

บทที่ 4

ข้อพิพาทจากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและคำตัดสินขององค์กร อุทธรณ์ในกรณีสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งจากประเทศไทย

หลังจากที่ได้มีการประกาศคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์อย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน 2542 ว่ามาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติมาตรา XI ของ GATT 1994 อันว่าด้วยเรื่องการห้ามจำกัดจำนวน และสหรัฐไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XX มาเป็นเหตุผลในการใช้มาตรการดังกล่าวได้ ซึ่งถือว่าในกรณีพิพาทนี้ฝ่ายไทยและประเทศผู้กล่าวหาเป็นฝ่ายชนะ แต่อย่างไรก็ตามองค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาถึงประเด็นข้ออ้างของสหรัฐ ตามมาตรา XX ข้อย่อย (g) ว่ามาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐ เป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ โดยเห็นว่าเต่าทะเลเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ และการบังคับให้ประเทศผู้ส่งออกกุ้งต้องติดใช้เครื่องหมาย TEDs ในเรือประมงกุ้งเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ โดยให้เหตุผลว่าการประมงกุ้งเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งในการตายของเต่าทะเล ซึ่งจากคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ก็ได้มีบทความที่วิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ทั้งจากนักวิชาการในสหรัฐที่เห็นด้วยกับคำตัดสิน¹ และนักวิชาการของประเทศผู้กล่าวหา เช่น ประเทศไทย ที่วันเกรงว่าจะเกิดการคุกคามของมาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าเพื่อคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลกต่อระบบการค้าพหุภาคีขององค์การการค้าโลกที่อาจจะเกิดขึ้นอีกในอนาคต² นอกจากนี้หน่วยงานของประเทศ

¹ Nancy L. Perkins, "WTO Appellate Body Report : United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products." International Legal Materials Vol.38 (Jan 1999) : 118-120.

ไทยที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทนี้ยังได้แสดงความเห็นต่อคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ว่าเป็นการเอาใจสหรัฐฯ และNGOsด้านสิ่งแวดล้อมมากเกินไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการกดดันในประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม³⁾

ภายหลังจากที่ได้มีคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์คดีนี้ ทางด้านรัฐบาลของสหรัฐฯเองได้ตกอยู่ในพันธะที่จะต้องแก้ไขวิธีการใช้ section 609 ให้สอดคล้องกับกฎของ GATT 1994 ตามที่องค์กรอุทธรณ์ได้เสนอแนะไว้ ซึ่งในการปรับปรุงมาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งเพื่อให้สอดคล้องกับกฎของ GATT 1994 นั้น สหรัฐฯโดยกระทรวงการต่างประเทศได้ออกประกาศร่างระเบียบเรื่องการห้ามนำเข้ากุ้ง เมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2542⁴⁾ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและความโปร่งใสในกระบวนการพิจารณาให้การรับรอง โดยให้มีการเสนอความคิดเห็นและข้อเสนอแนะไปยัง สำนักงานอนุรักษ์ทะเล (Office of Marine Conservation) กระทรวงการต่างประเทศ และได้มีการออกประกาศ 1999 Guidelines(ภาคผนวก ง.) เพื่อแก้ไข 1996 Guidelines ซึ่งก็ได้มีความแตกต่างจากร่างระเบียบฉบับลงวันที่ 25 มีนาคม การแก้ไข 1996 Guidelines มาเป็น 1999 Guidelines นั้น มีการแก้ไขในประเด็นสำคัญตามคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ 4 ประการดังนี้

² ริงส์เวิร์ค ธนะพรพันธุ์ "Environmental Unilateralism," ผู้จัดการรายวัน (22 ตุลาคม 2541): 17.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล และจิราวัลย์ ชาญฤทธิ์, "WTO VS สิ่งแวดล้อม:คดีสหรัฐฯห้ามนำเข้ากุ้งทะเลไทย," บทบัณฑิตย เล่มที่ 54 ตอน 4 (ธันวาคม 2541):191-218.

³ คณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การการค้าโลก ณ นครเจนีวา. WTOประกาศให้ไทยชนะคดีประวัติศาสตร์เรื่องกุ้งกับเต่าทะเล. ข่าวจากเวทีการค้าโลก จ.35/2541(13 ตุลาคม 2541) : 1.

⁴ Federal Register : March 25, 1999 Vol.64 No.57 page 14481-14485 Public Note 3013

1. คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ที่ว่ามาตรการในการอนุรักษ์เต่าทะเลที่จะเปรียบเทียบได้กับมาตรการในการอนุรักษ์เต่าทะเลของสหรัฐานั้นมีลักษณะไม่ยืดหยุ่น คือมีเพียงวิธีเดียวคือต้องติดเครื่องมือ TEDs ในเรือประมงกุ้งเท่านั้น⁵

ภายใต้ 1999 Guidelines นั้น ยังคงกำหนดให้การติดเครื่องมือ TEDs ในเรือประมงกุ้งเป็นมาตรการในการอนุรักษ์พันธุ์เต่าทะเลที่เทียบได้กับมาตรการในการอนุรักษ์เต่าทะเลของสหรัฐ (ซึ่งอาจจะสามารถได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่ของสหรัฐได้) แต่ได้เพิ่มเติมมาตรการในการอนุรักษ์พันธุ์เต่าทะเลอื่น ๆ ที่เทียบได้กับมาตรการในการอนุรักษ์ของสหรัฐ โดยได้กำหนดไว้ใน section II c. Review of Information ของ 1999 Guidelines ว่าเป็นหน้าที่ของประเทศผู้ส่งออกกุ้งที่จะเสนอข้อมูลให้แก่กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐให้ทบทวนว่าประเทศผู้ส่งออกนั้น ๆ มีมาตรการในการอนุรักษ์เต่าทะเลที่เทียบได้กับมาตรการดังกล่าวของสหรัฐ โดยได้กำหนดถึงข้อมูลที่จะต้องเสนอให้กระทรวงการต่างประเทศเพื่อพิจารณา คือ

⁵ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body in paras.162-163.

Para.162 "...the 1996 Guidelines specify the *only way* that a harvesting country's regulatory program can be deemed "comparable" to the United States program, and, therefore, they define the *only way* that a harvesting nation can be certified under Section 609 (b) (2) (A) and (B) . Although the 1996 Guidelines state that, in making a comparability determination, the Department of State "shall also take into account other measure the harvesting nation undertakes to protect sea turtles ,in practice, the competent government officials only look to see whether there is a regulatory program requiring the use of TEDs or one that comes within one of the extremely limited expectations available to United States shrimp trawl vessels."

Para.163 "...the effect of the application of Section 609 is to establish a rigid and unbending standard by which United States officials determine whether or not countries will be certified, thus granting or refusing other countries the right to export shrimp to the United States."

1. ข้อมูลที่ว่ากุ้งบางส่วนของตนได้มาจากวิธีการจับที่ไม่ทำอันตรายต่อเต่าทะเล
2. ข้อมูลที่ว่าประเทศผู้ส่งออกกุ้งนั้น ได้รับเอาโครงการตามที่สหรัฐฯกำหนดไว้ (Regulatory Program) ที่สามารถเทียบได้กับโครงการของสหรัฐฯแล้ว ซึ่งมีสิทธิที่จะได้รับการรับรองตาม section 609 (b) (2) (A) และ (B) ซึ่งอย่างไร คือ Regulatory Program ได้ระบุไว้ใน section III (B) (a) ของ 1999 Guidelines ว่า Regulatory Program ได้แก่

1. หากประเทศผู้ส่งออกกุ้งอ้างว่ามีการติดตั้งเครื่องมือ TEDs ในเรือประมงกุ้ง จะต้องประกอบไปด้วย

- 1.1 การติดตั้งเครื่องมือ TEDs ซึ่งต้องติดไว้ตลอดเวลาในการออกทะเล เพื่อจับกุ้ง
- 1.2 มีการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่ให้ติดตั้งเครื่องมือ TEDs ตลอดเวลาในการออกทะเลอย่างจริงจัง โดยต้องมีการตรวจสอบติดตาม (Monitoring) และมีบทลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนด้วย

2. หากประเทศผู้ส่งออกกุ้งอ้างว่ามีมาตรการหรือโครงการในการอนุรักษ์เต่าทะเลจากการทำประมงกุ้ง นอกเหนือจากการใช้เครื่องมือ TEDs ซึ่งอาจจะมีสิทธิได้รับการรับรองได้ โดยประเทศผู้ส่งออกกุ้งที่กล่าวอ้างจะต้องมีการแสดงข้อมูลที่ชัดเจนโดยต้องมีการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ที่มีระยะเวลาและขอบเขตที่เพียงพอเพื่อให้ได้ข้อมูลที่เชื่อถือได้

3. ข้อมูลที่ว่าสภาพการทำประมงของประเทศนั้น ๆ ไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อเต่าทะเล ซึ่งมีสิทธิที่จะได้รับการรับรองตาม section 609 (b) (2) (c)

โดยข้อมูล (1) - (3) นี้จะต้องมีพื้นฐานมาจาก ข้อมูลที่ชัดเจนและมีการศึกษาทางด้านวิทยาศาสตร์สนับสนุน โดยมีระยะเวลาและขอบเขตในการศึกษาที่น่าเชื่อถือ โดยต้องมีทั้งข้อมูลในเชิงพาณิชย์และในเชิงชีววิทยา (biological and commercial data) ในการศึกษาเพื่อแสดงอัตราเต่าทะเลที่ถูกจับในการทำประมงกุ้ง

2. คำตัดสินขององค์การอุทธรณ์ที่ว่ากระบวนการในการให้การรับรองไม่โปร่งใส ตามหลักในมาตรา X:3 ของ GATT 1994 และไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า ซึ่งหากได้รับการปฏิเสธการให้การรับรองก็ไม่อาจทราบก่อน หรือทำการโต้แย้งใด ๆ ได้ เนื่องจากไม่มีการบอกถึงเหตุแห่งการปฏิเสธไม่ให้การรับรองและไม่มีการแจ้งเป็นหนังสือถึงผลการพิจารณาแก่

ประเทศผู้ส่งออกโดยตรง เพียงประกาศให้ทราบใน Federal Register เท่านั้น⁶ และกระบวนการพิจารณาล้วนแล้วแต่ตกอยู่ในอำนาจการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลสหรัฐฯแต่เพียงฝ่ายเดียว⁷

ภายใต้ 1999 Guidelines ได้มีการแก้ไขในประเด็นนี้ โดยสร้างความโปร่งใสให้กับกระบวนการในการพิจารณามากขึ้น โดยเปิดโอกาสผู้ส่งออกทั้งที่ได้และยังผลการพิจารณาได้ ในกรณีที่ถูกปฏิเสธการให้รับรองจะได้รับเหตุผลในการปฏิเสธอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้จะเปิดโอกาสให้ประเทศผู้ส่งออกทั้งได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาให้การรับรองและมีการแจ้งเหตุผลแห่งการปฏิเสธให้แก่ประเทศผู้ส่งออกทั้งที่ได้รับการปฏิเสธการให้การรับรองได้ทราบ อีกทั้งมีการเพิ่มลักษณะเป็นทางการให้แก่กระบวนการพิจารณาการให้การรับรองอีกด้วย

⁶ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body in para. 183. "It is also clear to us that Article X:3 of the GATT 1994 established certain minimum standards for transparency and procedural fairness in the administration of trade regulations which, in our view, are not met here. The non-transparent and *ex parte* nature of the internal governmental procedures applied by the competent officials in the office of Marine Conservation, the Department of State, and the United States National Marine Fisheries Service throughout the certification processes under Section 609, as well as the fact that countries whose applications are denied do not receive formal notice of such denial, nor of the reasons for the denial, and the fact, too, that there is no formal legal procedure for review of, or appeal from, a denial of an application, are all contrary to the spirit, if not the letter, of Article X:3 of the GATT 1994."

⁷ para. 172. "....., the policies relating to the necessity for use of particular kinds of TEDs in various maritime areas, and the operating details of these policies, are all shaped by the Department of States, without the participation of the exporting Members. The system and processes of certification are established and administered by the United States agencies alone. The decision-making involved in the grant, denial or withdrawal of certification to the exporting Member, is, accordingly, also unilateral."

โดยมีการกำหนดตารางเวลา (timetable) นอกจากนี้ยังมีกระบวนการไว้อย่างชัดเจนและมีการส่งร่างการพิจารณา (interim decisions) ให้แก่ประเทศผู้ส่งออกด้วยโดยได้ระบุไว้ใน section III (c)

ซึ่งตามตารางเวลาดังกล่าวได้กำหนดให้ประเทศผู้ส่งออกที่ได้รับการรับรองอยู่แล้ว หรือประเทศผู้ส่งออกที่ต้องการได้รับการรับรองติดต่อผ่านทางวิธีการทูตก่อน วันที่ 1 กันยายน ของปีนั้น โดยต้องส่งข้อมูลต่าง ๆ ให้สหรัฐฯ ซึ่งได้แก่ข้อมูลที่มีลักษณะเหมือนข้อมูลในการเสนอให้ทบพจนการปฏิเสธรการให้การรับรอง (ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1)

ระหว่าง วันที่ 1 กันยายน ถึง วันที่ 1 มีนาคม กำหนดให้เจ้าหน้าที่สหรัฐฯ ตรวจสอบเก็บข้อมูล (visit) ในประเทศที่ขอการรับรองตาม section 609 (b) (2) (A) (B) โดยจะต้องมีการประชุมระหว่างเจ้าหน้าที่ของสหรัฐฯ กับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลประเทศผู้ส่งออกที่ร้องขอการรับรองจากสหรัฐฯ เพื่อสรุปผลขอการตรวจสอบเก็บข้อมูล

ก่อนวันที่ 15 มีนาคม : กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐฯ จะได้มีการออกหนังสือแจ้ง (notify) ให้รัฐบาลผู้ส่งออกแต่ละประเทศทราบถึงผลการพิจารณา โดยผ่านทางวิธีการทางการทูตว่าจากข้อมูลที่ได้รับมาและที่ได้มาระหว่างการตรวจสอบเก็บข้อมูลนั้น ไม่สามารถที่จะให้การรับรองแก่ประเทศนั้น ๆ ได้ โดยในหนังสือแจ้งจะมีการระบุถึงเหตุผลอย่างละเอียด พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงเพื่อให้ได้รับการรับรอง โดยกำหนดให้ส่งข้อมูลเพิ่มเติมได้ภายในวันที่ 1 เมษายน ซึ่งหากรัฐบาลของประเทศผู้ส่งออกประเทศใดต้องการที่จะพบหรือประชุมกับเจ้าหน้าที่ของสหรัฐฯ เฉพาะ 2 ฝ่าย (face to face meeting) เพื่อโต้แย้งผลการพิจารณา (discuss the situation) ก็สามารถร้องขอได้

ระหว่างวันที่ 15 มีนาคม ถึง วันที่ 1 พฤษภาคม กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐฯ จะทำการพิจารณาข้อมูลต่าง ๆ อีกครั้งเพื่อตัดสินใจครั้งสุดท้ายในการให้การรับรอง

ก่อนวันที่ 1 พฤษภาคม ของทุกปี กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐฯ จะตัดสินใจอย่างเป็นทางการว่าจะให้การรับรองหรือไม่โดยทุกประเทศจะได้รับการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงการตัดสินใจดังกล่าวโดยผ่านทางวิธีการทางการทูตและในกรณีนี้ประเทศผู้ส่งออก

ประเทศใดถูกปฏิเสธการให้การรับรองก็จะมีผลแสดงเหตุผลของการปฏิเสธและกระบวนการที่จำเป็นต้องปรับปรุงเพื่อให้ได้รับการรับรองในอนาคตได้ด้วย

หากประเทศผู้ส่งออกกุ้งรายใดได้ถูกปฏิเสธการให้การรับรองสามารถส่งข้อมูลเพื่อให้กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐฯพิจารณาทบทวนคำตัดสินได้และเมื่อได้รับข้อมูลดังกล่าวแล้วจะมีการส่งเจ้าหน้าที่ของสหรัฐฯไปตรวจสอบเก็บข้อมูล (visit) ซึ่งหากผลจากการตรวจสอบดังกล่าวเห็นว่าประเทศผู้ส่งออกกุ้งรายนั้นควรได้รับการรับรอง รัฐบาลสหรัฐฯก็จะให้การรับรองโดยทันที

โดยในการพิจารณาทบทวนตามข้อมูลที่ประเทศผู้ส่งออกส่งมานั้นเป็นหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศในการทบทวนและตัดสินใจ โดยปรึกษากับ NMFS เมื่อได้พิจารณาแล้วจะได้ส่งผลการพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่ประเทศผู้ส่งออกภายใน 120 วันนับจากวันที่ได้รับข้อมูลต่าง ๆ

ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าใน 1999 Guidelines นั้นมีการเพิ่มความโปร่งใสและให้ประเทศผู้ส่งออกกุ้งที่ร้องขอรับการรับรองให้ได้มีโอกาสมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาการให้การรับรองของสหรัฐฯมากขึ้น

3. คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ที่ว่าความแตกต่างในเรื่องระยะเวลาในการปรับปรับ ระหว่าง 14 ประเทศในแถบทะเลคาริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตกกับประเทศผู้กล่าวหาและประเด็นที่ว่าก่อนที่จะมีการใช้มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งอันเป็นมาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าตาม section 609 นั้น สหรัฐฯมิได้มีการพยายามที่ตกลงในระดับพหุภาคีกับรัฐบาลของประเทศผู้กล่าวหา แต่กลับมีความพยายามอย่างจริงจังในการจัดทำข้อตกลงกับบางประเทศ (ซึ่งได้แก่อนุสัญญา Inter-American convention) อันแสดงให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติ⁸

⁸ para. 172. "Clearly, the United States negotiated seriously with some, but not with other Members (including the appellés), that export shrimp to the United States. The effect is plainly discriminatory and, in our view, unjustifiable. The unjustifiable nature of this discrimination emerges clearly when we consider the cumulative effects

ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวเป็นมาตรการที่แสดงให้เห็นว่ามีวิธีการอื่นที่สามารถคุ้มครองเต่าทะเลได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้า⁹

ในประเด็นนี้สหรัฐฯได้กล่าวถึงไว้ในร่าง 1999 Guidelines ว่าเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2541 (1998) ได้มีการพยายามที่จะติดต่อกับตัวแทนในระดับสูงของสถานทูตของประเทศผู้กล่าวหาแล้ว ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความตกลงในการอนุรักษ์เต่าทะเลซึ่งเป็นเวลาก่อนที่จะได้มีการรับรอง(adooption)คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์และในการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือ TEDs นั้น หากมีการร้องขอจากประเทศผู้ส่งออกกุ้งเพื่อที่จะให้มีการฝึกหัด (training) ให้ก็จะดำเนินการตามคำร้องขอ นั้น ๆ

4. คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ที่ว่าในบางกรณีเรือประมงที่ติดเครื่องมือ TEDs ก็ไม่สามารถที่จะส่งออกไปยังสหรัฐฯได้ หากไม่ได้รับการรับรองจากสหรัฐฯ¹⁰

of the failure of the United States to pursue negotiations for establishing consensual means of protection and conservation of the living marine resources have involved, notwithstanding the explicit statutory direction in Section 609 itself to initiate negotiations as soon as possible for the development of bilateral and multilateral agreements."

⁹ para. 171. "The Inter-American Convention thus provides demonstration that an alternative course of action was reasonably open to the United States for securing the legitimate policy goal of its measure, a course of action other than the unilateral and non-consensual procedures of the import prohibition under Section 609."

¹⁰ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body in para. 165 "...the United States did not permit imports of Shrimp harvested by commercial shrimp trawl vessels using TEDs comparable in effectiveness to those required in the United States if those shrimp originated in waters of countries not certified under Section 609. In other words, *shrimp caught using methods identical to those employed in the United States have been excluded from the United States market solely because they have been caught in waters of countries that have not been certified by the United States.*"

สหรัฐฯได้กล่าวไว้ในร่าง 1999 Guidelines ว่า เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2541 (1998) ได้มีการประกาศใช้ 1998 Guidelines ซึ่งมีผลทำให้กึ่งที่ส่งออกมาจากประเทศที่มีการติดเครื่องมือ TEDs ในเรือประมง สามารถที่จะส่งออกกึ่งมายังประเทศสหรัฐฯได้ (shipment by shipment embargo approach) แม้จะไม่ได้รับการรับรองก็ตาม

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึง 1999 Guidelines ที่ได้รับการปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับกฎของ GATT 1994 ตามที่องค์การอุทธรณ์ได้แนะนำไว้แล้วจะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงจาก 1996 Guidelines ไปดังนี้

1. มีการเพิ่มความโปร่งใสมากขึ้น โดยตลอดกระบวนการพิจารณาให้การรับรองจะมีตารางเวลากำหนดขั้นตอนให้ประเทศผู้ส่งออกกึ่งได้ทราบโดยตลอดว่ากระทรวงการต่างประเทศและเจ้าหน้าที่ของสหรัฐฯกำลังดำเนินการถึงขั้นตอนไหน

2. ประเทศผู้ส่งออกกึ่งมีส่วนร่วมในการพิจารณามากขึ้น โดยสามารถที่จะยื่นเอกสารเพิ่มเติมได้ในกรณีที่ได้รับการแจ้งว่าอาจจะถูกปฏิเสธการให้การรับรอง ซึ่งประเทศผู้ส่งออกกึ่งยังมีสิทธิที่จะส่งเอกสารเพิ่มเติมให้แก่กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐฯเพื่อการทบทวนข้อมูลและพิจารณาอีกครั้ง

3. เพิ่มความเป็นทางการให้แก่กระบวนการในการพิจารณามากขึ้น จากเดิมตาม 1996 Guidelines การประกาศว่าประเทศผู้ส่งออกกึ่งรายใดจะได้รับหรือถูกปฏิเสธการให้การรับรอง จะไม่มีการส่งหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษรให้ทราบแต่อย่างใด แต่ใน 1999 Guidelines ทุกขั้นตอนของกระบวนการจะมีการส่งหนังสือแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้ประเทศผู้ส่งออกกึ่งทราบโดยผ่านวิธีการทางการทูต

4. มีการเพิ่มมาตรการในการอนุรักษ์เต่าทะเลที่สามารถเทียบได้กับมาตรการในการอนุรักษ์เต่าทะเลของสหรัฐฯมากขึ้น นอกเหนือจากการติดตั้งเครื่องมือ TEDs ในเรือประมงกึ่งตามที่ได้เคยกำหนดไว้ใน 1996 Guidelines โดยให้โอกาสประเทศผู้ส่งออกกึ่งในการส่งข้อมูลที่ สามารถพิสูจน์ได้ว่าวิธีการจับกึ่งของตนไม่ทำอันตรายต่อเต่าทะเล

แต่ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าแม้ว่ารัฐบาลสหรัฐฯได้พยายามที่จะปรับเปลี่ยนวิธีการใช้เพื่อให้สอดคล้องตามคำแนะนำขององค์การอุทธรณ์แล้วก็ตาม ซึ่งหากพิจารณาเพียงผิวเผินก็ถือว่าสอดคล้องกับคำแนะนำขององค์การอุทธรณ์ แต่ประเทศไทยและประเทศผู้ส่งออกกึ่งก็ยังคงต้องรับภาระที่หนักเกินสมควร ในการจัดหาข้อมูลที่ส่วนใหญ่แล้วสหรัฐฯจะกำหนดให้เป็นข้อมูล

ที่ได้มาจากการศึกษาทางด้านวิทยาศาสตร์และกำหนดไว้ให้ต้องมีระยะเวลาและขอบเขตที่เพียงพอ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือของข้อมูล ซึ่งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาอาจปฏิเสธข้อมูลของประเทศผู้ส่งออกทั้งโดยสาเหตุมาจากความไม่น่าเชื่อถือของข้อมูลได้เสมอ นอกจากนี้ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องทำใจยอมรับว่าการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีของตนยังอยู่ในระดับที่แตกต่างจากประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างสหรัฐฯ ดังนั้นความสามารถในการศึกษาในเชิงวิทยาศาสตร์ที่สหรัฐฯได้กำหนดไว้ จะทำให้ประเทศผู้ส่งออกซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาต้องมีการหนักกว่าปกติ เนื่องจากเจตนาที่แท้จริงในการเสนอข้อพิพาทนี้ต่อองค์การการค้าโลกของประเทศผู้กล่าวหา ก็คือมีความต้องการให้สหรัฐฯยกเลิก section 609 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งจากประเทศต่าง ๆ มากกว่า¹¹

จากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและขององค์การอุทธรณ์ในกรณีสหรัฐฯห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งจากประเทศไทย ผู้เขียนขอแยกพิจารณาและมีความเห็นดังต่อไปนี้

1. ประเด็นมาตรา XI ตามที่มาตรา XI ของ GATT 1994 ได้บัญญัติห้ามประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทั้งปวงมิให้จำกัดจำนวนการนำเข้า หรือ ส่งออกสินค้าโดยวิธีการอื่นใดเว้นแต่การใช้มาตรการทางด้านอากร ภาษี หรือค่าภาระอื่น ๆ

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐฯแล้ว เห็นได้ว่าเป็นมาตรการที่มีพื้นฐานมาจากนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมที่แตกต่างกัน เพราะการห้ามนำเข้าของสหรัฐฯนั้นมีเหตุผลมาจากการไม่ได้รับอนุญาต (การรับรอง) จากสหรัฐฯ ซึ่งสหรัฐฯจะอนุญาตให้นำเข้าของสหรัฐฯจะมีได้เฉพาะเมื่อได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่ของสหรัฐฯเท่านั้น โดยการพิจารณาจะให้การรับรองต่อประเทศผู้ส่งออกหรือไม่ ขึ้นอยู่กับวิธีการในการอนุรักษ์

¹¹ คณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การการค้าโลก ณ นครเจนีวา. ประเทศผู้ร่วมฟ้องคดี กุ้งใน WTO จี้สหรัฐฯให้ร่างมาตรการใหม่ให้สอดคล้องกับคำตัดสิน. ข่าวจากเวทีการค้าโลก ฉ.13/2542(30 เมษายน 2542) : 1.

แต่ทะเลตามที่สหรัฐกำหนดขึ้นเท่านั้น ดังนั้นการห้ามนำเข้าที่ได้มีลักษณะเป็นอากร ภาษี หรือค่าภาระอื่น ๆ จึงเป็นการขัดต่อมาตรา XI ของ GATT 1994

ดังนั้นเมื่อมีคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท¹² ที่ได้ตัดสินว่ามาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐขัดต่อมาตรา XI ของ GATT 1994 ซึ่งก็เป็นไปตามแนวคำตัดสินที่ผ่าน ๆ มาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอื่น ๆ เช่น ในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991¹³ ที่ตัดสินว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่า

¹² United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel in paras. 7.16.

para. 7.16 “Thus, Section 609 expressly requires the imposition of an import ban on imports from non-certified countries. We further note that in its judgement of December 1995, the CIT directed the US Department of State to prohibit, no later than 1 May 1996, the importation of shrimp or products of shrimp wherever harvested in the wild with commercial fishing technology which may affect adversely those species of sea turtles the conservation of which is the subject of regulation of the Secretary of Commerce. Furthermore, the CIT ruled that the US Administration has to apply the import ban, *including to TED-caught shrimp*, as long as the country concerned has not been certified. In other words, the United States bans imports of shrimp or shrimp products from any country not meeting certain policy conditions. We finally note that previous panels have considered similar measures restricting imports to be “prohibitions or restrictions” on the importation of shrimp within the meaning of Article XI:1 of GATT 1994. Even if one were to consider that the United States has not admitted that it imposes an import prohibition or restriction within the meaning of Article XI:1, we find that the wording of Section 609 and the interpretation made of it by the CIT are sufficient evidence that the United States imposes a “prohibition or restriction” within the meaning of Article XI:1. We therefore find that Section 609 violates Article XI:1 of GATT 1994.”

¹³ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 in para. 5.18 “ The Panel therefore found that the direct import prohibition on certain yellowfin tuna and

จากประเทศเม็กซิโกภายใต้กฎหมาย MMPA ของสหรัฐเป็นมาตรการที่ขัดต่อมาตรา XI ของ GATT และ ในคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994¹⁴ สหรัฐฯจึงไม่ได้ถูกลงโทษ ในประเด็นนี้

จึงสามารถสรุปได้ว่ามาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากการมีนโยบายในเรื่องการอนุรักษ์และคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่แตกต่างกันเป็นการขัดต่อมาตรา XI ของ GATT 1994

แต่ประเด็นปัญหาที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างการค้าเสรีกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมไม่ได้อยู่ที่ว่ามาตรการห้ามนำเข้าสินค้าโดยมีข้ออ้างในเรื่องการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมขัดหรือสอดคล้องกับกฎของ GATT 1994 แต่อยู่ที่การกล่าวอ้างของประเทศผู้กำหนดมาตรการห้ามนำเข้าว่ามาตรการของตนมีความชอบธรรมตามมาตรา XX (b) หรือ (g) อันเป็นข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับเรื่องการอนุรักษ์และคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือไม่ต่างหาก (ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป)

2. กระบวนการในการตีความของมาตรา XX จากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งใช้การพิจารณามาตรา XX ในลักษณะ Chapeau down คือพิจารณาจากเงื่อนไขของมาตรา XX Chapeau ก่อน (ซึ่งคือมาตรการห้ามนำเข้ากึ่งและผลิตภัณฑ์จากกึ่งของสหรัฐฯจะต้องเป็นการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุอันควรหรือเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือมาตรการนั้นต้องไม่การกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง) หากเป็นไปตามเงื่อนไข

certain yellowfin tuna products from Mexico and the Provisions of the MMPA under which it is impose were inconsistent with Article XI:1"

¹⁴ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 in para. 5.10 "The Panel noted that the embargoes imposed by the United States were "prohibitions and restrictions" in the term of Article XI ,since they baned the import of tuna or tuna products form any country not meeting certain policy conditions.They were not "duties , taxes or other charges". The Panel therefore concluded that the measures were inconsistent with Article XI:1"

ไซของ chapeau แล้ว จึงจะไปพิจารณาถึงเงื่อนไขในข้อย่อย (g) และ (b) นั้น ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์และโจมตีอย่างมากจากนักวิชาการในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าเป็นการปิดโอกาสในการยกข้ออ้างตามมาตรา XX (b) และ (g) ขึ้นพิสูจน์ถึงความชอบธรรมในการใช้มาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ได้กำหนดขึ้นและยังมีการวิจารณ์กันว่าไม่เคยมีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์การอุทธรณ์ในคดีใดใช้ขั้นตอนการตีความในลักษณะนี้มาก่อน

ดังนั้นหากพิจารณาถึงหลักในการตีความตัวบทในอนุสัญญาตามหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาว่าด้วยสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaty) แล้ว มิได้มีการกำหนดไว้ว่าจะต้องพิจารณาไปตามขั้นตอนอย่างไร คือไม่ได้กำหนดว่าจะต้องพิจารณาจากเงื่อนไขตามบทนำหรือข้อย่อยซึ่งเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง (most pertinent) นั้น ๆ ก่อน ซึ่งเมื่อมิได้มีการบัญญัติห้ามไว้ การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการของการตีความตามกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสนธิสัญญาแต่อย่างใด แต่หากพิจารณาในแง่ตรรกะ (logic) และแนวทางปฏิบัติ (norm) ของการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ของ GATT หรือขององค์การการค้าโลกเท่าที่ผ่านมาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาจากข้อย่อย (b) หรือ (g) ก่อนน่าจะเหมาะสมกว่า เนื่องจากถือว่าเป็นข้อกฎหมายที่ตรงกับเรื่องมากกว่า

ซึ่งในชั้นพิจารณาขององค์การอุทธรณ์นั้น องค์การอุทธรณ์ได้ใช้วิธีการตีความจากเงื่อนไขตามมาตรา XX ข้อย่อย (g) ก่อนแล้วจึงพิจารณาเงื่อนไขตาม chapeau ของมาตรา XX

3. การตีความของมาตรา XX chapeau ในประเด็นนี้ ในการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีความเห็นว่ามาตรา XX chapeau มีความคลุมเครือและเท่าที่ผ่านมาไม่เคยได้รับการตีความไว้อย่างชัดเจนเลย¹⁵

¹⁵ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel in para. 7.34 ".....the text of the chapeau of Article XX is not without ambiguity. The word "unjustifiable" has never actually been subject to any precise interpretations."

ดังนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงได้ใช้อำนาจตามมาตรา 3.2 ของ DSU และใช้วิธีการตีความตามมาตรา 31 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยสนธิสัญญา โดยพิจารณากำหนดให้ตีความมาตรา XX chapeau จากบริบท อารัมभ และภาคผนวก ประกอบกับพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกด้วย นอกเหนือไปจากการพิจารณาถึงตัวบทมาตรา XX chapeau และวัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของมาตรา XX chapeau¹⁶ แล้ว

¹⁶ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel in paras. 7.27,7.35.

para. 7.27. " pursuant to Article 3.2of the DSU and in accordance with Appellate Body decisions, we should, when trying to clarify the scope of article XX, have recourse to customary rules of interpretation of public international law. We note that Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (hereafter the "Vienna convention") provides that:

"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and the light of its object and purpose".

Therefore, in order to determine the scope of Article XX , it is necessary to consider not only the terms in their ordinary meaning, but also their context and the object and purpose of GATT 1994 and the WTO Agreement itself."

Para.7.35. Turning to examination of the context of the terms and the object and purpose of the WTO Agreement, we note that the notion of "context", on the one hand, and of "object and purpose", on the other hand, are intimately linked. Indeed, Article 31 (2) of the Vienna Convention provides that the context for the propose of treaty interpretaion comprises the text of the agreement, including its preamble and annexes. By the same token, determining the object and purpose of an agreement implies an examination of the text of the agreement and of its preamble. Consequently, we consider that the context of the chapeau of Article XX cannot be distinguished from that of Article XX as a whole. Furthermore, as the WTO Agreement

อย่างยั่งยืน การใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้เกิดประโยชน์สูงสุด (optimal use) และการอนุรักษ์ และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม²⁵ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าอารัมภบทของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก จะเข้ามามีผลต่อการตีความมาตราต่าง ๆ ของคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาท และองค์การ จุฬารัตน์มากขึ้น.

นอกจากนี้องค์การจุฬารัตน์ได้กล่าวถึงการตีความมาตรา XX chapeau ของตนไว้ว่า เป็นการตีความในลักษณะเพื่อก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของประเทศสมาชิกในการใช้ช้อยก เว้นตามมาตรา XX กับพันธกรณีของประเทศสมาชิกที่มีภายใต้กฎของ GATT 1994 อันเป็นการ สอดคล้องกับอารัมภบทของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกซึ่งพยายามให้เกิดความสมดุลย์ ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม

อาจสรุปได้ว่าในกรณีพิพาทนี้องค์การจุฬารัตน์ได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้ 2 ประการ คือ

1.มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐฯเป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติ โดยปราศจากเหตุอันควร โดยองค์การจุฬารัตน์ได้ให้เหตุผลว่า

ก.มาตรการห้ามนำเข้าของสหรัฐฯภายใต้ section 609 ประกอบกับวิธีการใช้ตาม 1996 Guidelines เป็นการบังคับให้ประเทศอื่น ๆ ติดตั้งเครื่องมือ TEDs โดยมีได้คำนึงถึงมาตรการ ในการอนุรักษ์เต่าทะเลที่ประเทศต่าง ๆ ได้ดำเนินการอยู่แล้ว ซึ่งองค์การจุฬารัตน์ได้กล่าวไว้

²⁵ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body in para. 154. “ We note once more that this language demonstrates a recognition by WTO negotiators that optimal use of the world’s resources should be made in accordance with the objective of sustainable development. As this preambular language reflects the intentions of negotiators of the *WTO Agreement* , we believe it must add colour, texture and shading to our interpretation of the agreements annexed to the *WTO Agreement*, in this case, the GATT 1994. We have already observed that Article XX (g) of the GATT 1994 is appropriately read with the perspective embodied in the above preamble.”

อย่างชัดเจนว่ามาตรการในลักษณะนี้ไม่สามารถยอมรับได้ภายใต้ความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ โดยการบังคับให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกอื่นยอมรับเอามาตรการของประเทศตนโดยไม่คำนึงถึงสภาพที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ไม่สามารถทำได้ แม้ว่าวัตถุประสงค์ของมาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าดังกล่าวจะเป็นไปเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมก็ตาม²⁶

ข. การอนุรักษ์เต่าทะเลซึ่งเป็นสัตว์ชนิดพันธุ์ที่มีการย้ายถิ่นไกลนั้นควรใช้ความร่วมมือระดับระหว่างประเทศมากกว่าการใช้มาตรการห้ามนำเข้าสินค้าอันเป็นการสอดคล้องกับหลักการตามข้อตกลงและคำแถลงการณ์ระหว่างประเทศ เช่น มาตรา 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หรือ principle 12 ใน Rio declaration และรายงานของ CTE ซึ่งองค์การทูตธรรม์เห็นว่าเป็นทางเลือกอีกทางหนึ่งที่สหรัฐสามารถนำมาใช้ได้²⁷

²⁶ para.163. "The actual application of the measure, through the implementation of the 1996 Guidelines and the regulatory practice of administrators, requires other WTO Members to adopt a regulatory program that is not merely *comparable*, but rather *essentially the same*, as that applied to the United States shrimp trawl vessels. Thus, the effect of the application of Section 609 is to establish a rigid and unbending standard by which United States officials determine whether or not countries will be certified, thus granting or refusing other countries the right to export shrimp to the United States. Other specific policies and measures that an exporting country may have adopted for the protection and conservation of sea turtles are not taken into account, in practice, by the administrators making the comparability determination."

²⁷ para. 168. "...the protection and conservation of highly migratory species of sea turtles, that is, the very policy objective of the measure, demands concerted and cooperative efforts on the part of the many countries whose waters are traversed in the course of recurrent sea turtle migrations. The need for, and the appropriateness of, such efforts have been recognized in the WTO itself as well as in a significant number of other international instruments and declarations. As stated earlier, the Decision on Trade and Environment, which provided for the establishment of the CTE and set out

นอกจากนี้ยังเห็นว่าความตกลงระหว่างประเทศคือ Inter-American Convention ก็ยังเป็นอีกทางเลือกที่สหรัฐฯสามารถเลือกใช้ได้²⁸

ดังนั้นการที่สหรัฐฯได้พยายามหาความร่วมมือภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวกับบางประเทศเท่านั้น แต่กับประเทศผู้กล่าวหาไม่มีการดำเนินการเช่นว่านั้น องค์การจตุรภพจึงเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อประเทศต่าง ๆ อย่างไม่มีเหตุอันควร

ค.สหรัฐฯใช้มาตรการห้ามนำเข้าโดยไม่คำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นต่อประเทศที่ถูกบังคับใช้ section 609 ภายหลังจากที่มีระยะเวลาปรับตัวเพียง 3-4 เดือน แต่บางกลุ่มประเทศมีระยะเวลาปรับตัวถึง 3 ปี ซึ่งองค์การจตุรภพเห็นว่าความแตกต่างกันในระยะเวลาการปรับตัวเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่มีเหตุอันควร²⁹

its terms of reference, refers to both the Rio Declaration on Environment and Development and Agenda 21. Of particular relevance 12 of the Rio Declaration on Environment and Development,....."

²⁸ paras. 169." The Inter-American Convention provides that each party shall take "appropriate and necessary measures" for the protection, conservation and recovery of sea turtle populations and their habitats within such party's land territory and in maritime areas with respect to which it exercises sovereign rights or jurisdiction."

para.171."The Inter-American Convention thus provides convincing demonstration that an alternative course of action was reasonably open to the United States for securing the legitimate policy goal of its measure, a course of action other than the unilateral and non-consensual procedures of the import prohibition under Section 609."

²⁹ para. 174. "The length of the "phase-in" period is not inconsequential for exporting countries desiring certification. That period relates directly to the onerousness of the burdens of complying with the requisites of certification and the

2.มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐเป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจโดยองค์การทศวรรษให้เหตุผลว่า มาตรการห้ามนำเข้าของสหรัฐที่บังคับให้ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ขององค์การการค้าโลกต้องยอมรับเอามาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์เต่าทะเลที่เหมือนของตน โดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมของสภาพที่แตกต่างกันของประเทศต่าง ๆ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ³⁰

practical feasibility of locating and developing alternative export market for shrimp. The shorter that period, the heavier the burdens of compliance, particularly where an applicant has a large number of trawer vessels, and the greater the difficulties of re-orienting the harvesting country's shrimp exports. The shorter that period, in net effect, the heavier the influence of the import ban. The United States sought to explain the marked difference between "phase-in" periods granted to the fourteen wider Caribbean/Western Atlantic countries and those allowed the rest of the shrimp exporting countries. The United States asserted that the longer time-period was justified by the then undeveloped character of TED technology, while the shorter period was later made possible by the improvements in that technology. This explanation is less than persuasive, for it does not address the administrative and financial costs and the difficulties of governments in putting together and enacting the necessary regulatory programs and "credible enforcement effort", and in implementing the compulsory use of TEDs on hundreds, if not thousands, of shrimp trawl vessels."

³⁰ para. 177. "When the foregoing difference in the means of application of Section 609 to various shrimp exporting countries are considered in their cumulative effect, we find, and so hold, that those differences in treatment constitute "unjustifiable discrimination" between exporting countries desiring certification in order to gain access to the United States shrimp market within the meaning of the chapeau of Article XX."

ซึ่งจากคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ทั้ง 2 ประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าองค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาโดยเน้นไปที่วิธีการใช้มาตรการ (Manner of Application) ซึ่งแตกต่างกับการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่พิจารณาถึงลักษณะของมาตรการ (Type of Measure) แต่ไม่ว่าจะพิจารณาอย่างไรก็ได้ข้อสรุปเดียวกันคือมาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของสหรัฐฯ ไม่อยู่ในขอบเขตเงื่อนไขของข้อยกเว้นตามมาตรา XX chapeau และเป็นมาตรการที่ขัดต่อมาตรา XI ของ GATT 1994

จากคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์สามารถสรุปได้ดังนี้

1. องค์กรอุทธรณ์มีคำตัดสินที่ยืนยันว่า การพิจารณาว่ามาตรการที่นำมาใช้ แม้จะอยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้น g แต่ยังคงต้องได้รับการพิจารณาว่าเข้าตามเงื่อนไขของมาตรา XX chapeau หรือไม่ หากเป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการของมาตรา XX chapeau ประเทศสมาชิกจึงจะสามารถใช้มาตรการห้ามนำเข้าดังกล่าวได้

2. องค์กรอุทธรณ์มีความเห็นว่าการจัดการและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ใกล้สูญพันธุ์ เช่น เต่าทะเลควรถ้าดำเนินการในรูปแบบของการตกลงพหุภาคี (ซึ่งในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีกรกล่าวถึงในประเด็นนี้เช่นกัน) ซึ่งองค์กรอุทธรณ์เห็นว่าเป็นวิธีทางที่สอดคล้องกับวิธีการในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ยั่งยืนไกลตามอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญ ๆ และคำแถลงการณ์ระดับระหว่างประเทศด้วย อีกทั้งเป็นหนทางที่หลีกเลี่ยงการใช้มาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้และยังเป็นไปตามแนวโน้มของวิธีการคุ้มครองและอนุรักษ์ทรัพยากรร่วมของโลกอีกด้วย

3. องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าการที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกประเทศใดประเทศหนึ่งจะใช้มาตรการห้ามนำเข้าสินค้าเพื่อบังคับให้ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ต้องยอมรับและปฏิบัติตามมาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติของตน โดยไม่คำนึงถึงมาตรการในการอนุรักษ์ของประเทศอื่น ๆ ที่มีอยู่แล้ว หรือไม่คำนึงถึงสภาพที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ขององค์การการค้าโลกเป็นมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันควรไม่สามารถยกข้อยกเว้นตามมาตรา XX ขึ้นสนับสนุนมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าของตนได้และการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่ไม่สามารถยอมรับได้ภายใต้ความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งนอกจากองค์กรอุทธรณ์จะเห็นว่ามาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่มีลักษณะเช่น

ที่กล่าวมาจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันควรแล้วยังเห็นว่าเป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปก็คือประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกประเทศใดประเทศหนึ่งไม่สามารถบังคับให้ประเทศอื่นๆต้องมีมาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติเหมือนตน โดยใช้มาตรการห้ามนำเข้าสินค้าเพื่อบังคับให้ประเทศอื่นให้ยอมรับเอามาตรการหรือนโยบายที่เหมือนตนมาใช้ในประเทศนั้น ๆ โดยไม่ได้พิจารณาถึงมาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติของประเทศนั้น ๆ ที่มีอยู่แล้ว หรือไม่พิจารณาถึงสภาพที่แตกต่างกันระหว่างประเทศตนกับประเทศอื่น ๆ นอกจากนี้ แนวทางในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่มีการย้ายถิ่นไกลควรใช้มาตรการในการอนุรักษ์ผ่านทางความร่วมมือในลักษณะพหุภาคี

4. การตีความของมาตรา XX (g) เนื่องจากในการพิจารณาตัดสินกรณีพิพาทเรื่องนี้อยู่ถึงว่าเป็นครั้งแรกที่มีการตัดสินว่ามาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่มีพื้นฐานอยู่บนความแตกต่างในกระบวนการผลิตอยู่ในหลักเกณฑ์ของมาตรา XX (g) และถือเป็นความสำเร็จครั้งสำคัญขององค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมของสหรัฐฯ และรัฐบาลสหรัฐฯเองก็พอใจในผลของคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดีนี้ เพราะเสมือนว่าภายใต้ระบบการค้าพหุภาคีขององค์การการค้าโลกได้ มีการยอมรับให้มีการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าเพื่อคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลกได้

ทางด้านประเทศไทยและประเทศที่เป็นผู้กล่าวหาว่านั่น แม้ว่าตามผลคดีจะชนะก็ตามแต่ก็ไม่พอใจต่อคำตัดสินในประเด็นนี้นักเพราะในประเด็นการตีความมาตรา XX (g) ขององค์กรอุทธรณ์ได้มีการพัฒนาไปในทางที่ผ่อนคลายนั่นหลาย ๆ ประการซึ่งแต่เดิมการพิจารณาตีความมาตรา XX ทั้ง (b) และ (g) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะตีความอย่างแคบตามหลักการตีความบทกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงเป็นประเด็น ๆ ดังต่อไปนี้

4.1. ทรัพยากรที่อาจสูญสิ้นได้ ตามมาตรา XX (g) ได้มีการวางเงื่อนไขประการหนึ่งว่ามาตรการที่นำมาใช้จะต้องเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรที่อาจสูญสิ้นได้ ซึ่งแนวการ

ตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมา คำว่า "ทรัพยากรที่อาจสูญสิ้นได้" ได้มีการตีความว่าอาจเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสิ่งมีชีวิตก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติประเภทที่ใช้แล้วหมดไปเท่านั้น

เช่น คดี Canada-Measures Affecting Exports of unprocessed Herring and Salmon 1988ที่มีการตีความว่าฝูงปลาแซลมอนและฝูงปลาเฮอริง ถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไปได้³¹

คดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 ที่มีการตีความว่า ฝูงปลาโลมาเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้³²

และในรายงานคำตัดสินขององค์การอุทธรณ์ในคดี United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline ที่ตีความว่า "Clean Air" สามารถเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไปได้³³

³¹ Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon in para. 4.4 “..The Panel agreed with the parties that Salmon and herring stocks are “exhaustible natural resources” and the harvest limitations “restriction on domestic production” within the meaning of Article XX (g)”

³² United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 in para. 5.13 “....nothing that dolphin stocks could potentially be exhausted ,and that the basis of a policy to conserve them did not depend on whether at present their stocks were depleted ,accepted that a policy to conserve dolphins was a policy to conserve an exhaustible natural resource.”

³³ United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline , panel report in para. 6.37 “In the view of the panel ,clean air was a resource (it had value) and it was natural. It could be depleted. The fact that the depleted resource was defined with respect to its qualities was not ,for the panel ,decisive. Likewise, the fact that a resource was renewable could not be an objection. A past panel had accepted that renewable stocks of salmon could constitute an exhaustible natural

แม้ว่าจะมีการตีความคำว่าทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสิ่งมีชีวิตหรือที่มิได้เป็นทรัพยากรธรรมชาติประเภทใช้แล้วหมดไปจะเป็นทรัพยากรที่อาจสูญสิ้นไปได้ แต่ยังไม่เคยมีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์การทูลธรณีไต่ที่ตัดสินไว้ชัดเจนว่าทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสิ่งมีชีวิตจะถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไปได้ องค์การทูลธรณีไต่นี้ได้กล่าวอธิบายอย่างละเอียดว่าในการตีความคำว่า “ทรัพยากรที่อาจสูญสิ้นไปได้” นั้นควรได้รับการตีความในลักษณะร่วมสมัย (contemporary)³⁴ ซึ่งเป็นไปได้สูงว่าในอนาคตจะมีการตีความถ้อยคำนี้ตามความหมายที่ได้เคยถูกตีความไว้ในคดีนี้

การตีความในลักษณะที่องค์การทูลธรณีไต่นี้ได้อธิบายว่าเป็นการตีความในลักษณะร่วมสมัยนั้นเป็นการตีความในลักษณะขยายความซึ่งภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศไม่พึงกระทำต่อการตีความบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่ากรณีที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติประเภทที่เป็นสิ่งมีชีวิตนั้นมีมาตรา XX (b) ที่กำหนดครอบคลุมไว้แล้วและมีการใช้โดยคำที่ชัดเจนกว่า ดังนั้นการคุ้มครองอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติประเภทที่เป็นสิ่งมีชีวิต ควรจะเป็นกรณีข้อยกเว้นตามมาตรา XX (b) มากกว่า³⁵ ดังนั้นอาจเป็นไปได้ว่าในอนาคตอาจมีการหลีกเลี่ยง การอ้างข้อยกเว้นตามข้อย่อย (b) ด้วยเหตุที่ว่ามาตรา XX (b) นั้นมีเงื่อนไขที่เคร่งครัดกว่า คือ จะต้องมีความจำเป็นในการใช้มาตรการนั้น ๆ ซึ่งตลอดมาจากการตีความของทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การทูลธรณีไต่ GATT หรือองค์การการค้าโลก ได้ตีความคำว่า “ความจำเป็น” ว่าหมายถึง ไม่มีมาตรการอื่น ๆ ที่ไม่ขัดต่อกฎของ GATT หรือขัด

resource. Accordingly, the panel found that a policy to reduce the depletion of clean air was a policy to conserve a natural resource within the meaning of Article XX (g).”

³⁴ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body in para. 129 “ The words of Article XX(g), “exhaustible natural resources”, were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and condervation of the environment.”

³⁵ ธเนศ สุจารีกุล สัมมนาเรื่องกฎหมายการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบ WTO และสิ่งแวดล้อม

ต่อกฎของ GATT น้อยกว่ามาตรการที่นำมาใช้ ซึ่งพิสูจน์ได้ยากว่าไม่มีมาตรการอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับกฎของ GATT อีกแล้ว โดยหน้าที่นำสืบเป็นของฝ่ายที่ยกข้อยกเว้นตามมาตรา XX (b) ขึ้นพิสูจน์ความชอบธรรมของการกระทำของตน ซึ่งการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าของประเทศสมาชิกนั้น จะต้องมิใช่มาตรการอื่นที่ขัดต่อกฎของ GATT น้อยกว่ามาตรการฝ่ายเดียวซึ่งมาตรการที่อาจกระทำได้โดยขัดกับกฎ GATT น้อยกว่าการใช้มาตรการฝ่ายเดียว ก็คือมาตรการที่มาจากความร่วมมือระดับพหุภาคีซึ่งถือว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการจัดการเรื่องปัญหาสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นทรัพยากรร่วมของโลกที่ไม่มีรัฐใดสามารถอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือได้มากกว่าการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้า

4.2 "Relating to conservation" ในกรณีพิพาทเรื่องนอင့်ครกทูทอร์นได้ตัดสินว่ามาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐนั้น เป็นมาตรการที่มีความเชื่อมโยงกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ โดยให้เหตุผลว่า

1. ตาม section 609 (b) (1) ประกอบกับวิธีการใช้ตาม 1996 Guidelines มีลักษณะเฉพาะ (narrowly Focused) มิได้ครอบคลุมไปทุกกรณี คือจะบังคับเฉพาะกุ้งที่ได้จากเรือประมงกุ้งที่มีวิธีการจับที่ทำอันตรายต่อเต่าทะเลหรือเป็นกุ้งที่อยู่บริเวณเดียวกับเต่าทะเลหรือเป็นกุ้งที่มีได้มาจากการทำประมงพื้นบ้านซึ่งกุ้งที่มีลักษณะดังกล่าวมานี้สามารถส่งออกไปยังสหรัฐได้³⁶

³⁶ para. 138 "Section 609(b)(1) imposes an import ban on shrimp that have been harvested with commercial fishing technology which may adversely affect sea turtles. This provision is designed to influence countries to adopt national regulatory programs requiring the use of TEDs by their shrimp fishermen. In this connection, it is important to note that the general structure and design of Section 609 implementing guidelines is fairly narrowly focused. There are two basic exemption from the import ban, both of which relate clearly and directly to the policy goal of conserving sea turtles. First, Section 609, as elaborated in the 1996 Guidelines, excludes from the import ban shrimp harvested "under conditions that do not adversely affect sea turtles". Thus, the measure, by its terms, excludes from the

2.ตาม section 609 (b) (c) ได้กำหนดยกเว้นให้กุ้งที่จับโดยวิธีที่ไม่ทำอันตรายต่อเต่าทะเลสามารถส่งออกมายังสหรัฐฯได้ และ section 609 (b) (2) (A) (B) ได้กำหนดไว้ว่าการอนุรักษ์เต่าทะเลที่เทียบได้กับของสหรัฐฯคือการติดตั้งเครื่องมือ TEDs ซึ่งองค์การทูรณมมองว่าการติดตั้งเครื่องมือ TEDs ในเรือประมงกุ้งเป็นมาตรการในการอนุรักษ์เต่าทะเลที่มีสาเหตุการตายจากการจมในอวนกุ้ง ดังนั้นการห้ามนำเข้ากุ้งฯ โดยมีข้อยกเว้นว่าสหรัฐฯจะให้การรับรองให้สามารถส่งออกกุ้งมายังประเทศสหรัฐฯได้ หากมีการติดตั้งเครื่องมือ TEDs จึงถือได้ว่ามาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐฯเป็นมาตรการที่มีความเชื่อมโยงกับการอนุรักษ์เต่าทะเล

ในประเด็นนี้ องค์การทูรณมคดีนี้ได้มีการตีความผ่อนคลายเป็นคำ "Relating to" ไปอีกระดับหนึ่ง เนื่องจาก ในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตีความคำว่า "Relating to" ไว้ว่า "primarily aimed at" คือมาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าต้องมีวัตถุประสงค์หลักในการอนุรักษ์ปลาโลมา โดยมองว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐฯที่สัมพันธ์กับอัตราการตายโดยบังเอิญของปลาโลมาของชาวประมงสหรัฐฯในช่วงเวลานึงซึ่งจะนำอัตราการตายโดยบังเอิญของปลาโลมาของชาวประมงชาวเม็กซิโกในช่วงเวลาเดียวกัน โดยเจ้าหน้าที่ของประเทศเม็กซิโกไม่อาจคาดการณ์และทราบได้ล่วงหน้า จึงไม่ใช่มาตรการที่มีวัตถุประสงค์หลักในการอนุรักษ์ปลาโลมา³⁷ และในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 ก็ได้ตีความในลักษณะเดียวกันโดยพิจารณา

import ban :aquaculture shrimp;shrimp species (such as *pandalid* shrimp)harvested in water areas where sea turtles do not normally occur; and shrimp harvested exclusively by artisanal methods, even from non-certified countries. The harvesting of such shrimp clearly does not affect sea turtles. Second, under Section 609(b)(2), the measure exempts from the import ban shrimp caught in waters subject to the jurisdiction of certified countries."

³⁷ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 in para.5.33. "...A previous panel that a measure could be consider as "relating to the conservation of exhaustible natural resources" within the meaning of Article XX (g) only if it was primarily aimed at such conservation "

ว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐที่อ้างว่าเป็นมาตรการเพื่อคุ้มครองปลาโลมานั้น มีลักษณะเป็นการบังคับให้ประเทศผู้ส่งออกปลาทูน่าจะต้องเปลี่ยนแปลงนโยบายในการอนุรักษ์ปลาโลมาให้เหมือนกับของประเทศตนจึงจะเกิดผลในการอนุรักษ์ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์หลักในการอนุรักษ์และคุ้มครองปลาโลมา³⁹ ซึ่งมองอีกนัยหนึ่งก็คือมาตรการที่นำมาใช้จะต้องเกี่ยวพันโดยตรง (directly connected) กับมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญเสียได้ ดังนั้นมาตรการห้ามนำเข้าใดที่มีลักษณะที่ไม่สามารถเกิดผลต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติได้เว้นแต่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงนโยบายในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในประเทศผู้ส่งออกจึงมิใช่มาตรการที่มีความเกี่ยวพันโดยตรง ซึ่งหากนำการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 และ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 มาเปรียบเทียบกับการตีความในประเด็นนี้ขององค์การอุทธรณ์คดีนี้แล้วจะเห็นได้ชัดว่ามีการตีความถ้อยคำ “Relating to” อย่างผ่อนคลายนลงไปคือความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการห้ามนำเข้ากับมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญเสียได้นั้น ไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวพันกันโดยตรงอีกต่อไป ซึ่งถ้าพิจารณาให้ลึกซึ้งอาจเปรียบเสมือนว่าองค์การการค้าโลกได้ยอมรับให้มีการใช้มาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากความแตกต่างกันในเรื่องกระบวนการผลิตที่ไม่มีผลต่อผลิตภัณฑ์มากขึ้น แม้ว่าจะได้มีการผ่อนคลายนเงื่อนไข “Relating to” กับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไปครั้งหนึ่งแล้วในคดี Gasoline case ที่ตีความคำว่า “Relating to” ไว้เพียงแค่ว่า “substantial relationship” เท่านั้น จึงไม่ต้องมีความเกี่ยวพันกันโดยตรงเหมือนที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 และในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 ได้ตีความไว้

4.3 “If such measures are made effective in conjunction with restriction on domestic production or consumption” ในประเด็นนี้ องค์การอุทธรณ์ได้ตัดสินว่ามาตรการห้ามนำ

³⁹ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 in para.5.27. “The Panel concluded that measures taken so as to force other countries to change their policies, and that were effective only if such changes occurred, could not be primarily aimed either at the conservation of an exhaustible natural resource, or at rendering effective restrictions on domestic production or consumption, in the meaning of Article XX (g). Since an essential condition of Article XX (g) had been met.”

นำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐานั้นมีความเชื่อมโยงกับการจำกัดการจับกุ้งภายในประเทศโดยให้เหตุผลว่าสหรัฐได้มีกฎหมายที่กำหนดให้เรือประมงกุ้งภายในประเทศตนที่มีการทำประมงในบริเวณที่มีเต่าทะเลปรากฏอยู่ต้องติดเครื่องมือ TEDs หรือใช้วิธีการจำกัดระยะเวลาในการลากอวน โดยได้มีการกำหนดโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญาในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายนี้ ดังนั้นองค์การอุทธรณ์จึงถือว่าเป็นการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (even-handed) ระหว่างสหรัฐกับประเทศอื่น ๆ แล้ว³⁹

5. ประเด็นการใช้อำนาจนอกอาณาเขตของมาตรา XX (g) แม้ว่าในคำตัดสินขององค์การอุทธรณ์จะได้ระบุไว้ชัดเจนแล้วว่าไม่ได้ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาในเรื่องการใช้มาตรา XX (g) ว่าจะใช้ในอาณาเขตของประเทศผู้ออกมาตรการได้หรือไม่⁴⁰ (เนื่องมาจากภายใต้หลัก Principle of Judicial Economy คือ องค์การจะรับข้อพิพาทคณะกรรมาการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์การอุทธรณ์อาจไม่พิจารณาถึงประเด็นที่ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงการแพ้ชนะในคดีก็ได้) แต่อาจ

³⁹ United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body in para.144. "...in 1987, the United States issued regulations pursuant to the Endangered Species Act requiring all United States shrimp trawl vessels to use approved TEDs, or to restrict the duration of tow-times, in specified areas where there was significant incidental mortality of sea turtles in shrimp trawls. These regulations became fully effective in 1990 and were later modified. They now require United States shrimp trawlers to use approved TEDs "in areas and at times when there is a likelihood of intercepting sea turtles" , with certain limited exceptions. Penalties for violation of the Endangered Species Act, or the regulations issued thereunder, include civil and criminal sanctions. The United States government currently relies on monetary sanctions and civil penalties for enforcement. The government has the ability to seize shrimp catch from trawl vessels fishing in United States waters and has done so in cases of egregious violations. We believe that, in principle, Section 609 is an even-handed measure."

⁴⁰ para.133. "We do not pass upon the question of whether there is an implied jurisdictional limitation in Article XX(g), and if so, the nature or extent of that limitation."

ถือได้ว่าคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ที่ว่า เต่าทะเลเป็นสัตว์ชนิดพันธุ์ที่มีการย้ายถิ่นไกล ซึ่งไม่มีประเทศใดประเทศหนึ่งจะสามารถอ้างความเป็นเจ้าของได้แต่เพียงผู้เดียว ดังนั้นองค์กรอุทธรณ์เห็นว่าเมื่อเต่าทะเลมีปรากฏอยู่ในบริเวณทะเลอาณาเขตของสหรัฐฯ มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐฯตาม section 609 ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเต่าทะเลจึงถือได้ว่าเป็นมาตรการที่มีความเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์เต่าทะเลอันถือเป็นสัตว์ที่อยู่ในภาวะใกล้สูญพันธุ์⁴¹ โดยองค์กรอุทธรณ์ใช้คำว่า "sufficient nexus" ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีได้มีการชี้ชัดลงไปว่ามาตรา XX (g) สามารถใช้นอกอาณาเขตได้หรือไม่ แต่การที่องค์กรอุทธรณ์ใช้คำว่า "sufficient nexus" นั้น ทำให้มาตรา XX (g) นั้นถูกนำมาใช้เป็นข้ออ้างเพื่อสนับสนุนมาตรการทางการค้าฝ่ายเดียวที่มีข้ออ้างทางด้านสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม⁴² เนื่องจากในกรณีพิพาทที่ผ่าน ๆ มา คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะชี้ชัดลงไปว่ามาตรา XX (g) ใช้นอกอาณาเขตไม่ได้ เช่นในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 ⁴³และแม้ว่าจะมีการตีความในเรื่องอย่างผ่อนคลายเป็นบ้างแล้วตามที่ปรากฏในคำตัดสินคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 ⁴⁴ที่ได้ยอมรับให้ใช้มาตรา XX

⁴¹ para.133. "We note only that in the specific circumstances of the case before us, there is a sufficient nexus between the migratory and endangered marine populations involved and the United States for purposes of Article XX (g)."

⁴² ธเนศ สุจารีกุล สัมมนาเรื่องกฎหมายการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบ WTO และสิ่งแวดล้อม

⁴³ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 in para. 5.32. "The Panel considered that if the extrajurisdictional interpretation of Article XX (g) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the conservation policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement."

⁴⁴ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 in para .5.20. "...the Panel could see no valid reason supporting the conclusion that the provisions of Article XX (g) apply only to policies related to the conservation of exhaustible natural resources located within the territory of the contracting party invoking the provision. The Panel consequently found that the policy to conserve dolphins in the eastern

(g) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาตินอกดินแดน (extraterritorial) ได้น้างก็ตาม ถ้าเป็นการใช้บังคับเหนือคน สัตว์ พืช หรือทรัพยากรธรรมชาติของตนแม้จะอยู่นอกดินแดนของตน แต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ได้กล่าวไว้ว่าการยอมให้นำมาตรการเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ นอกจากจะต้องให้ประเทศอื่น ๆ เปลี่ยนแปลงนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมให้เหมือนของประเทศตนจะทำให้ระบบการค้าพหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลกอยู่ในภาวะอันตรายต่อการล่มสลาย⁴⁵ จึงไม่อาจถือได้ว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าดังกล่าวเป็นมาตรการที่เป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญเสียได้ตามมาตรา XX (g)

ผลจากการที่องค์การทูรณมีได้กล่าวอย่างชัดเจนในประเด็นนี้ไว้ทำให้เกิดการตีความไปใน 2 ลักษณะ คือ เห็นว่ามาตรา XX (g) สามารถใช้นอกอาณาเขตได้⁴⁶ และเห็นว่ามาตรา

tropical Pacific Ocean, which the United States pursued within its jurisdiction over its nationals and vessels, fell within the range of policies covered by Article XX (g)."

⁴⁵ United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 in para.5.26. "The Panel observed that Article XX provides for an exception to obligation under the General Agreement. The long-standing practice of panels has accordingly been to interpret this provision narrowly, in a manner that preserves the basic objective and principles of the General Agreement. If Article XX were interpreted to permit contracting parties to deviate from the obligation of the General Agreement by taking trade measures to implement policies, including conservation policies, within their own jurisdiction, the basic objectives of the General Agreement would be maintained. If however Article XX were interpreted to permit contracting parties to take trade measures so as to force other contracting parties to change their policies within their jurisdiction, including conservation policies, the balance of rights and obligations among contracting parties, in particular the right of access to markets, would be seriously impaired. Under such an interpretation the General Agreement could no longer serve as a multilateral framework for trade among contracting parties."

⁴⁶ Nancy L. Perkins, "WTO Appellate Body Report : United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products," *International Legal Materials* :119.

XX (g) ไม่สามารถใช้นอกอาณาเขตได้⁴⁷ ซึ่งยังไม่อาจสรุปได้ว่าจะมีการตีความมาตรา XX (g) ไปทางใดในอนาคต

สรุปได้ว่า มาตรา XX (g) มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น ดังนั้น ในการตีความควรตีความอย่างแคบตามหลักการตีความของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อในตัวบทของมาตรา XX (g) มิได้ระบุว่าสามารถใช้นอกอาณาเขตได้หรือไม่ จึงควรตีความไปในทางที่จะทำให้เกิดเสถียรภาพต่อระบบการค้าพหุภาคีขององค์การการค้าโลกมากที่สุด เนื่องจากหากมีการรับรองให้ใช้มาตรการทางการค้าฝ่ายเดียวเพื่อเหตุผลทางการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ภายใต้ข้อยกเว้นมาตรา XX (g) แล้ว ประเทศสมาชิกต่าง ๆ ย่อมถือปฏิบัติตามและความสับสนอลหม่านในระบบการค้าพหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลกก็จะเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ประเทศผู้นำเข้าอาจจะมีมาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่แตกต่างกัน หากประเทศผู้ส่งออกประสงค์ที่จะส่งสินค้าไปยังประเทศผู้นำเข้าก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามหรือเปลี่ยนแปลงมาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติให้เหมือนกับมาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติของประเทศผู้นำเข้า ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าประเทศผู้ส่งออกประเทศหนึ่งต้องเปลี่ยนแปลงมาตรการหรือนโยบายในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมหลายอย่าง เนื่องจากมีประเทศคู่ค้าหลายประเทศ

6. ประเด็นการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีพื้นฐานอยู่บนกระบวนการผลิตที่มีได้มีผลต่อลักษณะทางกายภาพของสินค้า (Non-Product Related Product Process Method: NPRPPM) แม้ว่าตามคำตัดสินขององค์การอุทธรณ์จะมีได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า ภายใต้กฎของ GATT อนุญาตให้มีการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีพื้นฐานอยู่บนกระบวนการผลิตได้หรือไม่ แต่เนื่องจากได้มีการตัดสินว่า มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของสหรัฐที่มีพื้นฐานอยู่บนวิธีการจับกุ้งเป็นมาตรการที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา XX (g) ทำให้สามารถตีความไปได้ว่าองค์การการค้าโลกยอมรับให้มีการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้⁴⁸ ซึ่งหาก

⁴⁷ ธเนศ สุจารีกุล สัมมนาเรื่องกฎหมายการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบ WTO และสิ่งแวดล้อม

มองในแง่นี้ ก็ถือว่ามี การตีความในประเด็นนี้อย่างผ่อนคลายเป็นอย่างมาก เมื่อเทียบกับการพิจารณาของทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและขององค์กรอุทธรณ์ที่ผ่านมา เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของ GATT ในคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 ที่วินิจฉัยว่า GATT ครอบคลุมเฉพาะผลิตภัณฑ์เท่านั้นซึ่งมาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าเพื่ออนุรักษ์ปลาโลมาจึงไม่สามารถกระทำภายใต้ GATT

ดังนั้นการที่องค์กรอุทธรณ์มีคำตัดสินว่า มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุรักษ์เต่าทะเลเป็นมาตรการที่อยู่ในขอบเขตเงื่อนไขของข้อยกเว้นตาม มาตรา XX ข้อย่อย (g) คือเป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อปกป้องทรัพยากรธรรมชาติที่อาจหมดสิ้นไปได้ เป็นการยอมรับว่ามาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากกระบวนการผลิตที่แตกต่างกันสามารถนำมาใช้ได้ภายใต้กฎของ GATT โดยอาศัยข้อยกเว้นมาตรา XX (g) ซึ่งในอนุภาคสินค้าที่ไม่มีความแตกต่างกันในทางกายภาพอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยมีเหตุผลมาจากกระบวนการผลิตที่แตกต่างกันเท่านั้น

นอกจากนี้หากตีความคำตัดสินไปในทางที่วางองค์การการค้าโลกยอมรับให้มีการควบคุมมาตรการทางการค้าที่มีพื้นฐานมาจากกระบวนการผลิตที่ไม่ส่งผลต่อตัวผลิตภัณฑ์ได้ด้วยแล้ว ก็ถือได้ว่าเป็นการเปิดกว้างให้มีการนำมาตรการทางการค้า เช่นมาตรการห้ามนำเข้าสินค้ามาใช้อย่างกว้างขวางมากเพราะเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางการค้าที่มีที่มาจากความตกลงระดับพหุภาคีแล้ว มาตรการทางการค้าภายใต้ความตกลงพหุภาคีส่วนใหญ่จะเป็นใช้กับสัตว์หรือพืชชนิดพันธุ์ที่ต้องการคุ้มครองโดยตรง เช่น กรณีอนุสัญญา CITES ใน Appendix I กำหนดให้เต่ากระเป็นสัตว์ที่ได้รับการคุ้มครอง ทำให้ไม่สามารถนำเข้าหรือส่งออกเต่าชนิดนี้พันธุ์นี้ออกนอกประเทศได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีพิเศษตามมาตรา 7 ของอนุสัญญา (ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2) ซึ่งเป็นการใช้มาตรการทางการค้าต่อเต่ากระโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีพิพาทนี้แล้ว มาตรการทางการค้าที่สหรัฐฯได้นำมาใช้เป็นมาตรการห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเต่าทะเลซึ่งไม่ใช่มาตรการทางการค้าที่บังคับต่อสัตว์ชนิดพันธุ์ที่ต้องการคุ้มครองโดยตรงแต่อย่างใด

⁴⁸ Nancy L.Perkins ,”WTO Appellate Body Report : United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products,” International legal Materials :119.

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 5-6 ว่าในประเด็นเรื่องการใช้มาตรา XX (g) นอกอาณาเขตของประเทศผู้กำหนดมาตรการนั้นสามารถทำได้หรือไม่ และประเด็นที่ว่ามาตรการตามมาตรา XX (g) จะครอบคลุมไปถึงมาตรการที่มีพื้นฐานบนกระบวนการผลิตที่ไม่มีผลต่อลักษณะทางกายภาพของสินค้าหรือไม่ ยังมีได้มีการตัดสินอย่างชัดเจนจากองค์การอุทธรณ์ โดยองค์การอุทธรณ์ได้ใช้ หลักการที่เรียกว่า Principle of Judicial Economy ที่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ในการที่จะไม่พิจารณาประเด็นที่ไม่ได้มีผลต่อการแพ้ชนะในการตัดสินคดี แต่อย่างไรก็ตามการที่จะไม่พิจารณาประเด็นใดได้นั้นควรที่จะพิจารณาทุกข้อย่อยในประเด็นนั้นเสียก่อน และพิจารณาไปตามประเด็นที่ได้โต้แย้งกันในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 17.6 ประกอบมาตรา 17.12⁴⁹ การที่องค์การอุทธรณ์คดีนี้เลือกพิจารณาประเด็นตามมาตรา XX (g) เฉพาะเรื่องที่ว่าค่าเป็นทรัพยากรที่สูญสิ้นได้หรือไม่ เรื่องมาตรการห้ามนำเข้ากุ้งที่สหรัฐฯได้นำมาใช้เป็นมาตรการที่มีความเชื่อมโยงกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้หรือไม่ และเรื่องที่ว่ามาตรการที่สหรัฐฯนำมาใช้นั้นมีความเชื่อมโยงกับการจำกัดการจับกุ้งภายในประเทศสหรัฐฯเองหรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาเรื่องขอบเขตการใช้มาตรา XX (g) ทั้งปัญหาที่ว่าจะสามารถใช้นอกอาณาเขตได้หรือไม่และจะใช้กับมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่มีพื้นฐานจากกระบวนการผลิตที่ไม่ส่งผลต่อตัวผลิตภัณฑ์ ทั้ง ๆ ที่ประเทศผู้กล่าวหาทั้ง 4 ประเทศและประเทศสหรัฐฯ ได้เสนอทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายขึ้นสู่การพิจารณาขององค์การอุทธรณ์อย่างมากมายซึ่งจึงอาจขัดต่อมาตรา 17.6 ประกอบมาตรา 17.12 ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว⁵⁰

⁴⁹ มาตรา 17.6 และ 17.12 ของ Understanding on Rules and Procedures Governing The Settlement of Disputes บัญญัติว่า " Article 17.6 An appeal shall be limited to issue of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel, "

"Article 17.12 The Appellate Body shall address each of this issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding."

⁵⁰ ธเนศ สุจารีกุล สัมมนาเรื่องกฎหมายการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบ WTO และสิ่งแวดลอม

7. ประเด็นการมีส่วนร่วมขององค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมในกระบวนการพิจารณาขององค์กรระดับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ประเด็นนี้สืบเนื่องมาจาก ระหว่างการพิจารณาในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท องค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมของสหรัฐฯ ได้เสนอข้อมูล (amicus curiae) ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม และ 16 กันยายน 2540 โดยในเอกสารดังกล่าวประกอบไปด้วยประเด็นข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยมีลักษณะคล้ายกับคำให้การ (submission) ของคู่กรณี โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาไม่รับเอาเอกสารดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยให้เหตุผลว่าการรับเอาข้อมูลจากองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีคู่กรณีหรือประเทศฝ่ายที่สามที่มีส่วนได้เสียเป็นการขัดต่อมาตรา 13 ของ DSU

โดยในประเด็นนี้สหรัฐฯ ได้ยกเป็นประเด็นอุทธรณ์เข้ามาในชั้นการพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ โดยองค์กรอุทธรณ์ได้ตีความคำว่า "seek information" ในมาตรา 13 ว่า รวมถึงการรับข้อมูลจากองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมที่ไต่ถามเข้ามาให้โดยมิได้มีการร้องขอด้วย

โดยจากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ สามารถวินิจฉัยเป็นข้อ ๆ ได้ดังนี้⁵¹

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵¹ Asif H. Qureshi, "Extraterritorial Shrimps, NGOs and The WTO Appellate Body," International and Comparative Law Quarterly Vol.48 (January 1999):205-206.

1. ตามมาตรา 13 (1) ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกผู้เป็นคู่กรณีและประเทศที่สามที่มีส่วนได้เสียเท่านั้นที่สามารถมีสิทธิที่จะเสนอคำให้การได้ ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องและไม่มีส่วนได้เสียแก่กรณีพิพาทไม่มีสิทธิเสนอคำให้การ ตามมาตรา 13⁵² ของ DSU ดังนั้นองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมจึงไม่เกี่ยวข้องและไม่ได้รับสิทธิในการเสนอคำให้การได้

2. DSU ได้กำหนดระยะเวลาและรูปแบบในการเสนอคำให้การไว้เพื่อบังคับแก่ประเทศคู่กรณี และประเทศฝ่ายที่สามที่มีส่วนได้เสียไว้อย่างเคร่งครัด เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นไปตามหลักศุกกระบวนการที่แจ้งข้อเท็จจริง แต่หากเป็นการเสนอข้อมูลขององค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมแล้ว ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดใน DSU ที่กำหนดระยะเวลาและรูปแบบของการเสนอไว้ ซึ่งหากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้รับเข้าไว้พิจารณาแล้ว ประเทศคู่กรณีอีกฝ่ายไม่มีโอกาสและระยะเวลาเพียงพอแก่การชี้แจงหรือโต้แย้งได้ ดังนั้นจึงไม่เป็นไปตามหลักศุกกระบวนการที่ DSU พยายามที่จะให้เกิดขึ้นในกรณีพิจารณาขององค์กรรับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก

3. องค์กรอุทธรณ์ได้ตีความว่ามาตรา 12⁵³ และ 13 แล้วตัดสินใจว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์สามารถใช้ดุลยพินิจในการรับเอาข้อมูลที่เสนอเข้ามาโดยองค์กร

⁵² ดูเพิ่มเติมภาคผนวก ข., หน้า 271.

⁵³ ดูเพิ่มเติมภาคผนวก ข., หน้า 269.

เอกชนด้านสิ่งแวดล้อมได้แม้ว่าข้อมูลเช่นนั้นจะไม่ได้เกิดจากการร้องขอของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ตั้งแต่เริ่มแรกก็ตาม แต่ประเทศสมาชิกก็จะต้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาที่จะยอมรับหรือปฏิเสธข้อมูลเช่นนั้นด้วยเหมือนกัน

4. นอกจากนี้ข้อมูลที่เสนอโดยองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมนั้นองค์กรเอกชนดังกล่าวไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความถูกต้องของข้อมูลที่ตนเสนอมา เพราะใน DSU ไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้น ดังนั้น ความถูกต้องของข้อมูลจะมีแค่นั้น เพียงใด จึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก่อนที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์จะรับเอาข้อมูลเช่นนั้นเข้าสู่การพิจารณาเพราะข้อมูลนั้นอาจก่อให้เกิดอคติซึ่งอาจส่งผลให้การพิจารณาคดีได้

5. องค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่เป็นองค์กรที่อยู่ภายในประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีเงินทุนสนับสนุนจากภาคเอกชนจำนวนมาก ประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศด้อยพัฒนาไม่สามารถจัดหาข้อมูลเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ได้จึงเท่ากับการเปิดโอกาสให้แก่ประเทศพัฒนาแล้วมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกามีอิทธิพลและบทบาทอย่างมากในกระบวนการออกกฎหมายของสหรัฐฯ คือสามารถวิ่งเต้นหรือผลักดัน (Lobby) ให้ออกกฎหมายตามที่ตนต้องการได้ หรือแม้กระทั่งการใช้สิทธิทางศาลฟ้องคดีฝ่ายบริหารของสหรัฐฯ ให้ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดและเป็นไปตามที่กลุ่มของตนต้องการได้ เช่น กรณี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 หรือกรณีพิพาทนี้ ก็มีมูลเหตุมาจากการฟ้องคดีขององค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม Earth Island Institute ดังนั้นคำตัดสินขององค์การอุทธรณ์ในประเด็นนี้ถือเป็นการเพิ่มช่องทางให้แก่องค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมอันทรงอิทธิพลของสหรัฐฯ ให้สามารถเข้ามามีบทบาทในองค์การการค้าโลกมากขึ้น นอกเหนือไปจากอิทธิพลต่อผู้บริโภคโดยการรณรงค์ต่าง ๆ แล้ว ซึ่งหากมองในแง่ดีแล้วก็เห็นว่าองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมดังกล่าวจะส่งเสริมให้เกิดการยกระดับในการอนุรักษ์และคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากขึ้น แต่อีกนัยหนึ่งอาจเป็นไปได้ว่าองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมจะเคลื่อนไหวไปในทางที่ทำให้ภาคเอกชนที่ให้เงินสนับสนุนได้ผลประโยชน์โดยคำนึงถึงเรื่องสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องรองลงมาก็เป็นได้⁵⁴

⁵⁴ เครือเจริญโภคภัณฑ์. ทำไมการทำฟาร์มกุ้งจึงเป็นเป้าโจมตีของนักสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน. ข่าวกุ้ง ปีที่ 8 ฉบับที่ 107 (มิถุนายน 2540) :1.

กล่าวโดยสรุปก็คือ จากคำตัดสินในกรณีพิพาทเรื่องสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งนี้ ได้มีการตีความในลักษณะเป็นการผ่อนคลายนโยบายของช้อยกเว้นตามมาตรา XX ช้อย่อย (g) ไปจากการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคดีก่อน ๆ อย่างมากและในหลายประเด็นได้มีการตัดสินชี้ชัดลงไปว่าทำได้หรือไม่ โดยหลีกเลี่ยงไปกล่าวถึงเรื่องอนุสัญญาระหว่างประเทศและปฏิญญาระดับโลกและเสนอแนะให้ประเทศสหรัฐอเมริกาด้วยความร่วมมือผ่านทางอนุสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ในการคุ้มครองเต่าทะเล ซึ่งอาจจะมีเหตุผลเนื่องมาจากการที่ได้มีการกำหนดประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมเข้าไปในอารัมภบทของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก นอกจากนี้อนุสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคุ้มครองและอนุรักษ์ทรัพยากรร่วมของโลกได้มีแนวโน้มที่จะใช้ความร่วมมือจัดการในระดับระหว่างประเทศมากขึ้น อีกทั้งในการประชุมระดับโลก เช่นปฏิญญาริโอ และ Agenda 21 ก็ได้มีการกล่าวถึงปัญหาเรื่องสิ่งแวดล้อมและการแก้ไขโดยผ่านความร่วมมือระดับระหว่างประเทศด้วย โดยผู้เขียนขอเปรียบเทียบการตีความเงื่อนไขตามมาตรา XX ช้อย่อย (g) ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามตารางเปรียบเทียบการตีความระหว่างคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 คดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 และคดี United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products (ตามตารางที่ 12)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 12 ตารางเปรียบเทียบการตีความระหว่างคดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991 คดี United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994 และ คดี United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products

คดี	United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991	United States – Restrictions on Imports of Tuna 1994	United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products
ประเด็น			
ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ (มาตรา XX (g))	ไม่มีการกล่าวถึงประเด็นนี้	คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยอมรับว่า ปลา โลมา เป็น ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้	ตีความอย่างร่วมสมัยว่า เต่าทะเล เป็น ทรัพยากรที่อาจสูญสิ้นได้
Relating to (มาตรา XX (g))	Primarily aimed at ต้องมี direct connection	Primarily aimed at ต้องมี direct connection	Substantial relationship ไม่จำเป็นต้องมี direct connection
NPRPPM	GATT ครอบคลุมเฉพาะผลิตภัณฑ์เท่านั้น ไม่ครอบคลุมกระบวนการผลิตที่ไม่มีผลต่อตัวผลิตภัณฑ์	GATT ครอบคลุมเฉพาะผลิตภัณฑ์เท่านั้น ไม่ครอบคลุมกระบวนการผลิตที่ไม่มีผลต่อตัวผลิตภัณฑ์	ไม่ได้กล่าวถึงชัดเจน
การใช้นอกอาณาเขต (มาตรา XX (g))	ห้ามใช้นอกเขตอำนาจรัฐ	ใช้นอกดินแดนของรัฐได้แต่ต้องเป็นการใช้เหนือคน สัตว์ เรือ หรือ ทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในอำนาจรัฐตนเท่านั้น	ไม่ได้กล่าวชัดเจน แต่ใช้ถ้อยคำว่า “Sufficient nexus”

ตาราง (ต่อ)

ประเด็น	คดี United States - Restrictions on Imports of Tuna 1991	United States - Restrictions on Imports of Tuna 1994	United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products
MEAs	มีการอ้างถึงอนุสัญญา CITES แต่ปลาโลมาไม่ อยู่ในภาคผนวกของ CITES	คณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทปฏิเสธไม่นำ มาพิจารณา	ทั้งคณะกรรมการ วินิจฉัยข้อพิพาทและ องค์การทูตธรรมได้กล่าว ถึงว่าการอนุรักษ์และ จัดการโดยอาศัยความ ร่วมมือระหว่างประเทศ ตามอนุสัญญาต่าง ๆ เป็นแนวทางที่เหมาะสม ภายใต้กฎเกณฑ์ ขององค์การการค้าโลก
การมีส่วนร่วมขององค์ กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม	ไม่สามารถทำได้	ไม่สามารถทำได้	องค์การทูตธรรมตีความ ยอมให้องค์กรเอกชน ด้านสิ่งแวดล้อม สามารถส่งข้อมูลให้ คณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทหรือองค์การ ทูตธรรมได้แม้จะมีได้ ร้องขอโดยให้เป็นไป ตามดุลยพินิจของคณะ กรรมการวินิจฉัยข้อ พิพาทหรือขององค์การ ทูตธรรม

ตาราง (ต่อ)

คดี ประเด็น	United States - Restrictions on Imports of Tuna 1991	United States - Restrictions on Imports of Tuna 1994	United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products
การใช้มาตรการฝ่าย เดียวทางการค้า	ไม่สามารถใช้มาตรการ ฝ่ายเดียวทางการค้า เพื่อบังคับให้ประเทศ อื่นเปลี่ยนแปลง นโยบายทางด้านสิ่ง แวดล้อมได้	ไม่สามารถใช้มาตรการ ฝ่ายเดียวทางการค้า เพื่อบังคับให้ประเทศ อื่นเปลี่ยนแปลง นโยบายทางด้านสิ่ง แวดล้อมได้	ไม่สามารถใช้มาตรการ ฝ่ายเดียวทางการค้า เพื่อบังคับให้ประเทศ อื่นเปลี่ยนแปลง นโยบายทางสิ่งแวดล้อม โดยมิได้คำนึงถึง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ที่ได้มีการดำเนินการ อยู่ในประเทศนั้น หรือมิได้คำนึงถึงสภาพ ที่แตกต่างกันระหว่าง ประเทศต่าง ๆ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย