสดงวิธีการคำนวณระดับความเสียหายและการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าความเสียหายกับระดับการระงับการให้สิทธิประโยชน์ในการพิจารณาคดีนี้⁶²

(2) ประเด็นเรื่องอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องอำนาจการตอบโต้ข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงในข้อ 22.3 (b)-(d) เอกวาดอร์อ้างว่าถ้อยคำของความเข้าใจใช้คำว่า **ถ้าประเทศสมาชิกพิจารณาแล้วเห็นว่า ...**(if that party considers that...) ดังนั้นจึงเป็นดุลยพินิจของประเทศฝ่ายชนะคดีที่จะพิจารณาตอบโต้ข้ามสาขาหรือความตกลงหรือไม่ก็ได้ อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจทบทวน (review) สถานการณ์ว่าตรงตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่ แต่ทำได้เพียงตรวจสอบว่าประเทศฝ่ายชนะคดีกระทำการครบตามขั้นตอนที่ระบุในข้อ 22.3 หรือไม่เท่านั้น⁶³ ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าถ้อยคำในตอนที่ท้ายของข้อ 22.3 (b) และ (c) ใช้ถ้อยคำว่า **ประเทศฝ่ายชนะคดี “สามารถหาหนทาง” ระงับการให้สิทธิประโยชน์ (may seek to suspend concessions...)** แทนที่จะใช้คำว่า **“สามารถ” ระงับการให้สิทธิประโยชน์ (may suspend)** และทั้งข้อ 22.3 (e) บัญญัติให้ประเทศที่ต้องการขออนุญาตทำการระงับการให้สิทธิประโยชน์ข้ามสาขาหรือข้ามความตกลง **จะต้องแสดงเหตุผลดังกล่าว** (it shall state the reasons therefore) ดังนั้นจึงเห็นว่าสิทธิในการตอบโต้ข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงเป็นเพียงสิทธิเบื้องต้นหรือสิทธิชั่วคราว (initial

⁶¹ Ibid., para 6.26.

⁶² Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB/ECU, adopted 24 March 2000, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 37-38.

⁶³ Ibid., para. 47.

or temporary right) เท่านั้น⁶⁴ กรณีที่ประเทศฝ่ายแพ็คดีคัดค้านการตอบโต้ดังกล่าว อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาบทวนการตอบโต้ข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงนั้น⁶⁵

(3) ประเด็นที่ว่าเอกวาดอร์จะสามารถตอบโต้ข้ามสาขาได้หรือไม่นั้น อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยตามลำดับประเด็นดังนี้

(ก) การระงับการให้สิทธิประโยชน์สินค้าภายใต้แกตต์นั้นไม่สามารถกระทำได้ หรือไม่เกิดผลในทางปฏิบัติหรือไม่

ในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการยกตัวอย่างสภาพที่ “ไม่สามารถกระทำได้” เช่น พันธกรณีที่ประเทศฝ่ายชนะคดียังไม่ต้องถูกผูกมัด เช่น ที่ประเทศฝ่ายชนะคดีไม่มีพันธกรณีจะต้องเปิดเสรีทางการค้าบริการในสาขานั้น ๆ ตามตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitments) ที่ประเทศดังกล่าวทำให้ภายใต้ GATS ดังนี้ประเทศชนะคดีจึงไม่อาจระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีที่ตนไม่ต้องถูกผูกมัดนั้นได้⁶⁶ สำหรับสภาพที่ “ไม่เกิดผลในทางปฏิบัติ” ตัวอย่างเช่น ประเทศฝ่ายชนะคดีและประเทศฝ่ายแพ็คดีมีความไม่สมดุลในด้านมูลค่าการค้าและอำนาจทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก หรือเศรษฐกิจของประเทศฝ่ายชนะคดีต้องพึ่งพาการนำเข้าจากประเทศฝ่ายแพ็คดีอย่างสูง ซึ่งการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีจะส่งผลร้ายต่อประเทศฝ่ายชนะคดี⁶⁷

สำหรับภาระการพิสูจน์ในประเด็นนี้ อนุญาโตตุลาการเห็นว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีภาระการพิสูจน์ว่า การระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้แกตต์ (สาขาการค้าสินค้า) และระงับการปฏิบัติตามข้อผูกพันเฉพาะในสาขาการบริการอื่นนอกจากบริการด้านการจัดจำหน่ายภายใต้ GATS ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถูกตัดสินว่าละเมิดพันธกรณี อยู่ในวิสัยที่เอกวาดอร์ **ทั้งทำได้และมีผลในทางปฏิบัติ** หากจะกระทำต่อประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในคดีนี้⁶⁸

เมื่อพิจารณาสถานการณ์การระงับการให้สิทธิประโยชน์ตามแกตต์ เอกวาดอร์เป็นประเทศที่ต้องนำเข้าสินค้าพื้นฐาน (primary goods) และสินค้าทุน (investment goods) จากประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเป็นจำนวนมาก โดยไม่สามารถหาผู้ค้าสินค้าอื่นในราคาใกล้เคียงกันได้ ซึ่งถ้าหากเอกวาดอร์ระงับการให้สิทธิประโยชน์สำหรับสินค้าด้านนี้โดยการเพิ่มภาษีศุลกากรจะส่งผลกระทบต่อสินค้าที่

⁶⁴ Ibid., para. 55.

⁶⁵ Ibid., para. 57.

⁶⁶ Ibid., para. 71.

⁶⁷ Ibid., para. 73.

⁶⁸ Ibid., para. 75.

ผลิตในประเทศมีราคาสูงขึ้น⁶⁹ ในขณะที่อัตราส่วนการนำเข้าของเอกวาดอร์เทียบกับอัตราส่วนการส่งออกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปแล้วนับว่าน้อยมาก หากเอกวาดอร์ระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีต่อประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการส่งออกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมากนัก⁷⁰ จึงถือว่าการระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีของแกตตีในคดีนี้ไม่สามารถกระทำได้หรือไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ⁷¹

(ข) การระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีของ GATS ในสาขาย่อยอื่นนอกจากสาขาจัดจำหน่ายสินค้านั้นไม่สามารถกระทำได้ หรือไม่เกิดผลในทางปฏิบัติหรือไม่

อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาผลในทางปฏิบัติโดยอาศัยหลักการในข้อ ก) โดยพิจารณาบัญชีหมวดหมู่ของบริการ (Services Sectoral Classification List) ท้าย GATS ในสาขาบริการด้านการจัดจำหน่าย (distribution services)⁷² ว่าประกอบด้วย 4 สาขาย่อยได้แก่ บริการด้านการเป็นตัวแทนค้าต่าง (commission agents' services) บริการด้านค้าส่ง (wholesale trade services) บริการด้านผู้ค้าปลีก (retailing services) และบริการเกี่ยวกับแฟรนไชส์ (franchising) ซึ่งเมื่อพิจารณาตราสารข้อผูกพันเฉพาะของเอกวาดอร์ ปรากฏว่าเอกวาดอร์ยังมิได้จัดทำข้อผูกพันเฉพาะ (specific commitment) ในการเปิดเสรีสาขาย่อยอื่นใดเลยนอกจากสาขาบริการด้านค้าส่ง ดังนั้นเอกวาดอร์จึงไม่อาจระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาย่อยอื่นของสาขาบริการจัดจำหน่ายได้⁷³

(ค) การระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีของ GATS ในสาขาอื่นนอกจากสาขาบริการจัดจำหน่ายนั้นไม่สามารถกระทำได้ หรือไม่เกิดผลในทางปฏิบัติหรือไม่

นอกจากสาขาบริการด้านการจัดจำหน่ายแล้ว เอกวาดอร์ได้ทำข้อผูกพันเฉพาะในสาขาบริการอื่นอีกหลายสาขา เช่น บริการด้านธุรกิจ (business services) บริการด้านสื่อสารคมนาคม (communications) บริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (construction

⁶⁹ Ibid., para. 91.

⁷⁰ Ibid., para. 95.

⁷¹ Ibid., para. 100.

⁷² กมลินทร์ พิณภูวดล, ดอกเตอร์, "การเปิดเสรีการค้าบริการสาธารณสุขภายใต้ WTO : ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายและข้อผูกพันของประเทศไทย", วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 19 (กันยายน 2542):53.

⁷³ Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB/ECU, adopted 24 March 2000, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 103.

and engineering) เป็นต้น แต่ทั้งนี้เอกวาดอร์มิได้เข้าผูกพันในอันที่จะเปิดเสรีในทุกรูปแบบ (modes) ของการให้บริการ⁷⁴ กล่าวคือ ข้อผูกพันเฉพาะของเอกวาดอร์ส่วนใหญ่จะเปิดเสรีโดยยกเว้นรูปแบบการค้าบริการข้ามพรมแดน และเปิดเสรีอย่างจำกัดในรูปแบบการซื้อบริการในต่างประเทศและการตั้งหน่วยธุรกิจบริการ⁷⁵

อนุญาติตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า เอกวาดอร์อยู่ในภาวะต้องพึ่งพาการลงทุนจากต่างประเทศอย่างมาก หากเอกวาดอร์จะรับการปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาอื่นของ GATS จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ให้บริการจากประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในเอกวาดอร์ และอาจส่งผลให้ผู้ให้บริการดังกล่าวย้ายฐานการลงทุนไปยังประเทศอื่นได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะส่งผลร้ายต่อระบบเศรษฐกิจของเอกวาดอร์อย่างเห็นได้ชัด⁷⁶ และหากเอกวาดอร์จะเลือกรับการปฏิบัติตามพันธกรณีเฉพาะบางรูปแบบการให้บริการ อนุญาติตตุลาการเห็นว่า การเลือกรับการปฏิบัติตามพันธกรณีในเฉพาะรูปแบบหนึ่ง ในขณะที่ต้องผูกพันเปิดเสรีการให้บริการรูปแบบอื่นนั้นไม่น่าจะได้ผล และเป็นการยากที่จะปฏิบัติ เนื่องจากผู้ประกอบการสามารถเลี่ยงไปเลือกให้บริการในรูปแบบอื่นที่ไม่ถูกรับการปฏิบัติตามพันธกรณีแทนได้⁷⁷ ดังนั้น จึงวินิจฉัยว่าการรับการปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาอื่นของ GATS ไม่สามารถกระทำได้ และไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ

(ง) “สถานการณ์มีความร้ายแรงเพียงพอ” ที่จะรับการปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามความตกลงแล้วหรือไม่

องค์ประกอบในการพิจารณาความร้ายแรงของสถานการณ์นั้น อนุญาติตตุลาการกล่าวว่าได้แก่องค์ประกอบที่แสดงไว้ในข้อ 22.3 (d) (i) และ (ii) ซึ่งจะได้กล่าวถึงในอีก 2 ประเด็นถัดไป แต่ในขั้นนี้อนุญาติตตุลาการรับฟังสถิติทางการค้าของเอกวาดอร์เปรียบเทียบกับประชาคม

⁷⁴ กมลินทร์ พินิจภูวดล, “การเปิดเสรีการค้าบริการสาธารณสุขภายใต้ WTO : ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายและข้อผูกพันของประเทศไทย”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 19 (กันยายน 2542):55.

รูปแบบการให้บริการที่กำหนดไว้ใน GATS มีด้วยกัน 4 รูปแบบ (mode) ด้วยกัน ได้แก่ การค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) การซื้อบริการในต่างประเทศ (Consumption Abroad) การตั้งหน่วยธุรกิจบริการ (Commercial Presence) และการขายบริการของบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Persons)

⁷⁵ Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB/ECU, adopted 24 March 2000, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 106.

⁷⁶ Ibid., para. 111.

⁷⁷ Ibid., para. 117.

เศรษฐกิจยุโรป ในด้านจำนวนประชากร ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) ส่วนแบ่งการตลาดในตลาดโลก เป็นต้น⁷⁸

จ) มีการพิจารณา “สาขาการค้าภายใต้ความตกลง” ที่พบว่ามีการละเมิด และ “ความสำคัญของสาขาการค้าดังกล่าวต่อประเทศฝ่ายชนะคดี” แล้วหรือไม่

ในประเด็นนี้ อาศัยหลักตามข้อ 22.3 (d)(i) ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องแสดงว่า ได้พิจารณาถึงความสำคัญของสาขาการค้าที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีถูกตัดสินว่าละเมิดพันธกรณีต่อเศรษฐกิจของประเทศฝ่ายชนะคดีเองแล้ว⁷⁹

อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาเอกสารเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจของเอกวาดอร์แล้ว เห็นว่าเศรษฐกิจของเอกวาดอร์อาศัยการค้ากล้วยเป็นหลัก และมีความอ่อนไหวสูงต่อการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในทางระหว่างประเทศ และสภาวะการแข่งขันภายนอกประเทศ จึงวินิจฉัยว่าเอกวาดอร์ได้พิจารณากรณีดังกล่าวแล้ว ตามข้อ 22.3 (d)(i)⁸⁰

(ฉ) มีการพิจารณา “องค์ประกอบของเศรษฐกิจโดยรวม” (broader economic elements) ของประเทศฝ่ายชนะคดีที่ถูกทำให้เสียไป และ “ผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม” (broader economic consequences) ของประเทศฝ่ายแพ้คดีจากการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณีหรือไม่

อนุญาโตตุลาการเห็นว่า กรณีข้อ 22.3 (d)(ii) บัญญัติให้ประเทศฝ่ายชนะคดีแสดงพฤติการณ์ 2 ประการ ได้แก่ (1) ความสัมพันธ์ (relation) ระหว่างองค์ประกอบของเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศฝ่ายชนะคดี กับมาตรการของประเทศฝ่ายแพ้คดีอันถูกตัดสินว่ามีการทำให้สูญเสียประโยชน์ (nullification and impairment) ว่ามาตรการของประเทศฝ่ายแพ้คดีดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศชนะคดีอย่างไร (2) ความสัมพันธ์ระหว่างผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม ของประเทศฝ่ายแพ้คดี หากประเทศฝ่ายชนะคดีเลือกระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาหรือความตกลงเดียวกัน⁸¹

ซึ่งเมื่อพิจารณาความไม่เท่าเทียมกันของระบบเศรษฐกิจของประเทศคู่พิพาทตามที่เอกวาดอร์แสดง อนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่าเอกวาดอร์ได้พิจารณาพฤติการณ์ดัง

⁷⁸ Ibid., para. 122-125.

⁷⁹ Ibid., para 128.

⁸⁰ Ibid., para. 129-130.

⁸¹ Ibid., para. 133.

กล่าวเรียบร้อยแล้ว⁸² และสรุปได้ว่า สถานการณ์ร้ายแรงเพียงพอที่เอกอัครราชทูตจะสามารถระงับการให้สิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามความตกลงได้⁸³

และด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น อนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดว่า เอกอัครราชทูตปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในข้อ 22.3 ครบถ้วน และมีสิทธิทำการตอบโต้โดยระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามความตกลงได้⁸⁴

เมื่อพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี EC-Bananas ทั้งสองคดีแล้ว ได้เห็นหลักการและแนวคิดดังนี้

ก) การพิจารณาถึงระดับความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ ประเด็นนี้อนุญาโตตุลาการได้วางหลักไว้ว่า **จะต้องเป็นความเสียหายในทางการค้าระหว่างประเทศฝ่ายชนะคดีกับประเทศฝ่ายแพ้คดีเท่านั้น** ดังนี้ ประเทศฝ่ายชนะคดีจึงไม่สามารถนำความเสียหายทางการค้าระหว่างประเทศฝ่ายชนะคดีกับประเทศอื่นมารวมคำนวณระดับความเสียหายตาม ข้อ 22.6 ได้แต่อย่างใด

จุดที่น่าสนใจของคำชี้ขาดประเด็นนี้ ก็คือการที่อนุญาโตตุลาการแบ่งแยก “การทำให้เสียประโยชน์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” อันเป็นเหตุในการฟ้องคดีเพื่อให้ประเทศสมาชิกที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวยกเลิกเพิกถอนการกระทำนั้น ตามความในข้อ XXIII:1 ของแกตต์ 1994 และข้อ 3.3 ของความเข้าใจ ออกจากระดับความเสียหาย ที่จะนำมาคำนวณระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี ในข้อ 22.6 ของความเข้าใจ ได้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ประเทศที่จะเข้าเป็นประเทศผู้ฟ้องคดี หรือคู่ความฝ่ายที่สามในคดี อาจอาศัยเหตุที่การกระทำของประเทศผู้ถูกฟ้องก่อให้เกิดผลเสียหายโดยตรงหรือโดยอ้อมแก่ประเทศตนก็ได้ แต่ประเทศฝ่ายชนะคดีที่จะดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้ จะต้องเป็นประเทศที่ได้รับความเสียหายโดยตรงเท่านั้น และนอกจากนี้ยังเป็นการสะท้อนถึงหลัก Equivalency ในข้อ 22.4 ของความเข้าใจ นั่นคือ เพื่อให้ประเทศสมาชิกที่ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ได้รับให้กลับคืนสู่สภาพปกติ และนอกจากนี้ยังเป็นการปรามมิให้ประเทศสมาชิกฟ้องร้องกันพร่ำเพรื่อซึ่งที่ไม่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีอีกด้วย

ข) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขาหรือข้ามความตกลง อนุญาโตตุลาการได้วางหลักไว้ดังนี้

⁸² Ibid., para. 135.

⁸³ Ibid., para. 137.

⁸⁴ Ibid., para. 138.

- การกระทำใดที่เรียกว่าข้ามสาขาหรือข้ามความตกลง ในกรณีที่มาตราการอย่างใดอย่างหนึ่งของประเทศสมาชิกก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศสมาชิกอื่นหลายประเทศ อันเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีในความตกลงทางการค้าหลายฉบับ หรือหลายสาขา พร้อมกัน อนุญาโตตุลาการได้วางหลักไว้ว่า สาขาหรือความตกลงทางการค้าที่ประเทศฝ่ายชนะคดี**ทุกประเทศ**จะสามารถระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้ตามข้อ 22.3 (a) ได้แก่ **ทุกสาขาการค้าและทุกความตกลงที่มีการตัดสินว่าประเทศฝ่ายแพ้กิติละเมิดพันธกรณี** โดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าประเทศฝ่ายชนะคดีแต่ละประเทศได้รับความเสียหายในสาขาการค้าหรือความตกลงดังกล่าวหรือไม่

คำชี้ขาดในประเด็นนี้เป็นการวางหลักต่อจากคำชี้ขาดในข้อ ก) ซึ่งเป็นประเด็นพิจารณาเบื้องต้น กล่าวคือ เมื่อประเทศฝ่ายชนะคดีประเทศหนึ่งพิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเสียหายโดยตรงจากมาตรการของประเทศฝ่ายแพ้คดี และมีสิทธิทำการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีตามความในข้อ 22.6 ของความเข้าใจ แล้ว ในขั้นตอนต่อมา คือ ขอบเขตการตอบโต้จะกว้างขวางเพียงใด อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาในหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างผ่อนคลายน กล่าวคือ ประเทศฝ่ายชนะคดีทุกประเทศจะสามารถตอบโต้ได้อย่างกว้างขวางมาก ซึ่งถ้าหากอนุญาโตตุลาการในคดีอื่น ๆ นำแนวทางนี้ไปใช้ในภายหลังเมื่อพิจารณาในมุมมองของประเทศกำลังพัฒนาแล้ว แนวคำวินิจฉัยนี้จะมีประโยชน์มากในคดีที่ประเทศกำลังพัฒนาหลาย ๆ ประเทศร่วมกันฟ้องร้องประเทศพัฒนาแล้ว เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีทั้งหลายต่างสามารถระงับสิทธิประโยชน์ได้ในขอบเขตที่กว้างขวางมาก และขอบเขตการระงับสิทธิประโยชน์ของประเทศฝ่ายชนะคดีทั้งหลายจะสามารถทดแทนข้อโต้แย้งของความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศฝ่ายชนะคดีแต่ละประเทศกับประเทศฝ่ายแพ้คดีได้

- หลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ตอบโต้ข้ามสาขา ในประเด็นนี้ อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาอย่างละเอียด ตั้งแต่การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาหรือในความตกลงเดิมอยู่ในสภาวะ ไม่สามารถกระทำได้ หรือไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ หรือไม่ สถานการณ์มีความร้ายแรงพอหรือไม่ ฯลฯ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงแตกต่างกันไปในแต่ละคดี หากแต่อนุญาโตตุลาการในคดีนี้ค่อนข้างจะให้ความสำคัญกับฐานะทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศฝ่ายชนะคดีเปรียบเทียบกับฐานะของประเทศฝ่ายแพ้คดีเป็นอย่างมาก นั่นคือประเทศฝ่ายชนะคดีที่มีสถานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าประเทศฝ่ายชนะคดีอย่างมากจะสามารถนำสืบพิสูจน์ถึงเหตุที่ต้องระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงได้ง่ายกว่าประเทศฝ่ายชนะคดีที่มีสถานะทางเศรษฐกิจเท่าเทียมกันหรือเหนือกว่าประเทศฝ่ายแพ้คดี ซึ่งเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนาอย่างเห็นได้ชัด

ตารางที่ 2 สรุปหลักการระดับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีจากคำชี้ขาดของ
อนุญาโตตุลาการ

กรณี	หลักการตามแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาเดียวกัน ข้อ 22.3(a)	<p style="text-align: center;">ภาระการพิสูจน์</p> <ul style="list-style-type: none"> - ประเทศฝ่ายแพคดีพิสูจน์ว่าประเทศฝ่ายชนะคดีกระทำการขัดต่อข้อ 22.3 (a) - ประเทศฝ่ายชนะคดีพิสูจน์ถึงระดับความเสียหาย และวิธีการคำนวณระดับการระงับสิทธิประโยชน์ <p style="text-align: center;">ขอบเขตการระงับสิทธิประโยชน์</p> <ul style="list-style-type: none"> - ความเสียหายที่นำมาคำนวณระดับการระงับสิทธิประโยชน์ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในทางการค้าระหว่างประเทศฝ่ายชนะคดีและประเทศฝ่ายแพคดี - ขอบเขตสาขาการค้าที่สามารถระงับสิทธิประโยชน์ คือขอบเขตสาขาการค้า ทั้งหมด ที่ประเทศฝ่ายแพคดีถูกตัดสินว่ากระทำการไม่สอดคล้องต่อพันธกรณี - ไม่อนุญาตให้ระงับสิทธิประโยชน์ในสาขาการค้านอกบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ - ประเทศฝ่ายชนะคดีไม่ต้องห้ามมิให้ยื่นบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ที่มีมูลค่าการค้าในบัญชีสูงกว่ามูลค่าความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ แต่จะเลือกระงับสิทธิประโยชน์ได้เฉพาะในมูลค่าความเสียหายที่ตนได้รับเท่านั้น
การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขาและ/หรือข้ามความตกลง ข้อ 22.3(b) – (f)	<p style="text-align: center;">ภาระการพิสูจน์</p> <ul style="list-style-type: none"> - ประเทศฝ่ายแพคดีมีภาระการพิสูจน์ว่า การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขา และ/หรือ ข้ามความตกลงนั้น ทั้งทำไม่ได้ และไม่เกิดผลในทางปฏิบัติ <p style="text-align: center;">หลักการพิจารณา</p> <ul style="list-style-type: none"> - การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาเดียวกันนั้นไม่สามารถทำได้ หรือไม่เกิดผลในทางปฏิบัติ หรือไม่ - การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาอื่นของความตกลงเดียวกันนั้นไม่สามารถทำได้ หรือไม่เกิดผลในทางปฏิบัติหรือไม่ - สถานการณ์ร้ายแรงเพียงพอที่จะระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามความตกลงหรือไม่ - มีการพิจารณาสาขาการค้าภายใต้ความตกลงที่พบว่ามีภาระละเมิด และ ความสำคัญของสาขาการค้าดังกล่าวต่อประเทศฝ่ายชนะคดี แล้วหรือไม่ - มีการพิจารณาองค์ประกอบของเศรษฐกิจโดยรวม (broader economic elements) ของประเทศฝ่ายชนะคดีที่ถูกทำให้เสียไป และผลกระทบต่อ

	เศรษฐกิจโดยรวม (broader economic consequences) ของประเทศฝ่าย แพ้คดีจากการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณีหรือไม่
--	---

2.2 การตอบโต้ทางการค้าในคดีประเภทไม่มีการละเมิดพันธกรณี (Non-Violation Complaint)

นอกจากคดีทั่วไปที่ประเทศผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าประเทศสมาชิกอื่นละเมิดพันธกรณีแล้ว ประเทศสมาชิกยังสามารถนำคดีประเภทไม่มีการละเมิดพันธกรณีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกได้ โดยอาศัยมูลเหตุว่า ประโยชน์ที่ประเทศตนจะพึงได้รับจากความตกลงภายใต้ขอบเขตความเข้าใจ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ได้ถูกทำให้เสียหาย หรือความพยายามที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงดังกล่าวถูกขัดขวางโดยผลจากการกระทำใด ๆ ของประเทศสมาชิกผู้ถูกฟ้อง ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะขัดต่อความตกลงดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม⁸⁵ ซึ่งการฟ้องร้องเป็นคดีประเภทนี้จะแตกต่างจากคดีทั่วไปตรงที่ คดีทั่วไปที่มีการกล่าวอ้างว่าละเมิดพันธกรณี ประเทศผู้ฟ้องคดีมีจุดมุ่งหมายให้มีการระงับการกระทำที่อ้างว่าละเมิดพันธกรณีเป็นอันดับแรก ส่วนการเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นมาตรการอันดับรอง สำหรับกรณีที่ประเทศผู้ถูกฟ้องและถูกตัดสินให้แพ้คดีไม่สามารถระงับการกระทำดังกล่าวได้ และการระงับการให้สิทธิประโยชน์ถือเป็นทางเลือกสุดท้าย⁸⁶ ในขณะที่คดีประเภทไม่มีการละเมิดพันธกรณีนั้น จุดมุ่งหมายของการฟ้องคดีไม่ได้อยู่ที่การระงับการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศผู้ฟ้องคดี เนื่องจากแม้การกระทำของประเทศผู้ถูกฟ้องจะได้รับการวินิจฉัยว่าก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้อง หรือขัดขวางความพยายามที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงก็ตาม แต่ประเทศผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าว ซึ่งในกรณีเช่นนี้คณะผู้พิจารณา หรือองค์กรพิชานาอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี จะตัดสินให้ประเทศผู้ถูกฟ้องปรับปรุงการกระทำเพื่อความพอใจร่วมกันระหว่างคู่กรณี (make a mutually adjustment) แทน⁸⁷ ทั้งนี้ การเรียกร้องค่าเสียหายนับว่าเป็นส่วนหนึ่งของการปรับเปลี่ยนเพื่อความพึงพอใจร่วมกันของทุกฝ่าย (mutually satisfactory adjustment)⁸⁸ เท่านั้น⁸⁹

⁸⁵ DSU, Article 26.1

⁸⁶ Ibid., Article 3.7

⁸⁷ Ibid., Article 26.1 (b)

⁸⁸ Ibid., Article 26.1 (d)

⁸⁹ Michael Patrick Tkacik, "Post-Uruguay Round GATT/WTO Dispute Settlement : Substance, Strengths, Weaknesses, And Causes for Concern", *International Legal Perspectives*, 9 (Spring/Fall 1997):188.

การเรียกค่าสินไหมทดแทนจะต้องเป็นไปโดย "ความพอใจระหว่างคู่กรณี" (mutually satisfactory) นั่นคือทั้งฝ่ายผู้ฟ้องและผู้ถูกฟ้องจะต้องเห็นชอบด้วยทั้งสองฝ่าย หรือเรียกอีกอย่างได้ว่าเป็น "ความสมัครใจโดยแท้" (purely voluntary)

สำหรับปัญหาว่าประเทศสมาชิกจะใช้การตอบโต้ฝ่ายเดียว (retaliation) เพื่อตอบโต้การกระทำของประเทศสมาชิกอื่นในคดีประเภทไม่มีการละเมิดพันธกรณีได้หรือไม่นั้น ยังมีความเห็นแยกออกเป็น 2 แนว ทั้งแนวที่เห็นว่าความเข้าใจ มิได้มีบทบัญญัติห้ามการตอบโต้ฝ่ายเดียวในคดีประเภทนี้ และแนวที่เห็นว่าเจตนารมณ์ของความเข้าใจ ไม่อนุญาตให้ทำการตอบโต้ฝ่ายเดียวในคดีประเภทนี้ เนื่องจากประเทศผู้ถูกฟ้องในคดีประเภทนี้ไม่มีแม้แต่พันธกรณีที่จะต้องระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศผู้ฟ้องคดี เมื่อประเทศผู้ฟ้องไม่สามารถแม้แต่จะใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายที่เบาที่สุดตามหลักการในข้อ 3.7 ของความเข้าใจ แล้ว เหตุใดจึงสามารถใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายที่รุนแรงยิ่งกว่าการระงับการให้สิทธิประโยชน์อันเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดในข้อ 3.7 ได้ เว้นเสียแต่ผู้ร่างความเข้าใจ จะมีเจตนาชัดเจนว่ามีให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวเท่านั้น⁹⁰

2.3 ประสิทธิภาพของมาตรการตอบโต้ตามบทบัญญัติของความเข้าใจ

2.3.1 การเรียกค่าสินไหมทดแทน

นับตั้งแต่ความเข้าใจ มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1995 มีคดีที่ประเทศคู่พิพาทสามารถทำความตกลงในเรื่องค่าสินไหมทดแทนได้เพียงหนึ่งคดีเท่านั้น คือ Japan - Alcoholic⁹¹ ซึ่งเป็นการตกลงกันระหว่างญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศฝ่ายแพ้คดีกับประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งเป็นเพียงประเทศเดียวในสามประเทศฝ่ายชนะคดี ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าญี่ปุ่นสามารถทำความตกลงเรื่องค่าสินไหมทดแทนกับสหรัฐอเมริกาและแคนาดาซึ่งเป็นประเทศฝ่ายชนะคดีอีกสองประเทศได้แต่อย่างใด ในขณะที่คดีอื่น ๆ ประเทศผู้ชนะคดีจะตอบโต้ทางการค้าด้วยวิธีการระงับการให้สิทธิประโยชน์ซึ่งเป็นวิธีการตอบโต้ฝ่ายเดียวแทน แสดงให้เห็นว่า ประเทศสมาชิกเห็นว่าวิธีการตอบโต้ด้วยการเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพน้อย

2.3.2 การระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณี

เมื่อพิจารณาจากสถิติคดีขององค์กรระงับข้อพิพาท การตอบโต้ทางการค้าวิธีนี้เป็นวิธีที่ได้รับความนิยมจากประเทศฝ่ายชนะคดีเป็นอย่างสูง เพราะเพียงระยะเวลานับตั้งแต่ก่อตั้งองค์การการค้าโลกจนถึงปัจจุบัน สถิติการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณีก็มากกว่าการตอบโต้ทางการค้าตามบทบัญญัติในข้อ XXIII ของแกตต์ 1947 ที่ใช้บังคับมาเป็นเวลาถึงเกือบ 50 ปีเลยทีเดียว กล่าวคือ คดีภายใต้แกตต์ 1947 ที่คณะ

⁹⁰ Ibid., pp. 187-188.

⁹¹ Mutually Acceptable Solution on Modalities for Implementation, Japan - Taxes on Alcoholic Beverage, WT/DS8/17, WT/DS10/17, WT/DS11/15.

มนตรีแกตตีให้อำนาจประเทศฝ่ายชนะคดีในการตอบโต้ทางการค้ามีเพียงหนึ่งคดีเท่านั้น⁹² ในขณะที่คดีภายหลังก่อตั้งองค์การการค้าโลกที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับอนุญาตให้ดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณี นับถึงปี ค.ศ. 2001 มีถึง 5 คดีด้วยกัน และมีอีกหนึ่งคดีที่ประเทศฝ่ายชนะคดีร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีแล้ว แต่สามารถตกลงกับประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ก่อนจึงมิได้ดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์จริง ๆ⁹³ ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงว่าการระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีมีประสิทธิภาพในการบังคับให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้เป็นอย่างดี

2.4 หลักการส่งเสริมความเป็นพหุภาคีในข้อ 23 ของความเข้าใจ

2.4.1 ที่มาของบทบัญญัติในข้อ 23

เมื่อเริ่มการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย ประเด็นปัญหาสำคัญที่ประเทศคู่เจรจาให้ความสนใจได้แก่การแก้ไขปัญหาของกระบวนการระงับข้อพิพาทในแกตตี 1947 เป็นสำคัญ⁹⁴ และการเจรจาตลอดช่วงครั้งแรกยังคงเน้นการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทเป็นสำคัญดั้งเดิม หาก

⁹² พรชญา ลัทธวรรณ, "การปรับปรุงประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก", วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 19 (กันยายน 2542):177.

⁹³ Dispute Settlement Body Annual Report 1999, WT/DSB/16, 12 October 1999. Dispute Settlement Body Annual Report 2000, WT/DSB/21, 27 November 2000. Dispute Settlement Body Annual Report 2001, WT/DSB/26, 12 October 2001, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm.

⁹⁴ Terence P. Stewart, Editor, *The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986 - 1992) Volume II : Commentary*, Kulwer Law and Taxation Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1993. pp 2726-2727

ในการประชุมครั้งแรกของกลุ่มเจรจาด้านกระบวนการระงับข้อพิพาท หรือกลุ่มที่ 13 ที่ประชุมได้กำหนดประเด็นการเจรจาไว้ 7 ประเด็น ได้แก่

- (1) ลักษณะทั่วไปของการระงับข้อพิพาท (the nature of dispute settlement)
- (2) การตั้งคณะผู้พิจารณา (the establishing of panels)
- (3) การปฏิบัติงานของคณะผู้พิจารณา (the work of panels)
- (4) บทบาทของคณะมนตรีแกตตี (the role of the GATT council)
- (5) การปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณา (implementation of panel reports)
- (6) ความสามารถในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของประเทศกำลังพัฒนา (equal access for small trading countries to the GATT dispute settlement system)
- (7) การมีส่วนร่วมของคู่ความฝ่ายที่สาม (involvement of interested third parties)

แต่เพิ่มแนวทางการระงับข้อพิพาทวิธีการใหม่ เช่น การเจรจาต่อรอง (negotiation) การไกล่เกลี่ย (mediation, conciliation) การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เข้าไปเท่านั้น⁹⁵ ยังมีได้หดยกแนวความคิดเรื่องการเสริมสร้างความแข็งแกร่งของระบบพหุภาคีขึ้นเจรจาแต่อย่างใด

ในช่วงที่คณะเจรจากำลังอยู่ในช่วงทบทวนผลการเจรจาครั้งรอบ (Mid-term Review) สภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกาได้ตราบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการค้าและการแข่งขัน ค.ศ. 1988 (Omnibus Trade And Competitiveness Act of 1988 : Trade Act of 1988) ซึ่งมีบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหลักการของกฎหมายการค้า ค.ศ. 1974 (Trade Act of 1974) หลายประการ อันเป็นการเพิ่มอำนาจการเข้ามาตราการตอบโต้ทางการค้าที่สหรัฐอเมริกาจะพึงกระทำต่อประเทศคู่ค้า เช่น ขยายขอบเขตการกระทำที่ถือว่าไม่มีเหตุผล (unreasonable) ไม่เป็นธรรม (unjustifiable) หรือเลือกปฏิบัติ (discrimination) ที่ก่อให้เกิดภาวะหรือจำกัดการพาณิชย์ของสหรัฐ ตามมาตรา 301 เดิม ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น⁹⁶ เพื่อให้สหรัฐสามารถดำเนินการตอบโต้ทางการค้าได้มากกว่าเดิม พร้อมทั้งมีหลักการใหม่ที่เรียกว่า Special 301 และ Super 301 ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบังคับ (mandatory) ให้ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการกับประเทศคู่ค้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่สามารถคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา หรือบิดเบือนทางการค้าหรือปฏิเสธสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกาแล้วแต่กรณี ซึ่งถ้าหากประเทศคู่ค้าไม่ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกายามเวลาที่กำหนด ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าทันที

การตรากฎหมายฉบับดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาได้รับการตำหนิและต่อต้านจากประเทศคู่ค้าหลายประเทศ เช่น กลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรป, เกาหลี, ญี่ปุ่น และบราซิล ซึ่งประเทศคู่ค้าเหล่านี้เห็นว่าหลักการในกฎหมายฉบับดังกล่าวเปิดช่องให้สหรัฐอเมริกาเข้ามาตราการตอบโต้ฝ่ายเดียว (unilateral retaliation) แม้ประเทศคู่ค้าจะมีได้ละเมิดพันธกรณีของแกตต์เลยก็ตาม อันเป็นการขัดต่อหลักการของแกตต์⁹⁷

ดังนั้น ในช่วงครึ่งหลังของการเจรจารอบอุรุกวัย ประเทศคู่เจรจาจึงได้หดยกประเด็นเรื่องการส่งเสริมระบบที่ฝ่ายการเมืองต้องผูกพันปฏิบัติตามกลไกการระงับข้อพิพาทของแกตต์ (Strengthening the Political Commitment to Comply with the GATT Dispute Settlement Mechanism) ขึ้นเป็นหนึ่งในหัวข้อเจรจา โดยประเทศคู่ค้าส่วนใหญ่มีความเห็นว่า การเข้ามาตราการตอบโต้ฝ่ายเดียวเป็นการทำลายทั้งระบบการระงับข้อพิพาทของแกตต์ และระบบการค้าระหว่างประเทศโดยรวม ประเทศภาคีจึงควรหลีกเลี่ยงการเข้ามาตรา

⁹⁵ Ibid., pp. 2754 - 2759.

⁹⁶ Omnibus Trade And Competitiveness Act of 1988, Section 1301 (d) (3) (b)

⁹⁷ Terence P. Stewart, Editor, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986 - 1992) Volume II : Commentary, pp. 2761 - 2762.

การตอบโต้ฝ่ายเดียวในการระงับข้อพิพาท และโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกาสมควรแก้ไขหลักการของมาตรา 301 เสีย⁹⁸

2.4.2 สารของข้อ 23

2.4.2.1 ขอบเขตการใช้บังคับ

1) ขอบเขตสาขาการค้า

หลักการเสริมสร้างความแข็งแกร่งของระบบพหุภาคีมีขอบเขตใช้กับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ (covered agreement) เท่านั้น กล่าวคือ จะบังคับใช้แก่กรณีที่ประเทศสมาชิกใดต้องการแก้ไขและเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ (ก) เกิดการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ หรือ (ข) มีการทำให้เสียหาย (nullify or impaired) ซึ่งผลประโยชน์ตามความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ หรือ (ค) มีการขัดขวางมิให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ⁹⁹

สำหรับรายชื่อของความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ (covered agreement) นั้นมีบัญญัติไว้ในภาคผนวก 1 ของความเข้าใจว่า ได้แก่ความตกลงต่อไปนี้¹⁰⁰

- 1) ความตกลงก่อตั้งองค์การการค้าโลก (Agreement Establishing the World Trade Organization)
- 2) ความตกลงเกี่ยวกับการค้าสินค้า
 - ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 (General Agreement on Tariffs and Trade 1994)
 - ความตกลงว่าด้วยสินค้าเกษตร (Agreement on Agriculture)
 - ความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures)
 - ความตกลงว่าด้วยสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม (Agreement on Textiles and Clothing)
 - ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade)

⁹⁸ Ibid., pp. 2777 - 2888.

⁹⁹ DSU., Article 23.1.

¹⁰⁰ Ibid., Appendix 1.

- ความตกลงว่าด้วยมาตรการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Investment Measures)
 - ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ VI ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade)
 - ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ VII ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade)
 - ความตกลงว่าด้วยการตรวจสอบก่อนส่งออก (Agreement on Preshipment Inspection)
 - ความตกลงว่าด้วยกฎเกี่ยวกับการกำเนิดสินค้า (Agreement on Rules of Origin)
 - ความตกลงว่าด้วยวิธีดำเนินการออกใบอนุญาตนำเข้า (Agreement on Import Licensing Procedures)
 - ความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)
 - ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง (Agreement on Safeguards)
- 3) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services)
 - 4) ความตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods)
 - 5) ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)
 - 6) ความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral Trade Agreement) ความตกลงหมวดนี้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกเลือกที่จะผูกพันตนตามความตกลงในหมวดนี้หรือไม่ก็ได้ และจะผูกพันเฉพาะประเทศสมาชิกที่รับรองความตกลงเหล่านั้นเท่านั้น ประกอบด้วย
 - ความตกลงว่าด้วยการค้าอากาศยานพลเรือน (Agreement on Trade in Civil Aircraft)
 - ความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อของรัฐบาล (Agreement on Government Procurement)
 - มาตรการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์นมระหว่างประเทศ (International Dairy Arrangement)
 - มาตรการเกี่ยวกับเนื้อวัว (Arrangement Regarding Bovine Meat)

นอกจากความตกลงที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 แล้ว ในภาคผนวก 2 ของความเข้าใจ ยังได้ระบุถึงความตกลงบางฉบับที่มีกฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาทเป็นพิเศษ และให้ใช้กฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาทที่บัญญัติขึ้นเป็นพิเศษนั้น อันได้แก่

- 1) ความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures)
- 2) ความตกลงว่าด้วยสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม (Agreement on Textiles and Clothing)

- 3) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade)
- 4) ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ VI ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade)
- 5) ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ VII ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade)
- 6) ความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)
- 7) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services)
 - ภาคผนวกว่าด้วยการบริการการเงิน (Financial Service)
 - ภาคผนวกว่าด้วยการบริการขนส่งทางอากาศ (Air Transport Service)
- 8) มติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทบางประการสำหรับความตกลงทั่วไปเกี่ยวกับการค้าบริการ (Ministerial Decisions on Services Disputes)

2.4.2.2 ขอบเขตประเทศคู่ค้า

คำว่าประเทศสมาชิก (Member) นอกจากจะหมายถึงประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกแล้ว ยังหมายความรวมถึงดินแดน (territory) ที่อยู่ในความรับผิดชอบ (responsibility) ของประเทศสมาชิก อันยินยอมปฏิบัติตามหลักการของความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ ด้วย เนื่องจากดินแดนเหล่านี้ยังสามารถเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของแกตต์ได้ โดยประเทศสมาชิกที่มีความรับผิดชอบเหนือดินแดนดังกล่าวเป็นผู้ทำการแทน¹⁰¹

2.4.2.3 มาตรการที่ใช้บังคับ

ในการแสวงหาแนวทางแก้ไขและเยียวยาความเสียหายจากสาเหตุในข้อ 23.1 ประเทศสมาชิกผู้ได้รับความเสียหายจะต้องกระทำการดังนี้ คือ

¹⁰¹ World Trade Organisation, Guide to GATT Law and Practice : Volume 2, Berman Press, 1995. p. 644.

1) จะต้องอาศัย (recourse to) และปฏิบัติตาม (abide by) หลักเกณฑ์และกระบวนการที่บัญญัติไว้ในความเข้าใจ¹⁰²

2) ไม่ทำคำวินิจฉัย (make a determination) ซึ่งมีผลไปในทางที่ว่ามีการละเมิดพันธกรณี, ทำให้สูญเสียไปซึ่งผลประโยชน์ หรือเกิดการขัดขวางมิให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ เว้นแต่กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวิธีการของความเข้าใจ ทั้งนี้จะต้องทำคำวินิจฉัย (determination) ที่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์ที่องค์การระงับข้อพิพาททยอมรับแล้ว หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ¹⁰³

3) เมื่อได้รับการตัดสินให้ชนะคดีแล้ว จะต้องดำเนินการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม (determinating the reasonable period of time) สำหรับประเทศฝ่ายแพ้คดีในอันที่จะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง (recommendations and rulings) ตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในข้อ 21 ของความเข้าใจ¹⁰⁴ และ

4) เมื่อประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้ภายในกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม ประเทศที่ชนะคดีจะต้องดำเนินการกำหนดระดับของการระงับการให้สิทธิประโยชน์ (suspension of concessions) ตามกระบวนการที่บัญญัติในข้อ 22 ของความเข้าใจ และจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์การระงับข้อพิพาทให้ดำเนินการระงับการให้สิทธิประโยชน์เสียก่อน จึงจะสามารถระงับการให้สิทธิประโยชน์ของประเทศฝ่ายแพ้คดีเพื่อตอบโต้ทางการค้าได้¹⁰⁵

ข้อสังเกตของหลักการในข้อ 23.2(a) ก็คือการบัญญัติห้ามประเทศสมาชิกไม่ให้ **ทำคำวินิจฉัย (make a determination)** เพิ่มเข้าไปจากการห้ามใช้มาตรการตอบโต้ (Retaliation) เองโดยผลการอีกด้วย เมื่อพิจารณาจากที่มาของบทบัญญัติข้อนี้ จะพบว่าในช่วงก่อนจะมีการเจรจาถึงหลักการในบทบัญญัติข้อ 23 ประเทศภาคีแกตต์ทั้งหลายต่างกำลังประสบปัญหาจากการใช้มาตรา 301 ของกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาเพื่อข่มขู่ประเทศคู่ค้า โดยวิธีการที่สหรัฐอเมริกาใช้ข่มขู่ประเทศคู่ค้าได้อย่างได้ผลคือการประกาศเริ่มต้นการสอบสวน และมีกรอบระยะเวลาการทำคำวินิจฉัยที่แน่นอน เพื่อเป็นกรอบระยะเวลาให้ประเทศคู่ค้าจะต้องตกลงระงับข้อพิพาทกับผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาให้ได้ก่อนที่ผู้แทนการค้าจะมีคำวินิจฉัย แสดงให้เห็นว่าภาวะชะงักงันที่ประเทศคู่ค้าของสหรัฐอเมริกาจะต้องประสบมักเกิดจากการขู่ว่าจะทำคำวินิจฉัย (ซึ่งหากผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัยเมื่อใด ประเทศคู่ค้าก็ต้องถูกตอบโต้ทันที) มากกว่าการใช้มาตรการตอบโต้จริง ๆ ดังนั้น การที่บท

¹⁰² DSU., Article 23.1

¹⁰³ Ibid., Article 23.2 (a)

¹⁰⁴ Ibid., Article 23.2 (b)

¹⁰⁵ Ibid., Article 23.2 (c)

บัญญัติข้อ 23.2(a) บัญญัติห้ามทำคำวินิจฉัยก็เพื่อให้รับกับแนวทางปฏิบัติตามกฎหมายการค้าของผู้แทนการค้า
ค้ำนั้นเอง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

มาตรการตอบโต้ทางการค้าตามกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา

3.1 การดำเนินการตอบโต้ทางการค้าในกรณีทั่วไป (มาตรา 304)

เป็นการดำเนินการตอบโต้ในกรณีทั่วไป ซึ่งกฎหมายการค้าได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณา
ดำเนินการของผู้แทนการค้าไว้โดยละเอียดและมีแบบแผน ดังนี้

3.1.1 การกระทำที่จะต้องถูกตอบโต้ มาตรา 304 (a)(1) ได้บัญญัติให้ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการ
การตอบโต้ทางการค้า เมื่อทำการไต่สวนแล้วมีคำวินิจฉัยว่า

3.1.1.1 เกิดการปฏิเสธสิทธิของสหรัฐอเมริกาที่มีอยู่ตามความตกลงทางการค้า หรือ

3.1.1.2 มีการกระทำอันไม่เป็นธรรมในกรณีอื่น ๆ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

1) กรณีตามมาตรา 301 (a)(1)(B) ได้แก่กรณีที่กฎหมาย นโยบาย หรือการปฏิบัติ
ใด ๆ ของรัฐบาลประเทศคู่ค้ามีลักษณะ ละเมิด (violates) ไม่สอดคล้อง (inconsistent with) หรือปฏิเสธสิทธิ
ประโยชน์ (denies benefits) ในทางการค้าของสหรัฐอเมริกาภายใต้ข้อตกลงทางการค้า หรือ ไม่เป็นธรรม
(unjustifiable) และก่อให้เกิดภาระ (burdens) หรือจำกัด (restricts) การค้าของสหรัฐอเมริกา

คำว่า ไม่เป็นธรรม (unjustifiable) หมายความว่า กฎหมาย นโยบาย หรือการ
ปฏิบัติใด ๆ ที่ละเมิด หรือไม่สอดคล้องกับมาตรฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศ (international legal
standard) ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้นว่าปฏิเสธการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) การปฏิบัติเยี่ยง
ชาติอื่นได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored nation treatment) สิทธิในการจัดตั้งองค์กร (right to
establishment) หรือการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (protection of intellectual property rights)¹

นอกจากคำจำกัดความที่ให้ไว้ดังกล่าว ยังปรากฏว่าการละเมิดต่อความตกลงใด ๆ
นอกเหนือจากความตกลงทางการค้า เช่น สนธิสัญญาไมตรี (treaty of friendship), สนธิสัญญาด้านการ
พาณิชย์ (treaty of commerce) หรือแม้แต่สนธิสัญญาด้านการเดินเรือ (FCN) ก็นับว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็น

¹ ไซติพรพรรณ เกตุราทร, “ผลกระทบของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่อกฎหมายของประเทศไทย
: การเปิดตลาดหมูหรือในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2535). หน้า 66.

ธรรมเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนที่จะยื่นคำร้องตามมาตราดังกล่าวได้ภายในขอบเขตที่กว้างขวาง²

คำว่า *ก่อให้เกิดภาระ หรือจำกัด* (burdens or restricts) นั้น ไม่ปรากฏว่ามีกรให้คำนิยามอย่างชัดแจ้งแต่อย่างใด มีเพียงมาตรา 301 (d)(2) ที่บัญญัติว่าให้รวมถึงมาตรการทั้งโดยตรงและโดยอ้อม อันเป็นการช่วยเหลือหนุน (subsidies) ในการต่อเรือที่ใช้ในการเดินเรือขนส่งสินค้าในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศคู่ค้าและสหรัฐอเมริกา เท่านั้น หากแต่ในกฎหมายหลายท่านให้ความเห็นว่าคำว่า “ก่อให้เกิดภาระ” ควรเป็นการกระทำที่ส่งผลให้การนำเข้าสินค้ามายังภายในประเทศสหรัฐอเมริกา มีปริมาณเพิ่มมากขึ้น หรือลดความสามารถในการนำเข้าสินค้าประเภทวัตถุดิบ (raw material) เข้ามายังสหรัฐอเมริกา หรือก่อให้เกิดผู้ประกอบการของสหรัฐอเมริกาถูกลดส่วนแบ่งการตลาดในการส่งออก ไม่ว่าจะเป็นตลาดประเทศคู่ค้า (ที่ต้องสงสัยว่ากระทำการอันก่อให้เกิดภาระ) เอง หรือในตลาดของประเทศที่สาม แต่หากเป็นการ “จำกัด” จะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียหายที่มากกว่า³

สำหรับ *ขอบเขตการค้า* (commerce) กฎหมายการค้าได้บัญญัติแนวทางไว้อย่างกว้าง ๆ นั่นคือ ไม่ได้จำกัดเพียงการค้าสินค้าเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงการค้าบริการ (รวมถึงการถ่ายทอดข้อมูลสารสนเทศ) ซึ่งเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ โดยการค้าบริการเช่นนี้จะเกี่ยวกับสินค้าชนิดหนึ่งด้วยหรือไม่ก็ตาม และยังรวมถึงการลงทุนทางตรงของสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนทางการค้าหรือการลงทุนในการบริการก็ตาม ดังนั้น คำว่า *การค้า* ไม่ได้จำกัดเฉพาะที่ได้บัญญัติไว้เท่านั้น เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติว่า *ไม่จำกัดเฉพาะ* ที่กล่าวไว้เท่านั้นที่จะถือเป็นการค้า⁴

2) กรณีตามมาตรา 301 (b)(1) ได้แก่กรณีที่กฎหมาย นโยบาย หรือการปฏิบัติใด ๆ ของรัฐบาลประเทศคู่ค้ามีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable) หรือเลือกปฏิบัติ (discrimination) และก่อให้เกิดภาระหรือจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา⁵

คำว่าไม่สมเหตุสมผลนั้น มาตรา 301 (d)(3)(A) – (B) ได้ให้ลักษณะไว้ว่า การกระทำ นโยบาย หรือการปฏิบัติที่จัดว่าไม่สมเหตุสมผลนั้นไม่จำเป็นต้องร้ายแรงถึงระดับละเมิดหรือไม่เป็นไป

² Raj Bhala, *International Trade Law : Cases and Materials*, Reed Elsevier Inc., Virginia, 1996, pp. 1103 - 1104.

³ Ibid., p. 1103.

⁴ โชติพรรณ เกตุทราพร, “ผลกระทบของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่อกฎหมายของประเทศไทย : การเปิดตลาดบุหรี่ในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2535), หน้า 67.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

ตามสิทธิทางกฎหมายระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา แต่ให้ *หมายความรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะ* (includes, but is not limited to) กฎหมาย นโยบาย การปฏิบัติใดซึ่ง

(ก) ปฏิเสธความยุติธรรมและความเสมอภาค (denies fair and equitable) หมายถึง การกระทำต่อสหรัฐอเมริกา ดังนี้

- ไม่ให้โอกาสในการก่อตั้งนิติบุคคลเพื่อการค้า หรือ

- ไม่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ โดยมีพิกัดต้องสนใจว่าประเทศคู่ค้านั้น ๆ มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทนั้น ๆ ตามความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) ภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ การให้ความคุ้มครองที่เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ มาตรา 301 (d)(3)(F)(i) ให้หมายความรวมถึง วิธีการ (means) ที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายของประเทศคู่ค้านั้น อันมีต่อบุคคลผู้มิได้เป็นพลเมืองหรือคนชาติของประเทศคู่ค้าดังกล่าว ในอันที่จะคุ้มครอง ใช้ บังคับตามสิทธิ ตลอดจนได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสิทธิใน สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง, แบบแผนการออกแบบแผ่นซีดี อันเป็นชุดของภาพซึ่งได้รับการออกแบบไว้ให้มีลักษณะสามมิติ (mask works), ความลับทางการค้า ตลอดจน สิทธิบัตรพันธุ์พืช (plant breeder's right) หรือ

- ให้โอกาสในการเข้าสู่ตลาดแก่บุคคลของสหรัฐอเมริกาอย่างเลือกปฏิบัติ ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ

- ไม่ให้โอกาสทางตลาด รวมถึงกรณีที่รัฐบาลประเทศคู่ค้าเพิกเฉยไม่กระทำการอย่างเป็นระบบในอันที่จะป้องกันการผูกขาดของบริษัทเอกชน หรือระหว่างบริษัทเอกชนภายในประเทศคู่ค้า อันเป็นผลให้เกิดการจำกัดการเข้าสู่ตลาดของสินค้าหรือบริการของสหรัฐอเมริกาในตลาดของประเทศคู่ค้านั้น ๆ โดยไม่สอดคล้องกับหลักการในทางพาณิชย์ (commercial consideration) ทั้งนี้ ให้หมายความรวมถึงการจำกัดการเข้าสู่ตลาดอันเกี่ยวข้องด้วยการใช้ การแสวงหาประโยชน์ หรือการได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จากการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในงานอันได้รับความคุ้มครอง หรือการบันทึก (fixation) หรือผลิตภัณฑ์อันมีกำเนิดมาจากงานอันได้รับความคุ้มครองนั้น ตามมาตรา 301 (d)(3)(F)(ii)

(ข) ตั้งเป้าหมายการลงทุนเพื่อการส่งออก หมายความรวมถึงการที่ประเทศคู่ค้าได้ปล่อยให้มีการผูกขาดภายในประเทศ หรือเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศได้สนับสนุนให้ผู้ผลิตภายในให้มีความสามารถในการแข่งขันกับตลาดต่างประเทศเป็นพิเศษ โดยถือว่าเป็น การตั้งเป้าหมายการส่งออก (export targeting)

(ค) กระทำการเป็นแบบแผนอย่างต่อเนื่องในลักษณะดังนี้

คำโดยไม่สมเหตุสมผล หรือ ประเทศคู่ค้ากระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม มาตรา 305 (a)(1) บัญญัติให้ผู้แทนการค้าจะต้อง (shall) ใช้มาตรการตอบโต้ (implement the action) ตามแนวทางที่กำหนดโดย ประธานาธิบดี ภายในกรอบระยะเวลาไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันทำคำวินิจฉัยตามมาตรา 304 เว้นแต่

1) ในกรณีที่เอกชนเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ผู้แทนการค้าดำเนินการไต่สวน และเอกชน ผู้ยื่นคำร้องได้ร้องขอให้ขยายระยะเวลาการไต่สวนออกไป หรือ

2) ในกรณีที่ผู้แทนการค้าเป็นผู้เริ่มกระบวนการไต่สวนขึ้นเอง หรือเป็นคดีเกี่ยวเนื่อง ด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันบัญญัติไว้ใน TRIPs และผู้แทนส่วนใหญ่ของผู้ประกอบอุตสาหกรรมอันจะ ต้องได้รับผลกระทบจากมาตรการตอบโต้ดังกล่าวร้องขอให้ขยายระยะเวลาการไต่สวนออกไป หรือ

3) เมื่อผู้แทนการค้าวินิจฉัยว่ามีกระบวนการอื่นอันมีความสำคัญจะต้องกระทำให้ เสร็จเสียก่อน หรือการขยายระยะเวลาไต่สวนนั้นมีความเหมาะสม หรือจะเกิดประโยชน์ในการที่สหรัฐอเมริกาจะ ได้รับสิทธิ หรือสามารถหาข้อยุติปัญหาอันน่าพึงพอใจเกี่ยวกับกฎหมาย นโยบาย หรือการกระทำอันเป็นเป้าหมายของการใช้มาตรการตอบโต้

ในกรณีเช่นนี้ ผู้แทนการค้าสามารถขยายระยะเวลาการใช้มาตรการตอบโต้ออกไป ได้อีกไม่เกิน 180 วัน ตามความในมาตรา 305 (a)(2)(A)(i) – (ii)

3.1.3. รูปแบบของมาตรการตอบโต้ ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าตามแนวทาง ที่ประธานาธิบดีกำหนดในการดำเนินการนั้น ทั้งนี้ ผู้แทนการค้ามีอำนาจในการดำเนินการดังนี้

3.1.3.1 ระงับ (suspend) เพิกถอน (withdraw) หรือ ป้องกันมิให้มีการปฏิบัติการ (prevent the application) ตามข้อตกลงทางการค้า ซึ่งอำนวยความสะดวกประโยชน์ต่อประเทศคู่ค้า ตามมาตรา 301 (c)(1)(A)

3.1.3.2 เพิ่มอัตราภาษีศุลกากร จำกัดการนำเข้าสินค้า หรือเรียกเก็บค่าธรรมเนียม หรือวางข้อจำกัดแก่การค้าบริการ แก่ประเทศคู่ค้า ตามแต่ผู้แทนการค้าจะเห็นสมควร โดยมีพิกัดต้องสนใจบท บัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ ตามมาตรา 301 (c)(1)(B)

3.1.3.3 ในกรณีที่กฎหมาย นโยบาย หรือการกระทำของประเทศคู่ค้านั้นเป็นการไม่ ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องเขตการค้าปลอดภาษี (duty-free treatment) ผู้แทนการค้ามีอำนาจเพิกถอน จำกัด หรือระงับการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เรื่องเขตการค้าปลอดภาษีดังกล่าวได้ ตามมาตรา 301 (c)(1)(C)

3.1.3.4 กระทำความตกลงที่มีผลผูกพันให้ประเทศคู่ค้าให้ต้องปฏิบัติการ

- ยกเลิก (eliminate) หรือ ลดลงตามลำดับ (phase out) ซึ่งกฎหมาย นโยบาย หรือการปฏิบัติอันเป็นเป้าหมายแห่งการถูกต้องได้

- ยกเลิกการก่อกวนหรือการจำกัดต่อการค้าของสหรัฐอเมริกา อันเป็นผลมาจากกฎหมาย นโยบาย หรือการปฏิบัตินั้น ๆ

- ตกลงชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายที่สหรัฐอเมริกาได้รับ ในจำนวนที่สหรัฐอเมริกาพึงพอใจ

ทั้งนี้ เป็นไปตามความในมาตรา 301 (c)(1)(D)(i) – (iii)

3.1.4 กรณีที่ผู้แทนการค้าไม่ต้องทำการตอบโต้ มาตรา 301 (a)(2) ได้บัญญัติกรณีที่ผู้แทนการค้า ไม่ต้องทำการตอบโต้ทางการค้า ในกรณีที่ต้องสงสัยว่าประเทศคู่ค้าละเมิดต่อพันธกรณีหรือปฏิเสธสิทธิประโยชน์ตามความตกลงทางการค้า หรือ ก่อกวน หรือจำกัดทางการค้าต่อสหรัฐอเมริกาโดยไม่อาจยกขึ้นกล่าวอ้างได้ หากปรากฏว่า

3.1.4.1 องค์การระดับข้อพิพาทของความตกลงทางการค้านั้น ๆ ได้ยอมรับรายงานความเห็น หรือมีคำสั่งภายใต้กระบวนการระดับข้อพิพาทของความตกลงทางการค้านั้นเอง ว่า สิทธิของสหรัฐอเมริกาตามความตกลงทางการค้าฉบับดังกล่าวมิได้ถูกปฏิเสธแต่อย่างใด หรือ กฎหมาย นโยบาย หรือการกระทำนั้น มิได้ละเมิดหรือมีลักษณะไม่สอดคล้องกับสิทธิของสหรัฐอเมริกา หรือมิได้ทำให้เสียหาย หรือทำให้เสียไปซึ่งประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาภายใต้ความตกลงทางการค้าฉบับดังกล่าว ตามมาตรา 301 (a)(2)(A)

3.1.4.2 ผู้แทนการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่า

1) ประเทศคู่ค้าได้กระทำการเพื่อให้สิทธิแก่สหรัฐอเมริกาจนเป็นที่พอใจ ตามมาตรา 301 (a)(2)(B)(i)

2) ประเทศคู่ค้าได้ตกลงในอันที่จะยกเลิกหรือลดลงเป็นลำดับ ซึ่งกฎหมาย นโยบาย หรือการกระทำนั้น ๆ หรือได้ตกลงที่จะแก้ไขปัญหากการก่อกวนหรือจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกาในทันที และเป็นที่พอใจแก่ผู้แทนการค้า ตามมาตรา 301 (a)(2)(B)(ii)(I) – (II)

3) เป็นการสุจริตที่ประเทศคู่ค้าจะดำเนินการตามข้อ 1) หรือ 2) หากแต่ประเทศคู่ค้าได้ตกลงที่จะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่สหรัฐอเมริกาได้รับ และเป็นที่พอใจแก่ผู้แทนการค้า ตามมาตรา 301 (a)(2)(B)(iii)

4) ในกรณีพิเศษอย่างยิ่ง (extraordinary case) เมื่อการตอบโต้ทางการค้าจะก่อให้เกิดผลร้ายต่อระบบเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาอย่างสูงเกินส่วน เมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่จะพึงได้รับจากการตอบโต้ทางการค้านั้น กับผลที่จะได้รับจากการไม่ตอบโต้ ตามมาตรา 301 (a)(2)(B)(iv)

5) หากการตอบโต้ทางการค้าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (serious harm) ต่อความมั่นคงภายในของสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 301 (a)(2)(B)(v)

3.2 การตอบโต้ประเทศฝ่ายแพ้คดีในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ตามมาตรา 306

ในกรณีที่ข้อพิพาททางการค้าถูกนำเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ มาตรา 306 (a) ได้บัญญัติให้ผู้แทนการค้ามีหน้าที่ต้องคอยสอดส่องดูแล (shall monitor) การปฏิบัติของประเทศคู่ค้า ว่าเป็นไปตามความตกลงที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน หรือ เป็นไปตามผลของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับกรณีนั้นหรือไม่ และหากปรากฏว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตาม ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการตอบโต้ โดยมีหลักเกณฑ์ได้แก่

3.2.1 การกระทำที่จะต้องถูกตอบโต้ มาตรา 306 (a) และ (b) ได้กำหนดให้ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าในสองกรณี ได้แก่

1) **กรณีทั่วไป** ตามมาตรา 306 (b)(1) คือข้อพิพาทระงับลงด้วยการทำความตกลงระหว่างกันของสหรัฐอเมริกาและประเทศคู่ค้า ถ้าหากผู้แทนการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่า (considers) ประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามมาตรการ หรือความตกลงที่ให้ไว้จนเป็นที่พอใจ ให้ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยว่า (shall determine) จะใช้มาตรการใดเพื่อตอบโต้ประเทศคู่ค้านั้น ตามหลักการในมาตรา 301 (a) ทั้งนี้ ให้ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยไปตามมาตรา 304 (a)(1)

2) **กรณีการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การการค้าโลก** มาตรา 306 (b)(2) บัญญัติว่า ในกรณีที่ข้อพิพาทถูกนำเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก และเมื่อองค์การระงับข้อพิพาทมีคำแนะนำหรือคำสั่งในคดีดังกล่าวแล้ว ผู้แทนการค้ามีหน้าที่ต้องคอยสอดส่องดูแลถึงการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งของประเทศคู่ค้า และจะต้องทำคำวินิจฉัย (shall make the determination) ว่าจะใช้มาตรการใดเพื่อตอบโต้ประเทศคู่ค้านั้น เช่นเดียวกับในกรณีทั่วไป

3.2.2 กรอบระยะเวลาในการตอบโต้

1) **กรณีทั่วไป** กรอบระยะเวลาในการทำคำวินิจฉัยเป็นไปตามมาตรา 304 (a)(2) (A)(i) นั่นคือ ภายใน 30 วัน หลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการระงับข้อพิพาท

2) **กรณีการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การการค้าโลก** มาตรา 306 (b)(2) ได้บัญญัติกรอบระยะเวลาการทำคำวินิจฉัยว่า จะต้องไม่ช้ากว่า 30 วัน นับแต่ระยะเวลาอันเหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ตามข้อ 21 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการจัดการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ได้สิ้นสุดลง

3.2.3 รูปแบบของมาตรการตอบโต้ ในกรณีทั่วไป มาตรา 306 (b)(1) บัญญัติให้ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยถึงมาตรการที่จะใช้ตามมาตรา 301 (a) ซึ่งได้แก่มาตรการที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 301 (c) เช่นเดียวกับการตอบโต้ตามมาตรา 304 และสำหรับกรณีการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การการค้าโลก มาตรา 306 (b)(2) ก็ได้บัญญัติให้ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยตามหลักการในมาตรา 306 (b)(1) เช่นเดียวกัน ดังนั้น รูปแบบของมาตรการตอบโต้ของทั้งสองกรณีจึงเป็นอย่างเดียวกัน

3.3 การใช้มาตรการตอบโต้ในทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา

ในทางปฏิบัติ เมื่อผู้แทนการค้าได้รับคำร้องขอให้ดำเนินการไต่สวนตามมาตรา 301 ผู้แทนการค้าจะกระทำการสองทางด้วยกัน ได้แก่ เริ่มต้นการไต่สวน และแจ้งไปยังรัฐบาลของประเทศคู่ค้าที่ถูกระงับไว้ในคำร้องถึงการยื่นคำร้องดังกล่าวด้วยการส่งสำเนาคำร้องไปยังรัฐบาลของประเทศคู่ค้า เพื่อขอปรึกษา (request consultation) เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวและหาทางระงับปัญหาที่เกิดขึ้น และในบางครั้งก็รวมถึงการขอข้อมูลเพิ่มเติมจากรัฐบาลประเทศคู่ค้า เพื่อประกอบการพิจารณาทำคำวินิจฉัยต่อไป⁶

และหากยังไม่สามารถเจรจาข้อพิพาทได้ภายในระยะเวลาไต่สวน ผู้แทนการค้าจะทำคำวินิจฉัยตามความในข้อ 304 (a)(1) หรือ 306 (b) และจะต้องประกาศ “บัญชีการตอบโต้ทางการค้า” (retaliation list) เพื่อแสดงรายการการค้าที่จะถูกตอบโต้ให้สาธารณชนได้รับทราบ เพื่อขอความเห็นและให้โอกาสเอกชนที่จะโต้แย้ง⁷

และในบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้านั้น นอกจากการขึ้นภาษีนำเข้าในอัตรา 100 เปอร์เซ็นต์ แล้ว ผู้แทนการค้ามักจะมีข้อความแสดงถึงการตอบโต้ด้วยวิธีการ Withholding Liquidation หรือ Suspension of Customs Liquidation ได้อีกทางหนึ่ง คำว่า Liquidation ในที่นี้มีความหมายว่าการคำนวณภาษีขั้นสุดท้ายแก่สินค้านำเข้า ดังนั้น การตอบโต้ด้วยวิธีการ Withhold Liquidation ก็คือการที่อัตราภาษีนำเข้าขั้นสุดท้ายจะยังไม่ได้รับการคำนวณในขณะผ่านพิธีการศุลกากร แต่จะคำนวณเมื่อการตอบโต้มีผลบังคับใช้ ดังนั้น ผู้นำเข้าสินค้า

⁶ Raj Bhala, *International Trade Law : Cases and Materials*, p. 1111.

⁷ Seung Wha Chang, “Taming Unilateralism Under the Multilateral Trading System : Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974”, *Law and Policy in International Business*, 31 (2000) p. 1209. available on <http://www.lexis-nexis.com>

ในระหว่างวันประกาศบัญชี แต่ยังไม่ถึงวันที่การตอบโต้มีผลบังคับใช้จะต้องวางพันธบัตรเพื่อเป็นประกันในการชำระภาษีนำเข้ามาก่อน ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้นำเข้าเป็นอย่างมาก⁸

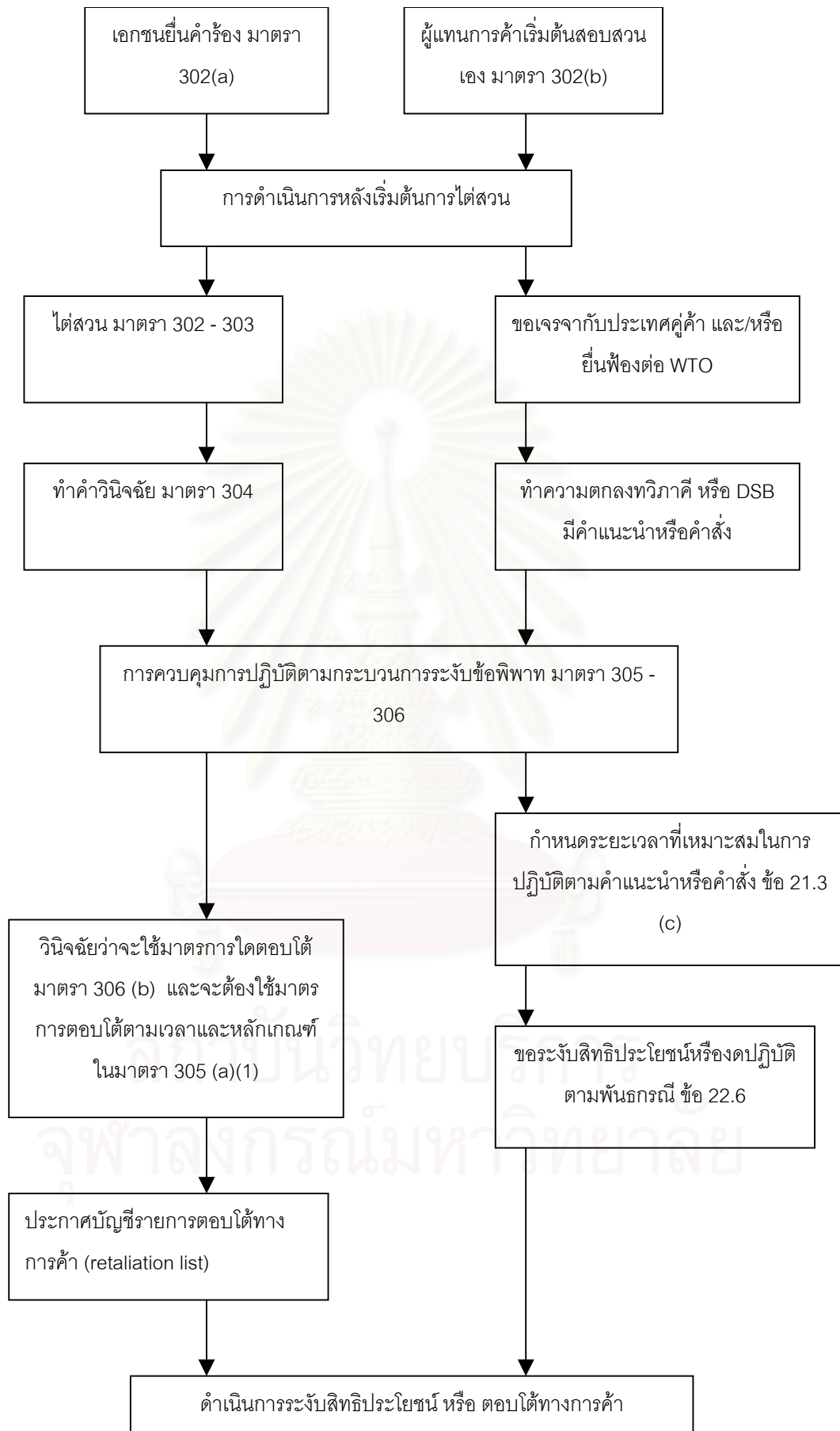
เป็นที่น่าสังเกตว่าผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาจะเปิดเผยขั้นตอนการปฏิบัติงานค่อนข้างมาก มีการประกาศกระบวนการที่จะต้องดำเนินต่อไปให้สาธารณชนทราบอยู่เสมอ ตั้งแต่การรับหรือไม่รับคำร้อง การเริ่มต้นการไต่สวน การประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า อันแสดงถึงความโปร่งใส (Transparency) ในการปฏิบัติงานได้เป็นอย่างดี ในขณะที่เดียวกันก็เป็นกลยุทธ์ที่ใช้ข่มขู่ประเทศคู่ค้าได้เป็นอย่างดีอีกด้วย และผู้แทนการค้าจะพยายามใช้ความเปิดเผยดังกล่าวเพื่อให้มีผลทางจิตวิทยาต่อประเทศคู่ค้าให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เช่นกัน ดังจะสังเกตได้จากวิธีการตอบโต้ทางการค้าด้วยวิธีการ Withholding Liquidation ที่มักจะพบอยู่เสมอในบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า

การประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้านั้น ถึงแม้ว่าผู้แทนการค้าจะอ้างว่าเพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนผู้มีส่วนได้เสียได้โต้แย้งคัดค้านบัญชี หากแต่การใช้วิธี Withholding Liquidation นั้นก็ทำให้เอกชนผู้นำเข้าสินค้าต้องรับภาระวางพันธบัตรเป็นประกันการชำระภาษีศุลกากรทันทีที่ประกาศ และเกิดภาวะชะงักงันขึ้นได้ทันทีเช่นเดียวกัน ดังนั้น ถ้าหากผู้แทนการค้ามีความประสงค์จะประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าเพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนได้โต้แย้งคัดค้านโดยแท้แล้ว ก็ไม่น่าจะใช้วิธีการที่ทำให้เอกชนต้องรับภาระในทันทีเช่นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นกลยุทธ์ในการข่มขู่ประเทศคู่ค้าของสหรัฐอเมริกามากกว่าจะเป็นแนวปฏิบัติตามหลักความโปร่งใส

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸ Ibid.

ตารางที่ 3 ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการตามรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา



จะเห็นได้ว่าคดีมาตรา 301 ส่วนใหญ่จะสิ้นสุดลงด้วยการเจรจาทำความตกลงในระดับรัฐบาลต่อรัฐบาล นั่นคือ มาตรา 301 มีลักษณะเป็นเครื่องมือในทางการเมือง (political) อย่างชัดเจน แทนที่จะเป็นตัวบทกฎหมายที่วางหลักในการเยียวยาความเสียหายและตอบโต้การกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหาย อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในการตอบโต้ทางการค้าอย่างกว้างขวางเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้สหรัฐอเมริกาใช้อำนาจต่อรองที่สูงมากในการเจรจา และเป็นการแสดงออกโดยนัยถึงการข่มขู่ว่าจะมีการใช้มาตรการตอบโต้ต่อไปในภายหลัง องค์ประกอบเหล่านี้ส่งผลให้การเจรจาการค้ามักจะมีลักษณะเป็นการเจรจาด้านเดียว นั่นคือการเจรจาดังกล่าวจะจบลงด้วยการที่ประเทศคู่ค้าเป็นฝ่ายยอมยกเลิกมาตรการหรือเปลี่ยนแปลงนโยบายที่สหรัฐอเมริกาเห็นว่าไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมเสมอ⁹

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างกรณีการใช้มาตรา 301 ของกฎหมายการค้าเพื่อตอบโต้ประเทศคู่ค้า ทั้งนี้ จะขอยกตัวอย่างข้อเท็จจริงเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการตอบโต้ตามกฎหมายการค้าในคดีต่าง ๆ เท่านั้น ในส่วนของประเด็นด้านกฎหมายระหว่างประเทศ หรือข้อเท็จจริงในคดีโดยละเอียดของแต่ละคดี ผู้เขียนจะไม่กล่าวถึงในที่นี้

3.3.1 คดี Thailand Copyright Enforcement (301_82)¹⁰

กรณีนี้เริ่มต้นขึ้นในช่วงที่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญายังไม่เข้มแข็งนัก คือในปี ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) ช่วงเวลาดังกล่าว ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้แก่นุสัญญาเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ซึ่งเป็นเพียงบทบัญญัติรับรองสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ หากแต่ยังไม่มีการขบวนการในการขดเชยความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด และสหรัฐเองก็เพิ่งจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1989¹¹

ในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1990 องค์การเอกชนของสหรัฐ ประกอบด้วย สมาพันธ์ทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ (International Intellectual Property Alliance : IIPA) สมาคมผู้ส่งออกภาพยนตร์แห่งสหรัฐฯ (Motion Picture Export Association of America : MPEAA) และสมาคมอุตสาหกรรมสิ่งบันทึกเสียง (Recording Industry Association of America : RIAA) ได้ร่วมกันยื่นคำร้องต่อผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา ว่าประเทศไทยมีการละเมิดลิขสิทธิ์เทปเพลง และวีดีโอ และการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยไม่มี

⁹ Raj Bhala, *International Trade Law : Cases and Materials*, p.1111.

¹⁰ United States Trade Representative, *Section 301 Table of Cases*, available on <http://www.ustr.gov/html/act301.htm>.

¹¹ Chris Shore, "The Thai Copyright Case and Possible Limitations of Extraterritorial Jurisdiction in Actions Taken Under Section 301 of the Trade Act of 1974", *Law and Policy in International Business*, 23 No.2 – 3 (Spring 1992), available on <http://www.lexis-nexis.com>

ประสิทธิภาพ¹² โดยกลุ่มผู้ยื่นคำร้องได้กล่าวอ้างว่า อุตสาหกรรมการละเมิดลิขสิทธิ์ของไทยนั้นได้มีการรวมตัวเป็นองค์กรที่ซับซ้อนและเข้มแข็ง มีเทคโนโลยีและศักยภาพในการผลิตสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ที่สูง จนเรียกได้ว่าเป็นอุตสาหกรรม ไม่ใช่เพียงแค่กลุ่มคนอีกต่อไป และที่น่าเป็นห่วงที่สุดได้แก่สภาพการณ์การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถพบเห็นได้ทั่วไปในประเทศไทย ทั้งเพลงจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่หาฟังได้โดยง่าย และการที่ผู้ประกอบการที่ผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์หลายรายกลับเป็นผู้ผลิตผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์เสียเองอีกด้วย¹³ พฤติกรรมที่กล่าวมาเหล่านี้ทำให้ผู้ยื่นคำร้องต้องสูญเสียรายได้ถึงปีละ 70 – 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ที่เดียว¹⁴

ผู้แทนการค้าได้รับคำร้องและเริ่มดำเนินการไต่สวนในวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1990 และในระหว่างการสอบสวน ผู้แทนการค้าได้ติดต่อเจรจากับรัฐบาลไทยเพื่อดำเนินการแก้ปัญหา ซึ่งในการเจรจาดังกล่าวสหรัฐอเมริกาได้ยื่นข้อเสนอให้ไทยดำเนินการดังนี้

- 1) จัดตั้งหรือมอบหมายให้หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีกับผู้ละเมิดโดยเฉพาะ
- 2) ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าทำการตรวจค้นสถานที่ที่สงสัยว่าจะมีการกระทำผิดในเวลากลางวัน รวมทั้งให้ยึดหรืออายัดเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำดังกล่าว
- 3) ให้ใช้มาตรการต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 เพื่อป้องกันและปราบปรามการละเมิด
- 4) กำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกพยานหลักฐานในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน และไม่ให้เป็นภาระแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป
- 5) ให้ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นอาชญากรรมสำคัญที่รัฐจะต้องจับกุมและดำเนินคดีอย่างเร่งด่วน¹⁵

ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกาได้ขู่ (threaten) ว่าถ้าหากไทยไม่สามารถปฏิบัติตามข้อเรียกร้องดังกล่าว สหรัฐจะทำการตัดสิทธิพิเศษ (GSPs) สินค้าของไทยที่ส่งเข้าไปขายในสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีมูลค่าถึงประมาณ 165

¹² เกริกไกร จีระแพทย์, มาตรา 301 : เสี่ยงเท่าฟ้าหน้าเท่ากลอง, ม.ป.ท., ม.ป.ป., หน้า 29.

¹³ Chris Shore, "The Thai Copyright Case and Possible Limitations of Extraterritorial Jurisdiction in Actions Taken Under Section 301 of the Trade Act of 1974", Law and Policy in International Business, 23 No.2 – 3 (Spring 1992), available on <http://www.lexis-nexis.com>.

¹⁴ Ibid,

¹⁵ เกริกไกร จีระแพทย์, มาตรา 301 : เสี่ยงเท่าฟ้าหน้าเท่ากลอง, หน้า 29.

ล้านเหรียญสหรัฐ และได้ดำเนินการจัดไทยไว้ในลำดับประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษ (Priority Foreign Country : PFC) นั่นคือเป็นเป้าหมายสำคัญในการตอบโต้ทางการค้า การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความระส่ำระสายทางการค้า โดยเฉพาะในหมู่ผู้ส่งออกของไทย และผู้นำเข้าสินค้าไทยในสหรัฐอเมริกา¹⁶ ซึ่งรัฐบาลไทยได้เจรจากับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวหลายครั้ง และได้ดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์อย่างต่อเนื่อง ดังนั้น ผู้แทนการค้าจึงได้วินิจฉัยให้เลิกกระบวนการโต้สวน ตามมาตรา 301 (b) และเฝ้าจับตาดูการกระทำของไทยต่อไป¹⁷

3.3.2 คดี Japan Auto Parts (301_93) หรือ Japan Autos¹⁸

คดีนี้สืบเนื่องมาจากปัญหาการขาดดุลการค้าในอุตสาหกรรมการค้ารถยนต์ของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1953 รถยนต์จากสหรัฐอเมริกามีส่วนแบ่งตลาดในญี่ปุ่นในอัตราร้อยละ 57 แต่ได้ลดลงจนเหลือเพียงร้อยละ 1.5 ในปี ค.ศ. 1994 หากในทางกลับกันรถยนต์จากญี่ปุ่นกลับมีส่วนแบ่งตลาดในสหรัฐอเมริกาสูงถึงร้อยละ 24 และจากการสำรวจตลาดของกลุ่มประเทศชั้นนำทางเศรษฐกิจของโลก หรือ G-7 รถยนต์จากต่างชาติจะมีส่วนแบ่งตลาดโดยเฉลี่ยอยู่ในอัตราร้อยละ 33 – 57¹⁹

สำหรับตลาดชิ้นส่วนรถยนต์ (auto parts) ชิ้นส่วนรถยนต์จากต่างประเทศทุกประเทศมีส่วนแบ่งตลาดในญี่ปุ่นรวมกันเพียงร้อยละ 2.6 ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดของชิ้นส่วนรถยนต์จากต่างประเทศในสหรัฐอเมริกาเป็นอัตราร้อยละ 32.5 และอัตราเฉลี่ยสำหรับประเทศกลุ่ม G-7 อื่น ๆ อยู่ที่ประมาณร้อยละ 16 – 60 ทำให้สหรัฐอเมริกาขาดดุลการค้ากับญี่ปุ่น เฉพาะเกี่ยวกับอุตสาหกรรมรถยนต์ เป็นมูลค่าถึง 37,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ. 1994 จากการปิดตลาดของญี่ปุ่น²⁰ ซึ่งเป็นปริมาณถึงหนึ่งในสี่ของปริมาณดุลการค้าขาดดุลทั้งหมด²¹

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29 – 31.

¹⁷ United States Trade Representative, Section 301 Table of Cases : Initial case as of 9 August 1999, available on <http://www.ustr.gov/html/act301.htm>

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Office of the United States Trade Representative, Statement by Ambassador Mickey Kantor, May 5, 1995.

²⁰ Ibid.

²¹ Jay L. Eizenstat, “Comment : The Impact of the World Trade Organization on Unilateral United States Trade Sanctions Under Section 301 of the Trade Act of 1974 : A Case Study of the Japanese Auto Dispute and the Fuji-Kodak Dispute”, Emory International Law Review, (Spring 1997), available on <http://www.lexis-nexis.com>

ปรากฏการณ์ดังกล่าว ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาแถลงว่าเป็นผลมาจากระบบกฎหมายและระบบการค้าของบริษัทในญี่ปุ่นหลายประการ ได้แก่

1) ในส่วนของตลาดรถยนต์ กลไกในการเข้าสู่ตลาดรถยนต์ของญี่ปุ่นมีเพียงทางเดียว นั่นคือ เข้าถึงเครือข่ายตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ที่มีอยู่ให้ได้ เนื่องจากการสร้างเครือข่ายตัวแทนจำหน่ายขึ้นเองจะต้องเสียค่าใช้จ่ายที่สูงยิ่งจนไม่สามารถดำเนินการได้ (near-prohibitive expense)²² ในขณะที่ผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ของญี่ปุ่นมีการรวมตัวเป็นเครือข่ายอันเข้มแข็ง จนเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ผู้ขายรถยนต์ของสหรัฐอเมริกาไม่สามารถขายรถยนต์ของตนได้ เนื่องจากจำนวนบริษัทผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ที่มีบริษัทผู้ผลิตรถยนต์เป็นผู้ถือหุ้นมีจำนวนมากถึงประมาณครึ่งหนึ่งของบริษัทผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ทั้งหมดที่มีอยู่ในญี่ปุ่น และบริษัทผู้จัดจำหน่ายรถยนต์เหล่านี้จะเลือกจัดจำหน่ายรถจากผู้ผลิตเพียงรายเดียวเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าตนจะสามารถจัดจำหน่ายรถยนต์ของผู้ผลิตรายอื่นได้อีกหรือไม่ก็ตาม ระบบดังกล่าวทำให้โอกาสที่รถยนต์จากต่างประเทศจะถูกนำไปขายในญี่ปุ่นมีน้อยอย่างมาก จากรายงานของผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาปรากฏว่า ผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ในญี่ปุ่นที่ขายทั้งรถยนต์ของญี่ปุ่นและรถยนต์จากต่างประเทศมีเพียงร้อยละ 20 ของผู้จัดจำหน่ายทั้งหมดและผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ที่ขายทั้งรถยนต์ของญี่ปุ่นและรถยนต์ของสหรัฐอเมริกามีเพียงร้อยละ 7 ของทั้งหมดเท่านั้น²³

2) ในส่วนของตลาดอะไหล่รถยนต์ จากการที่รัฐบาลญี่ปุ่นได้มีระเบียบให้เจ้าของรถยนต์ต้องนำรถเข้ารับการตรวจสภาพตามกำหนดเวลา ด้วยสาเหตุคือเพื่อความปลอดภัยของรถยนต์และความเป็นมิตรกับสภาพแวดล้อม²⁴ ซึ่งอู่ซ่อมรถยนต์ที่จะสามารถซ่อมแซมรถยนต์จากการตรวจสภาพตามกำหนดเวลา จะต้องเป็นอู่ซ่อมรถยนต์แห่งเดียวกันกับอู่ที่ทำการตรวจสภาพรถยนต์ และต้องเป็นอู่ที่ผ่านการรับรองหรือแต่งตั้ง (certified or designated) จากรัฐบาล นอกจากนี้การซ่อมแซมเปลี่ยนอะไหล่ชิ้นสำคัญบางชนิดก็จะต้องกระทำโดยอู่ซ่อมซึ่งผ่านการรับรองหรือแต่งตั้งเช่นเดียวกัน ซึ่งปรากฏว่าอู่ซ่อมรถยนต์ที่ผ่านการรับรองหรือแต่งตั้งจำนวนมาก (ถึงกว่า 63,000 แห่งทั่วประเทศ) จะมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ ผู้ประกอบรถยนต์หรือผู้จำหน่ายชิ้นส่วนอะไหล่ ในฐานะที่กิจการเหล่านั้นเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน จึงมักจะซื้อชิ้นส่วนอะไหล่จากบริษัทแม่ หรือบริษัทในเครือเดียวกัน โดยไม่สนใจสั่งซื้ออะไหล่จากผู้ผลิตต่างประเทศ ถึงแม้

²² Office of the United States Trade Representative, Statement by Ambassador Mickey Kantor, May 5, 1995.

²³ Raj Bhala, International Trade Law : Cases and Materials, pp. 1145.

²⁴ Office of the United States Trade Representative, Statement by Ambassador Mickey Kantor, May 5, 1995.

ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า จุดมุ่งหมายที่แท้จริงที่ญี่ปุ่นบัญญัติระเบียบดังกล่าวคือการกีดกันชิ้นส่วนรถยนต์จากต่างประเทศ ทำให้ผู้บริโภคจะต้องซื้อรถยนต์และชิ้นส่วนในราคาที่สูงขึ้น และทำให้ผู้ผลิตชิ้นส่วนของญี่ปุ่นมีผลกำไรมากยิ่งขึ้น

ว่าจะมีราคาที่ถูกกว่าก็ตาม ในการนี้สหรัฐอเมริกาได้ขอให้ญี่ปุ่นยกเลิกกฎระเบียบดังกล่าวหรือมิฉะนั้นก็เปิดโอกาสให้ผู้ซ่อมรถทั่วไปได้รับการรับรอง แต่ญี่ปุ่นปฏิเสธ²⁵

3) ผู้ประกอบการเกี่ยวกับรถยนต์ของญี่ปุ่นมีระบบการจัดซื้อชิ้นส่วนอุปกรณ์รถยนต์เฉพาะผ่านกลุ่มบริษัท (keiretsu) ของตน กลายเป็นระบบที่แน่นอนและครบวงจรตั้งแต่ผู้ประกอบการรถยนต์ (car makers) ผู้จำหน่ายชิ้นส่วน (parts suppliers) ผู้จำหน่ายรถยนต์ (dealers) และผู้ซ่อมรถ (repair stations) อันส่งผลให้ผู้ประกอบการจากต่างชาติถูกกีดกัน ไม่สามารถขายชิ้นส่วนอุปกรณ์รถยนต์ของตนให้แก่บริษัทผู้ผลิตรถยนต์ของญี่ปุ่นได้²⁶

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ดำเนินการเจรจากับรัฐบาลญี่ปุ่น เพื่อทำความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดของสินค้าหลายประการ รวมทั้งรถยนต์ด้วย โดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ตั้งประเด็นการเจรจาไว้สามประเด็นด้วยกัน คือ ประเด็นที่หนึ่ง เพื่อการเข้าถึงผู้แทนจำหน่ายรถยนต์ประเภทหรูหร่า (luxury) หรือ รถยนต์คุณภาพสูง (high quality) ให้ได้ ประเด็นที่สอง ดูแลและแก้ไขกฎระเบียบภายหลังเข้าสู่ตลาด (after-market) เกี่ยวกับการซ่อมแซมและเปลี่ยนชิ้นส่วนอะไหล่ ประเด็นที่สาม ส่งเสริมให้บริษัทผู้ผลิตรถยนต์ของญี่ปุ่นซื้อชิ้นส่วนรถยนต์จากสหรัฐอเมริกาหรือต่างประเทศให้มากยิ่งขึ้น ซึ่งต่อมาสามารถแก้ไขปัญหาไปได้ในระดับหนึ่ง นั่นคือบริษัทผู้ผลิตรถยนต์ชั้นนำของญี่ปุ่น “สมัครใจ” ที่จะทำแผนการจัดซื้อชิ้นส่วนรถยนต์จากสหรัฐอเมริกา โดยเริ่มจากมูลค่าชิ้นส่วนจำนวน 8 พันล้านดอลลาร์สหรัฐในปี ค.ศ. 1992 และเพิ่มขึ้นเป็น 20,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐในปี ค.ศ. 1995 หากแต่แผนดังกล่าวก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ในระยะยาว เพราะเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามแผนในปี ค.ศ. 1995 ก็ไม่ปรากฏว่ามีบริษัทผู้ผลิตรถยนต์รายใดวางแผนการซื้อชิ้นส่วนจากสหรัฐอเมริกาต่อไปอีก²⁷

การเจรจาดำเนินไปถึง 20 เดือน แต่ไม่ประสบผลสำเร็จแต่อย่างใด ในที่สุดผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาได้มีประกาศลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ว่าจะดำเนินการกับญี่ปุ่นในสองแนวทาง คือ ทั้งการใช้มาตรการตอบโต้กับสินค้าส่งออกของญี่ปุ่นในลักษณะเป็นมาตรการเชิงลงโทษในทางเศรษฐกิจ (punitive economic sanctions) ตามมาตรา 301 ของกฎหมายการค้า ค.ศ. 1974 และจะนำคดีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลก²⁸

ในส่วนของการใช้มาตรการตอบโต้ ในวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ผู้แทนการค้าได้มีประกาศแสดงความมุ่งหมายที่จะขึ้นภาษีนำเข้า 100 เปอร์เซ็นต์ แก่รถยนต์ประเภทหรูหร่าจากญี่ปุ่นจำนวน 13 แบบ ตามมาตรา 301 ของกฎหมายการค้า โดยอาศัยเหตุคือ **เพื่อตอบโต้กฎหมาย การกระทำ และนโยบาย**

²⁵ Ibid.

²⁶ Raj Bhala, *International Trade Law : Cases and Materials*, p. 1144 – 1145.

²⁷ Ibid., pp. 1144 – 1146.

²⁸ Ibid., p. 1147.

ของรัฐบาลญี่ปุ่นอันมีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้าหลังเข้าสู่ตลาด ซึ่งผู้แทนการค้าเห็นว่าเป็นการกระทำอันไม่สมเหตุสมผล และก่อกวนหรือจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการประมาณการว่ารถยนต์นำเข้าที่จะถูกเก็บภาษีในอัตราใหม่จะมีจำนวนประมาณ 200,000 คัน ต่อปี และมีมูลค่าถึงประมาณ 5,900 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เมื่อเทียบจากปริมาณการนำเข้าในปี ค.ศ. 1994 ทั้งนี้ เอกชนผู้มีส่วนได้เสียสามารถโต้แย้งคัดค้านหรือยื่นคำแถลงต่อผู้แทนการค้าได้ และผู้แทนการค้าจะทำคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการขึ้นภาษีอย่างเป็นทางการในวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1995²⁹

ในส่วนของกรณาคดีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ผู้แทนการค้าได้ขอเจรจาหรือกับญี่ปุ่น เพื่อแก้ปัญหาการกระทำและกฎระเบียบซึ่งมีลักษณะแอบแฝง (hidden) และไม่เป็นทางการ (informal) ของญี่ปุ่น อันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อการค้าและการแข่งขันของสหรัฐอเมริกาและประเทศคู่ค้าอื่น ๆ ในส่วนของกิจการค้ารถยนต์และชิ้นส่วนรถยนต์³⁰

ในวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ทางฝ่ายญี่ปุ่นได้ตอบโต้การประกาศขึ้นภาษีของสหรัฐอเมริกาด้วยการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก กล่าวหาว่าประกาศของสหรัฐอเมริกาในอันที่จะเก็บภาษีนำเข้าในเชิงลงโทษต่อรถยนต์ประเภทหรูหราของญี่ปุ่นไม่ชอบด้วยหลักการของความตกลงภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก ทั้งนี้ญี่ปุ่นได้ให้เหตุผลว่า การตอบโต้ฝ่ายเดียวเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การที่ผู้แทนการค้าสหรัฐประกาศจะทำการตอบโต้ฝ่ายเดียวดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ "ไม่ชอบด้วยกฎหมาย"³¹ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่มีการร้องขอให้มีการตรวจสอบการตอบโต้ตามกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา

ในระหว่างที่คดีทั้งสองอยู่ในขั้นตอนการเจรจาหรือ (consultation) และก่อนที่ผู้แทนการค้าจะมีคำวินิจฉัยถึงการเพิ่มอัตราภาษีนำเข้ารถยนต์ของญี่ปุ่น บริษัทผลิตรถยนต์ชั้นนำของญี่ปุ่น 5 แห่ง ได้แสดงความจำนงที่จะขอประนีประนอมกับผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกา และประสงค์จะซื้อชิ้นส่วนจากผู้ผลิตของสหรัฐอเมริกา บรรยายากความตึงเครียดระหว่างสองประเทศจึงผ่อนคลายลง และนำไปสู่การทำข้อตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น โดยรัฐบาลญี่ปุ่นยินยอมยกเลิกกฎเกี่ยวกับการชอมแซมรถยนต์ ตกลงจะส่งเสริมให้ผู้แทนจำหน่ายรถยนต์สามารถขายรถยนต์ที่ผลิตในสหรัฐอเมริกาไปพร้อมกับรถยนต์ที่ผลิตในญี่ปุ่นได้ และจะผ่อนคลายความเคร่งครัดของระเบียบในการตรวจสอบสภาพรถยนต์ตามตารางเวลา เปิดโอกาสให้อู่ซ่อมรถยนต์ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทผู้ผลิตอะไหล่ได้รับการรับรองให้ซ่อมแซมรถยนต์ในการตรวจสอบสภาพดัง

²⁹ Office of the United States Trade Representative, *Statement by Ambassador Kantor*, May 16, 1995.

³⁰ Raj Bhala, *International Trade Law : Cases and Materials*, pp. 1147 – 1148.

³¹ *Ibid.*, p. 1148.

กล่าวได้³² ทั้งสองได้ถอนคำร้องของตนในเวลาต่อมา จึงไม่ปรากฏรายงานความเห็นถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้ตามกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด³³

3.3.3 คดี *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper หรือ คดี Kodak-Fuji*³⁴

คดีนี้ เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 บริษัท Eastman Kodak Company (โกดัก) ซึ่งเป็นบริษัทผลิตฟิล์ม กระดาษอัดภาพ และวัสดุเกี่ยวกับการถ่ายภาพของสหรัฐอเมริกาได้ยื่นคำร้องต่อผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาเพื่อขอให้ดำเนินการสอบสวนตามมาตรา 301 (b) ของกฎหมายการค้า โดยกล่าวหาว่าตนถูกกีดกันมิให้เข้าสู่ตลาดญี่ปุ่นอย่างไม่เป็นธรรม

1) ญี่ปุ่นมีระบบการจัดจำหน่ายสินค้าที่ค่อนข้างเข้มแข็งและค่อนข้างปิด ผู้ผลิตสินค้าในญี่ปุ่นจำเป็นต้องสร้างเครือข่ายผู้ขายส่งระดับแรกเป็นของตนเองจึงจะประสบผลสำเร็จในการขายสินค้าของตน ลักษณะเฉพาะของระบบจัดจำหน่ายสินค้าของญี่ปุ่นมีหลายประการ เช่น ผู้ประกอบการนิยมการประกอบธุรกิจในระยะยาวและพยายามสร้างความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างกัน ข้อจำกัดของร้านค้าขนาดเล็กที่จะขายสินค้าเพียงไม่กี่ชนิด (ทำให้ซื้อสินค้าจากผู้ขายส่งแต่ละครั้งไม่มากนัก) เหล่านี้เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดญี่ปุ่นสำหรับผู้ประกอบการชาวต่างชาติทั้งสิ้น³⁵ ซึ่งในธุรกิจฟิล์มและวัสดุเกี่ยวกับการถ่ายภาพ บริษัท Fuji Film Company (ฟูจิ) ซึ่งเป็นบริษัทผลิตฟิล์ม กระดาษอัดภาพ และวัสดุเกี่ยวกับการถ่ายภาพของญี่ปุ่น เป็นบริษัทที่มีเครือข่ายผู้ขายส่งระดับแรก (primary wholesaler) อยู่ในมือจำนวนมาก ได้ทำสัญญากับผู้ขายส่งของตนมิให้รับ

³² Ibid., pp. 1150 – 1151.

³³ Jay L. Eizanstat, “Comment : The Impact of the World Trade Organization on Unilateral United States Trade Sanctions Under Section 301 of the Trade Act of 1974 : A Case Study of the Japanese Auto Dispute and the Fuji-Kodak Dispute”, *Emory International Law Review*, (Spring 1997). available on <http://www.lexis-nexis.com>

³⁴ United States Trade Representative, *Section 301 Table of Cases: Initial case as of 9 August 1999*, available on <http://www.ustr.gov/html/act301.htm>.

คดีนี้ ในสารบบคดีมาตรา 301 เรียกว่า คดี Barriers to Access to the Japanese Market for Consumer Photographic Film and Paper (301_99)

³⁵ Frank J. Schweitzer, “Recent Development : Flash of the Titans : A Picture of Section 301 in the Dispute Between Kodak and Fuji and a View Toward Dismantling Anticompetitive Practices in the Japanese Distribution System”, *The American University Journal of International Law & Policy*, 11 (1996). available on <http://www.lexis-nexis.com>

ซื้อสินค้าจากบริษัทอื่น และยังมีข้อห้ามมิให้ยุ่งเกี่ยวทำธุรกิจกับสินค้าคู่แข่งของบริษัทฯ อีกด้วย อันเป็นการกีดกันมิให้บริษัทโกดักสามารถเข้าถึงผู้ขายส่งดังกล่าวไปในตัว³⁶

2) ในส่วนของธุรกิจแล็บล้างอัดรูป บริษัทฟูจิได้เป็นเจ้าของหรือควบคุมเครือข่ายธุรกิจแล็บล้างอัดรูประดับใหญ่ (wholesale photo-processing laboratories) และธุรกิจแฟรนไชส์รับจ้างอัดรูปในระดับ minilab ทั่วประเทศ ซึ่งปรากฏว่าแล็บล้างอัดรูปจำนวนมากทั่วไปจะไม่ยอมทำธุรกิจกับบริษัทอื่นนอกจากบริษัทฟูจิ³⁷

3) นอกจากจะถูกกีดกันด้วยระบบผู้ค้าส่งระดับแรกแล้ว บริษัทโกดักยังประสบปัญหาจากกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงพฤติกรรมทางธุรกิจของผู้แทนจำหน่ายโดยผู้แทนจำหน่ายระดับใหญ่ (Law Concerning Adjustment of Retail Business Activities by Large Scale Retail Stores : Large Stores Law) ซึ่งบัญญัติบังคับแก่กิจการผู้ค้าปลีก (retailer) ที่มีโครงการจะสร้างร้านขึ้นใหม่ หรือขยายขนาดร้านจนมีพื้นที่ร้านตั้งแต่ 500 ตารางเมตรขึ้นไป ผู้สร้างและผู้เช่าสถานที่มีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐทราบถึงโครงการดังกล่าว ซึ่งหากรัฐพิจารณาแล้วการสร้างหรือขยายขนาดร้านดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้ค้าปลีกขนาดกลางหรือขนาดเล็ก รัฐจะมีคำสั่งให้เจ้าของโครงการลดพื้นที่ร้านลง หรือมิฉะนั้นก็ต้องไปเจรจาทำสัญญาว่าจะไม่แข่งขันกับค้าปลีกที่มีอยู่แล้วในท้องถิ่น อันมีลักษณะเป็นการจำกัดมิให้ผู้ค้าปลีกขนาดใหญ่ซึ่งมาทีหลังมีความสามารถในการแข่งขันเท่ากับผู้ค้าปลีกขนาดกลางหรือเล็ก และยังเป็นการตัดโอกาสที่บริษัทโกดักจะเข้าถึงผู้ค้าปลีกอีกด้วย³⁸

4) นอกจากนี้บริษัทโกดักยังแถลงด้วยว่า รัฐบาลญี่ปุ่นยังลดโอกาสการแข่งขันของบริษัทโกดัก ด้วยการออกกฎเกี่ยวกับการให้ของแถมแก่ลูกค้า และยังห้ามการโฆษณาในเชิงรุก (aggressive advertising) อีกด้วย ซึ่งบริษัทโกดักเห็นว่าไม่เป็นธรรม เนื่องจากการให้ของแถมเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่สำคัญอย่างหนึ่งของธุรกิจฟิล์มและล้างอัดรูป³⁹

ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาได้ไต่สวนแล้วมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1995 ตามมาตรา 304 แห่งกฎหมายการค้า ว่ากฎหมาย นโยบาย และการกระทำของรัฐบาลญี่ปุ่นอยู่ในข่ายการกระทำอันไม่สมเหตุสมผล และก่อภาระหรือจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา โดยจะดำเนินการนำคดีเข้าสู่กระบวนการระงับ

³⁶ ศักดา ธนิตกุล, และวราภา วรพิชโยทัย, “WTO กับนโยบายการแข่งขัน : คดี Kodak – Fuji”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 19 (กันยายน 2542):36.

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

³⁸ Jay L. Eizenstat, “Comment : The Impact of the World Trade Organization on Unilateral United States Trade Sanctions Under Section 301 of the Trade Act of 1974 : A Case Study of the Japanese Auto Dispute and the Fuji-Kodak Dispute”, Emory International Law Review, (Spring 1997). available on <http://www.lexis-nexis.com>

³⁹ Ibid.

ข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกควบคู่ไปกับเรียกร้องให้รัฐบาลญี่ปุ่นเจรจาทันทีภายใต้กรอบของมติของคณะทำงานของแกตต์ ปี ค.ศ. 1960 (1960 GATT working party decision on the restrictive business practices) และภายใต้กรอบของ The Structural Impediments Initiative ตลอดจนเรียกร้องให้คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมของญี่ปุ่น (The Japanese Fair Trade Committee : JFTC) ทบทวนผลการไต่สวนเกี่ยวกับพฤติกรรมทางธุรกิจว่ามีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันในธุรกิจฟิล์มและกระดาษอัดรูปในตลาดญี่ปุ่นด้วย แต่ไม่ได้ดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้ตามมาตรา 301 แต่อย่างใด⁴⁰ และแม้ว่าในภายหลังสหรัฐอเมริกาจะแพ้คดีในกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก จนเป็นเหตุให้สมาชิกสภาพคงเกรงจำนวนหนึ่งไม่พอใจคำตัดสินของคณะผู้พิจารณา และเรียกร้องให้รัฐบาลกลับมาใช้มาตรา 301 อีกครั้ง แต่ทางรัฐบาลสหรัฐยังเห็นว่าผลการตัดสินโดยรวมยังเป็นที่น่าพอใจ จึงยังไม่ประสงค์จะกลับไปใช้มาตรา 301 อีก⁴¹

3.3.4 ค ดี EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas หรือ EC-Bananas⁴²

คดีนี้สืบเนื่องจากการที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อองค์การระงับข้อพิพาทและคดีถึงที่สุดโดยองค์การพิชิตกรณีมีคำตัดสินว่ามาตรการเกี่ยวกับกล้วยของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่ชอบด้วยหลักการของแกตต์และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS องค์การระงับข้อพิพาทได้มีคำแนะนำหรือคำสั่งให้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปแก้ไขมาตรการที่มีอยู่เดิมให้สอดคล้องกับพันธกรณี โดยวันสิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสมในคดีนี้คือ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 ปรากฏว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

ในระหว่างที่ระยะเวลาที่เหมาะสมยังไม่สิ้นสุดลง ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาได้ออกประกาศใน Federal Register เพื่อประกาศให้เอกชนของสหรัฐรู้ถึงขอบเขตการตอบโต้ทางการค้าแก่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถึง 2 ครั้งด้วยกัน ในวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 1998 และ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 ตามลำดับ ทั้งนี้ โดยประกาศครั้งที่สองได้ระบุบัญชีรายชื่อสินค้าจากประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่จะถูกตอบโต้ด้วยการขึ้นภาษีนำเข้า 100 เปอร์เซ็นต์ไว้ด้วย⁴³

เมื่อระยะเวลาที่เหมาะสมได้สิ้นสุดลง สหรัฐอเมริกาได้ร้องขอทำการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี เพื่อตอบโต้การที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้

⁴⁰ ศักดา ธนิตกุล, และวราภา วรพิชโยทัย, “WTO กับนโยบายการแข่งขัน : คดี Kodak – Fuji”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 39.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

⁴² Office of the United States Trade Representative, Section 301 Table of Cases : Initial case as of 9 August 1999, available on <http://www.ustr.gov/html/act301.htm>

⁴³ Federal Register, Vol. 63, No. 204, 22 October 1998, p 56689. and Vol. 63, No 217, p. 63099.

ตามกำหนด ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปคัดค้านระดับการระงับสิทธิประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา กรณีจึงต้องให้อุญญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดระดับของความเสียหายและระดับของการตอบโต้ตามหลักเกณฑ์ในข้อ 22.6 ของความเข้าใจ แต่ในระหว่างการพิจารณาของอุญญาโตตุลาการนั้นเอง ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาได้มีประกาศลงวันที่ 3 มีนาคม 1999 ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายศุลกากรเริ่มต้นพิจารณาขอเขตการตอบโต้ทางการค้าตามความในมาตรา 306 (b) ของกฎหมายการค้าในวันดังกล่าว ซึ่งครอบคลุมมูลค่าการค้า 520 ดอลลาร์สหรัฐ ขณะที่อุญญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความในข้อ 22.6 ในคดีดังกล่าวมีคำชี้ขาดในวันที่ 9 เมษายน 1999 ซึ่งข้ากว่ากำหนดเวลาตามที่กำหนดไว้ (กำหนดเวลาตามความเข้าใจ คือ 60 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม คือวันที่ 2 มีนาคม 1999) เนื่องจากความซับซ้อนของประเด็นแห่งคดี และองค์การระงับข้อพิพาทได้อนุญาตให้สหรัฐอเมริกาดำเนินการตอบโต้ทางการค้าในวันที่ 19 เมษายน 1999 เป็นมูลค่าการตอบโต้ 191.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ภายหลังการออกประกาศ Federal Register ของสหรัฐอเมริกาฉบับที่สอง ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยื่นเรื่องต่อองค์การระงับข้อพิพาท ขอหารือในประเด็นว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของมาตรา 301 – 310 ของกฎหมายการค้า ค.ศ. 1974 (แก้ไขเพิ่มเติม) ของสหรัฐอเมริกา ในวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 การเจรจาหรือระหว่างคู่กรณีไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ จึงได้มีการตั้งคณะผู้พิจารณาในวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1999⁴⁴ ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับคดีนี้จะกล่าวถึงในบทที่ 4 ต่อไป

จะเห็นได้ว่า ในฐานะประเทศที่มีกำลังซื้อสูงและเป็นตลาดที่สำคัญสำหรับสินค้าจากหลายประเทศ ทำให้มาตรการตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกาเป็นที่น่าเกรงขามของประเทศคู่ค้าทั่วไป แม้แต่ประเทศญี่ปุ่นซึ่งจัดเป็นประเทศพัฒนาแล้วและมีความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

คดี Japan-Autos เป็นตัวอย่างของกลยุทธ์การเปิดตลาดที่ได้ผลของสหรัฐอเมริกา นั่นคือใช้การขู่ (threaten) ว่าจะใช้มาตรการตอบโต้เพื่อบีบให้ประเทศคู่ค้าตกลงยอมทำความตกลงกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งถ้าหากประเทศคู่ค้าไม่ยินยอมทำความตกลงก็จะต้องประสบกับการขึ้นอัตราภาษีหรือการตอบโต้ในกรณีอื่นเป็นมูลค่ามหาศาล ซึ่งแม้ว่าการกระทำดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นกรณีที่สหรัฐอเมริกาสามารถนำคดีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกอย่างคดีประเภทมีการละเมิดพันธกรณี (violation complaint)⁴⁵ และเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ข้อ 23.2 (a) ของ

⁴⁴ Report of the panels, United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R, Adopted on 22 December 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, p. 1.

⁴⁵ Seung Wha Chang, “Taming Unilateralism Under the Multilateral Trading System : Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974”, *Law and Policy in International Business*, 31 (2000), available on <http://www.lexis-nexis.com>

ในประกาศของผู้แทนการค้าลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ผู้แทนการค้าได้ระบุว่า “กฎหมายนโยบาย และการกระทำบางประการของญี่ปุ่นซึ่งเป็นการจำกัดหรือปฏิเสธมิให้ผู้ประกอบกิจการขายชิ้นส่วนรถ

ความเข้าใจ คือจะต้อง “อาศัย” (recourse to) และ “ปฏิบัติตาม” (abide by) หลักเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทในความเข้าใจ ซึ่งรัฐบาลญี่ปุ่นก็สังเกตเห็นถึงความไม่ชอบด้วยหลักกฎหมายของมาตรการตอบโต้ดังกล่าว หากแต่การเยียวยาด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในความเข้าใจ ก็อาจไม่ทันการณ์ที่จะช่วยเหลือเอกชนผู้ต้องได้รับผลกระทบจากมาตรการตอบโต้โดยตรงได้

และแนวทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาก็คือ เมื่อเริ่มกระบวนการไต่สวนแล้ว ผู้แทนการค้าจะติดต่อกับรัฐบาลของประเทศที่ต้องสงสัยว่าการกระทำดังกล่าวก่อภาระหรือจำกัดทางการค้า เพื่อเจรจาเรื่องข้อพิพาทระหว่างกันในระดับทวิภาคี และการเจรจาดังกล่าวมักจะประสบผลสำเร็จเนื่องจากประเทศคู่ค้าจะกลัวการตอบโต้ทางการค้าที่จะตามมา เมื่อขั้นตอนการไต่สวนของผู้แทนการค้าเสร็จสิ้นลง ดังนี้ กรอบระยะเวลาการไต่สวนตามมาตรา 304 (b) จึงเป็นเสมือนกรอบระยะเวลาสำหรับประเทศคู่ค้าที่จะรีบทำความตกลงระงับข้อพิพาทกับผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น อาวุธที่สำคัญที่สุดของกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาจึงไม่ใช่ตัวมาตรการตอบโต้ หากแต่เป็นการขู่ว่าจะใช้มาตรการตอบโต้ต่างหาก

3.4 เปรียบเทียบมาตรการตอบโต้ทางการค้าภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกกับมาตรการตามกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา

3.4.1 ขอบเขตสาขาการค้า ข้อ 23.1 ของความเข้าใจ ได้ระบุขอบเขตสาขาการค้าที่จะต้องใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ว่า ได้แก่ความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ (covered agreement) อันบัญญัติไว้ในภาคผนวก 1 หากเป็นกรณีที่อยู่นอกความตกลงดังกล่าว เช่น นโยบายการแข่งขัน (competition policy) มาตรฐานแรงงาน (labour standard) หรือเป็นกรณีที่ประเทศผู้ถูกฟ้องไม่มีพันธกรณีจะต้องกระทำดังกล่าว เช่น กรณีการให้สิทธิพิเศษทางการค้า (GSPs) หรือกรณีประเทศผู้ถูกฟ้องยังอยู่ในช่วงระยะเวลาเปิดเสรีตามลำดับ (phase-in period) ประเทศคู่พิพาทสามารถอาศัยกระบวนการตามความเข้าใจในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ โดยร้องขอเป็นคดีประเภทไม่มีการละเมิดพันธกรณี (non-violation complaint) แต่ประเทศผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเรียกร้องให้มีการบังคับแก่ประเทศผู้ถูกฟ้องได้มากนัก

ยนต์ของสหรัฐอเมริกาสามารถเข้าสู่ตลาดขึ้นส่วนและอุปกรณ์เสริมของรถยนต์ได้ (หลังเข้าสู่ตลาด) ของญี่ปุ่น เป็นสิ่งที่ไม่สมเหตุสมผล และเลือกปฏิบัติ และก่อภาระหรือจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา” ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือว่าขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อ III:4 ของแกตต์ และยังถือว่าขัดต่อข้อ 2.2 ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคของการค้า (Agreement on Technical Barriers on Trade : TBT Agreement) อีกด้วย ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่สหรัฐอเมริกาสามารถ “แสวงหาทางเยียวยาสภาพความไม่สอดคล้องกับความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก” (seek the redress of WTO inconsistencies) และจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ

ในขณะที่กฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาบัญญัติขอบเขตสาขาการค้าไว้ค่อนข้างกว้างขวางว่า ไม่ได้จำกัดเพียงการค้าสินค้าเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงการค้าบริการ (รวมถึงการถ่ายถอดข้อมูลสารสนเทศ) ซึ่งเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ รวมถึงการลงทุนทางตรงของสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนทางการค้าหรือการลงทุนในการบริการก็ตาม และขอบเขตความตกลงก็ได้จำกัดอยู่เพียงความตกลงทางการค้าเท่านั้น หากแต่รวมถึงสนธิสัญญาไมตรี (treaty of friendship), สนธิสัญญาด้านการพาณิชย์ (treaty of commerce) หรือแม้แต่สนธิสัญญาด้านการเดินเรือ (FCN) ก็นับว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม (unjustifiable) อันอยู่ในขอบเขตสามารถถูกตอบโต้ได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นความตกลงที่สหรัฐอเมริกาเป็นภาคีอยู่ด้วย⁴⁶ ซึ่งเป็นขอบเขตสาขาการค้าที่กว้างขวางกว่าขอบเขตในความเข้าใจ เป็นอย่างมาก

3.4.2 ระดับของการกระทำที่จะถูกตอบโต้ ตามมาตรา 21 และ 22 ของความเข้าใจ การที่ประเทศสมาชิกประเทศใดที่จะถูกตอบโต้ทางการค้า ประเทศสมาชิกที่อ้างว่าตนได้รับความเสียหายจาก (ก) การละเมิดพันธกรณีตามความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ หรือ (ข) การทำให้เสียหาย (nullify or impaired) ซึ่งผลประโยชน์ตามความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ หรือ (ค) การขัดขวางมิให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ⁴⁷ จะต้องดำเนินการยื่นคดีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทต่อองค์การระงับข้อพิพาท จนกระทั่งประเทศที่ถูกฟ้องถูกตัดสินให้แพ้คดี และต้องดำเนินการปรับเปลี่ยนกฎหมายหรือมาตรการของตนให้สอดคล้องกับพันธกรณี และปรากฏว่าประเทศที่ถูกตัดสินให้แพ้คดีนั้นไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การระงับข้อพิพาทได้ภายในระยะเวลาอันเหมาะสม ประเทศฝ่ายชนะคดีจึงสามารถดำเนินการขออนุญาตตอบโต้ทางการค้าแก่ประเทศที่ถูกตัดสินให้แพ้คดีนั้นได้

ในขณะที่การกระทำที่จะถูกตอบโต้ตามกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกานั้น ได้แก่ (ก) การปฏิเสธสิทธิของสหรัฐอเมริกาที่มีอยู่ตามความตกลงทางการค้า หรือ (ข) ละเมิด (violates) ไม่สอดคล้อง (inconsistent with) หรือปฏิเสธสิทธิประโยชน์ (denies benefits) ในทางการค้าของสหรัฐอเมริกาภายใต้ข้อตกลงทางการค้า หรือ ไม่เป็นธรรม (unjustifiable) และก่อให้เกิดภาระ (burdens) หรือจำกัด (restricts) การค้าของสหรัฐอเมริกา หรือ (ค) กฎหมาย นโยบาย หรือการปฏิบัติใด ๆ ของรัฐบาลประเทศคู่ค้ามีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable) หรือเลือกปฏิบัติ (discrimination) และก่อให้เกิดภาระหรือจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา

จะเห็นได้ว่า การกระทำที่จะถูกตอบโต้ตามกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกานั้นมีขอบเขตกว้างขวางยิ่งกว่าการกระทำที่จะถูกตอบโต้ตามความเข้าใจ เป็นอย่างมาก กล่าวคือแม้มิได้มีการละเมิดพันธ

⁴⁶ Raj Bhala, *International Trade Law : Cases and Materials*, p. 1104.

⁴⁷ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute, Article 23.1.

กรณีในทางการค้า ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่สามารถจะถูกต้องได้ตามหลักเกณฑ์ในความเข้าใจได้ แต่ก็สามารถถูกต้องได้ตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายการค้าได้ และสำหรับมาตรการอันมีลักษณะปฏิเสธสิทธิของสหรัฐอเมริกาที่มีอยู่ตามความตกลงทางการค้า ซึ่งเป็นกรณีที่อาจใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจได้ หากแต่การจะตอบโต้ตามบทบัญญัติในความเข้าใจได้จะต้องผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาท กระบวนการกำหนดเวลาที่เหมาะสมสำหรับปฏิบัติตามคำตัดสิน และจะต้องได้รับอนุมัติจากองค์กรระงับข้อพิพาทเสียก่อน หากแต่กฎหมายการค้ามิได้มีบัญญัติในเรื่องขั้นตอนในการตอบโต้ทางการค้าในกรณีที่สหรัฐอเมริกาใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจไว้แต่อย่างใด

3.4.3 ลักษณะของมาตรการตอบโต้ต่อประเทศคู่ค้า มาตรการตอบโต้ตามบทบัญญัติของความเข้าใจ นั้น หากเป็นการตอบโต้ด้วยวิธีการเรียกค่าสินไหมทดแทน ลักษณะของมาตรการตอบโต้จะขึ้นอยู่กับความตกลงของประเทศคู่พิพาทเป็นรายคดีไป แต่หากเป็นการตอบโต้ด้วยวิธีการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือลดปฏิบัติตามพันธกรณี มาตรการตอบโต้จะได้แก่การระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีอื่น ในสาขาเดียวกัน (same sector) กับที่คณะผู้พิจารณา หรือองค์กรพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่ามีผลกระทบหรือทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ไป⁴⁸ เว้นแต่ในกรณีพิเศษที่ประเทศฝ่ายชนะคดีจะสามารถระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือลดปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาอื่น หรือความตกลงอื่นได้ ซึ่งจะต้องมีปัจจัยในการพิจารณาอนุญาตมากมาย⁴⁹

ในขณะที่ลักษณะของมาตรการตอบโต้ต่อประเทศคู่ค้าตามกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา มีบัญญัติไว้ในมาตรา 301 (c)(1) ประกอบไปด้วยการระงับ เพิกถอน มิให้เป็นไปตามข้อตกลงทางการค้า จำกัดการนำเข้าสินค้า รวมตลอดถึงทำความตกลงกับประเทศคู่ค้าเพื่อให้ประเทศคู่ค้าทำการแก้ไขกฎหมาย นโยบาย หรือการกระทำที่สหรัฐอ้างว่าก่อภาระหรือจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ไม่มีบทบัญญัติบังคับให้ต้องตอบโต้ในสาขาหรือความตกลงเดียวกันแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกามีลักษณะให้อำนาจผู้แทนการค้าในการตอบโต้ทางการค้าแก่ประเทศคู่ค้าในขอบเขตที่กว้างขวางมากกว่า และมีข้อจำกัดน้อยกว่าการตอบโต้ตามบทบัญญัติในความเข้าใจ เป็นอย่างมาก ซึ่งอาจเป็นแนวทางทำให้ผู้แทนการค้าทำการตอบโต้ในลักษณะที่ขัดต่อหลักการส่งเสริมความแข็งแกร่งของระบบพหุภาคี ในข้อ 23 ของความเข้าใจได้

ในช่วงก่อนที่ความเข้าใจ จะมีผลบังคับขึ้น สหรัฐอเมริกาอ้างอยู่เสมอว่าตนจำเป็นต้องใช้มาตรการตอบโต้ตามกฎหมายการค้าเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสหรัฐ เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาทของแกตต์ไม่มีประสิทธิภาพ ดังที่ผู้แทนเจรจาของสหรัฐได้กล่าวไว้ว่า “สำหรับประเด็นการค้าภายใต้แกตต์ สหรัฐอเมริกาจะยินยอมดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทของแกตต์ก่อนที่จะใช้มาตรการตามมาตรา 301 **เฉพาะในกรณีที่ปรากฏหลักเกณฑ์อันชัดแจ้ง (clear rules) ซึ่งใช้บังคับได้ (enforceable) ในทุกกรณี (in all areas)**

⁴⁸ Ibid., Article 23.2 (a)

⁴⁹ Ibid., Article 22.3 (b) – (c)

ผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทของแอกต์ และได้ขจัดโอกาสที่จะมีการขัดขวางการรับรอง หรือหน่วยงานกระบวนการให้ชั่งลงไม่ว่าในขั้นตอนใด ๆ ของกระบวนการระงับข้อพิพาท⁵⁰

และเมื่อความเข้าใจ มีผลบังคับใช้ ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก มีความรวดเร็ว และขจัดปัญหาการขัดขวางการรับรองไปได้ สหรัฐอเมริกาจึงไม่อาจอ้างความด้อยประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทเพื่อใช้มาตรการตามกฎหมายการค้าเพื่อตอบโต้ประเทศคู่ค้าซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกได้อีกต่อไป ในกรณีนี้ สหรัฐอเมริกาอ้างว่าได้มีความพยายามป้องกันมิให้เกิดการตอบโต้ทางการค้าที่ขัดต่อหลักเกณฑ์ในความเข้าใจ โดยมาตรา 3511(a)(2) ของกฎหมายว่าด้วยความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย (Uruguay Round Agreements Act : URAA) ได้บัญญัติรับรอง **คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่** (Statement of Administrative Action : SAA) ที่ระบุหลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของผู้แทนการค้าในอันที่จะปฏิบัติการเกี่ยวกับกรณีที่เกี่ยวข้องกับความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย⁵¹ โดยในส่วนของกรณีการดำเนินการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ในประเด็นการค้าที่เกี่ยวข้องกับความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก SAA ได้ระบุแนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ไว้สี่ประการ ได้แก่

- ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ
- ทำคำวินิจฉัยว่า (that) เกิดการละเมิดพันธกรณีหรือปฏิเสธสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกาให้สอดคล้องกับรายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งองค์การระงับข้อพิพาททยอมรับแล้ว
- เมื่อองค์การระงับข้อพิพาททยอมรับรายงานความเห็นในแต่ละคดีแล้ว จะต้องให้เวลาประเทศฝ่ายแพ้คดีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งภายในกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม
- หากกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมได้ผ่านพ้นไปแล้วยังไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ ให้ขออนุญาตต่อองค์การระงับข้อพิพาทเพื่อทำการตอบโต้ทางการค้า

section 3512(d) ของกฎหมายว่าด้วยความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัยได้บัญญัติว่า SAA มีความสำคัญในฐานะเป็นการแสดงความมุ่งหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ (authoritative expression) ของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการแปลความหมายหรือการปฏิบัติการให้เป็นไปตามความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย และตามกฎหมายฉบับนี้ ในกรณีที่มีปัญหาข้อสงสัยในสองประเด็นดังกล่าว ในกระบวนการตรวจสอบทางศาล (judicial proceeding)⁵²

⁵⁰ Terence P. Stewart, Editor, *The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986 - 1992) Volume II : Commentary*, p. 2789.

⁵¹ Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. 103-465, Title 19, Chapter 22, 19 U.S.C. section 3511(a)(2).

⁵² Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. 103-465, Title 19, Chapter 22, 19 U.S.C. section 3512(d).

ด้วยเหตุที่ SAA ได้รับการรับรองจากสภาองเกรสตามบทบัญญัติ section 3511(a)(2) และ 3512(d)(2) ซึ่งเป็นการรับรองในลักษณะเดียวกันกับที่สภาองเกรสมีต่อความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย⁵³ ในขณะที่กฎหมายระดับอนุบัญญัติเช่นประกาศกระทรวงทั่วไปจะมีขั้นตอนการตราขึ้นใช้เป็นขั้นตอนภายในฝ่ายบริหารทั้งหมด และประกาศใช้โดยตีพิมพ์ลงใน Federal Register เท่านั้น โดยไม่ต้องผ่านการยอมรับจากสภาองเกรส⁵⁴ จึงทำให้ SAA มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (statute, act) และมีผลสามารถใช้เป็นแนวทางการตีความและปฏิบัติตามความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย ที่ผ่านการรับรองจากสภาองเกรสเช่นเดียวกันได้



สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵³ Ibid. U.S.C. section 3511(a)(1)

⁵⁴ ศักดา ธนิตกุล, และ มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ, “คำตัดสิน WTO คดีกุ่ม/เต่าทะเล : รัฐบาลไทยชนะหรือแพ้?”, วารสารกฎหมาย “ฉบับพิเศษ ครอบคลุม 20 ปี วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”, 20 (พฤศจิกายน 2543):407.

บทที่ 4

มาตรา 304 – 306 ของกฎหมายการค้ากับองค์การการค้าโลก

4.1 มูลเหตุแห่งการฟ้องคดี United States – Section 301 – 310 ต่อบริษัทนำเข้าข้าวฟ่าง

นับตั้งแต่สหรัฐอเมริกาหันมาใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าตามกฎหมายการค้าอย่างแข็งกร้าวกับประเทศคู่ค้า ปรากฏว่าประเทศคู่ค้าหลายประเทศ เช่น ญี่ปุ่น ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แคนาดา ได้พยายามฟ้องร้องต่อแกตต์ และองค์การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้ของสหรัฐอเมริกา แต่ข้อพิพาททั้งหลายดังกล่าวต่างยุติลงได้ด้วยการเจรจาทวิภาคีระหว่างประเทศคู่พิพาททั้งสิ้น จึงยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการตอบโต้ทางการค้าตามมาตรา 301 ของกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยื่นคำร้องขอเจรจาหารือกับสหรัฐอเมริกาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการตอบโต้ทางการค้าตามกฎหมายการค้าอีกครั้ง โดยเป็นผลสืบเนื่องมาจากกรณีกฎหมายการค้าตามมาตรา 306 ของกฎหมายการค้าต่อประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในคดี EC – Bananas (ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3.3.4) ซึ่งผู้แทนของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้แถลงต่อที่ประชุมขององค์การระงับข้อพิพาทในการประชุมเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 มีใจความว่า

“ในขณะที่ผู้แทนของประเทศภาคีทั้งหลายของแกตต์ต่างร่วมกันทำงานอย่างหนักในการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย เพื่อที่จะสรรสร้างระบบการระงับข้อพิพาทอันมีความเป็นพหุภาคีอย่างแท้จริง (truly multilateral) และก่อให้เกิดหลักการที่ทำให้ประเทศเล็กสามารถมีสิทธิได้คู่จเดียวกับประเทศใหญ่ รวมทั้งผลักดันให้หลักนิติธรรม (rule of law) มาแทนที่หลักอำนาจนิยม (rule of force) แต่ในปัจจุบัน องค์การระงับข้อพิพาทกำลังประสบกับอันตรายอย่างหนึ่งต่อระบบการระงับข้อพิพาท กล่าวคือ มีประเทศสมาชิกที่สำคัญประเทศหนึ่งกำลังพยายามอ้างตัวเป็นทั้งผู้ไต่สวนและผู้พิจารณา (judge and jury) ในคดีที่เกี่ยวกับประเทศของตน สถานการณ์ดังกล่าวมีอันตรายอย่างใหญ่หลวง ด้วยเหตุที่เป็นการใช้มาตรการเอกภาคี (unilateral) ในระบบพหุภาคี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการบ่อนทำลายแก่นกลางของระบบพหุภาคีนั่นเอง.... ตามบทบัญญัติของมาตรา 301 ของกฎหมายการค้า เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานของสหรัฐอเมริกาจะถูกผูกพันให้ต้องทำคำวินิจฉัย (determination) ว่า มาตรการเกี่ยวกับกล้วยที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นใหม่ยังไม่สอดคล้องกับความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก ภายในเวลาไม่เกิน 1 เดือน นับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง อันเป็นเวลาก่อนที่กระบวนการพหุภาคี เพื่อพิจารณาความสอดคล้องระหว่างมาตรการใหม่ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกับความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกจะสิ้นสุดลง นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้ออกประกาศโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 306 ในการขึ้นภาษีศุลกากรอีกร้อยละ 100 แก่สินค้าส่งออกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป มูลค่า 1,500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ภายในวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 หรือ *ไม่ช้าไปกว่า* วันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1999 ประกาศขึ้นภาษีฉบับดังกล่าวได้เริ่มก่อให้เกิดผลลบต่อการค้าของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปแล้วตั้งแต่วันประกาศ และเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาจะต้องทำความเห็น (decision) เกี่ยวกับมาตรการที่จะใช้ตอบโต้

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แม้ว่าจะเป็นเวลาที่กระบวนการวินิจฉัยในระบบพหุภาคี ในประเด็นว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรการที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนำมาใช้กับความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกจะยังไม่เสร็จสิ้นก็ตาม และเมื่อกระบวนการพหุภาคียังไม่เสร็จสิ้น องค์การจะรับข้อพิพาทจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะอนุญาตให้สหรัฐอเมริกากระทำการตอบโต้ได้ในวันที่สหรัฐอเมริกาขอทำการตอบโต้ ดังนั้น การตอบโต้ของสหรัฐอเมริกาในกรณีเช่นนี้จึงจะต้องเป็นการกระทำฝ่ายเดียว¹...”

คดีนี้ประเทศคู่พิพาทไม่สามารถจะรับข้อพิพาทได้ในขั้นตอนเจรจาหารือ ดังนั้น คดีจึงเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นคณะผู้พิจารณา (panel) เป็นคดี United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974 หมายเลขในสารบบคดี DS152 โดยมีประเด็นแห่งคดีดังต่อไปนี้

4.2 ข้อต่อสู้ของประเทศคู่พิพาทในคดี

4.2.1 ประเด็นทั่วไปและว่าด้วยมาตรา 304

4.2.1.1 ข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้กล่าวอ้างว่าหลักการในมาตรา 304 – 306 ของกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกา (แก้ไขเพิ่มเติม) ไม่ชอบด้วยหลักการของความเข้าใจ เนื่องจากสาเหตุดังนี้

1) กำหนดระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ทำการคำนวณกำหนดระยะเวลาทั้งหมดของกระบวนการระงับข้อพิพาทได้เป็นดังนี้คือ

- ขั้นตอนเจรจาหารือ (consultations) ก่อนมีการตั้งคณะผู้พิจารณา (panels) เป็นไปตามบทบัญญัติข้อ 5.4 ของความเข้าใจ ที่กำหนดให้ประเทศคู่กรณีทำการเจรจาหารือในเบื้องต้นเป็นเวลา 60 วันเสียก่อน หากคู่กรณีเห็นว่าไม่สามารถจะรับข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจาหารือภายในกำหนดเวลาดังกล่าวได้จึงสามารถยื่นคำร้องต่อองค์การระงับข้อพิพาทเพื่อขอตั้งคณะผู้พิจารณาคดีต่อไป ขั้นตอนนี้จึงกินเวลา 60 วัน²

¹ World Trade Organization, *Minutes of Meeting : Held in the Centre William Rappard on 25 November 1998*, WT/DSBM/51, available on <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/WT/DSBM/51.DOC>, p.21.

² Report of the panels, United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R, Adopted on 22 December 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para.4.671.

- ขั้นตอนการตั้งคณะผู้พิจารณา เมื่อประเทศคู่กรณียื่นคำร้องขอตั้งคณะผู้พิจารณาต่อองค์การระงับข้อพิพาทแล้ว บทบัญญัติข้อ 6.1 บัญญัติว่าเมื่อคำร้องขอตั้งคณะผู้พิจารณาดังกล่าวถูกบรรจุเข้าสู่วาระการประชุมขององค์การระงับข้อพิพาทแล้ว องค์การระงับข้อพิพาทจะตั้งคณะผู้พิจารณาอย่างช้าที่สุดในการประชุมนัดแรกที่คำร้องขอตั้งคณะผู้พิจารณาถูกบรรจุเข้าสู่วาระการประชุม ทั้งนี้องค์การระงับข้อพิพาทจะต้องมีระยะเวลาพิจารณาคำร้องขอตั้งคณะผู้พิจารณาก่อนวันประชุมไม่น้อยกว่า 10 วัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาว่าองค์การระงับข้อพิพาทจะมีการประชุมในทุก ๆ เดือน ขั้นตอนนี้จึงกินเวลาประมาณ 10 วันถึง 1 เดือนกับ 15 วัน³
- การดำเนินคดีในชั้นคณะผู้พิจารณา ข้อ 20 ของความเข้าใจฯ กำหนดกรอบระยะเวลาการดำเนินคดีไว้ว่า ระยะเวลาตั้งแต่เริ่มตั้งคณะผู้พิจารณาจนถึงการรับรองรายงานของคณะผู้พิจารณาจะต้องไม่เกินกว่า 6 เดือน หากคดีไม่มีการอุทธรณ์ และระยะเวลาจนกระทั่งมีการรับรองรายงานขององค์กรพิจารณาคู่ทธรณ์ (Appellate Body Report) ในคดีที่มีการอุทธรณ์ จะต้องไม่เกิน 12 เดือน ทั้งนี้คณะผู้พิจารณาสามารถขอขยายระยะเวลาการดำเนินคดีออกไปได้อีก 3 เดือนตามบทบัญญัติข้อ 12.9 และองค์กรพิจารณาคู่ทธรณ์สามารถขอขยายระยะเวลาออกไปได้อีกไม่เกิน 30 วันตามข้อ 17.5 ของความเข้าใจฯ ตามลำดับ ดังนั้นระยะเวลาการดำเนินคดีในชั้นนี้จึงมีเวลาประมาณ 15 เดือน 30 วัน⁴

ซึ่งเมื่อรวมระยะเวลาของการระงับข้อพิพาททั้งหมดทุกขั้นตอนเข้าด้วยกันจะได้ระยะเวลาประมาณ 19 1/2 เดือน ในขณะที่กำหนดเวลาตามมาตรา 304 (a)(2)(A) กำหนดให้ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาจะต้องมีคำวินิจฉัยคำร้องที่ว่าสิทธิในทางการค้าของสหรัฐอเมริกาถูกปฏิเสธหรือไม่ภายในกำหนดระยะเวลา 18 เดือน ซึ่งสั้นกว่ากำหนดเวลาของการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ⁵ ดังนั้นหากสหรัฐอเมริกาดำเนินการไต่สวนตามกฎหมายการค้าควบคู่ไปกับการระงับข้อพิพาทตามบทบัญญัติของความเข้าใจ มาตรา 304 จะทำให้ผู้แทนการค้าจะต้องมีคำวินิจฉัยว่าสิทธิในทางการค้าของสหรัฐอเมริกาถูกปฏิเสธหรือไม่ ก่อนที่องค์การระงับข้อพิพาทจะรับรองรายงานความเห็น ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีตามข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ⁶

³ Ibid., para. 4.671 – 4.672.

⁴ Ibid., para. 4.673.

⁵ Ibid., para. 4.674 – 4.675.

⁶ Ibid., para. 4.676.

2) ถ้อยคำในตัวบทมาตรา 304 ใช้ถ้อยคำอันมีลักษณะเป็นบทบังคับ เช่น คำว่า shall, คำว่า Mandatory Action ซึ่งมีลักษณะเป็นการบังคับให้ผู้แทนการค้าจะต้องปฏิบัติตามกฎที่วางไว้ ทั้งในส่วนของกำหนดระยะเวลาการทำคำวินิจฉัยก็ใช้คำว่า “ภายในกำหนด” (the earlier of) และ “ไม่ช้าไปกว่า” (no later than) อันมีความหมายในทางบังคับทั้งสิ้น⁷ และแม้สหรัฐอเมริกาจะอ้างว่าผู้แทนการค้ามีอำนาจในอันที่จะไม่ทำคำวินิจฉัย หรือเลื่อนการทำคำวินิจฉัยออกไปก่อนจนกว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกจะสิ้นสุดลงก็ตาม แต่โดยเนื้อหาของกฎหมายการค้าได้มีถ้อยคำแสดงการเปิดช่องให้ผู้แทนการค้ากระทำการดังกล่าวแต่อย่างใด⁸ และโดยปกติ เมื่อผู้แทนการค้าสหรัฐจะทำคำวินิจฉัย (“shall” determination) ในประเด็นที่ว่าสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกาถูกปฏิเสธหรือไม่ ผลการวินิจฉัยย่อมจะต้องขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่ได้จากการไต่สวนเป็นสำคัญ (on the basis of the investigation) ตามหลักการในมาตรา 304 (a)(1) ของกฎหมายการค้า มิใช่เป็นดุลยพินิจที่จะวินิจฉัยไปในทางใดก็ได้⁹ ดังนั้น กำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในมาตรา 304 (a)(2)(A) จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory legislation)

เมื่อมาตรา 304 ของกฎหมายการค้าเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยกตัวอย่างแนววินิจฉัยของคณะผู้พิจารณา (panel) ในคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในกับเกณฑ์ขึ้นอ้างหลายคดี เช่น คดี United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances ซึ่งคณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่า **การมีกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory legislation) ในการใช้อัตราภาษีภายในประเทศโดยปราศจากการบังคับเอากับสินค้าที่นำเข้ามาในประเทศ ย่อมตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของข้อ III.2 วรรคแรก (ของเกณฑ์) ... เมื่อกฎหมายของสหรัฐอเมริกาประเทศผู้ถูกฟ้อง (อันมีข้อความไม่สอดคล้องกับเกณฑ์) เป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ ดังนั้น แคนาดาและประชาคมเศรษฐกิจยุโรปซึ่งเป็นประเทศผู้ฟ้องคดีจึงมีอำนาจฟ้องร้องว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อเกณฑ์ได้**¹⁰

คดี United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverage คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่า **กฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะต้องกระทำการอันไม่สอดคล้องกับเกณฑ์นั้นถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ ไม่ว่ากฎหมายนั้นจะถูกใช้แล้วหรือไม่ก็ตาม แต่สำหรับกฎหมายที่เพียงแต่ให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน (ในอันที่จะใช้ดุลยพินิจ หรือ discretionary) ในการกระทำการไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ ยังไม่ถือว่ากฎหมายนั้นขัดต่อเกณฑ์โดยตัวมันเองแต่อย่างใด ... เมื่อกฎหมายที่เป็นบทบังคับมีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำการไม่**

⁷ Ibid., para. 4.744.

⁸ Ibid., para. 4.705.

⁹ Ibid., para. 4.520.

¹⁰ Ibid., para 4.155.

สอดคล้องกับบทบัญญัติของแกตต์ แม้ว่าหน่วยงานผู้บังคับใช้กฎหมายจะใช้อำนาจยกเลิกมาตรการตามกฎหมายนั้น ก็ยังต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของแกตต์¹¹

คดี India – Patents Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products หรือ India - Patents คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายอันมีลักษณะเป็นบทบังคับซึ่งมีเนื้อหาละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก ไม่สามารถเป็นหลักประกันว่าพันธกรณีดังกล่าวจะไม่ถูกละเมิด¹²

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยดังกล่าว จะพบหลักว่า หากประเทศสมาชิกตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory) และมีเนื้อหาความไม่สอดคล้องกับแกตต์ จะถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักการกับแกตต์ และประเทศสมาชิกนั้นละเมิดพันธกรณีที่ตนผูกพันอยู่ตามแกตต์

3) ในการแปลความกฎหมายการค้านั้น ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยกความในมาตรา 102 (a)(1) ของกฎหมายว่าด้วยความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย (Uruguay Round Agreements Act) ซึ่งมีข้อความว่า

“ในกรณีที่หลักการในความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย (Uruguay Round Agreements) หรือการบังคับใช้หลักการในความตกลงดังกล่าวเฉพาะต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือในสถานการณ์หนึ่งสถานการณ์ใดไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา ให้ถือว่าหลักการหรือการบังคับใช้ดังกล่าวไม่มีผล (ทางกฎหมายต่อสหรัฐอเมริกา)”¹³

และนอกจากนี้ในมาตรา 102 (c) ของกฎหมายฉบับดังกล่าวยังมีหลักการว่า

“นอกจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้อำนาจนี้เองแล้ว ไม่มีบุคคลใด ... จะสามารถโต้แย้งการปฏิบัติงานตามกฎหมาย หรือการงดเว้นการปฏิบัติงานตามกฎหมาย ของหน่วยงานของรัฐ, ตัวแทนหน่วยงานของรัฐ, หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐบาลกลาง, มลรัฐต่าง ๆ หรือหน่วยงานฝ่ายปกครองส่วนย่อยของมลรัฐต่าง ๆ โดยอาศัยเหตุที่ว่า การปฏิบัติงานหรือการปฏิบัติงานดังกล่าวขัดต่อความตกลง (ภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก)”¹⁴

¹¹ Ibid., para. 4.157 – 4.158.

¹² Ibid., para. 4.707.

¹³ Ibid., para. 4.550.

¹⁴ Ibid., para. 4.551.

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาอ้างถึงเป็นแนวปฏิบัติเรื่อยมาว่ากฎหมายภายในของตนเองจะได้รับความสำคัญก่อนพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากข้อโต้แย้งอย่างเป็นทางการของทนายฝ่ายสหรัฐอเมริกาในคดี Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีใจความว่า

“...ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางแนววินิจฉัยมาเป็นเวลานานนับศตวรรษแล้วว่า สภาคองเกรสมีอำนาจจะทำการตามวัตถุประสงค์กฎหมายภายใน แม้ว่ากรณีจะไม่เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และในกรณีนี้สภาคองเกรสไม่ปรารถนาจะให้มีสำนักงานใด ๆ ขององค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ (PLO) ในสหรัฐอเมริกา ตลอดถึงไม่ปรารถนาให้มีสำนักงานของผู้สังเกตการณ์ของ PLO ในสหประชาชาติอีกด้วย โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ...”¹⁵

จะเห็นได้ว่าการกระทำของผู้แทนการค้าตามกฎหมายการค้าเป็นสิ่งที่ไม่สามารถโต้แย้งคัดค้านได้ และไม่อยู่ในข่ายที่จะถูกตรวจสอบโดยศาล (judicial review) และสหรัฐอเมริกาจะให้ความสำคัญกับกฎหมายภายในก่อนพันธกรณีระหว่างประเทศเสมอ การอ้างระเบียบปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายการค้าจะกระทำโดยสอดคล้องกับความเข้าใจ เสมอจึงขาดน้ำหนักในทางกฎหมาย (sound legal basis)

และที่สำคัญที่สุด ไม่ว่าสหรัฐอเมริกาจะมีแนวปฏิบัติสำหรับบางคดีเป็นอย่างไร แนวปฏิบัติเหล่านั้นก็หากเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีนี้ไม่ เนื่องจากประเทศคู่พิพาททุกฝ่ายในคดีต่างเห็นพ้องให้คณะผู้พิจารณาเป็นผู้วินิจฉัยในประเด็น **ความชอบด้วยกฎหมายของตัวบทบัญญัติมาตรา 301 – 310 ของกฎหมายการค้าเท่านั้น** ไม่รวมถึงประเด็นว่าด้วยการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด¹⁶ และเมื่อบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อความเข้าใจ แล้ว ไม่ว่าผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาจะบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ก็ไม่เป็นเหตุให้บทบัญญัติเหล่านั้นชอบด้วยความเข้าใจ ขึ้นมาได้¹⁷

4) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยกหลักการพื้นฐานข้อหนึ่งขององค์การการค้าโลก คือหลักความมั่นคงและคาดหมายได้ (security and predictability) ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ XVI:4 ของอนุสัญญาอาร์รา เกซซึ่งเป็นอนุสัญญาก่อตั้งองค์การการค้าโลก¹⁸ ซึ่งมีข้อความว่า

¹⁵ Ibid., para. 4.760.

¹⁶ Ibid., para. 4.706.

¹⁷ Ibid., para. 4.708.

¹⁸ Ibid., para. 4.751.

“ประเทศสมาชิกทั้งหลายจะต้องให้การรับรองว่า กฎหมายภายใน ระเบียบ ตลอดจน กระบวนการในการปฏิบัติงานทั้งหลายของตนนั้นสอดคล้องกับพันธกรณี (ภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก)”

ดังนั้น เพื่อเป็นการให้การรับรอง ประเทศสมาชิกจะต้องกระทำกร^{ในทางบวก} (positive) ถึง ความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในกับพันธกรณีดังกล่าว รวมตลอดถึงระเบียบและกระบวนการในการปฏิบัติงาน¹⁹ ซึ่งหลักการเช่นนี้ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ขยายความถึงหลักการดังกล่าวว่า ประกอบด้วย

- ในกรณีที่มีความขัดหรือแย้งกันระหว่างกฎหมายภายในที่ประกาศใช้ก่อนการจัดตั้งองค์การการค้าโลกกับพันธกรณีตามความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก ประเทศสมาชิกจะไม่สามารถอ้างการประกาศใช้ก่อนขึ้นเป็นข้ออ้างในการไม่แก้ไขกฎหมายนั้นอีกต่อไป แต่จะต้องยกเลิกหรือแก้ไขตัวกฎหมายภายในนั้นเพื่อให้สิ้นสภาพความขัดหรือแย้งกับพันธกรณีเสมอ
- ข้อ XVI:4 มิได้หมายความว่าถึงเฉพาะตัวบทกฎหมาย (legislation) เท่านั้น หากยังหมายถึง ความรวมถึงระเบียบ (regulation) และกระบวนการในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (administrative procedure) อีกด้วย และแม้ว่ากฎหมายหรือระเบียบดังกล่าวจะออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารก็อยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อ XVI:4 เช่นเดียวกัน
- พันธกรณีในอันที่จะต้องให้การรับรอง (ensure) ความสอดคล้อง (conformity) ในข้อนี้ นอกจากประเทศสมาชิกจะต้องให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการในการปฏิบัติงานที่สอดคล้องกับพันธกรณีแล้ว ประเทศสมาชิกจะต้องวางระบบ (structure) กฎหมายของตนเพื่อบรรลุตามวัตถุประสงค์ (objectives) ของความตกลงได้อย่างแน่นอน
- เมื่อพิจารณาหลักการนี้ร่วมกับข้อ 3.2 ของความเข้าใจ²⁰ และหลักสุจริต (good faith) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาแล้ว กฎหมายภายใน ระเบียบปฏิบัติ

¹⁹ Ibid., para. 4.234.

²⁰ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute Article 3.2

“กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกถือเป็นองค์ประกอบหลักในการก่อให้เกิดความมั่นคงและคาดหมายได้ของระบบการค้าพหุภาคี ประเทศสมาชิกทั้งหลายยอมรับว่ากระบวนการนี้มีขึ้นเพื่อช่วยสงวนรักษาสีทธิและหน้าที่ของประเทศสมาชิกภายใต้ความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจฯ และแสดงถึงความมีอยู่ของหลักการในความตกลงดังกล่าว ตามจารีตประเพณีในการแปลความกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง คำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การระงับข้อพิพาทไม่ก่อให้เกิดการเพิ่มหรือลดซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประเทศสมาชิกตามความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจฯ”

ตลอดจนกระบวนการวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีโครงสร้างและส่วนประกอบอันก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในทางการค้าต่อประเทศสมาชิกอื่น ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการให้การรับรองถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก²¹

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยกแนวคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาและองค์การพิจารณาอุทธรณ์ในคดี India – Patents ขึ้นเป็นตัวอย่าง ซึ่งในคดีดังกล่าวสหรัฐอเมริกาฟ้องร้องอินเดียว่ามีกฎหมายสิทธิบัตรที่ละเมิดต่อพันธกรณีตาม TRIPs และอินเดียได้ยกข้อต่อสู้ว่าแม้กฎหมายดังกล่าวจะขัดกับหลักการใน TRIPs แต่อินเดียมีระเบียบปฏิบัติที่เรียกว่า mailbox system ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ของอินเดียสามารถใช้ดุลยพินิจเพื่อกระทำการมิให้ขัดต่อพันธกรณีตาม TRIPs ได้ ดังนั้นประเด็นแห่งคดีจึงมีอยู่ว่าระบบปฏิบัติดังกล่าวจะสามารถเป็นหลักประกันว่าอินเดียจะไม่ละเมิดพันธกรณีได้หรือไม่²²

คณะผู้พิจารณาในคดีดังกล่าวตัดสินให้อินเดียเป็นฝ่ายแพ้คดี เนื่องจากเห็นว่า กรณีมีข้อสงสัยตามสมควรว่าระเบียบปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่จะไม่สามารถใช้บังคับได้ในทุกกรณี เช่นกรณีมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล²³ อันก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในตัวเอง ว่ากฎหมายดังกล่าวอาจจะส่งผลให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานไปในทางสอดคล้องกับพันธกรณีหรือไม่ก็ได้ และเมื่อกฎหมายภายในกำหนดเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่สามารถปฏิบัติงานหรือทำคำวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกก็ได้แล้ว ประเทศผู้ถูกฟ้องไม่สามารถอ้างเอาความไม่แน่นอนอันเกิดแต่กฎหมายของตนเองนั้นขึ้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นผิดได้ และถ้าหากประเทศสมาชิกยังสามารถใช้กฎหมายภายในที่*ไม่มีน้ำหนักในทางกฎหมายเพียงพอ* (lack of sound legal basis) ที่จะทำการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะเป็นไปในทางสอดคล้องกับพันธกรณีขององค์การการค้าโลกเสมอแล้ว หลักการนี้ย่อมไม่สามารถบรรลุผล²⁴

และในคดี Japan – Measures Affecting Agricultural Products หรือ Japan – Agriculture ซึ่งประเทศญี่ปุ่นถูกฟ้องว่ากระทำการขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS Agreement) และญี่ปุ่นได้ยกข้อต่อสู้ว่ากฎหมายภายในของตนสอดคล้องกับ SPS Agreement คืออยู่แล้ว เพราะกฎหมายดังกล่าวมิได้บังคับ (mandate) ให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานกระทำการขัดต่อพันธกรณีตาม SPS Agreement แต่คณะผู้พิจารณาในคดีดังกล่าวได้ตัดสินให้ญี่ปุ่นแพ้ด้วยเหตุผลว่า

“...มาตรการของรัฐที่มีได้มีลักษณะเป็นบังคับ (non-mandatory) ก็อาจขัดต่อหลักการของความตกลงได้ ถ้าหากการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นในการบรรลุผลประโยชน์ของรัฐ หรือ

²¹ Ibid., para. 4.237.

²² Ibid., para. 4.318 – 4.319.

²³ Ibid., para. 4.322.

²⁴ Ibid., para. 4.752.

อาจกล่าวได้ว่า หากการปฏิบัติตามมาตรการนั้นก็เพียงพอแล้ว (suffician) ที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการส่งเสริม (incentive) หรือการหยุดยั้ง (disincentive) ทางการค้าได้²⁵

ดังนั้น ในการพิจารณาถึงความสอดคล้องหรือขัดแย้งกับพันธกรณี หากพิจารณาแล้วมาตรการที่พิพาทกันนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการส่งเสริมหรือหยุดยั้งในทางการค้าขึ้นจริง มาตรการดังกล่าวก็ถือว่าขัดต่อพันธกรณีได้ โดยไม่จำเป็นว่ามาตรการนั้นจะมีลักษณะบังคับ (mandatory) เสมอไป²⁶

4.2.1.2 ข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าความในมาตรา 304 ไม่ขัดต่อความเข้าใจ เพราะ

1) กำหนดระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ ไม่ใช่ 19 1/2 เดือนอย่างที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปคำนวณได้ เนื่องจากประชาคมเศรษฐกิจยุโรปใช้ระยะเวลามากที่สุดของแต่ละขั้นตอนมารวมกัน ซึ่งที่ถูกต้องควรคำนวณได้ดังนี้

- ในขั้นตอนการตั้งคณะผู้พิจารณา ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปละเลยความในเชิงอรรถที่ 5 ของความเข้าใจ ข้อ 6.1 ที่ให้ประเทศผู้ฟ้องสามารถร้องขอต่อองค์กรระงับข้อพิพาทให้เรียกประชุมเพื่อตั้งคณะผู้พิจารณาภายใน 15 วันนับแต่วันยื่นคำร้องขอตั้งคณะผู้พิจารณาได้ ดังนั้นในขั้นตอนนี้จึงกินเวลาเพียง 1 เดือน แทนที่จะเป็น 1 เดือน 15 วันอย่างที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้าง²⁷
- ในขั้นตอนการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปคำนวณระยะเวลาการพิจารณาโดยยึดว่าคณะผู้พิจารณาจะขอต่อระยะเวลาออกไปเต็มตามที่กำหนดไว้ในความเข้าใจ คือ 3 เดือนเสมอ ทั้งที่โดยปกติคณะผู้พิจารณาจะขอต่อระยะเวลาเพียงไม่เกิน 2 เดือนเท่านั้น²⁸
- ในขั้นตอนการรับรองรายงานความเห็น ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปคำนวณระยะเวลาโดยยึดหลักที่ว่าองค์กรระงับข้อพิพาทจะมีการประชุมเดือนละครั้ง และใช้กำหนดระยะเวลายาวนานที่สุด คือ 60 วันนับแต่วันที่คณะผู้พิจารณามีรายงานความเห็น โดยละเลยข้อ

²⁵ Ibid., para. 4.241.

²⁶ Ibid., para. 4.242.

²⁷ Ibid., para. 4.681.

²⁸ Ibid., para. 4.680.

เท็จจริงที่ว่าประเทศสมาชิกสามารถร้องขอต่อองค์กรระดับข้อพิพาทให้มีการประชุมรับ
รองรายงานความเห็นในขณะใดก็ได้²⁹

ดังนั้น ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ที่สหรัฐอเมริกาคำนวณได้จึงเป็น 16
เดือน 20 วัน แทนที่จะเป็น 19 1/2 เดือนอย่างที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้าง และเมื่อกำหนดเวลาเป็นดัง
กล่าว มาตรา 304 จึงสอดคล้องกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามความเข้าใจ อย่างที่สุด³⁰

2) แม้ว่าคดีจะฟังได้ว่าระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ในแต่ละคดีจะยาว
เกินกว่า 18 เดือน แต่มาตรา 304 ก็ไม่ขัดต่อข้อ 23.2 (a) เนื่องจากมาตรา 304 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลย
พินิจ (discretionary legislation) มิใช่กฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory legislation) ดังที่ประชาคม
เศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้าง เพราะบทบัญญัติมาตรา 304 มิได้มีลักษณะห้ามอย่างเด็ดขาด (preclude) มิให้ผู้
แทนการค้ามีโอกาสกระทำการสอดคล้องกับข้อ 23.2 (a) ในทุกกรณี³¹

สำหรับปัญหาว่ากฎหมายลักษณะใดจะเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจ กฎหมาย
ลักษณะใดจะเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับนั้น สหรัฐอเมริกาได้ยกแนวคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาหลายคดี
ขึ้นอ้าง เช่น

คดี United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances หรือ คดี
US – Superfund ซึ่งคณะผู้พิจารณาตัดสินว่า แม้ว่าตัวบทกฎหมายจะมีข้อความให้เจ้าพนักงานภาษีเก็บภาษีใน
ลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของแกตต์ แต่กระนั้นตัวกฎหมายยังเปิดช่องให้เจ้าพนักงาน
สามารถหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีโดยขัดต่อพันธกรณีดังกล่าว ด้วยวิธีการตราระเบียบปฏิบัติ ดังนั้นจึงถือไม่ได้ว่า
อัตราภาษีในกฎหมาย superfund ละเมิดพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกาผูกพันอยู่ต่อแกตต์³²

คดี Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes หรือ
Thailand – Cigarettes คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่า แม้พระราชบัญญัติยาสูบของไทยจะกำหนดเพดานภาษี
สำหรับบุหรี่ที่นำเข้ามาจากต่างประเทศไว้สูงกว่าบุหรี่ที่ผลิตในประเทศ แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้อำนาจเจ้า
พนักงานสรรพสามิตของไทยในการเก็บภาษีได้ในอัตราที่เหมาะสมตามดุลยพินิจ พระราชบัญญัตินี้จึงมิได้มี
ลักษณะเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ และข้อเท็จจริงเพียงว่ามีความเป็นไปได้ที่เจ้าพนักงานสรรพสามิต

²⁹ Ibid., para. 4.682.

³⁰ Ibid., para. 4.683.

³¹ Ibid., para. 4.684.

³² Ibid., para. 4.176.

จะเรียกเก็บภาษีตามพระราชบัญญัติยาสูบในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับข้อ III: 2 ของแกตต์ ยังไม่พอ
 ฟังว่าพระราชบัญญัติยาสูบขัดต่อหลักการของแกตต์³³

สหรัฐอเมริกาสรุปว่าในการกล่าวอ้างว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกขัดต่อพันธกรณี
 นั้น ประเทศผู้ฟ้องคดีมีภาระการพิสูจน์ให้ได้ว่ากฎหมายภายในของประเทศผู้ถูกฟ้องนั้น บังคับ (mandate) ให้
 เกิดการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อพันธกรณี กล่าวคือ เมื่อตีความกฎหมายภายในฉบับที่เป็นปัญหานั้นตาม
 ระบบกฎหมายของประเทศผู้ถูกฟ้องแล้ว กฎหมายฉบับนั้น “ห้ามอย่างเด็ดขาด” มิให้เกิดการกระทำอัน
 สอดคล้องกับพันธกรณีได้เลย และหากเกิดกรณีที่สามารถแปลความหมายของถ้อยคำได้หลายทาง ประเทศ
 ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า กฎหมายฉบับนั้นไม่ก่อให้เกิดการกระทำที่สอดคล้องกับพันธกรณีได้เลย
 ไม่ว่าจะแปลความหมายของถ้อยคำในกฎหมายไปในทางใดก็ตาม ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมิได้นำสืบ
 พิสูจน์ถึงประเด็นนี้แต่อย่างใด³⁴

สหรัฐอเมริกาได้กล่าวอ้างว่า เหตุที่มาตรา 304 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจนั้น เนื่อง
 จากถ้อยคำในมาตรา 304 (a)(1)³⁵ นั้นใช้คำว่า “determine *whether*” ซึ่งมีความหมายว่าผู้แทนการค้าจะทำคำ

³³ Ibid., para. 4.177

³⁴ Ibid., para. 4.180.

³⁵ United States – Trade Act of 1974 (as amended) Section 304(a)(1), 19 U.S.C. section 2414(a)(1).

SEC. 304. DETERMINATIONS BY THE TRADE REPRESENTATIVE.

(a) IN GENERAL.—

(1) On the basis of the investigation initiated under section 302 and the consultations (and the proceedings, if applicable) under section 303, the Trade Representative shall—

(A) determine *whether*—

(i) the rights to which the United States is entitled under any trade agreement are being denied, or

(ii) any act, policy, or practice described in subsection (a)(1)(B) or (b)(1) of section 301 exists, and

(B) if the determination made under subparagraph (A) is affirmative, determine what action, if any, the Trade Representative should take under subsection (a) or (b) of section 301.

วินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกาหรือไม่ก็ได้ หากมาตรา 304 (a)(1) จะเป็นกฎหมาย อันเป็นบทบังคับจะต้องใช้คำว่า “determine *that*” ซึ่งจะมีความหมายบังคับให้ผู้แทนการค้าจะต้องทำคำวินิจฉัย ว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิแล้วเท่านั้น³⁶ และถ้อยคำในมาตรา 301 – 310 ของกฎหมายการค้าฉบับนี้ไม่มีส่วนใด บังคับให้ผู้แทนการค้าจะต้อง**มีคำวินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ก่อนที่คณะ ผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์จะมีรายงานความเห็น**เลย ดังนั้นผู้แทนการค้าจึงสามารถเลี่ยงการ กระทำอันละเมิดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ ได้หลายทางด้วยกัน³⁷ โดยการ

- ทำคำวินิจฉัยว่ายังไม่เกิดการปฏิเสธสิทธิทางการค้า³⁸
- รอการทำคำวินิจฉัยไปก่อนจนกว่าคณะผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์จะมีรายงานความเห็น
- ดำเนินการระงับข้อพิพาทผ่านองค์การการค้าโลกก่อนเริ่มต้นการสอบสวน ซึ่งผู้แทนการค้าสามารถทำได้เนื่องจากบทบัญญัติของมาตรา 302 (a)(2) บัญญัติให้ผู้แทนการค้าจะต้องเริ่มต้นสอบสวนภายใน 45 วันนับแต่ได้รับคำร้อง ซึ่งในระหว่างนั้นผู้แทนการค้าสามารถดำเนินการเจรจาหรือกับประเทศคู่กรณีตามกระบวนการในความเข้าใจ ก่อน จะเริ่มการสอบสวนได้ โดยการกระทำดังกล่าวจะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทตาม ความเข้าใจ เสริ้จสิ้นก่อนการสอบสวนตามกฎหมายการค้า³⁹

ดังนั้น หากประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะพิสูจน์ว่ามาตรา 304 อันเป็นกฎหมายให้อำนาจดุลย พินิจนั้นไม่สอดคล้องกับพันธกรณี ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะต้องแสดงให้เห็นได้ว่า ผู้แทนการค้าไม่สามารถทำ คำวินิจฉัยในเชิงปฏิเสธ (negative determination) ได้ เช่น วินิจฉัยว่ายังไม่เกิดการปฏิเสธสิทธิ, วินิจฉัยว่าองค์ กรระงับข้อพิพาทยังมีได้รับรองว่ามีการละเมิดพันธกรณี, หรือยกเลิกการไต่สวนเดิมและเริ่มกระบวนการไต่สวน ครั้งใหม่ เป็นต้น⁴⁰

³⁶ Report of the panels, United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R, Adopted on 22 December 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 4.524.

³⁷ Ibid., para. 4.504 – 4.506.

³⁸ Ibid., para. 4.502.

³⁹ Ibid., para. 4.684 – 4.685.

⁴⁰ Ibid., para. 4.529.

3) ตามที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปอ้างถึงหลัก “ความมั่นคงและคาดหมายได้” นั้น สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าความมั่นคงและคาดหมายได้นั้นเป็นเพียงวัตถุประสงค์ (objective) มิใช่พันธกรณีที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม (obligation) ทั้งนี้สหรัฐอเมริกาแปลความอนุสัญญาตามหลักการในข้อ 31 (1) แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ซึ่งมีข้อความว่า

“การแปลความสนธิสัญญาจะต้องกระทำโดยสุจริต (good faith) ตามความหมายปกติ (ordinary meaning) แห่งตัวบทบัญญัติของสนธิสัญญานั้นภายในข้อความบท (context) นั้น และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ (object) และความมุ่งหมาย (purpose) แห่งสนธิสัญญา”⁴¹

และสหรัฐอเมริกาได้อ้างคำวินิจฉัยขององค์การพิชารณาอุทธรณ์ในคดี United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products หรือ US – Shrimp ที่ว่า

“ผู้แปลความสนธิสัญญาระหว่างประเทศจะต้องเริ่มต้นแปลโดยพิเคราะห์ถึงถ้อยคำในบทบัญญัติเฉพาะส่วนที่ต้องการแปลเป็นอันดับแรก ถ้อยคำที่ประกอบขึ้นเป็นบทบัญญัตินั้นเองเมื่ออ่านรวมกันทั้งบทจะเป็นแหล่งแรกที่จะสามารถค้นหาวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญาได้ และเมื่อถ้อยคำที่เขียนไว้มีความหมายหลายนัยหรือไม่อาจสรุปความหมายได้โดยตัวมันเอง หรือเมื่อต้องการการยืนยันหรือแก้ไขเนื้อความในตัวบทนั้นแล้ว จึงจะค้นหาความหมายจากวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายโดยรวมของตัวสนธิสัญญา”⁴²

ดังนั้น การแปลความสนธิสัญญาย่อมจะต้องพิเคราะห์ความหมายปกติของถ้อยคำเป็นอันดับแรก ต่อเมื่อถ้อยคำในสนธิสัญญา ไม่ว่าจะในตัวถ้อยคำนั้นเอง หรือเมื่ออ่านรวมกันทั้งบทแล้วได้ความหมายหลายนัย เมื่อนั้นจึงจะนำวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญามาประกอบการตีความ ดังนั้น วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญาจึงมีความสำคัญในลำดับรองจากความหมายปกติของถ้อยคำ จึงไม่อาจตีความโดยใช้วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญาแทนความหมายปกติของถ้อยคำได้ และไม่อาจนำมาเป็นหลักเกณฑ์ความหมายตามปกติของถ้อยคำได้เช่นกัน⁴³

ในความเห็นของสหรัฐอเมริกา ความมั่นคงและคาดหมายได้ ดังที่ปรากฏในข้อ 3.2 ของความเข้าใจ เป็นเพียงหลักฐานแสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาเท่านั้น เนื่องจากมาตราดังกล่าวใช้ถ้อยคำว่า “กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกถือเป็นองค์ประกอบหลักในการก่อให้เกิด (providing) ความมั่นคงและคาดหมายได้ของระบบการค้าพหุภาคี...” เมื่อแปลความตามความหมายปกติ

⁴¹ Ibid., para. 4.341.

⁴² Ibid., para. 4.342.

⁴³ Ibid., para. 3.343.

แล้วต้องถือว่าความมั่นคงและคาดหมายได้เป็นวัตถุประสงค์ที่ความเข้าใจ ต้องการให้เกิดขึ้น มิใช่เป็นพันธกรณีที่สมาชิกจะต้องปฏิบัติแต่อย่างใด⁴⁴ เมื่อความมั่นคงและคาดหมายได้มิได้เป็นพันธกรณีตามข้อ 23 ของความเข้าใจ และอีกประการหนึ่งคือประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมิได้ฟ้องร้องว่ากฎหมายการค้าฉบับนี้ขัดต่อข้อ 3.2 ของความเข้าใจ⁴⁵ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจึงอ้างหลักดังกล่าวมิได้

4) ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายการค้านั้น สหรัฐอเมริกาอ้างว่าเมื่อผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัย ไม่ว่าจะมีความวินิจฉัยในทางใดก็ตาม จะต้องขอความเห็นชอบจากศาลในทุกกรณี⁴⁶ โดยในขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากศาลนี้ สภาคองเกรสได้ตราคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (Statement of Administrative Action : SAA) เพื่อให้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในการแปลความตีบทกฎหมาย เมื่อคดีเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบโดยศาล⁴⁷ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ให้ผู้แทนการค้าจะต้อง⁴⁸

- ใช้กระบวนการระดับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ
- ทำคำวินิจฉัยว่า (that) เกิดการละเมิดพันธกรณีหรือปฏิเสธสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกาให้สอดคล้องกับรายงานความเห็นของคุณและผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งองค์การระดับข้อพิพาทยอมรับแล้ว
- เมื่อองค์การระดับข้อพิพาทยอมรับรายงานความเห็นในแต่ละคดีแล้ว จะต้องให้เวลาประเทศฝ่ายแพ้คดีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งภายในกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม
- หากกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมได้ผ่านพ้นไปแล้วยังไม่สามารถระดับข้อพิพาทได้ ให้ขออนุญาตต่อองค์การระดับข้อพิพาทเพื่อทำการตอบโต้ทางการค้า

⁴⁴ Ibid., para. 4.346.

⁴⁵ Ibid., para. 4.348.

⁴⁶ Ibid., para. 4.122.

⁴⁷ Ibid., para. 4.121. ดูเพิ่มเติม Statement of Administrative Action *reprinted in* H.R. Doc. No. 103-316, at 1029 (US Exhibit 11), Chapter B, subchapter 2, littera b (enforcement of US rights), p. 1. และ 19 U.S.C. section 3512 (d)

⁴⁸ Ibid. ดูเพิ่มเติม Statement of Administrative action, pp. 365 – 366.

จากระบบที่กล่าวมานี้ จึงเป็นหลักประกันว่า แม้ตัวบทบัญญัติในกฎหมายการค้าจะมีความคลุมเครือ แต่การแปลความจะถูกควบคุมโดยศาล⁴⁹ และทำให้ผู้แทนการค้าจะต้องทำคำวินิจฉัยโดยยึดแนวทางตามผลการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ เสมอ⁵⁰

ในประเด็นความสำคัญของระเบียบปฏิบัติ สหรัฐอเมริกากล่าวแก้หลักการในคดี India – Patents ที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้าง โดยกล่าวว่า ในคดีดังกล่าวองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณากฎหมายภายใน โดยให้นิยามความหมายของคำว่ากฎหมายภายในว่ารวมถึงกฎระเบียบอื่น ๆ ที่ช่วยในการแปลความตัวบทกฎหมายอีกด้วย ดังนั้น ระเบียบปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ที่แม้จะมีได้ตีพิมพ์หรือเผยแพร่เป็นการทั่วไปก็อาจนำมาประกอบการพิจารณาในระดับความสำคัญมากกว่าตัวบทกฎหมายก็ได้ หากแต่อินเดียไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าในระบบกฎหมายอินเดีย ระเบียบปฏิบัติของเจ้าหน้าที่มีความสำคัญเพียงพอ⁵¹

จากข้อต่อสู้ของประเทศคู่พิพาท สามารถแสดงวิธีคำนวณระยะเวลาของกระบวนการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ ของแต่ละฝ่ายได้ดังนี้



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁹ Ibid., para. 4.128.

⁵⁰ Ibid., para. 4.130.

⁵¹ Ibid., para. 4.129. ดูเพิ่มเติม India – Patents, Appellate Body Report, para. 65-66.

ตารางที่ 4

วิธีคำนวณระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทของคู่ความแต่ละฝ่าย

การคำนวณของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป	ระยะเวลาตามมาตรา 304	การคำนวณของสหรัฐอเมริกา
ขั้นตอนเจรจาหรือ 60 วัน	ระยะเวลาตั้งแต่เริ่มต้นการโต้สวนตามมาตรา 302 จนกระทั่งมีคำวินิจฉัยตามมาตรา 304 (a)(2)(A) ใช้เวลา 18 เดือน	ขั้นตอนเจรจาหรือ 60 วัน
ตั้งคณะผู้พิจารณา ระหว่าง 10 วัน ถึง 1 เดือน 15 วัน		ตั้งคณะผู้พิจารณา สามารถเรียกประชุมเพื่อตั้งคณะผู้พิจารณาเป็นกรณีพิเศษได้ ใช้เวลาเพียง 1 เดือน
การดำเนินคดีในชั้นคณะผู้พิจารณา (กรณีไม่มีการอุทธรณ์) 6 เดือน		กรณีไม่มีการอุทธรณ์ 6 เดือน
การดำเนินคดีในกรณีที่มีการอุทธรณ์ 12 เดือน		สามารถร้องขอให้องค์กรระงับข้อพิพาทเพื่อนัดประชุมรับรองรายงานความเห็นเป็นกรณีพิเศษได้ ซึ่งจะใช้เวลาสั้นลง
การขยายเวลาในกรณีพิเศษ -ชั้นคณะผู้พิจารณาขยายได้ไม่เกิน 3 เดือน -องค์กรพิจารณาอุทธรณ์ขยายออกไปได้ไม่เกิน 30 วัน		การขยายเวลาในกรณีพิเศษ -ชั้นคณะผู้พิจารณา ตามปกติคณะผู้พิจารณาจะขอขยายเพียง 2 เดือน
รวมทั้งสิ้น 19 1/2 เดือน		รวมทั้งสิ้น 16 เดือน 20 วัน

4.2.2 ประเด็นมาตรา 306

4.2.2.1 ข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป

1) เมื่อสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ฟ้องร้องประเทศคู่ค้าว่ากระทำการขัดต่อพันธกรณี และองค์กรระงับข้อพิพาทมีคำแนะนำหรือคำสั่งให้ประเทศคู่ค้าดังกล่าวปฏิบัติตามแล้ว มาตรา 306 (a) ของกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกาให้ผู้แทนการค้ามีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบว่าประเทศคู่ค้าดังกล่าวปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งแล้วหรือไม่ และถ้าหากผู้แทนการค้าเห็นว่า (consider) ประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ผู้แทนการค้าจะต้อง (shall) ทำคำวินิจฉัย (determination) ถึงมาตรการที่จะใช้ต่อไป ภายในกรอบระยะเวลา 30 วันหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม ตามความในมาตรา 304 (b)(2)⁵² ซึ่งการทำคำวินิจฉัยตามมาตรา

⁵² Ibid., para. 4.791.

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเห็นว่าเป็นการวินิจฉัยโดยปริยาย (imply) ว่าประเทศสมาชิกอื่นละเมิดพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก หรือกระทำให้เสียหายซึ่งผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา อันอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 23.1 และ 23.2 (a) ของความเข้าใจ⁵³

ซึ่งกรอบระยะเวลา 30 วันดังกล่าว หากประเทศคู่กรณีมีความเห็นไม่ตรงกันถึงความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง และตกลงส่งเรื่องให้คณะผู้พิจารณาชุดเดิมเป็นผู้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในข้อ 21.5 ของความเข้าใจ ซึ่งกรอบระยะเวลาในการพิจารณาตามข้อนี้คือ 90 วันแล้ว สหรัฐอเมริกาจะไม่สามารถรอฟังผลการพิจารณาตามข้อ 21.5 นี้ได้⁵⁴ รวมถึงกรณีมีข้อสงสัยถึงความถูกต้องของการระงับสิทธิประโยชน์อันนำไปสู่การยื่นเรื่องให้อนุญาตไต่สวนการวินิจฉัยตามข้อ 22.6 ของความเข้าใจ ซึ่งมีระยะเวลาการดำเนินการ 70 วัน⁵⁵ อีกด้วย ดังนั้นกฎหมายมาตราดังกล่าวจึงเป็นการบังคับให้สหรัฐอเมริกากระทำการขัดต่อข้อ 23 ของความเข้าใจ⁵⁶

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้กล่าวต่อไปว่า มาตรา 306 (b)(2) ใช้คำว่า shall ซึ่งมีความหมายในทางบังคับ⁵⁷ และนอกจากนี้ตามมาตรา 306 (a) ได้ระบุให้ผู้แทนการค้าต้องทำคำวินิจฉัยบนพื้นฐานของ (ข้อเท็จจริงที่ได้จาก) การสอบสวนที่เริ่มต้นตามมาตรา 302 หรือการตรวจตราและสอดส่องตามมาตรา 306 (a) โดยเมื่อพิจารณามาตรา 301 – 310 โดยตลอดจะพบว่าไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยบนพื้นฐานอื่นนอกเหนือจากนี้ ดังนั้นการแปลความบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้อำนาจผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยให้สอดคล้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก หรืออ้างว่าผู้แทนการค้ามีอำนาจทำคำวินิจฉัยในประเด็นอื่นเช่น ยังไม่มีการปฏิเสธสิทธิ ยังไม่ล้มเหลวในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง **ทั้งที่เป็นหลักการนอกเหนือจากเนื้อหาบทบัญญัติอย่างสิ้นเชิง** (entirely outside the plain language of the law) จึงเป็นการไม่สมเหตุสมผล⁵⁸

⁵³ Ibid., para. 4.792.

⁵⁴ Ibid., para. 4.793.

⁵⁵ Ibid., para. 4.823.

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปอ้างว่าอนุญาตไต่สวนการตามข้อ 22.6 มีกรอบระยะเวลาดำเนินการภายใน 60 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม และเมื่ออนุญาตไต่สวนการมีคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นจะต้องส่งไปถึงองค์กรระงับข้อพิพาทล่วงหน้าก่อนวันประชุมเพื่อรับรองอย่างน้อย 10 วัน ดังนั้นระยะเวลาในการดำเนินการตามข้อนี้จึงกินเวลาประมาณ 70 วัน

⁵⁶ Ibid., para. 4.974.

⁵⁷ Ibid., para. 4.893.

⁵⁸ Ibid., para. 4.923. – 4.925.

2) ในการพิจารณาว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งครบถ้วนแล้วหรือไม่นั้น คู่กรณีจะต้องยื่นเรื่องให้คณะผู้พิจารณาชุดเดิมเป็นผู้วินิจฉัยตามข้อ 21.5 เท่านั้น จะใช้วิธีให้อนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามบทบัญญัติข้อ 22.6 เป็นผู้วินิจฉัยแทนเพื่อร่นกรอบระยะเวลาพิจารณาให้สั้นลงไม่ได้ ถึงแม้ว่าอนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามบทบัญญัติข้อ 22.6 ในคดี EC – Bananas III จะชี้ขาดว่าสามารถทำได้ก็ตาม⁵⁹ แต่ความเห็นดังกล่าวก็ไม่อาจเป็นแนวบรรทัดฐานสำหรับคดีต่อ ๆ ไปได้ กล่าวคือ ที่ประชุมองค์การระดับข้อพิพาทจะยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสมอ เว้นแต่มีฉันทามติให้ไม่ยอมรับคำชี้ขาดนั้น (reverse consensus) ดังนั้นองค์การระดับข้อพิพาทจึงยอมรับคำชี้ขาดแต่ไม่ปรากฏว่าได้ยอมรับแนวคิด (decision) ของอนุญาตตุลาการคดีนี้ ตลอดจนไม่เคยแสดงออกทั้งโดยเปิดเผยหรือปริยายในการยอมรับแนวคิดดังกล่าวนี้ และในการประชุมขององค์การระดับข้อพิพาทในวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1999 ประเทศสมาชิกทั้งหลายของที่ประชุมล้วนมีความเห็นว่าอนุญาตตุลาการในคดีนี้กระทำการเกินกว่าขอบอำนาจ (*ultra vires*) ในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวอีกด้วย⁶⁰

เหตุผลอีกประการหนึ่งมาจากการตีความตัวบทบัญญัติข้อ 21.5 ซึ่งมีข้อความว่า

“เมื่อมีข้อสงสัยว่ามาตรการอันประเทศฝ่ายแพ้คดีปรับเปลี่ยนตามคำแนะนำหรือคำสั่งจะสอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้องหรือไม่ การวินิจฉัยปัญหาในประเด็นนี้สามารถกระทำได้โดยอาศัยกระบวนการระดับข้อพิพาทนี้ และด้วยคณะผู้พิจารณาชุดเดิม (original Panel) คณะผู้พิจารณาจะต้อง (shall) ทำรายงานคำวินิจฉัยภายใน 90 วันนับแต่ได้รับเรื่องไว้พิจารณา”

เมื่อตีความข้อ 21.5 อย่างสุดขีดแล้ว คำว่า “กระบวนการระดับข้อพิพาทนี้” (these dispute settlement procedures) ย่อมหมายถึงกระบวนการระดับข้อพิพาทตามความเข้าใจ และมีอาจแปลในทางอื่นรวมถึงคำว่า “คณะผู้พิจารณา” (panel) ย่อมหมายถึงคณะผู้พิจารณาในบทบัญญัติข้อ 6, 7 และ 8 ของความ

⁵⁹ Ibid., para. 4.816. ดูเพิ่มเติม Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators. EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB, adopted 19 April 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_e.htm, para. 4.11.

กรณีนี้สหรัฐอเมริกาอ้างว่า การทำคำชี้ขาดตามข้อนี้ อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงระดับความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับเพื่อคำนวณระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีอยู่แล้ว ดังนั้นถ้าหากความเสียหายเป็น 0 ก็เท่ากับว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งเรียบร้อยแล้ว การดำเนินการในข้อ 22.6 จึงสามารถให้ประโยชน์แทนการดำเนินการตามข้อ 21.5 ที่มีกรอบระยะเวลาสั้นกว่าได้

⁶⁰ Ibid., para. 4.826.

เข้าใจ และมีความหมายความถึงอนุญาโตตุลาการด้วยได้⁶¹ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยกความเห็นขององค์กรพิจารณาอุทธรณ์ในคดี India – Patents ซึ่งกล่าวว่า

“หน้าที่ของผู้แปลความสนธิสัญญาคือการตรวจสอบถ้อยคำแห่งสนธิสัญญาเพื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์แห่งประเทศภาคี ซึ่งจะต้องยึดหลักการแปลความในข้อ 31 แห่งอนุสัญญาเวียนนา กระนั้นหลักการแปลสนธิสัญญานี้ก็ไม่อนุญาตและถือเป็นความผิดอันไม่นำให้อภัย หากผู้แปลได้นำถ้อยคำที่ไม่มีอยู่ในสนธิสัญญา มาเชื่อมโยงกับถ้อยคำในสนธิสัญญา หรือนำแนวคิดที่มีใช้ความมุ่งหมายของสนธิสัญญา มาใช้ในการแปล”⁶²

สาเหตุอีกประการหนึ่งที่ทำให้ไม่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการตามข้อ 22.6 แทนได้ก็เนื่องมาจากกระบวนการตามข้อนี้มิใช่กระบวนการตามแบบแผนปกติ (formal dispute settlement proceedings) ของทุกคดี เพราะผู้มีอำนาจร้องขอให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในข้อนี้ได้คือ **ประเทศผู้ถูกฟ้องคดี** (ฝ่ายแพ้คดี) มิใช่ประเทศผู้ฟ้องคดีแต่ประการใด⁶³

3) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวว่า บทบัญญัติในความเข้าใจ นั้น ล้วนมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ประเทศสมาชิกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ดังนั้นการทำรายงานความเห็นของประเทศสมาชิกไม่ถือว่าเป็น “คำวินิจฉัย” (determination) ภายใต้บังคับของข้อ 23 เสมอไป หากเป็นการทำเพื่อบังคับตามสิทธิของตนตามความเข้าใจ ดังปรากฏในประโยคแรกของข้อ 3.7 ความว่า

“ก่อนเสนอคดี (เข้าสู่องค์กรระงับข้อพิพาท) ประเทศสมาชิกสามารถบังคับตามคำตัดสิน (exercise its judgement) ได้เท่าที่การกระทำนั้นจะมีผลต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้”⁶⁴

บทบัญญัติดังกล่าวได้แสดงข้อแตกต่างระหว่างความเห็น (consideration) ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถทำได้ และคำวินิจฉัย (determination) ซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 23 ได้แก่

ความเห็น เป็นเพียงการแสดงความสงสัยว่ามีการละเมิดพันธกรณีเท่านั้น การแสดงความคิดเห็นจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอื่นใดตามมา หรืออย่างมากที่สุดผลของความเห็นจะได้แก่การเป็นพื้น

⁶¹ Ibid., para. 4.830.

⁶² Ibid., para. 4.831.

⁶³ Ibid., para. 4.891.

⁶⁴ Ibid., para. 4.838.

ฐานในการดำเนินกระบวนการอย่างอื่นต่อไป ซึ่งก็ได้แก่การยื่นคดีเข้าสู่กระบวนการระดับข้อพิพาทภายนอก เพื่อให้เกิดการยืนยันตามความเห็นนั้นจากองค์กรระดับข้อพิพาทอีกต่อหนึ่ง⁶⁵

คำวินิจฉัย เป็นความเห็นอันเป็นทางการ (formal) เป็นที่สุดแล้ว (final) และมีกฎหมายบัญญัติผลทางกฎหมายของความเห็นดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดการยืนยันตามความเห็นดังกล่าวอีก นั่นคือเมื่อมีการทำคำวินิจฉัยแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยตรงตามระบบกฎหมายภายใน เช่น เป็นขั้นตอนนำไปสู่การตอบโต้ทางการค้า เป็นต้น โดยที่จะนำไปสู่กระบวนการระดับข้อพิพาทภายในประเทศหรือระหว่างประเทศอีกหรือไม่ก็ได้⁶⁶

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวต่อไปว่าที่จริงแล้วการทำคำวินิจฉัยว่ายังไม่มีการละเมิดพันธกรณีนับเป็นเงาสสะท้อนถึงการทำคำวินิจฉัยว่ามีการละเมิดพันธกรณีเกิดขึ้นแล้วด้วย เนื่องจากในเมื่อสามารถทำคำวินิจฉัยในทางหนึ่งได้แล้ว ย่อมเป็นไปได้ที่ผู้ทำคำวินิจฉัยจะไม่สามารถทำคำวินิจฉัยไปในทางตรงกันข้าม ดังนั้นการทำคำวินิจฉัยในประเด็นว่าเกิดการละเมิดพันธกรณีหรือไม่ อันเป็นประเด็นที่กฎหมายกำหนด ย่อมจะต้องประกอบด้วยทั้งคำวินิจฉัยว่า (that) เกิดการละเมิดพันธกรณี และคำวินิจฉัยว่าไม่มีการละเมิดพันธกรณีอยู่ในตัว ซึ่งกฎหมายที่เป็นบทบังคับให้มีการทำคำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวชัดต่อข้อ 23⁶⁷ เนื่องจากการชี้ขาดถึงการมีหรือไม่มีการละเมิดพันธกรณีนั้นควรจะเป็นอำนาจของกระบวนการระดับข้อพิพาทในระดับพหุภาคี และเนื้อความข้อ 23.2 (a) มีวัตถุประสงค์ในการห้ามประเทศสมาชิกทำความเข้าใจอันเป็นทางการและมีผลผูกมัดทางกฎหมาย⁶⁸

เมื่อพิจารณาด้อยคำในมาตรา 306 (b)(2) ของกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกา การที่มาตราดังกล่าวใช้ถ้อยคำว่า “มีความเห็นว่า” (considers) แต่ก็มีได้หมายความว่าคำดังกล่าวจะมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ความเห็น” (consideration) ที่ปรากฏในหลักการของความเข้าใจ แต่อย่างไร⁶⁹ เนื่องจากเมื่อผู้แทนการค้ามีความเห็นว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามคำตัดสินแล้ว มาตรา 306 (b)(1) บัญญัติว่าผู้แทนการค้าจะต้องวินิจฉัย (determine) เกี่ยวกับมาตรการตอบโต้ที่จะใช้ต่อไปที่จะบังคับใช้กับประเทศคู่ค้า โดยไม่ให้ความสนใจว่ากระบวนการระดับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ได้มีการวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งแล้วหรือไม่⁷⁰

⁶⁵ Ibid., para. 4.841.

⁶⁶ Ibid., para. 4.842.

⁶⁷ Ibid., para. 4.843.

⁶⁸ Ibid., para. 4.844.

⁶⁹ Ibid., para. 4.848.

⁷⁰ Ibid., para. 4.849.

ในการทำคำวินิจฉัยตามมาตรา 306 (b)(1) มาตรการที่ผู้แทนการค้าจะนำมาใช้ต่อประเทศคู่ค้าได้นั้นมีบัญญัติไว้ในมาตรา 301 (c) เรียบร้อยแล้ว ซึ่งประกอบด้วยการงดให้สิทธิพิเศษหรือประโยชน์ใด (ซึ่งผู้แทนการค้าจะได้ประกาศเป็นบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า หรือ retaliation list) หรือมิฉะนั้นก็จะเป็นการเข้าทำความตกลงกับประเทศคู่ค้านั้น (ซึ่งเนื้อความในความตกลงนั้นผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาเป็นผู้กำหนดไว้ล่วงหน้า) จะเห็นได้ว่าประเทศคู่ค้ามีทางเลือกเพียงทางเดียวในการหลีกเลี่ยงการตอบโต้ทางการค้า⁷¹

ถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะอ้างว่าผู้แทนการค้ามีดุลยพินิจอย่างเต็มที่ในการทำความเห็น แต่เอกสารเกี่ยวกับการดำเนินมาตรการต่อในคดี EC – Bananas หลายฉบับประกอบด้วยถ้อยคำแสดงสภาพบังคับของตัวบทกฎหมาย ดังนี้

- ประกาศใน Federal Register ลงวันที่ 22 ตุลาคม 1998 มีความว่า

“ตามบทบัญญัติมาตรา 306 (c) ของกฎหมายการค้า ผู้แทนการค้าจะต้อง (shall) อนุญาตให้ผู้มีส่วนได้เสียได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านเสียก่อน จึงจะออกคำวินิจฉัยตามมาตรา 306 (b) ได้”⁷²

- ประกาศใน Federal Register ฉบับที่สอง ลงวันที่ 10 พฤศจิกายน 1998 มีใจความเกี่ยวข้องกับกรณี “คำวินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรการที่จะบังคับใช้” (determination of action) พร้อมทั้งรายชื่อสินค้าของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่จะถูกตอบโต้ด้วยการห้ามนำเข้าด้วยมาตรการทางภาษี (คือขึ้นภาษีในอัตรา 100 เปอร์เซ็นต์) ทั้งนี้ประกาศฉบับนี้ออกตามความในมาตรา 304 (b) ของกฎหมายการค้า⁷³

- ประกาศ (public notice) เพื่อขอความเห็นสำหรับมาตรการที่จะบังคับใช้ในวันที่ 3 มีนาคม 1999 มีใจความว่า

“โดยที่ระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การการค้าโลกเกี่ยวกับมาตรการเกี่ยวกับกล้วยจะสิ้นสุดลงในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 ผู้แทนการค้า**จะต้องมีคำวินิจฉัย (must make the determination)** ตามมาตรา 306 (b) ภายในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1999 และในกรณีที่คำวินิจฉัยมีผลในทางยอมรับ (ว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่ได้ปฏิบัติตามคำ

⁷¹ Ibid., para. 4.917.

⁷² Ibid., para. 4.918.

⁷³ Ibid., para. 4.919.

แนะนำหรือคำสั่ง) ผู้แทนการค้าจะต้องใช้มาตรการตอบโต้ที่จะใช้ต่อไป (must implement further action) ภายในเวลาไม่เกิน 30 วัน”⁷⁴

4.2.2.2 ข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรา 306 (b) ไม่ขัดต่อความเข้าใจ เนื่องจาก

1) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามาตรา 306 (b) บังคับ (mandate) ให้ผู้แทนการค้ากระทำการขัดต่อพันธกรณีตามความเข้าใจ โดยในข้อต่อสู้ประเด็นนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะนำสืบพิสูจน์ว่ามาตรา 306 (b) **ห้ามอย่างเด็ดขาด** มิให้สหรัฐอเมริกามีโอกาสกระทำการสอดคล้องกับพันธกรณีตามความเข้าใจ และถ้อยคำในมาตรา 306 (b) ไม่สามารถตีความในทางอนุญาตให้มีการกระทำที่สอดคล้องกับพันธกรณีได้เลย⁷⁵ แต่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกลับไม่ได้ระบุว่าถ้อยคำตอนไหนที่เป็นบทบังคับเพียงอ้างว่าเป็นความหมายโดยปริยาย (implies) เท่านั้น⁷⁶ แต่ถ้าหากข้ออ้างของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในเรื่องนี้สามารถฟังขึ้นแล้ว มาตรา 306 (b) ก็มิได้มีลักษณะ**ห้ามอย่างเด็ดขาด** (preclude) มิให้ผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัยว่า (that) ประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาทอย่างสมบูรณ์ และไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการตอบโต้ใด ๆ⁷⁷ ในเมื่อผู้แทนการค้ายังสามารถใช้ดุลยพินิจในการทำคำวินิจฉัยตามมาตราดังกล่าวได้เต็มที่ ดังนั้นจึงไม่เป็นการขัดต่อความเข้าใจ แต่อย่างใด⁷⁸

2) มาตรา 306 (b) เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งในการรักษาสีทธิของสหรัฐอเมริกาภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก และการปฏิบัติงานในขั้นตอนดังกล่าวเป็นเพียงขั้นตอนที่ผู้แทนการค้าจะต้องทำ **ความเห็น** (consideration) เท่านั้น ยังมีใช้การทำ**คำวินิจฉัย** (determination) แต่อย่างใด⁷⁹ และการที่ตัวบทใช้คำว่า “เห็นว่า” (considers) ก็เป็นการแสดงออกที่ชัดเจนแล้วว่ามีใช้**คำวินิจฉัย**อย่างเป็นทางการ หากเป็นการกระทำเพื่อรักษาสีทธิของตนตามปกติของการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ที่ประเทศสมาชิกผู้เริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทจะกระทำไปตามความเชื่อที่ว่าสีทธิของตนถูกปฏิเสธ ดังนั้นคำว่า “เห็นว่า” ในมาตรา

⁷⁴ Ibid., para. 4.852.

⁷⁵ Ibid., para. 4.813.

⁷⁶ Ibid., para. 4.795.

⁷⁷ Ibid., para. 4.797.

⁷⁸ Ibid., para. 4.854.

⁷⁹ Ibid., para. 4.801.

306 (b) ก็มีลักษณะเกี่ยวกับการดำเนินการตามบทบัญญัติข้อ 3.3, 4.1, 4.7, 5.4 และ 10.4 ของความเข้าใจที่ใช้ถ้อยคำว่า “เห็นว่า” เช่นเดียวกัน⁸⁰

สหรัฐอเมริกาอ้างว่า ความเห็นนั้นไม่ใช่สิ่งเดียวกันกับคำวินิจฉัย และไม่มีการพิมพ์ประกาศสู่สาธารณะ⁸¹ ความเห็นในกรณีนี้เป็นเพียงการแสดงความเชื่อ (belief) ของผู้แทนการค้า มิใช่สิ่งที่ก่อให้เกิดมาตรการตอบโต้ที่จะใช้ต่อไป ซึ่งรายงานความเห็นของผู้แทนการค้าว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งภายในระยะเวลาที่เหมาะสม อันมีลักษณะเป็นความเห็นอย่างทางการครั้งแรกของคดี EC – Banana III และคดี EC - Hormones ก็คือคำร้องขออนุญาตดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีสำหรับสหรัฐอเมริกาขึ้นต่อองค์กรระงับข้อพิพาทนั่นเอง⁸²

3) สหรัฐอเมริกาอ้างว่า ตามความในข้อ 22.2 และ 22.6 ที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักการขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี ว่า หากประเทศคู่พิพาทไม่สามารถตกลงเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนได้ ภายใน 20 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม ประเทศฝ่ายชนะคดีสามารถยื่นคำขอต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเพื่อขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีต่อประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ และเมื่อประเทศฝ่ายชนะคดีได้ยื่นคำขอดังกล่าวแล้ว องค์กรระงับข้อพิพาทจะต้องอนุญาตให้กระทำการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี ภายใน 30 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม เว้นแต่จะมีฉันทามติให้ยกคำร้องนั้น จากหลักการดังกล่าวจะเห็นว่า ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องยื่นคำร้องขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเรียบร้อยแล้ว ตั้งแต่ก่อนวันที่ 30 นับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม ซึ่งถ้าหากประเทศฝ่ายชนะคดีมิได้กระทำการภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว องค์กรระงับข้อพิพาทย่อมไม่สามารถอนุญาตตามคำร้องได้ทันในวันที่ 30 และประเทศฝ่ายแพ้คดีย่อมไม่อยู่ในสถานะที่จะตรวจสอบคำร้องเพื่อคัดค้านคำร้องได้ และถ้าหากประเทศฝ่ายชนะคดีจำเป็นต้องรอนจนกระทั่งพ้น 30 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสมไปเสียก่อนจึงจะสามารถยื่นคำร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้ ประเทศฝ่ายชนะคดีย่อมต้องสูญเสียประโยชน์จากระบบการอนุญาตตามอัตโนมัติตามข้อ 22.6 และ 22.7 ไป⁸³

4) ในการพิสูจน์ถึงความสมบูรณ์ในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง สหรัฐอเมริกาอ้างว่า ประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่จำเป็นต้องดำเนินการระงับการตามข้อ 21.5 เสมอไป แต่หากสามารถดำเนินการระงับการขึ้นเรื่องให้อนุญาตต่อตุลาการวินิจฉัยตามข้อ 22.6 แทนได้ ซึ่งในการพิจารณาของอนุญาตต่อตุลาการตามมาตราดังกล่าว อนุญาตต่อตุลาการจะต้องพิจารณาถึงระดับความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ เทียบกับระดับการ

⁸⁰ Ibid., para. 4.811.

⁸¹ Ibid., para. 4.931.

⁸² Ibid., para. 4.929 – 4.932.

⁸³ Ibid., para. 4.804.

ระงับสิทธิประโยชน์ตามคำร้องของประเทศฝ่ายชนะคดีอยู่แล้ว⁸⁴ ดังนั้น ถ้าหากประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งเรียบร้อยแล้ว ระดับความเสียหายที่อนุญาตตุลาการตามข้อ 22.6 จะคำนวณได้จะเป็น 0 และประเทศฝ่ายชนะคดีย่อมไม่สามารถระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้⁸⁵

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาหลักการในความเข้าใจ ข้อ 22 มิได้มีถ้อยคำกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการตามข้อ 21.5 เสียก่อนจึงจะดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์ได้ ในส่วนของข้อ 23.2 (c) ก็เพียงแต่กำหนดให้ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนในข้อ 22 เสียก่อนจึงจะดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้เท่านั้น⁸⁶

5) และแม้ว่าข้ออ้างของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่ว่าประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการระงับการตามข้อ 21.5 ก่อนจะดำเนินการระงับการตามข้อ 22 แต่ก็ได้หมายความว่ามาตรา 306 (b) ของกฎหมายการค้าขัดกับข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ เนื่องจากผู้แทนการค้ามีดุลยพินิจเต็มที่ในการทำ “ความเห็น” ตามมาตราดังกล่าวไปในทางไม่ขัดต่อพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกาผูกพันอยู่ตามความเข้าใจ⁸⁷

4.2.3 ประเด็นมาตรา 306 และ 305

4.2.3.1 ข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป

1) ข้อ 23.2 (c) ของความเข้าใจ ได้กำหนดให้สหรัฐอเมริกาจะต้องดำเนินการตามกระบวนการในข้อ 22 ในการกำหนดระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี และได้รับอนุญาตจากองค์กรระงับข้อพิพาทเสียก่อน จึงจะสามารถดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้ ทั้งนี้ ในขั้นตอนการกำหนดระดับรวมถึงการกำหนดสาขาของสินค้าหรือบริการในการระงับสิทธิประโยชน์ หากประเทศคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ จะต้องมีการยื่นเรื่องให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด⁸⁸ ซึ่งอนุญาตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดภายใน 60 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม ตามข้อ 22.6 ของความเข้าใจ และในขั้นตอน

⁸⁴ Ibid., para. 4.816. ดูเพิ่มเติม Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB, adopted 19 April 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_e.htm, para. 4.11.

⁸⁵ Ibid., para. 4.881.

⁸⁶ Ibid., para. 4.880.

⁸⁷ Ibid., para. 4.883.

⁸⁸ Ibid., para. 4.937.

การส่งคำชี้ขาดให้องค์กรระงับข้อพิพาททยอมรับ จะต้องยื่นสู่องค์กรระงับข้อพิพาทก่อนวันประชุมไม่น้อยกว่า 10 วัน ตามกฎข้อ 1 ของระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการประชุมขององค์กรระงับข้อพิพาท (Rule 1 of the rules of procedure governing the meeting of the DSB)⁸⁹ ดังนั้น ระยะเวลาในการดำเนินการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะเป็น 70 วัน นับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม และกำหนดระยะเวลาดังกล่าวนี้ไม่ขึ้นกับประเทศฝ่ายที่ร้องขอ อนุญาตให้การระงับสิทธิประโยชน์⁹⁰

และในกรณีที่ประเทศคู่พิพาทมีความเห็นไม่ตรงกันถึงความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง จะต้องมีการดำเนินการตามข้อ 21.5 ของความเข้าใจ เสียก่อนจึงจะได้รับอนุญาตให้ดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณี ซึ่งการดำเนินการตามข้อนี้ คณะผู้พิจารณาชุดเดิม (original panel) จะเป็นผู้พิจารณาคดี และจะต้องทำรายงานความเห็นภายใน 90 วันนับแต่รับเรื่องไว้พิจารณา

2) มาตรา 306 (b) ของกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้ผู้แทนการค้าจะต้องวินิจฉัยถึงมาตรการตอบโต้ที่จะใช้ต่อไปที่จะใช้ต่อไปตามมาตรา 301 (a) **ภายในระยะเวลาไม่เกิน 30 วันนับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง** ถ้าหากพบว่าการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งของประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่เป็นที่น่าพอใจ ที่น่าสังเกตก็คือมาตราดังกล่าวใช้คำว่า “วินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการใดต่อไป” (determine *what* further action will be taken) มิใช่การวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการหรือไม่ (whether) หรือจะใช้มาตรการเมื่อใด (when) ซึ่งเมื่อพิจารณาร่วมกับถ้อยคำในมาตรา 301 (a) ที่ว่าด้วยสิ่งที่ผู้แทนการค้าจะต้องกระทำ (mandatory actions) แล้วย่อมตีความได้ว่า ผู้แทนการค้าจะต้องประกาศมาตรการตอบโต้ทางการค้าที่มีอำนาจจะใช้ได้ตามมาตรา 301 (c) เพื่อตอบโต้สิ่งที่สหรัฐอเมริกาเห็น **โดยฝ่ายเดียว** (unilaterally considers) ว่าเป็นการปฏิบัติที่ไม่น่าพอใจ⁹¹

ในขณะที่มาตรา 305 วางระเบียบว่าด้วยเวลาที่ผู้แทนการค้าจะใช้มาตรการที่ได้ประกาศไว้ซึ่งมาตรา 305 (a)(1) บัญญัติไว้ได้แก่ “ไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย” (no later than the date that is 30 days after the date on which such determination is made) ดังนั้น เมื่อพิจารณาร่วมกับมาตรา 306 (b) กำหนดเวลาที่ช้าที่สุดที่ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าต่อประเทศฝ่ายแพ้คดีก็คือ 60 วันนับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง⁹² ซึ่งถ้าหากในคดีนั้นประเทศคู่พิพาทมีความเห็นไม่ตรงกันในเรื่องความสมบูรณ์ในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง จะต้องดำเนินการยื่นเรื่องให้คณะผู้พิจารณาตามข้อ 21.5 ให้เสร็จเสียก่อน องค์กรระงับข้อพิพาทจึงจะอนุญาตให้ระงับสิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณีได้ และโดยที่การดำเนินการตามข้อ 21.5 เพียงในชั้นคณะผู้พิจารณาก็ใช้เวลา 90 วันนับแต่ได้รับเรื่องไว้พิจารณาแล้ว และคู่

⁸⁹ Ibid. para. 4.941.

⁹⁰ Ibid., para. 4.942.

⁹¹ Ibid., para. 4.934.

⁹² Ibid., para 4.935.

กรณีที่ไม่เห็นพ้องกับความเห็นของคณะผู้พิจารณาข้างอาจอุทธรณ์ไปยังองค์การพิจารณาอุทธรณ์ได้อีก ดังนั้น กำหนดเวลามาตรา 306 (b) ในกรณีนี้จึงไม่เพียงพอต่อการดำเนินการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ

93

3) และในคดี EC – Bananas ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาได้มีประกาศลงวันที่ 3 มีนาคม 1999 ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายศุลกากรเริ่มต้นพิจารณาขอเขตการตอบโต้ทางการค้าในวันดังกล่าว ซึ่งครอบคลุมมูลค่าการค้า 520 ดอลลาร์สหรัฐ ในขณะที่อนุญาตให้ตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความในข้อ 22.6 ในคดีดังกล่าวมีคำชี้ขาดในวันที่ 9 เมษายน 1999 ซึ่งชี้ว่ากำหนดเวลาตามที่กำหนดไว้ (กำหนดเวลาตามความเข้าใจ คือ 60 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม คือวันที่ 2 มีนาคม 1999) เนื่องจากความซับซ้อนของประเด็นแห่งคดี และองค์การระงับข้อพิพาทได้อนุญาตให้สหรัฐอเมริกาดำเนินการตอบโต้ทางการค้าในวันที่ 19 เมษายน 1999 เป็นมูลค่าการค้าตอบโต้ 191.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁹⁴ ทั้งนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ยกข้อความในประกาศลงวันที่ 3 มีนาคม 1999 ของผู้แทนการค้า อันมีใจความว่า

“โดยที่ระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การการค้าโลกเกี่ยวกับมาตรการเกี่ยวกับกล้วยจะสิ้นสุดลงในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 ผู้แทนการค้าจะต้องมีคำวินิจฉัย (*must make the determination*) ตามมาตรา 306 (b) ภายในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1999 และในกรณีที่คำวินิจฉัยมีผลในทางยอมรับ (ว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่ได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง) ผู้แทนการค้าจะต้องใช้มาตรการตอบโต้ที่จะใช้ต่อไป (*must implement further action*) ภายในเวลาไม่เกิน 30 วัน”⁹⁵

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าแม้กระบวนการตามข้อ 22 จะยังไม่เสร็จสิ้น และสหรัฐอเมริกายังไม่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์หรือดัดปฏิบัติตามพันธกรณีในวันที่ 3 มีนาคม 1999 ก็ตาม แต่กระนั้นผู้แทนการค้าก็ต้องดำเนินการตอบโต้ที่ “ทำให้การค้าหยุดลงอย่างได้ผล” (effectively stopping trade) ตามหลักการในกฎหมายการค้า ดังนั้นจึงเป็นเครื่องยืนยันได้ว่าความในข้อ 306 (b) ได้กำหนดให้ผู้แทนการค้าจะต้องใช้มาตรการตอบโต้ดังที่ได้มีคำวินิจฉัยไว้ โดยไม่คำนึงถึงว่ามาตรการดังกล่าวได้รับการยืนยันตามขั้นตอนของข้อ 22 ของความเข้าใจ แล้วหรือไม่⁹⁶

4.2.3.2 ข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกา

⁹³ Ibid., para. 4.936.

⁹⁴ Ibid., para. 4.945.

⁹⁵ Ibid., para. 4.949.

⁹⁶ Ibid., para. 4.951.

1) ประธานาธิบดีและผู้แทนการค้าสหรัฐมีดุลยพินิจกว้างขวางในการปฏิบัติการตามกฎหมายการค้า ไม่มีส่วนใดในมาตรา 301 – 310 ของกฎหมายการค้าที่เป็นบทบังคับให้ต้องกระทำการขัดต่อพันธกรณีที่สหรัฐต้องผูกพันอยู่ตามความเข้าใจ⁹⁷ มาตรา 306 (b) มิได้สั่งการให้ผู้แทนการค้าจะต้องทำสิ่งใดที่ขัดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (c) หากมีการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีก็นั้นจะเป็นเพราะการกระทำครั้งนั้น ๆ โดยเฉพาะซึ่งไม่เกี่ยวกับตัวกฎหมาย⁹⁸ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่มีสิทธิที่จะนำสืบพิสูจน์ในประเด็นว่าด้วยผู้แทนการค้ามีเจตนาทุจริตในการใช้ดุลยพินิจหรือไม่⁹⁹

2) แม้จะฟังได้ว่ามาตรา 306 (b) กำหนดให้ผู้แทนการค้าจะต้องวินิจฉัยในทุกกรณีว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง และวินิจฉัยว่าต้องกระทำการตอบโต้ แต่มาตรา 305 (a)(2)(A) ได้อนุญาตให้ผู้แทนการค้าสามารถรอการดำเนินการออกไปได้อีกไม่เกิน 180 วัน ซึ่งเมื่อรวมกับระยะเวลาปกติ 30 วันแล้ว ผู้แทนการค้าจะมีกรอบระยะเวลาถึง 210 วันในการทำคำวินิจฉัย ซึ่งเป็นกรอบระยะเวลาที่มากพอจะดำเนินการตามข้อ 22 ของความเข้าใจ จนเสร็จสิ้น¹⁰⁰ และรวมถึงการดำเนินการตามข้อ 21.5 ได้ครั้งหนึ่ง ไม่ว่าจะดำเนินการนั้นจะใช้เวลาเท่ากับที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้างหรือไม่ แต่ทั้งนี้สหรัฐอเมริกายังคงยืนยันว่าความเข้าใจ มิได้มีข้อความตอนใดบังคับหรืออนุญาตให้ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการตามข้อ 21.5 ก่อนการดำเนินการขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อ 22 ได้¹⁰¹

ทั้งนี้ ผู้แทนการค้าเคยรอการดำเนินการออกไปตามมาตรานี้มาแล้วไม่ต่ำกว่า 3 คดี ประกอบด้วย คดี Korean – Beef, EC – Oilseeds และกรณีการสอบสวนถึงมาตรการจำกัดการนำเข้าเป็ยร์ของประเทศแคนาดา¹⁰²

3) ผู้แทนการค้ามีดุลยพินิจกว้างขวาง และสามารถใช้อดุลยพินิจในการไม่ดำเนินมาตรการใด ๆ ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามความในมาตรา 301 ที่มีกำหนดไว้หลายกรณี ดังนี้

- เมื่อองค์การระงับข้อพิพาทรับรองรายงานความเห็นที่วินิจฉัยว่าสิทธิของสหรัฐมิได้ถูกละเมิด (มาตรา 301(a)(2)(A))

⁹⁷ Ibid., para. 4.953.

⁹⁸ Ibid., para. 4.955.

⁹⁹ Ibid., para. 4.957.

¹⁰⁰ Ibid., para. 4.962 – 4.963.

¹⁰¹ Ibid., para. 4.966.

¹⁰² Ibid., para. 4.976.

- เมื่อประเทศคู่ค้าได้กระทำการอันเป็นที่น่าพอใจในทางให้สิทธิทางการค้าแก่สหรัฐตามความตกลงทางการค้า, ตกลงที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิของสหรัฐอเมริกาหรือตกลงที่จะชดเชยค่าสินไหมทดแทน (มาตรา 301(a)(2)(B)(i) – (iii))

- เมื่อการใช้มาตรการตอบโต้จะส่งผลเสียแก่เศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกามากกว่าผลดีที่จะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าว (มาตรา 301(a)(2)(B)(iv))

- เมื่อการใช้มาตรการตอบโต้จะก่อให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงภายในของสหรัฐอเมริกา (มาตรา 301(a)(2)(B)(v))¹⁰³

สหรัฐอเมริกาอ้างว่าผู้แทนการค้าได้เคยใช้มาตรา 301(a)(2)(B)(i) ในการงดการตอบโต้มาแล้วหลายกรณี ทั้งจากเหตุที่ประเทศคู่กรณีได้แสดงเจตนาที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรระดับข้อพิพาท (คดี EC – Bananans III, Canada – Periodicals, India – Patents (US), Argentina – Textiles and Apparel (US)) เหตุที่ประเทศคู่กรณีได้ปฏิบัติตามคำตัดสินของแกตต์ (คดี EC Canned Fruit, EC – Oilseeds) และเหตุที่ประเทศคู่กรณีได้ยืนยันที่จะปฏิบัติตามความตกลงทวิภาคีที่ได้ทำขึ้นระหว่างกัน¹⁰⁴

4) เกี่ยวกับบัญชีการตอบโต้ นั้น สหรัฐอเมริกากล่าวว่ามาตรา 304(a)(1)(B) กำหนดให้ผู้แทนการค้าต้องวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการใดต่อไปเท่านั้น มิได้กำหนดให้ต้องประกาศบัญชีสินค้าหรือบริการที่จะทำการตอบโต้แต่อย่างใด¹⁰⁵ ซึ่งการประกาศชนิดสินค้าที่จะทำการตอบโต้ นั้นก็เป็นไปตามนโยบายของรัฐ และเพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้สิทธิภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก ส่วนที่เป็นไปตามนโยบายของรัฐก็เพื่อให้ผู้นำเข้าและบุคคลทั่วไปได้มีโอกาสเข้าใจการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถให้ข้อคิดเห็น ตลอดจนจดติชมและคัดค้านถึงความเหมาะสมของมาตรการตอบโต้ และความคิดเห็นจากประชาชนทั่วไปนี้เองที่จะเป็นประโยชน์ในการดำเนินการตามข้อ 22.3 ของความเข้าใจฯ (ส่วนของการพิจารณาความ “เป็นไปได้และเกิดผลในทางปฏิบัติ” ในอันที่จะตอบโต้ข้ามความสาขาหรือข้ามความตกลง) เป็นต้น¹⁰⁶

และถึงแม้ข้ออ้างของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ที่ว่ามาตรา 304(a)(1) บังคับให้ผู้แทนการค้าจะต้องประกาศบัญชีสินค้าที่จะถูกตอบโต้ แต่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปก็ได้อธิบายว่าเหตุใดความหมายเช่นนั้น

¹⁰³ Ibid., para. 4.969.

¹⁰⁴ Ibid., para. 4.977.

¹⁰⁵ Ibid., para. 4.992.

¹⁰⁶ Ibid., para. 4.993.

จึงขัดต่อข้อ 23 ของความเข้าใจฯ และขัดต่อส่วนใดของข้อ 23 แต่ทั้งนี้สหรัฐอเมริกาได้ย้าว่าบัญญัติการตอบโต้ดังกล่าวก็มีได้มีลักษณะเป็นบทบังคับที่ห้ามอย่างเด็ดขาดมิให้ผู้แทนการค้ามีความเห็นไปในทางขัดต่อพันธกรณี¹⁰⁷

4.2.4 ข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เมื่อพิจารณาถึงคำแถลงที่ผู้แทนของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวต่อที่ประชุมองค์การระดับข้อพิพาท ประกอบกับข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ในคดีนี้ แล้ว จะพบว่ามูลเหตุสำคัญที่ทำให้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนำคดีมาฟ้องสหรัฐอเมริกา ก็คือการที่ผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาประกาศบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้า โดยอ้างว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่ได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การระดับข้อพิพาทในคดี EC – Bananas หากแต่มิได้ใช้กระบวนการพิจารณาความสอดคล้องระหว่างมาตรการที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนำมาใช้กับความตกลงที่เกี่ยวข้อง ตามข้อ 21.5 ของความเข้าใจฯ เสียก่อน ซึ่งก่อให้เกิดภาวะชะงักงันแก่เศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และมูลค่าการตอบโต้ในบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าที่สูงเกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่อนุญาตโดยศาลการที่ตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ในข้อ 22.6 คำนวณได้ ซึ่งเป็นการขัดต่อหลัก Equivalency ในข้อ 22.4 อีกบทหนึ่ง แต่ทว่าข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่ยื่นต่อคณะผู้พิจารณากลับเน้นข้อต่อสู้ว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรา 304 – 306 กับข้อ 23.2(a), (c) ในประเด็นว่าด้วยกรอบระยะเวลาทำคำวินิจฉัยแทน เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากการประกาศบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้านั้น แม้จะเป็นขั้นตอนหนึ่งในการปฏิบัติตามมาตรา 306 แต่มิได้เป็นการกระทำที่มีบัญญัติในมาตรา 306 จึงไม่สามารถถูกฟ้องให้ยกเลิกเพิกถอนในฐานะกฎหมาย ในขณะที่เมื่ออนุญาตโดยศาลการที่ตั้งขึ้นตามความในข้อ 22.6 มีคำชี้ขาด ผู้แทนการค้าก็ได้แก้ไขบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้าให้สอดคล้องกับคำชี้ขาดดังกล่าว มูลเหตุที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะฟ้องขอให้สหรัฐอเมริกาเพิกถอนบัญญัติดังกล่าวในฐานะมาตรการจึงหมดไป ดังนี้ ทางเลือกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปก็คือการฟ้องขอให้สหรัฐอเมริกายกเลิกกฎหมายที่เป็นที่มาของการประกาศบัญญัติดังกล่าวเสีย ส่วนเหตุที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปยกกรอบระยะเวลามาเป็นข้อต่อสู้หลักแทนที่จะยกหลัก Equivalency เนื่องจากกรอบระยะเวลานั้นเป็นตัวเลข และพิสูจน์เทียบกับหลักเกณฑ์ของความเข้าใจฯ ได้ง่ายกว่าการพิสูจน์ถึงหลัก Equivalency ซึ่งค่อนข้างเป็นนามธรรม และพิสูจน์ความเสียหายได้ยาก

4.3 คำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณา

4.3.1 ประเด็นทั่วไป

4.3.1.1. ขอบเขตอำนาจการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา (The Panel's Mandate)

คณะผู้พิจารณาได้จำกัดขอบเขตการพิจารณาไว้เท่าที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปร้องขอมา นั่นคือ พิเคราะห์เฉพาะความสอดคล้องกันระหว่างเนื้อหาในกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกากับความเข้าใจฯ เท่านั้น จะไม่พิจารณาไปถึงความสอดคล้องระหว่างการใช้มาตรการตามมาตรา 301 – 310 ที่เจ้าหน้าที่ของ

¹⁰⁷ Ibid., para. 4.998 – 4.999.

สหรัฐได้กระทำไปเป็นรายคดีกับบทบัญญัติในความเข้าใจ และจะไม่พิจารณาความสอดคล้องระหว่างบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการในกรณีที่มีได้เกี่ยวข้องกับสิทธิของสหรัฐภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกกับความเข้าใจ รวมตลอดจนบทบัญญัติในส่วนที่ไม่แน่ว่าจะเกี่ยวข้องกับสิทธิของสหรัฐภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกหรือไม่ ด้วย¹⁰⁸

4.3.1.2. ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof)

ในคดีนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีภาระต้องพิสูจน์ให้ข้อเท็จจริงในเบื้องต้นแรก (establish a *prima facie* case) ว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามข้อกล่าวอ้างของตน และเมื่อประชาคมเศรษฐกิจยุโรปพิสูจน์ได้ดังนั้นแล้ว สหรัฐอเมริกาจะต้องหักล้างข้อเท็จจริงดังกล่าว แต่ทั้งนี้ด้วยเหตุที่ประเทศคู่พิพาทต่างหยิบยกข้อกล่าวอ้างและข้อเท็จจริงเพิ่มเติมอีกเป็นจำนวนมาก ดังนั้น ในประเด็นที่เกี่ยวข้องข้อกล่าวอ้างและข้อเท็จจริงที่เพิ่มขึ้นนี้ ประเทศที่กล่าวอ้าง ไม่ว่าจะเป็ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปหรือสหรัฐอเมริกา จะต้องมีการพิสูจน์ในส่วนที่ตนกล่าวอ้าง และประเทศคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามจะต้องหักล้างข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงดังกล่าว¹⁰⁹

แต่ทั้งนี้ ปัญหาเกี่ยวกับการแปลความหมายของความตกลงนั้น คณะผู้พิจารณาสามารถดูข้ออ้างของประเทศคู่พิพาทเป็นแนวทาง แต่จะไม่ถูกผูกพันให้ต้องแปลความไปตามข้ออ้างดังกล่าว¹¹⁰

4.3.1.3. วิธีการแปลความกฎหมายภายใน

คณะผู้พิจารณาจะไม่แปลความกฎหมายภายใน “ตามตัวอักษร” (as such) ดังที่องค์กรพิจารณาอุทธรณ์ใช้ในคดี India – Patents (US) แต่จะพิจารณาความหมายของมาตรา 301 – 310 อย่างเดียวกับข้อเท็จจริง (factual element) และจะตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ขัดแย้งกับพันธกรณีของสหรัฐหรือไม่ ทั้งนี้คณะผู้พิจารณาไม่จำเป็นต้องยอมรับวิธีการตีความมาตรา 301 – 310 ที่สหรัฐเสนอมา และถ้อยคำเดียวกันที่ปรากฏในกฎหมายการค้า และในความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก เช่น คำว่า “คำวินิจฉัย” ไม่จำเป็นต้องมีความหมายอย่างเดียวกัน¹¹¹

4.3.1.4 วิธีการแปลความความตกลงระหว่างประเทศ

¹⁰⁸ Ibid., para. 7.13.

¹⁰⁹ Ibid., para. 7.14-7.15.

¹¹⁰ Ibid., para. 7.16.

¹¹¹ Ibid., para. 7.18-7.20.

โดยที่ข้อ 3.2 ของความเข้าใจ ได้บัญญัติให้คณะผู้พิจารณาแปลความหมาย “..โดยสอดคล้องกับหลักเกณฑ์อันเป็นจารีตประเพณีของการแปลความหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง” นั่นคือโดยปกติจะเริ่มพิจารณาจากความหมายตามปกติ (ordinary meaning) ของตัวเนื้อหา (raw text) บทบัญญัติก่อนแล้วจึงค่อยตีความถ้อยคำจากทั้งบท (context) นั้น และพิจารณาตามวัตถุประสงค์ (object) และความมุ่งหมาย (purpose) แห่งสนธิสัญญา ตามลำดับ แต่ทั้งนี้ ตามข้อ 31 และ 32 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ซึ่งเป็นหลักการสากลในการตีความสนธิสัญญา ได้ระบุให้ต้องพิจารณาทั้งความหมายตามปกติ, ถ้อยคำเมื่อพิจารณาจากทั้งบท และวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาในการแปลความไปพร้อม ๆ กัน ก็จะเป็นหลักที่คณะผู้พิจารณายึดถือเช่นเดียวกัน เมื่อทำการแปลบทบัญญัติที่มีความซับซ้อน¹¹²

4.3.2 ประเด็นว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรา 304 กับข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจ

4.3.2.1 ความหมายของบทบัญญัติมาตรา 304 คณะผู้พิจารณาตีความได้ดังนี้

1) ประการที่หนึ่ง ตัวบทมาตรา 304 (a)(2) ได้บัญญัติให้ผู้แทนการค้ามีหน้าที่ตามกฎหมาย ในอันที่จะต้องทำคำวินิจฉัยในประเด็นว่าสิทธิทางการค้าของสหรัฐอเมริกาถูกปฏิเสธหรือไม่ ภายใน 18 เดือนนับแต่ร้องขอทำการเจรจาหรือ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory) เพราะไม่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้อุบายพินิจทางอื่นได้

2) ประการที่สอง คณะผู้พิจารณาเห็นว่ากำหนดเวลาในการดำเนินกระบวนการต่าง ๆ ของความเข้าใจ นั้น ไม่ใช่ทั้งกำหนดเวลาดำสุดและกำหนดเวลาสูงสุดในการดำเนินกระบวนการ ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาตั้งแต่ร้องขอเจรจาหรือจนกระทั่งองค์ระงับข้อพิพาทยอมรับรายงานความเห็นอาญาว่ากว่า 18 เดือน และในทางปฏิบัติก็มักจะทำให้กรอบระยะเวลาเกินกว่า 18 เดือน (คณะผู้พิจารณายกตัวอย่างคดีที่ดำเนินการถึงขั้นองค์ระงับข้อพิพาทมีคำแนะนำหรือคำสั่ง 26 คดี มี 17 คดีด้วยกันที่ใช้เวลาเกินกว่า 18 เดือน) ดังนั้นจึงเป็นผลให้**ในบางคดี**ที่ผู้แทนการค้าจะต้องทำคำวินิจฉัยฝ่ายเดียวก่อนกระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ จะเสร็จสิ้น

3) ประการที่สาม แม้ว่าผู้แทนการค้าจะต้องมีคำวินิจฉัยภายในกำหนด 18 เดือน แต่ผู้แทนการค้าก็มีดุลยพินิจกว้างขวางในอันที่จะมีคำวินิจฉัยว่ามีการปฏิเสธสิทธิขึ้นแล้วหรือไม่ก็ได้ มาตรา 304 (a) มิได้บังคับว่าจะต้องวินิจฉัยว่า (that) มีการปฏิเสธสิทธิแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ **การที่ผู้แทนการค้ามีดุลยพินิจในการทำคำวินิจฉัยไม่เพียงพอจะลบล้างความไม่สอดคล้องระหว่างมาตรา 304 กับความเข้าใจ ไปได้**

¹¹² Ibid., para. 7.21-7.22.

4) ประการที่สี่ มาตรา 304 มิได้ห้ามอย่างเด็ดขาด (preclude) มิให้ผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิแล้ว กล่าวคือ ดุลยพินิจของผู้แทนการค้านั้นคือสามารถทั้งวินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิแล้ว และวินิจฉัยว่ายังไม่เกิดการปฏิเสธสิทธิ ได้ทั้งสองทาง¹¹³

ดังนั้น คณะผู้พิจารณาจึงสรุปว่า มาตรา 304 บังคับผู้แทนการค้าในบางกรณี ให้มีคำวินิจฉัยฝ่ายเดียวในประเด็นที่ว่าสิทธิทางการค้าของสหรัฐถูกปฏิเสธหรือไม่ ก่อนที่องค์การระดับข้อพิพาทจะรับรองรายงานคำวินิจฉัยในคดีว่าด้วยเรื่องดังกล่าว แต่กระนั้นตัวบทบัญญัติก็มิได้บังคับให้ผู้แทนการค้าต้องวินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิ และก็มีได้ห้ามอย่างเด็ดขาดมิให้ผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิด้วย¹¹⁴ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 304 จึงเป็นการสงวนสิทธิของผู้แทนการค้าในอันที่จะมีคำวินิจฉัยฝ่ายเดียวว่ามีการปฏิเสธสิทธิทางการค้า ภายใน 18 เดือน แม้ว่ากระบวนการระดับข้อพิพาทตามความเข้าใจ จะยังไม่เสร็จสิ้นก็ตาม¹¹⁵

4.3.2.2 พันธกรณีทั้งสองประการตามข้อ 23 ของความเข้าใจ คณะผู้พิจารณาได้สรุปไว้ดังนี้

1) การวินิจฉัยว่าเกิดการละเมิดพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกเป็นอำนาจขององค์การการค้าโลก โดยผ่านทางกระบวนการตามความเข้าใจ มิใช่อำนาจของประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง (ข้อ 23.2 (a))

2) การกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งเป็นอำนาจขององค์การการค้าโลก หรือประเทศคู่พิพาทในคดี ผ่านทางกระบวนการที่กำหนดไว้ในข้อ 21 ของความเข้าใจ มิใช่อำนาจของประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง (ข้อ 23.2 (b))

3) การกำหนดระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อตอบโต้การไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ตลอดจนการให้อำนาจในการระงับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว ในกรณีที่ประเทศคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ ย่อมเป็นอำนาจขององค์การการค้าโลก ผ่านทางกระบวนการที่กำหนดไว้ในข้อ 22 มิใช่อำนาจของประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง (ข้อ 23.2 (c))¹¹⁶

ดังนั้น ข้อ 23.2 จึงก่อให้เกิดพันธกรณีสองประการ คือหนึ่ง ห้ามมิให้ประเทศสมาชิกที่ต้องการแก้ไขการละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกกระทำการบางประการดังที่กำหนดไว้ ซึ่งแนวทางนี้

¹¹³ Ibid., para. 7.31.

¹¹⁴ Ibid., para. 7.32.

¹¹⁵ Ibid., para. 7.33.

¹¹⁶ Ibid., para. 7.38.

คณะผู้พิจารณาจะไม่หยิบยกขึ้นพิจารณา เนื่องจากการพิจารณาความสอดคล้องระหว่างคำวินิจฉัยเป็นรายคดีต่อความเข้าใจ เป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจพิจารณาของคณะผู้พิจารณา¹¹⁷

สำหรับพันธกรณีในประการที่สอง อันได้แก่พันธกรณีเกี่ยวกับกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกรวมกัน คณะผู้พิจารณาได้หยิบยกข้อ XVI:4 ของอนุสัญญาก่อตั้งองค์การการค้าโลกขึ้นเป็นหลักในการพิจารณา โดยสรุปหลักการพิจารณาความสอดคล้องระหว่างกฎหมายของประเทศสมาชิกกับพันธกรณีได้ดังนี้

1) จากแนวปฏิบัติของเกตต์ กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติทางภาษีต่อสินค้า นำเข้าจัดว่าขัดต่อเกตต์ แม้ว่ากฎหมายฉบับนั้นจะใช้บังคับกับผลิตภัณฑ์ใดผลิตภัณฑ์หนึ่งโดยเฉพาะ และแม้ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะยังไม่ได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติเลยก็ตาม

2) พันธกรณีตามข้อ XVI:4 ของอนุสัญญาก่อตั้งองค์การการค้าโลกได้ระบุพันธกรณีของประเทศสมาชิกเกี่ยวกับการปรับปรุงองค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่ กฎหมาย, ระเบียบ และกระบวนการในการปฏิบัติงาน ทั้งนี้มีได้กล่าวถึงมาตรการที่ประเทศสมาชิกใช้เป็นเฉพาะคดีแต่อย่างใด ซึ่งเป็นการแผ่ขยายพันธกรณีไปยังชนิดของมาตรการที่ใช้

3) และในรายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณาขององค์การการค้าโลกก็ได้ยืนยันด้วยเช่นกัน ว่าตัวบทกฎหมายโดยตัวมันเองสามารถขัดต่อกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกได้ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงการใช้กฎหมายนั้นในกรณีเฉพาะประกอบแต่อย่างใด¹¹⁸

กล่าวโดยสรุป มาตรา 23.1 มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่ของประเทศสมาชิกอยู่สองประการ ประการแรก ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ที่จะต้อง “อาศัย” (have recourse to) กระบวนการระงับข้อพิพาทตามระบบพหุภาคีที่ตั้งบัญญัติในความเข้าใจ หากต้องการจะแก้ปัญหาการละเมิดพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก และจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น เช่นการตอบโต้ฝ่ายเดียว เป็นต้น ประการที่สอง เมื่อประเทศสมาชิกอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ประเทศสมาชิกเหล่านั้นจะต้อง “ปฏิบัติตาม” (abide by) กฎเกณฑ์และวิธีการที่ได้ระบุไว้ในความเข้าใจ¹¹⁹

ดังนั้น คณะผู้พิจารณาจึงได้แบ่งประเภทของการละเมิดพันธกรณีตามข้อ 23 ได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

¹¹⁷ Ibid., para. 7.39-7.40.

¹¹⁸ Ibid., para. 7.41.

¹¹⁹ Ibid., para. 7.43

- 1) การกระทำที่เกิดขึ้นเป็นครั้งคราว
- 2) มาตรการที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่น กฎหมาย ระเบียบปฏิบัติ ซึ่งวางหลักเกณฑ์ของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ “ไม่อาศัย” และ “ไม่ปฏิบัติตาม” หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในความเข้าใจ¹²⁰

และคณะผู้พิจารณาได้ระบุองค์ประกอบของมาตรการที่ละเมิดพันธกรณีของข้อ 23.2 (a) ไว้ 4 ประการ ได้แก่

- 1) เป็นการกระทำในกรณีประเทศสมาชิก “แสวงหาการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีหรือการทำให้เสียไปซึ่งประโยชน์ภายใต้ความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ หรือจากการขัดขวางมิให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ” ดังปรากฏในข้อ 23.1

- 2) เป็นการกระทำในลักษณะ “ทำคำวินิจฉัย”

- 3) เป็นคำวินิจฉัยที่มีลักษณะ “มีผลไปในทางที่ว่ามีการละเมิดพันธกรณี, ทำให้สูญเสียไปซึ่งผลประโยชน์ หรือเกิดการขัดขวางมิให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงภายในขอบเขตของความเข้าใจ”

- 4) เป็นคำวินิจฉัยที่ “**มิได้**กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวิธีการของความเข้าใจ” หรือ “**ไม่**สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์ที่องค์การระงับข้อพิพาทยอมรับแล้ว หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ” ดังนั้น คำวินิจฉัยที่ขอด้วยข้อ 23.2 (a) จะต้องมีลักษณะที่ **ทั้ง**กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวิธีการของความเข้าใจ **และ**สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาหรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์ที่องค์การระงับข้อพิพาทยอมรับแล้ว หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ¹²¹

4.3.2.3 การตีความข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ ตามวิธีการของอนุสัญญาเวียนนา

- 1) แปลโดยอาศัยความตามปกติของถ้อยคำในสนธิสัญญา

¹²⁰ Ibid., para. 7.46.

¹²¹ Ibid., p.315, footnote 657.

ตามเนื้อความในข้อ 23.1 ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้อง “อาศัย” และ “ปฏิบัติตาม” หลักเกณฑ์และกระบวนการตามความเข้าใจ ซึ่งรวมถึงต้องห้ามมิให้มีความฉ้อโกงเพียงอย่างเดียวถึงการละเมิดพันธกรณี (ของประเทศสมาชิกอื่น) ก่อนที่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ จะเสร็จสิ้นลง ตามข้อ 23.2 (a)¹²² และเมื่อพิจารณาร่วมกับถ้อยคำในมาตรา 304 แห่งกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า แม้ผู้แทนการค้าจะมีดุลยพินิจกว้างขวางในการทำคำวินิจฉัย แต่ในสายตาของคณะผู้พิจารณาแล้ว มาตราดังกล่าวต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าละเมิดพันธกรณี เพราะในทุก ๆ คดีที่มีการทำคำวินิจฉัยในระหว่างที่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ยังไม่เสร็จสิ้นนั้น ประเทศคู่พิพาทของสหรัฐอเมริกาจะตกเป็นเป้าของคำวินิจฉัยฝ่ายเดียว ซึ่งผู้แทนการค้ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายการค้า อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ข้อ 23 ประสงค์จะขจัดออกไป¹²³ แต่ทั้งนี้คณะผู้พิจารณาเห็นว่า แม้ประเทศสมาชิกจะมีได้มีกฎหมายในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายการค้า ก็สามารถทำคำวินิจฉัยในลักษณะละเมิดต่อพันธกรณีในข้อ 23 ได้¹²⁴

การที่ประเทศสมาชิกจะมีกฎหมายว่าด้วยกระบวนการในการแก้ปัญหาการละเมิดพันธกรณีทางการค้าของประเทศคู่ค้า เช่นเดียวกับทั้งสหรัฐอเมริกาและประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนั้น คณะผู้พิจารณาเห็นว่าเป็นผลดีในแง่ความโปร่งใส เป็นประชาธิปไตย และชอบด้วยหลักนิติธรรม แต่ทั้งนี้หากกฎหมายดังกล่าวมีข้อความในทางสงวนสิทธิให้ประเทศสมาชิกสามารถกระทำการในสิ่งที่ได้สัญญาว่าจะไม่กระทำ ตามข้อ 23.2 (a) ย่อมถือว่าขัดต่อความหมายโดยปรกติของข้อ 23.2 (a) ประกอบกับข้อ 23.1¹²⁵

2) แปลความอย่างสุจริตใจ (in good faith)

ในการแปลความอย่างสุจริตใจนั้น คณะผู้พิจารณาไม่เห็นด้วยกับการแปลความ โดยอนุญาตให้ประเทศสมาชิกตรวจกฎหมายภายในที่มีบทบัญญัติทั้งเพื่ออาศัยและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกระบวนการตามความเข้าใจ ไปพร้อมกับการสงวนสิทธิในอันที่จะปฏิบัติการในทางขัดต่อพันธกรณีของตน¹²⁶ หากแต่เห็นว่าควรแปลความอย่าง “สุจริตใจยิ่งกว่า” (better faith)¹²⁷ โดยแปลความหมายว่า คำสัญญาที่จะอาศัยและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกระบวนการตามความเข้าใจ และจะบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะดังนี้ รวมถึงการรับประกันว่าจะหลีกเลี่ยงการตรวจกฎหมายภายในที่มีลักษณะคุกคามสิ่งที่ไม่ความตกลงระหว่างประเทศต้องการ

¹²² Ibid., para. 7.59.

¹²³ Ibid., para. 7.61.

¹²⁴ Ibid., para. 7.62.

¹²⁵ Ibid., para. 7.63.

¹²⁶ Ibid., para. 7.67.

¹²⁷ Ibid., para. 7.64.

ห้ามด้วย¹²⁸ อันเป็นการแปลโดยพิจารณาทั้งเนื้อความในกฎหมาย, หลักสุจริต และจากวัตถุประสงค์และความมุ่งหมาย ของทั้งความเข้าใจ และขององค์การการค้าโลก ประกอบเข้าด้วยกัน¹²⁹

3) แปลความตามความหมายปกติ... โดยอาศัยวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของความตกลง

คณะผู้พิจารณามีความเห็นว่ วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายขององค์การการค้าโลก และของความเข้าใจ ได้แก่การส่งเสริมสภาพของตลาดการค้าสำหรับผู้ประกอบการภายในประเทศ ส่งเสริมตลาดโลกโดยรวม ตลอดจนรักษาไว้ซึ่งหลักการของระบบการค้าพหุภาคีอันมีความมั่นคงและคาดหมายได้¹³⁰ ดังจะเห็นได้จากคำปรารภของอนุสัญญาก่อตั้งองค์การการค้าโลก, ข้อ 3.2 ของความเข้าใจฯ ตลอดจนใน GATS และ TRIPs¹³¹

ในประเด็นว่าด้วยการพิจารณาถึงความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในและพันธกรณี คณะผู้พิจารณาเห็นว่า กฎหมายที่เป็นปัญหานั้นสามารถขัดต่อพันธกรณีตามเกณฑ์ได้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าในความเป็นจริงมันได้ถูกบังคับใช้อย่างขัดต่อพันธกรณีแล้วหรือไม่ และกฎหมายนั้นจะถึงกำหนดบังคับใช้หรือยังก็ตาม หลักใหญ่ที่สุดในการพิจารณาได้แก่มีโอกาสภายใต้กฎหมายภายในอันที่จะเกิดการเลือกปฏิบัติแล้วหรือไม่ ซึ่งถ้าหากเพียงแต่มีโอกาสจะเกิด (risk) เท่านั้นก็พิจารณาได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดต่อพันธกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามันจะขัดต่อพันธกรณีอย่างแน่นอน (certainty) หรือไม่¹³²

เกี่ยวกับมาตรการตามกฎหมายการค้า คณะผู้พิจารณาเห็นว่าเมื่อประเทศสมาชิกใดบังคับใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวที่ขัดต่อข้อ 23 เมื่อเกิดกรณีพิพาททางการค้าขึ้น ย่อมส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงขึ้นต่อทั้งตัวประเทศสมาชิกที่เป็นคู่ค้า และต่อตลาด (market-place) แต่กระนั้นความเสียหายก็ไม่จำเป็นจะต้องเกิดขึ้นจากการบังคับใช้มาตรการในกรณีเฉพาะเสมอไป หากแต่กฎหมายที่ส่งวนสิทธิให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวในลักษณะขัดต่อหลักเกณฑ์และกระบวนการของความเข้าใจฯ ย่อมก่อให้เกิดการคุกคามต่อเนื่องออกไป และสร้าง “ภาวะชะงักงัน” (chilling effect) อันก่อความเสียหายร้ายแรงได้ในหลาย ๆ ทาง¹³³

¹²⁸ Ibid., para. 7.68.

¹²⁹ Ibid., para. 7.69.

¹³⁰ Ibid., para. 7.71.

¹³¹ Ibid., para. 7.73 – 7.76.

¹³² Ibid., para. 7.83.

¹³³ Ibid., para. 7.88.

ดังนั้น แค่เพียงโอกาสจะเกิดการวินิจฉัยฝ่ายเดียวในทางไม่สอดคล้องกับพันธกรณี ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 304 เปิดช่องไว้ นั่น ย่อมเท่ากับก่อให้เกิดภาวะชะงักงันทั้งต่อประเทศสมาชิกอันเป็นคู่ค้า และต่อตลาดอยู่แล้ว แม้ว่าจะยังไม่ใคร่ปรากฏการวินิจฉัยฝ่ายเดียวในลักษณะนั้นก็ตาม เนื่องจากไม่สามารถเชื่อมั่นได้ว่ามันจะไม่มีทางเกิดขึ้น¹³⁴

4) การตีความหมายโดยพิจารณาจากข้อความทั้งบท

คณะผู้พิจารณาเห็นว่าหลักการเพื่อส่งเสริมและปกป้องผู้ประกอบการและตลาดการค้านั้น เป็นหลักการสำคัญขององค์การการค้าโลก โดยจะเห็นได้จากพันธกรณีหลัก ๆ ของความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก รวมถึงข้อ 23 ของความเข้าใจ ต่างให้ความสำคัญกับหลักการนี้ทั้งสิ้น ซึ่งการนำหลักการนี้มาบัญญัติในความเข้าใจ ถือเป็นหลักประกันถึงประสิทธิภาพของหลักการดังกล่าวที่สำคัญที่สุดยิ่งกว่าพันธกรณีใด ๆ ดังนั้น การสงวนสิทธิที่จะรับปฏิบัติตามข้อ 23 เป็นเฉพาะกรณีย่อมก่อให้เกิดผลที่แผ่ขยายคลุมไปถึงสิทธิและหน้าที่ภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกส่วนอื่น ๆ ด้วย¹³⁵

4.3.2.4 ข้อสรุปเบื้องต้นเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 304

คณะผู้พิจารณาเห็นว่า มีข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (*prima facie*) ที่แสดงให้เห็นว่าถ้อยคำตามตัวบท (statutory language) ของมาตรา 304 นั้นห้ามอย่างเด็ดขาดมิให้มีการปฏิบัติตามข้อ 23.2 (a) เนื่องจากพันธกรณีในข้อ 23 นั้น ประเทศสมาชิกจะต้องอาศัยและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกระบวนการของความเข้าใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องไม่พึ่งพามาตรการฝ่ายเดียวที่บัญญัติไว้ในข้อ 23.2 (a) ในขณะที่มาตรา 304 นั้น มีถ้อยคำแสดงการสงวนสิทธิที่จะปฏิบัติตามไม่สอดคล้องกับพันธกรณิดังกล่าว ดังนั้นจึงสรุปได้ว่ามาตรา 304 ละเมิดพันธกรณีของข้อ 23.2 (a) ในเบื้องต้น¹³⁶

4.3.2.5 การพิจารณาหลักการนอกเหนือจากตัวบทมาตรา 304

ด้วยเหตุที่พันธกรณีตามข้อ XVI:4 ของอนุสัญญาก่อตั้งองค์การการค้าโลกได้มีข้อความระบุถึงกฎหมายภายใน ระเบียบ ตลอดจนกระบวนการวิธีในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ดังนั้นคณะผู้พิจารณาจึงมีความเห็นว่า การที่ถ้อยคำตามตัวบทของมาตรา 304 ละเมิดพันธกรณีเมื่อพิจารณาในเบื้องต้น นั้นมิใช่เป็นการยืนยันว่ามีการละเมิดพันธกรณีจริง ๆ แต่จะต้องทำการตรวจสอบส่วนประกอบอื่น ๆ ที่ระบุในข้อ XVI:4 ร่วมด้วย

¹³⁴ Ibid., para. 7.91.

¹³⁵ Ibid., para. 7.94.

¹³⁶ Ibid., para. 7.97.

¹³⁷ โดยพิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้น ว่าหากส่วนประกอบอื่น ๆ นั้นมีผลสามารถลดโอกาสในการกระทำการขัดต่อพันธกรณีก็สามารถแก้ไขสภาพการละเมิดพันธกรณีได้ โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขถ้อยคำตามตัวบทแต่อย่างใด ¹³⁸

ในประเด็นนี้สหรัฐอเมริกาอ้างว่าสภาองเกรสได้ตราคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (Statement of Administrative Action : SAA) เพื่อให้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้การใช้ดุลยพินิจในการทำคำวินิจฉัยตามมาตรา 304 เป็นไปในทางไม่ขัดต่อพันธกรณี ซึ่งคณะผู้พิจารณาเห็นว่าคู่มือการปฏิบัติงานดังกล่าวมีผลในทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติมาตรา 304 ในการป้องกันมิให้ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยในทางที่ว่าการละเมิดพันธกรณีก่อนที่องค์การจะรับข้อพิพาทจะรับรองรายงานความเห็น ¹³⁹

คณะผู้พิจารณาชี้แจงเพิ่มเติมว่า คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นเสมือนภาพสะท้อนถึงนโยบายของทางการสหรัฐในอันที่จะแสดงความเข้าใจในพันธกรณีที่ตนต้องถูกผูกพันอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลต่อกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาเอง ¹⁴⁰ ซึ่งได้ทำขึ้นอย่างเป็นทางการ และด้วยความรอบคอบ เกิดเป็นผลสมบูรณ์ในการเพิกถอนสภาพการละเมิดพันธกรณี ¹⁴¹ และทำให้ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาถูกห้ามอย่างเด็ดขาด มิให้ทำคำวินิจฉัยในทางขัดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (a) ¹⁴²

ในส่วนของการปฏิบัติงานของผู้แทนการค้าในกรณีเฉพาะ คณะผู้พิจารณาได้เปิดโอกาสให้ประเทศคู่กรณีทุกฝ่ายนำส่งพยานหลักฐานเกี่ยวกับประเด็นนี้อย่างเต็มที่ ทั้งจากคดี Japan – Autos, EC – Bananas III และ Argentina – Textiles and Apparel (US) แต่คณะผู้พิจารณาไม่พบพยานหลักฐานใดที่สามารถหักล้างน้ำหนักของข้อต่อสู้ของสหรัฐ ว่ามาตรา 304 มีความหมายอย่างอื่นที่มีใช้ดังที่สหรัฐเสนอมาแต่อย่างใด ¹⁴³

4.3.2.6 คำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาในประเด็นมาตรา 304

¹³⁷ Ibid., para. 7.98 – 7.99.

¹³⁸ Ibid., para. 7.102.

¹³⁹ Ibid., para. 7.112.

¹⁴⁰ Ibid., para. 7.121.

¹⁴¹ Ibid., para. 7.122.

¹⁴² Ibid., para. 7.126.

¹⁴³ Ibid., para. 7.127 – 7.130.

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในตัวของมาตรา 304 จะพบว่ามาตราดังกล่าวสามารถก่อให้เกิดการชู้ญี่ญี่ว่าจะทำคำวินิจฉัยไปในทางขัดต่อข้อ 23.2 (a) ได้ ในเบื้องต้นจึงเป็นการขัดต่อพันธกรณีของข้อ 23.2 (a) ประกอบด้วยข้อ 23.1 แต่ทว่าความเสี่ยงในการทำคำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวสามารถถูกขจัดออกไปได้ด้วยผลของคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (SAA) และตามคำให้การของสหรัฐต่อคณะผู้พิจารณา¹⁴⁴

ด้วยเหตุที่คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่สามารถป้องกันการใช้ดุลยพินิจทำคำวินิจฉัยในทางขัดต่อพันธกรณีแล้ว จึงถือเป็นการเยียวยาสภาพการละเมิดพันธกรณีในเบื้องต้นได้¹⁴⁵ จึงวินิจฉัยว่า มาตรา 304 ไม่ขัดต่อพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกาต้องถูกผูกพันอยู่ตามข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ¹⁴⁶

4.3.3 ประเด็นว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรา 306 ของกฎหมายการค้ากับข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ

ในเบื้องต้น คณะผู้พิจารณาได้แบ่งมาตรา 306 เป็นสองส่วน ส่วนแรกว่าด้วยการทำ “ความเห็น” ในประเด็นที่ว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามความตกลงระหว่างกันที่สร้างขึ้นเพื่อระงับกรณีพิพาท (มาตรา 306 (b)(1)) หรือประเด็นที่ว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาท (มาตรา 306 (b)(2)) ส่วนที่สองได้แก่การทำ “คำวินิจฉัย” เกี่ยวกับมาตรการตอบโต้ที่จะใช้ต่อไปที่ผู้แทนการค้าจะใช้ตามมาตรา 301(มาตรา 306 (b)(1))¹⁴⁷ ซึ่งส่วนที่สองอันมีลักษณะเป็นบทบังคับนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความเห็นในส่วนที่หนึ่งปรากฏผลว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามการให้เป็นที่พึงพอใจ ดังนั้น คณะผู้พิจารณาจึงเห็นว่า มาตรา 306 บังคับให้ผู้แทนการค้าจะต้องทำ “ความเห็น” ว่าประเทศสมาชิกฝ่ายตรงข้ามได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาทแล้วหรือไม่ ภายในกำหนด 30 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม¹⁴⁸ ซึ่งหากมีกรณีประเทศคู่พิพาทดำเนินกระบวนการตามข้อ 21.5 ของความเข้าใจ เพื่อพิสูจน์ความสมบูรณ์ในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง โดยเริ่มกระบวนการดังกล่าวช้ากว่า 60 วันก่อนครบกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม กระบวนการในข้อ 21.5 ดังกล่าวย่อมเสร็จสิ้นภายหลังจาก 30 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม และในกรณีเช่นนี้ผู้แทนการค้าจะต้องทำความเห็นตามมาตรา 306 ก่อนเสร็จสิ้นกระบวนการในข้อ 21.5¹⁴⁹

¹⁴⁴ Ibid., para. 7.131.

¹⁴⁵ Ibid., para. 7.134

¹⁴⁶ Ibid., para. 7.135.

¹⁴⁷ Ibid., para. 7.143.

¹⁴⁸ Ibid., para. 7.144.

¹⁴⁹ Ibid., para. 7.145.

แม้มาตรา 306 จะใช้ถ้อยคำว่า “ความเห็น” แต่ก็ได้บัญญัติผลทางกฎหมายของความเห็นดังกล่าวไว้ด้วย เช่นกำหนดให้ผู้แทนการค้าจะต้องสอดคล้องการปฏิบัติของประเทศคู่ค้าตามมาตรา 306 (a) หรือในกรณีที่ผู้แทนการค้ามีความเห็นว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตาม ย่อมนำไปสู่กระบวนการทำคำวินิจฉัยตามมาตรา 301 โดยอัตโนมัติและมีพิกัดต้องสนใจความสมบูรณ์ของกระบวนการอื่น ดังนั้น คณะผู้พิจารณาจึงมีความเห็นว่า “ความเห็น” ตามมาตรา 306 มีความหมายเป็นอย่างเดียวกับ “คำวินิจฉัย” อันตกอยู่ในบังคับของข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ และไม่ใช้กระบวนการอันนำไปสู่การยื่นขอคำยืนยันหรือขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์จากองค์กรระงับข้อพิพาท¹⁵⁰ แต่กระนั้นในขั้นตอนการทำคำวินิจฉัย ผู้แทนการค้ามีดุลยพินิจในการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติของประเทศคู่กรณีสมบูรณ์แล้วหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น กรณีจึงเป็นเช่นเดียวกับมาตรา 304 คือถ้อยคำในตัวบทของมาตรา 306 มิได้มีลักษณะห้ามอย่างเด็ดขาดมิให้ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยไปในทางว่าประเทศคู่กรณีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งอย่างสมบูรณ์แล้ว¹⁵¹ ในขณะที่ก็มีได้เปิดโอกาสในการทำคำวินิจฉัยในทางตรงกันข้าม อันเป็นการสงวนสิทธิในการทำคำวินิจฉัยว่าประเทศคู่กรณีมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง¹⁵² เช่นเดียวกัน

สำหรับปัญหาที่ว่ามาตรา 306 ละเมิดต่อพันธกรณีหรือไม่นั้น คณะผู้พิจารณาเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 306 จะละเมิดพันธกรณีได้ จะต้องได้ความว่าการกระทำตามบังคับของมาตรา 306 สามารถทำไปในทางละเมิดพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกาต้องถูกผูกพันอยู่ จึงจะพิจารณาให้มาตรา 306 อันมีเนื้อความสงวนสิทธิให้ผู้แทนการค้าทำการอันมีลักษณะละเมิดพันธกรณีดังกล่าวนี้เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อพันธกรณี¹⁵³ ซึ่งคณะผู้พิจารณาเห็นว่ากรณีที่ผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัยว่าประเทศคู่พิพาทมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ต้องด้วยองค์ประกอบของการละเมิดพันธกรณีของมาตรา 23.2 (a) แล้วสามข้อ ส่วนที่ว่าจะต้องด้วยองค์ประกอบข้อที่สี่ที่ว่า “**มิได้**กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวิธีการของความเข้าใจ” หรือ “**ไม่**สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ที่องค์การระงับข้อพิพาทยอมรับแล้ว หรือคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ของความเข้าใจ” หรือไม่นั้นเป็นปัญหาจะต้องพิจารณา¹⁵⁴

และประเด็นหลักในการพิจารณาก็คือ การดำเนินกระบวนการตามข้อ 22 อันนำไปสู่การระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี มีความจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการตามข้อ 21.5 หรือไม่ ในการพิจารณาประเด็นนี้คณะผู้พิจารณาได้แบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณีด้วยกัน ได้แก่

¹⁵⁰ Ibid., para. 7.146.

¹⁵¹ Ibid., para. 7.147.

¹⁵² Ibid., para. 7.151.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid., p. 341, footnote 706. ดูเพิ่มเติม p. 315, footnote 657.

1) ในกรณีที่ข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกาถูกต้อง

สหรัฐอเมริกาได้ยกข้อต่อสู้ว่าการยื่นขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อ 22 นั้นจะต้องยื่นต่อองค์กรระงับข้อพิพาทภายใน 30 วัน นับแต่สิ้นสุดระยะเวลาอันเหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง เพื่อองค์กรระงับข้อพิพาทจะสามารถอนุญาตเมื่อถึงกำหนด 30 วันนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาอันเหมาะสม ตามหลักการในข้อ 22.6 ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจึงจำเป็นที่จะต้องทำคำวินิจฉัยว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งครบถ้วนแล้วหรือไม่ก่อนกำหนดดังกล่าวนี้

คณะผู้พิจารณามีความเห็นว่าข้อ 22 และ 23 มิได้อ้างอิงกระบวนการในข้อ 21.5 โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด¹⁵⁵ และมีได้เห็นว่าคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาในกระบวนการในข้อ 21.5 มิได้อยู่ในบังคับของข้อ 23.2 (a) ดังเช่นคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาในประเด็นแห่งคดีตามปกติ เมื่อประกอบกับข้ออ้างของสหรัฐอเมริกาที่ว่าความเห็นในมาตรา 306 มีขึ้นเพื่อการดำเนินการในทางพหุภาคีเพื่อขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีอื่นตามหลักการของความเข้าใจ ดังนี้ จึงเห็นว่า หากข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกาถูกต้อง การที่ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยเป็นรายคดี ว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งให้ครบถ้วน **เพื่อนำไปสู่** การขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี ไม่ขัดต่อข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ¹⁵⁶

ทั้งนี้ หากสันนิษฐานว่าคำวินิจฉัยในข้อ 21.5 เป็นขั้นตอนหนึ่งในการดำเนินการกระบวนการในข้อ 22 แล้ว คำวินิจฉัยตามมาตรา 306 ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 23.2 (c) ที่ให้ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการกำหนดระดับของการระงับการให้สิทธิประโยชน์ตามกระบวนการที่บัญญัติในข้อ 22 และจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรระงับข้อพิพาทให้ดำเนินการระงับการให้สิทธิประโยชน์เสียก่อน แต่หากแปลความดังนี้ มาตรา 23.2 (c) ย่อมขัดแย้งกับมาตรา 23.2 (a) ทว่าสามารถหลีกเลี่ยงความขัดแย้งดังกล่าวนี้ได้โดยแปลความหมายว่ามาตรา 23.2 (a) นั้นหมายถึงคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาเฉพาะเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี ส่วนมาตรา 23.2 (c) หมายถึงคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาเฉพาะเกี่ยวกับมาตรา 21.5 ดังนี้ การแปลความของข้อ 23.2 (a) และ (c) ดังกล่าว จึงทำให้กระบวนการในข้อ 21.5 อยู่นอกเหนือขอบเขตของข้อ 23.2 (a)¹⁵⁷ อันเป็นการนอกเหนือจากขอบเขตของคำฟ้องของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป

2) ในกรณีที่ข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถูกต้อง

¹⁵⁵ Ibid., para. 7.157.

¹⁵⁶ Ibid., para. 7.157 – 7.163.

¹⁵⁷ Ibid., para. 7.162.

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้างว่ากระบวนการในข้อ 22 จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อประเทศคู่พิพาทดำเนินกระบวนการในข้อ 21.5 เสร็จสิ้นแล้วเท่านั้น ตราบใดที่คณะผู้พิจารณาฯ ยังไม่ได้มีคำวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งตามกระบวนการในข้อ 21.5 ตราบนั้นประเทศคู่กรณีก็ยังไม่สามารถดำเนินการตามข้อ 22 ได้

หากกรณีเป็นไปตามข้อกล่าวอ้างของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป มาตรา 306 ซึ่งถ้อยคำในตัวบทมีลักษณะสงวนสิทธิให้ผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัยว่าประเทศคู่พิพาทยังไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งให้ครบถ้วน ก่อนที่กระบวนการในข้อ 21.5 จะเสร็จสิ้น ย่อมมีลักษณะละเมิดต่อข้อ 23.2 (a) เมื่อพิจารณาในเบื้องต้นแรก (*prima facie*)¹⁵⁸ แต่สภาพการละเมิดต่อพันธกรณีดังกล่าวนี้สามารถแก้ไขได้โดยองค์ประกอบอื่น ๆ ของมาตรา 306 อันได้แก่คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (SAA) และถ้อยแถลงของสหรัฐอเมริกาต่อคณะผู้พิจารณา คณะผู้พิจารณาฯ มีความเห็นว่า SAA นั้นมีผลทางกฎหมายในการจำกัดดุลยพินิจของผู้แทนการค้าในการทำคำวินิจฉัยตามมาตรา 306 และสามารถระงับสภาพการละเมิดพันธกรณีที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นได้¹⁵⁹

สำหรับข้อเท็จจริงที่สหรัฐอเมริกาได้ทำคำวินิจฉัยว่าประชาคมเศรษฐกิจยุโรปไม่ได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ก่อนกระบวนการในข้อ 21.5 จะเสร็จสิ้นลงในคดี EC – Bananas III นั้น ถึงแม้ว่าจะเป็น การไม่ชอบ (illegal) แต่คณะผู้พิจารณาฯ เห็นว่าได้เป็นไปโดยทุจริต (not ... an act of bad faith) เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างข้อ 21.5 และ 22 นั้นเป็นกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการถกเถียง และคณะผู้พิจารณาฯ เห็นว่าเป็นการกระทำเพื่อปกป้องผลประโยชน์ในการได้รับอนุญาตให้ระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีจากองค์การระงับข้อพิพาทนั่นเอง แต่ทั้งนี้หากในอนาคตมีข้อยุติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างข้อ 21.5 และข้อ 22 ไปในทางเดียวกับข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป สหรัฐอเมริกาย่อมจะต้องทำการตามมาตรา 306 ให้สอดคล้องกับหลักการของความเข้าใจ ด้วย¹⁶⁰

ด้วยเหตุผลดังที่ได้แสดงมาในเบื้องต้น คณะผู้พิจารณาฯ จึงวินิจฉัยว่ามาตรา 306 ไม่ขัดต่อข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ¹⁶¹

4.3.4 ประเด็นว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างมาตรา 305 และ 306 ของกฎหมายการค้ากับข้อ 23.2 (c) ของความเข้าใจ

¹⁵⁸ Ibid., para. 7.165.

¹⁵⁹ Ibid., para. 7.167.

¹⁶⁰ Ibid., para. 7.168.

¹⁶¹ Ibid., para. 7.170.

คณะผู้พิจารณาได้แยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือส่วนของมาตรา 306 (b) และมาตรา 305

4.3.4.1 มาตรา 306 (b)

คณะผู้พิจารณาเห็นว่า ประเด็นนี้เกี่ยวเนื่องด้วยปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างข้อ 21.5 และข้อ 22 ของความเข้าใจ เช่นเดียวกัน แต่ถึงแม้จะตีความบทบัญญัติทั้งสองข้อไปในทางเดียวกับข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป คือประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการในข้อ 21.5 ให้เสร็จสิ้นเสียก่อนจึงจะดำเนินการในข้อ 22 ได้ ซึ่งเป็นผลให้ในเบื้องต้น (*prima facie*) มาตรา 306 (b) ละเมิดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (c) เนื่องจากมีลักษณะสงวนสิทธิของผู้แทนการค้าที่จะทำการในทางละเมิดพันธกรณี แต่สภาพการละเมิดพันธกรณิดังกล่าวก็สามารถระงับไปได้ด้วยแนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่สหรัฐอเมริกา¹⁶²

ดังนั้น คณะผู้พิจารณาจึงวินิจฉัยว่ามาตรา 306 ไม่ขัดต่อข้อ 23.2 (c) ของความเข้าใจ¹⁶³

4.2.4.2 มาตรา 305

คณะผู้พิจารณาเห็นว่า ในขั้นตอนการพิจารณาความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งในข้อ 21.5 หรือการกำหนดระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อ 22.6 ไม่ว่าประเทศคู่พิพาทจะดำเนินการในข้อใด ต่างใช้เวลาไม่ต่ำกว่า 60 วันทั้งสิ้น ดังนั้น มาตรา 305 (a)(1) ที่กำหนดให้ผู้แทนการค้าต้องตอบโต้ภายใน 60 วัน จึงเป็นบทบังคับให้ผู้แทนการค้าต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าก่อนได้รับอนุญาตจากองค์กรระงับข้อพิพาท¹⁶⁴ ในเบื้องต้น (*prima facie*) จึงพบว่ามาตรา 305 ละเมิดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (c) ถึงแม้สหรัฐอเมริกาจะต่อสู้ว่าสามารถขยายระยะเวลาออกไปอีก 180 วันตามบังคับของมาตรา 305 (a)(2) ก็ตาม¹⁶⁵

แต่ทั้งนี้ โดยที่คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ หรือ SAA ได้บังคับให้ผู้แทนการค้าจะต้องขออนุญาตจากองค์กรระงับข้อพิพาทก่อนดำเนินการตอบโต้ทางการค้าเสมอ จึงเป็นการขจัดสภาพการละเมิดพันธ

¹⁶² Ibid., para. 7.178.

¹⁶³ Ibid., para. 7.179.

¹⁶⁴ Ibid., para. 7.180.

¹⁶⁵ Ibid., para. 7.181 – 7.182.

กรณีดังกล่าวได้ และถือว่าคุณแทนการค้าถูกห้ามอย่างเด็ดขาดมิให้ใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าก่อนได้รับ
อนุญาตจากองค์การระงับข้อพิพาท¹⁶⁶

ด้วยเหตุดังกล่าว คณะผู้พิจารณาจึงเห็นว่ามาตรา 305 มิได้ขัดต่อข้อ 23.2 (c)¹⁶⁷



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁶⁶ Ibid., para. 7.183 – 7.184.

¹⁶⁷ Ibid., para. 7.185.

ตารางที่ 5 ประเด็นข้อพิพาทในคดี US – Section 301 – 310

ข้อต่อสู้ EC	ข้อต่อสู้ US	คำตัดสินของ panel
<p>ประเด็นทั่วไปและมาตรา 304</p> <p>1) มาตรา 304 (a)(1) บัญญัติให้ผู้แทนการค้าต้องทำคำวินิจฉัย (make a determination) ว่า ประเทศคู่ค้าได้กระทำการละเมิดความตกลงทางการค้าหรือไม่ภายในกรอบระยะเวลาของมาตรา 304 (a)(2)(A) คือ 18 เดือน ในขณะที่กระบวนการรับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ใช้ระยะเวลา 19 1/2 เดือน</p> <p>2) ตัวบทของมาตรา 304 ใช้ถ้อยคำ ว่า shall (จะ ต้อง), Mandatory Action (มาตรการที่ต้องกระทำ), no later than (ไม่ช้าไปกว่า) ซึ่งมีความหมายในทางบังคับทั้งสิ้น ดังนั้น มาตรา 304 จึงเป็นกฎหมายอันเป็น บังคับ (mandatory legislation)</p> <p>3) สหรัฐอเมริกามีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความกฎหมายภายในที่มีหลักเกณฑ์ไม่สอดคล้องกับหลักของความตกลงระหว่างประเทศว่า จะต้องถือตามหลักของกฎหมายภายใน เสมอ จึงไม่อาจอ้างได้ว่าตนพยายามปฏิบัติตามหลักของความเข้าใจ</p> <p>4) แม้สหรัฐจะอ้างว่าผู้แทนการค้าสามารถใช้ดุลยพินิจกระทำการอันไม่ขัดต่อความเข้าใจได้ แต่กระนั้นด้วยสภาพที่กฎหมาย</p>	<p>ประเด็นทั่วไปและมาตรา 304</p> <p>1) ระยะเวลาของกระบวนการรับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ไม่ใช่ 19 1/2 เดือนดังที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้าง หากแต่ประเทศคู่พิพาทสามารถเร่งดำเนินการให้เสร็จใน 16 เดือน 20 วัน ซึ่งทำให้กระบวนการรับข้อพิพาทตามความเข้าใจ เสร็จก่อนกำหนดเวลาในมาตรา 304(a)(2)(A)</p> <p>2) ตัวบทของมาตรา 304 ใช้คำว่า determine <i>whether</i> ซึ่ง เปิดโอกาสให้ผู้แทนการค้าวินิจฉัยว่ามีการละเมิดพันธกรณีหรือไม่ก็ได้ มิได้มีลักษณะ ห้ามอย่างเด็ดขาด (preclude) มิให้ผู้แทนการค้ามีโอกาสทำการสอดคล้องต่อพันธกรณี ดังนั้น มาตราดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจ (discretionary legislation)</p> <p>3) หลักความมั่นคงและคาดหมายได้ เป็นเพียงวัตถุประสงค์ (objective) มิใช่พันธกรณี (obligation) ดังนั้น จึงไม่อาจตีความดัดใช้วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญาแทนความหมายปกติได้ ตามหลักของอนุสัญญาเวียนนา</p> <p>4) ผู้แทนการค้าต้องถูกผูกพันให้ปฏิบัติตามคู่มือการปฏิบัติงาน</p>	<p>ประเด็นทั่วไปและมาตรา 304</p> <p>1) ในเรื่องของการกำหนดเวลานั้น ตามสถิติขององค์กรรับข้อพิพาท จากคดีที่องค์กรรับข้อพิพาทมีคำแนะนำหรือคำสั่งทั้งสิ้น 26 คดี มีจำนวน 17 คดีด้วยกันที่ใช้เวลาเกิน 18 เดือน ดังนั้น มาตรา 304 จึงทำให้ผู้แทนการค้าต้องทำคำวินิจฉัยก่อนกระบวนการตามความเข้าใจ ใน บางคดี โดยผู้แทนการค้ามิได้ถูกห้ามอย่างเด็ดขาดให้ผู้แทนการค้าจะต้องวินิจฉัยว่าเกิดการละเมิดพันธกรณีขึ้นแล้ว กฎหมายฉบับนี้จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจ</p> <p>2) องค์กรประกอบในการละเมิดพันธกรณีในข้อ 23.2 ได้แก่</p> <ul style="list-style-type: none"> - การกระทำในทางแสวงหาการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณี ตามข้อ 23.1 - เป็นการ ทำคำวินิจฉัย - เป็นคำวินิจฉัยที่มีผลว่า เกิดการละเมิดพันธกรณีฯ - เป็นคำวินิจฉัยที่ได้กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของกระบวนการรับข้อพิพาทตามความเข้าใจ และไม่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยที่ได้จากกระบวนการในความเข้าใจ <p>3) เมื่อพิจารณาถ้อยคำตามตัวบทแล้ว มาตรา 304 มีลักษณะ</p>

<p>เปิดช่องให้ใช้ดุลยพินิจในทางใดก็ได้ทำให้ขัดต่อหลักความมั่นคงและคาดหมายได้ (security and predictability) ใน ข้อ XVI:4 ของอนุสัญญามารีราเกซ</p> <p>ดังนั้น มาตรา 304 จึงขัดต่อพันธกรณีของข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจ</p>	<p>ของเจ้าหน้าที่ (SAA) ซึ่งผ่านการรับรองของสภาองเกรส ให้ปฏิบัติตามมาตรา 304 ให้เป็นไปตามพันธกรณีของความเข้าใจ จึงเป็นหลักประกันว่าสหรัฐอเมริกาจะไม่กระทำการขัดต่อพันธกรณี</p> <p>ดังนั้น มาตรา 304 จึงไม่ขัดต่อข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจ</p>	<p>สงวนสิทธิให้ผู้แทนการค้าสามารถปฏิบัติการในทางขัดต่อพันธกรณี ดังนี้ ในเบื้องต้น (<i>prima facie</i>) มาตรา 304 จึงขัดต่อข้อ 23.2 (a)</p> <p>4) แต่เมื่อพิจารณาคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (SAA) แล้วปรากฏว่า ถ้อยคำในกฎหมายฉบับดังกล่าวมีลักษณะป้องกันมิให้ผู้แทนการค้ากระทำการในทางละเมิดต่อพันธกรณี จึงเป็นการปิดโอกาสที่ผู้แทนการค้าจะใช้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวในทางละเมิดพันธกรณีได้อย่างเหมาะสมแล้ว</p> <p>ดังนั้น มาตรา 304 จึงไม่ขัดต่อข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจ</p>
---	---	---

ประเด็นมาตรา 306	ประเด็นมาตรา 306	ประเด็นมาตรา 306
<p>1) เมื่อองค์กรระดับข้อพิพาทมีคำแนะนำหรือคำสั่งแล้ว มาตรา 306(a) ได้บัญญัติให้ผู้แทนการค้าต้อง (shall) ทำคำวินิจฉัย (makes a determination) ว่า จะใช้มาตรการใดตอบโต้ประเทศคู่ค้า ภายในระยะเวลาตามมาตรา 306(b)(2) คือ 30 วัน หลังจากสิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม ซึ่งเป็นการวินิจฉัยโดยปริยาย ว่าประเทศคู่ค้าละเมิดพันธกรณี และเป็นการต้องห้ามตามข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจ</p> <p>2) ในการตรวจสอบว่าประเทศฝ่ายแพคคีได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งแล้วหรือไม่ นั้นประเทศคู่พิพาทจะต้องใช้กระบวนการวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งในข้อ 21.5 ซึ่งมีกำหนดเวลา 90 วัน นับแต่อนุญาตใตตุลาการได้รับเรื่องไว้ ดังนั้น กรอบระยะเวลาในมาตรา 304(b)(2) ที่มีกำหนดเวลาเพียง 30 วัน จึงสั้นกว่ากำหนดเวลาของความเข้าใจ</p> <p>3) แม้ว่ามาตรา 306(b)(2) จะใช้คำว่า considers (มีความเห็น) แต่กฎหมายการค้าได้มีบทบัญญัติถึงผลของการที่ผู้แทนการค้ามีความเห็นดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจน การทำความเห็นของผู้แทนการค้าตามมาตรานี้ จึงมีลักษณะเป็นการวินิจฉัย</p>	<p>1) มาตรา 306(b) ไม่ได้มีลักษณะห้ามอย่างเด็ดขาด (preclude) มิให้ผู้แทนการค้ามีโอกาสกระทำการสอดคล้องกับพันธกรณี แต่ถ้าหากคณะผู้พิจารณาฟังว่ามาตรา 306(b) มีลักษณะตามที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้าง แต่มาตราดังกล่าวมิได้บังคับให้ผู้แทนการค้าจะต้องทำคำวินิจฉัยว่า (that) ประเทศฝ่ายแพคคีได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งเสมอไป</p> <p>2) การทำความเห็นในมาตรา 306(b) เป็นเพียงขั้นตอนในการพิจารณาเพื่อรักษาสติของตนตามปกติของการดำเนินกระบวนการระดับข้อพิพาทตามความเข้าใจ และเป็นเพียงความเชื่อ (belief) ของผู้แทนการค้าเท่านั้น มิได้เป็นคำวินิจฉัย (determination) ดังที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้าง</p> <p>3) ประเทศคู่พิพาทไม่จำเป็นต้องดำเนินกระบวนการในข้อ 21.5 เสมอไป เนื่องจากมิได้มีบทบัญญัติใดในความเข้าใจ บังคับให้ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องดำเนินกระบวนการในข้อ 21.5 ก่อนจึงจะสามารถร้องขอระงับสิทธิประโยชน์ได้ และประเทศคู่พิพาทยังสามารถใช้กระบวนการในข้อ 22.6 แทนได้ ซึ่งหากอนุญาตใตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามข้อ 22.6 พิเคราะห์แล้วเห็น</p>	<p>1) การทำความเห็นตามมาตรา 306(b) นั้น มีบทบัญญัติในกฎหมายการค้าระบุผลทางกฎหมาย และการกระทำที่จะต้องทำต่อไปได้อย่างชัดเจน ดังนั้น ความเห็นตามมาตรานี้จึงมีลักษณะเป็น "คำวินิจฉัย" ตามความหมายของข้อ 23.2(a)</p> <p>2) การจะพิจารณาว่าคำวินิจฉัยในข้อ 21.5 เป็นขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการของข้อ 22 หรือไม่ นั้น คณะผู้พิจารณาแยกวินิจฉัยตามเงื่อนไข 2 ประการ คือ</p> <ul style="list-style-type: none"> - หากข้อต่อสู้ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปถูกต้อง คือ จะต้องดำเนินการกระบวนการในข้อ 21.5 ก่อนการดำเนินการในข้อ 22 ดังนี้ การที่มาตรา 306 ที่บัญญัติในทางสงวนสิทธิให้ผู้แทนการค้าสามารถวินิจฉัยว่าประเทศฝ่ายแพคคียังไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง จึงมีลักษณะเป็นการขัดต่อข้อ 23.2(a) ในเบื้องต้น (<i>prima facie</i>) หากแต่ SAA ก็มีผลในทางระงับสภาพการละเมิดพันธกรณีที่เกิดขึ้นนั้นได้ - หากข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกาถูกต้อง คือ สหรัฐอเมริกาจะต้องรีบทำความเห็นเพื่อยื่นคำร้องขอระงับสิทธิประโยชน์ต่อองค์กรระดับข้อพิพาทภายใน 30 วัน นับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม และบทบัญญัติในข้อ 22 และ 23 มิได้อ้างอิงกระบวนการ

<p>(determine) ซึ่งต้องห้ามตาม ข้อ 23.2(a)</p> <p>ดังนั้น มาตรา 306(b) จึงขัดต่อข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจฯ</p>	<p>ว่าระดับความเสียหายของ ประเทศฝ่ายชนะคดีเป็น 0 ก็ ย่อมเท่ากับว่าประเทศฝ่ายแพ้ คดีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำ สั่งเรียบร้อยแล้ว</p> <p>ดังนั้น มาตรา 306(b) จึงไม่ขัดต่อข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจฯ</p>	<p>การในข้อ 21.5 แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้น การทำความเข้าใจของผู้แทนการ ค้าตามมาตรานี้จึงไม่ขัดต่อข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจฯ</p> <p>ดังนั้น มาตรา 306(b) จึงไม่ขัดต่อข้อ 23.2(a) ของความเข้าใจฯ</p>
--	---	---



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประเด็นมาตรา 306 และ 305	ประเด็นมาตรา 306 และ 305	ประเด็นมาตรา 306 และ 305
<p>1) ในขั้นตอนการขอระงับสิทธิประโยชน์ตามข้อ 22.6 ของความเข้าใจ ในกรณีที่ประเทศฝ่ายแพ็คดีร้องขอให้ยื่นเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการตามข้อ 22.6 ตอนท้าย จะต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ 70 วัน ก่อนที่ประเทศฝ่ายชนะคดีจะสามารถระงับสิทธิประโยชน์ได้ ในขณะที่ถ้าหากประเทศคู่พิพาทดำเนินการระงับการในข้อ 21.5 ด้วย จะใช้เวลา 90 วัน ในขณะที่มาตรา 306(b) บัญญัติให้ผู้แทนการค้าวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการใดตอบโต้ประเทศคู่ค้าภายในระยะเวลาไม่เกิน 30 วัน นับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง</p> <p>2) มาตรา 305 ได้บัญญัติให้ผู้แทนการค้าจะต้องใช้มาตรการตอบโต้ภายในไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย เมื่อพิจารณาร่วมกับมาตรา 306(b) ระยะเวลาจึงมีเพียง 60 วัน ซึ่งสั้นกว่าการดำเนินการระงับการตามความเข้าใจ</p> <p>3) ในคดี EC – Bananas สหรัฐอเมริกาได้มีประกาศที่แสดงให้เห็นถึงสภาพการปฏิบัติการ ที่ผู้แทนการค้าจะต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าก่อนกระบวนการตามความเข้าใจ จะสิ้นสุดลง</p> <p>ดังนั้น มาตรา 305 และ 306(b) จึงขัด</p>	<p>1) ไม่มีส่วนใดในมาตรา 301 – 310 ของกฎหมายการค้าที่เป็นบทบังคับให้ต้องระงับการขัดต่อพันธกรณีที่สหรัฐต้องผูกพันอยู่ตามความเข้าใจ มาตรา 306 (b) มิได้สั่งการให้ผู้แทนการค้าจะต้องทำสิ่งใดที่ขัดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (c) หากมีการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีก็จะเป็นเพราะการกระทำครั้งนั้นๆ โดยเฉพาะ ซึ่งไม่เกี่ยวกับตัวกฎหมาย</p> <p>2) แม้จะฟังได้ว่ามาตรา 306 (b) กำหนดให้ผู้แทนการค้าจะต้องวินิจฉัยในทุกกรณีว่าประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง และวินิจฉัยว่าต้องทำการตอบโต้ แต่มาตรา 305 (a)(2)(A) ได้อนุญาตให้ผู้แทนการค้าสามารถรอการดำเนินการออกไปได้อีกไม่เกิน 180 วัน ซึ่งเมื่อรวมกับระยะเวลาปกติ 30 วันแล้ว ผู้แทนการค้าจะมีกรอบระยะเวลาถึง 210 วันในการทำคำวินิจฉัย ซึ่งเป็นกรอบระยะเวลาที่มากพอจะดำเนินการตามข้อ 22 ของความเข้าใจ จนเสร็จสิ้น</p> <p>3) ผู้แทนการค้ามีดุลยพินิจกว้างขวางในการไม่ดำเนินการใด ๆ ตามบทบัญญัติในมาตรา 301(a)(2)(A)-(B)(v)</p> <p>4) การประกาศบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ไม่ได้อยู่ในบังคับของมาตรา</p>	<p>1) ประเด็นมาตรา 306(b) ต่อข้อ 23.2(c) ของความเข้าใจ คณะผู้พิจารณาเห็นว่า แม้ว่าจะตีความไปในทางที่ว่าประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการระงับการในข้อ 21.5 ให้เสร็จสิ้นก่อนจึงจะดำเนินการระงับการในข้อ 22.6 ได้ ซึ่งเป็นผลให้ในเบื้องต้น (prima facie) มาตรา 306 (b) ละเมิดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (c) เนื่องจากมีลักษณะสงวนสิทธิของผู้แทนการค้าที่จะทำการในทางละเมิดพันธกรณี แต่สภาพการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวก็สามารถระงับไปได้ด้วย SAA</p> <p>2) ประเด็นมาตรา 305 ต่อข้อ 23.2(c) คณะผู้พิจารณาเห็นว่า ในขั้นตอนการพิจารณาความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งในข้อ 21.5 หรือการกำหนดระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อ 22.6 ไม่ว่าประเทศคู่พิพาทจะดำเนินการระงับการในข้อใด ต่างใช้เวลาไม่ต่ำกว่า 60 วันทั้งสิ้น ดังนั้น มาตรา 305 (a)(1) ที่กำหนดให้ผู้แทนการค้าต้องตอบโต้ภายใน 60 วัน จึงเป็นบทบังคับให้ผู้แทนการค้าต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าก่อนได้รับอนุญาตจากองค์กรระงับข้อพิพาท ในเบื้องต้น (prima facie) จึงพบว่ามาตรา</p>

<p>ต่อข้อ 23.2(c) ของความเข้าใจ</p>	<p>304(a)(1)(B) ของกฎหมายการค้า หากเป็นไปตามนโยบายของรัฐ และเพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้สิทธิภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก จึงไม่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในกฎหมายการค้าแต่อย่างใด</p> <p>ดังนั้น มาตรา 305 – 306 ไม่ขัดต่อข้อ 23.2(c)</p>	<p>305 ละเมิดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (c) แต่สภาพการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวก็สามารถระงับไปได้ด้วย SAA</p> <p>ดังนั้น จึงเห็นว่ามาตรา 305 – 306 ไม่ขัดต่อข้อ 23.2(c)</p>
-------------------------------------	--	---

4.2.5 สรุปคำวินิจฉัย¹⁶⁸

1. มาตรา 304 (a)(2)(A) ของกฎหมายการค้าไม่ขัดต่อข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ

2. มาตรา 306 (b) ของกฎหมายการค้า ไม่ว่าจะพิจารณาประเด็นความเกี่ยวข้องระหว่างข้อ 21.5 และข้อ 22 ของความเข้าใจ เป็นอย่างไร ก็ไม่ขัดต่อ

- ข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ หรือ

- ข้อ 23.2 (c) ของความเข้าใจ

3. มาตรา 305 (a) ของกฎหมายการค้าไม่ขัดต่อข้อ 23.2 (c) ของความเข้าใจ

4. มาตรา 306 (b) ของกฎหมายการค้าไม่ขัดต่อข้อ I, II, III, VIII และ XI ของแกตต์ 1994

ทั้งนี้ คณะผู้พิจารณาได้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อวินิจฉัยทั้งหมดในคดีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (SAA) นั้นมีผลใช้บังคับได้ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา หากต่อไปกฎหมายฉบับนี้ถูกปฏิเสธ หรือถูกยกเลิกเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐของสหรัฐอเมริกา คำวินิจฉัยถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีที่ได้อ้างมาแล้วจะไม่เป็นดังนี้อีกต่อไป

¹⁶⁸ Ibid., pp. 350 – 351.

คดี United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974 นี้ไม่ปรากฏว่าประเทศ
คู่พิพาทได้ยื่นอุทธรณ์ไปยังองค์การพิชารณาอุทธรณ์แต่อย่างใด คดีจึงถึงที่สุดในระดับผู้พิชารณา



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

นัยของคำตัดสินขององค์กรระดับข้อพิพาทต่อประเทศไทย

5.1 วัตถุประสงค์ในการฟ้องร้องคดี US – Section 301 - 310

แม้ว่าคณะผู้พิจารณาจะมีคำวินิจฉัยว่ามาตรา 304 – 306 ของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกาไม่ขัดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (a) และ 23.2 (c) ก็ตาม หากแต่ในการพิจารณาผลลัพธ์ที่ประเทศผู้ฟ้องคดี และประเทศคู่ความฝ่ายที่สามทั้งหลายได้รับจากรายงานคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาในคดีนี้ว่าเป็นผลดีหรือไม่อย่างไรนั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งการนำคดีนี้ขึ้นฟ้องต่อองค์กรระดับข้อพิพาทควบคู่กันไปด้วย

นับตั้งแต่สหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงนโยบายทางการค้าระหว่างประเทศ โดยหันมาใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวร่วมกับการเจรจาทวิภาคีต่อประเทศคู่ค้าในปี ค.ศ. 1985 เป็นต้นมา ซึ่งทำให้สหรัฐสามารถเปิดตลาดประเทศและจัดการกีดกันทางการค้าของประเทศคู่ค้าอื่นได้อย่างง่ายดายยิ่งขึ้น แต่ในขณะเดียวกันนโยบายดังกล่าวกลับสร้างความไม่พอใจแก่ประเทศคู่ค้าของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งไทย เป็นอันมาก เนื่องจากสหรัฐอเมริกาวางตัวในลักษณะมือถือสาก ปากถือศีล คือมักจะกล่าวหาว่าประเทศตนต้องการเปิดเสรีการค้าโลก แต่สหรัฐอเมริกาเองกลับมีกฎหมายกีดกันการค้าอย่างมาก เช่น กฎหมายตอบโต้การทุ่มตลาด มาเป็นเครื่องมือในการกีดกันการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกา ยังอาศัยมาตรา 301 ของรัฐบัญญัติการค้า ตอบโต้การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อสหรัฐอเมริกา โดยสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ไต่สวนพฤติกรรมอันไม่เป็นธรรมเหล่านั้น และเป็นผู้พิจารณาคัดความที่กล่าวหาเอง เพื่อบีบบังคับให้ประเทศคู่ค้าต้องปฏิบัติตามมาตรฐานที่สหรัฐอเมริกากำหนด¹ และด้วยเหตุที่สหรัฐอเมริกามักอ้างอยู่เสมอว่าตนเองจำเป็นต้องใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียว ก็เนื่องมาจากกระบวนการระดับข้อพิพาทของแกตตีไม่สามารถปกป้องผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาได้ดีนัก² ดังนั้น ในการเจรจารอบอุรุกวัย หลักการที่เกี่ยวกับกระบวนการระดับข้อพิพาทจึงกลายเป็นประเด็นการเจรจาที่มีความสำคัญอีกประเด็นหนึ่ง โดยประเทศภาคีที่เข้าร่วมเจรจาต่างมุ่งหวังที่จะมีระบบการระดับข้อพิพาทใหม่ที่ทรงประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ตลอดจนขจัดลัทธิเอกภาคีนิยมแบบก้าวร้าว (aggressive unilateralism) ซึ่งเป็นภัยคุกคามต่อระบบการค้าของแกตตีโดยรวมให้หมดไปด้วย

¹ ศักดา ธนิตกุล, และ มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ, “คำตัดสิน WTO คดีกึ่ง/เตาทะเล : รัฐบาลไทยชนะหรือแพ้?”, วารสารกฎหมาย “ฉบับพิเศษ ครบรอบ 20 ปี วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”, 20 (พฤศจิกายน 2543):372-373.

² Terence P. Stewart, Editor, *The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986 - 1992) Volume II : Commentary*, Kulwer Law and Taxation Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1993. p. 2762.

และเมื่อการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัยสิ้นสุดลงโดยที่กระบวนการระงับข้อพิพาทได้ถูกแก้ไขปรับปรุงใหม่ให้รวดเร็วยิ่งขึ้น และมีหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่สามารถขจัดปัญหาของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่เดิมอย่างได้ผล ดังนั้นจึงควรเป็นเวลาที่สหรัฐอเมริกาจะเลิกพึ่งพามาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวตามรัฐบัญญัติการค้าในการเปิดตลาดของประเทศคู่ค้า หากแต่ยังปรากฏข้อเท็จจริงว่าสหรัฐอเมริกาใช้การดำเนินการตามมาตรา 301 ของรัฐบัญญัติการค้าในการข่มขู่ประเทศคู่ค้าซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ในประเด็นการค้าภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก เช่นในคดี EC – Bananas เป็นต้น (ข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3.3.4) อันเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ที่สหรัฐอเมริกาได้แถลงไว้ในระหว่างการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย และเป็นการบ่อนทำลาย (undermine) แก่นแท้ของกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกโดยตรง³

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงข้างต้นประกอบกับคำแถลงของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปต่อที่ประชุมองค์การระงับข้อพิพาท ณ วันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 (ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.1) จะเห็นได้ว่าจุดมุ่งหมายหลักของการฟ้องร้องคดี US – Section 301 – 310 นี้ได้แก่ การกำจัดลัทธิเอกภาคินิยมแบบก้าวร้าวออกไปจากระบบการค้าพหุภาคีขององค์การการค้าโลก นั่นเอง

5.2 ข้อสังเกตจากคำตัดสินขององค์การระงับข้อพิพาท

5.2.1 หลักการวินิจฉัยถึงความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เดิมมาคณะผู้พิจารณาและองค์กรพิจารณาอุทธรณ์จะใช้เกณฑ์ในการพิจารณา คือ เนื้อความของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีหรือไม่ และกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory legislation) หรือเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจ (discretionary legislation)

สำหรับเกณฑ์จำแนกความแตกต่างระหว่างกฎหมายอันเป็นบทบังคับกับกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจนั้น มีแนวบรรทัดฐานของคณะผู้พิจารณาวางไว้ดังนี้

ในคดี United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances หรือ US – Superfund คณะผู้พิจารณาได้กล่าวว่า “...จากมุมมองในด้านของวัตถุประสงค์ทั่วไปของแกตต์แล้ว Superfund Act ของสหรัฐอเมริกานั้นได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้เจ้าหน้าที่เรียกเก็บภาษีในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่เนื่องด้วย Superfund Act ยังคงให้ออกาสเจ้าหน้าที่ที่จะหลีกเลี่ยงการเรียกเก็บภาษีในลักษณะดังกล่าวโดยการตราเป็นระเบียบ (regulations) ดังนั้น บทบัญญัติใน Superfund Act ดังกล่าวจึงไม่เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกาผูกพันอยู่ตามแกตต์ ทั้งนี้คณะผู้พิจารณาได้พิจารณาคำชี้แจงของสหรัฐอเมริกา ที่ว่า ‘เมื่อตัวรัฐบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการตราระเบียบปฏิบัติดังนี้แล้ว ...ใน

³ Ibid., p. 2763.

ทางปฏิบัติอัตราภาษีในลักษณะลงโทษ (penalty rate) อันมีลักษณะขัดต่อพันธกรณีจะไม่มีทางถูกบังคับใช้ (would never be applied) แล้ว เห็นว่าเป็นคำชี้แจงที่น่าพอใจ...”⁴

ในคดี EEC – Regulation on Imports of Parts and Components คณะผู้พิจารณาได้กล่าวว่า “หลักการ anti-circumvention มิได้มีลักษณะเป็นการบังคับ (mandate) ให้เกิดการบังคับใช้อัตราภาษีหรือมาตรการอื่นใด บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงให้อำนาจ (authorize) ให้กระทำการบางประการเท่านั้น ในเมื่อหลักการของแกตต์ที่ญี่ปุ่นกล่าวว่ามีผลระมัดระวังต่อพันธกรณี เป็นหลักการที่ให้ประเทศภาคีหลีกเลี่ยงมาตรการบางประการ (to avoid certain measures) มิได้ก่อให้เกิดพันธกรณีให้ต้องหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายที่เพียงแต่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่กระทำการเฉพาะเรื่องนั้น ๆ...”⁵

ในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่า “...กฎหมายที่เพียงแต่ให้อำนาจในการปิดท่าเรือ หากแต่ให้อำนาจดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในอันที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำดังกล่าวโดยสิ้นเชิง ฉะนั้น จึงไม่ปรากฏการปิดท่าเรือขึ้นในปัจจุบัน และเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาจะไม่มีทางกระทำการในลักษณะดังกล่าว ดังนั้น คดีจึงมีปัญหาค่าจะต้องพิจารณาว่า เพียงแต่ตัวบทกฎหมายที่ให้อำนาจ (authorize) แต่มิได้บัญญัติให้ต้องกระทำการ (not require) อันขัดต่อแกตต์ โดยตัวของมันเองถือว่าขัดต่อหลักการของแกตต์หรือไม่

คณะผู้พิจารณาพิเคราะห์แล้ว กรณีดังกล่าวมีหลักการที่ยอมรับกันมาในคดีก่อน ๆ ว่าตัวบทกฎหมายที่บัญญัติในลักษณะบังคับให้ (mandatorily requiring) เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการต้องกระทำการในลักษณะไม่สอดคล้องกับแกตต์ ถือว่าไม่สอดคล้องต่อพันธกรณีที่ประเทศดังกล่าวผูกพันอยู่ภายใต้แกตต์ ไม่ว่าจะเกิดการปฏิบัติการตามกฎหมายดังกล่าวแล้วหรือไม่ ในขณะที่เดียวกัน ตัวบทกฎหมายที่เพียงแต่ให้อำนาจ (authorizes the power) เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการให้มีอำนาจกระทำการในลักษณะไม่สอดคล้องกับแกตต์ ยังไม่ถือว่าตัวของมันเองขัดต่อแกตต์...”⁶

⁴ Report of the panel, United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (Superfund), adopted 17 June 1987, L/6175, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/87superf.wpf, para. 5.2.9.

⁵ Report of the panel, EEC – Regulation on Imports of Parts and Components, L/6657, adopted on 16 May 1990, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88scrdvr.wpf, para. 5.25 – 5.26.

⁶ World Trade Organization, Guide to GATT Law and Practice, Berman Press, 1995, pp. 646 - 647.

ในคดี United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่า “...คณะพิจารณาในคดีก่อน ๆ ได้วินิจฉัยไปในทางเดียวกันว่า ตัวบทกฎหมายที่บังคับให้เจ้าหน้าที่กระทำการไม่สอดคล้องต่อเกณฑ์ สามารถจะถูกฟ้องร้องให้ยกเลิกไป ในขณะที่ตัวบทกฎหมายที่เพียงแต่ให้ดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานของประเทศภาคีในอันที่จะกระทำการที่ไม่สอดคล้องต่อเกณฑ์หรือไม่ก็ได้ ไม่สามารถจะถูกฟ้องร้องให้ยกเลิกได้ เพียงแค่การกระทำในรายการนี้อันอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวที่มีลักษณะขัดต่อเกณฑ์เท่านั้นที่สามารถจะถูกฟ้องร้องขอให้ยกเลิกไป...”⁷

ในคดี Japan – Measures Affecting Agricultural Products คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่า “...วรรคแรกของภาคผนวก A ของความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS Agreement) ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ‘มาตรการสุขอนามัยหมายความรวมถึงกฎหมาย (law) กฎฎีกา (decree) ระเบียบ (regulation) ข้อกำหนด (requirement) และกระบวนการ (procedure)’ ทั้งนี้มีได้ระบุว่าจะต้องมีลักษณะบังคับ (mandatory) หรือสามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย (legally enforceable) ...มาตรการของรัฐที่มีได้มีลักษณะเป็นบังคับ (non-mandatory) ก็อาจขัดต่อหลักการของความตกลงได้ ถ้าหากการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นในการบรรลุผลประโยชน์ของรัฐ หรืออาจกล่าวได้ว่า หากการปฏิบัติตามมาตรการนั้นก็เพียงพอแล้ว (sufficient) ที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการส่งเสริม (incentive) หรือการหยุดยั้ง (disincentive) ขึ้นได้” ทั้งนี้ คณะผู้พิจารณาได้ยืนยันตามความเห็นของคณะผู้พิจารณาในคดี Japan – Trade in Semi-Conductors ที่ว่า “มาตรการอันมิใช่บังคับ (non-mandatory measures) ก็สามารถก่อให้เกิดผลเป็นการส่งเสริมหรือการหยุดยั้งที่เพียงพอได้แล้ว”⁸

คดี Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยในคดีส่วนไม่มีการละเมิดพันธกรณี ว่า “นโยบายหรือการกระทำของรัฐบาลไม่จำเป็นจะต้องมีผลผูกพันอย่างสำคัญ (substantially binding) หรือมีลักษณะบังคับ (compulsory nature) ก็อาจก่อให้เกิดผลให้เอกชนปฏิบัติตามในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์อันคาดว่าจะได้รับโดยชอบ ตามความในข้อ XXIII:1(b) ของเกณฑ์ ได้...”⁹

⁷ Report of the panel, United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco, DS44/R, adopted on 4 October 1994, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/94tobaco.wpf, para. 118, 121, 123.

⁸ Report of the panel, Japan – Measures Affecting Agricultural Products, WT/DS76/R, adopted on 27 October 1998, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 8.111.

⁹ Report of the panel, Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted on 22 April 1998, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 10.49.

จะเห็นได้ว่าแนวคำวินิจฉัยเดิมจะให้ความสำคัญกับสภาพบังคับของกฎหมายภายในเป็นอย่างมาก หากกฎหมายภายในดังกล่าวเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับ แม้ว่าจะยังไม่มีผลบังคับใช้ในขณะยื่นฟ้อง หรือแม้ว่าจะยังมีได้มีการปฏิบัติตามกฎหมายฉบับดังกล่าว แต่ก็ถือว่าประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีแล้ว และคณะผู้พิจารณาจะต้องตัดสินให้ประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณี ในกรณีที่ถ้าหากกฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจ คณะผู้พิจารณาจะถือว่าประเทศสมาชิกยังมีได้ละเมิดพันธกรณี แต่หากเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการได้ใช้อำนาจตามกฎหมายฉบับดังกล่าวกระทำการอันมีลักษณะขัดต่อพันธกรณี จึงจะถือว่าประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณี

ต่อมาในช่วงหลัง เมื่อปรากฏว่าประเทศสมาชิกพยายามหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามพันธกรณี ด้วยการบัญญัติกฎหมายให้มีลักษณะเป็นกฎหมายให้อำนาจดุลยพินิจ รวมถึงการใช้มาตรการในรูปแบบของกฎหมายระดับรอง ระเบียบ คำชี้แนะ (guidance) ทว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศสมาชิกอื่นขององค์การการค้าโลก แนวคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาจึงได้เปลี่ยนแปลงไป นั่นคือคณะผู้พิจารณาจะเน้นถึงผลที่เกิดจากการกระทำนั้นยิ่งกว่าจะพิจารณาสภาพความเป็นกฎหมายแม่บท หรือกฎหมายอันเป็นบทบังคับที่มีอยู่

สำหรับในคดี United States – Section 301 – 310 นี้ คณะผู้พิจารณาได้สร้างหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยขึ้นใหม่ กล่าวคือ มิได้ให้ความสนใจกับลักษณะความเป็นกฎหมายอันเป็นบทบังคับหรือกฎหมายให้อำนาจดุลยพินิจมากนัก แต่ให้ความสนใจกับโอกาสที่ตัวกฎหมายฉบับดังกล่าวจะก่อให้เกิดการกระทำในลักษณะไม่สอดคล้องกับพันธกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาว่าในความเป็นจริงมันได้ถูกบังคับใช้อย่างขัดต่อพันธกรณีแล้วหรือไม่ และกฎหมายนั้นจะถึงกำหนดบังคับใช้หรือยังก็ตาม หลักใหญ่ที่สุดในการพิจารณาได้แก่มีโอกาสภายใต้กฎหมายภายในอันที่จะเกิดการเลือกปฏิบัติแล้วหรือไม่ ซึ่งถ้าหากเพียงแต่มีโอกาสจะเกิด (risk) เท่านั้นก็พิจารณาได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดต่อพันธกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามันจะขัดต่อพันธกรณีอย่างแน่นอน (certainty) หรือไม่¹⁰ เนื่องจากกฎหมายที่สงวนสิทธิให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวในลักษณะขัดต่อหลักเกณฑ์และกระบวนการของความเข้าใจ ย่อมก่อให้เกิดการคุกคามต่อเรื่องออกไป และสร้าง “ภาวะชะงักงัน” (chilling effect) อันก่อความเสียหายร้ายแรงได้ในหลาย ๆ ทาง¹¹

¹⁰ Report of the Panel, United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R, Adopted on 22 December 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 7.83.

ดูเพิ่มเติม para. 7.32

คณะผู้พิจารณาวินิจฉัยว่า มาตรา 304 บังคับผู้แทนการค้าในบางกรณี ให้มีคำวินิจฉัยฝ่ายเดียวในประเด็นที่ว่าสิทธิทางการค้าของสหรัฐถูกปฏิเสธหรือไม่ ก่อนที่องค์กรจะรับข้อพิพาทจะรับรองรายงานคำวินิจฉัย ในคดีว่าด้วยเรื่องดังกล่าว แต่กระนั้นตัวบทบัญญัติก็มีได้บังคับให้ผู้แทนการค้าต้องวินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิ และก็มีได้ห้ามอย่างเด็ดขาดมิให้ผู้แทนการค้ามีคำวินิจฉัยว่าเกิดการปฏิเสธสิทธิด้วย จึงถือว่าเป็นกฎหมายให้อำนาจดุลยพินิจ

¹¹ Ibid., para. 7.88.

ดังนั้น แค่เพียงโอกาสจะเกิดการวินิจฉัยฝ่ายเดียวในทางไม่สอดคล้องกับพันธกรณี ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 304-306 เปิดช่องไว้ นั่น ย่อมเท่ากับก่อให้เกิดภาวะชะงักงันทั้งต่อประเทศสมาชิกอื่นเป็นคู่ค้า และต่อตลาดอยู่แล้ว แม้ว่าจะยังไม่ใคร่ปรากฏการวินิจฉัยฝ่ายเดียวในลักษณะนั้นก็ตาม เนื่องจากไม่สามารถเชื่อมั่นได้ว่ามันจะไม่มีการเกิดขึ้น¹² ในเมื่อมาตรา 304-306 สามารถก่อให้เกิดการขู่เชิญว่าจะทำคำวินิจฉัยไปในทางขัดต่อข้อ 23.2 (a) ได้ ในเบื้องต้น (*prima facie*) จึงเป็นการขัดต่อพันธกรณีของข้อ 23.2 (a) ประกอบด้วยข้อ 23.1 แต่ทว่าความเสี่ยงในการทำคำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวสามารถถูกขจัดออกไปได้ด้วยผลของคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (SAA)¹³

แม้ว่า SAA จะมีชื่อเรียกว่าเป็น “คู่มือ” การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ หากแต่เอกสารฉบับนี้ก็ถูกสร้างขึ้นตามบทบัญญัติของมาตรา 3511 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยความตกลงทางการค้ารอบอุรุกวัย (Uruguay Round Agreements Act) และได้รับการรับรองสถานะตามมาตรา 3512(d) ของรัฐบัญญัติดังกล่าว **จากสภาองเกรส** ดังนั้นคู่มือฉบับดังกล่าวนี้จึงถือว่ามีศักดิ์เป็นเช่นเดียวกับรัฐบัญญัติหรือ Act¹⁴ ดังนั้น ข้อความใน SAA จึงมีผลสามารถแก้ไขเพิ่มเติมหลักการของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา (ซึ่งเป็นมีศักดิ์เป็นรัฐบัญญัติเช่นเดียวกัน) ในอันที่จะป้องกันการใช้ดุลยพินิจของผู้แทนการค้า มิให้เป็นไปในทางขัดต่อพันธกรณี ซึ่งถือเป็นการเยียววาทสภาพการละเมิดพันธกรณีในเบื้องต้นได้¹⁵ จึงวินิจฉัยว่า มาตรา 304 ไม่ขัดต่อพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกาต้องผูกพันอยู่ตามข้อ 23.2 (a) ของความเข้าใจ¹⁶

ด้วยเหตุที่ SAA ผ่านการรับรองจากสภาองเกรส จึงเป็นข้อแตกต่างระหว่าง SAA กับ mailbox system ที่อินเดียยกขึ้นอ้างในคดี India – Patent เนื่องจาก mailbox system ของอินเดียเป็นเพียงระเบียบปฏิบัติ จึงไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติสิทธิบัตรของอินเดีย แต่ SAA มีฐานะเทียบเท่ากับรัฐบัญญัติ และสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา ในอันที่จะควบคุมมิให้ผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาใช้ดุลยพินิจไปในทางขัดต่อพันธกรณีได้

¹² Ibid., para. 7.91.

¹³ Ibid., para. 7.131.

¹⁴ ดร. ศักดา ธนิตกุล, และ มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ, “คำตัดสิน WTO คดีกึ่ง/เต่าทะเล : รัฐบาลไทยชนะหรือแพ้?”, วารสารกฎหมาย “ฉบับพิเศษ ครอบรอบ 20 ปี วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”, 20 (พฤศจิกายน 2543):หน้า 407.

¹⁵ Report of the Panel, United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R, Adopted on 22 December 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 7.134

¹⁶ Ibid., para. 7.135.

แต่ทั้งนี้ คณะผู้พิจารณาได้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อวินิจฉัยทั้งหมดในคดีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานเกี่ยวกับระเบียบปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกา หากต่อไประเบียบดังกล่าวนี้ถูกปฏิเสธ หรือถูกยกเลิกเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐของสหรัฐอเมริกา คำวินิจฉัยถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีที่ได้กล่าวมาแล้วจะไม่เป็นดังนี้อีกต่อไป¹⁷ หลักการที่คณะผู้พิจารณาได้วางไว้ดังกล่าวเป็นการวางหลักเพื่อป้องกันมิให้ประเทศสมาชิกเปลี่ยนแปลงปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยการบัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจและเป็นการปรามการกระทำของผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาในตัว เนื่องจากได้วินิจฉัยว่าหลักการในรัฐบัญญัติการค้าในเบื้องต้น (prima facie) มีลักษณะไม่สอดคล้องกับพันธกรณี

การที่คณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติการค้ามีลักษณะไม่สอดคล้องกับพันธกรณี **ในเบื้องต้น** นั้น สามารถมองได้ว่าเป็นประเด็นที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปและประเทศที่เป็นคู่ความฝ่ายที่สามทั้งหมด **ชนะคดี** เนื่องจากเป็นการปรามสหรัฐอเมริกาให้ระงับการขัดต่อพันธกรณีตามข้อ 23.2 (a) และ (c) ของความเข้าใจ แต่หากว่าได้พิจารณาคำวินิจฉัยร่วมกับวัตถุประสงค์ในการฟ้องร้องคดีนี้ในข้อ 5.1 แล้ว จะพบว่า รายงานคำตัดสินในคดีนี้ไม่ก่อให้เกิดผลให้สหรัฐอเมริกาจะต้องยกเลิกเพิกถอนกฎหมายภายในหรือแม้แต่กฎระเบียบใด ๆ เลย ดังนั้น การมองว่าฝ่ายโจทก์และคู่ความฝ่ายที่สามชนะคดีในประเด็นนี้จึงเป็นการมองที่ไม่ถูกต้อง โดยเฉพาะในประเด็นการควบคุมการปฏิบัติตามคำตัดสินด้วยการประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า (Retaliation List) ในการปฏิบัติตามมาตรา 306(a) ของรัฐบัญญัติการค้า ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

5.2.2 ขอบเขตอำนาจพิจารณาของคณะผู้พิจารณา ในคดีนี้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ตั้งประเด็นการฟ้องร้องไว้ที่การขอให้ยกเลิกหรือแก้ไขตัวบทของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก ดังนี้ คณะผู้พิจารณาจึงจำกัดขอบเขตการพิจารณาไว้เพียงแต่ตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด และมีได้นำแนวปฏิบัติการตามรัฐบัญญัติการค้าที่ผ่านมาของสหรัฐอเมริกามาประกอบในการวินิจฉัยคดีเลยแม้แต่น้อย โดยเฉพาะอาวูที่สหรัฐใช้ข่มขู่ประเทศคู่ค้าอย่างได้ผลมาโดยตลอด นั่นคือ บัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า หรือ Retaliation List

เมื่อพิจารณาคำแถลงของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในข้อ 4.1 จะพบว่า “มาตรการ” ที่สหรัฐอเมริกานำมาใช้ และประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวหาว่าก่อให้เกิดภาวะชะงักงันแก่เศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปก็คือการประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งในความเป็นจริงประชาคมเศรษฐกิจยุโรปสมควรจะฟ้องร้องเพื่อให้สหรัฐอเมริกาแก้ไขบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าฉบับดังกล่าว แต่ได้ปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาได้แก้ไขรายการในบัญชีให้สอดคล้องกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามข้อ 22.6 ในเวลาต่อมา ดังนั้น การเลือกฟ้องร้องเพื่อให้สหรัฐอเมริกากยกเลิกหรือแก้ไขตัวรัฐบัญญัติการค้าจึงน่าจะเป็นทางเลือกที่ดีกว่า ในแง่ของการป้องกันมิให้สหรัฐอเมริกาสามารถแสดงอาการข่มขู่ประเทศคู่ค้าด้วยบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าได้อีกในอนาคต

¹⁷ Ibid., p. 351.

ข้อสังเกตเกี่ยวกับประเด็นเรื่องบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าที่สำคัญในคดีนี้ก็คือ การที่ มาตรา 306 ของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกาเพียงแต่ระบุให้ผู้แทนการค้าทำคำวินิจฉัยถึงมาตรการที่จะ ใช้ต่อไป โดยมี **ได้มีถ้อยคำระบุให้ผู้แทนการค้าจะต้องประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าแต่อย่างใด** ซึ่งคณะผู้พิจารณาก็มิได้หยิบยกประเด็นเกี่ยวกับบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าขึ้นประกอบพิจารณา วินิจฉัยคดีนี้แต่อย่างใด

เนื้อหาของคำวินิจฉัยประเด็นนี้ หากพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในคดี Japan – Autos และคดี EC – Bananas ในบทที่ 3 จะพบว่าอาวูทที่ทรงประสิทธิภาพที่สุดของรัฐบัญญัติการค้าฉบับนี้ได้แก่การประกาศบัญชี รายการตอบโต้ทางการค้า ซึ่งถึงแม้ผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาจะกล่าวอ้างว่าเป็นการประกาศต่อผู้ประกอบ การภายในประเทศเพื่อให้ผู้ประกอบการที่อาจได้รับผลกระทบจากการตอบโต้ทางการค้าดังกล่าวนั้นมีสิทธิได้ แอ้งคัดค้าน หากแต่การประกาศบัญชีดังกล่าวก็ก่อให้เกิดผลทางจิตวิทยาอย่างรุนแรงถึงขั้นเกิดภาวะชะงักงันขึ้น ได้ ดังที่ปรากฏในคดี Japan – Autos และทำให้ญี่ปุ่นยินยอมปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา **โดยที่ สหรัฐอเมริกาไม่จำเป็นต้องดำเนินการตอบโต้ทางการค้าตามที่ได้ประกาศในบัญชีรายการตอบโต้ทาง การค้าดังกล่าวแต่อย่างใด** ในเมื่อคณะผู้พิจารณาก็มิได้หยิบยกประเด็นนี้ขึ้นพิจารณา จึงยังไม่ปรากฏคำ วินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าแต่อย่างใด **และสหรัฐยังคงมีอาวูท สำคัญของการใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวอยู่** ซึ่งเป็นผลเสียต่อประเทศคู่ค้าของสหรัฐอเมริกาในระยะยาว

นัยที่สำคัญอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า ก็คือ ลักษณะการปฏิบัติที่มีได้มีบทบัญญัติในรัฐบัญญัติการค้ารองรับ หากแต่เป็นเพียงแนวปฏิบัติ หรือ หลักจารีต ประเพณี (customary rules) ของผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา ลักษณะเช่นนี้ก่อให้เกิดข้อได้เปรียบสองประการ คือ ข้อแรก ประเทศคู่ค้าไม่สามารถฟ้องร้องให้มีการยกเลิกบทบัญญัติที่ให้อำนาจผู้แทนการค้าในการประกาศ บัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าโดยตรงได้ เนื่องจากมิได้มีตัวบทกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังนี้ไว้โดยตรง และข้อที่สอง ถ้าหากประเทศคู่ค้าจะทำการฟ้องร้องการประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าเป็นรายกรณีก็ จะประสบปัญหาคือ บัญชีดังกล่าวสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยสะดวก เมื่ออนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามหลัก เกณฑ์ของความเข้าใจ มีคำชี้ขาด สหรัฐอเมริกาจะสามารถปรับเปลี่ยนรายการในบัญชีให้เป็นไปตามคำชี้ขาด ของอนุญาตตุลาการได้โดยง่าย ซึ่งจะทำให้สิทธิในการนำคดีมาฟ้องของประเทศคู่ค้าระงับลง เนื่องจากสามารถ บรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อ 3.7 ของความเข้าใจ คือการกระทำอันต้องหวังว่าจะเกิดพันธกรณีนั้นได้ระงับไปแล้ว โดยที่สหรัฐอเมริกาจะสามารถใช้การประกาศบัญชีรายการตอบโต้เพื่อข่มขู่ประเทศคู่ค้าได้อีกในคดีต่อ ๆ ไป

5.2.3 ปัญหาเนื้อความไม่สอดคล้องกันระหว่างข้อ 21.5 และข้อ 22.6 ของความเข้าใจฯ ดังที่ได้ กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าเมื่อระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งสิ้นสุดลง และประเทศ ฝ่ายชนะคดีอ้างว่าประเทศฝ่ายแพคดีมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งจนเสร็จสิ้น เพื่อจะทำการระงับสิทธิ ประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณี ในกรณีเช่นนี้ประเทศฝ่ายแพคดีที่ไม่เห็นด้วยกับการระงับสิทธิ ประโยชน์ดังกล่าวมีทางแก้สองทาง ได้แก่ ข้อ 21.5 และ ข้อ 22.6 ของความเข้าใจฯ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันดัง นี้

5.2.3.1 กระบวนการในข้อ 21.5

1) เหตุแห่งการใช้กระบวนการในข้อนี้ คือ เมื่อเกิดข้อโต้แย้งในประเด็นว่าด้วยมาตรการที่ประเทศฝ่ายแพคตินำมาใช้เพื่อเป็นการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งนั้นสอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้องหรือไม่ นั่นคือ ประเทศคู่พิพาทในคดีมีความเห็นไม่ตรงกันในประเด็นความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง

2) ผู้ริเริ่มกระบวนการ จากถ้อยคำในตัวบทที่ระบุว่าต้องเกิด “ข้อโต้แย้ง” ขึ้นเสียก่อน เป็นการแสดงว่า ประเทศคู่พิพาทที่เข้าปรึกษาหารือในประเด็นดังกล่าว และมีความเห็นไม่ตรงกันในประเด็นดังกล่าว เป็นผู้ตกลงกันให้เริ่มกระบวนการในข้อนี้ขึ้น

3) ระยะเวลาในการเริ่มดำเนินการ เรื่องนี้ไม่มีกำหนดไว้ตายตัว จะดำเนินการก่อนหรือหลังวันสิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสมก็ได้ และหากดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้วปรากฏผลคำวินิจฉัยชี้ขาดว่า มาตรการที่ประเทศฝ่ายแพคตินำมาใช้เพื่อเป็นการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งนั้น ยังไม่สอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้อง ในกาลต่อไป เมื่อประเทศฝ่ายแพคติได้ปรับเปลี่ยนกฎหมายหรือมาตรการใหม่อีกครั้งแล้ว ก็สามารถเริ่มกระบวนการในข้อนี้ได้ใหม่อีกครั้ง

4) ผู้พิจารณาวินิจฉัยคดี ได้แก่ คณะผู้พิจารณาชุดเดิม (original panel) ถ้าหากเป็นไปได้ เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อ 21.5 มิได้ระบุให้อำนาจผู้อำนวยการใหญ่ที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นวินิจฉัยคดีแทนดังข้อ 22.6 และเมื่อคณะผู้พิจารณาชุดเดิมมีรายงานความเห็นแล้ว สามารถอุทธรณ์ต่อไปยังองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ได้

5) กรอบระยะเวลาดำเนินการ คือ 90 วัน นับแต่ได้รับเรื่องไว้พิจารณา

6) ประเด็นพิจารณา คือ มาตรการที่ประเทศฝ่ายแพคตินำมาใช้เพื่อเป็นการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งนั้นสอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้องหรือไม่ นั่นคือ **พิจารณาในด้านประเทศฝ่ายแพคติเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายของประเทศฝ่ายชนะคดีเลย**

5.2.3.2 กระบวนการในข้อ 22.6

1) เหตุแห่งการเริ่มคดี คือ เมื่อประเทศฝ่ายแพคติต้องการคัดค้านระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี หรือร้องคัดค้านว่า คำร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงของประเทศฝ่ายชนะคดีมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในข้อ 22.3 (b) หรือ (c)

2) ผู้ริเริ่มกระบวนการ การดำเนินการกระบวนการในข้อ 22.6 เป็นเรื่องเฉพาะตัวของประเทศคู่พิพาทแต่ละฝ่ายโดยแท้ นั่นคือ สิทธิในการคัดค้านระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี หรือคัดค้านการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงเป็นสิทธิของประเทศฝ่ายแพคดีโดยแท้ โดยไม่จำเป็นที่ประเทศคู่พิพาทจะต้องเจรจาตกลงกันจนเกิดข้อโต้แย้งดังกล่าวในข้อ 21.5

3) ระยะเวลาในการเริ่มดำเนินการ การคัดค้านจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อประเทศฝ่ายชนะคดีร้องขออนุญาตจากองค์กรระงับข้อพิพาท ขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีตามความในตอนต้นของข้อ 22.6 แล้วเท่านั้น และเมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว ข้อ 22.7 ได้บัญญัติว่าให้ประเทศคู่พิพาทยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นข้อยุติ และจะต้องไม่ยื่นเรื่องให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยอีกเป็นครั้งที่สอง

4) ผู้พิจารณาวินิจฉัยคดีได้แก่อนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ให้คณะผู้พิจารณาชุดเดิมทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ ถ้าหากทำได้ หรือมิฉะนั้นให้ผู้อำนวยความสะดวกใหญ่เป็นผู้แต่งตั้งบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่นทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ

5) กรอบระยะเวลาดำเนินการ คือ อนุญาตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดภายใน 60 วันนับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง

6) ประเด็นพิจารณา นั่นคือ ระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศฝ่ายชนะคดีร้องขอมานั้นเท่ากับระดับความเสียหายที่ได้รับหรือไม่ อันเป็นประเด็นเกี่ยวกับฝ่ายประเทศชนะคดีเป็นหลัก ซึ่งอนุญาตตุลาการในข้อ 22.6 ในคดี EC – Hormones เคยวินิจฉัยว่า นอกจากบัญชีรายการสินค้าที่จะถูกตอบโต้จะต้องมีมูลค่าเท่ากับความเสียหายแล้ว ประเทศฝ่ายชนะคดียังจะต้องระงับอัตราภาษีที่จะทำการตอบโต้ในอัตราแน่นอน และในกรณีที่ประเทศฝ่ายชนะคดีร้องขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีข้ามสาขาหรือข้ามความตกลง ประเด็นพิจารณาจะ ได้แก่ ประเทศชนะคดีได้ปฏิบัติตามข้อ 22.3 (b) - (e) แล้วหรือไม่เพียงใด ทั้งนี้ ข้อ 22.7 ได้บัญญัติห้ามมิให้อนุญาตตุลาการพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับสภาพของการงดปฏิบัติตามพันธกรณี (the nature of the concessions or other obligations to be suspended) ด้วย

ความคาบเกี่ยวกันระหว่างกระบวนการในข้อ 21.5 และ 22.6 มีขึ้นเนื่องจากกระบวนการทั้งสองมักเริ่มขึ้นเมื่อระยะเวลาอันเหมาะสมสิ้นสุดลง และประเทศคู่พิพาทมีความเห็นไม่ตรงกันเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งของประเทศฝ่ายแพคดี ซึ่งโดยปกติประเทศคู่พิพาทควรจะใช้กระบวนการในข้อ 21.5 ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีความเป็นพหุภาคี เนื่องจากเป็นกระบวนการที่เริ่มขึ้นโดยประเทศคู่พิพาทร่วมกันก่อนขึ้น มิใช่จากประเทศเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และการวินิจฉัยก็กระทำโดยคณะผู้พิจารณาชุดเดิม

หากแต่ประเทศสหรัฐอเมริกากลับมีความเห็นที่สามารถใช้กระบวนการในข้อ 22.6 แทนได้¹⁸ นั่นคือสหรัฐอเมริกา (ประเทศฝ่ายชนะคดี) จะยื่นคำร้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาท เพื่อขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติ ตามพันธกรณีเสียก่อนในเบื้องต้น และหากประเทศฝ่ายแพ้คดีต้องการโต้แย้งคัดค้านก็ให้ดำเนินการคัดค้านเพื่อ ส่งเรื่องให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยตามความในข้อ 22.6 ตอนท้าย

เมื่อพิจารณาแนวทางการดำเนินการตามข้อ 21.5, ข้อ 22.6 ของความเข้าใจเปรียบเทียบกับ การดำเนินการตามมาตรา 306 ของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกาจะได้ผลดังนี้

ตารางที่ 6

เปรียบเทียบกระบวนการตามมาตรา 306 ของรัฐบัญญัติการค้าสหรัฐกับข้อ 21.5 และ 22.6 ของความ เข้าใจ

	ข้อ 21.5	มาตรา 306	ข้อ 22.6
ประเด็นพิจารณา	มาตรการที่ประเทศฝ่ายแพ้ คดีนำมาใช้เพื่อเป็นการ ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือ คำสั่งนั้นสอดคล้องกับความ ตกกลางที่เกี่ยวข้องหรือไม่	ประเทศฝ่ายแพ้คดีได้ปฏิบัติ ตามคำแนะนำหรือคำสั่งจน เป็นที่พอใจแล้วหรือไม่ ถ้า ไม่ ต้องวินิจฉัยถึงมาตรการ ที่จะใช้ต่อไปอีกด้วย	ระดับการระงับสิทธิ ประโยชน์หรืองดปฏิบัติตาม พันธกรณีที่ประเทศฝ่ายชนะ คดีร้องขอมานั้นเท่ากับ ระดับความเสียหายที่ได้รับ หรือไม่
เริ่มดำเนินการ	เมื่อใดก็ได้ เมื่อประเทศคู่ พิพาทมีข้อโต้แย้งในประเด็น	ทันทีที่ระยะเวลาที่เหมาะสม สิ้นสุดลง	เมื่อประเทศฝ่ายแพ้คดีคัด ค้านระดับการระงับสิทธิ

¹⁸ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปฟ้องว่า มาตรา 306 (a) ของกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกาให้ผู้แทนการค้ามีอำนาจ หน้าที่ตรวจสอบว่าประเทศคู่ค้าดังกล่าวปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งแล้วหรือไม่ และถ้าหากผู้แทนการค้าเห็นว่า (consider) ประเทศคู่ค้ามิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ผู้แทนการค้าจะต้อง (shall) ทำคำวินิจฉัย (determination) ถึงมาตรการที่จะใช้ต่อไป ภายในกรอบระยะเวลา 30 วันหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสม ตามความในมาตรา 304 (b)(2) ซึ่งการทำคำวินิจฉัยตามมาตรานี้ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเห็นว่าเป็นการ วินิจฉัยโดยปริยาย (imply) ว่าประเทศสมาชิกอื่นละเมิดพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก หรือกระทำ ให้เสียหายซึ่งผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา อันอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 23.1 และ 23.2 (a) ของความเข้าใจ

ซึ่งกรอบระยะเวลา 30 วันดังกล่าว หากประเทศคู่กรณีมีความเห็นไม่ตรงกันถึงความสมบูรณ์ของการ ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง และตกลงส่งเรื่องให้คณะผู้พิจารณาชุดเดิมเป็นผู้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในข้อ 21.5 ของความเข้าใจ ซึ่งกรอบระยะเวลาในการพิจารณาตามข้อนี้คือ 90 วัน ทำให้สหรัฐอเมริกาจะไม่สามารถ รอฟังผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามข้อ 21.5 ได้

	ดังกล่าว		ประโยชน์ฯ
ครบ 30 วัน นับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมที่สุด	(ในกรณีที่เริ่มกระบวนการเมื่อระยะเวลาที่เหมาะสมที่สุดสิ้นสุดลง) อยู่ในระหว่างการพิจารณา	วันที่บัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้ามีผล	อยู่ระหว่างการพิจารณา
ครบ 60 วัน นับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมที่สุด	อยู่ในระหว่างการพิจารณา	วันที่บัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้ามีผล (ปกติผู้แทนการค้าจะระบุวันที่บัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้ามีผลไว้สองวัน คือ ครบ 30 วัน หากประเทศฝ่ายแพ้คดีไม่ได้แจ้งระดับการระงับสิทธิประโยชน์ หรือ ครบ 60 วัน ในกรณีที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีได้แจ้งระดับการระงับสิทธิประโยชน์)	อนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาด ซึ่งจะทำให้ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องปรับเปลี่ยนระดับการระงับสิทธิประโยชน์ตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยคำชี้ขาดจะเป็นที่สุด อุทธรณ์ต่อไปไม่ได้ และดำเนินกระบวนการใหม่ไม่ได้
ครบ 90 วัน นับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมที่สุด	คณะผู้พิจารณามีรายงานคำวินิจฉัย ภายใน 90 วัน นับแต่ได้รับเรื่องไว้พิจารณา และอาจอุทธรณ์ต่อไปยังองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ได้	อยู่ระหว่างดำเนินการตอบโต้	อยู่ระหว่างดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างการดำเนินการตามมาตรา 306 กับข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจ แล้ว จะพบว่ามาตรา 306 มีประเด็นการวินิจฉัยในลักษณะเดียวกันกับข้อ 21.5 คือวินิจฉัยในด้านของประเทศคู่ค้า (ประเทศฝ่ายแพ้คดี) ว่าประเทศคู่ค้าได้ปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งเสร็จสิ้นแล้วหรือไม่อย่างไร หากแต่กรอบระยะเวลาการดำเนินการของมาตรา 306 นั้นค่อนข้างสั้น และจะรับกับการดำเนินการตามข้อ 22.6 มากกว่า นั่นคือสามารถสร้างแรงกดดันจากการประกาศบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้าได้ทันทีที่ระยะเวลาที่เหมาะสมที่สุด (เสมือนดังที่ประเทศฝ่ายชนะคดีสามารถยื่นคำขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีต่อองค์กรระงับข้อพิพาทได้ทันทีที่ระยะเวลาที่เหมาะสมที่สุดนั่นเอง) หากแต่ข้อแตกต่างระหว่างมาตรา 306 กับบทบัญญัติของความเข้าใจ ทั้งสอง ก็คือ กระบวนการตามมาตรา 306 นั้นเป็นมาตรการฝ่ายเดียวโดยแท้ นั่นคือไม่เปิดโอกาสให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีคัดค้านหรือได้แจ้งการดำเนินการได้เลย **เว้นแต่จะยินยอมทำ ความตกลงทวิภาคีกับผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา เพื่อขอให้สหรัฐอเมริกากระงับการดำเนินการตาม มาตรา 306 เพียงอย่างเดียว** ในขณะที่ข้อ 22.6 ยังเปิดโอกาสให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีได้แจ้งระดับความเสียหายหรืออำนาจในการตอบโต้ข้ามสาขาหรือข้ามความตกลง เพื่อให้หน้าคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการได้ และข้อ 21.5 เป็นกระบวนการที่มีลักษณะในทางพหุภาคีมากที่สุด นั่นคือจะต้องเริ่ม

กระบวนการพิจารณาโดยการเกิดข้อโต้แย้งขึ้นระหว่างประเทศคู่พิพาท และประเทศคู่พิพาทยินยอมให้ส่งเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณาชุดเดิม

5.2.3.3 เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกระบวนการในข้อ 22.6 และข้อ 21.5 แล้ว จะเห็นว่าการใช้กระบวนการในข้อ 22.6 จะเป็นผลดีแก่สหรัฐอเมริกาหลายประการ คือ

1) การยื่นคำร้องขออนุญาตระดับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อ 22.6 ตอนต้นจัดเป็นมาตรการฝ่ายเดียว (unilateral measure) เช่นเดียวกับการดำเนินการตามมาตรา 306 ของรัฐธรรมนูญการค้า นั่นคือสหรัฐอเมริกาสามารถตัดสินใจที่จะยื่นคำร้องหรือไม่ และหากยื่นคำร้อง สหรัฐเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้กำหนดมูลค่าความเสียหาย และมูลค่าการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีเองฝ่ายเดียว ซึ่งหากประเทศฝ่ายแพ็คดีมิได้โต้แย้งคัดค้านตามข้อนี้ องค์การระงับข้อพิพาทย่อมต้องอนุญาตตามคำร้องขอของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นการเสี่ยงอย่างยิ่งที่สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศฝ่ายชนะคดีจะทำการตอบโต้เกินกว่าระดับความเสียหาย และขัดต่อหลัก Equivalency ในข้อ 22.4

2) กรอบระยะเวลาการดำเนินการของข้อ 22.6 ตอนท้ายสั้นกว่ากรอบระยะเวลาการดำเนินการของข้อ 21.5 เป็นอันมาก คือ การดำเนินการในข้อ 22.6 จะใช้เวลาเพียง 60 วัน และหลังจากนั้นสหรัฐอเมริกาจะสามารถเริ่มต้นระงับสิทธิประโยชน์ได้ในทันที หากแต่การดำเนินการในข้อ 21.5 นั้น นอกจากจะกินเวลาถึง 90 วันนับแต่คณะผู้พิจารณาชุดเดิมได้รับเรื่องไว้พิจารณาแล้ว คดียังสามารถอุทธรณ์ไปยังองค์การพิจารณาอุทธรณ์ได้อีก ซึ่งเมื่อนับรวมระยะเวลาในการดำเนินการระงับข้อพิพาทตั้งแต่ปรึกษาหารือมาจนถึงขั้นตอนในข้อ 21.5 ก็อาจกินเวลาถึงประมาณ 2-3 ปีทีเดียว และด้วยลักษณะที่ประเทศคู่พิพาทสามารถดำเนินการระงับการในข้อ 21.5 ใหม่ถ้าหากประเทศฝ่ายแพ็คดีได้ปรับปรุงมาตรการที่เกี่ยวข้องอีกครั้ง ดังนั้นการบังคับให้ประเทศคู่พิพาทต้องดำเนินการระงับการในข้อ 21.5 ก่อนระงับสิทธิประโยชน์เสมอจึงอาจเป็นช่องทางให้ประเทศฝ่ายแพ็คดีที่ไม่สุจริตอาศัยกระบวนการในข้อนี้เพื่อหวังคดีให้ช้าลงได้ กล่าวคือ เมื่อใกล้จะสิ้นสุดระยะเวลาที่เหมาะสมก็ปรับเปลี่ยนมาตรการที่ถูกตัดสินว่าละเมิดพันธกรณีนั้นเสียเล็กน้อย เพื่อเป็นข้ออ้างให้ประเทศคู่พิพาทต้องดำเนินการระงับการในข้อ 21.5 เสียก่อน และเมื่อคณะผู้พิจารณามีรายงานความเห็นที่ไม่เป็นคุณแก่ประเทศฝ่ายตนก็อุทธรณ์ไปยังองค์การพิจารณาอุทธรณ์ และเมื่อองค์การพิจารณาอุทธรณ์มีรายงานความเห็นแล้ว ก็ให้ปรับเปลี่ยนมาตรการดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง แล้วเรียกร้องให้ประเทศฝ่ายชนะคดีต้องดำเนินการระงับการในข้อ 21.5 ซ้ำอีกเรื่อย ๆ ซึ่งจะทำให้ประเทศฝ่ายชนะคดีประสบปัญหาความล่าช้าในการบังคับคดี

3) เมื่อพิจารณาข้อความในมาตรา 306(a) ของรัฐธรรมนูญการค้าสหรัฐอเมริกา จะพบว่าผู้แทนการค้าจะมีกรอบระยะเวลาในการทำคำวินิจฉัยว่าประเทศฝ่ายแพ็คดีได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้เป็นที่พอใจหรือไม่ และทำความเข้าใจเกี่ยวกับมาตรการตอบโต้ที่จะนำมาใช้กับประเทศฝ่ายแพ็คดี ภายใน 30 วันนับแต่ระยะเวลาที่เหมาะสมสิ้นสุดลง ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถใช้เป็นฐานในการยื่นคำขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อ 22.6 ตอนต้นได้ และเมื่อพิจารณาจากหลักการที่ว่าประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องส่งบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีแนบท้ายคำร้องขออนุญาตที่มีไป

ถึงองค์การระดับข้อพิพาทแล้ว จะพบว่า การดำเนินการดังกล่าวสอดคล้องกับการดำเนินการตามข้อ 306(a) ที่ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาถือปฏิบัติมาโดยตลอด กล่าวคือผู้แทนการค้าสามารถยื่นบัญชีดังกล่าวไปพร้อมกับคำร้องขออนุญาตระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีไปยังองค์การระดับข้อพิพาท พร้อมทั้งประกาศบัญชีดังกล่าวในฐานะบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าทาง Federal Register ได้พร้อมกัน **ซึ่งมีผลก่อให้เกิดภาวะชะงักงันแก่เศรษฐกิจของประเทศฝ่ายแพ้คดีในทันทีที่ประกาศ** และจะมีผลทางจิตวิทยาในการข่มขู่ประเทศฝ่ายแพ้คดีให้เร่งติดต่อทำความตกลงทวิภาคีกับสหรัฐอเมริกาเพื่อให้งดดำเนินการตามรัฐบัญญัติการค้า (ทั้งนี้ ความตกลงทวิภาคีดังกล่าว คู่กรณีสามารถเสนอสิทธิประโยชน์ที่มากกว่าการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งได้)

5.3 ผลกระทบต่อประเทศไทย

ในฐานะประเทศคู่ค้าประเทศหนึ่งของสหรัฐอเมริกา และเคยประสบปัญหาจากการเป็นเป้าหมายการตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกาในช่วง พ.ศ. 2534 – 2537 รายงานคำวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาก่อให้เกิดผลกระทบในมุมมองของไทย คือ

5.3.1 คำวินิจฉัยที่ระบุว่ามาตรา 304 – 306 ในเบื้องต้น (prima facie) ขัดต่อพันธกรณีของสหรัฐอเมริกา¹⁹ เป็นการปรามสหรัฐอเมริกาในการดำเนินการระงับข้อพิพาทกับประเทศคู่ค้า ว่าให้อาศัย และปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกระบวนการของความเข้าใจ ซึ่งสามารถเป็นหลักประกันได้ในเบื้องต้นว่าสหรัฐจะหันมาใช้มาตรการพหุภาคีมากยิ่งขึ้น

แต่สำหรับกรณีนอกเหนือพันธกรณีของความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก สหรัฐอเมริกายังสามารถใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวกับไทยได้อย่างเต็มที่เช่นเดิม และไม่มีหลักประกันใดจะยืนยันได้ว่าสหรัฐซึ่งได้หันมาใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ ในกรณีนอกเหนือกรอบองค์การการค้าโลกในคดี Kodak-Fuji จะพยายามใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ในความเข้าใจ กับกรณีนอกกรอบองค์การการค้าโลกเสมอไป ดังจะเห็นจากข้อพิพาทในประเด็นนโยบายการแข่งขัน (competition policy) อื่นอีกสองคดีที่เกิดขึ้นในระยะเวลาไล่เลี่ยกัน และภายหลังคดี Kodak-Fuji นั่นคือคดี Japan Autos (301_93) และ

¹⁹ United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974, report of the panels, WT/DS152/R, Adopted on 22 December 1999, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, p. 351.

ทั้งนี้ คณะผู้พิจารณาได้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อวินิจฉัยทั้งหมดในคดีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (SAA) นั้นมีผลใช้บังคับได้ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา หากต่อกฎหมายฉบับนี้ถูกปฏิเสธ หรือถูกยกเลิกเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐของสหรัฐอเมริกา คำวินิจฉัยถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีที่ได้กล่าวมาแล้วจะไม่เป็นดังนี้อีกต่อไป

Korean Barriers to Auto Imports (301_115)²⁰ ที่สหรัฐอเมริกาได้ยื่นเรื่องเข้าสู่กระบวนการตามความเข้าใจ แต่กลับใช้มาตรการฝ่ายเดียวและตกลงระงับข้อพิพาทอย่างทวิภาคีแทน ซึ่งในคดี Japan – Autos เมื่อสหรัฐอเมริกาประกาศจะใช้มาตรการตอบโต้กับญี่ปุ่น และญี่ปุ่นได้ยื่นคำฟ้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาท กล่าวหาว่า สหรัฐทำการขัดต่อพันธกรณี แต่คดีดังกล่าวสหรัฐอเมริกาประสบผลสำเร็จในการประกาศบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้าเพื่อข่มขู่ผู้ประกอบการของญี่ปุ่นจนกระทั่งญี่ปุ่นถอนคำฟ้องดังกล่าวไปเสีย จะเห็นได้ว่าด้วยเหตุที่ สหรัฐอเมริกาเป็นตลาดนำเข้าสินค้ารายใหญ่ของโลก การใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าจะก่อให้เกิดผลกระทบกับประเทศผู้ส่งออกเป็นอย่างมาก และด้วยเหตุที่การตอบโต้ตามรัฐบัญญัติการค้านั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียว จึงมีความคล่องตัวยิ่งกว่าการตอบโต้ตามบทบัญญัติของความเข้าใจ และเป็นปัญหาที่ประเทศคู่ค้ายังไม่สามารถแก้ไขได้ นั่นคือแม้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ จะถูกปรับปรุงให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นและใช้เวลาอันน้อยลง แต่กระบวนการดังกล่าวก็ยังใช้เวลาอย่างน้อยถึง 12 – 18 เดือน ซึ่งเมื่อเทียบกับความสูญเสียทางเศรษฐกิจในระหว่างการดำเนินคดีดังกล่าวแล้วนับเป็นจำนวนมหาศาล และทำให้ประเทศคู่ค้าเห็นว่าการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความเข้าใจ เป็นสิ่งไม่คุ้มค่ากับความเสียหายที่จะพึงได้รับเมื่อเทียบกับการยอมทำความตกลงทวิภาคีกับผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา ซึ่งแม้แต่ประเทศพัฒนาแล้วอย่างญี่ปุ่นก็ยังคงยอมถอนคำฟ้องเมื่อสหรัฐอเมริกาประกาศบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้า

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาอาจหันไปใช้มาตรการตอบโต้ตามมาตรา 301 (a)(1)(B) กรณีอันไม่เป็นธรรม (unjustifiable) หรือมาตรา 301 (b)(1) การกระทำอันไม่สมเหตุผลผล (unreasonable) ซึ่งมีได้อาศัยเหตุจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นหลัก โดยเฉพาะในกรณีที่มีประเด็นคาบเกี่ยวระหว่างการละเมิดพันธกรณีภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกกับกรณีทั่วไป เช่น นโยบายการแข่งขัน ที่อาจจัดเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT Agreement) เป็นต้น

ในประเด็นนี้ ไทยจึงยังได้รับผลประโยชน์จากรายงานความเห็นในคดีนี้ในระดับหนึ่ง หากแต่ในมุมมองโดยทั่วไปแล้วประโยชน์ที่ได้ไม่ไคร่มากนัก เนื่องจากอาวุธที่สำคัญของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกายังคงอยู่แทบจะครบถ้วน

5.3.2 แนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในกับความตกลงระหว่างประเทศ ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าแนวคำวินิจฉัยของคณะผู้พิพากษาจะมีแนวโน้มเข้มงวดกับกฎหมายภายในมากยิ่งขึ้น โดยจะคำนึงถึงผลบังคับใช้เป็นสำคัญ กล่าวคือกฎหมายภายในประเภทให้อำนาจดุลยพินิจก็อาจถูกตัดสินว่าขัดต่อพันธกรณีได้ หากกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดการจำกัดทางการค้า หรือเกิดการปฏิบัติอันไม่สอดคล้องกับพันธกรณีได้ในความเป็นจริง จึงเป็นประเด็นที่ไทยจะต้องศึกษาแนวบรรทัดฐานเพื่อประกอบการร่างหรือแก้ไขกฎหมายภายในต่อไป

²⁰ Office of the United States Trade Representative, Section 301 Table of Cases : Initial case as of 9 August 1999, available on <http://www.ustr.gov/html/act301.htm>

สำหรับประเด็นเรื่องความสอดคล้องที่น่าสนใจอีกประการหนึ่ง ก็คือ การพิจารณามาตรการที่ไม่อยู่ในรูปแบบของกฎหมายสารบัญญัติ เช่น แนวปฏิบัติในการประกาศบัญญัติรายการตอบโต้ทางการค้าของผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีได้มีตัวบทกฎหมายบัญญัติให้กระทำโดยตรง แต่มีลักษณะค่อนข้างไปทางเป็นธรรมเนียมหรือแนวปฏิบัติ (customary rules) มากกว่า ลักษณะเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการฟ้องร้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนเป็นอันมาก และอาจกลายเป็นช่องทางให้ประเทศสมาชิกบางประเทศซึ่งมีระบบปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่เข้มแข็งเพียงพอใช้เป็นแนวทางในการเลี่ยงการปฏิบัติตามความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกในอนาคตได้

5.3.3 ประเด็นความสอดคล้องระหว่างข้อ 21.5 และ 22.6 จากการศึกษาจะพบว่าไม่มีการแบ่งแยกการใช้กระบวนการในสองกรณีดังกล่าวออกจากกันอย่างชัดเจนนัก จนกระทั่งก่อให้เกิดความสับสนในระหว่างประเทศสมาชิก สภาพความคลุมเครือไม่ชัดเจนดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าผู้ที่ได้ประโยชน์ได้แก่บรรดาประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงทั้งหลาย เนื่องจากทำให้สามารถตอบโต้ทางการค้าแก่ประเทศคู่ค้าได้เร็วยิ่งขึ้น ในขณะที่ประเทศฝ่ายชนะคดีที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้ประโยชน์จากการใช้ข้อ 22.6 แทนมากมายนัก เนื่องจากไม่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่สูงพอจะทำให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีเกรงกลัวการระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีของตน และอีกประการหนึ่ง ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่จะฟ้องคดีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศจำเลยยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขมาตรการที่เป็นการกีดกันทางการค้าต่อประเทศตนยิ่งกว่าจะหวังใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าแก่ประเทศจำเลย

นอกจากนี้ ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในข้อ 22.6 อนุญาโตตุลาการไม่สามารถวินิจฉัยถึงประเด็นที่ว่ามาตรการที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีนำมาใช้นั้นสอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้องแล้วหรือไม่ จึงไม่สามารถทำคำวินิจฉัยได้ว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งสมบรูณ์แล้วหรือไม่เช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงไม่สามารถดำเนินกระบวนการในข้อ 22.6 แทนข้อ 21.5 ได้อย่างสิ้นเชิงในกรณีที่ประเทศคู่พิพาทได้แย้งในเรื่อง **วิธีการ** ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ยกตัวอย่างเช่นในคดี United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products ซึ่งประเทศฝ่ายแพ้คดีเห็นว่าการแก้ไข guideline 1996 คือการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งที่สมบรูณ์แล้ว²¹ ในขณะที่ประเทศฝ่ายชนะคดีเห็นว่าการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งที่สมบรูณ์จะต้องเป็นการแก้ไขกฎหมายแม่บทของ guideline 1996 นั่นคือ กฎหมายมหาชน 101-162 section 609²² กรณีเช่นนี้ หากสามารถใช้กระบวนการในข้อ 22.6 แทนกระบวนการในข้อ 21.5 ประเทศฝ่ายชนะคดี ได้แก่ มาเลเซีย ไทย และประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายจะสามารถระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีทันที แต่ด้วยอำนาจทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน การระงับสิทธิประโยชน์หรือดปฏิบัติตามพันธกรณีจะส่งผลกระทบต่อสหรัฐอเมริกา

²¹ ศักดา ธนิตกุล, และ มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ, “คำตัดสิน WTO คดีกุ้ง/เต่าทะเล : รัฐบาลไทยชนะหรือแพ้?”, วารสารกฎหมาย “ฉบับพิเศษ ครอบรอบ 20 ปี วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”, 20 (พฤศจิกายน 2543):407.

²² Report of the Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, recourse to article 21.5 of the dsu by Malaysia, WT/DS58/AB/RW, adopted on 22 October 2001, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, para. 3.

ไม่มากพอจะทำให้สหรัฐอเมริกาตัดสินใจแก้ไข section 609 ตามที่ประเทศฝ่ายชนะคดีเรียกร้อง และทำให้การดำเนินคดีนี้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ คือ ประเทศฝ่ายแพ้คดียกเลิกเพิกถอนหรือปรับเปลี่ยนมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีไปได้

5.3.4 ประเด็นว่าด้วยข้อ 22.4 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อสังเกตเกี่ยวกับ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามข้อ 22.6 ในคดี EC – Hormones นั้นคือ จุดบกพร่องของข้อ 22.6 อีกประการหนึ่งก็คือบทบัญญัติดังกล่าวมิได้เปิดโอกาสให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีโต้แย้งมูลค่าของบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ที่ประเทศชนะคดียื่นต่อองค์กรระงับข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงถือว่าตนไม่มีอำนาจแก้ไขรายการการค้าในบัญชีดังกล่าวได้ ประเทศชนะคดีจึงยังคงมีอำนาจยื่นบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ที่ประกอบด้วยมูลค่าการค้ารวมมากกว่ามูลค่าความเสียหาย และสามารถตัดสินใจฝ่ายเดียวเลือกระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีสำหรับรายการการค้าเฉพาะบางรายการที่ตนเห็นสมควรได้ ในขณะที่ประเทศฝ่ายแพ้คดีจะต้องประสบภาวะชะงักงันในทุกสาขาการค้าที่ถูกระงับในบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ อันมีลักษณะเป็นการข่มเหงหรือคุกคามทางการค้า ซึ่งเป็นการเบี่ยงเบนออกไปจากวัตถุประสงค์หลักของความเข้าใจ



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

สรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

กระบวนการระงับข้อพิพาทของแอกต์ 1947 เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีปัญหาข้อบกพร่อง ทั้งในด้านความล่าช้า และประเทศฝ่ายแพ้คดีสามารถขัดขวางกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ เนื่องจากเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบพหุภาคีโดยอาศัยฉันทามติของประเทศภาคีแอกต์ จึงทำให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีสามารถขัดขวางการพิจารณาโดยการคัดค้านการลงมติในระบบฉันทามติ จึงทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทไม่อาจบรรลุผลสำเร็จได้ และประเทศภาคีทั้งหลายหันไปใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าฝ่ายเดียวเพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศตนเอง

มาตรา 301 ของรัฐบัญญัติการค้าสหรัฐอเมริกาเป็นมาตรการหนึ่งที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมให้ทวีความรุนแรงและทรงประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเพื่อใช้ตอบโต้การกระทำของประเทศคู่ค้า ซึ่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่าเป็นมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผล หรือไม่อาจอ้างได้ และก่อให้เกิดภาวะ หรือเป็นการจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา หลักการในรัฐบัญญัติการค้านั้น การกระทำอันเข้าข่ายถูกตอบโต้มีขอบเขตอันกว้างขวาง เพื่อความคุ้มครองผู้ประกอบการภาคเอกชนของสหรัฐอเมริกา นอกจากการคุ้มครองด้วยขอบเขตการค้ากว้างขวางแล้ว ผู้ประกอบการภาคเอกชนยังได้รับโอกาสให้สามารถยื่นคำร้องขอให้ผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นหน่วยงานผู้บังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติการค้า ดำเนินการไต่สวนการกระทำของประเทศคู่ค้าได้อีกด้วย ซึ่งเมื่อผู้แทนการค้าทำการไต่สวนแล้ว หากพบว่าประเทศคู่ค้ากระทำการอันไม่สมเหตุสมผล หรือไม่อาจอ้างได้ และเป็นผลให้เกิดภาวะหรือเป็นการจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา ผู้แทนการค้าจะทำการตอบโต้ทางการค้า ซึ่งมีรูปแบบการกระทำหลายรูปแบบ ทั้งขึ้นภาษีนำเข้าสินค้า งดปฏิบัติตามพันธกรณีทางการค้าต่อประเทศคู่ค้า หรือกระทำการอย่างอื่นอย่างใดที่เห็นว่าสมควร และด้วยความที่สหรัฐอเมริกาเป็นตลาดนำเข้าสินค้าที่สำคัญ ทำให้การตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกาเป็นที่หวาดกลัวของบรรดาประเทศคู่ค้าเป็นอย่างยิ่ง

แต่โดยความเป็นจริงแล้วสหรัฐอเมริกาไม่มีใครจะได้ใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าของตนเท่าใดนัก เนื่องจากเมื่อผู้แทนการค้าเริ่มการไต่สวน ผู้แทนการค้าก็จะติดต่อขอเจรจาระงับข้อพิพาทกับประเทศคู่ค้าไปพร้อมกัน โดยพยายามทำความเข้าใจเพื่อระงับข้อพิพาท ซึ่งก็ได้แก่ความตกลงทวิภาคี ที่ประเทศคู่ค้ายอมตกลงที่จะยกเลิกเพิกถอน หรือลดตามลำดับ ซึ่งการกระทำที่ผู้แทนการค้าเห็นว่าเป็นการกระทำอันไม่สมเหตุสมผลหรือไม่เป็นธรรม และเป็นผลให้เกิดภาวะหรือเป็นการจำกัดการค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งถ้าหากประเทศคู่ค้ายอมทำความเข้าใจดังกล่าว ผู้แทนการค้าก็จะยกเลิกกระบวนการไต่สวน แต่ถ้าหากไม่สามารถทำความเข้าใจดังกล่าวได้จนกระบวนการไต่สวนเสร็จสิ้น ผู้แทนการค้าจะทำคำวินิจฉัยถึงการกระทำ กฎหมาย หรือนโยบายของประเทศคู่ค้า และประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้า (retaliation list) ระบุรายชื่อสินค้าที่เข้าข่ายถูกตอบโต้ เพื่อให้ผู้ประกอบการภาคเอกชนที่อาจได้รับความเสียหายจากการตอบโต้ทางการค้าสามารถโต้แย้งคัดค้านได้ และเพื่อเป็นการข่มขู่ประเทศคู่ค้าไปพร้อมกัน คดีส่วนใหญ่ผู้แทนการค้าจะสามารถทำความเข้าใจกับประเทศคู่

คำได้ก่อนที่จะทำการตอบโต้ทางการค้าจริง เนื่องด้วยรัฐบาลของประเทศคู่ค้าหวาดกลัวการตอบโต้ทางการค้า เป็นมูลค่ามหาศาล ซึ่งจะส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อผู้ประกอบการธุรกิจภาคเอกชนของประเทศคู่ค้า

การตอบโต้ตามรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา นั้น ในมุมมองของประเทศคู่ค้า โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา เห็นว่าเป็นการกระทำที่บ่อนทำลายระบอบการค้าพหุภาคีเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นการใช้มาตรการฝ่ายเดียว (unilateral measure) บีบบังคับประเทศคู่ค้าที่มีความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจน้อยกว่า ดังนั้น ในการเจรจาแก้ตัวรอบอุรุกวัย จึงได้มีการบัญญัติความเข้าใจเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาท หรือ ความเข้าใจ (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute : DSU) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทที่สร้างขึ้นใหม่ แก่ไขข้อบกพร่องของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่เดิมด้วยกระบวนการที่รวดเร็ว สร้างองค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body : DSB) ขึ้นมาเป็นองค์กรที่คอยกำกับดูแลด้านการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ของความเข้าใจ ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบังคับคดีเอาไว้อย่างมีระบบ และมีความเป็นอัตโนมัติ เพื่อแก้ไขปัญหาการขัดขวางการพิจารณาของประเทศฝ่ายแพ้คดีได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ ในข้อ 23.2 (a) – (c) ของความตกลงฉบับนี้ยังได้บัญญัติห้ามประเทศสมาชิกทำการตอบโต้ทางการค้าฝ่ายเดียวโดยพลการอีกด้วย เพื่อเป็นการส่งเสริมระบอบการค้าพหุภาคี และขจัดการกีดกันทางการค้าอันไม่ใช่มาตรการทางภาษี ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของแกตต์และองค์การการค้าโลก

เมื่อความเข้าใจ มีผลใช้บังคับ กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกก็ได้รับความนิยมอย่างสูงจากบรรดาประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก สถิติการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกเป็นอัตราที่สูงมากเมื่อเทียบกับกระบวนการระงับข้อพิพาทเดิมของแกตต์ 1947 แต่ทว่าบทบัญญัติว่าด้วยการตอบโต้ทางการค้าของรัฐบัญญัติการค้าสหรัฐอเมริกา ยังมิได้ถูกยกเลิกไป สหรัฐอเมริกายังใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวกับประเทศสมาชิกอื่นขององค์การการค้าโลกอยู่ ในเวลาต่อมา ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจึงได้ฟ้องร้องสหรัฐอเมริกาต่อองค์การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก กล่าวหาว่าบทบัญญัติในมาตรา 301 – 310 (ซึ่งในคดีจะพิพาทกันในประเด็นมาตรา 304 – 306) ขัดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (a) และ (c) ของความเข้าใจ

คณะผู้พิจารณาในคดีดังกล่าว ได้พิจารณาแล้ว เห็นว่า พันธกรณีของข้อ 23.2 (a) และ (c) ของความเข้าใจ คือการพึงพาระบบพหุภาคีในการระงับข้อพิพาท มิใช่การตอบโต้ฝ่ายเดียว ดังนั้น อำนาจในการวินิจฉัยว่าเกิดการละเมิดพันธกรณีภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลกเป็นอำนาจขององค์การการค้าโลก การกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์การการค้าโลก การกำหนดระดับการระงับสิทธิประโยชน์หรือปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อตอบโต้การไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่ง ตลอดจนการให้อำนาจในการระงับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว ในกรณีที่ประเทศคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ ย่อมเป็นอำนาจขององค์การการค้าโลก ผ่านทางกระบวนการที่กำหนดไว้ในความเข้าใจ มิใช่อำนาจของประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่งจะทำได้ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 304 – 306 ของรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา ถึงแม้จะมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจ (discretionary legislation) หากแต่เนื้อความของบทบัญญัติดัง

กล่าวว่ามีข้อความสงวนสิทธิให้ผู้แทนการค้ากระทำกรในลักษณะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของข้อ 23.2 ดังนี้ ในเบื้องต้น (prima facie) จึงเป็นการขัดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (a) และ (c) แต่ทว่าสหรัฐอเมริกาได้ออกคู่มือ การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (Statement of Administrative Action : SAA) มาเป็นแนวปฏิบัติการของผู้แทน การค้า ให้เคารพต่อหลักการของความเข้าใจ ดังนี้ คณะผู้พิจารณาเห็นว่าเป็นการป้องกันโอกาสที่ผู้แทนการค้า จะกระทำกรในลักษณะละเมิดพันธกรณีในข้อ 23.2 (a) และ (c) แล้ว จึงตัดสินใจว่ามาตรา 304 – 306 ไม่ขัดต่อ พันธกรณีในข้อ 23.2 (a) และ (c)

สำหรับประเด็นพิพาทในมาตรา 306 ซึ่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกล่าวอ้างว่ามาตรา 306 เปิดโอกาส ให้สหรัฐอเมริกาใช้อำนาจตอบโต้ทางการค้าก่อนกระบวนการพิจารณาถึงความสอดคล้องระหว่างมาตรการที่ ประเทศฝ่ายแพ้คดีกระทำเพื่อปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งกับความตกลงที่เกี่ยวข้อง ตามข้อ 21.5 ของความ เข้าใจ จะเสร็จสิ้นลง ซึ่งเป็นการกระทำกรฝ่ายเดียว ขัดต่อพันธกรณีในข้อ 23.2 (c) นั้น สหรัฐได้กล่าวอ้างว่า ขั้นตอนดังกล่าวสามารถใช้กระบวนการในข้อ 22.6 ของความเข้าใจ แทนได้ ซึ่งประเด็นความคาบเกี่ยวระหว่าง ข้อ 21.5 และ 22.6 นี้คณะผู้พิจารณามีได้ชี้ชัดว่าข้ออ้างของฝ่ายใดถูกต้องแต่อย่างใด เพียงแต่มีความเห็นว่าการ เจรจารอบใหม่สมควรแก้ไขบทบัญญัติทั้งสองข้อดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกันยิ่งขึ้นเท่านั้น

ข้อสังเกตที่สำคัญอีกประการหนึ่งของรายงานคำตัดสินในคดีนี้ ได้แก่การที่คณะผู้พิจารณามีได้วินิจฉัยถึง ความชอบด้วยกฎหมาย ของการตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกาเป็นรายคดี รวมถึงความชอบด้วย กฎหมายของการประกาศบัญชีรายการตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้ข่มขู่ประเทศคู่ ค้าอย่างได้ผลเสมอมา

สิ่งที่ประเทศไทยได้รับจากคำวินิจฉัยคดีนี้ นอกจากแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่าง กฎหมายภายในกับความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเปลี่ยนแนวจากการพิจารณาเฉพาะสภาพบังคับ ว่าเป็น กฎหมายที่เป็นบทบังคับ หรือกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจ ก็เปลี่ยนมาคำนึงถึงผลบังคับใช้เป็นสำคัญ กล่าวคือ กฎหมายภายในประเภทให้อำนาจดุลยพินิจก็อาจถูกตัดสินว่าขัดต่อพันธกรณีได้ หากกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิด การจำกัดทางการค้า หรือเกิดการปฏิบัติอันไม่สอดคล้องกับพันธกรณีได้ในความเป็นจริงแล้ว สิ่งที่เป็น ประโยชน์อีกประการหนึ่งก็ได้แก่คำวินิจฉัยในส่วนที่ระบุว่ามาตรา 304 – 306 ในเบื้องต้น (prima facie) ขัดต่อ พันธกรณีของข้อ 23.2 (a) และ (c) ซึ่งมีผลในทางปรามสหรัฐอเมริกาในการดำเนินการระงับข้อพิพาทกับ ประเทศคู่ค้า ว่า ให้อาศัย และปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกระบวนการของความเข้าใจ ให้มากยิ่งขึ้น แทนที่จะ พยายามใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวดังเช่นสมัยก่อน

แต่ผลกระทบที่เป็นโทษก็ได้แก่การที่คณะผู้พิจารณามีได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมาย ของการ ตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกาเป็นรายคดี รวมถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศบัญชีรายการ ตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับคำวินิจฉัยที่ผลสุดท้ายมีออกมาว่ามาตรา 304 – 306 ของรัฐบัญญัติการค้าสหรัฐอเมริกาไม่ขัดต่อพันธกรณีของข้อ 23.2 (a) และ (c) แล้ว จะพบว่าสหรัฐยังไม่ สูญเสียอาวุธสำคัญของมาตรการตอบโต้ทางการค้าไป และประเทศคู่ค้ายังคงต้องเผชิญกับการข่มขู่ ซึ่งเป็น

อาวูที่แท้จริงของรัฐบาลผู้ดำเนินการค้าอยู่นั้นเอง โดยเฉพาะกรณีนอกเหนือพันธกรณีของความตกลงภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก เช่น นโยบายการแข่งขัน (competition policy) มาตรฐานแรงงาน หรือการเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาที่ไทยยังมีได้แสดงเจตนาจะเปิดเสรี

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจ ความลึกซึ้งของกระบวนการสองข้อนี้สามารถถูกใช้อย่างบิดผันได้ โดยสหรัฐอเมริกาได้แถลงในคำให้การของคดี United States – Section 301 – 310 นี้ ว่ากระบวนการในข้อ 22.6 สามารถใช้แทนกระบวนการในข้อ 21.5 ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว สหรัฐอเมริกาสามารถอาศัยความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำการตอบโต้ทางการค้าฝ่ายเดียวตามมาตรา 306 ของรัฐบาลผู้ดำเนินการค้าได้อย่างถูกกฎหมายหากก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อระบบการค้าพหุภาคีได้ในสองลักษณะ คือ

6.1.1 ในการวินิจฉัยว่าประเทศฝ่ายแพคติปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งแล้วหรือไม่ สหรัฐอเมริกาสามารถดำเนินการขอระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีต่อประเทศฝ่ายแพคติได้ทันที โดยอาศัยข้อเท็จจริงจากการวินิจฉัยฝ่ายเดียวของผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา เนื่องจากความเข้าใจ ยังมีได้มีบทบัญญัติว่าด้วยลำดับก่อนหลังของการดำเนินกระบวนการในข้อ 21.5 และ 22.6

6.1.2 ในการพิจารณาถึงขอบเขตสาขาการค้าที่จะถูกระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี แม้ว่าความเข้าใจ จะมีหลักความเท่าเทียมกันระหว่างความเสียหายที่ได้รับการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อ 22.4 หากแต่การที่บทบัญญัติในข้อ 22.6 มิได้บังคับให้ประเทศฝ่ายชนะคดีจะต้องยื่นบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ที่มีมูลค่าการค้าเท่ากับมูลค่าความเสียหาย ทำให้อนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความในข้อ 22.6 ไม่รับวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว สหรัฐอเมริกาจึงมีขอบเขตการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีที่กว้างขวาง และมีอิสระในการเลือกรายการการค้าใดในบัญชีขึ้นระงับสิทธิประโยชน์ก็ได้ ในขณะที่ผู้ประกอบการในประเทศฝ่ายแพคติในทุกสาขาการค้าที่ถูกระงับในบัญชีจะต้องเผชิญกับความเสียหายที่จะถูกระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณี จนก่อให้เกิดภาวะชะงักงันได้ และนอกจากนี้ การที่อนุญาตตุลาการให้อำนาจประเทศฝ่ายชนะคดีเป็นผู้เลือกสาขาการค้าขึ้นตอบโต้เองยังมีความเสี่ยงต่อการที่สหรัฐอเมริกาจะฉวยโอกาสระงับสิทธิประโยชน์ในระดับที่สูงเกินกว่าความเสียหายที่ได้รับ อันขัดต่อหลัก Equivalency ในข้อ 22.4 ได้

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลกระทบที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

6.2.1 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในกับความตกลงระหว่างประเทศ เป็นกรณีที่จะต้องศึกษาต่อไป ว่าแนวคำวินิจฉัยนี้จะได้รับการพัฒนาต่อไปในระดับใด เพื่อเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายภายใน หรือแก้ไขกฎหมายภายในของเราเอง เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ไทยผูกพันอยู่ภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก

ข้อสังเกตที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งสำหรับประเด็นนี้ ได้แก่แนวทางแก้ปัญหาคำพิพาทที่ใช้มาตรการที่มีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติที่มีได้เป็นกฎหมายสารบัญญัติ (customary rules) ของเจ้าหน้าที่ของประเทศสมาชิก ว่าอาวุธที่ร้ายแรงที่สุดของรัฐบัญญัติการค้าสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะเป็นเพียงแนวปฏิบัติ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการฟ้องร้องขอให้ยกเลิกมาตรการที่มีลักษณะขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 5.3.2 ดังนี้ เป็นกรณีที่ประเทศสมาชิกทั้งหลายจะต้องร่วมกันพิจารณาหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้ช่องว่างดังนี้ในการเลี่ยงการปฏิบัติตามพันธกรณีขององค์การการค้าโลกต่อไป

6.2.2 ประเด็นความไม่สอดคล้องกันระหว่างข้อ 21.5 และ 22.6 ของความเข้าใจฯ ซึ่งก่อให้เกิดความคลุมเครือ และเป็นโอกาสให้ประเทศพัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกานำไปใช้อย่างบิดผันและเป็นผลร้ายต่อระบบการค้าพหุภาคี สมควรที่ผู้แทนฝ่ายไทยจะเสนอต่อคณะมนตรีทั่วไป (General Council) เพื่อขอแก้ไขบทบัญญัติทั้งสองข้อดังกล่าว ให้บทบัญญัติทั้งสองมีความสอดคล้อง และมีการแบ่งแยกขอบเขตออกจากกันอย่างชัดเจน ว่าประเทศสมาชิกควรจะต้องเริ่มดำเนินการจากข้อใดก่อน หรือมิฉะนั้นก็จะต้องแบ่งแยกขอบเขตของกระบวนการของทั้งสองข้อออกจากกันอย่างชัดเจนยิ่งกว่านี้ เพื่อให้มีการใช้กระบวนการทั้งสองแทนกันอย่างบิดผันได้อีกในอนาคต

ซึ่งแนวทางการปรับปรุงข้อ 21.5 และ ข้อ 22.6 ของความเข้าใจฯ นี้ ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับประเด็นนี้ดังนี้

1) ควรมีบทบัญญัติแบ่งแยกกระบวนการในข้อ 21.5 และข้อ 22.6 ออกจากกันอย่างชัดเจนยิ่งขึ้นกว่าในปัจจุบัน และมีการระบุลำดับก่อน-หลังในการดำเนินกระบวนการทั้งสองข้อดังกล่าว เพื่อให้มีให้ประเทศฝ่ายชนะคดีที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงอาศัยประโยชน์จากความคลุมเครือของความเข้าใจฯ ในอันที่จะใช้กระบวนการตอบโต้ฝ่ายเดียว **ที่ยังไม่มีคำตัดสินว่าขัดต่อพันธกรณีตามความเข้าใจฯ** เพื่อกดดันให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีต้องรับภาระมากเกินไปกว่าการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาท

และนอกจากนี้ควรมีกระบวนการตรวจสอบและตัดสินว่า กรณีที่เกิดขึ้นสมควรจะใช้มาตรการใดจากบทบัญญัติสองข้อดังกล่าว ทั้งนี้ องค์กรที่ควรจะเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบ ได้แก่ คณะมนตรีทั่วไป (general council) ซึ่งทำหน้าที่เป็นองค์กรระงับข้อพิพาท (dispute settlement body) เนื่องจากเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยผู้แทนของประเทศสมาชิกทุกประเทศขององค์การการค้าโลก¹

2) ในส่วนของกระบวนการในข้อ 21.5 นั้น แม้ว่าจะมีความเป็นพหุภาคี และเป็นประโยชน์ต่อประเทศฝ่ายแพ้คดีในอันที่จะไม่ถูกตอบโต้ทางการค้าตามอำเภอใจของประเทศฝ่ายชนะคดี หากแต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ากระบวนการในข้อ 21.5 ที่สามารถอุทธรณ์ไปยังองค์กรพิจารณาอุทธรณ์นั้นมีความยาวมากเกินไป และอาจเป็นช่องทางที่ทำให้ประเทศฝ่ายแพ้คดีสามารถใช้ประโยชน์จากกระบวนการที่กินระยะเวลานานในการ

¹ World Trade Organization, Trading into the Future : the Introduction to the WTO, available on http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org1_e.htm.

หลวงคดีไว้เพื่อมิให้ประเทศฝ่ายชนะคดีสามารถดำเนินกระบวนการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้ อันเป็นอุปสรรคที่ความเข้าใจ มุ่งขจัดออกไปจากกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ดังนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรมีบทบัญญัติห้ามมิให้อุทธรณ์รายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณาตามข้อ 21.5 แต่เปิดช่องให้ประเทศคู่พิพาทสามารถเริ่มกระบวนการตามข้อ 21.5 ใหม่เมื่อระยะเวลาผ่านไประยะหนึ่งได้ เพื่อเปิดโอกาสให้ประเทศฝ่ายชนะคดีเริ่มดำเนินกระบวนการระงับสิทธิประโยชน์หรืองดปฏิบัติตามพันธกรณีได้

3) ควรแก้ไขกระบวนการโต้แย้งคัดค้านการระงับสิทธิประโยชน์ในข้อ 22.6 โดยให้สิทธิประเทศฝ่ายแพ้คดีสามารถคัดค้านบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ที่มีมูลค่าการค้าสูงเกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่ประเทศฝ่ายชนะคดีได้รับ และให้อำนาจอนุญาตตุลาการสามารถวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นดังกล่าว ตลอดจนมีอำนาจชี้ขาดให้ประเทศฝ่ายชนะคดีส่งบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ใหม่ที่มีมูลค่าการค้าเท่ากับมูลค่าความเสียหายที่อนุญาตตุลาการคำนวณได้ นั่นคือ เพิ่มอำนาจอนุญาตตุลาการในการทำคำชี้ขาดเกี่ยวกับหลัก Equivalency ในข้อ 22.4 พร้อมกันไปด้วยในคราวเดียว เพื่อให้กระบวนการมีความกระชับ ลดความซ้ำซ้อน และป้องกันมิให้ประเทศฝ่ายชนะคดีใช้การระงับรายการการค้าในบัญชีรายการระงับสิทธิประโยชน์ที่มีมูลค่าสูงเกินไป อันมีลักษณะเป็นการคุกคามประเทศฝ่ายแพ้คดี



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กมลินทร์ พิณใจภูวดล. “การเปิดเสรีการค้าบริการสาธารณสุขภายใต้ WTO : ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายและข้อผูกพันของประเทศไทย”. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 19. (กันยายน 2542) : 51-86.
- เกริกไกร จีระแพทย์. มาตรา 301 : เสี่ยงเท่าฟ้าหน้าเท่ากลอง. ฝ่ายสวัสดิการกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์. ม.ป.ป. ม.ป.ท.
- โชติพรรณ เกตราวร. ผลกระทบของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่อกฎหมายของประเทศไทย : การเปิดตลาดบุหรี่ในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- ทัชชมัย ฤกษ์สุด. “หลักการระงับข้อพิพาทในแกตต์และองค์การการค้าโลก”. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 16 (ตุลาคม 2538) : 86-106.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. “การใช้มาตรการตอบโต้ฝ่ายเดียวตาม มาตรา 301 ของสหรัฐอเมริกา”. วารสารนิติศาสตร์. 20 (ธันวาคม 2533) : 127-140.
- พรชญา ลัทธิวรรณ. “การปรับปรุงประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก”. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 19 (กันยายน 2542) : 169-195.
- พรชญา ลัทธิวรรณ. ประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์กับการค้าระหว่างประเทศปัจจุบัน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- ศักดิ์ ธนิตกุล, และ มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ. “คำตัดสิน WTO คดีกึ่ง/เตาทะเล : รัฐบาลไทยชนะหรือแพ้?”. วารสารกฎหมาย “ฉบับพิเศษ ครบรอบ 20 ปี วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”. 20 (พฤศจิกายน 2543) : 369-428.
- ศักดิ์ ธนิตกุล, และวราภา วรพิชโยทัย. “WTO กับนโยบายการแข่งขัน : คดี Kodak – Fuji”. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 19 (กันยายน 2542) : 33-50.

ภาษาอังกฤษ

Agreement Establishing the World Trade Organization Article XVI:4

รายการอ้างอิง (ต่อ)

- Alan O. Sykes. “Constructive unilateral threats in international commercial relations: the limited case for section 301. (Trade Act of 1974)”. Law and Policy in International Business. 23 No. 2-3 (Spring 1992).available on <http://www.lexis-nexis.com>.

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU Indonesia – Certain Measures Affecting Automobile Industry. WT/Ds54/15. WT/DS55/14. WT/DS59/13. WT/DS64/12. adopted 7 December 1998. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU. Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products. WT/DS114/13. adopted 18 August 2000. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU. Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products. WT/DS114/13. adopted 18 August 2000. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU. European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones). WT/DS25/15. WT/DS48/13. adopted 29 May 1998. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU. Korea - Taxes on Alcoholic Beverages. WT/DS75/26. WT/DS84/14. adopted 4 June 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU. Korea - Taxes on Alcoholic Beverages. WT/DS75/26. WT/DS84/14. adopted 4 June 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of DSU. United States - Anti-Dumping Act of 1916,

รายการอ้างอิง (ต่อ)

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c). Australia - Measures Affecting Importation of Salmon. WT/DS18/9. adopted 23 February 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c). Japan - Taxes on Alcoholic Beverages. WT/DS8/15. WT/DS10/15. WT/DS11/13. adopted 14 February 1997. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Award of the Arbitrator under Article 21.3(c). Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather. WT/DS155/10. adopted 31 August 2001. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Cherie O'Neal Taylor. "The limits of economic power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System". Vanderbilt Journal of Transnational Law. 30 No. 2. (March 1997) :

Globalization in a New Age)". Law and Policy in International Business. 25 No. 4 (Summer 1994). available on <http://www.lexis-nexis.com>

Kofi Oteng Kufuor. "From the GATT to the WTO : The developing Countries and the Reform of the Procedures for the Settlement of International Trade Dispute" Journal of World Trade. 31 No. 5 (October 1997)

Mark A. Bchnan. Editor. The Asia-Pacific Region and The Expanding Borders of the WTO : Implications, Challenges and Opportunities. Second edition. Victoria B.C. Canada. 1998.

Michael K. Young. "Dispute Resolution in the Uruguay Round : Lawyers Triumph over Diplomats". The International Lawyer. 29 No.2 (summer 1995) : 389-409.

Michael Patrick Tkacik. "Post-Uruguay Round GATT/WTO Dispute Settlement : Substance, Strengths, Weaknesses, And Causes for Concern". International Legal Perspectives, 9 (Spring/Fall 1997). available on <http://www.lexis-nexis.com>

รายการอ้างอิง (ต่อ)

๓.

Office of the United States Trade Representative. Section 301 Table of Cases : Initial case as of 9 August 1999. available on <http://www.ustr.gov/html/act301.htm>

Office of the United States Trade Representative. Statement by Ambassador Mickey Kantor. May 5, 1995.

Office of the United States Trade Representative. Statement by Ambassador Mickey Kantor. May 16, 1995.

Petros C. Mavroidis and Sally J. Van Sice. "The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues". Journal of World Trade. 31 No. 5 (October 1997). available on <http://www.lexis-nexis.com>

Raj Bhala, International Trade Law : Cases and Materials, Reed Elsevier Inc., Virginia, 1996,

Recourse by the United States to Article 22.2 of the DSU. European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones). WT/DS26/19. dated 18 May 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU. Decision by the Arbitrators. European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products

(Hormones). Original Complaint by the United States. WT/DS26/ARB.12 July 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU. Decision by the Arbitrators. EC-Hormones. Original Complaint by the Canada. WT/DS48/ARB. adopted 12 July 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU. Decision by the Arbitrators. EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. WT/DS27/ARB. adopted 19 April 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU. Decision by the Arbitrators. EC- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas.

รายการอ้างอิง (ต่อ)

Report of the Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, recourse to article 21.5 of the dsu by Malaysia, WT/DS58/AB/RW, adopted on 22 October 2001, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm,

Report of the panel, EEC – Regulation on Imports of Parts and Components, L/6657, adopted on 16 May 1990, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88scrdvr.wpf

Report of the panel, Japan – Measures Affecting Agricultural Products, WT/DS76/R, adopted on 27 October 1998, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

Report of the panel, Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted on 22 April 1998, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm,

Report of the panel, United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco, DS44/R, adopted on 4 October 1994, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/94tobaco.wpf,

Report of the panel, United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (Superfund), adopted 17 June 1987, L/6175, available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/87superf.wpf,

Report of the Panels. United States – Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974. WT/DS152/R. Adopted on 22 December 1999. available on http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

Seung Wha Chang. “Taming Unilateralism Under the Multilateral Trading System : Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Section 301 – 310 of the Trade Act of 1974”. Law and Policy in International Business. 31 (2000) available on <http://www.lexis-nexis.com>

Terence P. Stewart. Editor. The GATT Uruguay Round : A Negotiating History (1986 - 1992) Volume II : Commentary. Kluwer Law and Taxation Publishers. Dordrecht. The

รายการอ้างอิง (ต่อ)

T

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute

Uruguay Round Agreements Act of The United States of America

World Trade Organization, Minutes of Meeting : Held in the Centre William Rappard on 25 November 1998, WT/DSB/M/51, available on <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DSB/M51.DOC>

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SEC. 301. ACTIONS BY UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE.

(a) MANDATORY ACTION.—

(1) If the United States Trade Representative determines under section 304(a)(1) that—

(A) the rights of the United States under any trade agreement are being denied;

or

(B) an act, policy, or practice of a foreign country—

(i) violates, or is inconsistent with, the provisions of, or otherwise denies benefits to the United States under, any trade agreement, or

(ii) is unjustifiable and burdens or restricts United States commerce;

the Trade Representative shall take action authorized in subsection (c), subject to the specific direction, if any, of the President regarding any such action, and shall take all other appropriate and feasible action within the power of the President that the President may direct the Trade Representative to take under this subsection, to enforce such rights or to obtain the elimination of such act, policy, or practice.

Actions may be taken that are within the power of the President with respect to trade in any goods or services, or with respect to any other area of pertinent relations with the foreign country.

(2) The Trade Representative is not required to take action under paragraph (1) in any case in which—

(A) the Dispute Settlement Body (as defined in section 121(5) of the Uruguay Round Agreements Act) has adopted a report, or a ruling issued under the formal dispute settlement proceeding provided under any other trade agreement finds, that—

(i) the rights of the United States under a trade agreement are not being denied, or

(ii) the act, policy, or practice—

(I) is not a violation of, or inconsistent with, the rights of the United States,

or

(II) does not deny, nullify, or impair benefits to the United States under any trade agreement; or

(B) the Trade Representative finds that—

(i) the foreign country is taking satisfactory measures to grant the rights of the United States under a trade agreement,

(ii) the foreign country has—

(I) agreed to eliminate or phase out the act, policy, or practice, or

(II) agreed to an imminent solution to the burden or restriction on United States commerce that is satisfactory to the Trade Representative,

(iii) it is impossible for the foreign country to achieve the results described in clause (i) or (ii), as appropriate, but the foreign country agrees to provide to the United States compensatory trade benefits that are satisfactory to the Trade Representative,

(iv) in extraordinary cases, where the taking of action under this subsection would have an adverse impact on the United States economy substantially out of proportion to the benefits of such action, taking into account the impact of not taking such action on the credibility of the provisions of this chapter, or

(v) the taking of action under this subsection would cause serious harm to the national security of the United States.

(3) Any action taken under paragraph (1) to eliminate an act, policy, or practice shall be devised so as to affect goods or services of the foreign country in an amount that is equivalent in value to the burden or restriction being imposed by that country on United States commerce.

(b) DISCRETIONARY ACTION.—If the Trade Representative determines under section 304(a)(1) that—

(1) an act, policy, or practice of a foreign country is unreasonable or discriminatory and burdens or restricts United States commerce, and

(2) action by the United States is appropriate, the Trade Representative shall take all appropriate and feasible action authorized under subsection (c), subject to the specific direction, if any, of the President regarding any such action, and all other appropriate and feasible action within the power of the President that the President may direct the

Trade Representative to take under this subsection, to obtain the elimination of that act, policy, or practice.

Actions may be taken that are within the power of the President with respect to trade in any goods or services, or with respect to any other area of pertinent relations with the foreign country.

(c) SCOPE OF AUTHORITY.—

(1) For purposes of carrying out the provisions of subsection (a) or (b), the Trade Representative is authorized to—

(A) suspend, withdraw, or prevent the application of, benefits of trade agreement concessions to carry out a trade agreement with the foreign country referred to in such subsection;

(B) impose duties or other import restrictions on the goods of, and, notwithstanding any other provision of law, fees or restrictions on the services of, such foreign country for such time as the Trade Representative determines appropriate;

(C) in a case in which the act, policy, or practice also fails to meet the eligibility criteria for receiving duty-free treatment under subsections (b) and (c) of section 502 of this Act, subsections (b) and (c) of section 212 of the Caribbean Basin Economic Recovery Act (19 U.S.C. 2702 (b) and (c)), or subsections (c) and (d) of section 203 of the Andean Trade Preference Act (19 U.S.C. 3202 (c) and (d)), withdraw, limit, or suspend such treatment under such provisions, notwithstanding the provisions of subsection (a)(3) of this section; or

(D) enter into binding agreements with such foreign country that commit such foreign country to—

(i) eliminate, or phase out, the act, policy, or practice that is the subject of the action to be taken under subsection (a) or (b),

(ii) eliminate any burden or restriction on United States commerce resulting from such act, policy, or practice, or

(iii) provide the United States with compensatory trade benefits that—

- (I) are satisfactory to the Trade Representative, and
- (II) meet the requirements of paragraph (4).

(2)(A) Notwithstanding any other provision of law governing any service sector access authorization, and in addition to the authority conferred in paragraph (1), the Trade Representative may, for purposes of carrying out the provisions of subsection (a) or (b)—

- (i) restrict, in the manner and to the extent the Trade Representative determines appropriate, the terms and conditions of any such authorization, or
- (ii) deny the issuance of any such authorization.

(B) Actions described in subparagraph (A) may only be taken under this section with respect to service sector access authorizations granted, or applications therefor pending, on or after the date on which—

- (i) a petition is filed under section 302(a), or
- (ii) a determination to initiate an investigation is made by the Trade Representative under section 302(b).

(C) Before the Trade Representative takes any action under this section involving the imposition of fees or other restrictions on the services of a foreign country, the Trade Representative shall, if the services involved are subject to regulation by any agency of the Federal Government or of any State, consult, as appropriate, with the head of the agency concerned.

(3) The actions the Trade Representative is authorized to take under subsection (a) or (b) may be taken against any goods or economic sector—

- (A) on a nondiscriminatory basis or solely against the foreign country described in such subsection, and
- (B) without regard to whether or not such goods or economic sector were involved in the act, policy, or practice that is the subject of such action.

(4) Any trade agreement described in paragraph (1)(D)(iii) shall provide compensatory trade benefits that benefit the economic sector which includes the domestic industry that would benefit from the elimination of the act, policy, or practice that is the subject of the action to be taken under subsection (a) or (b), or benefit the economic sector as closely related as possible to such economic sector, unless—

(A) the provision of such trade benefits is not feasible, or

(B) trade benefits that benefit any other economic sector would be more satisfactory than such trade benefits.

(5) If the Trade Representative determines that actions to be taken under subsection (a) or (b) are to be in the form of import restrictions, the Trade Representative shall—

(A) give preference to the imposition of duties over the imposition of other import restrictions, and

(B) if an import restriction other than a duty is imposed, consider substituting, on an incremental basis, an equivalent duty for such other import restriction.

(6) Any action taken by the Trade Representative under this section with respect to export targeting shall, to the extent possible, reflect the full benefit level of the export targeting to the beneficiary over the period during which the action taken has an effect.

(d) DEFINITIONS AND SPECIAL RULES.—For purposes of this chapter—

(1) The term "commerce" includes, but is not limited to—

(A) services (including transfers of information) associated with international trade, whether or not such services are related to specific goods, and

(B) foreign direct investment by United States persons with implications for trade in goods or services.

(2) An act, policy, or practice of a foreign country that burdens or restricts United States commerce may include the provision, directly or indirectly, by that foreign country of subsidies for the construction of vessels used in the commercial transportation by water of goods between foreign countries and the United States.

(3)(A) An act, policy, or practice is unreasonable if the act, policy, or practice, while not necessarily in violation of, or inconsistent with, the international legal rights of the United States, is otherwise unfair and inequitable.

(B) Acts, policies, and practices that are unreasonable include, but are not limited to, any act, policy, or practice, or any combination of acts, policies, or practices, which—

(i) denies fair and equitable—

(I) opportunities for the establishment of an enterprise,

(II) provision of adequate and effective protection of intellectual property rights notwithstanding the fact that the foreign country may be in compliance with the specific obligations of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights referred to in section 101(d)(15) of the Uruguay Round Agreements Act,

(III) nondiscriminatory market access opportunities for United States persons that rely upon intellectual property protection, or

(IV) market opportunities, including the toleration by a foreign government of systematic anticompetitive activities by enterprises or among enterprises in the foreign country that have the effect of restricting, on a basis that is inconsistent with commercial considerations, access of United States goods or services to a foreign market,

(ii) constitutes export targeting, or

(iii) constitutes a persistent pattern of conduct that—

(I) denies workers the right of association,

(II) denies workers the right to organize and bargain collectively,

(III) permits any form of forced or compulsory labor,

(IV) fails to provide a minimum age for the employment of children, or

(V) fails to provide standards for minimum wages, hours of work, and occupational safety and health of workers.

(C)(i) Acts, policies, and practices of a foreign country described in subparagraph (B)(iii) shall not be treated as being unreasonable if the Trade Representative determines that—

(I) the foreign country has taken, or is taking, actions that demonstrate a significant and tangible overall advancement in providing throughout the foreign country (including any designated zone within the foreign country) the rights and other standards described in the subclauses of subparagraph (B)(iii), or

(II) such acts, policies, and practices are not inconsistent with the level of economic development of the foreign country.

(ii) The Trade Representative shall publish in the Federal Register any determination made under clause (i), together with a description of the facts on which such determination is based.

(D) For purposes of determining whether any act, policy, or practice is unreasonable, reciprocal opportunities in the United States for foreign nationals and firms shall be taken into account, to the extent appropriate.

(E) The term "export targeting" means any government plan or scheme consisting of a combination of coordinated actions (whether carried out severally or jointly) that are bestowed on a specific enterprise, industry, or group thereof, the effect of which is to assist the enterprise, industry, or group to become more competitive in the export of a class or kind of merchandise.

(F)(i) For the purposes of subparagraph (B)(i)(II), adequate and effective protection of intellectual property rights includes adequate and effective means under the laws of the foreign country for persons who are not citizens or nationals of such country to secure, exercise, and enforce rights and enjoy commercial benefits relating to patents, trademarks, copyrights and related rights, mask works, trade secrets, and plant breeder's rights.

(ii) For purposes of subparagraph (B)(i)(IV), the denial of fair and equitable nondiscriminatory market access opportunities includes restrictions on market

access related to the use, exploitation, or enjoyment of commercial benefits derived from exercising intellectual property rights in protected works or fixations or products embodying protected works.

(4)(A) An act, policy, or practice is unjustifiable if the act, policy, or practice is in violation of, or inconsistent with, the international legal rights of the United States.

(B) Acts, policies, and practices that are unjustifiable include, but are not limited to, any act, policy, or practice described in subparagraph (A) which denies national or most-favoured-nation treatment or the right of establishment or protection of intellectual property rights.

(5) Acts, policies, and practices that are discriminatory include, when appropriate, any act, policy, and practice which denies national or most-favoured-nation treatment to United States goods, services, or investment.

(6) The term "service sector access authorization" means any license, permit, order, or other authorization, issued under the authority of Federal law, that permits a foreign supplier of services access to the United States market in a service sector concerned.

(7) The term "foreign country" includes any foreign instrumentality. Any possession or territory of a foreign country that is administered separately for customs purposes shall be treated as a separate foreign country.

(8) The term "Trade Representative" means the United States Trade Representative.

(9) The term "interested persons", only for purposes of sections 302(a)(4)(B), 304(b)(1)(A), 306(c)(2), and 307(a)(2), includes, but is not limited to, domestic firms and workers, representatives of consumer interests, United States product exporters, and any industrial user of any goods or services that may be affected by actions taken under subsection (a) or (b).

SEC. 302. INITIATION OF INVESTIGATIONS.**(a) PETITIONS.—**

(1) Any interested person may file a petition with the Trade Representative requesting that action be taken under section 301 and setting forth the allegations in support of the request.

(2) The Trade Representative shall review the allegations in any petition filed under paragraph (1) and, not later than 45 days after the date on which the Trade Representative received the petition, shall determine whether to initiate an investigation.

(3) If the Trade Representative determines not to initiate an investigation with respect to a petition, the Trade Representative shall inform the petitioner of the reasons therefor and shall publish notice of the determination, together with a summary of such reasons, in the Federal Register.

(4) If the Trade Representative makes an affirmative determination under paragraph (2) with respect to a petition, the Trade Representative shall initiate an investigation regarding the issues raised in the petition. The Trade Representative shall publish a summary of the petition in the Federal Register and shall, as soon as possible, provide opportunity for the presentation of views concerning the issues, including a public hearing—

(A) within the 30-day period beginning on the date of affirmative determination (or on a date after such period if agreed to by the petitioner) if a public hearing within such period is requested in the petition, or

(B) at such other time if a timely request therefor is made by the petitioner or by any interested person.

(b) INITIATION OF INVESTIGATION BY MEANS OTHER THAN PETITION.—

(1)(A) If the Trade Representative determines that an investigation should be initiated under this chapter with respect to any matter in order to determine whether the

matter is actionable under section 301, the Trade Representative shall publish such determination in the Federal Register and shall initiate such investigation.

(B) The Trade Representative shall, before making any determination under subparagraph (A), consult with appropriate committees established pursuant to section 135.

(2)(A) By no later than the date that is 30 days after the date on which a country is identified under section 182(a)(2), the Trade Representative shall initiate an investigation under this chapter with respect to any act, policy, or practice of that country that—

- (i) was the basis for such identification, and
- (ii) is not at that time the subject of any other investigation or action under this chapter.

(B) The Trade Representative is not required under subparagraph (A) to initiate an investigation under this chapter with respect to any act, policy, or practice of a foreign country if the Trade Representative determines that the initiation of the investigation would be detrimental to United States economic interests.

(C) If the Trade Representative makes a determination under subparagraph (B) not to initiate an investigation, the Trade Representative shall submit to the Congress a written report setting forth, in detail—

- (i) the reasons for the determination, and
- (ii) the United States economic interests that would be adversely affected by the investigation.

(D) The Trade Representative shall, from time to time, consult with the Register of Copyrights, the Commissioner of Patents and Trademarks, and other appropriate officers of the Federal Government, during any investigation initiated under this chapter by reason of subparagraph (A).

(c) DISCRETION.— In determining whether to initiate an investigation under subsection (a) or (b) of any act, policy, or practice that is enumerated in any provision of section 301(d), the Trade Representative shall have discretion to determine whether action under section 301 would be effective in addressing such act, policy, or practice.

SEC. 303. CONSULTATION UPON INITIATION OF INVESTIGATION.

(a) IN GENERAL.—

(1) On the date on which an investigation is initiated under section 302, the Trade Representative, on behalf of the United States, shall request consultations with the foreign country concerned regarding the issues involved in such investigation.

(2) If the investigation initiated under section 302 involves a trade agreement and a mutually acceptable resolution is not reached before the earlier of—

(A) the close of the consultation period, if any, specified in the trade agreement,
or

(B) the 150th day after the day on which consultation was commenced,
the Trade Representative shall promptly request proceedings on the matter under the formal dispute settlement procedures provided under such agreement.

(3) The Trade Representative shall seek information and advice from the petitioner (if any) and the appropriate committees established pursuant to section 135 in preparing United States presentations for consultations and dispute settlement proceedings.

(b) DELAY OF REQUEST FOR CONSULTATIONS.—

(1) Notwithstanding the provisions of subsection (a)—

(A) the United States Trade Representative may, after consulting with the petitioner (if any), delay for up to 90 days any request for consultations under subsection (a) for the purpose of verifying or improving the petition to ensure an adequate basis for consultation, and

(B) if such consultations are delayed by reason of subparagraph (A), each time limitation under section 304 shall be extended for the period of such delay.

(2) The Trade Representative shall—

(A) publish notice of any delay under paragraph (1) in the Federal Register, and

(B) report to Congress on the reasons for such delay in the report required under section 309(a)(3).

SEC. 304. DETERMINATIONS BY THE TRADE REPRESENTATIVE.

(a) IN GENERAL.—

(1) On the basis of the investigation initiated under section 302 and the consultations (and the proceedings, if applicable) under section 303, the Trade Representative shall—

(A) determine whether—

(i) the rights to which the United States is entitled under any trade agreement are being denied, or

(ii) any act, policy, or practice described in subsection (a)(1)(B) or (b)(1) of section 301 exists, and

(B) if the determination made under subparagraph (A) is affirmative, determine what action, if any, the Trade Representative should take under subsection (a) or (b) of section 301.

(2) The Trade Representative shall make the determinations required under paragraph (1) on or before—

(A) in the case of an investigation involving a trade agreement, the earlier of—

(i) the date that is 30 days after the date on which the dispute settlement procedure is concluded, or

(ii) the date that is 18 months after the date on which the investigation is initiated, or

(B) in all cases not described in subparagraph (A) or paragraph (3), the date that is 12 months after the date on which the investigation is initiated.

(3)(A) If an investigation is initiated under this chapter by reason of section 302(b)(2) and the Trade Representative does not consider that a trade agreement, including the

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (referred to in section 101(d)(15) of the Uruguay Round Agreements Act), is involved or does not make a determination described in subparagraph (B) with respect to such investigation, the Trade Representative shall make the determinations required under paragraph (1) with respect to such investigation by no later than the date that is 6 months after the date on which such investigation is initiated.

(B) If the Trade Representative determines with respect to an investigation initiated by reason of section 302(b)(2) (other than an investigation involving a trade agreement) that—

(i) complex or complicated issues are involved in the investigation that require additional time,

(ii) the foreign country involved in the investigation is making substantial progress in drafting or implementing legislative or administrative measures that will provide adequate and effective protection of intellectual property rights, or

(iii) such foreign country is undertaking enforcement measures to provide adequate and effective protection of intellectual property rights,

the Trade Representative shall publish in the Federal Register notice of such determination and shall make the determinations required under paragraph (1) with respect to such investigation by no later than the date that is 9 months after the date on which such investigation is initiated.

(4) In any case in which a dispute is not resolved before the close of the minimum dispute settlement period provided for in a trade agreement, the Trade Representative, within 15 days after the close of such dispute settlement period, shall submit a report to Congress setting forth the reasons why the dispute was not resolved within the minimum dispute settlement period, the status of the case at the close of the period, and the prospects for resolution. For purposes of this paragraph, the minimum dispute settlement period provided for under any such trade agreement is the total period of time that results if all stages of the formal dispute settlement procedures are carried out

within the time limitations specified in the agreement, but computed without regard to any extension authorized under the agreement at any stage.

(b) CONSULTATION BEFORE DETERMINATIONS.—

(1) Before making the determinations required under subsection (a)(1), the Trade Representative, unless expeditious action is required—

(A) shall provide an opportunity (after giving not less than 30 days notice thereof) for the presentation of views by interested persons, including a public hearing if requested by any interested person,

(B) shall obtain advice from the appropriate committees established pursuant to section 135, and

(C) may request the views of the United States International Trade Commission regarding the probable impact on the economy of the United States of the taking of action with respect to any goods or service.

(2) If the Trade Representative does not comply with the requirements of subparagraphs (A) and (B) of paragraph (1) because expeditious action is required, the Trade Representative shall, after making the determinations under subsection (a)(1), comply with such subparagraphs.

(c) PUBLICATION.— The Trade Representative shall publish in the Federal Register any determination made under subsection (a)(1), together with a description of the facts on which such determination is based.

SEC. 305. IMPLEMENTATION OF ACTIONS.

(a) ACTIONS TO BE TAKEN UNDER SECTION 301.—

(1) Except as provided in paragraph (2), the Trade Representative shall implement the action the Trade Representative determines under section 304(a)(1)(B) to take under section 301, subject to the specific direction, if any, of the President regarding any such action, by no later than the date that is 30 days after the date on which such determination is made.

(2)(A) Except as otherwise provided in this paragraph, the Trade Representative may delay, by not more than 180 days, the implementation of any action that is to be taken under section 301 —

(i) if—

(I) in the case of an investigation initiated under section 302(a), the petitioner requests a delay, or

(II) in the case of an investigation initiated under section 302(b)(1) or to which section 304(a)(3)(B) applies, a delay is requested by a majority of the representatives of the domestic industry that would benefit from the action, or

(ii) if the Trade Representative determines that substantial progress is being made, or that a delay is necessary or desirable to obtain United States rights or satisfactory solution with respect to the acts, policies, or practices that are the subject of the action.

(B) The Trade Representative may not delay under subparagraph (A) the implementation of any action that is to be taken under section 301 with respect to any investigation to which section 304(a)(3)(A) applies.

(C) The Trade Representative may not delay under subparagraph (A) the implementation of any action that is to be taken under section 301 with respect to any investigation to which section 304(a)(3)(B) applies by more than 90 days.

(b) ALTERNATIVE ACTIONS IN CERTAIN CASES OF EXPORT TARGETING.—

(1) If the Trade Representative makes an affirmative determination under section 304(a)(1)(A) involving export targeting by a foreign country and determines to take no action under section 301 with respect to such affirmation determination, the Trade Representative—

(A) shall establish an advisory panel to recommend measures which will promote the competitiveness of the domestic industry affected by the export targeting,

(B) on the basis of the report of such panel submitted under paragraph (2)(B) and subject to the specific direction, if any, of the President, may take any administrative actions authorized under any other provision of law, and, if necessary, propose legislation to implement any other actions, that would restore or improve the international competitiveness of the domestic industry affected by the export targeting, and

(C) shall, by no later than the date that is 30 days after the date on which the report of such panel is submitted under paragraph (2)(B), submit a report to the Congress on the administrative actions taken, and legislative proposals made, under subparagraph (B) with respect to the domestic industry affected by the export targeting.

(2)(A) The advisory panels established under paragraph (1)(A) shall consist of individuals appointed by the Trade Representative who—

(i) earn their livelihood in the private sector of the economy, including individuals who represent management and labor in the domestic industry affected by the export targeting that is the subject of the affirmative determination made under section 304(a)(1)(A), and

(ii) by education or experience, are qualified to serve on the advisory panel.

(B) By no later than the date that is 6 months after the date on which an advisory panel is established under paragraph (1)(A), the advisory panel shall submit to the Trade Representative and to the Congress a report on measures that the advisory panel recommends be taken by the United States to promote the competitiveness of the domestic industry affected by the export targeting that is the subject of the affirmative determination made under section 304(a)(1)(A).

SEC. 306. MONITORING OF FOREIGN COMPLIANCE.

(a) IN GENERAL.—The Trade Representative shall monitor the implementation of each measure undertaken, or agreement that is entered into to provide a satisfactory resolution of a matter subject to investigation under this chapter or subject to dispute settlement

proceedings to enforce the rights of the United States under a trade agreement providing for such proceedings.

(b) FURTHER ACTION.—

(1) IN GENERAL.—If, on the basis of the monitoring carried out under subsection (a), the Trade Representative considers that a foreign country is not satisfactorily implementing a measure or agreement referred to in subsection (a), the Trade Representative shall determine what further action the Trade Representative shall take under section 301(a). For purposes of section 301, any such determination shall be treated as a determination made under section 304(a)(1).

(2) WTO DISPUTE SETTLEMENT RECOMMENDATIONS.— If the measure or agreement referred to in subsection (a) concerns the implementation of a recommendation made pursuant to dispute settlement proceedings under the World Trade Organization, and the Trade Representative considers that the foreign country has failed to implement it, the Trade Representative shall make the determination in paragraph (1) no later than 30 days after the expiration of the reasonable period of time provided for such implementation under paragraph 21 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes that is referred to in section 101(d)(16) of the Uruguay Round Agreements Act.

(c) CONSULTATIONS.—Before making any determination under subsection (b), the Trade Representative shall—

- (1) consult with the petitioner, if any, involved in the initial investigation under this chapter and with representatives of the domestic industry concerned; and
- (2) provide an opportunity for the presentation of views by interested persons.

SEC. 307. MODIFICATION AND TERMINATION OF ACTIONS.

(a) IN GENERAL.—

(1) The Trade Representative may modify or terminate any action, subject to the specific direction, if any, of the President with respect to such action, that is being taken under section 301 if—

(A) any of the conditions described in section 301(a)(2) exist,

(B) the burden or restriction on United States commerce of the denial rights, or of the acts, policies, and practices, that are the subject of such action has increased or decreased, or

(C) such action is being taken under section 301(b) and is no longer appropriate.

(2) Before taking any action under paragraph (1) to modify or terminate any action taken under section 301, the Trade Representative shall consult with the petitioner, if any, and with representatives of the domestic industry concerned, and shall provide opportunity for the presentation of views by other interested persons affected by the proposed modification or termination concerning the effects of the modification or termination and whether any modification or termination of the action is appropriate.

(b) NOTICE; REPORT TO CONGRESS.—The Trade Representative shall promptly publish in the Federal Register notice of, and report in writing to the Congress with respect to, any modification or termination of any action taken under section 301 and the reasons therefor.

(c) REVIEW OF NECESSITY.—

(1) If—

(A) a particular action has been taken under section 301 during any 4-year period, and

(B) neither the petitioner nor any representative of the domestic industry which benefits from such action has submitted to the Trade Representative during the last 60 days of such 4-year period a written request for the continuation of such action,

such action shall terminate at the close of such 4-year period.

(2) The Trade Representative shall notify by mail the petitioner and representatives of the domestic industry described in paragraph (1)(B) of any termination of action by reason of paragraph (1) at least 60 days before the date of such termination.

(3) If a request is submitted to the Trade Representative under paragraph (1)(B) to continue taking a particular action under section 301, the Trade Representative shall conduct a review of—

(A) the effectiveness in achieving the objectives of section 301 of—

(i) such action, and

(ii) other actions that could be taken (including actions against other products or services), and

(B) the effects of such actions on the United States economy, including consumers.

SEC. 308. REQUEST FOR INFORMATION.

(a) IN GENERAL.—Upon receipt of written request therefor from any person, the Trade Representative shall make available to that person information (other than that to which confidentiality applies) concerning—

(1) the nature and extent of a specific trade policy or practice of a foreign country with respect to particular goods, services, investment, or intellectual property rights, to the extent that such information is available to the Trade Representative or other Federal agencies;

(2) United States rights under any trade agreement and the remedies which may be available under that agreement and under the laws of the United States; and

(3) past and present domestic and international proceedings or actions with respect to the policy or practice concerned.

(b) IF INFORMATION NOT AVAILABLE.—If information that is requested by a person under subsection (a) is not available to the Trade Representative or other Federal agencies, the Trade Representative shall, within 30 days after receipt of the request—

(1) request the information from the foreign government; or

(2) decline to request the information and inform the person in writing of the reasons for refusal.

(c) CERTAIN BUSINESS INFORMATION NOT MADE AVAILABLE.—

(1) Except as provided in paragraph (2), and notwithstanding any other provision of law (including section 552 of title 5, United States Code), no information requested and received by the Trade Representative in aid of any investigation under this chapter shall be made available to any person if—

(A) the person providing such information certifies that—

(i) such information is business confidential,

(ii) the disclosure of such information would endanger trade secrets or profitability, and

(iii) such information is not generally available;

(B) the Trade Representative determines that such certification is well-founded;

and

(C) to the extent required in regulations prescribed by the Trade Representative, the person providing such information provides an adequate nonconfidential summary of such information.

(2) The Trade Representative may—

(A) use such information, or make such information available (in his own discretion) to any employee of the Federal Government for use, in any investigation under this chapter, or

(B) may make such information available to any other person in a form which cannot be associated with, or otherwise identify, the person providing the information.

SEC. 309. ADMINISTRATION.

The Trade Representative shall—

(1) issue regulations concerning the filing of petitions and the conduct of investigations and hearings under this subchapter,

(2) keep the petitioner regularly informed of all determinations and developments regarding the investigation conducted with respect to the petition under this chapter, including the reasons for any undue delays, and

(3) submit a report to the House of Representatives and the Senate semiannually describing—

(A) the petitions filed and the determinations made (and reasons therefor) under section 302,

(B) developments in, and the current status of, each investigation or proceeding under this chapter,

(C) the actions taken, or the reasons for no action, by the Trade Representative under section 301 with respect to investigations conducted under this chapter, and

(D) the commercial effects of actions taken under section 301.

SEC. 310. IDENTIFICATION OF TRADE EXPANSION PRIORITIES.

(a) IDENTIFICATION.—

(1) Within 180 days after the submission in calendar year 1995 of the report required by section 181(b), the Trade Representative shall—

(A) review United States trade expansion priorities,

(B) identify priority foreign country practices, the elimination of which is likely to have the most significant potential to increase United States exports, either directly or through the establishment of a beneficial precedent, and

(C) submit to the Committee on Finance of the Senate and the Committee on Ways and Means of the House of Representatives and publish in the Federal Register a report on the priority foreign country practices identified.

(2) In identifying priority foreign country practices under paragraph (1) of this section, the Trade Representative shall take into account all relevant factors, including—

(A) the major barriers and trade distorting practices described in the National Trade Estimate Report required under section 181(b);

(B) the trade agreements to which a foreign country is a party and its compliance with those agreements;

(C) the medium- and long-term implications of foreign government procurement plans; and

(D) the international competitive position and export potential of United States products and services.

(3) The Trade Representative may include in the report, if appropriate—

(A) a description of foreign country practices that may in the future warrant identification as priority foreign country practices; and

(B) a statement about other foreign country practices that were not identified because they are already being addressed by provisions of United States trade law, by existing bilateral trade agreements, or as part of trade negotiations with other countries and progress is being made toward the elimination of such practices.

(b) INITIATION OF INVESTIGATIONS.—By no later than the date which is 21 days after the date on which a report is submitted to the appropriate congressional committees under subsection (a)(1), the Trade Representative shall initiate under section 302(b)(1) investigations under this chapter with respect to all of the priority foreign country practices identified.

(c) AGREEMENTS FOR ELIMINATION OF BARRIERS.—In the consultations with a foreign country that the Trade Representative is required to request under section 303(a) with respect to an investigation initiated by reason of subsection (b), the Trade Representative shall seek to negotiate an agreement that provides for the elimination of the practices that are the subject of the investigation as quickly as possible or, if elimination of the practices is not feasible, an agreement that provides for compensatory trade benefits.

(d) REPORTS.—The Trade Representative shall include in the semiannual report required by section 309 a report on the status of any investigations initiated pursuant to subsection (b) and, where appropriate, the extent to which such investigations have led to increased opportunities for the export of products of the United States.

19 USC Sec. 3511

01/02/01

-EXPCITE-

TITLE 19 - CUSTOMS DUTIES

CHAPTER 22 - URUGUAY ROUND TRADE AGREEMENTS

SUBCHAPTER I - APPROVAL OF, AND GENERAL PROVISIONS RELATING TO,
URUGUAY ROUND AGREEMENTS

Part A - Approval of Agreements and Related Provisions

-HEAD-

Sec. 3511. Approval and entry into force of Uruguay Round Agreements

-STATUTE-

(a) Approval of agreements and statement of administrative action Pursuant to section 2903 of this title and section 2191 of this title, the Congress approves -

(1) the trade agreements described in subsection (d) of this section resulting from the Uruguay Round of multilateral trade negotiations under the auspices of the General Agreement on Tariffs and Trade, entered into on April 15, 1994, and submitted to the Congress on September 27, 1994; and

(2) the statement of administrative action proposed to implement the agreements that was submitted to the Congress on September 27, 1994.

(b) Entry into force

At such time as the President determines that a sufficient number of foreign countries are accepting the obligations of the Uruguay Round Agreements, in accordance with article XIV of the WTO Agreement, to ensure the effective operation of, and adequate benefits for the

United States under, those Agreements, the President may accept the Uruguay Round Agreements and implement article VIII of the WTO Agreement.

(c) Authorization of appropriations

There are authorized to be appropriated annually such sums as may be necessary for the payment by the United States of its share of the expenses of the WTO.

(d) Trade agreements to which this Act applies

Subsection (a) of this section applies to the WTO Agreement and to the following agreements annexed to that Agreement:

- (1) The General Agreement on Tariffs and Trade 1994.
- (2) The Agreement on Agriculture.
- (3) The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.
- (4) The Agreement on Textiles and Clothing.
- (5) The Agreement on Technical Barriers to Trade.
- (6) The Agreement on Trade-Related Investment Measures.
- (7) The Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.
- (8) The Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.
- (9) The Agreement on Preshipment Inspection.
- (10) The Agreement on Rules of Origin.
- (11) The Agreement on Import Licensing Procedures.
- (12) The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures.
- (13) The Agreement on Safeguards.
- (14) The General Agreement on Trade in Services.
- (15) The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.
- (16) The Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes.
- (17) The Agreement on Government Procurement.

(18) The International Bovine Meat Agreement.

-SOURCE-

(Pub. L. 103-465, title I, Sec. 101, Dec. 8, 1994, 108 Stat. 4814.)

-REFTEXT-

REFERENCES IN TEXT

This Act, referred to in subsec. (d), is Pub. L. 103-465, Dec. 8, 1994, 108 Stat. 4809, known as the Uruguay Round Agreements Act.

For complete classification of this Act to the Code, see Short Title note set out under section 3501 of this title and Tables.

-MISC2-

URUGUAY ROUND AGREEMENTS: ENTRY INTO FORCE

Executive Documents set out below, provide generally for the implementation of the trade agreements resulting from the Uruguay Round of multilateral trade negotiations, effective Jan. 1, 1995.

-EXEC-

PROC. NO. 6763. TO IMPLEMENT TRADE AGREEMENTS RESULTING FROM URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS, AND FOR OTHER PURPOSES

Proc. No. 6763, Dec. 23, 1994, 60 F.R. 1007, as amended by Proc. No. 6780, Mar. 23, 1995, 60 F.R. 15849; Proc. No. 6857, Dec. 11, 1995, 60 F.R. 64817; Proc. No. 6948, Oct. 29, 1996, 61 F.R. 56387, provided:

1. On April 15, 1994, the President entered into trade agreements resulting from the Uruguay Round of multilateral trade negotiations ("the Uruguay Round Agreements"). In section 101(a) of the Uruguay Round Agreements Act ("the URAA") (Public Law 103-465; 108 Stat. 4809) (19 U.S.C. 3511(a)), the Congress approved the Uruguay Round Agreements listed in section 101(d) of that Act.

2. (a) Sections 1102(a) and (e) of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, as amended ("the 1988 Act") (19 U.S.C. 2902(a) and (e)), authorize the President to proclaim such modification or continuance of any existing duty, such continuance of existing duty-free or excise treatment, or such additional duties, as he determines to be required or appropriate to carry out any trade agreements entered into under those sections.

(b) Accordingly, I have determined that it is required or appropriate in order to carry out the Uruguay Round Agreements, which were entered into under sections 1102(a) and (e) of the 1988 Act (19 U.S.C. 2902(a) and (e)), that I proclaim the modifications and continuances of existing duties, duty-free treatments, excise treatments, and additional duties set forth in the Annex to this proclamation.

3. (a) Section 111(a) of the URAA (19 U.S.C. 3521(a)) authorizes the President to proclaim such other modification of any duty, such other staged rate reduction, or such other additional duties beyond those authorized by section 1102 of the 1988 Act (19 U.S.C. 2902) as the President determines to be necessary or appropriate to carry out Schedule XX - United States of America, annexed to the Marrakesh Protocol to the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 ("Schedule XX").

(b) Accordingly, I have determined that it is necessary or appropriate to carry out Schedule XX to proclaim such other modifications of duties, such other staged rate reductions, and such other additional duties, beyond those authorized by section 1102 of the 1988 Act (19 U.S.C. 2902), as are set forth in the Annex to this proclamation.

4. Section 111(d) of the URAA (19 U.S.C. 3521(d)) requires the President to proclaim the rate of duty set forth in Column B of the table set forth in that section as the column 2 rate of duty for the subheading of the Harmonized Tariff Schedule of the United States ("HTS") (see 19 U.S.C. 1202) that corresponds to the subheading in Schedule XX listed in Column A.

5. (a) Section 22(f) of the Agricultural Adjustment Act ("the Adjustment Act") (7 U.S.C. 624(f)), as amended by section 401(a)(1) of the URAA, provides that, as of the date of entry into force of the Agreement Establishing the World Trade Organization ("the WTO Agreement"), no quantitative limitation or fee shall be imposed under that section with respect to any article that is the product of a World Trade Organization member, as defined in section 2(10) of the URAA (19 U.S.C. 3501(10)).

(b) Section 401(a)(2) of the URAA (7 U.S.C. 624 note) further provides that, with respect to wheat, amended section 22(f) of the Adjustment Act (7 U.S.C. 624(f)) shall be effective on the later of the date of entry into force of the WTO Agreement or September 12, 1995.

(c) Accordingly, I have decided that it is necessary to provide for the termination of all quantitative limitations and fees previously proclaimed under section 22 of the Adjustment Act (7 U.S.C. 624), other than those for wheat, as provided in the Annex to this proclamation.

6. (a) Section 404(a) of the URAA (19 U.S.C. 3601(a)) directs the President to take such action as may be necessary in implementing the tariff-rate quotas set out in Schedule XX to ensure that imports of agricultural products do not disrupt the orderly marketing of commodities in the United States.

(b) Section 404(d)(3) of the URAA authorizes the President to allocate the in-quota quantity of a tariff-rate quota for any agricultural product among supplying countries or customs areas and to modify any allocation, as he determines appropriate.

(c) Section 404(d)(5) of the URAA authorizes the President to proclaim additional U.S. note 3 to chapter 17 of the HTS, dealing with imports of sugar, together with appropriate modifications thereto, to reflect Schedule XX.

(d) Section 405 of the URAA (19 U.S.C. 3602) directs the President to cause to be published in the Federal Register the list of special safeguard agricultural goods and, if appropriate, to impose price-based or volume-based safeguards with respect to such goods consistent with Article 5 of the Agreement on Agriculture annexed to the WTO Agreement, and authorizes the President to exempt from any safeguard duty any goods originating in a country that is a party to the North American Free Trade Agreement ("the NAFTA").

7. Presidential Proclamation No. 6641 of December 15, 1993 (108 Stat. 5134), implemented the NAFTA with respect to the United States and, pursuant to sections 201 and 202 of the North American Free Trade Agreement Implementation Act ("the NAFTA Act") (19 U.S.C. 3331 and 3332), incorporated in the HTS the tariff modifications and rules of origin necessary or appropriate to carry out or apply the NAFTA. Certain technical errors were made in the Annexes to that proclamation. I have determined that, in order to reflect accurately the intended tariff treatment and rules of origin provided for in the NAFTA, it is necessary to modify certain provisions of the HTS, as set forth in the Annex to this proclamation.

8. Presidential Proclamation No. 6455 of July 2, 1992 (19 U.S.C. 3202 note), implementing the Andean Trade Preference Act ("the ATPA") (19 U.S.C. 3201 et seq.), provided duty-free entry for all eligible articles, and duty reductions for certain other articles that are the product of any designated beneficiary country under that Act. Through technical error, the tariff treatment of ethyl alcohol, ethyl tertiary-butyl ether, and mixtures containing

these products was incompletely stated. Accordingly, I have decided that it is appropriate to modify the provisions of subchapter I of chapter 99 of the HTS to provide fully for the tariff treatment of such products under the ATPA.

9. Section 242 of the Compact of Free Association ("the Compact") between the United States and Palau provides that, upon implementation of the Compact, the President shall proclaim duty-free entry for most products of designated freely associated states. Such duty-free treatment, pursuant to the Compact of Free Association Approval Act ("the Compact Act") (Public Law 99-658; 100 Stat. 3672, 48 U.S.C. 1681 note (48 U.S.C. 1931 et seq.)), is subject to the limitations of section 201 of the Compact Act (48 U.S.C. 1931 note) and sections 503(b) and 504(c) of the Trade Act of 1974 ("the 1974 Act") (19 U.S.C. 2463(b) and 2464(c)). In Presidential Proclamation No. 6726 of September 27, 1994 (48 U.S.C. 1931 note), I proclaimed that the Compact would enter into force on October 1, 1994. In order to accord such duty-free treatment to products of Palau, I have decided that it is necessary and appropriate to modify general note 10 to the HTS to designate the Republic of Palau as a freely associated state. Further, I have decided that it is appropriate to modify general note 4(a) to the HTS, which enumerates designated beneficiary countries for purposes of the Generalized System of Preferences, to delete Palau from the list of non-independent countries and territories.

10. Presidential Proclamation No. 5759 of December 24, 1987 (102 Stat. 4942), imposed increased rates of duty on certain products of the European Community ("EC"), in response to the EC's implementation of the Council Directive Prohibiting the Use in Livestock Farming of Certain Substances Having a Hormonal Action. Austria, Finland, and Sweden have indicated that they will become member states of the EC on January 1, 1995. Accordingly, to clarify that the increased rates of duty imposed by Proclamation No. 5759 continue to apply to the EC in its capacity as a foreign instrumentality, it is necessary to amend the HTS to indicate that the duties are to be imposed on products of the EC, including products of all new and future member states, and not just on products of countries that were members of the EC in 1987 and that were listed in the HTS for illustrative purposes.

11. Additional U.S. note 24 to chapter 4 of Schedule XX provides for a delay in the effective date, or prorating, of the expansion of tariff-rate quotas for cheeses above the existing quota quantities provided for in subchapter IV of chapter 99 of the HTS that will result from the implementation of United States commitments under the Uruguay Round Agreements, in the case of countries or areas that implement their market access commitments on a date later than the effective date of Schedule XX. The current members of the European Community (Belgium, Denmark, France, the Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, and the United Kingdom), Austria, Poland, Sweden, and Switzerland all have indicated their intention not to implement their market access commitments until July 1, 1995. Accordingly, I have determined, pursuant to my authority under sections 111(a) and (b) of the URAA (19 U.S.C. 3521(a), (b)) and section 1102 of the 1988 Act (19 U.S.C. 2902), that it is appropriate not to make available the amounts specified in section K of the Annex to this proclamation until July 1, 1995.

12. Section 604 of the 1974 Act (19 U.S.C. 2483) authorizes the President to embody in the HTS the substance of the relevant provisions of that Act, of other acts affecting import treatment, and actions thereunder, including the removal, modification, continuance, or imposition of any rate of duty or other import restriction.

NOW, THEREFORE, I, WILLIAM J. CLINTON, President of the United States of America, acting under the authority vested in me by the Constitution and the laws of the United States of America, including but not limited to section 604 of the 1974 Act (19 U.S.C. 2483), section 1102 of the 1988 Act (19 U.S.C. 2902), sections 201 and 202 of the NAFTA Act (19 U.S.C. 3331 and 3332), and title I (19 U.S.C. 3511 et seq.) and title IV (see Tables for classification) of the URAA, do hereby proclaim:

(1) In order to provide generally for the tariff treatment being accorded under the Uruguay Round Agreements, including the modification or continuance of existing duties or other import restrictions and the continuance of existing duty-free or excise treatment provided for in Schedule XX, the URAA, and the other authorities cited in this proclamation,

including the termination of quantitative limitations and fees previously imposed under section 22 of the Adjustment Act (7 U.S.C. 624), the HTS is modified as set forth in the Annex to this proclamation.

(2)(a) The modifications to the HTS made by sections A (except with respect to paragraphs thereof specifying other effective dates), C, E, and IJ of the Annex to this proclamation shall be effective with respect to goods entered, or withdrawn from warehouse for consumption, on and after January 1, 1995;

(b) The modifications to the HTS made by sections B, D(1)-(5), F, G, H, and L of the Annex to this proclamation, and by those paragraphs of section A specifying effective dates other than January 1, 1995, shall be effective with respect to goods entered, or withdrawn from warehouse for consumption, on and after the dates set forth in such sections of the Annex;

(c) The modifications to the HTS made by section D(6) of the Annex to this proclamation shall be effective with respect to goods entered, or withdrawn from warehouse for consumption, on and after the dates set forth in such section, unless the United States Trade Representative (USTR) announces that the scheduled staged duty reductions set forth in such Annex section are being withheld because other major countries have not afforded adequate entity coverage under the Agreement on Government Procurement annexed to the WTO Agreement, and so advises the Secretary of the Treasury and publishes this information in a notice in the Federal Register;

(d) The modifications to the HTS made by section D(7) of the Annex to this proclamation shall be effective with respect to goods entered, or withdrawn from warehouse for consumption, on and after the date announced by the USTR in a notice published in the Federal Register as the date on which other major countries have afforded adequate entity coverage under the Agreement on Government Procurement annexed to the WTO Agreement; and

(e) Section K of the Annex to this proclamation, providing for a delay in implementation of the expansion of tariff-rate quotas of cheeses, applies during the period January 1, 1995, through June 30, 1995, unless the USTR determines that it is in the interest of the United States for any such delays to apply to a different period and publishes notice of the determination and applicable period in the Federal Register. The USTR also is authorized to prorate over the applicable period any of the quantities that may be imported.

(3) The USTR is authorized to exercise my authority under section 404(d)(3) (19 U.S.C. 3601(d)(3)) of the URAA to allocate the in-quota quantity of a tariff-rate quota for any agricultural product among supplying countries or customs areas and to modify any allocation as the USTR determines appropriate.

(4) The Secretary of Agriculture is authorized to exercise my authority to make determinations under section 405(a) of the URAA (19 U.S.C. 3602(a)) and to publish those determinations in the Federal Register.

(5) Effective January 1, 1995, in order to clarify that the additional duty provided for in subheadings 9903.23.00 through 9903.23.35, inclusive, of the HTS shall apply to new member states of the European Community, the superior text to those subheadings is modified as provided in the Annex to this proclamation. The USTR is authorized to alter the application of the increased duties imposed by Presidential Proclamation No. 5759 (102 Stat. 4942), as modified herein, by further modifying the superior text to those subheadings so that it reflects accurately all member states of the European Community or any successor organization. Notice of any such modification shall be published in the Federal Register.

(6) Whenever the rate of duty in the general subcolumn of rates of duty column 1 of the HTS is reduced to "Free", all rates of duty set forth in the special subcolumn of column 1 shall be deleted from the HTS.

(7) The USTR, the Secretary of Agriculture, and the Secretary of the Treasury are authorized to exercise my authority under the statutes cited in this proclamation to perform

certain functions to implement this proclamation, as assigned to them in the Annex to this proclamation.

(8) Paragraphs (1)-(4), (6), and (7) shall be effective on January 1, 1995, unless the USTR announces prior to that date that the WTO Agreement will not enter into force on that date.

(9) All provisions of previous proclamations and Executive orders that are inconsistent with the actions taken in this proclamation are superseded to the extent of such inconsistency.

IN WITNESS WHEREOF, I have hereunto set my hand this twenty-third day of December, in the year of our Lord nineteen hundred and ninety-four, and of the Independence of the United States of America the two hundred and nineteenth. William J. Clinton.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

19 USC Sec. 3512

01/02/01

-EXPCITE-

TITLE 19 - CUSTOMS DUTIES

CHAPTER 22 - URUGUAY ROUND TRADE AGREEMENTS

SUBCHAPTER I - APPROVAL OF, AND GENERAL PROVISIONS RELATING TO,
URUGUAY ROUND AGREEMENTS

Part A - Approval of Agreements and Related Provisions

-HEAD-

Sec. 3512. Relationship of agreements to United States law and State law

-STATUTE-

(a) Relationship of agreements to United States law

(1) United States law to prevail in conflict

No provision of any of the Uruguay Round Agreements, nor the application of any such provision to any person or circumstance, that is inconsistent with any law of the United States shall have effect.

(2) Construction

Nothing in this Act shall be construed -

(A) to amend or modify any law of the United States, including any law relating to -

- (i) the protection of human, animal, or plant life or health,
- (ii) the protection of the environment, or
- (iii) worker safety, or

(B) to limit any authority conferred under any law of the United States, including section 2411 of this title, unless specifically provided for in this Act.

(b) Relationship of agreements to State law

(1) Federal-State consultation

(A) In general On December 8, 1994, the President shall, through the intergovernmental policy advisory committees on trade established under section 2114c(2)(A) of this title, consult with the States for the purpose of achieving conformity of State laws and practices with the Uruguay Round Agreements.

(B) Federal-State consultation process The Trade Representative shall establish within the Office of the United States Trade Representative a Federal-State consultation process for addressing issues relating to the Uruguay Round Agreements that directly relate to, or will potentially have a direct effect on, the States. The Federal-State consultation process shall include procedures under which -

(i) the States will be informed on a continuing basis of matters under the Uruguay Round Agreements that directly relate to, or will potentially have a direct impact on, the States;

(ii) the States will be provided an opportunity to submit, on a continuing basis, to the Trade Representative information and advice with respect to matters referred to in clause (i); and

(iii) the Trade Representative will take into account the information and advice received from the States under clause (ii) when formulating United States positions regarding matters referred to in clause (i). The Federal Advisory Committee Act (5 U.S.C. App.) shall not apply to the Federal-State consultation process established by this paragraph.

(C) Federal-State cooperation in WTO dispute settlement

(i) When a WTO member requests consultations with the United States under Article 4 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

referred to in section 3511(d)(16) of this title (hereafter in this subsection referred to as the "Dispute Settlement Understanding") concerning whether the law of a State is inconsistent with the obligations undertaken by the United States in any of the Uruguay Round Agreements, the Trade Representative shall notify the Governor of the State or the Governor's designee, and the chief legal officer of the jurisdiction whose law is the subject of the consultations, as soon as possible after the request is received, but in no event later than 7 days thereafter.

(ii) Not later than 30 days after receiving such a request for consultations, the Trade Representative shall consult with representatives of the State concerned regarding the matter. If the consultations involve the laws of a large number of States, the Trade Representative may consult with an appropriate group of representatives of the States concerned, as determined by those States.

(iii) The Trade Representative shall make every effort to ensure that the State concerned is involved in the development of the position of the United States at each stage of the consultations and each subsequent stage of dispute settlement proceedings regarding the matter. In particular, the Trade Representative shall -

(I) notify the State concerned not later than 7 days after a WTO member requests the establishment of a dispute settlement panel or gives notice of the WTO member's decision to appeal a report by a dispute settlement panel regarding the matter; and

(II) provide the State concerned with the opportunity to advise and assist the Trade Representative in the preparation of factual information and argumentation for any written or oral presentations by the United States in consultations or in proceedings of a panel or the Appellate Body regarding the matter.

(iv) If a dispute settlement panel or the Appellate Body finds that the law of a State is inconsistent with any of the Uruguay Round Agreements, the Trade Representative shall consult with the State concerned in an effort to develop a mutually agreeable response to the report of the panel or the Appellate Body and shall make every effort to ensure that the State concerned is involved in the development of the United States position regarding the response.

(D) Notice to States regarding consultations on foreign subcentral government laws

(i) Subject to clause (ii), the Trade Representative shall, at least 30 days before making a request for consultations under Article 4 of the Dispute Settlement Understanding regarding a subcentral government measure of another WTO member, notify, and solicit the views of, appropriate representatives of each State regarding the matter.

(ii) In exigent circumstances clause (i) shall not apply, in which case the Trade Representative shall notify the appropriate representatives of each State not later than 3 days after making the request for consultations referred to in clause (i).

(2) Legal challenge

(A) In general No State law, or the application of such a State law, may be declared invalid as to any person or circumstance on the ground that the provision or application is inconsistent with any of the Uruguay Round Agreements, except in an action brought by the United States for the purpose of declaring such law or application invalid.

(B) Procedures governing action In any action described in subparagraph (A) that is brought by the United States against a State or any subdivision thereof -

(i) a report of a dispute settlement panel or the Appellate Body convened under the Dispute Settlement Understanding regarding the State law, or the law of any political subdivision thereof, shall not be considered as binding or otherwise accorded deference;

(ii) the United States shall have the burden of proving that the law that is the subject of the action, or the application of that law, is inconsistent with the agreement in question;

(iii) any State whose interests may be impaired or impeded in the action shall have the unconditional right to intervene in the action as a party, and the United States shall be entitled to amend its complaint to include a claim or cross-claim concerning the law of a State that so intervenes; and

(iv) any State law that is declared invalid shall not be deemed to have been invalid in its application during any period before the court's judgment becomes final and all timely appeals, including discretionary review, of such judgment are exhausted.

(C) Reports to congressional committees At least 30 days before the United States brings an action described in subparagraph (A), the Trade Representative shall provide a

report to the Committee on Ways and Means of the House of Representatives and the Committee on Finance of the Senate -

(i) describing the proposed action;

(ii) describing efforts by the Trade Representative to resolve the matter with the State concerned by other means; and

(iii) if the State law was the subject of consultations under the Dispute Settlement Understanding, certifying that the Trade Representative has substantially complied with the requirements of paragraph (1)(C) in connection with the matter. Following the submission of the report, and before the action is brought, the Trade Representative shall consult with the committees referred to in the preceding sentence concerning the matter.

(3) "State law" defined For purposes of this subsection -

(A) the term "State law" includes -

(i) any law of a political subdivision of a State; and

(ii) any State law regulating or taxing the business of insurance; and

(B) the terms "dispute settlement panel" and "Appellate Body" have the meanings given those terms in section 3531 of this title.

(c) Effect of agreement with respect to private remedies

(1) Limitations

No person other than the United States -

(A) shall have any cause of action or defense under any of the Uruguay Round Agreements or by virtue of congressional approval of such an agreement, or

(B) may challenge, in any action brought under any provision of law, any action or inaction by any department, agency, or other instrumentality of the United States, any State, or any political subdivision of a State on the ground that such action or inaction is inconsistent with such agreement.

(2) Intent of Congress

It is the intention of the Congress through paragraph (1) to occupy the field with respect to any cause of action or defense under or in connection with any of the Uruguay Round Agreements, including by precluding any person other than the United States from

bringing any action against any State or political subdivision thereof or raising any defense to the application of State law under or in connection with any of the Uruguay Round Agreements -

(A) on the basis of a judgment obtained by the United States in an action brought under any such agreement; or

(B) on any other basis.

(d) Statement of administrative action The statement of administrative action approved by the Congress under section 3511(a) of this title shall be regarded as an authoritative expression by the United States concerning the interpretation and application of the Uruguay Round Agreements and this Act in any judicial proceeding in which a question arises concerning such interpretation or application.

-SOURCE-

(Pub. L. 103-465, title I, Sec. 102, Dec. 8, 1994, 108 Stat. 4815.)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียน

นางสาวมานพิกา มุลพรม เกิดเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2519 ที่จังหวัดอ่างทอง เป็นบุตรของ นายบรรเทิง และนางอุทุมพร มุลพรม ศึกษาในระดับมัธยมศึกษาตอนปลายที่โรงเรียนสตรีวิทยา และจบการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากศูนย์การศึกษานอกโรงเรียนกรุงเทพมหานคร (สอบเทียบ) ในปี พ.ศ. 2535 จบการศึกษาปริญญานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2539 สอบผ่านความรู้ชั้นเนติบัณฑิตไทยจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 50

ประสบการณ์การทำงาน

พ.ศ. 2538

- ฝึกงานที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

พ.ศ. 2540 – 2543 - ลูกจ้างชั่วคราวตำแหน่งนิติกร กองบังคับคดีล้มละลาย 1

กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย