

บทที่ 2

กฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทในแกลตต์

เนื่องจากปัญหาการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศที่ทวีความรุนแรงขึ้นเป็นลำดับ ทำให้ประเทศต่าง ๆ พยายามที่จะใช้มาตรการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางการค้าของตนรวมทั้งเพื่อเปิดตลาดการค้าต่างประเทศจึงมีผลทำให้เกิดความขัดแย้งทางการค้าระหว่างประเทศขึ้น ซึ่งประเทศต่าง ๆ ก็พยายามที่จะหาทางระงับข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้นนี้ แต่เนื่องจากอำนาจและฐานะทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน โดยประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่ามักจะใช้แรงกดดันต่อประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าในการแก้ปัญหาโดยวิธีเจรจาหวิภาคี ดังนั้นจึงทำให้การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเป็นไปได้โดยไม่เท่าเทียมกัน

กระบวนการระงับข้อพิพาทในแกลตต์นับเป็นเวทีที่มีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกรอบและกติกาในการเจรจาหรือตกลงกันในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคี และมุ่งเน้นให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาหรือกันระหว่างประเทศคู่พิพาท ตามมาตรา 22 และ 23 วรรค 1 ของข้อตกลงแกลตต์ แต่หากประเทศคู่พิพาทไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ ประเทศคู่พิพาทก็จะหันเข้าใช้มาตรา 23 วรรค 2 ของข้อตกลงแกลตต์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขและขั้นตอนในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทแกลตต์ไว้

บทบัญญัติในมาตรา 23 จึงเป็นบทบัญญัติที่สำคัญและเป็นหัวใจของกระบวนการระงับข้อพิพาทของแกลตต์ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประเทศคู่พิพาทในการนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทแกลตต์ ซึ่งต่อมาบทบัญญัติตามมาตรา 23 นี้ ได้พัฒนาเป็นหลักการและทางปฏิบัติของกระบวนการระงับข้อพิพาทแกลตต์ เช่น แนวความคิดเรื่อง

การทำให้เสียไปหรือเสียหาย (Nullification or Impairment) หรือแนวความคิดเกี่ยวกับการมีมูลเหตุของการทำให้เสียไปหรือเสียหาย (Prima Facie) เป็นต้น ดังนั้นการศึกษาแนวความคิด กฎเกณฑ์ กลไก และทางปฏิบัติตามมาตรา 23 จึงเป็นสิ่งสำคัญในการศึกษาเกี่ยวกับกลไกของกระบวนการระงับข้อพิพาทแอดดี

ในที่นี้จะขอศึกษาเฉพาะกระบวนการระงับข้อพิพาทตามมาตรา 23 และข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทตามมาตรา 23 เท่านั้น โดยจะไม่ก้าวล่วงไปในการกระบวนการระงับข้อพิพาทตามข้อตกลงแยกต่าง ๆ (Side Agreement)



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

เนื่องจากในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น รัฐต่าง ๆ อาจเกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับกฎหมาย การเมือง หรือผลประโยชน์ระหว่างกัน ซึ่งมาตรา 33 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศไว้ว่า หากข้อพิพาทนั้นจะเป็นอันตรายแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ก่อนอื่นจะต้องแสวงหาทางแก้ไขข้อพิพาทนั้นโดยสันติวิธี ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธีอาจทำได้โดย

1. การเจรจา (Negotiation)

เป็นวิธีการที่รัฐคู่พิพาทจะมีการแลกเปลี่ยนข้อเรียกร้องและเหตุผลที่สนับสนุนข้อเรียกร้องของตน เพื่อที่จะได้มีการปรับข้อเรียกร้องของทั้งสองฝ่ายให้สมดุลกันและนำไปสู่ความตกลงยุติข้อพิพาทนั้น² การเจรจามักมีลักษณะไม่แข็งกร้าวและปราศจากกฎเกณฑ์หรือระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ แต่หากเป็นกรณีพิพาทระหว่างประเทศมหาอำนาจกับประเทศเล็ก ๆ แล้วประเทศมหาอำนาจมักใช้อำนาจทางการทหาร เศรษฐกิจ หรือการเมืองมาบีบบังคับประเทศเล็ก ๆ ที่เป็นคู่กรณีให้ต้องยอมปฏิบัติตามที่ประเทศมหาอำนาจต้องการ ซึ่งประเทศที่เล็กและอ่อนแอกว่ามักจำเป็นต้องยอมทำตามความตกลงตามเงื่อนไขที่เสียเปรียบนั้นให้กับประเทศมหาอำนาจ เพื่อรักษามลประโยชน์อื่น ๆ ที่จะได้รับจากประเทศมหาอำนาจ การเจรจาอาจอยู่ในรูปแบบของการเจรจากันโดยตรงระหว่างคู่กรณี หรืออยู่ในรูปของการประชุมหลายฝ่ายซึ่งประกอบไปด้วยประเทศต่าง ๆ หลายประเทศ โดยการเจรจหลายฝ่ายมีข้อดีคือการทำให้ผลของการเจรจาเป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณชน ซึ่งมีผลทำให้ประเทศต่าง ๆ ต้องระมัดระวังในการรักษาภาพพจน์ของตนเองต่อสายตาของชาวโลกให้มากที่สุด³

² มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6 (กรุงเทพมหานคร), หน้า 292.

³ อุกฤษ มงคลนาวิน , คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ, (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 194.

2. การไกล่เกลี่ย (Good Office , Mediation)

แบ่งออกได้เป็น 2 วิธี คือ

2.1 Good Office หรือ Bon Office คือการกระทำอันมีมิตรของรัฐที่สามซึ่งเสนอวิถีทางทำความตกลงกันให้แก่รัฐคู่พิพาท และพยายามทำให้รัฐคู่พิพาทยอมรับวิธีการดังกล่าวนั้น โดยรัฐที่สามจะดำเนินการให้รัฐคู่พิพาทได้เจรจาตนเอง และรัฐที่สามนั้นจะไม่เข้าร่วมในการเจรจาด้วย

2.2 Mediation คือการไกล่เกลี่ยโดยการกระทำของรัฐฝ่ายที่สามเพื่อก่อให้เกิดความตกลงระหว่างรัฐคู่พิพาทโดยรัฐฝ่ายที่สามจะเข้าแทรกแซงในการเจรจานั้นด้วย ซึ่งการที่รัฐที่สามเข้าแทรกแซงนี้อาจเกิดจากการร้องขอของรัฐคู่พิพาท หรือรัฐที่สามเข้าแทรกแซงเอง โดยรัฐที่สามจะเข้าร่วมในการเจรจาด้วยและพยายามทำให้รัฐคู่พิพาทตกลงยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

การไกล่เกลี่ยทั้งสองวิธีนี้มีความใกล้เคียงกันมาก แต่แตกต่างกันตรงที่หากรัฐที่สามเข้าร่วมในการเจรจาโดยตรงก็เป็นวิธี Mediation แต่ถ้าหากเป็นเพียงการจัดให้รัฐคู่พิพาทได้ทำการเจรจาตนเองโดยไม่มีส่วนร่วมในการเจรจานั้นด้วยก็เป็นวิธี Good Office ลักษณะที่สำคัญของการไกล่เกลี่ยคือการไกล่เกลี่ยต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจของรัฐคู่พิพาทและการดำเนินการของรัฐที่สามต้องเป็นไปโดยเคารพในอธิปไตยของรัฐคู่พิพาทอย่างเคร่งครัด โดยผลการไกล่เกลี่ยของรัฐฝ่ายที่สามจะไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือสภาพบังคับแก่รัฐคู่พิพาทที่จะต้องยอมรับแต่ประการใด และรัฐคู่พิพาทมีอิสระที่จะยอมรับการไกล่เกลี่ยของรัฐฝ่ายที่สามหรือไม่ก็ได้ เว้นแต่ว่ารัฐคู่พิพาทมีพันธกรณีอันเกิดจากสนธิสัญญาที่ทำให้ล่วงหน้าก่อนเกิดกรณีพิพาทว่าจะต้องยอมรับการไกล่เกลี่ยของรัฐฝ่ายที่สาม

3. การไต่สวน (Inquiry)

มีที่มาจากอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 โดยมีสาระสำคัญดังนี้ คือ

1. มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อยุติปัญหาข้อเท็จจริง
2. วิธีการไต่สวนมีลักษณะที่อาจเลือกปฏิบัติได้ กล่าวคือรัฐคู่พิพาทอาจนำวิธีการนี้มาใช้เฉพาะในกรณีที่พิจารณาเห็นว่าวิธีการนี้ได้ผลและเหมาะสมแก่สถานการณ์ในขณะนั้นเท่านั้น
3. คณะกรรมการไต่สวนจะตั้งขึ้นได้ก็โดยอนุสัญญาพิเศษระหว่างรัฐคู่พิพาท
4. รายงานของคณะกรรมการไต่สวนไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐคู่พิพาท โดยรัฐคู่พิพาทมีสิทธิที่จะยอมรับหรือไม่ยอมรับข้อเท็จจริงตามรายงานนั้นก็ได้

การไต่สวนจึงเป็นวิธีการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของข้อพิพาทเพื่อที่จะยุติข้อพิพาทดังกล่าว โดยมีการนำเสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะกรรมการไต่สวนซึ่งมีหน้าที่ในการรวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายเกี่ยวกับกรณีพิพาทแล้วนำเสนอต่อรัฐคู่พิพาทให้วินิจฉัยกันเองว่าตนจะต้องรับผิดชอบในผลของการไต่สวนนั้นหรือไม่ โดยหากตกลงกันได้ข้อพิพาทนั้นก็ เป็นอันยุติลงแต่ หากตกลงกันไม่ได้ รัฐคู่พิพาทก็อาจนำเสนอข้อพิพาทนี้ต่ออนุญาโตตุลาการหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาต่อไป

4. การประนีประนอม (Conciliation)

การประนี ประนอมคือ อการที่ รัฐคู่ พิ พาทมอบหมายให้ คณะกรรมการ ประนีประนอมทำการพิจารณาข้อพิพาทและเสนอความเห็นหรือแนวทางที่จะยุติข้อพิพาทให้กับคู่กรณี โดยคู่กรณีมีสิทธิที่จะยอมรับหรือปฏิเสธข้อเสนอนั้น การประนีประนอมได้มีการรับรองไว้ตามอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 1 ค.ศ.1907 ซึ่งได้กำหนดเรื่องคณะกรรมการประนีประนอม (Conciliation Commissions) ใ้ว่ารัฐคู่พิพาทอาจทำความตกลงพิเศษแต่งตั้งคณะกรรมการประนีประนอม ให้มีหน้าที่สอบสวนและทำรายงานข้อเท็จจริงที่เกิดปัญหาข้อพิพาทขึ้นแต่รายงานดังกล่าวไม่มีผลผูกพันรัฐคู่พิพาทให้จำต้องปฏิบัติตาม

5. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

มาตรา 37 แห่งอนุสัญญากรุงเทพฯ ลงวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ.1907 ซึ่งได้ให้นิยามคำว่าอนุญาโตตุลาการไว้ว่า "อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐโดยตั้งอยู่บนรากฐานของการเคารพกฎหมาย และรัฐคู่พิพาทเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการ"

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้คือ

1. เป็นไปด้วยความสมัครใจยินยอมของรัฐคู่พิพาทซึ่งอาจมีขึ้นในขณะที่เกิดกรณีพิพาทหรืออาจมีสนธิสัญญากันไว้ล่วงหน้า
2. รัฐคู่พิพาทเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการด้วยความเห็นชอบร่วมกันโดยอนุญาโตตุลาการอาจเป็นคณะบุคคล หรือ บุคคลคนเดียวก็ได้
3. การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการยึดถือกฎหมายแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ
4. คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและเป็นพันธกรณีต่อรัฐคู่พิพาท

ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้า

กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าควรจะมีคามยุติธรรม รวดเร็ว โปร่งใส และมีความเป็นอัตโนมัติในการบังคับใช้กฎเกณฑ์และขั้นตอนต่าง ๆ ส่วนองค์ที่ทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยตัดสินควรจะมีความเป็นกลาง ปราศจากอิทธิพลหรือผลประโยชน์ใด ๆ เพื่อให้คำตัดสินมีความยุติธรรมและได้รับการยอมรับจากประเทศคู่พิพาท ทั้งนี้เนื่องจากข้อพิพาททางการค้าเป็นเรื่องที่สร้างความเสียหายให้กับเศรษฐกิจและมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศซึ่งประเทศคู่พิพาทและประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องต่างมีความต้องการที่จะให้ข้อพิพาททางการค้าได้รับการแก้ปัญหาโดยเร็วที่สุดด้วยกระบวนการที่มีระบบและขั้นตอนที่ชัดเจน และเป็นที่ยอมรับ

ว่าสามารถจะแก้ปัญหาข้อพิพาทนั้นได้โดยยุติธรรม และโปร่งใส เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับประเทศต่าง ๆ ในการที่จะนำข้อพิพาทเข้ามาในกระบวนการ ดังนั้นควมมีประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าจึงประกอบด้วยทฤษฎีและแนวความคิดดังต่อไปนี้คือ

1) หลักอัตโนมัติ (Automaticity)

โครงสร้างของกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าควรเป็นกระบวนการที่มีความเข้าใจง่ายและชัดเจน โดยมีการกำหนดขั้นตอนต่างๆ เอาไว้อย่างแน่นอนว่าในลักษณะสภาพการณ์ใด ข้อบังคับใดจะใช้บังคับ ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงลักษณะข้อบังคับดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรให้เหมาะสมกับสถานการณ์ ดังนั้นเมื่อเกิดสภาพการณ์นั้น ๆ ขึ้นประเทศภาคีก็จะสามารถทราบได้โดยอัตโนมัติว่ากฎเกณฑ์อย่างไรจะถูกนำมาใช้บังคับ (Automatic Application) เพราะสิ่งเหล่านี้ปรากฏอยู่แล้วในกฎหมาย⁴

หลักการนี้จะทำให้ประเทศภาคีเกิดความเชื่อมั่นในกลไกของกระบวนการว่าเมื่อประเทศภาคีนั้นตัดสินใจใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าแล้ว ทิศทางของกระบวนการจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่ได้วางไว้ และสร้างความเชื่อมั่นให้กับประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ดีน้อยกว่าในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าต่อประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยการใช้กฎเกณฑ์ของกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้สร้างแรงกดดันเพื่อให้เกิดประโยชน์ในการเจรจาในขั้นตอนต่าง ๆ

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย , "รูปลักษณะของโครงสร้างและกลไกของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศในช่วง 5 ปีข้างหน้า," วารสารกฎหมาย 10(กรกฎาคม-พฤศจิกายน 2529) : 223-224.

2) หลักความโปร่งใส (Transparency)

Asif H. Qureshi ได้ให้ความหมายของ (Transparency) ไว้ว่าหมายถึงความชัดเจนและการเปิดเผยขั้นสูงสุด⁵

การดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการระดับข้อพิพาททางการค้านั้นควรจะต้องมีความโปร่งใส โดยกฎเกณฑ์และกระบวนการนั้นต้องมีความชัดเจนและเปิดเผยต่อประเทศคู่พิพาทตลอดทั้งกระบวนการ ซึ่งจะเป็นการสนับสนุนให้ประเทศทั้งหลายได้เกิดความเชื่อมั่นว่าการนำคดีเข้าสู่กระบวนการระดับข้อพิพาทจะได้รับความเป็นธรรมและสามารถตรวจสอบได้ทุกขั้นตอน

นอกจากนี้ความโปร่งใสของกระบวนการก็มีผลมาจากความเป็นอัตโนมัติในการใช้ (Automatic Application) ซึ่งเกิดจากการที่ประเทศคู่พิพาทสามารถทราบโครงสร้างและกฎเกณฑ์ของกระบวนการระดับข้อพิพาทในสภาพการณ์ต่าง ๆ ที่จะนำกฎเกณฑ์ใดมาใช้บังคับทำให้ประเทศต่าง ๆ แน่ใจในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการ⁶

⁵ Asif H. Qureshi. "The New GATT Trade Policy Review Mechanism : An Excercise in Tranpanrency or "Enforcement"?.," Journal of World Trade 24 (June 1990) : 147.

⁶ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, "รูปลักษณะของโครงสร้างและกลไกของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศในช่วง 5 ปีข้างหน้า," : 224.

3) หลักความเป็นกลาง (Impartiality)

สิ่งสำคัญที่จะทำให้ประเทศต่าง ๆ เกิดความไว้วางใจในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ก็คือการสร้างเชื่อมั่นให้แก่ประเทศคู่พิพาทได้ว่ากาสดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องดำเนินไปด้วยความยุติธรรม ปราศจากอคติ ความลำเอียง ผลประโยชน์หรืออิทธิพลทางการเมืองใด ๆ เช่น บุคคลที่จะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็นบุคคลที่สามารถสร้างความมั่นใจให้แก่ประเทศคู่พิพาทได้ว่าเป็นผู้ที่เป็นกลาง และไม่มีความสัมพันธ์ทางการเมืองที่มีผลประโยชน์ได้เสียใด ๆ กับประเทศคู่กรณีอีกฝ่าย รวมทั้งปราศจากอิทธิพลทางการเมืองของประเทศคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้ามาแทรกแซงได้ ซึ่งหากกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าสามารถดำเนินไปได้ด้วยความเป็นกลางเช่นนี้ก็ทำให้ประเทศเล็ก ๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจและการเมืองน้อยเกิดความเชื่อมั่นและความไว้วางใจที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณา และกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าก็จะสามารถเป็นที่พึ่งให้กับประเทศต่าง ๆ ในการแก้ปัญหาทางการค้าได้อย่างยุติธรรม ดังนั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทจึงควรดำเนินไปด้วยความเป็นกลางอย่างเคร่งครัด เพื่อให้บรรดาประเทศต่าง ๆ เกิดความศรัทธาและเชื่อมั่นในกระบวนการระงับข้อพิพาท

4) หลักความรวดเร็ว (Speediness)

ข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาในการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันความเสียหายทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ เนื่องจากความล่าช้าในการระงับข้อพิพาทจะทำให้เกิดผลกระทบต่อภาวะ (Cost) ของนักลงทุน ตลอดจนผลกระทบต่อเศรษฐกิจ การลงทุน การนำเข้า การส่งออก และการดำเนินธุรกิจภายในประเทศคู่พิพาทนั้น ๆ โดยจะส่งผลให้เกิดการชะงักงันในธุรกิจดังกล่าวและอาจมีผลต่อเนื่องไปถึงธุรกิจที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งเป็นการสร้างความลังเลใจให้กับนักลงทุน ดังนั้นประเทศต่าง ๆ จึงต้องพยายามหาทางแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเร่งด่วน เพื่อลดความเสียหายต่อสภาพเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีความเปราะบางทางเศรษฐกิจ ดังนั้นการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท

ทางการค้าจึงต้องสามารถทำให้ประเทศต่าง ๆ เชื่อมมันได้ว่าข้อพิพาททางการค้านั้นจะสามารถได้รับการแก้ไขเยียวยาได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว

ความแตกต่างระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาทในแกตต์ 1947 กับสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ

กระบวนการระงับข้อพิพาทในข้อตกลงแกตต์มีความแตกต่างจากข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่มักจะถูกวิจารณ์เสมอว่าขาดอำนาจบังคับ (Enforcement) ที่ใช้ในระบบกฎหมายภายในประเทศ เนื่องจากแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นของตนเอง ซึ่งในสนธิสัญญา (Treaty) ทั่วไปนั้น อำนาจบังคับได้รับการบัญญัติอยู่ในมาตรา 60 ของอนุสัญญาเวียนนา (Vienna Convention) ซึ่งกำหนดไว้ว่าหากรัฐภาคีใดมีการละเมิดสนธิสัญญาแล้วจะทำให้รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะไม่ดำเนินการต่อไปภายใต้สนธิสัญญานั้นได้ ซึ่งแตกต่างจากแกตต์ที่ได้กำหนดไว้ว่าหากประเทศภาคีละเมิดกฎเกณฑ์ของแกตต์ และได้มีการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตามที่มาตรา 23 กำหนดแล้ว ให้ที่ประชุมใหญ่แกตต์สามารถให้อำนาจตอบโต้การกระทำละเมิดนั้นได้โดยการระงับการให้สิทธิประโยชน์และพันธกรณีที่เหมาะสมเพื่อรักษาความสมดุลทางการค้า (Trade-Balance) แต่ไม่อนุญาตให้มีการระงับการปฏิบัติตามข้อตกลงแกตต์

ข้อแตกต่างประการที่สองคือการออกเสียง (Voting) ในกระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์เป็นการออกเสียงโดยระบบฉันทามติ (Consensus) หรือการลงมติรับรองคำตัดสินโดยเอกฉันท์ที่จะต้องไม่มีเสียงคัดค้านจากประเทศภาคีที่เข้าประชุมคณะมนตรี ซึ่งมีผลทำให้ประเทศภาคีทุกประเทศรวมทั้งประเทศคู่พิพาทมีสิทธิยับยั้ง (Veto) การตัดสินของที่ประชุมใหญ่แกตต์ได้⁷

⁷ Ronald A. Brand, "Competing Philosophies of GATT Dispute Solution in the Oilseeds Case and the Draft Understanding on Dispute Settlement," Journal of World Trade (December 1993): 134.

ลักษณะและวิธีการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทในแกตต์ 1947

กระบวนการระงับข้อพิพาทในแกตต์มีวัตถุประสงค์ที่จะนำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือช่วยเหลือคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทมากกว่าการสร้างคำตัดสิน ดังนั้นระบบระงับข้อพิพาทแกตต์จึงเป็นส่วนผสมระหว่างกฎหมาย (Law) และการทูต (Diplomacy)⁸ โดยการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์นี้ต้องไม่เป็นการเจตนาหรือตั้งใจที่จะกระทำให้เกิดข้อพิพาท และคู่กรณีทั้งหมดต้องดำเนินกระบวนการนี้ด้วยความพยายามที่จะแก้ไขข้อพิพาทด้วยความสุจริต⁹

กระบวนการระงับข้อพิพาทในแกตต์เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ เช่น การเจรจา (Negotiation) , การไกล่เกลี่ย (Good Office , Mediation) , การไต่สวน (Inquiry) , การประนีประนอม (Conciliation) และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทในลักษณะพหุภาคี กล่าวคือประเทศภาคีทั้งหมดของแกตต์จะเข้ามีส่วนร่วมในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยหากการเจรจาวิภาคีระหว่างประเทศภาคีคู่พิพาทไม่ประสบความสำเร็จ

ระบบระงับข้อพิพาทแกตต์วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรา 22 และ มาตรา 23 ของข้อตกลงแกตต์ 1947 โดยมาตรา 22 วรรค 1 เป็นการจัดการสำหรับการปรึกษาหารือในกรณีที่มีเหตุการณ์บางอย่างที่กระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติตามข้อตกลงแกตต์ แต่ถ้าการเจรจาวิภาคีดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ มาตรา 22 วรรค 2 จะเป็นกระบวนการจัดการสำหรับที่ประชุมใหญ่แกตต์ในการเจรจาหารือกับประเทศคู่พิพาท หรือประเทศภาคีแกตต์อื่น ๆ เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น

⁸ Ivo Van Bael , "The GATT Dispute Settlement Rules and Procedures,"

Journal of World Trade 22 (August 1988) : 68.

⁹ Understanding Regarding Notification , Consultation , Dispute Settlement and Surveillance (1979 Understanding) Para 9.

มาตรา 23 วรรค 1 เป็นการจัดการสำหรับการเจรจาวิภาคี เมื่อมีการกล่าวอ้างถึงการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกี่ยวกับผลประโยชน์ภายในข้อตกลงแกตต์ หรือเมื่อเกิดอุปสรรคต่อความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของข้อตกลงแกตต์ แต่หากไม่มีทางแก้ไขที่น่าพอใจในการเจรจา มาตรา 23 วรรค 2 จะเป็นการจัดการสำหรับเหตุการณ์ที่จะถูกสอบสวนโดยที่ประชุมใหญ่แกตต์ (CONTRACTING PARTIES) ซึ่งที่ประชุมใหญ่แกตต์สามารถทำความเห็น (Recommendation) หรือให้คำตัดสิน (Ruling) เกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยที่ประชุมใหญ่จะทำการแต่งตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) เพื่อช่วยเหลือที่ประชุมใหญ่ในการไต่สวนและพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว

อนึ่งการกระทำการใด ๆ ที่กำหนดให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่แกตต์ ในกระบวนการระงับข้อพิพาทนั้น ที่ประชุมใหญ่ได้มอบหมายให้คณะมนตรี (Council) ของแกตต์เป็นผู้ใช้อำนาจนี้แทนที่ประชุมใหญ่แกตต์

แม้ว่ามาตรา 23 วรรค 2 จะไม่มีการแสดงทางปฏิบัติของการตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้อย่างแน่ชัด เนื่องจากเป็นการวิวัฒนาการจากหลักปฏิบัติที่เป็นจารีตประเพณี (Customary Practice) เกี่ยวกับการใช้บทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งต่อมาทางปฏิบัตินี้ได้ถูกทำให้เป็นประมวล (Codified) คือ ความเข้าใจเกี่ยวกับการแจ้ง การปรึกษาหารือ การระงับข้อพิพาท และการกำกับดูแล (Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance) ที่ได้รับการรับรอง (Adopted) ในวันที่ 28 พฤศจิกายน 1979 เมื่อสิ้นสุดการเจรจาขอบเขตโดยมีข้อตกลงเกี่ยวกับประเพณีปฏิบัติในการระงับข้อพิพาทของแกตต์ (Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement (Article XXIII:2)) เป็นภาคผนวกแนบท้าย (Annex) จึงถือได้ว่าความเข้าใจฯ 1979 ดังกล่าว เป็นการประมวลทางปฏิบัติที่เป็นจารีตประเพณีเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทเพิ่มเติมขึ้นจากมาตรา 23 วรรค 2 นอกจากนี้กระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์ยังได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้งโดย ปฏิญญารัฐมนตรีเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์ 1982 (Ministerial Declaration on Dispute Settlement Rules and Procedures)¹⁰,

¹⁰ Adopted on 29 November 1982 (BISD 29S/9)

ปฏิญญารัฐมนตรีเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทแอกต์ 1984 (Ministerial Declaration on Dispute Settlement Rules and Procedure)¹¹ ปฏิญญารัฐมนตรีปี 1989 เรื่องการปรับปรุงกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทแอกต์ (Ministerial Declaration for the Improvement of Dispute Settlement Rules and Procedure)¹² ซึ่งเป็นข้อตกลงในระหว่างการเจรจาทางการค้ารอบอุรุกวัย

เมื่อการเจรจาวิภาคีเพื่อปรึกษาหารือตามมาตรา 22 หรือ 23 วรรค 1 ประสบความสำเร็จล้มเหลวในการแก้ปัญหาข้อพิพาท ประเทศที่ร้องเรียนอาจจะแจ้ง (Notify) ต่อคณะมนตรีของแอกต์เพื่อหาข้อพิพาทนั้นตามมาตรา 23 วรรค 2 และถึงแม้ว่าประเทศที่ร้องเรียนจะไม่มีสิทธิโดยอัตโนมัติ (Automatic Right) ในการตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากการตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเป็นอำนาจของคณะมนตรี โดยคณะมนตรีจะตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ก็ต่อเมื่อได้ให้โอกาสแก่ประเทศภาคีที่เกี่ยวข้องได้มีโอกาสศึกษาถึงคำร้องเรียนและตอบรับต่อที่ประชุมใหญ่ก่อน¹³ ซึ่งในทางปฏิบัติคำร้องขอนี้มักจะได้รับอนุญาตเสมอตามทางปฏิบัติมาตรฐาน (Standard Practice) ของแอกต์ ถ้าคำร้องขอนั้นไม่ถูกคัดค้านจากคู่กรณีอีกฝ่าย

เมื่อคณะมนตรีได้ให้ความยินยอมในการแต่งตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว ในทางทฤษฎีนั้นการแต่งตั้งกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและการกำหนดขอบเขตการทำงาน (Terms of Reference) จะถูกกำหนดภายใน 30 วัน แต่ในทางปฏิบัติจำเป็นต้องใช้เวลามากกว่านั้น เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จำนวน 3 หรือ 5 ท่านจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาทโดยคัดเลือกจากสมาชิกผู้แทนประจำในเจเนวา หน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคือการช่วยเหลือที่ประชุมใหญ่โดยการเตรียมรายงาน (Report) เพื่อเสนอต่อที่ประชุมใหญ่เกี่ยวกับข้อพิพาท รายงานนั้นจะประกอบไปด้วยการประเมินเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น

¹¹ Adopted on 30 November 1986. (BISD 31S/9)

¹² Adopted on 12 April 1989. (BISD 36S/61)

¹³ 1979 Understanding Para 10 and Annex Para 6.

การประเมินข้อเท็จจริงของคดี และการประเมินการปฏิบัติตามข้อตกลงแกตต์¹⁴

ในทางปฏิบัติจะมีการเชิญคู่พิพาทมาพร้อมกันเพื่อพิจารณาข้อเสนที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยคู่กรณีฝ่ายที่ 3 ที่ได้แจ้งให้คณะมนตรีทราบว่ามีผลประโยชน์สำคัญในเหตุการณ์นั้นก็จะถูกเชิญมาเพื่อเสนอข้อร้องเรียนด้วย และคู่กรณีทั้งสามฝ่ายจะถูกเชิญมาอีกครั้งเพื่อเสนอข้อโต้แย้งด้วยวจา รวมทั้งโอกาสในการหักล้างข้อกล่าวหา

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอาจจะร้องขอต่อคณะมนตรีเพื่อขอข้อมูลที่จำเป็นและเหมาะสม (Necessary and Appropriate) ซึ่งการตอบคำขอนั้นควรจะเป็นไปโดยทันทีและเต็มที่ (Promptly and Fully) และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอาจจะแสวงหาข้อมูลและคำแนะนำทางด้านเทคนิค (Technical) จากปัจเจกชนหรือองค์กรภายในเขตอำนาจของรัฐโดยต้องแจ้งให้รัฐนั้นได้รับทราบก่อน¹⁵

เลขาธิการของแกตต์จะเป็นผู้จัดหาเลขานุการของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเพื่อช่วยเหลือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งเลขานุการนี้มีหน้าที่ในการสรุปการดำเนินการวิจัย และร่างรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยทางปฏิบัตินี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อให้สมาชิกของแผนกกฎหมายจากสำนักเลขาธิการแกตต์ได้เสนอการตีความกฎเกณฑ์ของแกตต์ และกฎหมายจากคดีต่าง ๆ ของแกตต์ในการประชุมคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

ก่อนการเสนอรายงานครั้งสุดท้ายต่อคณะมนตรี คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเสนอรายงานบางส่วนให้คู่พิพาทพิจารณาถึงข้อสรุปและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเพื่อสนับสนุนให้คู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทต่อกันได้ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะให้เวลา 1-2 เดือน เพื่อให้คู่พิพาทตรวจสอบรายงานและโต้แย้งเกี่ยวกับ

¹⁴ Ibid, Para 16.

¹⁵ Ibid, Para 15.

ความเป็นไปได้ของการจัดการระงับข้อพิพาทนั้น แต่ถ้าไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ภายใน กำหนดเวลา คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเสนอรายงานนั้นต่อที่ประชุมใหญ่ของแกตตีใน รูปแบบของเอกสารแกตตีโดยจะถูกบรรจุในวาระการประชุมของคณะมนตรีครั้งต่อไป แม้ว่ารายงาน ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะมีฐานะเป็นเพียงความคิดเห็นที่เป็นการแนะนำเท่านั้น เนื่องจากรายงานจะต้องได้รับการรับรองจากคณะมนตรีก่อนจึงจะสามารถผูกพันประเทศภาคี แต่ ในทางปฏิบัติคณะมนตรีมักจะรับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเสมอ¹⁶

ในช่วงเวลาตั้งแต่การแต่งตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจนถึงการรับรองรายงาน นี้คู่พิพาทสามารถหาทางระงับข้อพิพาทได้ก่อนที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเสนอรายงาน นี้ต่อคณะมนตรี คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอาจจะมีข้อเสนอแนะให้ถอนมาตรการที่กระทำผิด หรือถ้าการถอนมาตรการนี้ไม่สามารถทำได้โดยทันทีก็อาจให้คู่พิพาทที่เสียหายนั้นได้รับการชด ใช้ ค่าเสียหาย เช่น การได้รับอัตราภาษีที่ต่ำกว่าจนกระทั่งมาตรการนั้นได้รับการเพิกถอนไป รายงาน การพิสูจน์และคำแนะนำหรือคำตัดสินต้องถูกพิจารณาและรับรองจากคณะมนตรีที่ได้รับอำนาจ กระทำการในนามของที่ประชุมใหญ่เพื่อที่จะได้มาซึ่งอำนาจทางกฎหมาย¹⁷

การรับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะถูกตัดสินโดยฉันทามติ (Consensus) ซึ่งเป็นระบบการลงมติที่จะต้องได้รับการรับรองอย่างเป็นเอกฉันท์โดยไม่มีเสียง คัดค้านในการลงมตินั้น ดังนั้นในการลงมติของคณะมนตรีซึ่งประกอบไปด้วยประเทศภาคีทั้ง หมด ประเทศภาคีต่าง ๆ รวมทั้งประเทศคู่พิพาทที่ได้รับคำแนะนำหรือคำตัดสินที่เสียประโยชน์ สามารถที่จะออกเสียงคัดค้านการรับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้

¹⁶ Bael , "The GATT Dispute Settlement Rules and Procedures", p.68-70.

¹⁷ J .G Castel,"The Uruguay Round and The Improvement to The GATT Dispute Settlement Rules and Procedures," International and Comparative Law Quarterly 38 (October 1989) : 837-838.

คณะมนตรีจะกำกับดูแลให้คำแนะนำหรือคำตัดสินในเหตุการณ์นั้นเพื่อให้แน่ใจว่าได้มีการยอมรับและปฏิบัติตามภายในเวลาที่เหมาะสม ถ้าคำแนะนำหรือคำตัดสินนั้นไม่ถูกยอมรับและปฏิบัติตาม คู่พิพาทที่เสียหายนั้นอาจจะได้รับอำนาจจากคณะมนตรีในการกระทำการตอบโต้ต่อคู่พิพาทอีกฝ่าย เช่น การระงับการให้สิทธิประโยชน์ (Suspension) ซึ่งที่ผ่านมานี้ประวัติศาสตร์ของแกตต์มีการใช้มาตรการนี้เพียงครั้งเดียวเท่านั้นคือในกรณีระหว่างเนเธอร์แลนด์และสหรัฐอเมริกา โดยเนเธอร์แลนด์ได้รับอำนาจจากที่ประชุมใหญ่ในการใช้มาตรการเลือกปฏิบัติต่อการนำเข้าแป้งสาลีจากสหรัฐอเมริกาได้เพื่อตอบโต้การที่สหรัฐอเมริกจำกัดโควตา (Quota) ผลิตรักันท์นมของเนเธอร์แลนด์¹⁸

¹⁸ GATT BISD 1st Supp 32 (1953)

กฎเกณฑ์และกลไกของกระบวนการระงับข้อพิพาทในแอกตต์ 1947

กระบวนการระงับข้อพิพาทแอกตต์วางอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติตาม มาตรา 22 และ มาตรา 23 ในข้อตกลงแอกตต์ 1947 ดังต่อไปนี้คือ

1. มาตรา 22 การเจรจาหารือ (Consultations)

มาตรา 22 การเจรจาหารือ แบ่งเป็น 2 ข้อคือ

1) ประเทศภาคีจะให้การพิจารณาและโอกาสอย่างเพียงพอในการเจรจาหารือกับประเทศภาคีอื่นในเรื่องใดๆ ก็ตามที่มีผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติตามข้อตกลงแอกตต์

2) ที่ประชุมใหญ่แอกตต์อาจจะปรึกษากับประเทศภาคีแอกตต์อื่น ๆ ในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หากประเทศคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ภายใต้การเจรจาหารือตามข้อ 1

Article XXII Consultations

1. Each contracting party shall accord sympathetic consideration to , and shall afford adequate opportunity for consultation regarding such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement.

2. The CONTRACTING PARTIES may, at the request of a contracting party, consult with any contracting party or parties in respect of any matter for which it has not been possible to find a satisfactory solution through consultation under paragraph 1.

มาตรา 22 เป็นการเจรจาหรือกันระหว่างคู่พิพาท โดยมุ่งหวังให้คู่พิพาทสามารถมีโอกาสอันดีในการหารือเพื่อหาข้อตกลงปรองดองที่น่าพอใจทั้งสองฝ่ายในเหตุการณ์ที่กระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติตามข้อตกลงแกตต์ โดยมาตรา 22 เคยได้รับการแก้ไขในปี 1955 ซึ่งเป็น การกำหนดให้มีการปรึกษาหารือเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่กระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติตามข้อตกลง แกตต์ โดยประเทศคู่พิพาทจะถูกเรียกร้องให้แก้ปัญหาโดยการเจรจาทวิภาคี (Bilateral) และหาก ตกลงกันไม่ได้ที่ประชุมใหญ่แกตต์ก็จะเข้ามาแทรกแซงเพื่อทำการประนีประนอมข้อพิพาทนั้นซึ่ง เป็นวิธีการแก้ปัญหาทางการทูต ต่อมาในความเข้าใจ ปี1979 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมว่า "ประเทศภาคียอมรับต่อการร้องขอสำหรับการเจรจาและพยายามสรุปการเจรจาโดยเร็วด้วยผลที่ เป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย"¹⁹ โดยในระหว่างปี 1948 ถึง 1994 มีประเทศภาคีได้ใช้กระบวนการนี้ ไปทั้งสิ้น 98 คดี

¹⁹ Castel, "The Uruguay Round and The Improvement to The GATT Dispute Settlement Rules and Procedures,": 835.

2. มาตรา 23 การเสียไปหรือเสียหาย (Nullification or Impairment)

มาตรา 23 เป็นกรณีที่มีเหตุการณ์ของการทำให้เสียไปหรือการทำให้เสียหายเกิดขึ้น โดยหากประเทศภาคีพิจารณาว่าผลประโยชน์ (Benefit) ที่ได้รับไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

GATT , Article XXIII:2 Nullification or Impairment

1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

(a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement , or

(b) the application by another contracting party of any measure , whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement , or

(c) the existence of any other situation,

the contracting party may , with a view to the satisfactory adjustment of the matter , make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.

2. If no satisfactory adjustment is effected between contracting parties concerned within a reasonable time , or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article , the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned , or give a ruling on the matter , as appropriate. The CONTRACTING PARTIES may consult with contracting parties . with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate inter-governmental organization in case where they consider such consultation

ภายใต้ข้อตกลงแก่ตต์ถูกทำให้เสียไปหรือทำให้เสียหาย (Nullified or Impaired) หรือความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ในข้อตกลงแก่ตต์ได้รับการขัดขวางโดยเป็นผลมาจาก

- 1) ความล้มเหลวของคู่กรณีอีกฝ่ายที่จะดำเนินการตามข้อผูกพันภายใต้ข้อตกลงแก่ตต์
- 2) การใช้มาตรการใด ๆ ของคู่กรณีอีกฝ่าย ไม่ว่าจะขัดแย้งหรือไม่กับข้อบังคับในข้อตกลงแก่ตต์
- 3) กรณีอื่น ๆ (Other Situations)

กรณีดังกล่าวนี้ประเทศคู่พิพาทอาจตั้งตัวแทนหรือข้อเสนอเป็นลายลักษณ์อักษร ต่อประเทศภาคีอื่น ๆ (Contracting party or parties) ที่เกี่ยวข้องเพื่อหาข้อปรองดองที่น่าพอใจ ซึ่งอีกฝ่ายก็จะให้การพิจารณาอย่างเห็นใจต่อตัวแทนหรือข้อเสนอ นั้น ซึ่งหากประเทศคู่พิพาทไม่สามารถหาข้อปรองดองที่น่าพอใจ (Satisfactory Adjustment) ได้ภายในเวลาที่สมเหตุสมผล

necessary. If the CONTRACTING PARTIES consider that circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any contracting party of any concession or other obligation is in fact suspended, that contracting party shall then be free, not later than 60 days after such action is taken, to give written notice to the Executive Secretary to the CONTRACTING PARTIES of its intention to withdraw from this Agreement and such withdrawal shall take effect upon the sixtieth day following the day on which such notice is received by him.

(Reasonable Time) ข้อขัดแย้งดังกล่าวอาจถูกรื้อเรียนไปยังที่ประชุมใหญ่แกตต์ (CONTRACTING PARTIES) เพื่อทำการสอบสวนโดยทันทีและให้คำแนะนำหรือคำตัดสินที่เหมาะสม ซึ่งในกรณีนี้ที่พิจารณาว่าสถานการณ์รุนแรงเพียงพอที่จะตัดสินการกระทำนั้น (Serious Enough to Justify) ที่ประชุมใหญ่อาจจะให้อำนาจประเทศคู่พิพาทในการระงับ (Suspend) สิทธิประโยชน์หรือพันธกรณี (Concessions or Obligations) ภายใต้ข้อตกลงแกตต์และประเทศภาคีที่ได้รับการปฏิบัติเช่นนี้จะขอลงตัวออกจากความเป็นประเทศภาคีแกตต์ก็ได้

2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 22 และ มาตรา 23

มาตรา 23 เป็นศูนย์กลางของกระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์ ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างมาก มาตรา 23 แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือมาตรา 23 วรรคแรกเป็นวิธีการเจรจาหรือที่คล้ายกับมาตรา 22 โดยมาตรา 23 วรรคแรกนั้นเป็นสิ่งที่ต้องกระทำก่อนมาตรา 23 วรรค 2 ซึ่งเป็นวรรคที่สำคัญอย่างยิ่งในการปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 22 และมาตรา 23 ภายใต้แกตต์นั้นไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกันระหว่าง 2 มาตรา²⁰ โดยแต่ละมาตราสามารถยืนอยู่ได้โดยลำพังและเป็นอิสระและกระบวนการภายใต้มาตรา 22 ไม่ใช่เงื่อนไขที่ต้องกระทำก่อนมาตรา 23 แม้ว่ามาตรา 22 ที่เรียกว่า "การเจรจาหารือ"(Consultation) จะคล้ายกันมากกับ มาตรา 23 วรรค 1 ที่กำหนดให้ประเทศภาคีผู้ร้องเรียนอาจจะตั้งตัวแทนหรือข้อเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรต่อประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง และฝ่ายหลังก็จะให้การพิจารณาที่เห็นใจต่อตัวแทนหรือข้อเสนอเหล่านั้น

นอกจากนี้ที่ประชุมใหญ่แกตต์ได้สรุปในการปฏิบัติซึ่งเป็นคำตัดสินที่ทำขึ้นในปี 1960 ว่า "การปรึกษาหารือภายใต้มาตรา 22 วรรค 1 จะถูกพิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่เพื่อให้บรรลุถึงเงื่อนไขของมาตรา 23 วรรค 1"²¹ และต่อมาได้รับการระบุอย่างชัดเจนในปฏิญญาฯ 1989 ด้วยว่า

²⁰ GATT DOC.L/1642, at 2 (1961)

²¹ GATT, 9th Supp. BISD 18, at 20 (1961)

การปรึกษาหารือภายใต้มาตรา 22 วรรค 1 อาจจะใช้แทนการปรึกษาหารือภายใต้มาตรา 23 วรรค 1 ได้ ดังนั้นหากประเทศภาคีคู่พิพาททำการเจรจาหรือกันตามมาตรา 22 วรรค 1 แล้ว และไม่สามารถตกลงกันได้ ประเทศภาคีผู้ร้องเรียนก็สามารถร้องขอดำเนินการตามมาตรา 23 วรรค 2 ต่อที่ประชุมใหญ่ได้โดยไม่ต้องขอเจรจาตามมาตรา 23 วรรค 1 อีกครั้ง ส่วนในปัญหาที่ว่า การเจรจาตามมาตรา 22 วรรค 1 นี้ จะต้องได้รับการรับรองจากประเทศคู่พิพาทอีกฝ่ายว่าเป็น การเจรจาที่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับการเจรจาตามมาตรา 23 วรรค 1 ก่อนเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ ตามมาตรา 23 วรรค 2 หรือไม่ ในปัญหานี้ได้มีการให้คำปรึกษากฎหมายแก่ผู้อำนวยการทั่วไป ของแกตต์ ในคดีภาษีการนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของญี่ปุ่น (The Japanese Tax on Imported Alcoholic Beverages Case) ที่ระบุไว้ว่า

“ไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่การเจรจาดังกล่าวจะต้องได้รับการรับรองจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายก่อนเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ เพราะการกระทำดังกล่าวนั้นจะทำให้ประเทศภาคีนั้นสามารถขัดขวางกระบวนการนี้ได้โดยอ้างว่าการเจรจาวิภาคียังไม่สิ้นสุด”²²

²² Norio Komuro , “The WTO Dispute Settlement Mechanism Coverage and Procedure of the WTO Understanding, ” Journal of World Trade 29 (August 1995) : 20.

2.2 วัตถุประสงค์ของมาตรา 23²³

- 1) เป็นกรอบ (Framework) สำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเน้นถึงพันธกรณีทั่วไปที่จะต้องปรึกษาในเหตุการณ์ใด ๆ ต่อแกตต์
- 2) เป็นการแสดงบทบาทสำคัญในเรื่องการปฏิบัติตามพันธกรณีของแกตต์ โดยการนำกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องการตอบโต้ (Retorsion) มาใช้
- 3) เป็นการประกันและทำให้แน่ใจถึงหลักการต่างตอบแทน (Reciprocity) และหลักความสมดุลของสิทธิประโยชน์ในแกตต์ (Balance of Concessions) เมื่อเกิดสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปแม้ว่าจะสถานการณ์นั้นจะไม่ได้เป็นการละเมิดพันธกรณีแกตต์ก็ตาม เช่นในกรณีของวัตถุประสงค์ของแกตต์ได้รับการทำให้เสียไป หรือเกิดจากสถานการณ์อื่น ๆ ซึ่งไม่มีการละเมิดพันธกรณีแกตต์

2.3 ประเภทของการกระทำตามมาตรา 23

การกระทำที่ประเทศภาคีสามารถร้องเรียนได้ตามมาตรา 23 นั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.3.1 การกระทำที่มีการละเมิดพันธกรณี (Violation Complaint)

การกระทำดังกล่าวนี้คือการกระทำที่ประเทศภาคีหนึ่งฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้แกตต์ที่ตนมีอยู่กับประเทศภาคีอื่น เช่น การไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์

²³ John H. Jackson, Legal Problems of International Economic Relations, (West Publishing, 1977): p.426.

ของแกตต์ หรือการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีต่อกันตามตารางพิกัดอัตราภาษีศุลกากรที่ได้มีการเจรจาแล้ว โดยการร้องเรียนตามกรณีนี้ประเทศภาคีมีความต้องการให้ประเทศที่ทำการละเมิดพันธกรณียุติการละเมิดนั้นเสีย ซึ่งที่ประชุมใหญ่แกตต์ก็มีวัตถุประสงค์ให้ประเทศภาคีที่ฝ่าฝืนนั้นเกิดความรับผิดชอบ ในการที่จะทำให้การละเมิดนั้นกลับไปสู่ความสอดคล้องถูกต้องตามพันธกรณีโดยที่ประชุมใหญ่จะแนะนำหรือคำตัดสินให้เพิกถอนมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีนั้น ซึ่งคดีเกือบทั้งหมดของแกตต์เป็นการร้องเรียนในประเภทนี้

2.3.2 การกระทำที่ไม่มีการละเมิดพันธกรณี (Non-Violation Complaint)

การร้องเรียนตามมาตรา 23 นี้มีขอบเขตที่กว้างขวางมากคือไม่ได้จำกัดว่าการร้องเรียนตามมาตรา 23 จะต้องเป็นกรณีที่มีการกระทำที่เป็นการละเมิดพันธกรณีแกตต์เท่านั้นแต่ยังรวมถึงกรณีที่ไม่มีการละเมิดพันธกรณีของแกตต์อีกด้วย กล่าวคือหากประเทศภาคีอื่นใช้มาตรการที่แม้ว่าจะไม่เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีของแกตต์ หรือเกิดสถานการณ์ใด ๆ ขึ้นที่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์หรือความคาดหวังที่จะได้รับจากพันธกรณีของแกตต์ต้องเสียไปหรือเสียหายแล้ว ประเทศภาคีก็สามารถที่จะร้องเรียนตามมาตรา 23 ได้เช่นกัน การร้องเรียนในกรณีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไข ปรับปรุง หรือสร้างความสมดุลของพันธกรณีให้กลับคืนมาหลังจากความสมดุลนั้นได้รับการรบกวนโดยมาตรการใด ๆ ไม่ว่าจะขัดแย้งกับข้อตกลงแกตต์หรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ยังเพื่อสร้างบูรณภาพ (Integrity) ของข้อตกลงแกตต์ด้วยการส่งเสริมความสามัคคีของประเทศภาคีอีกด้วย กล่าวคือหากกรณีข้อพิพาทที่ไม่มีการละเมิดกฎเกณฑ์ของแกตต์นี้ไม่สามารถหาทางแก้ไขซึ่งเป็นที่ยอมรับกันได้ทั้งสองฝ่ายแล้วก็ควรหาองค์การที่เป็นกลางเช่นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเข้ามาแนะนำทางแก้ไขปัญหาให้เพื่อส่งเสริมและรักษาความสัมพันธ์ที่เป็นมิตรระหว่างประเทศภาคี โดยในกรณีนี้ที่ประชุมใหญ่ของแกตต์มักจะแนะนำให้มีการกำจัดการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือสูญหายนั้น²⁴ ซึ่งการกระทำที่ไม่มีการละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 23 นี้มีอยู่ 2 ประการคือ

²⁴ William J. Davey, "Dispute Settlement in GATT," *Fordham International Law Journal* 11(Fall 1987) : p.65-66.

1. การใช้มาตรการใดๆ (Any Measure) ของคู่กรณีอีกฝ่าย ไม่ว่าจะขัดแย้งหรือไม่กับข้อบังคับในข้อตกลงแกตต์

กรณีนี้จะเกิดขึ้นเมื่อประเทศภาคีมีการใช้มาตรการใด ๆ ที่ไม่ละเมิดต่อพันธกรณีของแกตต์แต่มาตรการดังกล่าวสร้างความเสียหายให้แก่ผลประโยชน์ที่ประเทศภาคีอื่นได้รับภายใต้แกตต์ เช่นในคดีการให้การอุดหนุนปุ๋ยแอมโมเนียซัลเฟตของออสเตรเลีย (Australian Subsidy on Ammonium Sulphate)²⁵ ในคดีนี้คณะทำงานไม่พบว่าประเทศออสเตรเลียทำการละเมิดกฎเกณฑ์ของแกตต์ แต่พบว่าได้มีการทำให้เสียไปและเสียหายซึ่งผลประโยชน์ภายใต้แกตต์เกิดขึ้นจึงได้แนะนำให้ประเทศออสเตรเลียเพิกถอนความไม่เท่าเทียมกันใน การให้การอุดหนุนปุ๋ยทั้งสองประเภทนี้ นอกจากนี้ยังมีคดีที่ได้รับการร้องเรียนจากการใช้ มาตรการที่ไม่มีการละเมิดพันธกรณีของแกตต์ เช่น

1. คดีการปฏิบัติของเยอรมันในการนำเข้าปลาซาร์ดีน (Treatment by Germany of Imports of Sardines)²⁶

2. คดีการจ่ายหรือการอุดหนุนการจ่ายแก่กระบวนการและผู้ผลิตเมล็ด น้ำมันที่เกี่ยวกับโปรตีนอาหารสัตว์ (Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds Related Animal-Feed Proteins)²⁷

3. คดีการเลือกปฏิบัติของประเทศอิตาลีต่อการนำเข้าเครื่องจักรทางการ เกษตร (Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery)²⁸

4. คดีวิตามินระหว่างสหรัฐอเมริกากับประชาคมยุโรป (Vitamins)²⁹

5. คดีการจำกัดน้ำตาลของสหรัฐอเมริกา (US Restrictions on Sugar)³⁰

6. คดีการร้องเรียนของอุรุกวัย (Uruguayan complaint)³¹ เป็นต้น

²⁵ BISD 7S/68 (1959)

²⁶ BISD 1S/68 (1953)

²⁷ BISD 37S/86 (1991)

²⁸ BISD 7S/60 (1959)

²⁹ BISD 29S/110 (1983)

³⁰ BISD 37S/228 (1991)

³¹ BISD 11S/95 (1963)

2. การมีอยู่ของสถานการณ์อื่น ๆ (Other Situations)

Professor John H.Jackson ได้ให้ความหมายของคำว่าสถานการณ์อื่น ๆ ไว้ดังนี้คือ "การร้องเรียนตามสถานการณ์นี้อาจจะเป็นการนำขึ้นสู่ที่ประชุมใหญ่ เมื่อไม่มีประเทศภาคีใดถูกระบุว่าเป็นคู่พิพาท"³²

กรณีเกี่ยวกับเกิดสถานการณ์อื่น ๆ นี้จึงเป็นกรณีที่ประเทศภาคีร้องเรียนต่อที่ประชุมใหญ่โดยไม่มีคู่พิพาทอีกฝ่าย เนื่องจากเกิดสถานการณ์ใด ๆ ขึ้นจนทำให้ประโยชน์ของประเทศภาคีแกตต์ถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย โดยกรณีนี้จะใช้ในเหตุการณ์ที่สถานการณ์ทางเศรษฐกิจโดยทั่วไปเป็นเหตุให้ประโยชน์ของประเทศภาคีแกตต์ถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย และไม่มีประเทศใดโดยเฉพาะที่จะถูกตำหนิได้ การที่มีการกำหนดมาตรการขึ้นขึ้นมาก็เพื่อจะทำให้ประเทศภาคีของแกตต์สามารถระงับ (Suspend) ตารางพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและพันธกรณีอื่นที่มีขึ้นหลังจากที่เข้ามาเป็นภาคีของแกตต์ ในกรณีที่สถานการณ์ทางเศรษฐกิจเป็นเหตุทำให้ประโยชน์ของประเทศภาคีเสียไป ซึ่งที่ผ่านมายังไม่มี การอาศัยข้อบทนี้ในการระงับตารางพิกัดอัตราศุลกากรหรือพันธกรณีอื่นเลย³³

2.4 เงื่อนไขของการใช้มาตรา 23

การที่ประเทศภาคีจะร้องขอตามมาตรา 23 ได้นั้น นอกจากจะมีการกระทำประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้นแล้ว ยังจะต้องมี

³² John.H.Jackson, World Trade and The Law of GATT,(The Bobbs-Merill Inc ,1969) p.180.

³³ไพฑูริย์ จุฑัยสง, "กลไกการระงับข้อพิพาทในระบบของแกตต์" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2537), หน้า 32.

2.4.1 กรณีที่มีเหตุการณ์ของการเสียไปหรือเสียหาย (Nullification or Impairment) เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ที่ประเทศภาคีจะได้รับภายใต้ข้อตกลงแกตต์ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือ

2.4.2 ความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ในข้อตกลงแกตต์ได้รับการทำให้เสียไป

ดังนั้นเงื่อนไขสำคัญก่อนที่ประเทศภาคีจะร้องขอตามมาตรา 23 นี้จึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่ามีเหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นด้วยหรือไม่ ดังนั้นเพียงแต่การละเมิดข้อตกลงแกตต์อย่างเดียวก็ไม่เพียงพอที่จะร้องขอตามมาตรา 23 นี้ได้

2.4.1 การทำให้เสียไปหรือเสียหายซึ่งผลประโยชน์ที่ได้รับไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมภายใต้ข้อตกลงแกตต์

การทำให้เสียไปหรือเสียหายนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในข้อ 5 ของภาคผนวกของความเข้าใจฯ 1979 คือข้อตกลงการอธิบายประเพณีปฏิบัติของการระงับข้อพิพาทแกตต์ตามมาตรา 23(2) (Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement (Article XXIII:2)) ซึ่งได้ระบุไว้ว่า การร้องเรียนตามมาตรา 23 จะใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ที่ได้รับภายใต้แกตต์ถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย หากเป็นกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีของแกตต์ การกระทำดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาว่ามีมูลเหตุ (Prima Facie) ของการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งมูลเหตุของการทำให้เสียไปหรือเสียหายนี้จะ เป็นสิ่งที่พิจารณาว่าสถานการณ์นั้นรุนแรงเพียงพอที่จะตัดสินในการให้อำนาจที่จะระงับสิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีหรือไม่ ยกเว้นประเทศภาคีที่ถูกร้องเรียนนั้นจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าไม่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น ส่วนในกรณีที่ไม่มี การละเมิดพันธกรณีแกตต์ตามมาตรา 23 วรรค 2(b) หรือ (c) นั้น ประเทศผู้ร้องเรียนจะต้องเป็นผู้อธิบายรายละเอียดของการทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นอย่างมีเหตุผล”

การทำให้เสียไปหรือเสียหายนี้ เป็นแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับความสมดุลของผลประโยชน์ (Balance of Benefit) ที่ได้รับภายใต้แกตต์ โดยหากความสมดุลนี้ได้รับการการรบกวน ประเทศภาคีก็สามารถดำเนินการร้องเรียนตามมาตรา 23 ได้ แต่เนื่องจากในสภาพความเป็นจริงการคำนวณความสมดุลของผลประโยชน์นั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ จึงได้มีการ

พัฒนาแนวความคิดเรื่องการมีมูลเหตุของการเสียไปหรือเสียหายขึ้นมาเพื่อช่วยในการตัดสินว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายซึ่งความสมดุลในผลประโยชน์ที่ได้รับจากแกตต์หรือไม่

1) การมีมูลเหตุของการเสียไปหรือเสียหาย (Prima Facie of Nullification or Impairment)

โดยที่การเสียไปหรือเสียหายเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการร้องขอต่อที่ประชุมใหญ่ให้มีการดำเนินการตามมาตรา 23 แต่เนื่องจากแนวความคิดของการเสียไปหรือเสียหายนี้ยังคงเป็นสิ่งที่คลุมเครือ จึงได้มีความพยายามที่จะขยายความคลุมเครือนี้โดยพัฒนาแนวความคิดเรื่องของการมีมูลเหตุของการเสียไปหรือเสียหายขึ้นเพื่อช่วยในการพิสูจน์ว่า มีการกระทำที่ทำให้เกิดเหตุการณ์ของการเสียไปหรือเสียหายขึ้นหรือไม่ ซึ่งสถานการณ์ดังต่อไปนี้จะนำไปสู่ข้อสรุปว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น

1.1 มาตรการของประเทศภาคีที่เป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงแกตต์

กรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีของแกตต์นี้ จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเกิดมูลเหตุของการเสียไปหรือเสียหายต่อผลประโยชน์ของแกตต์ขึ้น ซึ่งประเทศภาคีที่ได้รับการร้องเรียนจะต้องแสดงหลักฐานพิสูจน์ได้ว่าไม่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของประเทศภาคีผู้ร้องเรียนนั้น

1.2 การใช้มาตรการจำกัดปริมาณ (Quantitative Restriction)

กรณีที่ประเทศภาคีมีการใช้มาตรการจำกัดปริมาณต่อสินค้าที่ผูกพันตามตารางพิกัดอัตราภาษีศุลกากร จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีมูลเหตุของการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องมีการละเมิดข้อตกลงแกตต์ เนื่องจากอาจเป็นการอ้างถึงกรณีเรื่องดุลของการชำระเงิน (Balance of payments) ตามมาตรา 12 หรือ 14 ของข้อตกลงแกตต์ก็ได้ แต่อย่างไรก็ดีการจำกัดปริมาณถือได้ว่าเป็นมูลเหตุของการเสียไปหรือ

เสียหายด้วยตัวของมันเอง³⁴ เช่น ในคดีการจำกัดปริมาณการนำเข้าแอปเปิ้ลของประชาคมยุโรป (EEC-Restriction on Imports of Apples) ในปี 1989 ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ตัดสินว่ามาตรการของประชาคมยุโรปนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติของแกตต์แต่เป็นการบิดเบือนความสัมพันธ์ทางการแข่งขันในการค้า³⁵

1.3 การใช้มาตรการให้การอุดหนุนภายในประเทศ (Domestic Subsidies)

การให้การอุดหนุนภายในประเทศเป็นสถานการณ์ที่ได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีมูลเหตุของการทำให้เสียไปหรือเสียหาย ซึ่งแนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากรายงานการประชุมครั้งที่ 9 ของคณะทำงานที่ได้รับการรับรองโดยที่ประชุมใหญ่ โดยระบุว่า "ในกรณีที่มีการให้การอุดหนุนภายในประเทศเกิดขึ้น ประเทศภาคีที่ได้ทำการเจรจาเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ภายใต้มาตรา 2 ของแกตต์จะได้รับการสันนิษฐานว่าประเทศเหล่านี้มีความคาดหวังอย่างมีเหตุผลว่าคุณค่าของสิทธิประโยชน์ดังกล่าวจะไม่ถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยการให้มาตรการให้การอุดหนุนในภายหลัง (Subsequent Introduction) หรือการเพิ่มการให้การอุดหนุนภายในประเทศแก่สินค้าที่ได้มีการเจรจากัน"

กรณีที่มีมูลเหตุของการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น ทฤษฎีนี้จะทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีพันธกรณีในการแนะนำให้หยุดมาตรการดังกล่าวนั้น และข้อสันนิษฐานนี้จะเป็นสิ่งที่ที่ประชุมใหญ่แกตต์ต้องใช้ในการพิจารณาว่าสถานการณ์นั้นรุนแรงเพียงพอที่จะตัดสินเพื่อให้อำนาจแก่ประเทศภาคีในการระงับสิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีหรือไม่

³⁴ Jackson, *World Trade and The Law of GATT*, p.181-182.

³⁵ ไพฑูรย์ อุทัยสง, "กลไกการระงับข้อพิพาทในระบบของแกตต์" .หน้า 56.

ดังนั้นการมีมูลเหตุของการทำให้เสียไปหรือเสียหายนี้จะสร้างภาระให้แก่ประเทศที่ได้รับการร้องเรียนในการแสดงหลักฐานหรือข้อโต้แย้งคัดค้านว่าไม่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นเกิดขึ้น³⁶

2) ภาระการพิสูจน์

จากบทบัญญัติเรื่องการทำให้เสียไปหรือเสียหายตามข้อ 5 ของข้อตกลงเรื่องการอธิบายประเพณีปฏิบัติของการระงับข้อพิพาทภาคตัด ในภาคผนวกของความเข้าใจ 1979 นั้นได้ระบุเรื่องภาระการพิสูจน์ไว้ 2 ประการคือ

2.1 กรณีของการมีการละเมิดพันธกรณีหรือกฎเกณฑ์ของภาคตัดตามมาตรา 23 วรรค 2(a) นั้น ประเทศภาคีผู้ร้องเรียนจะได้รับการสันนิษฐานว่ามีมูลเหตุของการเสียไปหรือเสียหายขึ้น ดังนั้นภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับประเทศภาคีที่ได้รับการร้องเรียนที่จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าไม่มีการทำให้เกิดการเสียไปหรือเสียหายซึ่งประโยชน์ภายใต้ภาคตัดขึ้น เช่นในคดีการร้องเรียนของอุรุกวัย (Uruguayan Complaint) ที่ประเทศอุรุกวัยร้องเรียนเกี่ยวกับการจำกัดการค้าจำนวน 562 รายการ ต่อประเทศพัฒนาแล้ว 15 ประเทศ โดยผลของการมีมูลเหตุของการเสียไปหรือเสียหายนี้ได้รับการตัดสินจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า “ผลของการไม่มีหลักฐานหรือข้อโต้แย้งตอบโต้การมีมูลเหตุของการเสียหายหรือเสียไปเป็นพันธกรณีที่จะต้องแนะนำให้เพิกถอนมาตรการที่ฝ่าฝืนข้อตกลงภาคตัดนั้น”

2.2 กรณีที่ไม่มีการละเมิดพันธกรณีของภาคตัดตามมาตรา 23 วรรค 2 (b) และ (c) ภาระการพิสูจน์จะเป็นของประเทศผู้ร้องเรียนที่จะต้องแสดงให้เห็นว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้นโดยต้องอธิบายรายละเอียดของการเสียไปหรือเสียหายนั้นได้อย่างมีเหตุผล

³⁶ Jackson, World Trade and The Law of GATT, p.181-182.

จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงเห็นได้ว่ากรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีของแอกตนั้นจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีมูลเหตุของการเสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น แต่ในกรณีที่ไม่มีการละเมิดพันธกรณีของแอกตนั้นประเทศผู้ร้องเรียนจะต้องเป็นผู้พิสูจน์การทำให้เสียไปหรือเสียหายซึ่งผลประโยชน์ภายใต้แอกต จึงได้มีการพัฒนาแนวความคิด 2 แนวทางจากทางปฏิบัติในคดีที่เกิดขึ้นของแอกตเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายขึ้น

3) แนวความคิดของการทำให้เสียไปหรือเสียหาย

การทำให้เสียไปหรือเสียหายวางอยู่บนแนวความคิด 2 ประการ คือ การทำลายความคาดหวังอย่างมีเหตุผล (Frustration of Reasonable Expectations) และผลกระทบต่อประเทศภาคีอื่น (Adverse Effect) ซึ่งการทำให้เสียไปหรือเสียหายนี้อาจเกิดขึ้นบนแนวความคิดใดแนวความคิดหนึ่งก็ได้

3.1 การทำลายความคาดหวังที่มีเหตุผล (Frustration of Reasonable Expectations)³⁷

การคาดหวังที่มีเหตุผลในที่นี้มีความหมายถึงสิ่งที่ประเทศภาคีมีความคาดหวังว่าจะได้รับการเจรจาพันธกรณีเกี่ยวกับพิกัดอัตราภาษีศุลกากรภายใต้แอกต แนวความคิดนี้สามารถศึกษาจากคดีของแอกตที่ผ่านมาเช่นในคดีระหว่างประเทศนอร์เวย์กับประเทศเยอรมันกรณีการปฏิบัติของเยอรมันในการนำเข้าปลาซาร์ดีน (Treatment by Germany of Imports of Sardines) เกี่ยวกับการยกเลิกการให้การอุดหนุนต่อสินค้าต่างประเทศแต่ยังคงมีการให้การอุดหนุนสินค้าภายในประเทศที่เป็นคู่แข่งของสินค้าต่างประเทศนั้นอยู่ คณะทำงานเห็นว่าความคาดหวังอย่างมีเหตุผลของประเทศผู้ร้องเรียนถูกทำลายลงเนื่องจากในขณะที่ทำการเจรจาเรื่องพิกัดอัตราภาษีศุลกากรนั้น ประเทศผู้ร้องเรียนไม่คิดว่าจะมีการเพิกถอนการให้การอุดหนุนซึ่งก่อให้เกิดผลเฉพาะต่อสินค้านำเข้าในภายหลัง หรือในคดีการให้การอุดหนุนปุ๋ย

³⁷ Armin Von Bogdandy , “ The Non-Violation Procedure of Article XXIII : 2 , GATT Its Operational Rationale ,” Journal of World Trade 26 (August 1992) : 101-105

แอมโมเนียซัลเฟตของออสเตรเลีย (Australian Subsidy on Ammonium Sulphate) ที่ประเทศ ซิลิร็องเรียนประเทศออสเตรเลียเกี่ยวกับการที่ประเทศออสเตรเลียเพิกถอนการให้การอุดหนุนปุ๋ย ประเภทโซเดียมไนเตรตแต่ยังคงให้การอุดหนุนปุ๋ยประเภทแอมโมเนียซัลเฟตภายในประเทศต่อไป ซึ่งปุ๋ยทั้งสองชนิดสามารถใช้ทดแทนกันได้ คณะทำงานพิจารณาว่ามีการเสียไปหรือเสียหายในสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับปุ๋ยโซเดียมไนเตรตที่ซิลิได้รับจากออสเตรเลีย เนื่องจากซิลิมีความคาดหวังอย่างมีเหตุผลว่าผลิตภัณฑ์ปุ๋ยทั้งสองจะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ดังนั้นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้การอุดหนุนนี้ที่ประชุมใหญ่ได้วางหลักว่าการนำมาตรวจการให้การอุดหนุนมาใช้ภายหลังหรือการเพิ่มขึ้นของการให้การอุดหนุนจะได้รับการสันนิษฐานว่ามีการทำลายความคาดหวังอย่างมีเหตุผลถ้าไม่มีหลักฐานคัดค้าน

3.2 การก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นปฏิปักษ์ (Adverse Effect) ต่อประเทศภาคีอื่น³⁸

มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางปฏิปักษ์ต่อประเทศภาคีอื่นเป็นสาเหตุหนึ่งของการทำให้เสียไปหรือเสียหาย ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นแนวทางเดียวกับความคิดเรื่องการคาดหวังในการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectation) โดยแนวความคิดนี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีการใช้มาตรการที่เป็นการปรับปรุงฐานะในการแข่งขันโดยไม่พิจารณาถึงความผูกพันทางด้านพิภคอัตราภาษีศุลกากรสำหรับสินค้าชนิดนั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางปฏิปักษ์ต่อประเทศภาคีอื่น ในปี 1989 คณะกรรมการระบุอย่างชัดเจนว่าการก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นปฏิปักษ์นี้จะไม่ถูกนำมาใช้ในกรณีของปริมาณการค้า (Trade Volume) เนื่องจากมีปัจจัย (Factor) ที่มีผลต่อจำนวนการค้าหลายประการที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐบาล แต่ผลกระทบในทางปฏิปักษ์ต้องเป็นกรณีที่อยู่บนพื้นฐานของการเข้าสู่ตลาดโดยการให้ราคาเป็นตัวการในการปรับปรุงการแข่งขัน โดยวิธีการที่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางปฏิปักษ์ต่อประเทศภาคีอื่นเพื่อทำลายความสัมพันธ์หรือฐานะซึ่งใช้ในการแข่งขันจะมีในกรณีดังต่อไปนี้คือ

³⁸ Ibid

ก. มาตรการกีดกันทางการค้า (Trade Barrier) ที่มีผลต่อฐานะในการแข่งขัน เช่น การให้การอุดหนุน (Subsidy) , ภาษีนำเข้า (Import Duties) และการจำกัดจำนวน (Quotas) ซึ่งหากเกิดกรณีดังกล่าวจะทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสามารถใช้แนวความคิดเรื่องการค้าก่อให้เกิดผลกระทบในทางปฏิบัติได้โดยไม่ต้องพิจารณาถึงรายละเอียดในด้านสถิติทางการค้า (Trade Statistics) เช่น ในคดีการร้องเรียนของอุรุกวัย (Uruguayan complaint) ในปี 1961 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ระบุว่าการใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางการค้าเช่นการจำกัดจำนวนนี้ถือได้ว่ามีผลกระทบในทางที่เป็นปฏิปักษ์อยู่ก่อนแล้ว โดยคดีนี้เป็นแนวปฏิบัติ (Precedent) ในคดีหลัง ๆ ต่อมาด้วย

ข. มาตรการที่ไม่ใช่การกีดกันทางการค้า กรณีนี้จะต้องนำผลกระทบของมาตรการดังกล่าวมาพิจารณาในเรื่องการไหลเวียนทางการค้า (Trade Flow) โดยสถิติทางการค้าจำเป็นที่จะได้รับการนำมาพิจารณาให้แน่ชัด เช่น

1. ในคดีการปฏิบัติทางด้านภาษีของประชาคมยุโรปต่อการนำเข้าผลิตภัณฑ์ประเภทส้มจากประเทศในแถบเมดิเตอร์เรเนียน (EC Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตรวจสอบสถิติทางการค้าของสินค้าทั้งหมดพบว่าสินค้าที่เกิดผลกระทบในทางปฏิบัติต่อประเทศภาคีอื่นเพียง 2 ชนิดคือมะนาวกับส้มเท่านั้น

2. ในคดีการค้าเซมิคอนดักเตอร์ (Trade in Semiconductors) ซึ่งเป็นกรณีที่ประชาคมยุโรปร้องเรียนต่อประเทศญี่ปุ่นเกี่ยวกับการที่ประชาคมยุโรปได้รับความเสียหายจากการเจรจาการค้าทวิภาคีระหว่างญี่ปุ่นกับสหรัฐอเมริกาในเรื่องการค้าเซมิคอนดักเตอร์ โดยในกรณีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตัดสินว่า “หลักฐานที่ประชาคมยุโรปจัดหามา นั้นไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงการชี้เฉพาะถึงมาตรการใด ๆ ที่ทำให้ผู้ส่งออกของประชาคมยุโรปเสียเปรียบในการแข่งขัน”

ซึ่งแนวความคิดทั้งสองแนวความคิดนี้เป็นสิ่งที่ช่วยให้ประเทศที่ร้องเรียนเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่มีการละเมิดพันธกรณีของแกตต์พิสูจน์ถึงการเสียไปหรือเสียหายซึ่งผลประโยชน์ที่ได้รับภายใต้แกตต์ได้ชัดเจนขึ้น โดยพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวนั้นเป็นการทำลายสิ่งทีประเทศ

ภาคนั้นคาดหวังว่าจะได้รับจากการเจรจาเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากแกตต์หรือไม่ ส่วนในแนวความคิดเรื่องผลกระทบในทางที่เป็นปฏิปักษ์นั้น หากมีการใช้มาตรการกีดกันทางการค้าก็เป็นการง่ายต่อการพิสูจน์ในเรื่องการเสียไปหรือเสียหายซึ่งผลประโยชน์ของแกตต์ แต่หากไม่มีการใช้มาตรการกีดกันทางการค้าประเทศผู้ร้องเรียนนั้นก็ต้องหาหลักฐานต่าง ๆ ที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่ามีการใช้มาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎเกณฑ์ของแกตต์จนเกิดผลกระทบในทางลบต่อประเทศภาคีผู้ร้องเรียนนั้น อย่างไรก็ตามสิ่งสำคัญอีกประการที่จะต้องทำความเข้าใจคือความหมายของคำว่าผลประโยชน์ภายใต้แกตต์ที่เสียไปหรือเสียหายนั้นจะมีความหมายครอบคลุมเพียงไร

4) ความหมายของคำว่า "ผลประโยชน์ที่ประเทศภาคีได้รับภายใต้ข้อตกลงแกตต์"

การตีความคำว่า "ผลประโยชน์" (Benefit) ได้รับการตีความในความหมายที่กว้างมาก จากทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องของคดีที่ผ่านมาการตีความว่าผลประโยชน์คือสิ่งที่ประเทศภาคีตั้งใจที่จะได้รับจากพันธกรณีและสิทธิประโยชน์ในการเข้าเป็นภาคีแกตต์ รวมถึงความคาดหวังเกี่ยวกับโอกาสอันดีในการแข่งขันที่จะได้รับจากพันธกรณีและสิทธิประโยชน์ของพิกัดอัตราภาษีศุลกากรนั้น เนื่องจากแกตต์มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสมดุลในเรื่องสิทธิประโยชน์ของพิกัดอัตราภาษีศุลกากรไว้ ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประเทศภาคีให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีศุลกากรจึงต้องมีการให้การชดเชยแก่ประเทศภาคีเมื่อสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับตอบแทนนั้นถูกทำให้เสียไป ซึ่งในคดี *Citrus* ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามาตรา 23 วรรค 1 (b) ไม่ได้ใช้เพียงแค่นั้นกรณีของประโยชน์ตามมาตรา 2 ของแกตต์เท่านั้นแต่รวมถึงผลประโยชน์ใด ๆ ภายใต้แกตต์ทั้งหมดด้วย และในคดี *The Australian Subsidy on Aluminium Sulphate* ก็ได้มีแสดงให้เห็นว่าผลประโยชน์ของแกตต์ที่ถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายหมายความรวมถึงกรณีที่ประเทศออสเตรเลียทำลายความคาดหวังอย่างมีเหตุผลของซิวีในการที่จะได้รับการปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์ปุ๋ยเช่นเดียวกับที่ออสเตรเลียปฏิบัติภายในประเทศด้วย³⁹

³⁹ Ibid

2.4.2 การบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ในข้อตกลงแกตต์ได้รับการขัดขวาง⁴⁰

กรณีที่ประเทศภาคีมีการกระทำที่เป็นการขัดขวางไม่ให้วัตถุประสงค์ภายใต้ข้อตกลงแกตต์ประสบผลสำเร็จ เป็นเงื่อนไขอีกประการหนึ่งที่ประเทศภาคีสามารถร้องขอให้มีการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามมาตรา 23 ได้ ซึ่งที่ผ่านมาการร้องขอในกรณีนี้มีเพียง 3 คดีเท่านั้น แต่เนื่องจากคดีดังกล่าวไม่ได้มีการดำเนินการต่อหรือไม่มีการระบุนายละเอียดย่างชัดเจนทำให้ไม่ได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยกรณีดังกล่าวได้แก่

1. ในคดี เรื่องการคืนเงินภาษีการส่งออกน้ำตาลของประชาคมยุโรป (European Communities-Refunds on Exports of Sugar) ในปี 1979 ซึ่งออสเตรเลียร้องเรียนว่าระบบการอุดหนุนการส่งออกน้ำตาลของประชาคมยุโรปเป็นการทำให้วัตถุประสงค์ในข้อตกลงแกตต์เสียไป แต่อย่างไรก็ดีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ได้พิจารณาปัญหานี้ เนื่องจากไม่มีการเสนอนายละเอียดย่างชัดเจนว่าวัตถุประสงค์ข้อใดของข้อตกลงทั่วไปได้รับการทำให้เสียไป
2. ในคดีที่ประชาคมยุโรปร้องเรียนญี่ปุ่นเกี่ยวกับผลประโยชน์ในการเจรจาภายใต้แกตต์ซึ่งญี่ปุ่นไม่สามารถทำให้บรรลุผลได้เนื่องจากปัจจัยในเศรษฐกิจของญี่ปุ่นมีผลทำให้ระดับการนำเข้าต่ำเมื่อเทียบกับประเทศอุตสาหกรรมอื่น ๆ ในปี 1983 โดยในคดีนี้ประชาคมยุโรปไม่ได้อ้างถึงบทบัญญัติใดของแกตต์ในการร้องเรียน จึงไม่มีการพิจารณาปัญหานี้
3. ในคดีที่ ออสเตรเลีย ร้องเรียนประชาคมยุโรปในคดีการปฏิบัติในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อวัว (EEC-Operation of Beef and Veal Regime) ในปี 1984 ซึ่งออสเตรเลียอ้างว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวสร้างความเสียหายให้แก่ผลประโยชน์ของออสเตรเลียและทำให้วัตถุประสงค์ในข้อตกลงแกตต์ไม่บรรลุผล แต่อย่างไรก็ดีคดีนี้ไม่มีการดำเนินการต่อในแกตต์

⁴⁰ GATT Analytical Index , Guide to the Law and Practice, 6 Edition Geneva 1994 :p.607-608.

2.5 องค์การในกระบวนการระงับข้อพิพาทในแอกต์ 1947

มาตรา 23 กำหนดให้การกระทำใด ๆ ในกระบวนการระงับข้อพิพาทแอกต์ เป็นอำนาจและหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่แอกต์ (CONTRACTING PARTIES) เช่นการสอบสวนข้อเท็จจริง การตัดสินหรือให้คำแนะนำ รวมถึงการให้อำนาจในการตอบโต้โดยการระงับสิทธิประโยชน์หรือพันธกรณีภายใต้แอกต์ต่อประเทศภาคี ซึ่งในทางปฏิบัติของกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้ที่ประชุมใหญ่แอกต์ได้มอบหมายให้คณะมนตรี (Council) ของแอกต์ซึ่งประกอบด้วยประเทศภาคีทั้งหมดของแอกต์เป็นผู้ใช้อำนาจนี้แทนที่ประชุมใหญ่แอกต์ แต่อย่างไรก็ดีหน้าที่เกี่ยวกับสอบสวนและการให้คำตัดสินหรือคำแนะนำโดยการจัดทำรายงานนั้น คณะมนตรีจะแต่งตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวและกำหนดขอบเขตของการทำงาน (Term of Reference) ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วย โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะถูกแต่งตั้งภายใน 30 วัน และมีองค์คณะจำนวน 3 ท่าน หรืออาจเป็น 5 ท่าน ในกรณีที่ประเทศคู่พิพาทต้องการ โดยบุคคลที่จะมาเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะได้รับการคัดเลือกจากผู้แทนประจำในเจนีวา แต่ในปฏิญญารัฐมนตรีฯ ปี 1984 ได้กำหนดเพิ่มเติมให้มีการใช้บัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ได้เป็นตัวแทนของรัฐบาล (Non-Government Experts) ได้อีกด้วย รายชื่อของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาทก่อน แต่ในกรณีที่ประเทศภาคีคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันเรื่องบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ภายใน 30 วันนับตั้งแต่ได้มีการร้องขอให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว ประเทศภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้ผู้อำนวยการทั่วไปของแอกต์จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นมาได้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็นบุคคลผู้มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญตลอดจนไม่ใช่คนชาติของประเทศภาคีคู่พิพาท

2.6 การควบคุมและกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสิน

เมื่อคณะมนตรีให้การรับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว ประเทศคู่พิพาทมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสินนั้น ซึ่งกฎเกณฑ์ตามความเข้าใจ 1979 นั้นกำหนดให้ต้องมีการปฏิบัติตามคำแนะนำภายใต้มาตรา 23 วรรค 2 ในเวลาที่สมเหตุสมผลและกำหนดให้การชดเชยค่าเสียหาย (Compensation) เป็นมาตรการเพียง

ชั่วคราวเพียงเท่าที่การเพิกถอนมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลงแอกตต์ไม่สามารถทำได้ทันทีเท่านั้น และการปฏิบัติตามคำแนะนำนั้นจะได้รับการกำกับดูแลจากคณะมนตรี โดยหลังจากได้มีการรับรองรายงานแล้วคณะมนตรีจะบรรจุประเด็นเรื่องการกำกับดูแลในวาระการประชุมของคณะมนตรีจนกว่าคำแนะนำนั้นจะได้รับการปฏิบัติตาม

2.7 การให้อำนาจตอบโต้ (Retaliation)

ในกรณีที่คณะมนตรีพิจารณาว่า สถานการณ์รุนแรงเพียงพอที่จะตัดสินการกระทำนั้น (Serious Enough to Justify) ที่ประชุมใหญ่อาจจะให้อำนาจประเทศภาคีหรือประเทศคู่พิพาทในการระงับ (Suspend) สิทธิประโยชน์หรือข้อผูกพันภายใต้ข้อตกลงแอกตต์ก็ได้ นั่นก็คือการที่ประเทศภาคีได้รับอำนาจให้ทำการตอบโต้ประเทศภาคีที่ไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินหรือคำแนะนำของคณะมนตรี ซึ่งการตอบโต้นี้จะเป็วิธีทางสุดท้ายเมื่อประเทศภาคีผู้กระทำผิดไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสินของคณะมนตรีได้เท่านั้น โดยการตอบโต้จะกระทำบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ (Discrimination basis) ตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้คือ

1. การตอบโต้จะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอำนาจจากคณะมนตรีแล้วเท่านั้น ดังนั้นประเทศภาคีไม่สามารถทำการตอบโต้ฝ่ายเดียวโดยที่ยังไม่ได้รับอนุญาตจากคณะมนตรีเพื่อป้องกันไม่ให้ประเทศภาคีใช้มาตรการตอบโต้โดยไม่จำเป็น
2. การให้อำนาจในการตอบโต้จะกระทำเฉพาะเมื่อคณะมนตรีเห็นว่า สถานการณ์นั้นรุนแรงเพียงพอที่จะตัดสินให้มีการกระทำตอบโต้
3. การขยายการตอบโต้เป็นสิ่งที่ถูกจำกัด โดยการระงับการให้สิทธิประโยชน์และพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงแอกตต์จะกระทำเพียงเท่าที่เหมาะสมกับสถานการณ์เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการเพิกถอนสิทธิประโยชน์ตามมาตรา 19 และ 28 ที่เป็นการตอบโต้โดยมาตรการที่เท่าเทียมกัน⁴¹

⁴¹ Komuro , "The WTO Dispute Settlement Mechanism Coverage and Procedure of the WTO Understanding. " : 23.

ในคดีทั้งหมดของแกตต์ที่ผ่านมา นั้น มีเพียงครั้งเดียวที่คณะมนตรีให้อำนาจในการตอบโต้คือข้อพิพาทระหว่างเนเธอร์แลนด์และสหรัฐอเมริกา โดยให้อำนาจแก่เนเธอร์แลนด์ในการใช้มาตรการเลือกปฏิบัติต่อการนำเข้าแป้งสาลีจากสหรัฐอเมริกาเพื่อตอบโต้การที่สหรัฐอเมริกาจำกัดโควตา (Quota) ผลิตภัณฑนมของเนเธอร์แลนด์

ประเทศภาคีที่ได้รับการตอบโต้นี้จะขอถอนตัวออกจากการสมาชิกแกตต์ก็ได้แต่อย่างไรก็ดีไม่มีผู้วิจารณ์ว่าการตอบโต้จะไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในกรณีที่ประเทศเล็ก จะทำการตอบโต้ประเทศที่ใหญ่กว่าเนื่องจากผลกระทบของการตอบโต้จากประเทศเล็กนั้นอาจไม่มีความสำคัญเพียงพอที่ประเทศที่ใหญ่กว่านั้นจะให้ความสนใจ

2.8 การใช้ฉันทามติ (Consensus)

หลักการสำคัญของกระบวนการระงับข้อพิพาทแกตต์คือการตัดสินปัญหาข้อพิพาทจะกระทำโดยฉันทามติ (Consensus) โดยที่ประชุมใหญ่ (CONTRACTING PARTIES) ซึ่งกรณีฉันทามตินี้ไม่ได้อยู่ในความหมายของการเห็นพ้องเป็นเอกฉันท์ (Unanimity) ตามมาตรา 25.4 ของข้อตกลงแกตต์ที่ระบุว่า "นอกจากจะกำหนดเป็นอย่างอื่น คำตัดสินของที่ประชุมใหญ่จะกระทำโดยเสียงส่วนใหญ่ของการลงคะแนนเสียง" เนื่องจากประเพณีปฏิบัติของกระบวนการระงับข้อพิพาทนับตั้งแต่ปี 1950 การรับรองของคณะมนตรีจะใช้วิธีการฉันทามติ (Positive Consensus) คือการรับรองอย่างเป็นเอกฉันท์โดยไม่มีการแสดงการคัดค้านอย่างเป็นทางการจากประเทศภาคีที่เข้าประชุมคณะมนตรีในขณะที่มีการลงมติ ดังนั้นทุกประเทศจึงสามารถใช้สิทธิยับยั้ง (Veto) การรับรองรายงานได้ซึ่งรวมถึงประเทศคู่พิพาทด้วย ซึ่งวัตถุประสงค์ของการใช้ระบบฉันทามติก็คือการให้ประเทศภาคีทุกประเทศรวมถึงประเทศคู่พิพาทให้ความยินยอมในผลของการตัดสินเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการปฏิบัติตามคำแนะนำ หรือคำตัดสินตามรายงาน แต่อย่างไรก็ตามการที่ประเทศคู่พิพาทมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงแบบฉันทามติทำให้มีผู้วิจารณ์ว่าระบบนี้จะสามารถทำให้คู่พิพาทมีสิทธิตัดสินคดีของตนเองได้และอาจใช้สิทธิไม่สุจริตโดยการขัดขวางการรับรองรายงานดังกล่าว ซึ่งผลก็คือรายงานฉบับนั้นก็จะมีความเป็นเพียงข้อเสนอแนะ (Recommendation) เท่านั้น และเป็นการตัดโอกาสที่จะทำให้รายงานในการตัดสินคดีนั้นเป็นแนวทางปฏิบัติ (Precedent) ของคดีอื่นในภายหลัง

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่ากลไกการระงับข้อพิพาทแก็ตต์ตามมาตรา 23 นี้เน้นหนักไปที่การให้โอกาสในการเจรจาระหว่างคู่พิพาท โดยกำหนดว่าก่อนที่ประเทศภาคีจะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการสอบสวนโดยที่ประชุมใหญ่แล้วนั้นจะต้องมีการเปิดโอกาสให้มีการเจรจาระหว่างคู่พิพาทก่อนจึงจะสามารถนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการตามมาตรา 23 วรรค 2 ได้ โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญคือการทำให้เสียไปหรือเสียหายซึ่งผลประโยชน์ภายใต้ข้อตกลงแก็ตต์ (Nullification of or Impairment to GATT Benefit) แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดนี้ได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นแนวความคิดที่คลุมเครือและไม่ชัดเจนแม้ว่าจะมีการพัฒนาทฤษฎีการมีมูลเหตุ หรือ Prima Facie มาช่วยเยียวยาความคลุมเครือของแนวความคิดนี้ก็ตาม เนื่องจากแนวความคิดนี้เป็นการใช้หลัก Equity ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจอันเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางของกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท กล่าวคือ Prima Facie อาจถูกใช้ไปในทางที่ผิดต่อการตัดสินการกระทำของคู่พิพาทว่าเป็นการทำให้เสียไปหรือเสียหายภายใต้มาตรา 23 จากการละเมิดทางเทคนิคเพียงเล็กน้อย และผู้กระทำไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าไม่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น นอกจากนี้ตัวกระบวนการระงับข้อพิพาทเองก็ได้รับการวิจารณ์ว่าไม่มีความเข้มแข็งในการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำตัดสินและไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ซึ่งทำให้ประเทศภาคีไม่มีความเชื่อมั่นในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของแก็ตต์ และหันไปใช้การแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยการเจรจาวิภาคีแทนจึงทำให้ประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจด้อยกว่าเสียเปรียบประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเนื่องจากในปัจจุบันประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจมักมีการใช้มาตรการกีดกันทางการค้าเพื่อปกป้องตลาดภายในประเทศและเปิดตลาดการค้าต่างประเทศ ดังนั้นในบทต่อไปจะขอทำการศึกษาถึงสภาพการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันและปัญหาของการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทแก็ตต์ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่จำเป็นจะต้องได้รับการปรับปรุงให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย