

การวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling กับ ข้อกฎหมาย  
และแนวคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลก

น.ส.นุชศรา เลิศสุดคณีง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2561  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.



CU IThesis 5886043334 thesis / rcv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

2979321983

The Analysis on the Consistency of the Appellate Body's Decision in the US Gambling  
Dispute with Law and Jurisprudence of WTO

Miss Nootsara Lestsudkhanueng

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2018  
Copyright of Chulalongkorn University



2979321983

CU ThesIs 5886043334 thesis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินขององค์กร  
อุทธรณ์ในคดี US Gambling กับ ข้อกำหนดและแนวคำ  
วินิจฉัยขององค์การการค้าโลก

โดย

น.ส.นุชศรา เลิศสุดคณิง

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ทัชชมัย ทองอุไร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการ  
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ทัชชมัย ทองอุไร)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร.วันดี สุขชาติกุลวิทย์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(นางสาวเก็จพิรุณ เกาะสุวรรณ)



นุชศรา เลิศสุดคณิง : การวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี  
US Gambling กับ ข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลก. ( The  
Analysis on the Consistency of the Appellate Body's Decision in the US  
Gambling Dispute with Law and Jurisprudence of WTO) อ.ที่ปรึกษาหลัก :  
ศ.ทัชชฌิมย์ ทองอุไร

การศึกษาวินิจฉัยในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling กับ ข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลกเกี่ยวกับ พันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา พันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด และการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS จากการศึกษาสรุปได้ว่า (1) คำวินิจฉัยคดี US Gambling เกี่ยวกับพันธกรณีภายใต้ GATS ของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยในคดี Mexico Telecom ที่มีผลการนำเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันมาเป็นเครื่องมือในการตีความข้อผูกพันของประเทศสมาชิกในฐานะเอกสารเสริมการตีความตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ และเมื่อพิจารณาตามแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดขอบเขตและค่านิยมของสาขาบริการให้แตกต่างจากเอกสาร W/120 และ/หรือรหัส CPC ได้ แต่ต้องระบุให้ละเอียดอย่างเพียงพอเพื่อหลีกเลี่ยงความกำกวมในขอบเขตข้อผูกพัน ซึ่งคดีอื่นของ GATT ก็ตัดสินสอดคล้องกับคดี US Gambling อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าองค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ไม่ได้พิจารณาข้อผูกพันรายสาขาประกอบกับข้อผูกพันทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน (2) คำวินิจฉัยคดี US Gambling เกี่ยวกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาดที่องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่า “การห้ามทั้งหมด” เป็น “การจำกัดจำนวนทั้งหมด” ของการให้บริการและผู้ให้บริการต่างชาติ มีผลเทียบเท่าโควตาเท่ากับศูนย์ จึงเป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) และสอดคล้องกับคดี Mexico – Telecom แต่เมื่อผู้เขียนค้นหาความหมายจากพจนานุกรม และพิจารณาเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยในหลายคดีของ GATT ที่มีกรณีความว่า ‘การห้ามนำเข้า’ มิใช่ ‘การจำกัดจำนวนการนำเข้า’ แล้วนำมาพิจารณากับ ‘บริบท’ ของมาตรา 16 จึงพบว่ามาตรการการห้ามทั้งหมดดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาไม่ควรถือว่า มีผลเทียบเท่าโควตาเท่ากับศูนย์ อันเป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) (3) คำวินิจฉัยคดี US Gambling เกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS จากการศึกษาพบว่าแนวทางคำวินิจฉัยหลายคดีของ GATT มีความสอดคล้องกับคดี US Gambling ในการพิจารณาว่ามาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนและตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการด้วยกระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยต่าง ๆ ลำดับถัดมาคือองค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ได้ตรวจสอบว่าการบังคับใช้มาตรการพิพาทสอดคล้องกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปหรือไม่ ซึ่งหลายคดีของ GATS และ GATT/WTO ต่างใช้แนวทางวินิจฉัยเดียวกันกับคดี US Gambling

สาขาวิชา	นิติศาสตร์	ลายมือชื่อนิติ
ปีการศึกษา	2561	ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก



2979321983

CT :Thesirs 5886043334 thesirs / recv : 06082562 11:57:43 / seq: 10

# # 5886043334 : MAJOR LAWS

KEYWORD:

Nootsara Lestsudkhanueng : The Analysis on the Consistency of the Appellate Body's Decision in the US Gambling Dispute with Law and Jurisprudence of WTO. Advisor: Prof. Tashmai Thongurai

This research aims to analyze the consistency of the Appellate Body’s Decision in the US Gambling Dispute with laws and jurisprudence of WTO regarding the obligations of the US under US’ Schedule of Specific Commitments (SSC), the obligations of the US about market access and enforcement of General Exceptions under Article 14 (a) of the GATS

From the studies, it is concluded that (1) the decision on US Gambling case regarding the obligations of the US under the GATS regarding the US’ SSC conforms to other cases where W/120 and the 1993 Scheduling Guidelines were applied as supplementary means of Interpretation under Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the interpretation of Members’ SSC. and determining of scope and definition of service sector which the other decision corresponds with the decision of US Gambling case. However, it is noted that the Appellate Body in US Gambling case did not consider the entry in sector-specific commitment as the combination of the horizontal commitment as required in the 1993 Scheduling Guidelines. (2) The decision on US Gambling case regarding the market access obligations of the US where the Appellate Body ruled total prohibition is in equivalent to a zero quota and is considered as quantitative limitation under Article 16:2 (a) and (c) which corresponds with Mexico–Telecom case. However, if we find dictionary definitions and compare with various cases of GATT which interpreted that ‘a prohibition of import’ is not ‘quantitative restriction of import’, it is found that it is not considered quantitative limitations on market access under Article 16: 2 (a) and (c). (3) According to the decision on US Gambling regarding the enforcement of general exceptions under Article 14 (a) of the GATS, it is found that various cases of GATT/WTO are in line with US Gambling case for consideration whether measures at issue of US are designed to protect public morals, measures at issue are necessary to protect moral in the light of the relevant factors to be “weighed and balanced”, and measures are applied in a manner of consistent with chapeau of general exception clause.

Field of Study:	Laws	Student's Signature .....
Academic Year:	2018	Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ทชชชัย ทองอุไร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เป็นแรงบันดาลใจในการศึกษากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศของข้าพเจ้า และเป็นผู้ให้คำแนะนำ คำปรึกษา ชี้แนะ ตรวจสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดถึงการดำเนินชีวิตให้ตั้งมั่นอยู่ในคุณความดี วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้เลยหากปราศจากความเมตตากรุณาของท่านอาจารย์

ขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล ที่สละเวลารับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ อาจารย์เก็จพิรุณ เกษสุวรรณ และอาจารย์ ดร.วันดี สุขชาติกุลวิทย์ ที่สละเวลารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ข้าพเจ้าได้รับความเมตตาและคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์จากท่านอาจารย์ทั้งสามเป็นอย่างมาก เช่น แนวทางในการค้นคว้าวิจัย แนวทางปฏิบัติจริงของ WTO และแนวทางการถ่ายทอดและเรียบเรียงองค์ความรู้เป็นถ้อยคำลายลักษณ์อักษรตามที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อังคนาวดี ปิ่นแก้ว ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่ให้ความเมตตาสำหรับการสอบวิทยานิพนธ์

ขอขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ พี่ชาย ผู้มีพระคุณสูงสุดในชีวิต ที่รักและคอยสนับสนุนทั้งร่างกายและแรงใจเพื่อการศึกษาของข้าพเจ้าเสมอมา ขอขอบพระคุณบริษัท เนสท์เล่ (ไทย) จำกัด สำหรับทุนการศึกษาสนับสนุนในการศึกษาระดับปริญญาโทในครั้งนี้ คุณนภดล ศิวะบุตร คุณกัลยา พรเพิ่มพูน ผู้บังคับบัญชาที่ทำงานของผู้เขียนที่ให้การสนับสนุนผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงรวมทั้ง พี่เหมียว พี่ตาล พี่แพร์ หมิง และน้องหมวย ที่คอยดูแลช่วยเหลือ และให้กำลังใจตลอดมา

ขอขอบคุณคุณแก้วมุกดา สุขยุคคุณศรัณย์พงศ์ ปานทุ่ง และคุณแทน ผู้อยู่เคียงข้างและสนับสนุนให้กำลังใจข้าพเจ้า ให้คำปรึกษาจนทำให้วิทยานิพนธ์นี้เสร็จสมบูรณ์ รวมถึงขอบคุณเพื่อน ๆ รุ่นพี่ รุ่นน้อง สาขากฎหมายระหว่างประเทศทุกคนที่เสริมสร้างกำลังใจให้กันและกัน กอดคอกอดทนและฝ่าฟันอุปสรรคด้วยกันตลอดมา ขอขอบคุณพี่ ๆ เจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่านที่กรุณาเอื้อเฟื้ออำนวยความสะดวกทุกอย่างในการเรียนปริญญาโทและการจัดทำวิทยานิพนธ์ พี่ ๆ บรรณารักษ์ห้องสมุดที่อำนวยความสะดวกในการค้นคว้าข้อมูลตลอดมา

หากมีข้อผิดพลาดประการใดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หรือคำวิจารณ์ใด ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อความก้าวหน้าทางวิชาการ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้ด้วยความยินดี

นุชศรา เลิศสุดคณิง

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.1.1 ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับพันธกรณีภายใต้ GATS ของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา .....	4
1.1.2 ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับพันธกรณีของ สหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด .....	6
1.1.3 ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับการบังคับใช้ข้อยกเว้น ทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS .....	7
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	9
1.3 สมมติฐาน .....	10
1.4 วิธีการวิจัยและขอบเขตของการวิจัย .....	10
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	10
บทที่ 2 ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคดี US Gambling.....	11
2.1 ข้อกฎหมายที่เป็นประเด็นแห่งคดีโดยตรงในคดี US Gambling .....	12
2.1.1 ข้อกฎหมายเกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพัน .....	12
2.1.1.1 สถานะทางกฎหมายของตารางข้อผูกพัน .....	13
2.1.1.2 ประเภทของตารางข้อผูกพัน .....	14



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10



2.1.1.3	พันธกรณีทั่วไปตามความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ GATS .....	15
2.1.1.4	ระดับความผูกพันในตารางข้อผูกพัน .....	16
2.1.1.5	วิธีการจัดทำตารางข้อผูกพันและการจัดแบ่งสาขาบริการ .....	17
2.1.2	ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด.....	19
2.1.3	ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) GATS และ ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 14 ของ GATS กับมาตรา 20 ของ GATT .....	22
2.1.3.1	ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS .....	23
2.1.3.2	ความสัมพันธ์ของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 ของ GATS กับมาตรา 20 ของ GATT .....	25
2.2	กฎเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในบริบทของความตกลง WTO .....	26
2.2.1	กฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ.....	28
2.2.1.1	หลักการตีความโดยสุจริต.....	30
2.2.1.2	หลักการตีความตามความหมายปกติธรรมดา (Ordinary meaning) ของถ้อยคำ ในสนธิสัญญา.....	30
2.2.1.3	หลักการตีความตามบริบทของถ้อยคำในสนธิสัญญา.....	31
2.2.1.4	หลักการตีความตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของ สนธิสัญญา.....	33
2.2.2	วิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ .....	33
บทที่ 3	คำตัดสินคดี US Gambling และแนวคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ WTO ในข้อกำหนดที่ เกี่ยวข้อง .....	36
3.1	ข้อเท็จจริงและคำตัดสินในคดี US Gambling .....	36
3.1.1	ข้อเท็จจริงเบื้องต้น: การให้บริการพนันขั้นต่อทางไกลในสหรัฐอเมริกา .....	36
3.1.2	พันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา .....	38
3.1.3	มาตรการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่เป็นข้อพิพาท .....	39

3.1.4 การปรับใช้กฎหมายในคดี US Gambling.....	40
3.1.4.1 สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีผูกพันในการเปิดเสรีสาขาการบริการพนันขั้นต่อหรือไม่ .....	44
3.1.4.1.1 เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน เป็นเอกสารเสริมการตีความ ตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา.....	45
3.1.4.1.2 สาขาการบริการพนันขั้นต่อ (รหัส 96492) เป็นสาขาบริการย่อยในสาขาบริการสันหนาคารอื่น (ยกเว้นการกีฬา) (รหัส 9649) ในระบบ CPC ที่กำหนดไว้ในเอกสาร W/120 .....	49
3.1.4.2 สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีผูกพันในเรื่องการเข้าสู่ตลาดต่อสาขาการบริการการพนันขั้นต่ออย่างไร .....	53
3.1.4.3 สหรัฐอเมริกามีสิทธิใช้มาตรการพิพาทโดยอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) เพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีหรือไม่.....	61
3.1.4.3.1 มาตรการของสหรัฐอเมริกาได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรา 14 (เอ) ของ GATS หรือไม่.....	62
3.1.4.3.2 การบังคับใช้มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาสอดคล้องกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 หรือไม่.....	71
3.2 แนวคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง .....	75
3.2.1 ประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิก .....	76
3.2.1.1 แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารเสริมการตีความตามหลักการตีความตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา .....	76
3.2.1.2 การบริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการบริการที่อยู่ภายใต้การบริการการชำระเงินและการส่งเงินทั้งหมดซึ่งเงินได้ผูกพัน เมื่อพิจารณาตามเอกสาร W/120 .....	78
3.2.2 ประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกในเรื่องการเข้าสู่ตลาด .....	85



3.2.3 ประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป มาตรา 14 (เอ)  
 ของ GATS .....87

3.2.3.1 แนวทางการตีความ “มาตรการได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของ  
 ประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ” .....88

3.2.3.2 แนวทางการตีความบทนำของข้อยกเว้นทั่วไป .....110

บทที่ 4 วิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับ ข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัย  
 ของ WTO.....117

4.1 ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัย  
 ของ WTO เกี่ยวกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา ...117

4.1.1 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดี Mexico –  
 Telecom ในการพิจารณาว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน  
 เป็นเอกสารเสริมการตีความ ตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ .....117

4.1.2 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling ในกรณีประเทศสมาชิกไม่ได้ระบุชัด  
 แจ้งว่าตารางข้อผูกพันของประเทศตนไม่ได้จัดทำตามเอกสาร W/120 และแนวทาง  
 การจัดทำตารางข้อผูกพัน ส่งผลให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกจะถูกพิจารณาตาม  
 เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน.....123

4.1.3 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางการพิจารณาตารางข้อ  
 ผูกพันที่กำหนดให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกต้องพิจารณาข้อผูกพันรายสาขา  
 ประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป .....125

4.2 ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาใน  
 เรื่องการเข้าสู่ตลาด .....135

4.2.1 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับคำวินิจฉัยคดี Mexico – Telecom  
 ว่า มาตรการที่เทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นมาตรการจำกัดเชิง  
 ปริมาณตามมาตรา 16: 2 (เอ) และ (ซี).....136

4.2.2 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินในคดี US Gambling ในเรื่องการกำหนดโควตา  
 เท่ากับศูนย์ไม่ใช่การจำกัดเชิงปริมาณภายใต้มาตรา 16 ของ GATS เมื่อพิจารณาตาม  
 ความหมายปกติธรรมดาของคำว่าโควตา แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน และการ

ห้ามนำเข้าในบริบทการใช้มาตรการจำกัดจำนวนต่อสินค้าเกษตรในอารัมภบทของ  
 มาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT.....137

4.2.3 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับหลักการตีความสนธิสัญญาตาม  
 มาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ โดยการพิจารณาบริบทที่เกี่ยวข้องของมาตรา  
 16 ในมาตรา 6 .....143

4.3. ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป  
 ตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS .....153

4.3.1 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางคำวินิจฉัยคดีอื่นของ  
 WTO ในการพิจารณาว่ามาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์เพื่อ  
 คุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ  
 .....154

4.3.2 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ว่า  
 มาตรการพิพาทจะมีความจำเป็นเมื่อผ่านการพิจารณาด้วยกระบวนการซึ่งน้ำหนักและ  
 ถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้อง .....157

4.3.3 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในเรื่อง  
 การบังคับใช้มาตรการพิพาทต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ หรือไม่มี  
 เหตุผลอันสมควร หรือก่อให้เกิดข้อจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าบริการ .....161

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....183

5.1 บทสรุป.....183

5.2 ข้อเสนอแนะ .....195

ภาคผนวก ก GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES .....197

Preamble.....197

Article XIV: General Exceptions .....198

Article XVI: Market Access.....199

Article XVII: National Treatment .....200

ภาคผนวก ข Scheduling of Initial Commitment in trade in Services: Explanatory Note.....201



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ภาคผนวก ก THE UNITED STATES OF AMERICA SCHEDULE OF SPECIFIC  
 COMMITMENTS.....211  
 บรรณานุกรม .....227  
 ประวัติผู้เขียน .....236



2979321983

CU Theses 5886043334 thesis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

## สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 ข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกา .....	38
ตารางที่ 2 ข้อผูกพันรายสาขาของสหรัฐอเมริกา .....	39
ตารางที่ 3 ข้อผูกพันรายสาขาของจีน เฉพาะสาขาบริการทางการเงิน 7 ปี ในรูปแบบการให้บริการ การจัดตั้งธุรกิจ (รูปแบบการให้บริการที่ 1 : การให้บริการทางไกล).....	81
ตารางที่ 4 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดี Mexico – Telecom ในการพิจารณาว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสาร เสริมการตีความ ตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ .....	131
ตารางที่ 5 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling ในกรณีประเทศสมาชิกไม่ได้ระบุชัดแจ้ง ว่าตารางข้อผูกพันของประเทศตนไม่ได้จัดทำตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อ ผูกพัน ส่งผลให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกจะถูกพิจารณาตามเอกสาร W/120 และแนวทางการ จัดทำตารางข้อผูกพัน.....	132
ตารางที่ 6 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางการพิจารณาตารางข้อ ผูกพันที่กำหนดให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกต้องพิจารณาข้อผูกพันรายสาขาประกอบกับข้อ ผูกพันทั่วไป .....	135
ตารางที่ 7 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับคำวินิจฉัยคดี Mexico – Telecom ว่า มาตรการที่เทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นมาตรการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) .....	148
ตารางที่ 8 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินในคดี US Gambling ในเรื่องการกำหนดโควตาเท่ากับ ศูนย์ไม่ใช่การจำกัดเชิงปริมาณภายใต้มาตรา 16 ของ GATS.....	151
ตารางที่ 9 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับหลักการตีความสนธิสัญญาตาม มาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ โดยการพิจารณาบริบทที่เกี่ยวข้องของมาตรา 16 ในมาตรา 6 .....	152



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ตารางที่ 10 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในการพิจารณาว่ามาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย.....167

ตารางที่ 11 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ว่า มาตรการพิพาทจะมีความจำเป็นเมื่อผ่านการพิจารณาด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้อง.....175

ตารางที่ 12 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในเรื่องการบังคับใช้มาตรการพิพาทต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ หรือไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือก่อให้เกิดข้อจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าบริการ.....181



2979321983

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การค้าบริการมีแนวโน้มที่สูงขึ้นในทุกประเทศทั่วโลก ตลอดเวลาหลายทศวรรษที่ผ่านมา ภาคบริการเป็นตัวขับเคลื่อนใหม่ของระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศรายได้ระดับปานกลาง อีกทั้งภาคบริการมีส่วนช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต ความสามารถในการแข่งขัน และการเติบโตของทั้งระบบเศรษฐกิจ

การขยายตัวของสัดส่วนผลผลิตภาคบริการต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหมดมีแนวโน้มที่สูงขึ้นทั่วโลก รายงานของธนาคารโลก (World Bank 2017) ระบุว่า ข้อมูลในปี ค.ศ. 1995 ซึ่งเป็นปีที่ความตกลง GATS มีผลใช้บังคับ ผลผลิตในสาขาบริการมีการเจริญเติบโตร้อยละ 8.525 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (Gross Domestic Product - GDP) เฉลี่ยของทุกประเทศทั่วโลก และในปี ค.ศ. 2017 ผลผลิตในสาขาบริการ (Trade in Commercial Services) มีการเจริญเติบโตร้อยละ 12.976 ของ GDP เฉลี่ยของทุกประเทศทั่วโลก ("Trade in services (% of GDP),")<sup>1</sup> และมีการเจริญเติบโตของการค้าสินค้า (Merchandise Trade) อยู่ที่ร้อยละ 44.453 ของ GDP ("International Trade and Market Access Data,")<sup>2</sup> ในปี ค.ศ. 2018 ทุกประเทศทั่วโลกมีการส่งออกการค้าบริการ คิดเป็นมูลค่า 5,769,670 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และมีการนำเข้าการค้าบริการ คิดเป็นมูลค่า 5,485,180 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยสหภาพยุโรปเป็นอันดับ 1 ทั้งการส่งออกและนำเข้าผลผลิตการบริการ คิดมูลค่าการส่งออกเป็น 2,525,292.40 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และมูลค่าการนำเข้าเป็น 2,152,797.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ("Merchandise trade (% of GDP),")<sup>3</sup>

กรณีของประเทศไทย ในปี ค.ศ. 2017 พบว่าภาคบริการ (Trade in Commercial Services) มีความสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจไทยคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 26.838 ของ GDP

---

<sup>1</sup>[https://data.worldbank.org/indicator/BG.GSR.NFSV.GD.ZS?end=2017&name\\_desc=true&start=1960](https://data.worldbank.org/indicator/BG.GSR.NFSV.GD.ZS?end=2017&name_desc=true&start=1960), เข้าถึงเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2562.

<sup>2</sup> <https://data.worldbank.org/indicator/TG.VAL.TOTL.GD.ZS>, เข้าถึงเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2562.

<sup>3</sup>[https://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/statis\\_bis\\_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}](https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_bis_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}), เข้าถึงเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2562.



ของประเทศไทย ("Merchandise trade (% of GDP),")<sup>4</sup> และมีมูลค่าการค้าของสินค้าเกษตร ป่าไม้ และการประมง (Agriculture, Forestry, and Fishing) อยู่ที่ร้อยละ 8.7 ของ GDP ของประเทศไทย ("Agriculture, forestry, and fishing, value added (% of GDP),")<sup>5</sup> และการค้าสินค้า (Merchandise Trade) มีการเติบโตร้อยละ 100.6 ของ GDP ของประเทศไทย ("Merchandise trade (% of GDP),")<sup>6</sup> (ข้อมูลจากธนาคารโลก) และในปี ค.ศ. 2018 ประเทศไทยได้ส่งออกผลผลิต การบริการ คิดเป็นมูลค่า 83,768.8 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และได้นำเข้าผลผลิตการบริการ คิดเป็นมูลค่า 54,998.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ (ข้อมูลจากองค์การการค้าโลก) ("International Trade and Market Access Data,")<sup>7</sup>

สืบเนื่องจากความสำคัญของภาคบริการดังกล่าว ภาคบริการจึงได้ถูกนำเข้ามาในวงการเจรจาการค้าระหว่างประเทศตั้งแต่การเจรจาอบอูร์กวย โดยผลการเจรจาการค้าบริการครั้งนั้น ก่อให้เกิดความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services – GATS) (พิมพ์ชนก วอนขอพร, 2551, สิงหาคม)<sup>8</sup> ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งกรรมสารสุดท้าย (Final Act) โดยมีการวางกรอบวัตถุประสงค์ของการเจรจาเพื่อสร้างกรอบของกฎและข้อบังคับที่เป็นลักษณะพหุภาคีสำหรับการค้าในสาขาบริการ เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศดำเนินไปด้วยความโปร่งใส มีการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ ส่งเสริมความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศคู่ค้าทั้งหมด และส่งเสริมการพัฒนาในประเทศกำลังพัฒนา โดยคำนึงถึงเป้าหมายเชิงนโยบายของกฎหมายและการกำกับดูแลของประเทศ (พรเทพ เบาอภิกุล, 2548, พฤษภาคม)<sup>9</sup>

เพื่อให้การค้าบริการมุ่งไปสู่การค้าเสรีมากขึ้นในอนาคต ความตกลง GATS ได้กำหนดให้มีการเจรจาเปิดตลาด (market access negotiation) ทุก ๆ 5 ปี นับจากการเจรจากรอบก่อนหน้า (พิมพ์ชนก วอนขอพร, 2551, สิงหาคม)<sup>10</sup> และในส่วนของ การดูแลและดำเนินงานภายใต้ GATS นั้น

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> [https://data.worldbank.org/indicator/NV.AGR.TOTL.ZS?name\\_desc=true](https://data.worldbank.org/indicator/NV.AGR.TOTL.ZS?name_desc=true), เข้าถึง เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2562.

<sup>6</sup> [https://data.worldbank.org/indicator/TG.VAL.TOTL.GD.ZS?name\\_desc=true](https://data.worldbank.org/indicator/TG.VAL.TOTL.GD.ZS?name_desc=true), เข้าถึง เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2562.

<sup>7</sup> [https://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/statis\\_bis\\_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}](https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_bis_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}), เข้าถึง เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2562

<sup>8</sup> พิมพ์ชนก วอนขอพร, 'การเจรจาการค้าบริการใน WTO', เอกสารวิชาการหมายเลข 21, โครงการ WTO Watch (จัดกระแสดงการค้าโลก), สิงหาคม 2551, หน้า 1,2.

<sup>9</sup> พรเทพ เบาอภิกุล, 'GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ', เอกสารวิชาการหมายเลข 3, โครงการ WTO Watch (จัดกระแสดงการค้าโลก), พฤษภาคม 2548, หน้า 27.

<sup>10</sup> พิมพ์ชนก วอนขอพร, 'การเจรจาการค้าบริการใน WTO', เอกสารวิชาการหมายเลข 21, โครงการ WTO Watch (จัดกระแสดงการค้าโลก)

คณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งอยู่ภายใต้คณะมนตรีทั่วไป ทำหน้าที่เป็นตัวกลางที่จะดูแลและจัดการเจรจาการค้าในสาขาบริการ(พรเทพ เบาอภิกุล, 2548, พฤษภาคม)<sup>11</sup>

นับตั้งแต่ความตกลง GATS ที่มีผลใช้บังคับเมื่อ ค.ศ. 1995 จนถึงปัจจุบัน (ณ วันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 2019) พบว่ามีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความตกลง GATS ทั้งหมด 29 คดีที่ได้มีการร้องขอปรึกษาหารือร่วมกันระหว่างประเทศคู่กรณี และมี 9 คดี ที่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทชั้นคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท และมีเพียง 6 ใน 9 คดี ที่ประเทศคู่กรณีได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ และองค์กรอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัย โดยคดี US Gambling เป็นคดีแรกของ GATS ที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทบัญญัติของ GATS เกี่ยวกับข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งประเทศสมาชิกสามารถนำมาใช้อ้างในการจำกัดทางการค้า ภายใต้เงื่อนไขบทบัญญัติดังกล่าวและพบว่าคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ที่มีต่อคดีนี้ มีหลายประเด็นที่มีความชัดเจนขึ้น แต่ถึงกระนั้นก็ยังมียกข้อถกเถียงที่น่าสนใจในวงการวิชาการอีกหลายประเด็นที่องค์กรอุทธรณ์ตัดสินไม่สอดคล้องกับข้อกฎหมายของ WTO และแนวคำวินิจฉัยในคดีอื่น

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาประเด็นพิพาทที่ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ทั้งหมด 3 ประเด็น ซึ่งเกี่ยวข้องกับมาตรา 20 ของความตกลง GATS แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันฉบับปี ค.ศ. 1993 (ทั้งนี้ แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 1993 มีการแก้ไขต่อมาในวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2001 แต่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 2001 มีผลบังคับใช้กับตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกที่ได้จัดทำขึ้นหลังจากวันที่มีการรับรองแนวทางการจัดทำข้อผูกพันเฉพาะ ค.ศ. 2001 และไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง กล่าวคือไม่บังคับใช้กับตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกที่ได้จัดทำขึ้นก่อนวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2001 ดังนั้น ตามที่ตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาได้จัดทำและถูกรับรองขึ้นในวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 จะถูกพิจารณาตามแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 1993 (World Trade Organization, 2001b)<sup>12</sup>) และข้อยกเว้น

---

การค้าโลก), สิงหาคม 2551, หน้า 2.

<sup>11</sup> พรเทพ เบาอภิกุล, 'GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ', เอกสารวิชาการหมายเลข 3, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก), พฤษภาคม 2548, หน้า 28.

<sup>12</sup> The 2001 Scheduling Guidelines, at 3 n. 1 :

“This document is the result of a revision exercise carried out in the Committee on Specific Commitments. The exercise was based on the two documents which were produced and circulated during the Uruguay Round negotiations: MTN.GNS/W/164, entitled Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note of 3 September 1993, and document MTN.GNS/W/164/Add.1, entitled Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, Addendum of 30 November 1993. These guidelines shall



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ทั่วไปในมาตรา 14 ของความตกลง GATS พร้อมนำเอาหลักการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 31 และมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญามาพิจารณาความสอดคล้องของ คำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์คดี US Gambling กับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ องค์กรการค้าโลก โดยมีประเด็นพิพาทที่จะวินิจฉัย ได้แก่

### 1.1.1 ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับพันธกรณีภายใต้ GATS ของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่า สหรัฐอเมริกามีได้ผูกพันการเปิดเสรีในบริการการพนันขั้นต้น เนื่องจากในตารางข้อผูกพันรายสาขาของสหรัฐอเมริกา ระบุว่าไม่มีข้อจำกัด (none) ทั้งข้อผูกพันการ เข้าสู่ตลาด และข้อผูกพันหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้สาขาบริการย่อย 10.D. สาขาบริการ สันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) และการบริการพนันขั้นต้นมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่ากีฬา ซึ่ง หมายความว่าสหรัฐอเมริกาได้เปิดตลาดสำหรับสาขาบริการย่อย 10.D และยกเว้นไม่ต้องเปิดตลาด สำหรับสาขาการบริการพนันขั้นต้น อีกทั้งการจัดทำตารางของสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกามีได้ใช้เลข รหัสสาขาบริการ (CPC codes) ที่กำหนดไว้ในเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อ ผูกพัน (สิทธิกร นิพนธ์, 2009)<sup>13</sup> ไว้ในตารางข้อผูกพันของตน

องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling วินิจฉัยว่าตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในส่วน ของข้อผูกพันรายสาขาได้กำหนดข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดและหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติแก่สาขาการ บริการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) อย่างไม่มีข้อจำกัด และขอบเขตของสาขาบริการย่อยการ พนันขั้นต้นจะต้องพิจารณาตามแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน และเอกสาร W/120 ในกรณีนี้ ประเทศสมาชิกอาจแบ่งสาขาการบริการให้แตกต่างจากเอกสาร W/120 ได้ แต่ประเทศสมาชิกต้อง กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า สาขาการบริการในตารางตนต่างจากที่กำหนดไว้ใน W/120 และระบบการ ตั้งชื่อสาขาการผลิตสินค้าและบริการกลางแห่งสหประชาชาติ (UN CPC) อย่างไร รวมทั้งจะต้องนิยาม ขอบเขตสาขาบริการและสาขาบริการย่อยให้ละเอียดอย่างเพียงพอ (US Gambling, 2005)<sup>14</sup> แต่

---

be applicable as of the date of their adoption. It should be understood that schedules in force prior to the date of this document have been drafted according to MTN.GNS/W/164 and MTN.GNS/W/164/Add.1.”

<sup>13</sup> เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารที่สำนักเลขาธิการ GATT จัดทำขึ้นตามข้อเรียกร้องของประเทศ ภาคีสสำหรับการจัดทำตารางข้อผูกพันในคราวการประชุมการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย เอกสารทั้งสองฉบับนี้ได้วางแนวทางการจัดทำตาราง ข้อผูกพันและการจัดแบ่งสาขาการบริการ เอกสาร W/120 ได้กำหนดเลขรหัสแทนสาขาบริการและสาขาบริการย่อยต่างๆ พร้อมนิยาม สาขาบริการและสาขาบริการย่อยดังกล่าวไว้ เอกสารฉบับนี้กำหนดเลขรหัสและนิยามสาขาบริการตามระบบการตั้งชื่อสาขาการผลิต สินค้าและบริการกลางแห่งสหประชาชาติ (UN CPC)

<sup>14</sup> Appellate Body Report, ‘US-Gambling’, para. 203.



สหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนดังกล่าว องค์การอุทธรณ์จึงนำเอกสารทั้งสองมาพิจารณาโดยอาศัยวิธีเสริมการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (*US Gambling*, 2005)<sup>15</sup>

องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาเอกสาร W/120 ซึ่งเป็นเอกสารที่ได้กำหนดเลขรหัสแทนสาขาบริการและสาขาบริการย่อยต่าง ๆ ตามระบบการตั้งชื่อสาขาการผลิตสินค้าและบริการกลางแห่งสหประชาชาติ (UN CPC) โดยในกลุ่มที่ 964 อันเป็นกลุ่มสาขาบริการย่อย 10.D (การกีฬาและการบริการสันทนาการอื่น) ได้แยกประเภทการบริการย่อย ออกเป็นสาขาการบริการการกีฬา (9641) สาขาการบริการสันทนาการอื่น (9649) โดยสาขาการบริการสันทนาการอื่น (9649) ได้แบ่งย่อยสาขาลงไปอีก โดยหนึ่งในนั้นคือ สาขาย่อยการบริการพนันขั้นต่อ (96492) (*US Gambling*, 2005)<sup>16</sup> ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจึงต้องผูกพันเรื่องการเข้าสู่ตลาดและการให้การประติบัติดีเยี่ยงคนชาติในสาขาการบริการการพนันขั้นต่อด้วย ภายใต้สาขาบริการการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) (*US Gambling*, 2005)<sup>17</sup>

อย่างไรก็ดี Dr.Federio Ortino อาจารย์มหาวิทยาลัย King's College London สาขากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ และเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย WTO เห็นแย้งว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นหลักฐานที่แสดงถึงความเป็นเอกฉันท์หรือความตกลง ซึ่งประเทศผู้เจรจาในความตกลงรอบอุรุกวัยต่างใช้ในฐานะเอกสารต้นแบบ (default model) จึงเห็นว่าเอกสารดังกล่าวควรมีฐานะเป็นเอกสารตีความตามมาตรา 31 ไม่ใช่มาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา (Ortino, 2006)<sup>18</sup> ซึ่งแม้ไม่ได้มีผลเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยคดี *US Gambling* ว่าการบริการการพนันขั้นต่ออยู่ภายใต้สาขาบริการย่อย 10. D ตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา แต่การตีความเอกสารทั้งสองตามมาตรา 31 จะยิ่งเพิ่มน้ำหนักต่อการตีความสนธิสัญญา มากกว่าการใช้มาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา เนื่องจากมาตรา 31 เป็นวิธีการหลักในการตีความสนธิสัญญา ซึ่งสะท้อนถึงเจตนารมณ์ของประเทศสมาชิกได้ชัดเจน แต่คำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ที่พิจารณาว่าเอกสารทั้งสองฉบับเป็นเอกสารเสริมการตีความตามมาตรา 32 กลับสร้างความไม่ชัดเจนถึงหลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนา

<sup>15</sup> Ibid., para. 197.

<sup>16</sup> Ibid., para. 201.

<sup>17</sup> Ibid., para. 213.

<sup>18</sup> Federico Ortino, 'Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in *US-Gambling* : A Critique', *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press 2006, page 13.



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

### 1.1.2 ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด

ตามที่สหรัฐอเมริกาได้ออกมาตรการพิพาท ซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐ โดยกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง ได้แก่ กฎหมาย the Wire Act ค.ศ. 1961 กฎหมาย the Travel Act ค.ศ. 1961 และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act ค.ศ. 1970 ซึ่งล้วนเป็นกฎหมายห้ามมิให้มีการให้บริการพนันขึ้นต่อทางไกล

องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่าตามที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าผูกพันต่อสาขาบริการการพนันขึ้นต่อทางไกล การพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการพิพาทกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดขึ้นอยู่กับขอบเขตของตารางข้อผูกพันรายสาขาในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา ในกรณีนี้ สหรัฐอเมริการะบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) ในข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดนั้นหมายความว่าสหรัฐอเมริกาได้เข้าผูกพันต่อการเข้าสู่ตลาดเต็มรูปแบบตามมาตรา 16 ต่อสาขาบริการย่อย 10. D การบริการพนันขึ้นต่อ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายห้ามมิให้มีการให้บริการการพนันขึ้นต่อทางไกล เนื่องจากไม่ได้ระบุมาตรการเช่นว่านี้ในตารางข้อผูกพันนับแต่แรกเมื่อมีการเปิดเสรี ตามมาตรา 16 ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้มีการเข้าสู่ตลาดโดยให้การประติบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่น ซึ่งเป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ประเทศสมาชิกได้ระบุไว้ภายใต้ข้อกำหนด ข้อจำกัด และเงื่อนไขที่ตกลงในตารางข้อผูกพันของประเทศตน โดยประเทศสมาชิกจะต้องไม่คงไว้หรือนำมาใช้ซึ่งมาตรการอันเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดที่ระบุไว้ใน มาตรา 16 : 2 (เอ) – (เอฟ) เว้นแต่ว่าได้ระบุมาตรการเช่นนี้ในตารางข้อผูกพันนับแต่แรกเมื่อมีการเปิดเสรี

โดยในคดีนี้ องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่า **ประการแรก** มาตรการของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวเป็นการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการต่างประเทศในรูปแบบโควตาเชิงปริมาณภายใต้ความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ) เพราะเป็นการห้ามทั้งหมด (total prohibition) มิให้ผู้ให้บริการใช้หนึ่งวิธี หลายวิธี หรือทุกวิธีของการส่งมอบการให้บริการตามรูปแบบการให้บริการทางไกล (*US Gambling*, 2005)<sup>19</sup> และ **ประการที่สอง** การจำกัดจำนวนของการดำเนินการบริการทั้งหมด หรือจำกัดปริมาณของผลการบริการทั้งหมดในรูปแบบโควตาอยู่ภายใต้ความหมายของมาตรา 16 : 2 (ซี) ‘อันเนื่องมาจากโควตาเท่ากับศูนย์ ซึ่งจำกัดหนึ่งหรือหลายวิธีหรือวิธีทั้งหมดของการส่งมอบบริการที่กำหนดไว้ในรูปแบบการให้บริการที่ 1’ (*US Gambling*, 2005)<sup>20</sup> ดังนั้น การห้ามมิให้มีการให้บริการการพนันทางไกลของ

<sup>19</sup> Appellate Body Report, ‘US-Gambling’, para. 239.

<sup>20</sup> Ibid., para. 252.



สหรัฐอเมริกา จึงไม่สอดคล้องกับพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 ของ GATS

แต่ศาสตราจารย์ Donald H. Regan อาจารย์สอนวิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศของ University of Michigan ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากคำว่า ‘โควตา’ มีความหมายโดยทั่วไปคือการจำกัดโควตาเชิงปริมาณที่มากกว่าศูนย์ แต่การให้โควตาเท่ากับศูนย์เป็นจำนวนที่ปราศจากการนับตัวเลข (Regan, 2007)<sup>21</sup> การกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์แก่คนชาติ เนื่องจากจะไม่มีบริการหรือผู้ให้บริการต่างประเทศรายใดที่ได้รับอนุญาตให้บริการการพนันทางไกล จึงควรวิเคราะห์ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 17 ไม่ใช่มาตรา 16 ในเรื่องการเข้าสู่ตลาด (Regan, 2007)<sup>22</sup>

### 1.1.3 ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS

คดี US Gambling เป็นคดีแรกของ GATS ที่มีการอ้างข้อยกเว้นทั่วไปเรื่องการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน และสหรัฐอเมริกาได้อ้างว่ากฎหมายการห้ามการให้บริการการพนันชั้นต่อไปเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน องค์การอุทธรณ์ได้ใช้แนวทางการวินิจฉัยข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 ของ GATS ตามแนวทางของการวินิจฉัยข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 20 ของ GATT โดยมาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ (two – tier test) คือตรวจสอบว่ามาตรการของประเทศสมาชิกสอดคล้องกับอนุมาตราที่กล่าวอ้างหรือไม่เป็นอันดับแรก จากนั้นจึงตรวจสอบในส่วนเนื้อหาของข้อยกเว้นทั่วไป

แม้ว่ามาตรการภายใต้ความตกลง GATS ขัดแย้งกับพันธกรณีที่กำหนดไว้ตามความตกลง GATS แต่ประเทศสมาชิกอาจอ้างข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อคงมาตรการดังกล่าวได้ คดี US Gambling เป็นการโต้แย้งเรื่องการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ตามมาตรา 14 ของ GATS ในการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนภายใต้กรอบความตกลงการค้าระหว่างประเทศ การที่ GATS กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปนี้ไว้แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการสร้างสมดุลระหว่างการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศสมาชิกในการให้ความสำคัญแก่คุณค่าในเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการพิจารณาว่ามาตรการจำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับการพิจารณามาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้อง

<sup>21</sup> Donald H. Regan, ‘A Gambling Paradox : Why an Origin-Neutral ‘Zero-Quota’ Is Not a Quota Under GATS Article XVI’, University of Michigan Law School, J. World Trade 41, no.6 (2007), page 1303.

<sup>22</sup> Ibid., page 1308, 1309.



ศีลธรรมอันดี ตามมาตรา 20 (เอ) ของ GATT

ประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นจะต้องเสนอพยานหลักฐานและข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อพิสูจน์ให้ได้ว่ามาตรการของตนได้ออกแบบมาเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่กำหนดไว้ตามอนุมาตราย่อยของมาตรา 14 ของ GATS โดยในบริบทของมาตรา 14 (เอ) คือการพิสูจน์ว่ามาตรการของประเทศสมาชิกที่ออกแบบมาเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นมาตรฐานของการกระทำที่ถูกรื้อหรือผิดในสังคมซึ่งแปรเปลี่ยนไปตามศาสนา วัฒนธรรม ประเพณีของสังคม ประเทศสมาชิกจึงมีศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ตนมุ่งคุ้มครองแตกต่างกัน

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าหากยอมให้มีการให้บริการพนันขั้นต่อทางไกลเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา จะส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีแก่ประชาชนที่สหรัฐอเมริกาต้องการจะให้ความคุ้มครอง องค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ได้ตรวจสอบเหตุผลของผู้ร่างกฎหมายในคำแถลงการณ์ประกาศใช้กฎหมายพิพาท และรายงานของสภาองเกรส ผู้ร่างในฐานะตัวแทนของประชาชนซึ่งเป็นผู้พิจารณาการออกมาตรการเพื่อมุ่งหวังป้องกันการฟอกเงิน องค์กรอาชญากรรม การฉ้อโกง การพนันในกลุ่มเยาวชนและกลุ่มคนที่ติดการพนัน อีกทั้งเงินได้จากการพนันยังหล่อเลี้ยง องค์กรอาชญากรรม และนำไปสู่การให้ความสนับสนุนทางการเงินแก่กิจกรรมที่ผิดกฎหมายประเภทอื่นได้ (Regan, 2007)<sup>23</sup>

เกณฑ์การพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling และในคดีอื่น ๆ ที่ได้ตัดสินในบริบทของศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์ขอบเขตของ “ศีลธรรมอันดี” ที่ชัดเจน ประเทศผู้อ้างข้อยกเว้นทั่วไปใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการกำหนดมาตรฐานศีลธรรมอันดีของประเทศตน ทำให้เกิดขอบเขตการใช้อย่างกว้างขวางเนื่องจากความไม่ชัดเจนของคำนิยามของข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งประเทศสมาชิกอาจนำมาใช้ในทางที่มีชอบได้ง่าย และอาจไม่ได้นำมาใช้เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างแท้จริง แต่อาจนำไปใช้เพื่อปกป้องผู้ให้บริการภายในประเทศ

การวินิจฉัยว่ามาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ มิใช่เพียงการพิจารณาว่า การไม่เข้าร่วมการปรึกษาหารือกับประเทศคู่กรณีจะทำให้มาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น มาตรการหนึ่งมาตรการใดจะเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นก็ต่อเมื่อมีมาตรการอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการข้อพิพาท หรือมีมาตรการอื่นที่ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่า มาตรการพิพาท และมาตรการอื่นจะต้องเป็นมาตรการที่เป็นไปได้ทางปฏิบัติ คือเป็นมาตรการที่ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้โดยไม่ก่อให้เกิดภาระการดำเนินการมากเกินไป

<sup>23</sup> Ibid., para. 296, 299.

ในคดี US Gambling ได้วางหลักเรื่องภาระการพิสูจน์ว่าประเทศผู้ถูกร้องที่กล่าวอ้าง ข้อยกเว้นทั่วไปต้องนำสืบก่อนว่า มาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่อยู่ภายใต้ขอบเขตข้อยกเว้นทั่วไป วัตถุประสงค์ของมาตรการมีความสำคัญมากน้อยเพียงใด มาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่จะช่วยให้ บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด ประเทศผู้ถูกร้องไม่จำเป็นต้องนำสืบว่ามีมาตรการอื่นใดที่เป็น มาตรการที่ละเมิดพันธกรณีตามความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท หลังจากนั้น ประเทศผู้ร้องจะต้องนำสืบว่ามีมาตรการอื่นใดที่เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ประเทศผู้ ถูกร้องต้องการ แต่เป็นมาตรการที่ละเมิดพันธกรณี GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท องค์การอุทธรณ์ใน คดีนี้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์แล้วว่ามาตรการพิพาทที่ออกกฎหมายห้ามการบริการการพนัน ทางไกลเป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา 14 (เอ) GATS และแอนติกัวร์ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ามี มาตรการทางเลือกที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับการปกป้องที่ประเทศผู้ถูกร้องต้องการและ ละเมิดพันธกรณีตามความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท

ในท้ายที่สุดประเทศสมาชิกต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องตามบทนำของ ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 กล่าวคือ ต้องพิสูจน์ว่าการใช้มาตรการของประเทศสมาชิกไม่ได้เป็นไป โดยเลือกปฏิบัติบิดเบือนอำเอวใจหรือไม่สมเหตุสมผล ในระหว่างประเทศสมาชิกต่าง ๆ ที่อยู่ใน สถานการณ์เดียวกัน หรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง

องค์การอุทธรณ์ในคดีนี้เห็นว่ากฎหมายการห้ามการพนันของสหรัฐอเมริกาไม่เข้าเงื่อนไขบท นำเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติอย่างผลการหรือไม่มีเหตุผล องค์การอุทธรณ์เห็นว่า เนื่องจาก สหรัฐอเมริกามีได้นำสืบอย่างชัดเจนว่า สหรัฐอเมริกาบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันระหว่างรัฐ (Interstate Horseracing Act) อย่างไม่เลือกปฏิบัติ กฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้ผู้ให้บริการ ภายในประเทศบางรายให้บริการแข่งม้าได้ ขณะที่ห้ามผู้ให้บริการจากต่างประเทศให้บริการดังกล่าว ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างผลการและไม่มีเหตุผล และไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอาร์มบทของมาตรา 14 ของ GATS

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคดี US Gambling ในบทที่ 2 การ ปรับใช้กฎหมายดังกล่าวในคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยที่ผ่านมาของ WTO ในข้อกฎหมายที่ เกี่ยวข้องในบทที่ 3 และการวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำวินิจฉัยในคดี US Gambling กับข้อ กฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO ในบทที่ 4

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- (1) เพื่อศึกษาปัญหาและประเด็นสำคัญทางกฎหมายจากคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ใน



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10



คดี US Gambling

- (2) เพื่อศึกษาแนวทางในการตีความตารางข้อผูกพันของ GATS
- (3) เพื่อศึกษาขอบเขตพันธกรณีเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด
- (4) เพื่อศึกษาข้อกฎหมายและแนวทางตีความข้อยกเว้นทั่วไป ในเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชน ในบริบทของ GATS
- (5) เพื่อศึกษาถึงประเด็นในคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่ไม่สอดคล้องกับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO

### 1.3 สมมติฐาน

คำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ในประเด็นพันธกรณีภายใต้ GATS ของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพัน ประเด็นพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด และประเด็นการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS มีความไม่สอดคล้องกับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลก

### 1.4 วิธีการวิจัยและขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทางเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ซึ่งได้มาโดยการค้นคว้าจากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานของรัฐบาลและเอกชนต่าง ๆ วิทยานิพนธ์ กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่าง ๆ และวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ รวมถึงมีการสัมภาษณ์นักวิชาการ เพื่อนำข้อมูลดังกล่าวมาพิจารณาเพิ่มเติมด้วย

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) เพื่อให้เข้าใจแนวทางในการตีความตารางข้อผูกพันของ GATS
- (2) เพื่อทราบถึงพันธกรณีเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด
- (3) เพื่อให้เข้าใจถึงปัญหาและประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญของ WTO เกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชนตามบทบัญญัติ GATS
- (4) เพื่อทราบถึงประเด็นในคำวินิจฉัยคดี US Gambling ขององค์กรอุทธรณ์ที่ไม่สอดคล้องกับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO



## บทที่ 2

### ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคดี US Gambling

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services – GATS) เป็นความตกลงหนึ่งภายใต้ WTO ที่มีการเจรจาอย่างต่อเนื่อง เพื่อเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างประเทศอย่างค่อยเป็นค่อยไป (progressive liberalization) ตามความพร้อมของประเทศสมาชิกที่ประเทศสมาชิกได้กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพัน (Schedules of Specific Commitments)

GATS ได้กำหนดรูปแบบการค้าบริการที่อาจเกิดขึ้นได้ไว้ 4 รูปแบบ (mode of supply) ดังนี้ รูปแบบที่ 1 การบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) รูปแบบที่ 2 การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption Abroad) รูปแบบที่ 3 การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence) รูปแบบที่ 4 การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person)

รูปแบบการให้บริการที่พิพาทในคดี US Gambling เป็นการให้บริการในรูปแบบที่ 1 การให้บริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) คือการให้บริการจากพรมแดนของประเทศสมาชิกหนึ่งไปสู่อพรมแดนของประเทศสมาชิกอื่นที่เป็นผู้รับบริการ โดยผู้ให้บริการไม่ต้องปรากฏตัวอยู่ในประเทศผู้รับบริการ

ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ในการเจรจาเกี่ยวกับมาตรการที่ส่งผลต่อการค้าบริการในแต่ละสาขาเพื่อจัดทำตารางข้อผูกพันของแต่ละประเทศ โดยตารางข้อผูกพันนี้จะเป็นส่วนสำคัญของการเปิดเสรี เนื่องจากเป็นเอกสารที่ใช้บันทึกสาขาบริการที่ประเทศสมาชิกให้ความผูกพัน ข้อจำกัดเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด ข้อจำกัดเกี่ยวกับหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติและข้อผูกพันเพิ่มเติมที่มีต่อสาขาบริการ (World Trade Organization, 2015, 9 September)<sup>24</sup> ซึ่งทำให้ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีในการที่จะไม่สร้างข้อจำกัดต่อการเข้าสู่ตลาดและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างชาติ ที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามตารางข้อผูกพัน และเป็นการรับประกันว่าประเทศสมาชิกจะไม่เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดและเงื่อนไขในการให้บริการในตลาดที่จะส่งผลให้ผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกอื่นพบกับข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดและเงื่อนไขในการให้บริการในตลาดที่เป็นข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่มากกว่าที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันของตน

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพิจารณาถึงพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา โดยจะศึกษาสาขาบริการที่สหรัฐอเมริกาให้ความผูกพัน ข้อจำกัดเกี่ยวกับการเข้าสู่

<sup>24</sup> The European Services Forum, Analysis of GATS sectoral commitments of WTO member states undertaken in the Uruguay Round, 9 September 2015.



ตลาด ในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ โดยประเด็นที่พิพาทในคดีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้บริการการพนัน (รูปแบบการให้บริการข้ามพรมแดน) ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการพนันของประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกัน และไม่มี ความตกลง ความร่วมมือระหว่างประเทศใด ๆ ในเรื่องนี้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรม ความเชื่อและขนบธรรมเนียมของแต่ละประเทศซึ่งแตกต่างกันไป โดยส่วนใหญ่แล้ว ประเทศสมาชิกถือว่าการบริการที่ผิดกฎหมาย ประกอบกับแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 1993 ระบุว่าบริการใดที่เป็นบริการที่ผิดกฎหมาย ก็ไม่จำเป็นต้องระบุไว้ในตารางข้อผูกพันของประเทศตน (World Trade Organization)<sup>25</sup> ซึ่งแสดงว่าไม่ได้ผูกพันการเปิดบริการในสาขาบริการนี้ แต่บางประเทศกำหนดให้การพนันเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ประเทศออสเตรเลีย สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น (พงศธร ศรีสาคร & ยุทธโยธิน, 2552)<sup>26</sup> ดังนี้ ผู้เขียนจะเริ่มต้นศึกษาข้อกฎหมายที่เป็นประเด็นแห่งคดีโดยตรง กฎเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพื่อนำไปวิเคราะห์ว่าคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดีนี้สอดคล้องกับความตกลง GATS รวมถึงข้อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและแนวคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ WTO หรือไม่ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

## 2.1 ข้อกฎหมายที่เป็นประเด็นแห่งคดีโดยตรงในคดี US Gambling

ข้อกฎหมายที่เป็นประเด็นแห่งคดีโดยตรงที่ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ได้แก่ ข้อกฎหมายเกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพัน ข้อกฎหมายเกี่ยวกับพันธกรณีการเข้าสู่ตลาด และข้อกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป มาตรา 14 (เอ) ของ GATS

### 2.1.1 ข้อกฎหมายเกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพัน

ประเทศสมาชิก WTO ที่ได้จัดทำตารางข้อผูกพัน และผูกพันตนเองในการเปิดตลาดการค้าบริการภายใต้กรอบความตกลง GATS ให้แก่ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ย่อมผูกพันในสิทธิและหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันซึ่งประเทศสมาชิกได้จัดทำ เมื่อตารางข้อผูกพันทั้งข้อผูกพันทั่วไปและข้อ

<sup>25</sup> Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (S/L/92), World Trade Organization, 28 March 2001, para. 20:

“ All measures falling under Article 14 (General Exceptions) are excepted from all obligations and commitments under the Agreement, and therefore should not be scheduled...”

<sup>26</sup> พงศธร ศรีสาคร, สุรชาติพิท ยุทธโยธิน, “การพนันบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (ONLINE GAMBLING): ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ”, รายงานเสนอต่อสำนักงานศาลยุติธรรม ส่วนหนึ่งของการศึกษาอบรมตามหลักสูตรกฎหมายธุรกิจทางอิเล็กทรอนิกส์ ณ ควีนแมรี มหาวิทยาลัยลอนดอน 6-21 มิถุนายน 2552, หน้า 7-8.

ผูกพันรายสาขาเป็นส่วนหนึ่งของการขับเคลื่อนการค้าการบริการ มีผลให้ประเทศสมาชิกที่จัดทำข้อผูกพันจำต้องปฏิบัติตามระดับของความผูกพันในพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดและพันธกรณีหลักระดับตีแยงคนชาติที่ตนได้ระบุไว้ในสาขาบริการที่ระบุในตารางข้อผูกพัน เพื่อให้ระบบการค้าระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

### 2.1.1.1 สถานะทางกฎหมายของตารางข้อผูกพัน

ตารางข้อผูกพัน (Schedule of Specific Commitment) (World Trade Organization)<sup>27</sup> ที่แต่ละประเทศสมาชิกได้จัดทำขึ้นนั้น เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 วรรคสามของ GATS (World Trade Organization)<sup>28</sup> ซึ่งกำหนดว่า “ตารางข้อผูกพันจะเป็นภาคผนวกของความตกลงนี้และเป็นส่วนหนึ่ง (integral part) ของความตกลง” ผลทางกฎหมายคือตารางข้อผูกพันดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันประเทศสมาชิกตามเงื่อนไขและข้อจำกัดตามที่ระบุในข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal commitments) และข้อผูกพันรายสาขา (Sector-specific commitments) ของแต่ละประเทศและยอมผูกพันไม่ให้ประเทศสมาชิกลิดเบือนการค้าตามอำเภอใจ โดยการใช้นโยบายการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในระหว่างประเทศสมาชิกที่ได้รับการประกันผลประโยชน์ของตน

ดังนั้น สถานะทางกฎหมายของตารางข้อผูกพันจึงมีผลบังคับในทางกฎหมายในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศลักษณะสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ ตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นในระหว่างประเทศสมาชิกที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามหรืองดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ตามที่ข้อผูกพันกำหนดตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เมื่อประเทศสมาชิกได้แสดงเจตนารมณ์ใดในสนธิสัญญาใด ๆ ย่อมต้องผูกพันปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริต ("Vienna Convention on the Law of Treaties 1969," 1969)<sup>29</sup> และจะต้องไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางหรือทำลายวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้น ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามความผูกพันในตารางข้อผูกพันเป็นการ

<sup>27</sup> เนื่องด้วยความเร่งรีบในการจัดทำความตกลง GATS และประเทศสมาชิกต้องจัดทำตารางข้อผูกพันเบื้องต้น เพื่อให้เสร็จสิ้นทันต่อการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย การจัดทำตารางข้อผูกพันในช่วงระยะเวลาดังกล่าวของประเทศสมาชิกอาจไม่สมบูรณ์ รวมถึงการตั้งชื่อตารางข้อผูกพันก็มีความคลาดเคลื่อนไป ซึ่งโดยเนื้อหาของ Schedule of Specific Commitment ที่แต่ละประเทศสมาชิกต้องจัดทำเป็นการระบุเนื้อหาของข้อผูกพันที่รวมทั้งข้อผูกพันทั่วไป และข้อผูกพันรายสาขา มิได้กำหนดเพียงแต่รายละเอียดของข้อผูกพันรายสาขาเท่านั้น ทั้งนี้ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอเรียก Schedule of Specific Commitment ว่าตารางข้อผูกพัน และเรียก Sector-specific commitments ว่าข้อผูกพันรายสาขา

<sup>28</sup> Article XX: 3 GATS “Schedules of specific commitments shall be annexed to this Agreement and shall form an integral part thereof.”

<sup>29</sup> Article 26 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบในระหว่างประเทศ (International Responsibility) ของประเทศสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นต่อประเทศสมาชิกอื่น ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีของประเทศสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าว

### 2.1.1.2 ประเภทของตารางข้อผูกพัน

การจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นการที่ประเทศสมาชิกยื่นเสนอข้อผูกพันเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการของประเทศสมาชิก กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเสนอเปิดตลาดบริการของตนให้กับประเทศสมาชิกอื่น ได้เข้าไปแข่งขันการให้บริการโดยที่ประเทศสมาชิคนั้นผูกพันว่าจะไม่ออกมาตรการใด ๆ ที่เป็นข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดและการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติของตนมากกว่าที่ได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน

ตารางข้อผูกพันจะระบุเงื่อนไขและข้อจำกัดในการเปิดเสรีการค้าบริการไว้ ซึ่งจะแบ่งเป็น 2 ส่วน ดังนี้

(1) ตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal commitments) คือ ตารางข้อผูกพันที่ครอบคลุมทุกสาขาบริการ และใช้อ้างอิงเมื่อมีการแสดงถึงข้อผูกพันรายสาขาในแต่ละสาขา โดยมีลักษณะเป็นภาพรวมเพื่อจะได้อ้างอิงไม่ต้องกล่าวซ้ำซ้อนทุกเรื่อง โดยกำหนดเนื้อหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการ โดยไม่คำนึงว่าประเทศสมาชิกจะได้อำนาจตารางข้อผูกพันรายสาขาของตนไว้เช่นไร ซึ่งลักษณะของข้อผูกพันทั่วไปจะนำมาใช้กับทุกสาขาบริการ ประเทศสมาชิกมักจะกำหนดเงื่อนไข หรือ ข้อจำกัดครอบคลุมถึงเรื่องต่อไปนี้

- การลงทุนทางตรงของต่างชาติ (Foreign Direct Investment : FDI)
- การถือครองอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Acquisition)
- การให้การอุดหนุนโดยรัฐ หรือภาษีอากร (Government Subsidies or Taxation)
- การเข้ามาและอาศัยอยู่ชั่วคราวของบุคคลธรรมดา (Entry and Temporary Stay of Natural Persons) (" The United States of America's Schedule of Specific Commitments," 1994)<sup>30</sup>

(2) ตารางข้อผูกพันรายสาขา (Sector -specific commitments) คือตารางที่ระบุรายละเอียดของข้อผูกพันในแต่ละสาขาที่ประเทศสมาชิกประสงค์จะเปิดเสรีการค้าบริการ และเนื่องจากสภาพที่แตกต่างกันไปในแต่ละสาขาบริการจึงมีการกำหนดข้อผูกพันเป็นกรณี ๆ ไปตามแต่

<sup>30</sup> The United States of America's Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/90, 15 April 1994. See also, Mexico's Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/56, 15 April 1994.

สาขาบริการ ทั้งนี้ประเทศสมาชิกที่ยื่นข้อผูกพันสามารถตั้งข้อจำกัดในรูปแบบของการให้บริการทั้ง 4 รูปแบบได้ ดังนั้น ประเทศสมาชิกจะต้องเจรจาเพื่อจัดทำตารางข้อผูกพันในสาขาบริการที่พร้อมจะเปิดเสรี และจะกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขอย่างไรก็ดีก็ต้องระบุลงในตารางข้อผูกพัน โดยตารางข้อผูกพันจะประกอบด้วยสาขาหรือสาขาย่อยที่ประเทศสมาชิกเสนอที่จะผูกพัน คือสาขาบริการตามทีกลุ่มเจรจาวาด้วยการบริการ (Group of Negotiation on Services – GNS) ได้ร่วมกันกำหนดสาขาบริการไว้ทั้งสิ้น 12 สาขา ตามที่ปรากฏใน Service Sectoral Classification List (World Trade Organization)<sup>31</sup> เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการเจรจาจัดทำตารางข้อผูกพัน

### 2.1.1.3 พันธกรณีทั่วไปตามความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ GATS

#### (ก) ข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Limitations on Market Access)

โดยหลักการค้าเสรี ประเทศสมาชิก WTO ควรเปิดโอกาสให้คนชาติของประเทศสมาชิกอื่นเข้าไปประกอบธุรกิจการค้าบริการในประเทศตนได้โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขอย่างใด ๆ มาตรการการจำกัดการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 ประกอบด้วย มาตรการอันเป็นการจำกัดปริมาณ ตามอนุมาตรา (เอ) – (ดี) และมาตรการจำกัดในรูปแบบนิติบุคคลตามอนุมาตรา (อี) และการเข้าถึงหุ้นต่างชาติ ตามอนุมาตรา (เอฟ) มาตรการอันเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดมีเพียงเท่าที่ระบุไว้ในมาตรา 16 และมาตรการดังกล่าวอาจมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 17 ได้ด้วย (World Trade Organization)<sup>32</sup>

#### (ข) ข้อจำกัดในการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (Limitations on National Treatment)

ประเทศสมาชิกจะต้องให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติตามพันธกรณีของแต่ละสาขาบริการ และรูปแบบการให้บริการที่ตนได้กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพัน โดยประเทศสมาชิกอาจจะบรูสาขาบริการและเงื่อนไขการแข่งขันอันเป็นประโยชน์ต่อการบริการหรือผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่นน้อยกว่าที่ให้การบริการและผู้ให้บริการของประเทศตนได้ หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติไม่ได้เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกมีการประติบัติในลักษณะเดียวกันระหว่างผู้ให้บริการภายในประเทศและผู้ให้บริการต่างชาติ มาตรการที่แตกต่างกันอาจมีผลให้เกิดการประติบัติที่เท่าเทียมกันได้ แต่ในทางกลับกัน มาตรการเดียวกันในบางกรณีอาจมีผลเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ให้บริการต่างชาติด้อยกว่าที่

<sup>31</sup> Scheduling of Initial Commitment in Trade in Services: Explanatory Note, MTN.GNS/W/164, 3 September 1993, page 6.

<sup>32</sup> Ibid., page 2.

ให้แก่ผู้ให้บริการในประเทศ (การเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย หรือ de facto discrimination) เช่น

- ผู้ให้บริการภายในประเทศที่ให้บริการสื่อสตรีมมิ่งได้รับการให้เป็นสิทธิพิเศษ (given preference) สำหรับความถี่ในการออกอากาศภายในประเทศตน (มาตรการดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างชัดแจ้งด้วยเหตุสัญชาติของผู้ให้บริการ เรียกว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยทางนิตินัย) หรือ

- มาตรการที่กำหนดให้ผู้พักอาศัยอยู่ก่อนได้รับใบอนุญาตการให้บริการประเภทใดประเภทหนึ่ง (แม้ว่ามาตรการนี้จะไม่ได้เป็นการแบ่งแยกผู้ให้บริการต่างชาติเนื่องจากสัญชาติ แต่ในทางปฏิบัติแล้วเป็นการปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างชาติดีกว่าผู้ให้บริการภายในประเทศ เพราะแทบไม่มีผู้ให้บริการต่างชาติรายใดสามารถเป็นผู้อยู่อาศัยก่อนได้มากกว่าผู้ให้บริการภายในประเทศ)

ดังนั้น การจำกัดในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจึงครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย (de facto) และโดยทางนิตินัย (de jure) (World Trade Organization, 1993, 3 September)<sup>33</sup>

#### 2.1.1.4 ระดับความผูกพันในตารางข้อผูกพัน

ในแต่ละสาขาบริการ เงื่อนไข หรือเนื้อหาที่บันทึกไว้ในรายการข้อผูกพันทั่วไปและข้อผูกพันรายสาขา จะมีการกำหนดข้อผูกพันเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งเงื่อนไขหรือข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะขึ้นอยู่กับระดับความผูกพันที่อยู่ในรูปแบบการให้บริการทั้ง 4 รูปแบบว่า ต้องการผูกพันมากน้อยเพียงใด หรือประเทศสมาชิกไม่ผูกพันในรูปแบบใด ๆ เลยในสาขาบริการ ซึ่งระดับของความผูกพัน มีทั้งแบบไม่มีข้อจำกัด (Full commitment) ผูกพันแบบมีข้อจำกัด (Bound commitment) และ ไม่ผูกพัน (No commitment) ทั้งนี้ ระดับความผูกพันในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับคดี US Gambling มีดังนี้

(ก) ไม่มีข้อจำกัด (Full commitment) หากประเทศสมาชิกที่ไม่มีข้อกำหนด ข้อจำกัดและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดและ/หรือการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเลยในสาขาหรือสาขาย่อยของการบริการใด ๆ แล้วแต่กรณี จะระบุคำว่า “None” (ไม่มี)

(ข) ไม่ผูกพัน (No commitment) ในกรณีที่ประเทศสมาชิกใดต้องการคงเสรีภาพในการใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการเข้าสู่ตลาดและ/หรือการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ในสาขาบริการและวิธีการให้บริการใดแล้ว ประเทศสมาชิกจะบันทึกคำว่า “Unbound” (ไม่ผูกพัน) ไว้ในหัวข้อนั้น ๆ

ทั้งนี้ ในกรณีที่ประเทศสมาชิกระบุคำว่า “None” ในส่วนของตารางข้อผูกพันรายสาขา

<sup>33</sup> Ibid., page 3,4.

หมายความว่าไม่มีข้อจำกัดอันเป็นการเฉพาะต่อสาขาบริการนี้เท่านั้น แต่ยังคงต้องพิจารณาประกอบกับข้อจำกัดทั่วไป (horizontal limitations) ในส่วนแรกของตารางด้วย (World Trade Organization)<sup>34</sup>

### 2.1.1.5 วิธีการจัดทำตารางข้อผูกพันและการจัดแบ่งสาขาบริการ

การจำแนกสาขาบริการและสาขาบริการย่อยที่ผูกพัน เป็นไปตามบัญชีรายชื่อการค้าบริการแยกตามรายสาขา (Services Sectoral Classifications List) ที่ MTN.GNS/W/120 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1991 หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “เอกสาร W/120” และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน (Guidelines for the Schedule of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services) ซึ่งเป็นเอกสารที่คณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการได้รับรองขึ้นสำหรับการจัดทำตารางข้อผูกพันในคราวการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย เอกสารทั้งสองฉบับนี้ได้วางแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันและการจัดแบ่งสาขาบริการไว้

แม้ว่าเอกสาร W/120 เป็นเอกสารที่ใช้เป็นพื้นฐานของการเจรจาการค้าบริการ ซึ่งจำแนกประเภทบริการโดยอิงกับ Central Product Classification (CPC) ตามที่กล่าวในส่วนก่อนหน้านี้ แต่หากประเทศสมาชิกประสงค์ที่จะกำหนดการจัดประเภทของสาขาบริการย่อยหรือคำนิยามด้วยตนเองก็สามารถทำได้ แต่ต้องสอดคล้องกับ Central Product Classification (CPC) หากไม่อาจทำได้ อย่างน้อยที่สุดควรมีคำจำกัดความที่ละเอียดอย่างเพียงพอเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความกำกวมของขอบเขตของข้อผูกพัน (World Trade Organization, 1993, 3 September)<sup>35</sup>

แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันมีที่มาจากผลการเจรจารอบอุรุกวัย โดยกลุ่มเจรจาว่าด้วยการบริการ (Group of Negotiations on Services - GNS) ได้จัดทำเอกสารขึ้นสองฉบับ คือ ‘เอกสารตารางข้อผูกพันเบื้องต้นในการค้าบริการ : คำอธิบาย’ (Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services : Explanatory Note) MTN.GNS/W/164 ลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1993 และเอกสารแก้ไขเพิ่มเติม ที่ MTN. GNS/W/164/Add.1 ลงวันที่ 30

<sup>34</sup> The European Services Forum, Analysis of GATS sectoral commitments of WTO member states undertaken in the Uruguay Round, 9 September 2015.

<sup>35</sup> Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services : Explanatory Note, MTN.GNS/W/164, 3 September 1993, para 16 : 2

“If a Member wishes to use its own sub-sectoral classification or definitions it should provide concordance with the CPC in the manner indicated in the above example. If this is not possible, it should give a sufficiently detailed definition to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment.”





พฤศจิกายน ค.ศ. 1993 ต่อมามีการแก้ไขอีกครั้งโดยคณะกรรมการข้อผูกพันและรับรองโดยคณะกรรมการว่าด้วยการค้าบริการ โดยใช้ชื่อเอกสารว่า ‘แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ’ (Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under General Agreement on Trade in Services) ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2001 ซึ่งแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 2001 มีผลบังคับใช้กับตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกที่ได้จัดทำขึ้นหลังจากวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2001 และจะไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง ดังนั้น การศึกษาคดี US Gambling ซึ่งพิพาทกันก่อนวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2001 และตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาได้จัดทำและถูกรับรองขึ้นในวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 จึงต้องพิจารณาตามแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 1993 (World Trade Organization)<sup>36</sup>

แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารอธิบายวิธีการบันทึกข้อผูกพันในตารางข้อผูกพัน วัตถุประสงค์ของแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันมีขึ้นเพื่อช่วยผู้เจรจาในการจัดเตรียมข้อเสนอ (offer) คำร้องขอ (request) และระบุข้อผูกพันในตารางให้มีความแม่นยำ (precision) และความชัดเจน (clarity) การจัดทำรูปแบบเดียวกันของตารางมีความจำเป็นเพื่อที่ข้อผูกพันจะสามารถนำมาเปรียบเทียบและไม่มีความกำกวม แต่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันไม่อาจยึดถือเป็นการตีความความตกลง GATS อย่างเป็นทางการได้ (World Trade Organization)<sup>37</sup>

แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 1993 ได้ระบุด้วยว่า ข้อผูกพันทั่วไปจะบังคับใช้กับการค้าบริการในหลายสาขาบริการ และมีผลผูกพันทั้งมาตรการที่จำกัดการเข้าสู่ตลาดหรือจำกัดหลักการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติ หรือในกรณีที่ไม่มีข้อจำกัดใดก็ตาม และเพื่อหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อน จึง

<sup>36</sup> The 2001 Scheduling Guidelines, at 3 n. 1:

“ This document is the result of a revision exercise carried out in the Committee on Specific Commitments. The exercise was based on the two documents which were produced and circulated during the Uruguay Round negotiations: MTN.GNS/W/164, entitled Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note of 3 September 1993, and document MTN.GNS/W/164/Add.1, entitled Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, Addendum of 30 November 1993. These guidelines shall be applicable as of the date of their adoption. It should be understood that schedules in force prior to the date of this document have been drafted according to MTN.GNS/W/164 and MTN.GNS/W/164/Add.1.”

<sup>37</sup> Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, MTN.GNS/W/164, 3 September 1993:

“ This note is intended to assist in the preparation of offers, requests and national schedules of initial commitments. Its objective is to explain, in a concise manner, how commitments should be set out in schedules in order to achieve precision and clarity. It is based on the view that a common format for schedules as well as standardization of the terms used in schedules are necessary to ensure comparable and unambiguous commitments. The note cannot answer every question that might occur to persons responsible for scheduling commitments ; it does attempt to answer those question which are most likely to arise. The answers should not be considered as an authoritative legal interpretation of the GATS.

ให้ระบุข้อผูกพันทั่วไปนี้แยกไว้ในส่วนแรกของตารางตามรูปแบบการให้บริการทั้ง 4 รูปแบบ โดยระบุชื่อในส่วนนี้ได้ว่า “ข้อผูกพันทั่วไปที่นำไปใช้แก่สาขาบริการที่ระบุไว้ในส่วนของข้อผูกพันรายสาขา” (World Trade Organization, 1993, 3 September)<sup>38</sup> ดังนั้น ในกรณีที่ประเทศสมาชิกกำหนดว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (None) ในส่วนของข้อผูกพันรายสาขาก็ยังคงต้องคำนึงถึงเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในส่วนหนึ่งของข้อผูกพันทั่วไปด้วยโดยไม่ถือว่าประเทศสมาชิกเจ้าของตารางมีความผูกพันอย่างไม่มีข้อจำกัดตามข้อกำหนดในส่วนหนึ่งของข้อผูกพันรายสาขาเท่านั้น แต่ให้อ่านในส่วนหนึ่งของข้อผูกพันทั่วไปกับข้อผูกพันรายสาขารวมกัน

### 2.1.2 ข้อกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด

หลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาด (Market Access) ปรากฏอยู่ในมาตรา 16 ของ GATS เป็นข้อผูกพันที่ประเทศสมาชิกให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่น ซึ่งเป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ได้เสนอไว้ภายใต้ข้อกำหนด ข้อจำกัด และเงื่อนไขที่ตกลงและระบุไว้ในตารางข้อผูกพันของประเทศตน (World Trade Organization)<sup>39</sup> กล่าวคือ หากประเทศสมาชิกใดไม่ประสงค์จะให้ประเทศสมาชิกอื่นเข้ามาให้บริการ หรือแข่งขันทางการค้าบริการใด ๆ ในประเทศของตนแล้ว ก็จะต้องกำหนดข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดของตนในสาขาบริการนั้น ๆ ไว้อย่างเคร่งครัดชัดเจน

ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดของการค้าบริการมีความแตกต่างจากการค้าสินค้า เนื่องจากการค้าบริการไม่สามารถจับต้องได้ ปัญหาเรื่องพรมแดนจึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดการบริการ การเข้าสู่ตลาดการบริการส่วนใหญ่ถูกจำกัดจากกฎระเบียบภายในประเทศ (แม้ความตกลง GATS จะมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งเน้นการเปิดเสรีการค้าอย่างเป็นทางการเป็นลำดับ แต่ก็มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะผ่อนคลายการกำกับดูแลการให้บริการภายในประเทศสมาชิก เนื่องจากกฎระเบียบภายในประเทศนั้นกำหนดไว้

<sup>38</sup> Scheduling of Initial Commitment in Trade in Services : Explanatory Note , MTN.GNS/W/164, 3 September 1993, para 20 :

“A horizontal commitment applies to trade in services in a number of service sectors. It is in effect a binding, either of a measure which constitutes a limitation on market access or national treatment or of a situation in which there are no such limitation... In order to avoid repetition, it is desirable to enter these commitments in a separate section at the beginning of the schedule according to the four modes of supply. Such a section could be entitled : “Horizontal commitments applicable to sectors listed in the sectoral part of the schedule” ...”

<sup>39</sup>GATS : Article 16 Market Access

“1. With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule...”



เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายแห่งรัฐและความจำเป็นของแต่ละประเทศ) (วิกรัยไพศาล, 2553)<sup>40</sup> ตัวอย่างกฎระเบียบภายในประเทศที่จำกัดการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการ เช่น การจำกัดจำนวนใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม การกำหนดให้ทุนต้องเป็นสมาชิกนิติบุคคล การกำหนดจำนวนทุนจดทะเบียนของบริษัท เป็นต้น

หลักการเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดได้กำหนดไว้ในมาตรา 16 ของ GATS โดยมาตรา 16:1 ได้กำหนดหลักการพื้นฐานให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดตลาดไม่น้อยไปกว่าที่ได้กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพัน ดังนั้น พันธกรณีเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดในสาขาบริการที่ประเทศสมาชิกให้ความผูกพันจะพิจารณาได้จากเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน ซึ่งประเทศสมาชิกมีอิสระที่จะเลือกระดับความผูกพันตามความพร้อมของแต่ละสาขาบริการของแต่ละประเทศ

มาตรา 16 : 2 (World Trade Organization)<sup>41</sup> ได้กำหนดว่าในสาขาบริการใดที่ได้ทำข้อผูกพันเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดเอาไว้ ประเทศสมาชิกจะต้องไม่กำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขบางประการที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการเปิดตลาดเสรี หรือเป็นอุปสรรคต่อการเปิดตลาดเสรี เว้นแต่จะระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน ดังนั้น ประเทศสมาชิกจะมีมาตรการต้องห้ามเหล่านี้ไว้ใช้แก่สาขาบริการหรือสาขา

<sup>40</sup> จิตรา วิกรัยไพศาล, “แนวทางการเปิดตลาดบริการโทรคมนาคม : ศึกษาเปรียบเทียบความตกลง GATS กับ U.S. FTAs (สหรัฐอเมริกา-ชิลี, สหรัฐอเมริกา-สิงคโปร์)”, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553, หน้า 23.

<sup>41</sup> GATS : Article 16

2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;

(b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test;

(d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and

(f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment

บริการย่อยที่ประเทศตนผูกพันได้ก็ต่อเมื่อได้ระบุมมาตรการเช่นว่านี้ในตารางข้อผูกพัน ซึ่งมีทั้งหมด 6 มาตรการ ดังต่อไปนี้

(เอ) ข้อจำกัดในจำนวนผู้ให้บริการ (World Trade Organization)<sup>42</sup> ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของจำนวนโควตา (numerical quota) การผูกขาด (Monopolies) ผู้ให้บริการที่ได้รับสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive service suppliers) หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ (Economic Test)

(บี) ข้อจำกัดในมูลค่ารวมทั้งหมดของธุรกรรมทางการค้าบริการ หรือสินทรัพย์ในรูปแบบของจำนวนตัวเลขโควตา หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

(ซี) ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของการให้บริการไม่ว่าจะเป็นจำนวนการดำเนินการบริการ (Number of Service Operations) หรือจำนวนผลผลิตของการบริการ (Quantity of Service Output) ที่แสดงออกเป็นหน่วยตัวเลขที่ได้กำหนดในรูปแบบของโควตา หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

(ดี) ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของบุคคลธรรมดาที่อาจถูกว่าจ้างในสาขาบริการใดโดยเฉพาะ หรือที่ผู้ให้บริการอาจจ้างและเป็นผู้ที่จำเป็น และเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการให้บริการสาขาใดโดยเฉพาะในรูปแบบของจำนวนโควตา หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

(อี) มาตรการซึ่งจำกัดหรือกำหนดประเภทเฉพาะขององค์กรทางกฎหมาย (Legal Entity) หรือการร่วมลงทุน (Joint-Venture) ซึ่งผู้ให้บริการอาจให้บริการโดยอาศัยองค์กรทางกฎหมายหรือการร่วมลงทุนนั้น

(เอฟ) ข้อจำกัดเกี่ยวกับการร่วมลงทุนของต่างชาติ ในรูปแบบของการกำหนดอัตราส่วนสูงสุดของการถือหุ้นโดยต่างชาติ หรือมูลค่ารวมทั้งหมดของการลงทุนจากต่างประเทศ ของแต่ละบุคคล หรือโดยการร่วมทุน

เมื่อประเทศสมาชิกเข้าผูกพันพันธกรณีการเข้าสู่ตลาด ประเทศสมาชิกก็ผูกพันตามระดับการเข้าสู่ตลาดที่ได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันของประเทศตนตามมาตรา 16 : 1 และตกลงที่จะไม่วางข้อกำหนดอันเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดเกินไปกว่าระดับที่กำหนดไว้ตามมาตรา 16 : 2 (World Trade Organization)<sup>43</sup>

ตามแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ในหัวข้อข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด จะเห็นได้ว่า

<sup>42</sup> โปรดดูคำนิยามของคำว่า “ผู้ให้บริการ” ในมาตรา 28 (จ) และบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลในมาตรา 28 (เจ)

<sup>43</sup> On the relationship between Article XVI:1 and 16 : 2, the panel in *China-Publications and Audiovisual Products (2010)* stated that Article XVI : 2 was ‘more specific’ as it describes the measures that a Member must not adopt. See Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, para. 7.1353.

มาตรการข้างต้นทั้ง 6 ประเภทไม่ถือว่าเป็นมาตรการเชิงคุณภาพ (Qualitative Limitations) กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ไม่ได้คำนึงถึงความสามารถของผู้ให้บริการ หรือคุณภาพของงานบริการ เช่น กรณีเงื่อนไขที่กำหนดให้การบริการต้องถูกนำเสนอในภาษาท้องถิ่นหรือกรณีเงื่อนไขสำหรับวิศวกรที่จะต้องมีความรู้เฉพาะ ซึ่งถือเป็นอุปสรรคต่อการค้าบริการ แต่ไม่เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดภายใต้ความหมายตามมาตรา 16 : 2 ของ GATS (World Trade Organization, 2001b)<sup>44</sup> มาตรการ 4 ประเภทภายใต้มาตรา 16 : 2 (เอ)-(ดี) เป็นมาตรการที่เป็นข้อจำกัดในเชิงปริมาณ (Quantitative Limitations) ซึ่งกำหนดในลักษณะข้อจำกัดขั้นสูงสุด (Maximum Limitations) แต่หากเป็นข้อจำกัดขั้นต่ำ (Minimum Requirements) เช่น มาตรการกำหนดทุนขั้นต่ำของการจัดตั้งนิติบุคคลไม่ถือเป็นข้อจำกัดตามมาตรา 16 (World Trade Organization)<sup>45</sup> ส่วนข้อ (อี) เป็นมาตรการซึ่งเป็นการจำกัดในรูปแบบของนิติบุคคล และข้อ (เอฟ) เป็นมาตรการเกี่ยวกับการร่วมทุนของต่างชาติ (Peter Van den Bossche & Zdouc)<sup>46</sup>

ทั้งนี้ ในกรณีที่ประเทศสมาชิกไม่มีการระบุมาตรการตามมาตรา 16 : 2 ลงในตารางข้อผูกพันนับแต่การเปิดเสรีครั้งแรกก็เท่ากับว่าประเทศสมาชิกให้ความผูกพันต่อการเข้าสู่ตลาดของสาขาบริการหรือสาขาบริการย่อยนั้นโดยไม่มีข้อจำกัด 6 ประการตามมาตรา 16 : 2 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประเทศสมาชิกจะต้องไม่ใช่มาตรการในแต่ละประเภทตามที่ระบุไว้ในมาตรา 16 : 2 เท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าผู้ให้บริการต่างชาติจะต้องเผชิญกับมาตรการอื่นที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดเลย เพราะหากประเทศสมาชิกเจ้าของตารางยังคงไว้ซึ่งมาตรการที่เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดประเภทอื่นที่สามารถใช้ได้ตาม GATS นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 2 ก็ไม่ถือว่าเป็นประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 : 2 นี้ (อัครเดชาธร, 2557)<sup>47</sup>

### 2.1.3 ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) GATS และความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 14 ของ GATS กับมาตรา 20 ของ GATT

แม้ว่ามาตรการที่ประเทศสมาชิกนำมาใช้อาจมีความขัดแย้งกับพันธกรณีที่กำหนดไว้ตาม

<sup>44</sup> *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, S/L/92, dated 28 March 2001, para. 8.

<sup>45</sup> *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, S/L/92, dated 28 March 2001, para. 11.

<sup>46</sup> Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials*, Third Edition, Cambridge University Press, page 516.

<sup>47</sup> ปวริศร อัครเดชาธร, “การเปิดเสรีการค้าบริการของธุรกิจค้าปลีกภายใต้ความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน : ศึกษาเฉพาะประเทศอินโดนีเซียและประเทศเวียดนาม”, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต มหาวิทาลัยกรุงเทพ, 2557, หน้า 16-18.

ความตกลง GATS แต่ประเทศสมาชิกอาจอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 เพื่อใช้มาตรการดังกล่าวได้ โดยมีจำกัดปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลง GATS เมื่อมาตรการของประเทศสมาชิกเป็นมาตรการที่ 'จำเป็น' เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามอนุมาตราอื่น ๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 14 ของ GATS (Mattoo, 2005)<sup>48</sup>

มาตรา 14 ของ GATS เป็นบทบัญญัติที่รวมวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการซึ่งประเทศสมาชิกทุกประเทศได้รับรองให้มีมาตรการที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ทั่วไปของ GATS กับพันธกรณีตามตารางข้อผูกพันได้ เมื่อการค่าบริการใดกระทบต่อวัตถุประสงค์ตามอนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใดในมาตรา 14 ประเทศสมาชิกสามารถใช้นโยบายภายในประเทศห้ามหรือจำกัดการค้าเพื่อที่จะคุ้มครองวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ มาตรการนี้มีผลทำให้ความตกลง GATS มีความยืดหยุ่นมากขึ้น

### 2.1.3.1 ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS

มาตรา 14 ของ GATS บัญญัติกรณีต่าง ๆ ที่ประเทศสมาชิกอาจอ้างเหตุยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลง GATS ได้ มีทั้งสิ้น 5 อนุมาตรา ตั้งแต่ (เอ) – (อี) ดังนี้

(เอ) จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน หรือรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (World Trade Organization)<sup>49</sup>

(บี) จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือ พืช

(ซี) จำเป็นเพื่อป้องกันการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ ซึ่งไม่ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงนี้ รวมถึงเรื่องซึ่งเกี่ยวข้องกับ

(1) การป้องกันการปฏิบัติที่หลอกลวงหรือฉ้อโกง หรือเพื่อจัดการกับผลของการผิดสัญญาการบริการ

(2) การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชนในส่วนที่เกี่ยวกับการประมวลและการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคล และการรักษาความลับของประวัติหรือบัญชีส่วนบุคคล

(3) ความปลอดภัย

(ดี) ไม่สอดคล้องกับมาตรา 17 หากความแตกต่างในการปฏิบัติมุ่งที่จะป้องกันการกำหนดหรือการจัดเก็บภาษีทางตรงในส่วนที่เกี่ยวกับการบริการ หรือผู้ให้บริการของสมาชิกอื่นให้เป็นไปอย่างเป็นธรรม และมีประสิทธิภาพ

<sup>48</sup> A. Mattoo, 'Services in a Development Round', *The World Bank Policy Research Paper No. 3718* (2005), 10 [https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=821409](https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=821409).

<sup>49</sup> อ่านประกอบกับ เชิงบรรณ 5 ของบทบัญญัติ GATS ที่กำหนดว่าข้อยกเว้นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยสาธารณะ อาจจะถูกยกขึ้นได้เฉพาะในกรณีที่มีการคุกคามที่รุนแรงมากพอและอย่างแท้จริงเกิดขึ้นแก่ผลประโยชน์พื้นฐานของสังคมอย่างใดอย่างหนึ่ง

(อี) ไม่สอดคล้องกับมาตรา 2 หากความแตกต่างในการปฏิบัติเป็นผลอันเนื่องมาจากความตกลงเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้อนหรือบทบัญญัติเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้อนในความตกลงหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นใด ซึ่งสมาชิกมีความผูกพันอยู่ (World Trade Organization)<sup>50</sup>

คดี US Gambling เป็นคดีแรกของ GATS ที่กำหนดคำนิยามของคำว่า “คุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน” และ “รักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ” ซึ่งจะพิจารณาโดยละเอียดในบทที่ 3 ทั้งนี้ ประเด็นพิพาทในคดี US Gambling เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นในมาตรา 14 (เอ) GATS ซึ่งมาตรา 14 (เอ) GATS คือมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ มาตรา 14 (เอ) GATS กำหนดให้ประเทศผู้กล่าวอ้างข้อยกเว้นตามอนุमतราดังกล่าว มีภาระการพิสูจน์ 2 ประการ ดังต่อไปนี้ (1) นโยบายจากมาตรการที่อ้างข้อยกเว้นออกแบบมาเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ และ (2) มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATS ที่อ้างข้อยกเว้นนั้น เป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายหรือไม่ (Peter Van den Bossche & Zdouc)<sup>51</sup>

ในบริบทของ GATS การพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่ขัดกับพันธกรณีภายใต้ GATS จะ

---

<sup>50</sup> Article XIV: General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:

(a) necessary to protect public morals or to maintain public order;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:

(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on services contracts;

(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;

(iii) safety;

(d) inconsistent with Article XVII, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable or effective imposition or collection of direct taxes in respect of services or service suppliers of other Members;

(e) inconsistent with Article II, provided that the difference in treatment is the result of an agreement on the avoidance of double taxation or provisions on the avoidance of double taxation in any other international agreement or arrangement by which the Member is bound.

<sup>51</sup> Peter Van den Bossche, Werner Zdouc, “The Law and Policy of the World Trade Organization”, Cambridge University Press, Third Edition, page 585.



ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 14 หรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาทั้งในส่วนของอนุมาตรา และในส่วน ของบทนำของมาตรา 14 ดังนั้น แม้ว่าในเบื้องต้น ประเทศสมาชิกอาจพิสูจน์ได้ว่ามาตรการของตน เข้าข่ายข้อยกเว้นในอนุมาตราภายใต้มาตรา 14 ของ GATS ประเทศสมาชิกยังต้องพิสูจน์ต่อไปด้วยว่า มาตรการดังกล่าวของประเทศสมาชิกเป็นไปตามข้อกำหนดในส่วนของบทนำหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องด้วย สิทธิของประเทศสมาชิกในการใช้ข้อยกเว้นในอนุมาตรา (เอ) - (อี) ของมาตรา 14 ของ GATS นั้น เป็นสิทธิในการใช้ข้อยกเว้นที่มีเงื่อนไข (conditional exceptions) ซึ่งการพิสูจน์ความสอดคล้อง ดังกล่าวนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นการป้องกันมิให้ประเทศสมาชิกอ้างสิทธิในการใช้ ข้อยกเว้นโดยไม่มีเหตุอันควร (abus de droit หรือ the abuse of right) เพื่อกีดกันทางการค้าหรือ เพื่อเลือกปฏิบัติ แทนที่จะใช้ข้อยกเว้นตามที่ระบุไว้ในอนุมาตราโดยสุจริตเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ (bona fide exercise of right) และไม่กระทบสิทธิของประเทศสมาชิกอื่นตามกฎเกณฑ์ของ GATS และเป็นการสะท้อนหลักสุจริตตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ดังนั้น ข้อความในส่วน ของข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 14 ของ GATS จึงจำเป็นต้องนำมาพิจารณาเพื่อหาจุดสมดุลระหว่างการ เคารพสิทธิของประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 14 กับการเคารพสิทธิของประเทศ สมาชิก WTO อื่น ๆ ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปของ GATS ซึ่งหลักการนี้จะสอดคล้องกับหลักกฎหมาย ทั่วไปที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) (Mitchell, 2016)<sup>52</sup>

บทนำของมาตรา 14 กำหนดเงื่อนไข 3 ประการสำคัญของมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณี GATS แต่ได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา 14 ของ GATS กล่าวคือ

ก. มาตรการของสมาชิกจะต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตาม อำนาจใจ (arbitrary discrimination) ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน

ข. มาตรการของสมาชิกจะต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติอย่างไม่ สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ (unjustifiable discrimination) ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์ เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน

ค. มาตรการของสมาชิกจะต้องไม่เป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง (disguised restriction on international trade)

### 2.1.3.2 ความสัมพันธ์ของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 ของ GATS กับมาตรา 20 ของ GATT

<sup>52</sup> Mitchell, Andrew D , "Good Faith in WTO Dispute Settlement" [2006] MelbJIntLaw 14; (2006) 7(2) Melbourne Journal of International Law 339.



มาตรา 14 ของ GATS ได้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปให้ประเทศสมาชิกมีจำต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ตามความตกลงในลักษณะเดียวกับมาตรา 20 ของ GATT ทั้งสองบทบัญญัติยืนยันสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในอนุมาตราต่าง ๆ ของข้อยกเว้นทั่วไป แม้ว่าประเทศสมาชิกอาจประติบัติไม่สอดคล้องกับพันธกรณีในบทบัญญัติอื่นของความตกลง GATS แต่มาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขในมาตรา 14

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Argentina – Financial Services ได้วินิจฉัยว่า มาตรา 14 ของ GATS บัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 20 ของ GATT บทบัญญัติในมาตรา 14 ของ GATS และมาตรา 20 ของ GATT กำหนดเนื้อหาในบางอนุมาตรา เงื่อนไขในบทนำ และโครงสร้างของบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกัน ดังนี้ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจึงได้ใช้แนวทางการวินิจฉัยข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 20 ของ GATT เพื่อประกอบการวินิจฉัยการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 ของ GATS โดยมาตรการของประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปจะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ (two-tier test) ดังนี้

(1) พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ขอบเขตข้อยกเว้นทั่วไปในอนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใดของมาตรา 14 หรือไม่ และ

(2) วินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวที่ได้พิจารณาตามข้อ (1) สอดคล้องกับบทนำของมาตรา 14 หรือไม่ (World Trade Organization)<sup>53</sup> กล่าวคือ มาตรการต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยพลการ หรือไม่มีเหตุผล และไม่เป็นการจำกัดการค้าบริการอย่างแอบแฝง

## 2.2 กฎเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในบริบทของความตกลง WTO

การระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบขององค์การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกกระทำโดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณานำข้อกฎหมายปรับกับข้อเท็จจริงในคดีพิพาท โดยกระบวนการตีความเป็นเครื่องมือสำคัญในการใช้กฎหมายและ

<sup>53</sup> Panel Report, Argentina – Financial Services, para. 7.586.

"The analogy between the two provisions led the Appellate Body in US – Gambling to use in its examination of Article XIV of the GATS the same 'two-tier analysis' already used in relation to Article XX of the GATT 1994. Thus, Article XIV of the GATS provides for an analysis in two stages: (i) first, the Panel must determine whether the measure falls within the scope of one of the subparagraphs of Article XIV of the GATS; and (ii) after having found that the measure at issue is justified under one of the subparagraphs of Article XIV of the GATS, the Panel must examine whether this measure satisfies the requirements laid down in the introductory clause or chapeau of Article XIV of the GATS."

การระงับข้อพิพาทต่าง ๆ และเป็นขั้นตอนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย กฎหมายจารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาหรือคำชี้ขาดขององค์กรระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ทางประติบัติหรือการกระทำใด ๆ รวมไปถึงหนังสือสัญญาและความตกลงต่าง ๆ ในทางกฎหมาย ระหว่างประเทศ

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์จึงนำหลักเกณฑ์การตีความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาอันเป็นหลักจารีตประเพณีในการตีความตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เพื่อตีความข้อความที่ยังไม่แจ่มชัด ให้แจ่มชัด ตีความ ความหมายของคำที่ยังคลุมเครือให้ปราศจากข้อสงสัย และปรับข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัย คดี ตามหลักเกณฑ์การตีความความตกลงที่เกี่ยวข้องของ WTO (the WTO covered agreements) ได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อ 3.2 ของบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes : DSU) ว่า

“ระบบการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกเป็นปัจจัยสำคัญในการดำเนินการให้เกิดความมั่นคงและคาดการณ์ได้แก่ระบบของการค้าพหุภาคี ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก จะต้องตระหนักว่า ระบบการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิและหน้าที่ของประเทศสมาชิกภายใต้ความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก และเพื่อที่จะทำให้ข้อบทเหล่านี้มีความชัดเจนภายใต้หลักจารีตประเพณีในการตีความกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ข้อแนะนำและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของบันทึกความเข้าใจ ไม่สามารถเพิ่มเติมหรือลบล้างสิทธิและหน้าที่ซึ่งระบุไว้ในความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกได้” (World Trade Organization)<sup>54</sup>

ดังจะเห็นว่า หลักการตีความสนธิสัญญาตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในข้อ 3.2 ของบันทึกความเข้าใจ เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการตีความ ซึ่งได้รับการประมวลเป็นลายลักษณ์อักษรในอนุสัญญากรุงเวียนนา ตามมาตรา 31 - 32 โดยข้อ 3.2 ทำให้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ต้องตีความบทบัญญัติในความ

<sup>54</sup> Understanding on rules and procedures governing the settlement of dispute, Article 3 : 2

“The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.”

ตกลงให้มีความชัดเจนตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยการตีความสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Damme)<sup>55</sup>

อนึ่ง แม้ประเทศสมาชิก WTO บางประเทศมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ด้วยการลงนามหรือให้สัตยาบันสาร หรือภาคยานุวัติก็ตาม แต่ประเทศสมาชิกย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้บังคับแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ด้วยเช่นกัน ในฐานะที่มาตรา 31-32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Treaties, 2012)<sup>56</sup>

อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ได้บัญญัติหลักพื้นฐานในการตีความสนธิสัญญาในมาตรา 31 – มาตรา 32 โดยบทบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญา (General Rule of Interpretation) วิธีเสริมในการตีความสนธิสัญญา (Supplementary Means of Interpretation) ในการศึกษาหลักการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาหลักการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ในมาตรา 31-32 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับหลักกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

### 2.2.1 กฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ

อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ได้บัญญัติกฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญา ในมาตรา 31 ดังนี้

<sup>55</sup> Isabelle Van Damme, 'Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body', The European Journal of International Law Vo. 21 no. 3, page 607-608 :

"... Article 3.2 DSU provides that panels and the Appellate Body are 'to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rule of interpretation of public international law.'"

<sup>56</sup>Article 31 General rule of interpretation, 'Vienna convention on the Law of Treaties: A commentary', September 2012, para. 6 :

" It is by now generally recognized that the provisions on treaty interpretation contained in Arts 31 and 32 reflect pre-existing customary international law. For many years now, the ICJ has applied the rules of interpretation laid down in the Convention as codified custom to virtually every treaty that came before it. The first explicit endorsement of the customary character by the Court seems to have been in the 1991 judgement on the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea Bissau v Senegal), para 48, where the Court stated that the pre-existing principles of treaty interpretation

"... are related in Article 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which may in many respects be considered as a codification of existing customary international law on the point."



“1. สนธิสัญญานั้นให้ตีความโดยสุจริตตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำเหล่านั้น และตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้น

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ในการตีความสนธิสัญญา ให้บริบท ประกอบด้วย ตัวบท อารัมภบท และภาคผนวกของสนธิสัญญา รวมทั้ง

(เอ) ความตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญานั้น

(บี) เอกสารใด ๆ ซึ่งทำขึ้นโดยภาคีฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา และได้รับการยอมรับโดยภาคีอื่น ๆ ว่าเป็นเอกสารเกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา

3. ให้นำสิ่งเหล่านี้มาพิจารณาพร้อมกับบริบทของถ้อยคำในสนธิสัญญาด้วย ได้แก่

(เอ) ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างภาคีในภายหลังเกี่ยวกับการตีความ หรือการบังคับใช้ บทบัญญัติต่าง ๆ ของสนธิสัญญานั้น

(บี) แนวทางปฏิบัติในภายหลังในการบังคับใช้สนธิสัญญาซึ่งพิสูจน์ได้ถึง การตกลงกันของภาคีเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา

(ซี) กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอันใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างภาคี

4. ให้ถือตามความหมายพิเศษเฉพาะแก่ถ้อยคำ ถ้าปรากฏว่าภาคีมีความตั้งใจเช่นนั้น”  
(*The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*)<sup>57</sup>

<sup>57</sup>The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 31 General rule of Interpretation:

1. 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 in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes :
  - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
  - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
  - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
  - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
  - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

### 2.2.1.1 หลักการตีความโดยสุจริต

จากการพิจารณาในมาตรา 31 วรรค 1 นั้น การตีความตัวบทของสนธิสัญญาหรือบริบท ตลอดทั้งความตกลงและแนวทางปฏิบัติในภายหลังของภาคีจะต้องกระทำโดยสุจริต ถึงแม้ว่าถ้อยคำหรือตัวบทของสนธิสัญญาจะชัดเจนก็ตาม แต่หากเมื่อนำไปใช้บังคับแล้วจะนำไปสู่ผลที่ไม่น่าเป็นไปได้ หรือไม่สมเหตุสมผล ภาคีแห่งสนธิสัญญาจะต้องหาวิธีการตีความอย่างอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงการนำไปสู่ผลเช่นนั้น จึงจะถือว่าเป็นการตีความโดยสุจริต (Kirsten Schmalenbach & Dorr, 2012)<sup>58</sup>

เมื่อพิจารณาความในมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แล้ว จะเห็นว่าได้สะท้อนหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา กล่าวคือ การตีความสนธิสัญญาต้องทำด้วยความสุจริตเพื่อคงไว้ซึ่งหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Reinhold)<sup>59</sup>

### 2.2.1.2 หลักการตีความตามความหมายปกติธรรมดา (Ordinary meaning) ของถ้อยคำในสนธิสัญญา

แนวความคิดที่สำคัญของหลักการตีความตามความหมายปกติธรรมดา ก็คือ ถ้อยคำหรือข้อความที่ปรากฏในสนธิสัญญาย่อมแสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของภาคีในสนธิสัญญา ซึ่งมุ่งผูกพันกันตามตัวอักษรในความหมายปกติธรรมดาที่ปรากฏในสนธิสัญญา (Damme)<sup>60</sup> การตีความตามความหมายโดยปกติธรรมดาของถ้อยคำในสนธิสัญญา จึงต้องเกิดจากความไม่เข้าใจในถ้อยคำหรือตัวบทของสนธิสัญญาในความหมายพื้นฐานของถ้อยคำนั้น แต่หากความหมายนั้นเป็นที่ชัดเจนอยู่แล้ว ไม่มีความจำเป็นใดจะต้องตีความถ้อยคำดังกล่าว

การพิจารณาความหมายโดยปกติธรรมดา อาจค้นหาความหมายจากพจนานุกรมในเบื้องต้น (Damme)<sup>61</sup> แต่ความหมายพจนานุกรมอาจให้ความหมายที่เป็นความหมายเฉพาะทาง หรือความหมายที่มีขอบเขตกว้างเกินไป จึงต้องพิจารณาประกอบกับหลักอื่น ๆ ด้วย (Damme)<sup>62</sup>

<sup>58</sup>Kirsten Schmalenbach, Oliver Dorr, 'Vienna Convention on the Law of Treaties : A commentary', September 2012, para 61.

<sup>59</sup> Steven Reinhold, 'Good Faith in International Law', Bonn Research Papers on Public International Law, Paper No 2/2013, 23 May 2013, page 19.

<sup>60</sup> Isabelle Van Damme, 'Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body', The European Journal of International Law Vol. 21 no.3, page 622.

<sup>61</sup>Ibid., page 621. See also, Ehlermann, 'Reflections on the Appellate Body of the WTO', 6J Int'l Econ L (2003) 695, at 699.

<sup>62</sup> Ibid., page 624.



### 2.2.1.3 หลักการตีความตามบริบทของถ้อยคำในสนธิสัญญา

หากผู้ตีความอาศัยเพียงหลักสุจริต และหลักตีความตามความหมายสามัญของถ้อยคำของสนธิสัญญาเท่านั้น การตีความอาจไม่ถูกต้องตรงตามความหมายที่แท้จริงที่บัพัญญูติในสนธิสัญญานั้นมุ่งหมายให้เป็น เนื่องจากการตีความตามความหมายโดยปกติธรรมดา เป็นเพียงกระบวนการในการหาความหมายในเบื้องต้นเท่านั้น จึงต้องพิจารณาบริบทแวดล้อมของถ้อยคำ โดยมีรายละเอียดตามที่ปรากฏในมาตรา 31 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ดังนี้

“มาตรา 31 วรรค 2 เพื่อความมุ่งประสงค์ในการตีความสนธิสัญญา บริบท ให้ประกอบด้วย ตัวบท (text) อาร์มภบท (preamble) และภาคผนวก (annexes) ของสนธิสัญญารวมทั้ง

(เอ) ความตกลง (Agreement) ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา

(บี) ตราสาร (Instrument) ซึ่งทำขึ้นโดยภาคีหนึ่งหรือกว่านั้นขึ้นไปที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา และได้รับการยอมรับโดยภาคีอื่น ๆ ว่าเป็นตราสารที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา” (ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์, 2553)<sup>63</sup>

ตามมาตราดังกล่าว บริบทสามารถพิจารณาได้จากตัวบท อาร์มภบท และภาคผนวกของความตกลงและเอกสารที่เกี่ยวข้องด้วยทั้งหมด ทั้งนี้ ความตกลงหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องใด ๆ ที่นำมาประกอบการตีความในฐานะบริบทของถ้อยคำของสนธิสัญญานั้นจำกัดเฉพาะเอกสารที่ทำขึ้นเพื่อบรรลุเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาฉบับนั้นเท่านั้น

(1) ประเภทของบริบทของถ้อยคำในสนธิสัญญา แบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ

(ก) ความตกลงใด ๆ เกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญานั้น

คือเป็นความตกลงที่ไม่จำเป็นต้องเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาที่ต้องตีความ แต่เป็นความตกลงที่ประเทศภาคีในสนธิสัญญามีเจตนาแสดงออกว่าเป็นความตกลงที่เกี่ยวกับสนธิสัญญานั้น (ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์, 2553)<sup>64</sup>

(ข) เอกสารใด ๆ ที่ทำขึ้นโดยภาคีแห่งสนธิสัญญาฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญานั้นและได้รับการยอมรับโดยภาคีอื่น ๆ ว่าเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการทำ

<sup>63</sup> ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์, ‘The Treaty Interpretation การตีความสนธิสัญญา ตอน การตีความสนธิสัญญาตามข้อบทแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969’, หน้าต่างโลก The Knowledge Windows, จุลินิติ ก.ย.- ต.ค. 53, หน้า 185.

<sup>64</sup> Ibid., หน้า 186.

## สนธิสัญญา

เอกสารตามข้อนี้ไม่จำกัดว่าเอกสารฉบับนั้นจะจัดทำในรูปแบบใด แต่ต้องเป็นเอกสารที่ได้รับการยอมรับจากภาคีในสนธิสัญญาว่าเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา และไม่คำนึงว่าจะเป็นเอกสารที่สร้างขึ้นร่วมกันหรือจัดทำขึ้นโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือไม่ได้ทำขึ้นโดยภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นเลยแต่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นเอกสารที่ได้รับการยอมรับจากภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นว่าเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา

อย่างไรก็ดี บริบทของถ้อยคำนอกจากตัวบท อารัมภบท และภาคผนวก ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาที่ใช้ในการตีความอยู่แล้ว ตามหัวข้อ 2.2.1.3 ยังมีสิ่งที่ต้องคำนึงร่วมกันกับบริบทตามมาตรา 31 วรรค 3 ที่นอกเหนือจากสนธิสัญญาที่ใช้ในการตีความ อันได้แก่

### (2) สิ่งที่ต้องคำนึงร่วมกันกับบริบทตามมาตรา 31 วรรค 3

(ก) ความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นระหว่างภาคีในภายหลังเกี่ยวกับการตีความ หรือการใช้บังคับ บทบัญญัติต่าง ๆ ของสนธิสัญญานั้น ตามมาตรา 31 วรรค 3 (เอ) ความตกลงในภายหลังในกรณีนี้ หมายถึง ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างภาคี ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ อันเป็นหลักฐานว่าภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ตกลงกัน รวมถึงการตัดสินใจร่วมกันในที่ประชุมของภาคีโดยมีความมุ่งประสงค์ที่ชัดเจน และความตกลงดังกล่าวต้องเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการตีความเท่านั้น

(ข) แนวทางประติบัติในภายหลังในการใช้บังคับสนธิสัญญา ซึ่งพิสูจน์ได้ถึงการตกลงกันของภาคีเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา ตามมาตรา 31 วรรค 3 (บี) คือการประพฤติประติบัติในเวลาต่อมาของประเทศสมาชิก ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการยอมรับและความเข้าใจของประเทศสมาชิกในสนธิสัญญาภายหลังจากการแสดงเจตนาเข้าผูกพันในสนธิสัญญาเรื่องใด ๆ โดยกรณีนี้มาจากแนวความคิดที่ว่าแนวทางประติบัติของรัฐในภายหลังจะแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่ถูกต้องของประเทศสมาชิกขณะทำสนธิสัญญาได้เป็นอย่างดี (McNair)<sup>65</sup> และการกระทำของรัฐภาคีในสนธิสัญญาโดยหลักย่อมต้องเคารพและประติบัติตามสนธิสัญญา ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

(ค) กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอันบังคับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างภาคี ตามมาตรา 31 (3) (ซี) หมายถึง สนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงคำพิพากษาของศาล และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงของประเทศต่าง ๆ

<sup>65</sup> McNair, "The Law of Treaties", p. 424.

#### 2.2.1.4 หลักการตีความตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของสนธิสัญญา

คือการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาต้องอยู่ในกรอบของเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของเจตนาของคู่สัญญาตั้งแต่ในขณะทำสนธิสัญญานั้นว่ามีอยู่อย่างไร เป้าหมายและวัตถุประสงค์เป็นส่วนที่ปรากฏสาระสำคัญของสนธิสัญญาและวัตถุประสงค์ของสัญญาโดยรวม<sup>66</sup> ทั้งนี้ ชื่อสนธิสัญญา อารัมภบท บทบัญญัติเฉพาะ กรอบโครงสร้าง และประวัติการเจรจาของสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา (Damme)<sup>67</sup>

#### 2.2.2 วิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา

การตีความสนธิสัญญา (จุมพต สายสุนทร, 2539)<sup>68</sup> ตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา จำเป็นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวโดยละเอียด ซึ่งมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา มีการบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา บัญญัติว่า “อาจใช้วิธีการเสริมในการตีความได้ ซึ่งรวมถึงงานขั้นเตรียมการทำสนธิสัญญา และพฤติการณ์ในการทำสนธิสัญญา เพื่อที่จะยืนยันความหมายอันเป็นผลมาจากการใช้มาตรา 31 หรือเพื่อกำหนดความหมาย เมื่อมีการตีความตามมาตรา 31 แล้วปรากฏว่า

(เอ) ก่อให้เกิดความหมายที่กำกวม หรือคลุมเครือ หรือ

(บี) ผลของการตีความนั้นปรากฏโดยชัดแจ้งว่าเกินวิสัยที่จะเชื่อว่าเป็นไปได้ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผล” (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>69</sup>

การตีความโดยวิธีเสริมการตีความ (supplementary means of interpretation of a

<sup>66</sup> Ehlermann, ‘Reflections on the Appellate Body of the WTO’, 6 J Int’l Econ L (2003) 695, at 699.

<sup>67</sup> Isabelle Van Damme, ‘Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body’, The European Journal of International Law Vol. 21 no. 3, page 631.

<sup>68</sup> คำแปล จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539) น.546.

<sup>69</sup> Article 32 Supplementary means of interpretation

“Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31 :

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”



treaty) ตามมาตรา 32 เป็นกรณีการตีความเพื่อยืนยันหรือกำหนดความหมายของถ้อยคำของสนธิสัญญาหลังจากที่มีการใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปในการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 31 แล้ว แต่ยังคงปรากฏชัดแจ้งถึงกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นกรณีที่เมื่อผ่านกระบวนการตีความตามมาตรา 31 แล้วนั้น ความหมายของการตีความยังคงคลุมเครือหรือไม่แน่ชัด หรือ

(2) เป็นกรณีที่เมื่อผ่านกระบวนการตีความตามมาตรา 31 แล้วนั้น ผลของการตีความเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าไม่น่าจะเป็นไปได้ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผล

วิธีเสริมในการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 32 นี้ จะไม่นำมาใช้หากการตีความถ้อยคำของสนธิสัญญาตามมาตรา 31 ไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 32

เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 32 จะเห็นได้ว่าใช้คำว่า “รวมถึง” ซึ่งหมายความว่าบทบัญญัติเพียงยกให้เห็นเป็นตัวอย่างว่าวิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญารวมถึงงานเตรียมร่างและพฤติการณ์ในการทำสนธิสัญญาด้วย ดังนั้น วิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญาจึงมิได้มีเพียงแค่ออกสารทำงานในขั้นเตรียมการทำสนธิสัญญา และพฤติการณ์ในการทำสนธิสัญญาเท่านั้น (ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์, 2553)<sup>70</sup>

ตัวอย่างวิธีเสริมการตีความตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ คือ

(ก) “เอกสารทำงานในขั้นเตรียมการทำสนธิสัญญา” (preparatory work หรือ Travaux Preparatoires) เอกสารดังกล่าวจะช่วยชี้ให้เห็นถึงเจตนาของประเทศภาคีในสนธิสัญญาว่าประสงค์เช่นไร คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยืนยันว่าการพิจารณาเอกสารทำงานในขั้นเตรียมการเป็นการค้นหาเจตนาของประเทศสมาชิกจึงควรเป็นเพียงวิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญาเท่านั้น มิใช่วิธีการหลักในการตีความสนธิสัญญา ดังนั้น หากถ้อยคำของตัวบทของสนธิสัญญามีความหมายชัดเจนตามปกติธรรมดาอยู่แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องอาศัยเอกสารเตรียมการเพื่อยืนยันความหมายของถ้อยคำของตัวบทของสนธิสัญญาอีก (ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์, 2553)<sup>71</sup> ทั้งนี้ เอกสารดังกล่าวเป็นเพียงหลักฐานในชั้นการทำงานก่อนสนธิสัญญามีผลใช้บังคับเพื่อ

<sup>70</sup> ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์, “The Treaty Interpretation การตีความสนธิสัญญา ตอน การตีความสนธิสัญญาตามข้อบทแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969”, วารสารหน้าต่างโลก The Knowledge Windows, จุลินิติ ก.ย.-ต.ค. 53, หน้า 190.

<sup>71</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, Reports of the Commission to the General Assembly, 1966, page 222-223. อ้างถึงใน ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์, “The Treaty Interpretation การตีความสนธิสัญญา ตอน การตีความสนธิสัญญาตามข้อบทแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969”, วารสารหน้าต่างโลก The Knowledge Windows, จุลินิติ ก.ย.-ต.ค. 53, หน้า 191.

ค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่าง จึงอาจต้องพิจารณาประกอบกับหลักฐานอื่น ๆ ด้วย

(ข) “**พฤติการณ์ (Circumstance) ในการทำสนธิสัญญา**” เป็นพฤติการณ์ (จุมพต สายสุนทร, 2539)<sup>72</sup> อันเป็นมูลเหตุแห่งการทำสนธิสัญญา เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นมาของการตรากฎหมาย มูลเหตุในการทำสนธิสัญญา ธรรมเนียมทางการทูต ระบบเศรษฐกิจ หรือภาระทางการเมือง (อรุณ ภาณุพงศ์)<sup>73</sup> และภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ที่ต้องนำมาพิจารณาในขณะที่สนธิสัญญาฉบับนั้นถูกเจรจาและร่างขึ้น

ท้ายที่สุด เมื่อทราบถึงข้อกำหนดที่เป็นประเด็นแห่งคดีโดยตรงในคดี US Gambling เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพัน ข้อกำหนดเกี่ยวกับพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดในมาตรา 16 ของ GATS และข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา 14 (เอ) ของ GATS และกฎเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในบริบทของความตกลง WTO สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือคำตัดสินคดี US Gambling และแนวคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ WTO ในข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง เพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling

<sup>72</sup> คำแปล จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539) น.546.

<sup>73</sup> อรุณ ภาณุพงศ์, “การตีความสนธิสัญญา”, รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, หน้า 221.



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

### บทที่ 3

## คำตัดสินคดี US Gambling และแนวคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ WTO ในข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในบทนี้จะพิจารณาถึงคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling และแนวคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ WTO ในประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิก ประเด็นการเข้าสู่ตลาด และประเด็นการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS

### 3.1 ข้อเท็จจริงและคำตัดสินในคดี US Gambling

แอนติกัวและบาร์บูดาได้ยื่นร้องเรียนต่อองค์กรระดับข้อพิพาทเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 2003 และคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 ต่อมาประเทศคู่กรณีได้ยกขึ้นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์และองค์กรอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2005 ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอถึงข้อเท็จจริงเบื้องต้นของคดีนี้ คือการให้บริการการพนันข้ามต่อทางไกลในสหรัฐอเมริกา อันเป็นภูมิหลังของข้อพิพาทในคดีนี้ พันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันทั่วไปและข้อผูกพันรายสาขาของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับคดี US Gambling มาตรการทางกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาที่เป็นข้อพิพาท และคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ทั้ง 3 ประเด็น อันได้แก่ ประเด็นพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา ประเด็นพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด และประเด็นการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป ตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS ตามลำดับ

#### 3.1.1 ข้อเท็จจริงเบื้องต้น: การให้บริการการพนันข้ามต่อทางไกลในสหรัฐอเมริกา

คดี US Gambling เป็นคดีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกา กับแอนติกัวและบาร์บูดา รัฐบาลขนาดเล็กในแถบทะเลแคริบเบียน และมีขนาดเศรษฐกิจที่เล็กมากเมื่อเทียบกับสหรัฐอเมริกา โดยตั้งแต่ช่วงปลายทศวรรษที่ 1990 รัฐบาลแอนติกัวได้ให้ความสำคัญต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมการพนันด้วยวิธีการเข้าถึงแบบทางไกล (remote access) หรืออินเทอร์เน็ตซึ่งอุตสาหกรรมการพนันดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของแผนพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐบาลแอนติกัว (*US Gambling*)<sup>74</sup> ธุรกิจการ

<sup>74</sup> Panel Report, “*US Gambling*”, WT/DS285/R, page 3, para 3.2.

“The Antigua government has taken steps since the mid 1990s to build up a primarily Internet-based, “remote-access” gaming industry as part of its economic development strategy...”



พนันเป็นภาคอุตสาหกรรมใหญ่อันดับสองในการจ้างงานของประเทศรองจากภาคการท่องเที่ยว และมีฐานลูกค้าส่วนใหญ่เป็นชาวสหรัฐอเมริกา (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2556)<sup>75</sup>

สหรัฐอเมริกามีความกังวลต่อปัญหาการพนันออนไลน์ในประเทศ ที่จะส่งผลกระทบต่อเนื่องเป็นปัญหาสังคมอื่น ๆ ตามมา เช่น การติดการพนันในกลุ่มเยาวชน องค์กรอาชญากรรม การก่อการร้ายที่จะใช้ช่องทางการพนันออนไลน์เป็นการฟอกเงิน แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายควบคุมการพนันซึ่งรวมถึงการพนันออนไลน์อยู่แล้วก็ตาม แต่การพนันออนไลน์โดยทั่วไปก็เป็นเรื่องที่ไม่สามารถจำกัดขอบเขตการบริการหรือระบุตัวตนของบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ ทำให้เป็นเรื่องยากที่จะกำกับดูแล (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2556)<sup>76</sup>

โดยสหรัฐอเมริกามีกฎหมาย Wire Act ในปี ค.ศ. 1961 เป็นกฎหมายควบคุมการใช้สื่อของธุรกิจการพนัน เพื่อป้องปรามอาชญากรรม โดยเฉพาะการทำธุรกรรมของกลุ่มองค์กรอาชญากรรม (organized crime) ที่อาจใช้สื่อโทรคมนาคมเป็นช่องทางในการส่งเงินหรือทรัพย์สินเพื่อการพนัน (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2556)<sup>77</sup>

สหรัฐอเมริกาจึงเริ่มดำเนินคดีกับผู้ให้บริการพนันออนไลน์มาตั้งแต่ปี 1988 เป็นจำนวน 21 คน และนาย Jay Cohen ซึ่งเป็นผู้ให้บริการการพนันกีฬาจากแอนติกัวร์ เป็นบุคคลแรกที่ถูกดำเนินคดีและถูกตัดสินให้ต้องรับโทษฐานให้บริการเว็บไซต์การพนันในสหรัฐอเมริกา (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2556)<sup>78</sup>

แอนติกัวร์ได้ยื่นคำร้องขอเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทกับองค์กรระงับข้อพิพาท (World Trade Organization, 2013)<sup>79</sup> โดยระบุว่าสหรัฐอเมริกาสละเมิดความตกลง GATS กรณีที่สหรัฐอเมริกาออกมาตรการกำหนดห้ามไม่ให้มีการให้บริการพนันขั้นต่อข้ามพรมแดน แต่สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่าไม่ใช่เจตนาที่แท้จริงของตนที่จะให้ข้อผูกพันเปิดเสรีของตารางข้อผูกพันของประเทศตนครอบคลุมถึงการพนันออนไลน์

แอนติกัวร์และบาร์บูดากล่าวหาว่าบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกา รวมถึงคำพิพากษาของศาลก่อให้เกิดการห้ามโดยเด็ดขาด (Total Prohibition) ในการให้บริการข้ามพรมแดน ซึ่งขัดกับพันธกรณีที่สหรัฐอเมริกามีต่อ GATS แต่สหรัฐอเมริกาได้อ้างสิทธิภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา

<sup>75</sup> ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, “เตรียมความพร้อมรับ AEC กับอุตสาหกรรม US Gambling”, Thailand Economic Business Review, นิตยสารเศรษฐกิจและธุรกิจรายเดือน, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 กุมภาพันธ์ 2556, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, หน้า 47-49.

<sup>76</sup> Ibid., หน้า 47.

<sup>77</sup> Ibid., page 47-48.

<sup>78</sup> Ibid., page 48.

<sup>79</sup> [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds285\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm), (วันที่เข้าถึงเว็บไซต์ 4 พฤษภาคม 2562)

#### 14 ของความตกลง GATS ในการออกบทบัญญัติดังกล่าว

สหรัฐอเมริกาอ้างว่า กฎหมายภายในของตนนั้น ได้แยกความแตกต่างระหว่างการให้บริการรับพนันแบบปกติ กับการให้บริการพนันขั้นต่อทางไกลซึ่งรวมถึงการพนันออนไลน์ และการห้ามการให้บริการโดยเด็ดขาดนั้น จะจำกัดเฉพาะเพียงแต่การให้บริการทางไกลเท่านั้น เนื่องจากกรณีดังกล่าวจะไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของผู้เล่น และผู้ให้บริการได้ โดยวัตถุประสงค์ของการห้ามโดยเด็ดขาดคือการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือความสงบเรียบร้อยสาธารณะ เนื่องจากว่า การพนันออนไลน์นั้นก่อให้เกิดปัญหาทางสังคม เช่น การฟอกเงิน การหลอกลวง การติดพนันในกลุ่มเยาวชน รวมถึงทำให้ผู้เล่นพนันติดการพนันง่ายและรุนแรงกว่าการพนันแบบปกติทั่วไป (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2556)<sup>80</sup>

#### 3.1.2 พันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา

ตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา ประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ ข้อผูกพันทั่วไปและข้อผูกพันรายสาขา

ข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกา ปรากฏเนื้อหาทั้งหมดอยู่ 4 เรื่อง คือ การเข้าเมืองและการพำนักชั่วคราวของบุคคลธรรมดา การได้มาซึ่งที่ดิน มาตรการทางภาษี และการอุดหนุน แต่เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการรายสาขาในรูปแบบการให้บริการข้ามพรมแดน (Mode 1) ซึ่งเป็นรูปแบบการให้บริการของบริการพิพาทในคดี US Gambling ปรากฏตามตารางด้านล่าง

สาขาบริการหรือสาขาบริการย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ
<b>I. ข้อผูกพันทั่วไป</b>		
ทุกสาขาบริการ : มาตรการทางภาษี	1) ไม่มีข้อจำกัด (none)	1), 2), 3) มีเงื่อนไขภาษีทางตรงในระดับรัฐบาลกลาง... (At the federal level, with respect to direct taxes...)
...	...	...
ทุกสาขาบริการ : การอุดหนุน	1) ไม่ผูกพัน (unbound)	1) ไม่ผูกพัน (unbound)

ตารางที่ 1 ข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกา

<sup>80</sup> ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, “เตรียมความพร้อมรับ AEC กับอุตสาหกรรม US Gambling”, Thailand Economic Business Review, นิตยสารเศรษฐกิจและธุรกิจรายเดือน, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 กุมภาพันธ์ 2556, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, หน้า 47-49.

สำหรับข้อมูลพื้นฐานรายสาขาของสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริการะบุว่าไม่มีข้อจำกัด (None) ต่อพันธกรณีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด และพันธกรณีข้อจำกัดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติสำหรับการบริการสหสาขาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) โดยสหรัฐอเมริกาได้ยกเว้นการบริการการกีฬาจากขอบเขตของสาขาบริการย่อย 10. D การสหสาขาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) ตามที่ปรากฏในตารางด้านล่าง

สาขาบริการหรือสาขาบริการย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ
<b>II. ข้อมูลพื้นฐานรายสาขา</b>		
10. การบริการสหสาขาวัฒนธรรม และการกีฬา		
A. การบริการบันเทิง (รวมถึงงานบริการภาพยนตร์ วงดนตรีสด และโรงละครสัตว์)	1) ไม่มีข้อจำกัด (none)	1) ไม่มีข้อจำกัด (none)
...	...	...
D. การบริการสหสาขาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา)	1) ไม่มีข้อจำกัด (none)	1) ไม่มีข้อจำกัด (none)
...	...	...

ตารางที่ 2 ข้อมูลพื้นฐานรายสาขาของสหรัฐอเมริกา

### 3.1.3 มาตรการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่เป็นข้อพิพาท

สหรัฐอเมริกาได้ออกมาตรการพิพาท ซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐ โดยกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง (federal act) มีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

(1) กฎหมายการบริการออนไลน์ (The Wire Act of 1961, 18 US Code, Section 1084 ) กำหนดห้ามมิให้ใช้สื่อผ่านระบบโทรคมนาคมในระหว่างรัฐเพื่อสนับสนุนให้มีการพนัน การเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่ที่จัดให้มีการเล่นการพนันหรือกิจกรรมการพนัน หรือเพื่อใช้ทำธุรกรรมส่งเงินเติมพนัน หรือให้ความช่วยเหลือใด ๆ เพื่อส่งผ่านข้อมูลในสถานที่ที่จัดให้มีการพนัน การกระทำ



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ดังกล่าวถือเป็นความผิดตามกฎหมาย (*US Gambling*)<sup>81</sup>

**(2) กฎหมายการเดินทาง (the Travel Act of 1961, 18 US Code, Section 1952)**

กำหนดห้ามเดินทางระหว่างรัฐหรือเดินทางต่างประเทศ หรือใช้สื่อเพื่อดำเนินกิจกรรมองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการพนันให้แพร่หลาย กระทำอาชญากรรมด้วยความรุนแรงเพื่อให้มีองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการพนัน หรือสนับสนุน จัดการ จัดตั้ง ดำเนินการ หรืออำนวยความสะดวกเพื่อให้มีองค์กรทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการพนัน (*US Gambling*)<sup>82</sup>

**(3) กฎหมายธุรกิจการพนันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (the Illegal Gambling Business Act of 1970 - “the IGBA”, 18 US Code, Section 1955)**

กำหนดห้ามมิให้มีการให้สนับสนุนทางการเงิน จัดการ ควบคุมดูแล ชี้แนะ หรือเป็นเจ้าของไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน of ธุรกิจการพนันที่ผิดกฎหมาย ซึ่งมีผู้กระทำร่วมกันตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป และได้จัดตั้งหรือมีการดำเนินการต่อเนื่องเป็นระยะเวลาเกินกว่า 30 วัน หรือมีรายได้รวมเกินกว่า 2,000 ดอลลาร์สหรัฐฯ ต่อวัน (*US Gambling*)<sup>83</sup>

### 3.1.4 การปรับใช้กฎหมายในคดี US Gambling

จากข้อพิพาทคดี US Gambling มีประเด็นข้อพิพาททั้งหมด 6 ประเด็นที่แอนติกัวร์ในฐานะประเทศคู่กรณีได้ยื่นฟ้องร้องต่อองค์กรระดับข้อพิพาท ดังนี้

(1) ตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีผูกพันต่อสาขาบริการพนันขั้นต่อหรือไม่

ประเด็นนี้ประเทศคู่กรณีได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ ผู้เขียนจึงขอนำเสนอรายละเอียดของคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในหัวข้อย่อยต่อไป

(2) สหรัฐอเมริกาละเมิดมาตรา 6 (ข้อบังคับภายในประเทศ) ของความตกลง GATS หรือไม่ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาประเด็นในมาตรา 6 แล้วสรุปว่า ข้อกล่าวหาของ

<sup>81</sup> Section 1084 (a) of Title 18 of the United States Code (quoted in Panel Report, para. 6.360).

“The relevant part of Wire Act states :

Whoever being engaged in the business of betting or wagering knowingly uses a wire communication facility for the transmission in interstate or foreign commerce of bets or wagers or information assisting in the placing of bets or wagers on any sporting event or contest, or for the transmission of a wire communication which entitles the recipient to receive money or credit as a result of bets or wagers, or for information assisting in the placing of bets or wagers shall be fined under this title or imprisoned not more than two years, or both.”

<sup>82</sup> Section 1952 (a) and (b) of Title 18 of the United States Code (quoted in Panel Report, para. 6.366).

<sup>83</sup> Section 1955 (a) and (b) of Title 18 of the United States Code (quoted in Panel Report, para. 6.374).

แอนติกัวร์ภายใต้มาตรา 6 : 1 (World Trade Organization)<sup>84</sup> และมาตรา 6 : 3 (World Trade Organization)<sup>85</sup> สืบเนื่องมาจากผู้ให้บริการที่ประสงค์จะให้บริการการพนันขั้นต่อไปในสหรัฐอเมริกา จะต้องขออนุญาตเพื่อที่จะให้บริการ และผู้ให้บริการชาวแอนติกัวร์ไม่ได้รับอนุญาตให้บริการดังกล่าว คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาว่า ข้อกล่าวหาของแอนติกัวร์ไม่ได้ชี้เฉพาะว่ามาตรการใด ในระดับรัฐบาลกลางและมลรัฐ และบทบัญญัติใดของมาตรการที่กำหนดเงื่อนไขการอนุญาตไว้ และแอนติกัวร์ไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าผู้ให้บริการการพนันขั้นต่อไปได้เคยยื่นคำขอเพื่อที่จะได้รับอนุญาต การให้บริการ และในความเป็นจริง ผู้ให้บริการแอนติกัวร์ก็ไม่เคยยื่นคำขอด้วยซ้ำ ดังนั้น คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเห็นว่าข้อกล่าวหาของแอนติกัวร์ไม่มีมูลเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับมาตรา 6 : 1 และมาตรา 6 : 3 (*US Gambling*)<sup>86</sup> และประเด็นนี้ ประเทศคู่กรณีไม่ได้อุทธรณ์ขึ้นสู่องค์กรอุทธรณ์แต่อย่างใด

(3) สหรัฐอเมริกาละเมิดมาตรา 11 (การชำระและการโอนเงิน) ของความตกลง GATS (World Trade Organization)<sup>87</sup> หรือไม่

<sup>84</sup>Article VI : 1 of GATS

“In sectors where specific commitments are undertaken, each Member shall ensure that all measures of general application affecting trade in services are administered in a reasonable, objective and impartial manner.”

<sup>85</sup> Article VI : 3 of GATS :

“Where authorization is required for the supply of a service on which a specific commitment has been made, the competent authorities of a Member shall, within a reasonable period of time after the submission of an application considered complete under domestic laws and regulations, inform the applicant of the decision concerning the application. At the request of the applicant, the competent authorities of the Member shall provide, without undue delay, information concerning the status of the application.”

<sup>86</sup> Panel Report, ‘US Gambling’, WT/DS285/R, para. 6.437.

“Antigua’s claims under Article VI:1 and under Article VI:3 are based on the premise that suppliers wishing to supply gambling and betting services in the United States require authorization to supply and that Antiguan suppliers are unable to obtain such authorization. The Panel notes, however, that Antigua has not specifically identified which “state and federal measures” and which provisions of those measures impose such authorization requirements. Nor has it demonstrated that its gambling and betting service suppliers have ever filed any applications to obtain such authorization. In fact ...indicates that Antiguan suppliers have never made such applications. Therefore, the Panel is of the view that Antigua has not made a prima facie demonstration that the measures at issue are inconsistent with Articles VI:1 and VI:3.”

<sup>87</sup> Article XI of GATS : Payments and Transfers



คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทชี้ว่ามาตรา 11 ยังไม่เคยมีการตีความหรือการปรับใช้โดย คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์มาก่อน เนื่องด้วยข้อเท็จจริงและข้อกล่าวหาที่ จำกัดที่ประเทศคู่กรณีได้ยื่นเกี่ยวกับข้อกล่าวหาของแอนติกัวร์ภายใต้มาตรา 11 องค์กรอุทธรณ์ พิจารณายังมีเอกสารไม่เพียงพอที่จะช่วยในการวิเคราะห์ที่เป็นประโยชน์แก่ทบทวนคดีนี้ และการ ปรับใช้เป็นการเฉพาะของบทบัญญัติดังกล่าวแก่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ นอกจากนี้ การที่คณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาทวินิจฉัยว่ามีการละเมิดตามมาตรา 16 แล้ว ก็สามารถช่วยให้ประเทศคู่กรณีระงับข้อ พิพาทนี้ได้ แม้ว่าจะไม่มีคำวินิจฉัยในข้อกล่าวหาของแอนติกัวร์ในมาตรา 11 ดังนั้น คณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาทใช้หลักการประหยัดเวลาในการพิจารณาคดี (judicial economy) และไม่วินิจฉัย ข้อกล่าวหาของแอนติกัวร์ภายใต้มาตรา 11 (World Trade Organization)<sup>88</sup> และประเด็นนี้ ประเทศคู่กรณีไม่ได้อุทธรณ์ขึ้นสู่องค์กรอุทธรณ์แต่อย่างใด

(4) มาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 ของความตกลง GATS หรือไม่

ประเด็นนี้ประเทศคู่กรณีได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ ผู้เขียนจึงขอนำเสนอรายละเอียด ของคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในหัวข้อย่อยต่อไป

(5) สหรัฐอเมริกาละเมิดต่อข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 ของความตกลง GATS

1. Except under the circumstances envisaged in Article XII, a Member shall not apply restrictions on international transfers and payments for current transactions relating to its specific commitments.

2. Nothing in this Agreement shall affect the rights and obligations of the members of the International Monetary Fund under the Articles of Agreement of the Fund, including the use of exchange actions which are in conformity with the Articles of Agreement, provided that a Member shall not impose restrictions on any capital transactions inconsistently with its specific commitments regarding such transactions, except under Article XII or at the request of the Fund.

<sup>88</sup> Ibid., para. 6.441.

“Article XI has not, as yet, been the subject of interpretation or application by either panels or the Appellate Body. In light of this and taking into account the limited facts and arguments submitted by the parties with respect to Antigua’s claim under Article XI, we believe that there is not sufficient material on record to enable us to undertake a meaningful analysis of this provision and its specific application to the facts of this case. Moreover, in our view, the findings of violation under Article XVI in Section VI.D above of our Report should allow the parties to settle this dispute, even in the absence of a ruling on Antigua’s Article XI claim. We will, therefore, exercise judicial economy and not rule on Antigua’s claim under Article XI.”



หรือไม่

ประเด็นนี้ประเทศคู่กรณีได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ ผู้เขียนจึงขอนำเสนอรายละเอียดของคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในหัวข้อย่อต่อไป

(6) สหรัฐอเมริกาละเมิดต่อข้อผูกพันหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 17 ของความตกลง GATS (World Trade Organization)<sup>89</sup> หรือไม่

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาแล้วว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาได้ละเมิดต่อมาตรา 16 คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจึงไม่มีความจำเป็นต้องตรวจสอบว่ามาตรการพิพาทดังกล่าวขัดต่อพันธกรณีหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติของสหรัฐอเมริกาภายใต้มาตรา 17 ของ GATS ด้วยเช่นกัน คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจึงใช้หลักการประหยัดเวลาในการพิจารณาคดี (judicial economy) ในข้อกล่าวหาของแอนติกัวร์ในมาตรา 17 (World Trade Organization)<sup>90</sup> และประเด็นนี้ประเทศคู่กรณีไม่ได้อุทธรณ์ขึ้นสู่องค์กรอุทธรณ์แต่อย่างใด

ตามที่สหรัฐอเมริกาและแอนติกัวร์ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ ไว้ 3 ประเด็น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพิจารณาเพียงแค่ว่าคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ใน 3 ประเด็น ดังนี้

<sup>89</sup> Article XVII of GATS : National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

<sup>90</sup> Ibid., para. 6.426.

“The Panel recalls that it has found that a number of the challenged US measures are in violation of Article XVI. We are of the view that the Panel does not need to examine whether the challenged measures are also inconsistent with the United States' national treatment obligations under Article XVII of the GATS in order to assist the parties in resolving the dispute at issue. We believe that the essence of Antigua's claims will be addressed by a finding on Article XVI alone. Therefore, the Panel exercises judicial economy with regard to Antigua's claim under Article XVII.”



### 3.1.4.1 สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีผูกพันในการเปิดเสรีสาขาการบริการพนันขั้นต่อหรือไม่

คดี US Gambling เป็นคดีที่พิจารณาเรื่องพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพันภายใต้ความตกลง GATS โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่าได้ยกเว้นการบริการการกีฬาจากขอบเขตของสาขาบริการย่อย 10. D การสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) ในตารางข้อผูกพันของตน แต่สหรัฐอเมริกาได้กำหนดเลขรหัสสาขาบริการตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันฉบับ ค.ศ. 1993 ไว้ในตารางข้อผูกพันของประเทศตน องค์กรอุทธรณ์จึงจำเป็นต้องตีความตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาว่าการผูกพันสาขาบริการการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) รวมถึงการบริการการพนันขั้นต่อหรือไม่

องค์กรอุทธรณ์ได้อ้างถึงบริบทของ GATT 1994 ว่าแม้ว่าตารางของประเทศสมาชิกแสดงถึงข้อผูกพันภาษีศุลกากรซึ่งแต่ละประเทศสมาชิกได้เข้าผูกพัน แต่ก็ยังแสดงถึงความตกลงร่วมกันของประเทศสมาชิกทั้งหมด ดังนั้น การค้นหาความหมายของตารางข้อผูกพัน ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาอื่น ซึ่งเกี่ยวข้องกับการบ่งชี้ถึงเจตนารมณ์ร่วมกัน (common intentions) ของประเทศสมาชิก และอาศัยหลักการตีความในมาตรา 31 และ 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (*US Gambling*)<sup>91</sup>

ในบริบทของ GATS สามารถพิจารณาได้จากมาตรา 20 : 3 ของ GATS ซึ่งได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าตารางข้อผูกพันเป็นส่วนหนึ่ง (integral part) ของความตกลง (World Trade Organization)<sup>92</sup> ดังนั้น การค้นหาความหมายในตารางข้อผูกพัน GATS ก็กระทำเช่นเดียวกันกับการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาอื่น ซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้นหาเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศสมาชิก องค์กรอุทธรณ์จึงพิจารณาความหมายของตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาตามกฎแห่งการตีความตามมาตรา 31 และมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ (*US Gambling*)<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, '*US Gambling*', para. 159.

“In the context of the GATT 1994, the Appellate Body has observed that, although each Member's Schedule represents the tariff commitments that bind one Member, Schedules also represent a common agreement among all Members. Accordingly, the task of ascertaining the meaning of a concession in a Schedule, like the task of interpreting any other treaty text, involves identifying the common intention of Members, and is to be achieved by following the customary rules of interpretation of public international law, codified in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention.”

<sup>92</sup> GATS Article 20 : 3 “Schedules of specific commitments shall be annexed to this Agreement and shall form an integral part thereof.”

<sup>93</sup> Appellate Body Report, '*US-Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 160.

“In the context of the GATS, Article XX:3 explicitly provides that Members' Schedules are an “integral part” of that agreement. Here, too, the task of identifying the meaning of a concession in a GATS Schedule, like the task of interpreting any other treaty text, involves indentifying the *common intention* of Members. ... [W]e



2979321983

CU-Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

### 3.1.4.1.1 เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน เป็นเอกสารเสริมการตีความตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

เนื่องด้วยตามข้อเท็จจริง คำว่า “การบริการพนันขั้นต่อ” ไม่ปรากฏให้เห็นชัดเจนในตารางของสหรัฐอเมริกา องค์กรอุทธรณ์จะต้องตรวจสอบเพื่อค้นหาความหมายของคำที่ใช้ในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันซึ่งถือว่าเป็นเครื่องมือในการตีความและการพิจารณาการปฏิบัติตามของตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิก องค์กรอุทธรณ์จึงต้องตรวจสอบถึงสถานะการตีความของเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ว่าเป็นส่วนหนึ่งของบริบทภายใต้ความหมายมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ หรือเป็นส่วนหนึ่งของเอกสารเตรียมการของความตกลง GATS หรือพฤติการณ์ในการทำสนธิสัญญา ซึ่งเป็นวิธีการเสริมการตีความตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ หากถือว่าเป็นบริบทแล้ว ก็มีความสำคัญของการตีความในลำดับแรก (primary interpretative significance) แต่หากถือว่าเป็นเอกสารเตรียมการแล้ว ก็เป็นเพียงวิธีการเสริมการตีความ ซึ่งการพิจารณาเอกสารเตรียมการมีคุณค่าเพียงเพื่อยืนยันความหมายอันเป็นผลมาจากการปรับใช้ตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แล้ว แต่การตีความตามมาตรา 31 ยังทำให้ความหมายเคลือบคลุมหรือคลุมเครือหรือนำไปสู่ผลที่ไม่น่าเป็นไปได้หรือไม่สมเหตุสมผล (*US Gambling*)<sup>94</sup>

(1) เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันไม่ถือว่าเป็นบริบท อันมีลักษณะเป็นความตกลงร่วมกันจากประเทศสมาชิกทั้งหมด หรือเป็นเอกสารที่สร้างขึ้นโดยประเทศสมาชิกบางประเทศและได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิกอื่น ตามมาตรา 31 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ

องค์กรอุทธรณ์พิจารณาเอกสารทั้งสองฉบับดังกล่าวแล้วเห็นว่าไม่มีลักษณะเป็นความตกลงร่วมกันจากประเทศสมาชิกทั้งหมด หรือเป็นเอกสารที่สร้างขึ้นโดยประเทศสมาชิกบางประเทศและได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิกอื่น (*US Gambling*)<sup>95</sup> ประกอบกับในมาตรา 31 วรรค 2 ของ

---

consider that the meaning of the United States' GATS Schedule must be determined according to the rules codified in Article 31 and, to the extent appropriate, Article 32 of the Vienna Convention.”

<sup>94</sup> Ibid., para. 17.

“ ... context has primary interpretative significance, whereas preparatory work is merely a supplementary means of interpretation...may look to preparatory work only to confirm an interpretation made in accordance with Article 31 of the Vienna Convention, or if such interpretation leaves the meaning ambiguous or unclear or leads to a result that is manifestly absurd or unreasonable.”...

<sup>95</sup> Ibid., para. 174.



อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ใช้คำว่า “ความตกลง” (agreement) หรือ “การยอมรับ” (acceptance) ของประเทศสมาชิก แต่เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 เป็นเอกสารที่ร่างขึ้นโดยสำนักเลขาธิการ GATT ไม่ใช่โดยประเทศภาคีผู้เจรจา จึงยังไม่มีลักษณะเป็น “ความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา” ระหว่างประเทศสมาชิก หรือ “การยอมรับโดยประเทศสมาชิกอื่น” ว่าเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา (*US Gambling*)<sup>96</sup>

**(2) เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ไม่ถือว่าเป็นแนวปฏิบัติในภายหลัง (Subsequent practice) ตามมาตรา 31 วรรค 3 (ปี) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ**

ตามมาตรา 31 วรรค 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ว่าด้วยสนธิสัญญากำหนดให้การตีความจะต้องพิจารณาถึงแนวปฏิบัติในภายหลังด้วย องค์กรอุทธรณ์ในคดี *US Gambling* ได้อ้างถึงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Japan-Alcoholic Beverages II* และคดี *Chile – Price Band System* ซึ่งได้ตีความคำว่า “แนวปฏิบัติ” (practice) ภายใต้มาตรา 31 วรรค 3 (ปี) ว่าจะต้องประกอบไปด้วย (1) การกระทำ (acts) หรือคำประกาศ (pronouncements) ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป (common) มีความต่อเนื่อง (consistent) และสามารถสังเกตเห็นได้ (discernible) และ (2) การกระทำหรือคำประกาศนั้นต้องชี้ให้เห็นถึงความตกลงเพื่อให้มีการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง (*US Gambling*)<sup>97</sup>

---

“ Bearing the above in mind, we see two main difficulties with the Panel’s characterization of these documents as context. First, we see no basis for the Panel’s finding that they “ constitute an agreement made between all the parties or an instrument made between some parties and accepted by the others as such...”

<sup>96</sup> Ibid., para. 175.

“ We note that Article 31(2) refers to the agreement or acceptance of the parties. In this case, both W/120 and the 1993 Scheduling Guidelines were drafted by the GATT Secretariat rather than the parties to the negotiations. ... Such documents can be characterized as context only where there is sufficient evidence of their constituting an “ agreement relating to the treaty” between the parties or of their “ accept[ance by the parties] as an instrument related to the treaty” .”

<sup>97</sup> Ibid., paras. 191-192.

“ 191. In *Japan – Alcoholic Beverages II* and *Chile – Price Band System*, respectively, the Appellate Body referred to “ practice” within the meaning of Article 31 (b) as:

... a “ concordant, common and consistent” sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernible pattern implying the agreement of the parties [to a treaty] regarding its interpretation.

... a discernible pattern of acts or pronouncements implying an agreement among WTO Members on the interpretation of [the relevant provision].”

“ 192. Thus, in order for “ practice” within the meaning of Article 31 (3)(b) to be established : (i) there must be a common, consistent, discernible pattern of acts or pronouncements; and ( ii) those acts or



องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling วินิจฉัยว่ายากที่จะยอมรับตามแอนติกัวร์ว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 2001 เป็นแนวปฏิบัติในภายหลังที่สะท้อนถึงความเข้าใจร่วมกันว่าข้อผูกพันของประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน แม้แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 2001 ได้ถูกรับรองโดยคณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการ (the Council for Trade in Services) เพื่อนำมาเป็นบริบทในการเจรจาสำหรับการจัดทำข้อผูกพันในอนาคต (future commitments) และเพื่อช่วยในการเตรียมทำคำเสนอและคำร้องขอที่เกี่ยวข้องกับข้อผูกพัน แต่เอกสารดังกล่าวไม่อาจถือว่าเป็นความเข้าใจของประเทศสมาชิกที่จะนำมาตีความข้อผูกพันที่มีอยู่ในปัจจุบัน (existing commitments) นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกาได้เคยกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าในคำวินิจฉัยรับรองแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 2001 คณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการระบุชัดเจนว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันไม่มีผลผูกพันและไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือพันธกรณีของประเทศสมาชิกภายใต้ GATS ดังนั้น องค์กรอุทธรณ์จึงเห็นว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 2001 ไม่มีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติในภายหลัง ตามความหมายของมาตรา 31 วรรค 3 (บี) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการกฎหมายสนธิสัญญา (*US Gambling*)<sup>98</sup>

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันไม่มีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติในภายหลังต่างจากที่แอนติกัวร์อ้าง เนื่องจากไม่เป็นการกระทำหรือคำประกาศของเหล่าบรรดาประเทศสมาชิกที่มีรูปแบบทั่วไป มีความต่อเนื่อง และสามารถสังเกตเห็นได้ และเอกสารดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกว่าข้อผูกพันถูกตีความตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันปี ค.ศ. 1993 (*US Gambling*)<sup>99</sup>

---

pronouncements must imply agreement on the interpretation of the relevant provision.”

<sup>98</sup> Ibid., para. 193.

“We have difficulty accepting Antigua’s position that the 2001 Scheduling Guidelines... Although the 2001 Guidelines were explicitly adopted by the Council for Trade in Services, this was in the context of the negotiation of future commitments and in order to assist in the preparation of offers and requests in respect of such commitments. As such, they do not constitute evidence of Members’ understanding regarding the interpretation of existing commitments. Furthermore, as the United States emphasized before the Panel, in its Decision adopting the 2001 Guidelines, the Council for Trade in Services explicitly stated that they were to be “non-binding” and “shall not modify any rights or obligations of the Members under the GATS”. Accordingly, we do not consider that the 2001 Guidelines, in and of themselves, constitute “subsequent practice” within the meaning of Article 31(3)(b) of the Vienna Convention”

<sup>99</sup> Ibid., para. 194.

“Nor do the two other documents relied on by Antigua constitute “subsequent practice”.., they do not



2979321983

โดยสรุป องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่า เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 มิได้มีลักษณะเป็นความตกลงร่วมกันจากประเทศสมาชิกทั้งหมด หรือเป็นเอกสาร ที่ทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกบางประเทศและได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิกอื่นตามมาตรา 31 วรรค 2 และมีได้มีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติในภายหลังตามมาตรา 31 วรรค 3 (ปี) เอกสารทั้งสองจึง ไม่ถือว่าเป็นบริบทตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เพื่อ ประกอบการตีความตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา การปรับใช้กฎแห่งการตีความตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ยังคงทำให้ความหมายของคำว่า “การบริการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการ กีฬา)” เคลือบคลุมและยังไม่อาจให้คำตอบได้ว่าข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในสาขาบริการย่อย 10. D รวมถึงข้อผูกพันการบริการการพนันขั้นต่อหรือไม่ ดังนั้น องค์กรอุทธรณ์จึงพิจารณาด้วยวิธีการเสริม ในการตีความตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ในลำดับต่อไป (*US Gambling*)<sup>100</sup>

### (3) เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน เป็นวิธีเสริมในการตีความ ตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นวิธีเสริม การตีความ ตามมาตรา 32 (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>101</sup> ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ซึ่ง รวมถึงงานตระเตรียมการในการทำสนธิสัญญา และภาวะแวดล้อมในการทำสนธิสัญญา (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>102</sup>

---

establish a common, consistent, discernible pattern of acts or pronouncements by Members as a whole . Nor do they demonstrate a common understanding among Members that specific commitments are to be interpreted by reference to W/120 and the 1993 Scheduling Guidelines...”

<sup>100</sup> Ibid., para. 195.

“...application of the general rule of interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention leaves the meaning of “other recreational services (except sporting)” ambiguous and does not answer the question whether the commitment made by the United States in subsector 10.D of its Schedule includes a commitment in respect of gambling and betting services. Accordingly, we are required, in this case, to turn to the supplementary means of interpretation provided for in Article 32 of the Vienna Convention”

<sup>101</sup>Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 32 (Supplementary Means of Interpretation). Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31 :

- (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

<sup>102</sup> Ibid., para. 196.

“We observe, as a preliminary matter, that this appeal does not raise the question whether W/120 and

องค์กรอุทธรณ์ชี้ว่าการตีความที่เหมาะสมตามหลักในมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ไม่ได้ให้ความหมายที่ชัดเจนแก่ขอบเขตข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในสาขาการบริการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) ดังนั้น จึงเหมาะสมที่จะนำวิธีการเสริมการตีความตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มาใช้ ซึ่งนั่นหมายรวมถึง เอกสาร W/120 แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน และใบปะหน้าที่แนบกับร่างตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>103</sup>

โดยสรุป องค์กรอุทธรณ์ใช้แนวทางการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 (ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณี) โดยองค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่า เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 มิได้เป็นบริบทตามมาตรา 31 อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แต่เป็นวิธีเสริมการตีความตามมาตรา 32 อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ

#### 3.1.4.1.2 สาขาการบริการพันทันชั้นต่อ (รหัส 96492) เป็นสาขาบริการย่อยในสาขาบริการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) (รหัส 9649) ในระบบ CPC ที่กำหนดไว้ในเอกสาร W/120

องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่าระบบการตั้งชื่อสาขาการผลิตสินค้าและบริการกลางแห่งสหประชาชาติ (the United Nations Provisional Central Product Classification - “the CPC”) เป็นระบบที่ใช้ในการจัดประเภทสาขาการบริการ เนื่องจาก the CPC มีการจำแนกย่อยโดยกำหนดรหัสเป็นระบบเลขทศนิยม เช่น กลุ่มเลข 964 สาขาบริการย่อย 10.D ตามเอกสาร W/120 (การบริการการกีฬาและสันทนาการอื่น) ซึ่งสามารถแบ่งแยกสาขาบริการย่อยได้อีก ดังนี้

964 การบริการการกีฬาและสันทนาการอื่น

9641 การบริการการกีฬา

96411 การบริการสนับสนุนงานกีฬา

96412 การบริการองค์กรงานกีฬา

---

the 1993 Scheduling Guidelines constitute “supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion”. Both participants agree that they do, and we see no reason to disagree”

<sup>103</sup> Ibid., para. 197.

“...we have also seen that a proper interpretation pursuant to the principles codified in Article 31 of the Vienna Convention does not yield a clear meaning as to the scope of the commitment made by the United States in the entry “Other recreational services (except sporting)”. Accordingly, it is appropriate to have recourse to the supplemental means of interpretation identified in Article 32 of the Vienna Convention. These means include W/ 120, the 1993 Scheduling Guidelines, and a cover note attached to drafts of the United States’ Schedule.”



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10



96413 การบริการการดำเนินงานส่งเสริมทางกีฬา

9649 การบริการสันทนาการอื่น

96491 การบริการสันทนาการและชายหาด

96492 การบริการการพนันขั้นต่อ

96499 การบริการสันทนาการอื่น

ดังนั้น สาขาบริการย่อยการพนันขั้นต่อ (96492) จึงไม่ได้อยู่ภายใต้ประเภทการบริการการกีฬา (9641) แต่ตกอยู่ภายใต้ประเภทการบริการสันทนาการอื่น (9649) (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>104</sup>

ทั้งนี้ เอกสาร W/120 ไม่ได้เน้นถึงประเด็นว่ามีความเกี่ยวข้องกับตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกอย่างไร แต่เนื้อหาตั้งกล่าวไว้ได้ระบุไว้ในแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>105</sup>

โดยแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเน้นถึงความสำคัญของการใช้รูปแบบและถ้อยคำเดียวกันในการจัดทำตาราง แต่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันระบุชัดเจนว่าหากประเทศสมาชิกประสงค์จะใช้สาขาบริการย่อยหรือคำนิยามของตน แตกต่างจากเอกสาร W/120 และ/หรือรหัส CPC สามารถกระทำได้โดยระบุรายละเอียดอย่างเพียงพอ (sufficiently detailed) เพื่อหลีกเลี่ยงความกำกวมในขอบเขตของข้อผูกพัน (to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment) (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>106</sup> จึงมีเหตุผลที่องค์กรอุทธรณ์สามารถสันนิษฐานได้ว่าประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมในการเจรจาต่างคาดหวังว่าได้ใช้เทคนิคเดียวกันในการระบุยกเว้นการบริการจากขอบเขตของข้อผูกพัน เมื่อมีการระบุสาขาบริการย่อยในข้อผูกพันตามเอกสาร W/120 และมีการยกเว้นการบริการจากสาขาบริการย่อยนั้น (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Ibid., para. 201.

“... Thus, the CPC Class that corresponds to “Sporting services” (9641) does not include gambling and betting services. Rather, the Sub-class for gambling and betting services (96492) falls under the Class “Other recreational services” (9649).”

<sup>105</sup> Ibid., para. 202.

“W/120 does not shed light on the issue of how it relates to individual Member’s Schedules. That issue is, however, addressed in the 1993 Scheduling Guidelines...”

<sup>106</sup> Ibid., para. 203.

“... At the same time, the Guidelines make clear that parties wanting to use their own subsectoral classification or definitions – that is, to disaggregate in a way that diverges from W/120 and/or the CPC – were to do so in a “sufficiently detailed” way “to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment.”

<sup>107</sup> Ibid., para. 203.



แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันและเอกสาร W/120 มีลักษณะโครงสร้างและภาษาเดียวกันและได้รับการอ้างอิงบ่อยครั้งจากประเทศสมาชิกในการจัดทำข้อเสนอข้อผูกพัน แม้ว่าจะไม่มีผลผูกพันก็ตาม ดังนั้น องค์การทอธรณ์จึงเห็นว่าสามารถตั้งข้อสันนิษฐานได้อย่างสมเหตุสมผลว่า ประเทศสมาชิกผู้เจรจาได้ตรวจสอบสาขาบริการของตารางข้อผูกพันตนตามสาขาบริการเดียวกันกับที่ระบุไว้ในเอกสาร W/120 และถูกคาดหวังว่าจะครอบคลุมถึงสาขาบริการต่าง ๆ เช่นเดียวกับสาขาบริการในเอกสาร W/120 เว้นแต่ได้ระบุเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง (Oliver Dörr & Schmalenbach)<sup>108</sup> รวมทั้งฉบับร่างที่ผ่านมาของตารางข้อผูกพันสหรัฐอเมริกาที่มีหมายเหตุระบุในเอกสารปะหน้า (cover note) ว่า :

“เว้นแต่จะได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น ขอบเขตของข้อผูกพันรายสาขาของสหรัฐอเมริกาเป็นไปตามบัญชีรายการค้าบริการแยกตามรายสาขา (Services Sectoral Classifications List) (MTN.GNS/W/120 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1991)” (World Trade Organization)<sup>109</sup>

ข้อความข้างต้นยืนยันได้ว่าสหรัฐอเมริกาใช้เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 ในการจัดทำตารางข้อผูกพันของประเทศตน แม้ว่าสหรัฐอเมริกาเน้นว่าหมายเหตุนี้ไม่ได้ปรากฏในร่างฉบับสุดท้ายของตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา แต่เหตุผลดังกล่าวยังไม่กระจ่างชัดเจนพอ ประกอบกับข้อผูกพันในสาขาบริการย่อยที่ 10.D ของสหรัฐอเมริกาในฉบับร่างที่มีใบปะหน้ากับฉบับสุดท้ายของตารางข้อผูกพันได้กำหนดขึ้นในลักษณะเดียวกัน ประเทศสมาชิกอื่นย่อมไม่อาจเข้าใจได้ว่าการตัดใบปะหน้าออกจากร่างฉบับสุดท้ายของตารางข้อผูกพันจะมีผลเป็นการแก้ไขขอบเขตข้อผูกพันในสาขาบริการที่ 10 (*US Gambling*)<sup>110</sup>

---

“...It is reasonable to assume that the parties to the negotiations expected the same technique to be applied to exclude a discrete service from the scope of a commitment, when the commitment is made in a subsector identified in W/120 and the excluded service is more disaggregated than that subsector”

<sup>108</sup> Ibid., para. 204

“...They provided a common language and structure which, although not obligatory, was widely used and relied upon. In such circumstances, and in the light of the specific guidance provided in the 1993 Scheduling Guidelines, it is reasonable to assume that parties to the negotiations examining a sector of a Schedule that tracked so closely the language of the same sector in W/120 would—absent a clear indication to the contrary—have expected the sector to have the same coverage as the corresponding W/120 sector....”

<sup>109</sup> Communication from the United States of America – Draft Final Schedule of the United States of America Concerning Initial Commitments, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 December 1993. See also MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1 October 1993.

<sup>110</sup> Appellate Body Report, ‘*US Gambling*’, WT/DS285/AB/R, para. 207.

“These explanatory notes confirm that the United States used W/120 and sought to follow the 1993 Scheduling Guidelines. Although the United States emphasizes that this note did not form part of the final version of the United States’ GATS Schedule, the reasons why the note was omitted are unclear and, in any event, the



องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการที่สหรัฐอเมริกากำหนดข้อผูกพันใน “สาขาการบริการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา)” ต้องตีความว่าได้ยกเว้นขอบเขตสาขาบริการการกีฬา ประเภทที่ 9641 ตามเอกสาร the CPC และในความหมายเดียวกัน สาขาบริการสันทนาการอื่น ประเภทที่ 9649 ได้หมายรวมถึงว่าได้เข้าผูกพันสาขาบริการย่อยการพนันและการชั่งต่อ ประเภทที่ 96492 (*US Gambling*, 2005)<sup>111</sup> ดังนั้น ตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาภายใต้ความตกลง GATS จึงรวมถึงข้อผูกพันการบริการการพนันชั่งต่อภายใต้สาขาบริการย่อย 10.D (*US Gambling*)<sup>112</sup>

ดังจะเห็นได้ว่า การค้นหาว่าประเทศสมาชิกมีพันธกรณีตามข้อผูกพันหรือไม่ องค์กรอุทธรณ์ในคดี US-Gambling อ้างมาตรา 20 : 3 ว่าตารางข้อผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS ดังนั้นการตีความตารางข้อผูกพันจึงกระทำเช่นเดียวกันกับการตีความความตกลง GATS โดยใช้หลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ซึ่งองค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารเสริมการตีความตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ โดยแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันระบุชัดเจนว่าหากประเทศสมาชิกประสงค์จะใช้สาขาบริการย่อยหรือคำนิยามของตน แตกต่างจากเอกสาร W/120 และ/หรือรหัส CPC สามารถกระทำได้โดยระบุรายละเอียดอย่างเพียงพอ (sufficiently detailed) เพื่อหลีกเลี่ยงความกำกวมของขอบเขตของข้อผูกพัน แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าตนมีการกำหนดนิยามและขอบเขตที่แตกต่างจากรหัส CPC และตามรหัส CPC ในเอกสาร W/120 กำหนดให้สาขาบริการสันทนาการอื่น หมายรวมถึง สาขาการบริการการพนันชั่งต่อด้วย ในเมื่อสหรัฐอเมริกาได้ระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” ในข้อผูกพันรายสาขาต่อสาขาการบริการสันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) เท่ากับว่าสหรัฐอเมริกาไม่มีข้อจำกัดใดต่อการให้บริการสาขาการบริการพนันชั่งต่อทางไกลด้วย สหรัฐอเมริกาจึงผูกพันที่จะต้องให้มีการเข้าสู่ตลาดแก่ผู้ให้บริการต่างชาติในการให้บริการพนันชั่งต่อทางไกล

---

commitment made by the United States in subsector 10.D remained the same in the drafts that had this cover note and in the final version of the Schedule. In other words, the other parties to the negotiations could not have been expected to understand that the mere omission of the cover note from the final version of the United States' Schedule somehow modified the scope of the commitment undertaken in Sector 10. ”

<sup>111</sup> Ibid., para. 208.

“In our view, therefore, the relevant entry in the United States' Schedule, "Other recreational services (except sporting)", must be interpreted as excluding from the scope of its specific commitment services corresponding to CPC class 9641, "Sporting services". For the same reasons, the entry must be read as including within the scope of its commitment services corresponding to CPC 9649, "Other recreational services", including Sub-class 96492, "Gambling and betting services".”

<sup>112</sup> Ibid., para. 213.

“...the United States' Schedule under the GATS includes specific commitments on gambling and betting services under subsector 10.D”



### 3.1.4.2 สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีผูกพันในเรื่องการเข้าสู่ตลาดต่อสาขาบริการการพนันชั้นต่ออย่างไร

สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าไม่มีมาตรการพิพาทใดของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดหน่วยปริมาณ (numerical units) หรือรูปแบบโควตา ดังนั้น จึงไม่มีมาตรการใดอยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) การพิจารณาการห้ามผู้ให้บริการต่างชาติไม่ควรเป็นการนำมาตรา 16 มาพิจารณา เนื่องจากมาตรการพิพาทไม่ได้มีลักษณะเชิงปริมาณ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายืนยันว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเพิกเฉยต่อข้อเท็จจริงว่าการห้ามการให้บริการดังกล่าวอยู่ภายใต้บทบัญญัติอื่นของความตกลง GATS เช่น มาตรา 17 และมาตรา 6 ซึ่งประเทศสมาชิกมีข้อผูกพันภายใต้มาตรา 16 ที่จะผูกพันตนมิให้คงไว้ซึ่งข้อจำกัดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 2 ซึ่งเป็นข้อจำกัดที่ตนมิได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน แต่ก็ได้หมายความว่าประเทศสมาชิกต้องผูกพันตนที่จะขจัดข้อจำกัดหรืออุปสรรคอื่นใดทั้งหมดต่อการให้บริการ (*US Gambling*)<sup>113</sup>

องค์กรอุทธรณ์เริ่มพิจารณาประเด็นนี้ว่าเมื่อสหรัฐอเมริกาได้ผูกพันต่อสาขาบริการการพนันชั้นต่อแล้ว ต่อมาจึงต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องของมาตรการพิพาทตามพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาภายใต้มาตรา 16 ของความตกลง GATS ซึ่งข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดสาขาบริการย่อย 10. D ของตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในรูปแบบการให้บริการข้ามพรมแดน สหรัฐอเมริกาได้ระบุว่า “ไม่จำกัด” นั้นหมายความว่า สหรัฐอเมริกาได้เข้าผูกพันการเข้าสู่ตลาดอย่างเต็มรูปแบบภายในความหมายมาตรา 16 และสหรัฐอเมริกาไม่สามารถคงไว้ซึ่งประเภทมาตรการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 2 ทั้ง 6 อนุมาตรา (*US Gambling*)<sup>114</sup>

<sup>113</sup> Ibid., para. 222.

“...the United States emphasizes that none of the measures at issue state s any numerical units or is in the form of quotas and that, therefore, none of those measures falls within the scope of sub-paragraph (a) or (c) of Article XVI:2... The United States asserts that the Panel ignored the fact that such prohibitions remain subject to other provisions of the Agreement, including Articles XVII and VI... For the United States, Members that have made a specific commitment under Article XVI have committed themselves not to maintain the precisely defined limitations set out in Article XVI:2 ; Members have not committed themselves to eliminate all other limitations or restrictions that may impede the supply of the relevant services.”

<sup>114</sup> Appellate Body Report, ‘*US Gambling*’, WT/DS285/AB/R, para. 215.

“ The Panel found that the United States' Schedule includes specific commitments on gambling and betting services, and we have upheld this finding. The Panel then considered the consistency of the measures at issue with the United States' obligations under Article XVI of the GATS...In this case, the relevant entry for mode 1 supply in the market access column of subsector 10.D of the United States' Schedule reads "None". In other words, the United States has undertaken to provide full market access, within the meaning of Article XVI, in



ในคดี US Gambling จึงมีประเด็นที่องค์กรอุทธรณ์จะต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายห้ามการให้บริการการพนันขั้นต้นของสหรัฐอเมริกาที่เป็นระดับกฎหมายรัฐบาลกลาง (federal statutes) เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด โดยที่เป็นการกำหนดตัวเลขโควตาการให้บริการเท่ากับศูนย์หรือไม่

**(1) มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีผลเทียบเท่ากับจำนวนโควตาเท่ากับศูนย์ เป็นการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการในการเข้าสู่ตลาด ตามมาตรา 16 : 2 (เอ)**

องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่าเนื่องด้วยมาตรา 16:2 (World Trade Organization)<sup>115</sup> ได้กำหนดห้ามประเทศสมาชิกจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการกำหนดโควตาเชิงปริมาณ (Numerical Quotas) การให้สิทธิผูกขาดบริการแต่ผู้เดียวหรือน้อยราย (Monopolies, exclusive Service Suppliers) หรือการกำหนดเงื่อนไขการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ (the requirements of an economic needs test) และในการตีความบทบัญญัตินี้ องค์กรอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่ามาตรานี้กำหนดข้อจำกัดในจำนวนของผู้ให้บริการ (on the number of service suppliers) และโควตาเชิงปริมาณ (numerical quotas) อันสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของมาตรา 16:2 (เอ) ว่าเป็นการจำกัดเกี่ยวกับตัวเลข หรือการจำกัดเชิงปริมาณ (US Gambling)<sup>116</sup>

นอกจากนี้ คำว่า “ในรูปแบบของ” ที่ปรากฏในมาตรา 16: 2 (เอ) มีความหมายที่คลุมเครือและหลากหลาย องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาคำว่า “ในรูปแบบของ” (in the form of) ต่อการจำกัด 4 ประเภท ได้แก่ โควตาเชิงปริมาณ (numerical quota) การจำกัดจำนวนของผู้ผูกขาดการให้บริการ (limitation on the number of service suppliers..in the form of.. monopolies) ผู้ให้บริการที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive service suppliers) บททดสอบความจำเป็นทาง

---

respect of the services included within the scope of its subsector 10.D commitment. In so doing, it has committed not to maintain any of the types of measures listed in the six sub-paragraphs of Article XVI:2.”

<sup>115</sup> Article XVI: Market Access

2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test.

<sup>116</sup> Appellate Body Report, ‘US Gambling’, WT/DS285/AB/R, para. 225.

“ Article XVI:2(a) prohibits "limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test." In interpreting this provision we observe, first, that it refers to restrictions "on the number of service suppliers", as well as to "numerical quotas". These words reflect that the focus of Article XVI:2(a) is on limitations relating to numbers or, put differently, to quantitative limitations”



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

เศรษฐกิจ (an economic needs test) ตามมาตรา 16:2 (เอ) (*US Gambling*)<sup>117</sup>

โดย GATS ไม่ได้บัญญัติคำนิยามคำว่า “โควตาเชิงปริมาณ” (numerical quota) ไว้ แต่สามารถพิจารณาได้ว่า “เชิงปริมาณ” หมายถึงคุณลักษณะทางตัวเลขหรือตัวเลข คำว่า “โควตา” (quota) หมายถึงจำนวนหรือปริมาณสูงสุดที่ได้รับอนุญาตเป็นรายบุคคลหรือกลุ่ม ตัวอย่างเช่น การจำกัดปริมาณการนำเข้าหรือการส่งออก ดังนั้น คำว่าโควตาเชิงปริมาณจึงหมายถึงการจำกัดเชิงปริมาณในจำนวนของผู้ให้บริการ และคำว่าเชิงปริมาณ (“numerical”) จะต้องแสดงถึงคุณลักษณะทางตัวเลข (have a characteristics of a number) แม้ว่าเลขศูนย์ไม่ถือเป็นจำนวนนับ แต่องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าตัวเลขศูนย์นั้นก็เป็นจำนวนที่บ่งบอกถึงปริมาณอันเป็นคุณลักษณะของตัวเลข (“characteristics of” a number) แล้ว จึงนับว่าเป็นเชิงปริมาณ (numerical) (*US Gambling*, 2005)<sup>118</sup>

มาตรา 16: 2 กำหนดมาตรการที่เป็นข้อจำกัดต่อการเข้าสู่ตลาด หากประเทศสมาชิกไม่มีการระบุมตรการตามมาตรา 16 : 2 ลงในตารางข้อผูกพัน ก็เท่ากับว่าประเทศสมาชิกให้ความผูกพันต่อการเข้าสู่ตลาดของสาขาบริการหรือสาขาบริการย่อยนั้นโดยไม่มีข้อจำกัด 6 ประการ คล้ายกันกับมาตรา 2:1 (บี) ของ GATT 1994 (World Trade Organization)<sup>119</sup> ที่ห้ามประเทศสมาชิกกำหนด

<sup>117</sup> Ibid., paras. 227 – 231.

“para 227 : The words “in the form of” in sub-paragraph (a) relate to all four of the limitations identified in that provision. It follows, in our view, that the four types of limitations, themselves, impart meaning to “in the form of”. Looking at these four types of limitations in Article XVI:2 (a), we begin with “numerical quotas”....

para 228 : The second type of limitation mentioned in sub-paragraph (a) is “limitations on the number of service suppliers... in the form of ... monopolies”...

para 229 : The term “exclusive service suppliers”, which is used to identify the third limitation in Article XVI:2 (a)...

para 231 : We further observe that it is not clear that “limitations on the number of service suppliers ... in the form of ... the requirements of an economic needs test” must take a particular “form.”...

<sup>118</sup> Ibid., para. 227.

“...The fact that the word “numerical” encompasses things which “have the characteristics of a number” suggests that limitations “in the form of a numerical quota” would encompass limitations which, even if not in themselves a number, have the characteristics of a number. Because zero is *quantitative* in nature, it can, in our view, be deemed to have the “characteristics of” a number—that is, to be “numerical” .”

<sup>119</sup> Article 2:1, GATT : Schedules of Concessions

(b) The products described in Part I of the Schedule relating to any contracting party, which are the products of territories of other contracting parties, shall, on their importation into the territory to which the Schedule relates, and subject to the terms, conditions or qualifications set forth in that Schedule, be exempt from ordinary customs duties in excess of those set forth and provided therein. Such products shall also be exempt from all other duties or charges of any kind imposed on or in connection with the importation in excess

ภาษีที่เกินกว่าอัตราภาษีที่ผูกพัน โดยปกติอัตราภาษีที่ผูกพันดังกล่าวจะมากกว่าศูนย์ แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่ามาตรา 2:1 (บี) ไม่ได้ครอบคลุมถึงอัตราผูกพันที่เท่ากับศูนย์ (*US Gambling*)<sup>120</sup> องค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ว่าผู้ร่างมาตรา 16: 2 (เอ) อาจไม่ได้คาดการณ์ในกรณีที่มีการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์ (zero quota) เนื่องจากอนุมาตรา (เอ) ไม่ได้ถูกร่างขึ้นเพื่อครอบคลุมในกรณีที่ประเทศสมาชิกประสงค์คงไว้ซึ่งข้อจำกัดอย่างเต็มรูปแบบ (full limitation) เพราะโดยปกติแล้วหากประเทศสมาชิกไม่ต้องการผูกพันพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดในสาขาหรือสาขาบริการย่อยใดแล้ว ประเทศสมาชิกก็จะไม่ระบุสาขาบริการหรือสาขาบริการย่อยไว้ในตารางข้อผูกพันรายสาขาของตน ดังนั้น ประเทศสมาชิกก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดข้อจำกัดหรือมาตรการตามมาตรา 16:2 ด้วยเช่นกัน (*US Gambling*)<sup>121</sup>

องค์การอุทธรณ์ได้ใช้วิธีการเสริมการตีความ (supplementary means) โดยพิจารณาจากแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 ในฐานะเป็นเอกสารเตรียมการ (preparatory work) (*US Gambling*, 2005)<sup>122</sup> และองค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับข้อสังเกตของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ว่าแนวทางการจัดทำข้อผูกพันได้ให้ตัวอย่างประเภทของการจำกัดซึ่งตกอยู่ภายใต้มาตรา 16:2 (เอ) ซึ่งนั่นหมายความว่า ประเภทของมาตรการพิพาทจะไม่สอดคล้องกับมาตรา 16 หากประเทศสมาชิกได้ให้ความผูกพันสาขาบริการนั้นต่อการเข้าสู่ตลาด เว้นแต่ว่าประเทศสมาชิกได้ระบุเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในตารางของตน เช่น เงื่อนไขด้านสัญชาติของผู้ให้บริการ (ซึ่งเทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์) ("1993 Scheduling Guidelines,")<sup>123</sup> ตัวอย่างดังกล่าวยืนยันได้ว่า

---

of those imposed on the date of this Agreement or those directly and mandatorily required to be imposed thereafter by legislation in force in the importing territory on that date.

<sup>120</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 233.

"...Similarly, Article II:1(b) of the GATT 1994 prohibits Members from imposing duties "in excess of" the bound duty rate. Such bound duty rate will usually be above zero. Yet this does not mean that Article II:1(b) does not also refer to bound rates set at zero"

<sup>121</sup> *Ibid.*, para. 234.

"... Paragraph (a) does not foresee a "zero quota" because paragraph (a) was not drafted to cover situations where a Member wants to maintain full limitations. If a Member wants to maintain a full prohibition, it is assumed that such a Member would not have scheduled such a sector or sub-sector and, therefore, would not need to schedule any limitation or measures pursuant to Article XVI:2."

<sup>122</sup> *Ibid.*, para. 236.

"... In either circumstance, this is an appropriate case in which to have recourse to supplementary means of interpretation, such as preparatory work."

<sup>123</sup> 1993 Scheduling Guidelines, page 3.

"12. The following are examples of limitations on market access drawn from the schedules of specific commitments. In this regard, paragraph 39 on the scheduling of limitations is also relevant.

มาตรการที่มีผลเป็นการกำหนดจำนวนโควตาเท่ากับศูนย์อยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 16 : 2 (เอ) (*US Gambling*)<sup>124</sup>

องค์กรอุทธรณ์จึงเห็นว่ากฎหมายห้ามการให้บริการการพนันขั้นต่อของสหรัฐอเมริกาในระดับรัฐบาลกลาง เป็นการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการนั้นให้เท่ากับศูนย์ การห้ามทั้งหมดดังกล่าวเป็นผลทำให้โควตาเท่ากับศูนย์ และเป็นการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการเชิงปริมาณในรูปแบบโควตาภายในความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ) (*US Gambling*)<sup>125</sup>

(2) มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีผลเทียบเท่ากับจำนวนโควตาเท่ากับศูนย์ เป็นการจำกัดจำนวนการดำเนินการบริการ (operations) หรือจำนวนผลผลิตการบริการ (service output) ในการเข้าสู่ตลาด ตามมาตรา 16 : 2 (ซี)

องค์กรอุทธรณ์อธิบายว่าอนุมาตรา (ซี) (World Trade Organization)<sup>126</sup> สามารถนำไปปรับใช้กับรูปแบบการให้บริการทั้ง 4 รูปแบบภายใต้ GATS และการจำกัดทุกประเภทในอนุมาตรา (ซี) มีลักษณะเชิงปริมาณโดยสภาพ และล้วนเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดทั้งสิ้น ดังนั้น แม้ว่าอนุมาตรา (ซี) จะระบุเพียงแค่การจำกัด 2 ประเภท คือข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของการให้บริการ

- 
- (a) Limitations on the number of service suppliers:
- Licence for a new restaurant based on an economic needs test.
  - Annually established quotas for foreign medical practitioners.
  - Government or privately owned monopoly for labour exchange agency services.
  - Nationality requirements for suppliers of services (equivalent to zero quota)."

<sup>124</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 237.

"We have already determined that the 1993 Scheduling Guidelines constitute relevant preparatory work. As the Panel observed, those Guidelines set out an example of the type of limitation that falls within the scope of sub-paragraph (a) of Article XVI:2, that is, of the type of measures that will be inconsistent with Article XVI if a relevant commitment has been made and unless the Member in question has listed it as a condition or limitation in its Schedule. That example is : "nationality requirements for suppliers of services (equivalent to zero quota)". This example confirms the view that measures equivalent to a zero quota fall within the scope of Article XVI:2 (a)."

<sup>125</sup> Ibid., para 238.

"For the above reasons, we are of the view that limitations amounting to a zero quota are quantitative limitations and fall within the scope of Article XVI:2 (a)"

<sup>126</sup> Article XVI : 2 : In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test.



ไม่ว่าจะเป็นจำนวนการดำเนินการ (number of service operations) หรือจำนวนผลผลิตการบริการ (quantity of service output) ในรูปแบบตัวเลขโควตา หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ แต่ก็มีได้หมายความว่าอนุมาตรา (ซี) ไม่ได้ครอบคลุมถึงมาตรการโควตาเทียบเท่ากับศูนย์ (*US Gambling*)<sup>127</sup>

องค์กรอุทธรณ์ใช้วิธีเสริมการตีความ (*US Gambling*)<sup>128</sup> โดยอ้างถึงแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ในฐานะเป็นเอกสารเตรียมการ โดยแนวทางฯ ดังกล่าวได้ให้ตัวอย่างของมาตรการที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 16 : 2 (ซี) ซึ่งไม่ได้กำหนดถึงจำนวนหรือหน่วยปริมาณแต่อย่างใด (*US Gambling*, 2005)<sup>129</sup> เช่น กรณีการจำกัดเวลาการออกอากาศสำหรับภาพยนตร์ต่างประเทศ ("1993 Scheduling Guidelines,")<sup>130</sup> องค์กรอุทธรณ์จึงวินิจฉัยว่าการห้ามการให้บริการในกรณีที่ประเทศสมาชิกผูกพันสาขาบริการดังกล่าวต่อพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดเป็นการจำกัดเชิงปริมาณต่อการให้บริการ (*US Gambling*)<sup>131</sup>

องค์กรอุทธรณ์จึงพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่เป็นมาตรการพิพาทกับมาตรา 16 ของ GATS โดยเห็นด้วยตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่นำหลักกฎหมายตามมาตรา 16 มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริง ดังนี้

<sup>127</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 247.

"... That sub-paragraph (c) applies in respect of all four modes of supply under the GATS ... Nonetheless, all types of limitations in sub-paragraph (c) are quantitative in nature, and all restrict market access. For these reasons, we are of the view that, even if sub-paragraph (c) is read as referring to only two types of limitations, as contended by the United States, it does not follow that sub-paragraph (c) would not catch a measure equivalent to a zero quota."

<sup>128</sup> Ibid., para. 248.

"To the extent that the above interpretation leaves a degree of ambiguity as to the proper meaning of Article XVI: 2 (c), we consider it useful to resort to supplementary means of interpretation..."

<sup>129</sup> Ibid., para. 249.

"We also consider it appropriate to refer to the 1993 Scheduling Guidelines as preparatory work. These Guidelines set out an example of the type of measure covered by sub-paragraph (c) of Article XVI: 2. They refer to "[r]estrictions on broadcasting time available for foreign films" without mentioning numbers or units."

<sup>130</sup> 1993 Scheduling Guidelines, page. 3.

"12. The following are examples of limitations on market access drawn from the schedules of specific commitments. In this regard, paragraph 39 on the scheduling of limitations is also relevant.

- (c) Limitations on the total number of service operations or quantity of service output:
- Restrictions on broadcasting time available for foreign films."

<sup>131</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 250.

"... Yet we are satisfied that a prohibition on the supply of services in respect of which a full market access commitment has been undertaken is a quantitative limitation on the supply of such services."



**(ก) กฎหมายการบริการออนไลน์ (The Wire Act, 18 US Code, Section 1084)**

กฎหมายการบริการออนไลน์ (*US Gambling*)<sup>132</sup> มีเนื้อหาที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ให้บริการส่งมอบการบริการการพนันและขั้นตอนด้วยวิธีการส่งมอบทางไกล รวมทั้งการดำเนินการบริการ และผลผลิตการบริการผ่านวิธีดังกล่าว องค์การอุตสาหกรรมจึงเห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ได้วินิจฉัยว่ากฎหมาย the Wire Act ที่ห้ามมิให้มีวิธีการส่งมอบบริการทางไกลไม่ว่าจะเป็นหนึ่งวิธี หรือหลายวิธีในรูปแบบการให้บริการแบบที่ 1 การห้ามตามกฎหมายดังกล่าวมีผลเท่ากับเป็นการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์ และเป็นการจำกัดในรูปแบบของโควตาเชิงปริมาณ ภายใต้ความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) (*US Gambling*)<sup>133</sup>

**(ข) กฎหมายการเดินทาง (the Travel Act, 18 US Code, Section 1952) กฎหมาย**

การเดินทาง (*US Gambling, 2005*)<sup>134</sup> ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการให้บริการการพนันขั้นต่อโดย ‘จดหมายหรือสื่ออื่น’ (mail or any facility) ที่ดำเนินการโดยองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการพนันที่ถูกห้ามภายใต้กฎหมายระดับมลรัฐและตามเงื่อนไขอื่นในอนุมาตรา (เอ) ของ the Travel Act” กฎหมาย

<sup>132</sup> Section 1084 (a) of Title 18 of the United States Code (quoted in Panel Report, para. 6.360).

“The relevant part of Wire act states :

Whoever being engaged in the business of betting or wagering knowingly uses a wire communication facility for the transmission in interstate or foreign commerce of bets or wagers or information assisting in the placing of bets or wagers on any sporting event or contest, or for the transmission of a wire communication which entitles the recipient to receive money or credit as a result of bets or wagers, or for information assisting in the placing of bets or wagers shall be fined under this title or imprisoned not more than two years, or both.”

<sup>133</sup> Appellate Body Report, ‘*US Gambling*’, WT/DS285/AB/R, para. 259.

<sup>134</sup> *Ibid.*, para. 260.

“As regards the Travel Act, the Panel quoted the following excerpt:

(a) Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any facility in interstate or foreign commerce, with intent to –

(1) distribute the proceeds of any unlawful activity; or

(2) commit any crime of violence to further any unlawful activity; or

(3) otherwise promote, manage, establish, carry on, or facilitate the promotion, management, establishment, or carrying on, of any unlawful activity,

and thereafter performs or attempts to perform –

(A) an act described in paragraph (1) or (3) shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both; or

(B) an act described in paragraph (2) shall be fined under this title, imprisoned for not more than 20 years, or both, and if death results shall be imprisoned for any term of years or for life.

(b) As used in this section (i) "unlawful activity" means (1) any business enterprise involving gambling ... in violation of the laws of the State in which they are committed or of the United States”



the Travel Act ห้ามผู้ให้บริการให้บริการพนันชั้นต่อผ่านจดหมาย (และวิธีอื่นที่อาจกระทำได้ เพื่อส่งมอบบริการ) และการดำเนินการบริการ และผลผลิตการบริการผ่านจดหมาย (และวิธีในการส่งมอบอื่นที่อาจกระทำได้) ดังนี้ การห้ามตามกฎหมายดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์ กฎหมาย The Travel Act จึงเป็นการห้ามที่เป็นการจำกัดในรูปแบบของโควตาเชิงปริมาณภายในความหมายของมาตรา 16: 2 (เอ) และ (ซี) (*US Gambling*)<sup>135</sup>

(ค) กฎหมายธุรกิจการพนันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (the Illegal Gambling Business Act- “the IGBA”, 18 US Code, Section 1955) กฎหมายธุรกิจการพนันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (*US Gambling*, 2005)<sup>136</sup> กำหนดข้อห้ามแก่ผู้ให้บริการในการให้บริการพนันชั้นต่อ การดำเนินการบริการ และผลผลิตของการบริการ ดังนั้น the IGBA จึงเป็นการจำกัดในรูปแบบของโควตาเชิงปริมาณภายใต้ความหมายของมาตรา 16: 2 (เอ) และ (ซี) (*US Gambling*)<sup>137</sup>

องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่าแม้ว่ากฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act และ

<sup>135</sup> Ibid., para. 261, 265.

Para. 261 : “...For these reasons, the Panel found that 'the Travel Act contains a limitation 'in the form of numerical quotas' within the meaning of Article XVI:2(a) and a limitation' in the form of a quota' within the meaning of Article XVI:2(c).”

Para. 265 : “...we also uphold the Panel's ultimate finding, in paragraph 7.2(b)(i) of the Panel Report, that, by maintaining the Wire Act, the Travel Act, and the Illegal Gambling Business Act, the United States acts inconsistently with its obligations under Article XVI:1 and Article XVI:2(a) and (c) of the GATS.”

<sup>136</sup> Ibid., para. 262.

“The Panel considered the relevant part of the Illegal Gambling Business Act to be the following:

(a) Whoever conducts, finances, manages, supervises, directs or owns all or part of an illegal gambling business shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

(b) As used in this section –

(1) 'illegal gambling business' means a gambling business which –

(i) is a violation of the law of a State or political subdivision in which it is conducted; (ii) involves five or more persons who conduct, finance, manage, supervise, direct, or own all or part of such business; and (iii) has been or remains in substantially continuous operation for a period in excess of thirty days or has a gross revenue of \$2,000 in any single day.

(2) 'gambling' includes but is not limited to pool-selling, bookmaking, maintaining slot machines, roulette wheels or dice tables, and conducting lotteries, policy, bolita or numbers games, or selling chances therein”

<sup>137</sup> Appellate Body Report, ‘*US Gambling*’, WT/DS285/AB/R, para. 263.

“ The Panel then determined that because the IGBA ... that this prohibition concerned service suppliers, service operations and service output; and that, accordingly, the IGBA "contains a limitation 'in the form of numerical quotas' within the meaning of Article XVI:2(a) and a limitation 'in the form of a quota' within the meaning of Article XVI:2(c).”



กฎหมาย the Illegal Gambling Business Act ไม่ได้ระบุถึงจำนวนการบริการหรือจำนวนผู้ให้บริการที่ได้รับอนุญาตอย่างชัดเจนหรือใช้คำว่า “โควตา” ในการกำหนดข้อจำกัด แต่ไม่ได้หมายความว่ามาตรการดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้มาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) (*US Gambling*)<sup>138</sup>

โดยสรุป องค์การอุทธรณ์ยื่นตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าตามที่ตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาได้ผูกพันต่อสาขาบริการการพนันขั้นต่อ โดยตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาได้ระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (None) ต่อข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดสำหรับสาขาบริการย่อย 10.D. ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายห้ามมิให้มีการให้บริการการพนันขั้นต่อทางไกล เนื่องจากไม่ได้ระบุมาตรการเช่นว่านี้ไว้ในตารางข้อผูกพัน

การที่สหรัฐอเมริกาบังคับใช้กฎหมายห้ามการให้บริการการพนันขั้นต่อข้ามแดนของสหรัฐอเมริกา อันได้แก่ กฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act อันมีลักษณะเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) และถือว่าเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบจำนวนตัวเลขโควตา โดยกำหนดตัวเลขโควตาเท่ากับศูนย์ ดังนั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาผูกพันสาขาบริการการพนันขั้นต่อและมีลักษณะเป็นการให้บริการข้ามพรมแดน และสหรัฐอเมริกามีได้กำหนดข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดไว้ในตารางข้อผูกพันรายสาขาแล้ว กฎหมายห้ามการให้บริการการพนันขั้นต่อข้ามแดนจึงเป็นมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 1 และมาตรา 16 : 2 ตามความตกลง GATS (*US Gambling*, 2005)<sup>139</sup>

### 3.1.4.3 สหรัฐอเมริกามีสิทธิใช้มาตรการพิพาทโดยอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) เพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีหรือไม่

คดี U.S.-Gambling เป็นคดีแรกที่องค์การอุทธรณ์ได้ตีความข้อยกเว้นเรื่องการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนและการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะในบริบทของ GATS

องค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling วินิจฉัยว่ามาตรา 14 ของ GATS ได้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปจากพันธกรณีภายใต้ความตกลง GATS ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 20 ของ GATT 1994 บทบัญญัติทั้งสองดังกล่าวยืนยันสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของประเทศสมาชิก

<sup>138</sup> Appellate Body Report, ‘*US Gambling*’, WT/DS285/AB/R, para. 264.

“...As a result, there is no ground for disturbing the above findings made by the Panel.”

<sup>139</sup> *Ibid.*, para. 265.

“We have upheld the Panel’s finding that the United States’ Schedule to the GATS includes a specific commitment in respect of gambling and betting services. In that Schedule, the United States has inscribed “None” in the first row of the market access column for subsector 1.D...”

ตามอนุมาตราต่าง ๆ ทั้งสองบทบัญญัติมีโครงสร้างและสาระสำคัญในบางอนุมาตราและเงื่อนไขในบทนำที่คล้ายคลึงกัน ดังนั้น องค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าคำวินิจฉัยในคดีก่อน ๆ ภายใต้มาตรา 20 ของ GATT 1994 เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ข้อยกเว้นทั่วไปภายใต้มาตรา 14 ของ GATS (*US Gambling*, 2005)<sup>140</sup> ในคดีนี้องค์การอุทธรณ์จึงได้ใช้แนวทางของการวินิจฉัยภายใต้มาตรา 20 ของ GATT 1994 มาพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกากับมาตรา 14 ของ GATS

มาตรา 14 ของ GATS มีหลักเกณฑ์การพิจารณาข้อยกเว้นทั่วไปเช่นเดียวกับมาตรา 20 ของ GATT 1994 โดยมาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ ซึ่งประเทศสมาชิกผู้อ้างข้อยกเว้นทั่วไปจะต้องพิสูจน์ให้ได้ ตามคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี US-Shrimp และคดี US-Gasoline คือ มาตรการอยู่ภายใต้ขอบเขตข้อยกเว้นทั่วไปในอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งในมาตรา 14 ของ GATS และมาตรการสอดคล้องกับเงื่อนไขตามบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปคือ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยพลการหรือไม่มีเหตุผล และไม่เป็นการจำกัดการค้าบริการอย่างแอบแฝง (*US Gambling*, 2005)<sup>141</sup>

### 3.1.4.3.1 มาตรการของสหรัฐอเมริกาได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรา 14 (เอ) ของ GATS หรือไม่

โดยในประการแรก องค์การอุทธรณ์เริ่มพิจารณาในประเด็นว่ามาตรการพิพาทอยู่ภายใต้ขอบเขตข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 (เอ) หรือไม่ ซึ่งมาตรา 14 (เอ) กำหนดว่า ... มาตรการนั้นต้องมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน (public moral) หรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (public order)

มาตรา 14 (เอ) แบ่งการพิจารณาเป็น 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรก องค์การอุทธรณ์ชี้ว่า

<sup>140</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 291.

"Article XIV of the GATS sets out the general exceptions from obligations under that Agreement in the same manner as does Article XX of the GATT 1994. Both of these provisions affirm the right of Members to pursue objectives identified in the paragraphs of these provisions even if ... . Similar language is used in both provisions... and the requirements set out in their respective chapeaux. Accordingly, like the Panel, we find previous decisions under Article XX of the GATT 1994 relevant for our analysis under Article XIV of the GATS."

<sup>141</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 292.

"Article XIV of the GATS, like Article XX of the GATT 1994, contemplates a "two-tier analysis" of a measure that a Member seeks to justify under that provision. A panel should first determine whether the challenged measure falls within the scope of one of the paragraphs of Article XIV...Where the challenged measure has been found to fall within one of the paragraphs of Article XIV, a panel should then consider whether that measure satisfies the requirements of the chapeau of Article XIV."

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทต้องตรวจสอบว่ามาตรการพิพาทตามกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act และกฎหมาย the IGBA เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีแก่ประชาชนและรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือไม่ ขั้นตอนที่สอง คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจึงค่อยวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวมีความจำเป็น (necessary) ต่อการคุ้มครองศีลธรรมอันดีหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะภายในความหมายของ มาตรา 14 (เอ) หรือไม่ (*US Gambling, 2005*)<sup>142</sup>

**(1) มาตรการพิพาทมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์ของประเทศสมาชิกที่ต้องการมุ่งคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน**

การพิจารณาว่ามาตรการพิพาทมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างแท้จริงหรือไม่นั้น องค์การอุทธรณ์พิจารณาดังนี้

**(ก) เนื้อหา วัตถุประสงค์ คำแถลงการณ์ ที่มา และประวัติการยกร่างของมาตรการพิพาทสะท้อนให้เห็นถึงความมุ่งหมายในการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน**

องค์การอุทธรณ์ยืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ว่ากฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้งสามฉบับของสหรัฐอเมริกาบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนและรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (*US Gambling, 2005*)<sup>143</sup> โดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทอ้างถึงรายงานสภาองเกรส (Congressional reports) และคำแถลงนโยบาย (testimony) ที่แสดงให้เห็นว่า “รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act และกฎหมาย the IGBA โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการฟอกเงิน (money laundering) การอาชญากรรม (organized crime) การฉ้อโกง (fraud) การพนันในกลุ่มเยาวชนและกลุ่มคนที่ติดการพนัน (underage gambling and pathological gambling)” ดังนี้ กฎหมายของรัฐบาลกลางจึงเป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน และ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบ

<sup>142</sup> *Ibid.*, para. 294.

“In the first step of its analysis under this provision, the Panel examined whether the measures at issue—the Wire Act, the Travel Act, and the IGBA—are “designed” to protect public morals and to maintain public order. As a second step, the Panel determined whether these measures are “necessary” to protect public morals or to maintain public order, within the meaning of Article XIV(a).”

<sup>143</sup> *Ibid.*, para. 299.

“We therefore uphold the Panel’s finding, in paragraph 6.487 of the Panel Report, that “the concerns which the Wire Act, the Travel Act and the Illegal Gambling Business Act seek to address fall within the scope of ‘public morals’ and/or ‘public order’ under Article XIV(a).”



เรียบบริอัยสาธารณะภายในความหมายของมาตรา 14 (เอ) (*US Gambling*, 2005)<sup>144</sup>

**(ข) ประเทศสมาชิกมีดุลยพินิจฝ่ายเดียวในการกำหนด “ศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อให้สอดคล้องกับระบบและระดับของคุณค่าของประเทศตน”**

องค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งระบุว่า การวิเคราะห์ความหมายคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” แสดงถึงมาตรฐานแห่งการประพฤติที่ถูก และผิดที่รักษาไว้ซึ่งหรือเพื่อประโยชน์แก่สังคมหรือชาติ (*US Gambling*, 2005)<sup>145</sup> โดยเนื้อหาของ ศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยและสถานที่ ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เช่น คุณค่าทางสังคม วัฒนธรรม จริยธรรม และศาสนา ดังนั้น ประเทศสมาชิกสามารถกำหนด ขอบเขตค่านิยมและการนำไปใช้ของแนวคิดศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในอาณาเขตของ ประเทศตนตามระบบและคุณค่าของประเทศตน (*US Gambling*, 2004)<sup>146</sup>

ส่วนคำว่า “ความสงบเรียบบริอัยสาธารณะ” (public order) เกี่ยวข้องกับการรักษาไว้ซึ่ง ผลประโยชน์พื้นฐานของสังคม สะท้อนให้เห็นได้จากนโยบายสาธารณะและกฎหมาย องค์กรอุทธรณ์ ชี้แจงว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้อธิบายอย่างชัดเจนแล้วถึงเงื่อนไขในเชิงอรรถที่ 5 ซึ่งต้อง พิจารณาประกอบกับคำว่า “ความสงบเรียบบริอัยสาธารณะ” โดยเชิงอรรถที่ 5 บัญญัติว่า “ข้อยกเว้น ความสงบเรียบบริอัยสาธารณะอาจยกขึ้นได้ (may be invoked) ในกรณีมีการคุกคามที่เกิดขึ้นจริง และรุนแรงอย่างเพียงพอ (a genuine and sufficiently serious threat) ต่อหนึ่งในผลประโยชน์ พื้นฐานของสังคม (fundamental interests of society)” (*US Gambling*, 2005)<sup>147</sup> ซึ่งประเทศ

<sup>144</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 296.

“...The Panel then referred to Congressional reports and testimony establishing that "the government of the United States consider[s] [that the Wire Act, the Travel Act, and the IGBA] were adopted to address concerns such as those pertaining to money laundering, organized crime, fraud, underage gambling and pathological gambling." On this basis, the Panel found that the three federal statutes are "measures that are designed to 'protect public morals' and/or 'to maintain public order' within the meaning of Article XIV (a)”

<sup>145</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 296.

“... ,the Panel considers the term "public morals" denotes standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation...”

<sup>146</sup> Panel Report, '*US Gambling*', WT/DS285/R (10 Nov. 2004), paras. 6.461.

“...the content of these concepts for Members can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values...Members should be given some scope to define and apply for themselves the concepts of "public morals" and "public order" in their respective territories, according to their own systems and scales of values.”

<sup>147</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 296.

“In its analysis under Article XIV(a), the Panel found that "the term 'public morals' denotes standards



สมาชิกมีดุลยพินิจฝ่ายเดียวในการกำหนด “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เพื่อให้สอดคล้องกับระบบ และระดับของคุณค่าของประเทศตน (*US Gambling*, 2004)<sup>148</sup>

## (2) มาตรการพิพาทต้องมีความจำเป็น (Necessary) ภายใต้มาตรา 14 (เอ) GATS

องค์การอุทธรณ์ในคดี *US Gambling* วินิจฉัยประเด็น ‘ความจำเป็น’ (necessity) ใน มาตรา 14 (เอ) GATS โดยวางหลักการตีความคำว่า “จำเป็น” ตามบทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปไว้ว่า เป็นการพิจารณาในทางภาวะวิสัย (objective) ที่ต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐาน (*US Gambling*, 2005)<sup>149</sup> โดยอ้างถึงคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี *Korea - Various Measures on Beef* ที่ได้ พิจารณาตรวจสอบมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา 20 (ดี) ของ GATT 1994 โดยใช้กระบวนการซึ่ง น้ำหนักและถ่วงดุลในการพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้อง (*US Gambling*, 2005)<sup>150</sup> ได้แก่

### (ก) กฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้งสามของสหรัฐอเมริกามีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ทาง สังคมที่มีความสำคัญมาก (very important societal interests)

องค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท (*US Gambling*, 2005)<sup>151</sup> ว่า

---

of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation." The Panel further found that the definition of the term "order", read in conjunction with footnote 5 of the GATS, "suggests that 'public order' refers to the preservation of the fundamental interests of a society, as reflected in public policy and law... See also footnote 5 to Article XIV (a) "[t]he public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society."

<sup>148</sup> Panel Report, '*US Gambling*', WT/DS285/R, para. 6.461.

"...Members should be given some scope to define and apply for themselves the concepts of "public morals" and "public order" in their respective territories, according to their own systems and scales of values."

<sup>149</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 304.

" We note, at the outset, that the standard of "necessity" provided for in the general exceptions provision is an *objective* standard. To be sure, a Member's characterization of a measure's objectives and of the effectiveness of its regulatory approach—as evidenced, for example, by texts of statutes, legislative history, and pronouncements of government agencies or officials—will be relevant in determining whether the measure is, objectively, "necessary"."

<sup>150</sup> *Ibid.*, para. 305.

"In *Korea – Various Measures on Beef*, the Appellate Body stated, in the context of Article XX(d) of the GATT 1994, that whether a measure is "necessary" should be determined through "a process of weighing and balancing a series of factors"..."

<sup>151</sup> *Ibid.*, para. 323, 326.

Para 323 : " ...In this regard, we note that the Panel: (i) found that the three federal statutes protect "very important societal interests"..."





ผลประโยชน์และคุณค่าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) ได้ให้ผลประโยชน์ทางสังคมที่มีความสำคัญมาก อันมีความจำเป็นและความสำคัญในระดับสูงสุด (vital and important in the highest degree) เช่นเดียวกับการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ต่อความเสี่ยงทางสุขภาพที่คุกคามต่อชีวิตตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี EC-Asbestos (*US Gambling*, 2004)<sup>152</sup>

**(ข) มาตรการพิพาทมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นจริง (contribute to the realization of the ends that they pursue)**

องค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท (*US Gambling*, 2005)<sup>153</sup> ว่า มาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มีความจำเป็นโดยกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) มีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นจริง กฎหมายดังกล่าวมุ่งหมายจัดการฟอกเงิน องค์กรอาชญากรรม การฉ้อโกง การพนันในกลุ่มเยาวชน การติดการพนัน กฎหมาย the Wire Act และกฎหมาย the Travel Act ได้ห้ามการให้บริการการพนันชั้นต่อทางไกล โดยมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับข้อกังวลดังกล่าว และมีประสิทธิภาพในการจัดซื้อข้อกังวลดังกล่าว ส่วนกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act ได้ห้ามการดำเนินงาน การให้ความสนับสนุนทางการเงิน การจัดการ การควบคุม การชี้แนะ หรือการ

---

Para. 326 : “...Because the United States made its prima facie case of “necessity”, and Antigua failed to identify a reasonably available alternative measure, we conclude that the United States demonstrated that its statutes are “necessary”, and therefore justified, under paragraph (a) of Article XIV.”

<sup>152</sup> Panel Report, ‘*US Gambling*’, WT/DS285/R, para. 6.492

“On the basis of the foregoing, it is clear to us that the interests and values protected by the Wire Act, the Travel Act (when read together with the relevant state laws) and the Illegal Gambling Business Act (when read together with the relevant state laws) serve very important societal interests that can be characterized as “vital and important in the highest degree” in a similar way to the characterization of the protection of human life and health against a life-threatening health risk by the Appellate Body in EC – Asbestos”

<sup>153</sup> Appellate Body Report, ‘*US Gambling*’, WT/DS285/AB/R, para 323, 326.

Para. 323 : “... In this regard, we note that the Panel: ... (iii) found that the three federal statutes contribute to the realization of the ends that they pursue”

Para. 326 : “...Because the United States made its prima facie case of “necessity”, and Antigua failed to identify a reasonably available alternative measure, we conclude that the United States demonstrated that its statutes are “necessary”, and therefore justified, under paragraph (a) of Article XIV.”



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

เป็นเจ้าของไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจการพนันที่ผิดกฎหมาย (illegal gambling business) อันเป็นธุรกิจการพนันที่ละเมิดกฎหมายระดับมลรัฐ (หรือหน่วยงานปกครองระดับย่อยทางการเมือง) ของสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act มีประสิทธิภาพในการขจัดข้อกังวลดังกล่าว (*US Gambling*, 2004)<sup>154</sup>

**(ค) มาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศ (the restrictive impact of the measure on international commerce)**

องค์การอุทธรณ์พิจารณาว่า แม้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ (1) ปริมาณ ความรวดเร็ว และการเข้าถึงระหว่างประเทศของธุรกรรมการพนันขึ้นต่อทางไกล (the volume, speed and international reach of remote gambling transactions) (2) จากผู้เสมือนไม่เปิดเผยของธุรกรรมดังกล่าว (the virtual anonymity of such transactions) (3) การมีอุปสรรคค่อนข้างน้อยในการเข้ามาให้บริการการพนันขึ้นต่อทางไกล (low barriers to entry in the context of the remote supply of gambling and betting services) และ (4) สภาพแวดล้อมที่ต้องอยู่แยกออกมา และมีอาจเปิดเผยแหล่งที่การพนันได้เกิดขึ้น (the isolated and anonymous environment in which such gambling takes place) แต่การวิเคราะห์ในส่วนนี้ ต้องพิจารณาเน้นหนักถึงผลกระทบอันเป็นการจำกัดทางการค้าของกฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้งสามฉบับ (*US Gambling*, 2005)<sup>155</sup> อย่างไรก็ตามก็ดี องค์การอุทธรณ์ก็มีได้วินิจฉัยให้เหตุผลหรือ

<sup>154</sup> Panel Report, '*US Gambling*', WT/DS285/R, para. 6.494.

"As for the extent to which the Wire Act, the Travel Act (when read together with the relevant state laws) and the Illegal Gambling Business Act (when read together with the relevant state laws) contribute to the realization of the ends pursued by those laws, we recall our finding above that these laws seek to address concerns pertaining to money laundering, organized crime, fraud, underage gambling and pathological gambling. Given that the Wire Act and the Travel Act prohibit the remote supply of gambling and betting services, which has been associated with each of these concerns, these Acts must contribute, at least to some extent, to addressing these concerns. Further, the Illegal Gambling Business Act prohibits conducting, financing, managing, supervising, directing or owning all or part of an "illegal gambling business" which is defined as a gambling business which violates the law of a state (or political subdivision) of the United States. We consider that the Illegal Gambling Business Act must contribute, at least to some extent, to addressing these concerns."

<sup>155</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 323.

"...In this regard, we note that the Panel...included: (i) "the volume, speed and international reach of remote gambling transactions"; (ii) the "virtual anonymity of such transactions"; (iii) "low barriers to entry in the context of the remote supply of gambling and betting services"; and the (iv) "isolated and anonymous environment in which such gambling takes place". Thus, this analysis reveals that the Panel did not place much



รายละเอียดเพิ่มเติมในประเด็นนี้แต่อย่างไร

(ง) สหรัฐอเมริกาไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่า มาตรการพิพาท หรือละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และสามารถใช้ มาตรการได้ในทางประติบัติ

องค์กรอุทธรณ์นำมาตรการพิพาทมาเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ โดย ระบุว่าผลของการเปรียบเทียบดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากความสำคัญของผลประโยชน์ที่ต้องการ ปกป้องซึ่งเป็นการพิจารณาบนพื้นฐานของหลักการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุล และการเปรียบเทียบ ระหว่างมาตรการต่าง ๆ ที่สามารถปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าที่ต้องการได้ ในชั้นตอนนี้ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจะต้องพิจารณาว่า มาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่ “จำเป็น (necessary)” หรือในทางกลับกัน มาตรการอื่นที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO เป็นมาตรการที่ มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available)” หรือไม่ (*US Gambling*, 2005)<sup>156</sup>

ภายใต้เงื่อนไขมาตรา 14 (เอ) GATS มาตรการจะถือว่า “มีความจำเป็น” (necessary) ต่อเมื่อไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับ WTO ที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล อันเป็นการสะท้อน ถึงความเข้าใจร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกว่าพันธกรณีใน GATS ไม่ควรถูกเบี่ยงเบนไป มาตรการจะไม่มีมาตรการทางเลือกที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล เมื่อพบว่า มาตรการนั้น ๆ เป็น มาตรการที่เป็นไปได้เพียงในทางทฤษฎีเท่านั้น (merely theoretical in nature) กล่าวคือ การที่ ประเทศผู้ถูกร้องไม่สามารถประติบัติได้ (non capable of taking it) หรือเป็นมาตรการที่สร้างภาระ เกินสมควรให้แก่ประเทศสมาชิคนั้น ๆ (imposes an undue burden on that Member) เช่น มี อุปสรรคในเรื่องค่าใช้จ่ายหรือมีความยุ่งยากอย่างมากทางเทคนิค นอกจากนี้มาตรการทางเลือกที่มีอยู่ อย่างสมเหตุสมผลต้องเป็นมาตรการที่ทำให้ประเทศผู้ถูกร้องสามารถบรรลุระดับความคุ้มครองที่ ต้องการตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 14 (เอ) ด้วย (*US Gambling*, 2005)<sup>157</sup>

---

weight, in the circumstances of this case, on the restrictive trade impact of the three federal statutes...”

<sup>156</sup>*Ibid.*, para. 307.

“ A comparison between the challenged measure and possible alternatives should then be undertaken, and the results of such comparison should be considered in the light of the importance of the interests at issue. It is on the basis of this “weighing and balancing” and comparison of measures, taking into account the interests or values at stake, that a panel determines whether a measure is “ necessary” or, alternatively, whether another, WTO-consistent measure is “reasonably available”.”

<sup>157</sup> *Ibid.*, para. 308.

“ The requirement, under Article 14 (a), that a measure be “necessary”—that is, that there be no “ reasonably available”, WTO-consistent alternative—reflects the shared understanding of Members that substantive GATS obligations should not be deviated from lightly. An alternative measure may be found not to be “reasonably available”, however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ประเทศผู้ถูกร้องต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า (prima facie) มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นโดยการแสดงพยานหลักฐานและเหตุผลที่สามารถช่วยให้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทประเมิน มาตรการที่ถูกโต้แย้งได้ โดยพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุล ใน ขั้นตอนนี้ ประเทศผู้ถูกร้องอาจชี้ว่าเหตุใดมาตรการทางเลือกอื่นไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกัน นั้นได้เมื่อเทียบกับกรณีการนำมาตรการพิพาทมาใช้ แต่การแสดงเหตุผลว่าไม่มีมาตรการทางเลือกอื่น ที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ไม่ใช่หน้าที่ของประเทศผู้ถูกร้องเพื่อที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงใน เบื้องต้นว่ามาตรการมีความจำเป็น (*US Gambling*, 2005)<sup>158</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศผู้ถูกร้องไม่ จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการใช้มาตรการทางเลือกที่เป็นการสร้างข้อจำกัดทางการค้าที่น้อยกว่าซึ่งมีอยู่ ทั้งหมด (the universe of less trade-restrictive alternative measures) แล้วจึงค่อยพิสูจน์ว่าไม่มี มาตรการใดเลยที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ ความตกลง WTO ไม่ได้มุ่งหมายที่จะสร้าง ขั้นตอนที่เป็นภาระและไม่อาจทำได้ในทางปฏิบัติให้แก่ประเทศสมาชิก (*US Gambling*, 2005)<sup>159</sup>

หากคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเห็นว่าประเทศผู้ถูกร้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (prima facie) ได้ว่ามาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับความหมาย “จำเป็นซึ่งขาดเสียไม่ได้” (indispensable) มากกว่าความหมาย “เป็นการสนับสนุนต่อ” (making a contribution to) แล้ว จากนั้นคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจึงค่อยตรวจสอบว่ามาตรการที่ถูก โต้แย้งเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ภายใต้มาตรา 14 (เอ) GATS (*US Gambling*, 2005)<sup>160</sup>

---

Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover, a "reasonably available" alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued under paragraph (a) of Article 14".

<sup>158</sup> *Ibid.*, para. 310.

“Rather, it is for a responding party to make a prima facie case that its measure is "necessary" by putting forward evidence and arguments that enable a panel to assess the challenged measure in the light of the relevant factors to be "weighed and balanced" in a given case. The responding party may, in so doing, point out why alternative measures would not achieve the same objectives as the challenged measure, but it is under no obligation to do so in order to establish, in the first instance, that its measure is "necessary"..."

<sup>159</sup> *Ibid.*, para. 309.

“... In particular, a responding party need not identify the universe of less trade-restrictive alternative measures and then show that none of those measures achieves the desired objective. The WTO agreements do not contemplate such an impracticable and, indeed, often impossible burden.”

<sup>160</sup> *Ibid.*, para 310.

“Rather, it is for a responding party to make a prima facie case that its measure is "necessary" by putting forward evidence and arguments that enable a panel to assess the challenged measure in the light of the relevant factors to be "weighed and balanced" in a given case. The responding party may, in so doing, point out

เมื่อประเทศผู้ร้องอ้างว่ามีมาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO ที่ประเทศผู้ถูกร้องควรเลือกใช้แล้ว ประเทศผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ว่าเหตุใดมาตรการพิพาทที่ตนนำมาใช้นั้นจึงเป็นมาตรการที่จำเป็น เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่ผู้ร้องอ้าง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เหตุใดมาตรการทางเลือกที่ถูกเสนอจึงไม่เป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) หากว่าประเทศผู้ถูกร้องพิสูจน์ได้ว่ามาตรการทางเลือกอื่น ๆ นั้นไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าในระดับการป้องกันที่ประเทศผู้ถูกร้องต้องการ เช่นนี้แล้ว มาตรการพิพาทจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา 14 (เอ) ภายใต้ความตกลง GATS (*US Gambling, 2005*)<sup>161</sup>

องค์กรอุทธรณ์ชี้ว่าจะต้องมีการพิจารณาด้วยว่ามาตรการทางเลือกเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ การเข้าร่วมปรึกษาหารือกับแอนติกัวร์และบาร์บูดามิใช่มาตรการทางเลือกที่เหมาะสม เพราะการเจรจาเป็นเพียงกระบวนการ แต่ผลที่เกิดขึ้นจากการเจรจานั้นไม่แน่นอนและไม่อาจนำมาเปรียบเทียบกับมาตรการพิพาทในคดีนี้ได้ (*US Gambling, 2005*)<sup>162</sup> แต่มาตรการหนึ่งมาตรการใดจะเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น ก็ต่อเมื่อมีมาตรการอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการข้อพิพาท หรือมีมาตรการอื่นที่ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และมาตรการอื่นจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้ได้ในทางปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้โดยไม่ก่อให้เกิด

---

why alternative measures would not achieve the same objectives as the challenged measure, but it is under no obligation to do so in order to establish, in the first instance, that its measure is "necessary". If ...concludes that the respondent has made a prima facie case that the challenged measure is "necessary"—that is, "significantly closer to the pole of 'indispensable' than to the opposite pole of simply 'making a contribution to' " - ... should find that challenged measure "necessary" within the terms of Article XIV (a) of the GATS.”

<sup>161</sup> Ibid., para. 311.

“ If, however, the complaining party raises a WTO-consistent alternative measure that, in its view, the responding party should have taken, the responding party will be required to demonstrate why its challenged measure nevertheless remains "necessary" in the light of that alternative or, in other words, why the proposed alternative is not, in fact, "reasonably available". If a responding party demonstrates that the alternative is not "reasonably available", in the light of the interests or values being pursued and the party's desired level of protection, it follows that the challenged measure must be "necessary" within the terms of Article XIV (a) of the GATS.”

<sup>162</sup> Ibid., para. 317.

“ ... Engaging in consultations with Antigua, with a view to arriving at a negotiated settlement that achieves the same objectives as the challenged United States' measures, was not an appropriate alternative for the Panel to consider because consultations are by definition a process, the results of which are uncertain and therefore not capable of comparison with the measures at issue in this case.”



ภาระในการดำเนินการมากเกินไป

ดังนั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงเบื้องต้น (prima facie) ให้เห็นถึงข้อกังวลของสหรัฐอเมริกาว่าหากอนุญาตให้มีการให้บริการการพนันขึ้นต่อทางไกล จะส่งผลให้เกิดอาชญากรรมองค์กร การฟอกเงิน การฉ้อโกง และความเสียหายต่อเยาวชนในการเข้าร่วมเล่นการพนัน (*US Gambling*, 2005)<sup>163</sup> และแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างข้อกังวลกับมาตรการพิพาทแล้วว่า มาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน วัตถุประสงค์ของมาตรการมีความสำคัญ และการออกกฎหมายพิพาทเป็นมาตรการที่จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ และแอนติกัวในฐานะประเทศผู้ร้องไม่สามารถนำเสนอว่ามีมาตรการทางเลือกอื่นใดที่เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับการปกป้องที่สหรัฐอเมริกาต้องการ และเป็นมาตรการที่ละเมิดพันธกรณี GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาทได้ จึงสรุปได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์แล้วว่า มาตรการพิพาทที่มีการออกกฎหมายห้ามการพนันเป็นมาตรการที่จำเป็น ภายใต้มาตรา 14 (เอ) GATS (*US Gambling*, 2005)<sup>164</sup>

เมื่อองค์กรอุทธรณ์เห็นว่ามาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกา มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตร 14 (เอ) ของ GATS ต่อมาองค์กรอุทธรณ์จึงได้พิจารณาว่าการบังคับใช้มาตรการพิพาทสอดคล้องกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 หรือไม่ (*US Gambling*, 2005)<sup>165</sup>

### 3.1.4.3.2 การบังคับใช้มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาสอดคล้องกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 หรือไม่

องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่าสาระสำคัญของบททั่วไปในมาตรา 14 ของ GATS มีลักษณะเป็น

<sup>163</sup> Ibid., para. 283, 284.

Para. 283 : “...the United States, in responding to one of Antigua's claims under the GATS, identified five "concerns associated with the remote supply of gambling [services]."These "concerns" relate to: (1) organized crime ; (2) money laundering ; (3) fraud ; (4) risks to youth, including underage gambling ; and (5) public health. ”

Para. 284 : “In other words, four of the five interests mentioned by the Panel were plainly discussed or referred to by the United States as part of its defence under Article XIV(a)...”

<sup>164</sup> Ibid., para. 326.

“...Because the United States made its prima facie case of "necessity", and Antigua failed to identify a reasonably available alternative measure, we conclude that the United States demonstrated that its statutes are "necessary", and therefore justified, under paragraph (a) of Article XIV.”

<sup>165</sup> Ibid., para. 338.

“...we have found the Wire Act, the Travel Act, and the IGBA to fall within the scope of Article XIV(a). Therefore, we must now review the Panel's examination under the chapeau”



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

การนำไปใช้ (application) ซึ่งมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ความตกลง GATS แต่ตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นในอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งในมาตรา 14 โดยมาตรการที่นำไปใช้จะต้องไม่เป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ (arbitrary) หรือไม่สมเหตุสมผล (unjustifiable) ในระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน หรือเป็นการจำกัดทางการค้าอย่างแอบแฝง (disguised restriction on trade in services) โดยหลักเกณฑ์ในบทนำนี้จะช่วยตรวจสอบสิทธิของประเทศสมาชิกผู้อ้างข้อยกเว้นทั่วไปว่าได้นำมาตรการมาใช้อย่างสมเหตุสมผล และไม่กระทบต่อสิทธิของประเทศสมาชิกอื่นตามบทบัญญัติความตกลง GATS หรือไม่ (*US Gambling*, 2005)<sup>166</sup>

**(1) การบังคับใช้กฎหมาย the Wire Act กฎหมาย The Travel Act และกฎหมาย the IGBA ของสหรัฐอเมริกาไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 ของ GATS**

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าโดยเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้ง 3 ฉบับนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ให้บริการภายในประเทศกับผู้ให้บริการต่างประเทศ องค์กรอุทธรณ์จึงเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ว่าบริบทของมาตรการที่มีลักษณะมีความเป็นกลางและไม่เลือกปฏิบัติ (facially neutral measures) จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีการเลือกดำเนินคดี (selective prosecution) ต่อบุคคลอันอาจก่อให้เกิดระดับการเลือกปฏิบัติได้ (*US Gambling*, 2005)<sup>167</sup> องค์กรอุทธรณ์เน้นว่าการพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เพียงแค่พิจารณาจากพยานหลักฐานว่ามีการบังคับใช้กฎหมายพิพาทกับผู้ให้บริการภายในประเทศด้วยหรือไม่ อย่างไร แต่จะต้องพิจารณาถึงจำนวนรวมทั้งหมด (overall) ของผู้ให้บริการ รูปแบบ (pattern) ของการบังคับใช้ และเหตุผลที่ยกเว้นการบังคับใช้ในสถานการณ์พิเศษ แท้จริงแล้วเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้อาจละเว้นการดำเนินคดีในหลายกรณีด้วยเหตุผลที่ไม่เกี่ยวกับเจตนาเลือกปฏิบัติ และไม่มีผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วย (*US Gambling*, 2005)<sup>168</sup>

<sup>166</sup> Ibid., para. 339.

“...The focus of the chapeau, by its express terms, is on the application of a measure already found by the Panel to be inconsistent with one of the obligations under the GATS but falling within one of the paragraphs of Article XIV. By requiring that the measure be applied in a manner that does not to constitute "arbitrary" or "unjustifiable" discrimination, or a "disguised restriction on trade in services", the chapeau serves to ensure that Members' rights to avail themselves of exceptions are exercised reasonably, so as not to frustrate the rights accorded other Members by the substantive rules of the GATS.”

<sup>167</sup> Ibid., para. 354.

“We observe, first, that none of the three federal statutes distinguishes, on its face, between domestic and foreign service suppliers. We agree with the Panel that, in the context of facially neutral measures, there may nevertheless be situations where the selective prosecution of persons rises to the level of discrimination...”

<sup>168</sup> Ibid., para.356.

เนื่องด้วยพยานหลักฐานเกี่ยวกับการบังคับใช้ที่ประเทศคูร์ณีนำเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้มีค่อนข้างน้อย คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจึงควรพิจารณาเน้นถึงถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่พิพาท และเมื่อองค์การอุทธรณ์พิจารณาแล้วปรากฏว่าเนื้อหาของกฎหมายที่พิพาทไม่ได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ให้บริการสหรัฐอเมริกาและผู้ให้บริการต่างชาติ ดังนั้น องค์การอุทธรณ์จึงกลับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ได้ตัดสินในส่วนของว่าสหรัฐอเมริกาไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าการบังคับใช้การห้ามการให้บริการพนันขั้นต่อทางไกลกับผู้ให้บริการภายในประเทศ (TVG, Capital OTB และ Xpressbet.com) นั้นสอดคล้องกับเงื่อนไขของบททั่วไป (*US Gambling*, 2005)<sup>169</sup>

ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมาย the Wire Act กฎหมาย The Travel Act และกฎหมาย the IGBA ของสหรัฐอเมริกาไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 ของ GATS

**(2) การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันม้าระหว่างรัฐ (Interstate Horseracing Act) ของสหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างผลการและไม่มีเหตุผล ซึ่งไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 ของ GATS**

องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาข้ออุทธรณ์ที่ 11 ของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่พิจารณาถึงขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายการแข่งขันม้าระหว่างรัฐ (Interstate Horseracing Act - IHA) ของสหรัฐอเมริกา (*US Gambling*, 2005)<sup>170</sup>

---

“ In our view, the proper significance to be attached to isolated instances of enforcement, or lack thereof, cannot be determined in the absence of evidence allowing such instances to be placed in their proper context. Such evidence might include evidence on the overall number of suppliers, and on patterns of enforcement, and on the reasons for particular instances of non-enforcement. Indeed, enforcement agencies may refrain from prosecution in many instances for reasons unrelated to discriminatory intent and without discriminatory effect.”

<sup>169</sup> Ibid., para. 357.

“ Faced with the limited evidence the parties put before it with respect to enforcement, the Panel should rather have focused, as a matter of law, on the wording of the measures at issue. These measures, on their face, do *not* discriminate between United States and foreign suppliers of remote gambling services. We therefore reverse the Panel’s finding, in paragraph 6.589 of the Panel Report, that

... the United States has failed to demonstrate that the manner in which it enforced its prohibition on the remote supply of gambling and betting services against TVG, Capital OTB and Xpressbet.com is consistent with the requirements of the Chapeau.”

<sup>170</sup> Ibid., para. 361.

“We now turn to the United States’ Article 11 claim relating to the chapeau. The Panel examined the scope of application of the Interstate Horseracing Act (“IHA”)...Thus, according to Antigua, the IHA, on its face,



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10



องค์การอุทธรณ์มีดุลยพินิจเช่นเดียวกันกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในการประเมินพยานหลักฐานด้วยการค้นหาข้อเท็จจริง ตามที่องค์การอุทธรณ์ได้เคยตั้งข้อสังเกตในกรณีก่อนหน้านี้ว่า “ไม่ใช่ความผิดพลาดในทุกกรณีในการประเมินคุณค่าของพยานหลักฐาน (แม้ว่าอาจยกขึ้นเป็นปัญหาข้อกฎหมายได้) ที่จะถือว่าเป็นการละเลยการประเมินวัตถุประสงค์ของข้อเท็จจริง” (*US Gambling*, 2005)<sup>171</sup>

องค์การอุทธรณ์เห็นว่าข้ออุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาที่ชี้ว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทไม่ได้มีการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของสหรัฐอเมริกาอย่างเพียงพอถึงความสัมพันธ์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริการะหว่างกฎหมาย the IHA และมาตรการพิพาท แม้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทมีหลักฐานอย่างจำกัดที่ประเทศคู่กรณีได้นำส่งให้ในการพิจารณา แต่การจำกัดดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทไม่มีหน้าที่ที่จะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมาย the IHA และมาตรการที่เป็นการห้ามในกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act และกฎหมาย the IGBA พยานหลักฐานของสหรัฐอเมริกายังมีน้ำหนักไม่เพียงพอที่จะสรุปว่าสหรัฐอเมริกาได้ห้ามมิให้ผู้ให้บริการภายในประเทศให้บริการการพนันขึ้นต่อทางไกลในการแข่งม้า องค์การอุทธรณ์จึงไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของสหรัฐอเมริกาที่ว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ละเลยในการประเมินวัตถุประสงค์ (objective assessment) ของข้อเท็จจริงดังกล่าว (*US Gambling*, 2005)<sup>172</sup>

โดยสรุป องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่าสหรัฐอเมริกาสามารถพิสูจน์ได้ว่ากฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act และกฎหมาย the IGBA สอดคล้องตามมาตรา 14 (เอ) แต่ไม่อาจนำสืบได้

---

authorizes domestic service suppliers, but not foreign service suppliers, to offer remote betting services in relation to certain horse races. To this extent, in Antigua's view, the IHA "exempts" domestic service suppliers from the prohibitions of the Wire Act, the Travel Act, and the IGBA"

<sup>171</sup> Ibid., para. 363.

"... We have already referred to the discretion accorded to panels, as fact-finders, in the assessment of the evidence.<sup>466</sup> As the Appellate Body has observed on previous occasions, "not every error in the appreciation of the evidence (although it may give rise to a question of law) may be characterized as a failure to make an objective assessment of the facts." "

<sup>172</sup> Appellate Body Report, '*US Gambling*', WT/DS285/AB/R, para. 364.

"In our view, this aspect of the United States' appeal essentially challenges the Panel's failure to accord sufficient weight to the evidence submitted by the United States with respect to the relationship under United States law between the IHA and the measures at issue... The Panel found that the evidence provided by the United States was not sufficiently persuasive to conclude that, as regards wagering on horseracing, the remote supply of such services by domestic firms continues to be prohibited notwithstanding the plain language of the IHA. In this light, we are not persuaded that the Panel failed to make an objective assessment of the facts"

อย่างชัดเจนว่าการบังคับใช้กฎหมาย Interstate Horseracing Act นั้นนำมาใช้ทั้งกับผู้ให้บริการภายในประเทศและต่างประเทศในการให้บริการพนันขั้นต่อทางไกลเกี่ยวกับการแข่งม้า ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น องค์การอุทธรณ์จึงวินิจฉัยว่าสหรัฐอเมริกาไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ามาตรการมีความสอดคล้องตามเงื่อนไขในบทนำ ดังนั้น องค์การอุทธรณ์จึงยืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเฉพาะบางส่วน (*US Gambling*, 2005)<sup>173</sup>

### 3.2 แนวคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากคดี *US Gambling* เป็นคดีแรกของ GATS ที่ได้มีการพิจารณาในประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพัน ประเด็นการเข้าสู่ตลาด และประเด็นการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงนำแนวทางการตีความในคำวินิจฉัยคดีอื่นของ GATS และ GATT ซึ่งอาจมีคำวินิจฉัยที่ตัดสินหลังจากคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี *US Gambling* แต่มีประเด็นการวินิจฉัยเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันที่อาจนำมาเทียบเคียงได้กับคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี *US Gambling* รวมทั้งหมด 10 คดี

ทั้งนี้ การนำคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ WTO ซึ่งวินิจฉัยหลังจากคดี *US Gambling* ขึ้นพิจารณานั้น อาจมีประเด็นว่าคำวินิจฉัยในคดีหลังจำเป็นต้องตีความผูกพันเช่นเดียวกับกับคดีก่อนที่มีประเด็นแห่งคดีเดียวกันหรือไม่ กรณีนี้แม้ว่ารายงานของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ได้ถูกรับรอง แต่คำวินิจฉัยในรายงานดังกล่าวก็ไม่ผูกพันว่าจะนำมาเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยในคดีต่อ ๆ ไป ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศคู่กรณีในคดีเดิมแต่ได้มีการฟ้องร้องในข้อพิพาทอื่น หรือกรณีประเทศสมาชิกอื่นที่มีใช้ประเทศคู่กรณีในคดีเดิมได้ฟ้องร้องในข้อพิพาทเดียวกันกับคดีเดิมที่ได้มีการตัดสิน แม้ว่าจะเป็นการปัญหาข้อกฎหมายของ WTO เดียวกันก็ตาม ไม่มีกฎใดในระบบระงับข้อพิพาทของ WTO ที่ระบุว่าคำวินิจฉัยในคดีก่อนจะผูกพันคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ในคดีต่อมา” (World Trade Organization)<sup>174</sup>

<sup>173</sup>*Ibid.*, para. 372.

“Therefore, we *modify* the Panel’s conclusion in paragraph 7.2 (d) of the Panel Report. We *find*, instead, that the United States has demonstrated that the Wire Act, the Travel Act, and the IGBA fall within the scope of paragraph (a) of Article XIV, but that it has not shown, in the light of the IHA, that the prohibitions embodied in these measures are applied to both foreign and domestic service suppliers of remote betting services for horse racing. For this reason alone, we *find* that the United States has not established that these measures satisfy the requirements of the chapeau. Here, too, we uphold the Panel, but only in part.”

<sup>174</sup> [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/disp\\_settlement\\_cbt\\_e/c7s2p1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c7s2p1_e.htm) (เข้าถึง ณ วันที่ 18 กรกฎาคม 2562)

“...Even if adopted, the reports of panels and the Appellate Body are not binding precedents for other

อย่างไรก็ตาม เหตุผลจากคำวินิจฉัยในคดีก่อนจะช่วยสนับสนุนการตีความกฎของ WTO ที่เป็นการโน้มน้าวให้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ในคดีต่อมาวินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักของระบบการระงับข้อพิพาทที่จะเพิ่มความมั่นคงและการคาดการณ์ได้ของระบบการค้าพหุภาคี ตามมาตรา 3.2 ของบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (World Trade Organization)<sup>175</sup> ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี Japan – Alcoholic Beverages II ที่เห็นว่ารายงานคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ได้รับการรับรองแล้วเป็นส่วนสำคัญของการตีความข้อบทในความตกลง GATT (GATT Acquis) และบ่อยครั้งที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีต่อมาจะนำมาพิจารณาด้วยรายงานดังกล่าวเป็นการสร้างความคาดหมายที่ชอบธรรมท่ามกลางประเทศสมาชิก WTO และควรนำมาพิจารณาร่วมกันหากเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท (*US Gambling*, 2005)<sup>176</sup>

### 3.2.1 ประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิก

ในส่วนนี้ผู้เขียนนำเสนอคำวินิจฉัยในคดีอื่นของ GATS ที่ได้มีการพิจารณาพันธกรณีของประเทศสมาชิกว่ามีความผูกพันอย่างไรตามตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิก รวมถึงกรณีที่ประเทศสมาชิกรับซื้อสาขาบริการและขอบเขตแตกต่างจากเอกสาร W/120 ด้วย และการพิจารณาว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันจะมาช่วยการตีความข้อผูกพันอย่างไร

#### 3.2.1.1 แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารเสริมการตีความตามหลักการตีความตาม

---

disputes between the same parties on other matters or different parties on the same matter, even though the same questions of WTO law might arise. As in other areas of international law, there is no rule of stare decisis in WTO dispute settlement according to which previous rulings bind panels and the Appellate Body in subsequent cases...”

<sup>175</sup> Ibid.

“... If the reasoning developed in the previous report in support of the interpretation given to a WTO rule is persuasive from the perspective of the Panel or the Appellate Body in the Subsequent case, it is very likely that the panel or the Appellate Body will repeat and follow it. This is also in line with a key objective of the dispute settlement system which is to enhance the security and predictability of the multilateral trading system (Article 3.2 of DSU)...”

<sup>176</sup> Appellate Body Report, ‘Japan-Taxes on Alcoholic Beverages’, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, page 14.

“ Adopted panel reports are an important part of the GATT acquis. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute.”

### มาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

ในคดี Mexico - Telecom คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบตารางข้อผูกพันของเม็กซิโกว่าสาขาบริการของเม็กซิโกอยู่ภายใต้ข้อผูกพันการให้บริการข้ามพรมแดน (cross-border commitments) หรือไม่ โดยใช้วิธีเสริมการตีความจากเอกสาร 3 ฉบับเพื่อยืนยันการตีความความหมายปกติธรรมดา (ordinary meaning) ของหัวข้อบทนำ (introductory heading) ของตารางข้อผูกพันของประเทศเม็กซิโก ได้แก่ ร่างตัวอย่างตารางข้อผูกพัน (the Draft Model schedule) หมายเหตุที่เกี่ยวข้องซึ่งออกโดยประธานกลุ่มโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน (the related Note by the Chairman of the Group on Basic Telecommunications) และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน (the Scheduling Guidelines) (*US Gambling*, 2005)<sup>177</sup> โดยร่างตัวอย่างตารางข้อผูกพันและหมายเหตุที่เกี่ยวข้องที่ออกโดยประธานกลุ่มโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน เป็นเอกสารที่แนบท้ายอยู่ในแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Mexico – Telecom ได้วินิจฉัยว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นวิธีเสริมการตีความตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ โดยพิจารณาแหล่งที่มา (source) เนื้อหา (content) และการนำไปใช้ (use) ของแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ว่าเป็นส่วนหนึ่งของพฤติการณ์ (circumstance) ของการจัดทำความตกลง GATS (*US Gambling*, 2004)<sup>178</sup> เพื่อช่วยอธิบายถึงวิธีการจัดทำตารางข้อผูกพันเพื่อให้มีความชัดเจนและถูกต้อง (*US Gambling*, 2004)<sup>179</sup>

ในการตีความขอบเขตการให้บริการข้ามพรมแดนในมาตรา 1:2 (เอ) ของความตกลง GATS คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้ไม่ได้วินิจฉัยว่าเหตุใดแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ไม่ถือว่าเป็นบริบท (context) ในฐานะความตกลงหรือเอกสารที่สร้างขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกที่

<sup>177</sup> Ibid., paras 7.53-7.72, referring to the following supplementary documents : Draft Model Schedule of Commitments on Basic Telecommunications, Informal Note by the Secretariat, Job No. 1131, 12.4.1995; S/GBT/W2/Rev.1 Note for Scheduling Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS) adopted on 23.03.2001, 28.03.2001.

<sup>178</sup> Panel Report, “ Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services” , World Trade Organization, WT/DS204/R, 2 April 2004, para. 7.44.

“ ... we consider that the source, content and use of the Explanatory Note make it part of the "circumstances" of the conclusion of the GATS, within the meaning of Article 32 of the Vienna Convention. We may therefore properly have recourse to the Explanatory Note to confirm our understanding of the ordinary meaning of Article I:2(a) of the GATS”

<sup>179</sup> Ibid., para. 7.58

“ ... We now seek confirmation of the meaning of the introductory heading in the light of ... the Scheduling Guidelines. We refer to these documents as the "supplementary documents".”

เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาภายใต้มาตรา 31 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ หรือเป็นเอกสารที่ต้องคำนึงถึง (taken into account) ร่วมกันไปกับบริบทในฐานะเป็นความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกในภายหลังหรือแนวปฏิบัติในภายหลังในการบังคับใช้สนธิสัญญาตามมาตรา 31 วรรค 3 ในกรณีนี้ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาแหล่งที่มา (source) เนื้อหา (content) และการนำไปใช้ (use) ของแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันว่าเป็นภาวะแวดล้อม (circumstance) ของการจัดทำความตกลง GATS ภายในความหมายของมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ (*US Gambling*, 2004)<sup>180</sup>

### 3.2.1.2 การบริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการบริการที่อยู่ภายใต้การบริการการชำระเงินและการส่งเงินทั้งหมดซึ่งเงินได้ผูกพัน เมื่อพิจารณาตามเอกสาร W/120

ตามที่กล่าวไปในบทที่ 2 ว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 2001 มีผลใช้บังคับกับตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกที่ได้จัดทำขึ้นหลังจากวันที่มีการรับรองแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 2001 และจะไม่มีผลย้อนหลัง แต่สำหรับคดี China-Electronic Payment System ซึ่งเงินได้จัดทำข้อผูกพันรายสาขา ฉบับแก้ไข สำหรับสาขาบริการการเงิน เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 และต่อมาเงินได้ยื่นคำร้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาท เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ผู้เขียนสังเกตเห็นว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 และฉบับปี ค.ศ. 2001 มีเนื้อหาสาระไม่ได้แตกต่างกัน เพียงแต่ฉบับปี ค.ศ. 2001 ให้ความกระจ่างชัดเจนมากยิ่งขึ้นเท่านั้น โดยแนวทางฯ ฉบับปี 2001 เป็นการแก้ไขครั้งที่สองของแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันซึ่งมีขึ้นเพื่อยืนยันวิธีการการกระทำที่ได้รับรองในฉบับแรก (Cantore)<sup>181</sup> เช่น ในหัวข้อวิธีการระบุสาขาบริการและสาขาบริการย่อย ทั้งแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันฉบับปี ค.ศ. 1993 และฉบับปี ค.ศ. 2001 ต่างสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกจัดแบ่งสาขาบริการและสาขาบริการย่อยตามระบบการตั้งชื่อสาขาการผลิตสินค้าและบริการกลาง (รหัส CPC) ตามที่กำหนดไว้ในเอกสาร W/120 เป็นต้น

ใน คดี China – Electronic Payment Services (*China — Electronic Payment Services*)<sup>182</sup> (ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2012

<sup>180</sup> Ibid., para. 7.44.

“...In any case, we consider that the source, content and use of the Explanatory Note make it part of the “circumstances” of the conclusion of the GATS, within the meaning of Article 32 of the Vienna Convention...”

<sup>181</sup>Carlo Maria Cantore, ‘The Prudential Carve-Out for Financial Services – Rationale and Practice in the GATS and Preferential Trade Agreements’, Cambridge University Press, page 74.

“In 2001, a second version of the Scheduling Guidelines was issued that confirmed the approach adopted in the first one”

<sup>182</sup> Panel Report, ‘China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services’, WT/DS413/R, 16 July 2012.

และคดีนี้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดที่ชั้นคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท) มีประเด็นข้อพิพาทที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทต้องวินิจฉัยว่า จีนเข้าผูกพันต่อการให้บริการบัตรชำระเงินและเครือข่ายบัตรชำระเงินระหว่างธนาคาร (Payment Cards and Interbank Payment Card Networks) หรือไม่

สหรัฐอเมริกาอ้างเรียนว่ามาตรการของจีนมีผลกระทบต่อการใช้บริการบัตรชำระเงินและเครือข่ายบัตรชำระเงินระหว่างธนาคาร ที่จีนได้ให้ข้อผูกพันไว้ ภายใต้สาขาบริการย่อย 7 (ปี)(ดี) “การบริการการชำระเงินและการส่งเงินทั้งหมด (All payment and money transmission services) เช่น บัตรเครดิต บัตรชาร์จ์การ์ด บัตรเดบิต เช็คเดินทาง และใบสั่งจ่ายเงินธนาคาร (รวมถึง เอกสารการนำเข้าและการส่งออก)” (*China — Electronic Payment Services*)<sup>183</sup>

จีนชี้แจงว่าการบริการการหักบัญชีและการชำระเงินสำหรับธุรกรรมบัตรชำระเงินอยู่ในสาขาบริการย่อย 14 ของภาคผนวกการบริการทางการเงินของ CPC จึงไม่จำเป็นที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทจะพิจารณาตามข้อกล่าวอ้างของสหรัฐอเมริกาว่าสาขาบริการดังกล่าวอยู่ภายใต้สาขาบริการย่อย (ดี) คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทควรเริ่มด้วยการวิเคราะห์สาขาบริการย่อย (14) ของภาคผนวกการบริการทางการเงินตามความตกลง GATS ซึ่งสาขาบริการย่อยดังกล่าวไม่ได้ถูกระบุในตารางข้อผูกพันของจีน เพราะสาขาบริการย่อยนี้ให้รายละเอียดที่เฉพาะเกี่ยวกับการบริการการหักบัญชีและการชำระเงินตามข้อพิพาทนี้ (*China — Electronic Payment Services*)<sup>184</sup>

**ข้อผูกพันรายสาขาของจีน เฉพาะสาขาบริการทางการเงิน 7 ปี ในรูปแบบการให้บริการ การจัดตั้งธุรกิจ (รูปแบบการให้บริการที่ 1 : การให้บริการทางไกล)**

<sup>183</sup>ibid., para. 7.63.

“The United States claims that, in sector 7.B, under the heading “Banking and Other Financial Services” of its GATS Schedule, China undertook market access and national treatment commitments with respect to subsector (d), which reads “[a]ll payment and money transmission services, including credit, charge and debit cards, travellers cheques and bankers draft (including import and export settlement)” (subsector (d)). According to the United States, subsector (d) includes the electronic payment services supplied in connection with “credit, charge and debit cards”, and other payment card transactions”

<sup>184</sup>ibid., para. 7.70.

“China submits that, because clearing and settlement services for payment card transactions are encompassed by subsector (xiv) of the Annex, it is unnecessary for the Panel to examine the United States’ assertion that those services are encompassed by subsector (d). According to China, the Panel should begin with an analysis of subsector (xiv) of the Annex – a subsector not listed in China’s Schedule – because this subsector offers the more specific description of the clearing and settlement services at issue...”



สาขาบริการหรือสาขา บริการย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดหลักประติบัติเยี่ยง คนชาติ
	2)...	
	3)...	

ตารางที่ 3 ข้อผูกพันรายสาขาของจีน เฉพาะสาขาบริการทางการเงิน 7 ปี ในรูปแบบการให้บริการ  
การจัดตั้งธุรกิจ (รูปแบบการให้บริการที่ 1 : การให้บริการทางไกล)

สาขาบริการพิพาทในคดีนี้เกี่ยวกับการบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ  
ธุรกรรมบัตรชำระเงินทุกประเภท (electronic payment services for all types of payment  
card transactions) คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้พิจารณาสาขาบริการ 7 (ปี)(ดี) โดยไม่คำนึง  
ว่าประเทศสมาชิกจะเรียกหัวข้อสาขาบริการว่าอย่างไร (regardless of the labels used by the  
parties to refer to them (*China — Electronic Payment Services*)<sup>186</sup> ซึ่งคณะกรรมการ  
พิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้ได้พิจารณาความหมายตามปกติธรรมดาของถ้อยคำที่เกี่ยวข้องที่ระบุไว้ใน  
บริการในสาขาบริการย่อย (ดี) และพิจารณาบริบท รวมถึงส่วนประกอบอื่นของตารางข้อผูกพันจีน  
และความตกลง GATS ภาคผนวกสาขาบริการทางการเงินของ GATS และท้ายสุดจึงได้พิจารณา  
เป้าหมายและวัตถุประสงค์ของความตกลง GATS และความตกลง WTO และค่อยใช้วิธีเสริมการ  
ตีความตามมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ (*China — Electronic Payment Services*)<sup>187</sup>

ตามมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบ  
ความหมายโดยปกติธรรมดาของถ้อยคำที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบการให้บริการที่ 1 ในบริบทและตาม

---

- Advisory, intermediation and other auxiliary financial services on all activities listed in  
subparagraphs (a) through (k), including credit reference and analysis, investment and portfolio  
research and advice, advice on acquisitions and on corporate restructuring and strategy.”

<sup>186</sup>Panel Report, ‘China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services’, WT/DS413/R, para. 7.37.

“ ... the services at issue are therefore electronic payment services for all types of payment card  
transactions. These are the services the Panel must focus on, regardless of the labels used by the parties to refer  
to them...”

<sup>187</sup> Ibid., para. 7.74

“...Therefore, we will first determine the ordinary meaning of relevant terms used to describe the  
services contained in subsector (d). We shall then turn to the context, which includes, inter alia, other elements  
of China's Schedule, the GATS itself, the GATS Annex on Financial Services... Finally, we shall consider the object  
and purpose of the GATS and the WTO Agreement. As indicated above, we may turn to supplementary means of  
interpretation pursuant to Article 32 of the Vienna Convention as appropriate.”



เป้าหมายและวัตถุประสงค์ของความตกลง GATS และความตกลง WTO (*China — Electronic Payment Services*)<sup>188</sup>

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้วิเคราะห์ข้อผูกพันของจีนในสาขาบริการย่อย 7 (ปี)(ดี) ของตารางข้อผูกพัน GATS ว่า “การบริการการชำระเงินและการส่งเงินทั้งหมด (All payment and money transmission services) เช่น บัตรเครดิต บัตรชาร์จ์การ์ด บัตรเดบิต เช็คเดินทาง และใบสั่งจ่ายเงินธนาคาร (รวมถึง เอกสารการนำเข้าและการส่งออก)” ตามกฎแห่งการตีความตามมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าตามที่ข้อผูกพันของจีนได้ระบุ “การบริการการชำระเงินและการส่งผ่านเงินทั้งหมด รวมถึง บัตรเครดิต บัตรชาร์จ์การ์ด และบัตรเดบิต” หมายถึงว่าขอบเขตข้อผูกพันครอบคลุมถึงการบริการที่จำเป็นต่อ “การบริการการชำระเงินและการส่งผ่านเงิน” รวมถึง ธุรกิจการชำระเงินด้วยบัตรเครดิต บัตรชาร์จ์การ์ด และบัตรเดบิต โดยผู้ให้บริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นหัวใจของการบริการนี้ (*China — Electronic Payment Services*)<sup>189</sup>

การบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นศูนย์กลางของธุรกิจการชำระเงินทั้งหมด และหากปราศจากการบริการนี้ ธุรกิจก็ไม่สามารถเกิดขึ้น การบริการการชำระเงินเป็นความหมายโดยปกติธรรมดาของการบริการชำระเงินและการส่งผ่านเงิน ภายใต้สาขาบริการย่อย (ดี) ของตารางข้อผูกพันของจีน (*China — Electronic Payment Services*)<sup>190</sup>

ประการแรก การบริการการชำระเงินอิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวข้องกับการบริการผ่านธุรกิจที่เกี่ยวกับบัตรเครดิตที่ถูกดำเนินการและผ่านการโอนเงินระหว่างสถาบันที่เข้าร่วมในธุรกิจเพื่อจัดการและอำนวยความสะดวก คำว่าการบริการชำระเงินผ่านอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นความหมายโดย

<sup>188</sup> Panel Report, ‘China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services’, WT/DS413/R, para. 7.520

“Pursuant to Article 31 of the Vienna Convention, the Panel will examine the ordinary meaning of the text of the relevant mode 1 entry in its context and in the light of the object and purpose of the GATS and the WTO Agreement.”

<sup>189</sup> Ibid., para. 18 :

“China's commitments pertain to "all payment and money transmission services, including credit, charge and debit cards," indicating that the scope of the commitment covers any service that is essential to "payment and money transmission" including "credit, charge, and debit cards" payment transactions. EPS suppliers are at the heart of this service.”

<sup>190</sup> Ibid., para. 19.

“EPS are at the center of all payment card transactions and without these services the transactions could not occur. EPS fall within the ordinary meaning of payment and money transmission services, within item (d) of China's Schedule....”



ปกติธรรมดาของคำว่า “การบริการการชำระเงินและการส่งผ่านเงิน” เนื่องจากเป็นประเภทหนึ่งของ การบริการดังกล่าวทั้งหมด (*China — Electronic Payment Services*)<sup>191</sup>

ประการที่สอง คำว่า “การบริการการชำระเงินและการส่งผ่านเงิน” เป็นการบริการที่ เปลี่ยนไปจากตัวอย่างที่ระบุไว้ชัดแจ้งในข้อผูกพันว่า “รวมถึง บัตรเครดิต บัตรชำระจการ์ด และบัตรเด บิต” การอ้างอิงที่ชัดเจนดังกล่าวสอดคล้องกับการยอมรับว่าการบริการการชำระเงินทาง อิเล็กทรอนิกส์เป็นส่วนหนึ่งของธุรกรรมการชำระเงินด้วยบัตรเครดิต บัตรชำระจการ์ด บัตรเดบิต และ บัตรการชำระเงินประเภทอื่น และหากปราศจากการบริการเหล่านี้ ธุรกรรมบัตรชำระเงินก็ไม่สามารถ เกิดขึ้นได้ (*China — Electronic Payment Services*)<sup>192</sup>

ต่อมา คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบสาขาบริการย่อยที่ 14 ของภาคผนวก บริการด้านการเงิน (Annex on Financial Services) ของความตกลง GATS ปรากฏว่าเอกสารการ ชำระเงินในสาขาบริการย่อย (ดี) ในตารางข้อผูกพันของจีน เช่น บัตรชำระเงิน ไม่ได้เป็นทรัพย์สินทาง การเงิน (financial assets) ตามความหมายของคำที่ใช้ในสาขาบริการย่อย 14 ของภาคผนวก ดังนั้น ธุรกรรมการหักบัญชีและชำระเงินที่เกี่ยวข้องกับการใช้เอกสารทางการเงินที่กำหนดไว้ในสาขาบริการ ย่อย (ดี) ของตารางข้อผูกพันของจีนไม่ได้ครอบคลุมถึงสาขาบริการย่อย 14 ในภาคผนวก เมื่อ พิจารณาขยายคำว่า “การบริการการชำระเงินและการส่งเงินทั้งหมด” ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการ บริการหักบัญชีและชำระเงินซึ่งมีการใช้บัตรชำระเงินเป็นการแบ่งประเภทที่เหมาะสมภายใต้สาขา บริการย่อย (ดี) (*China — Electronic Payment Services*)<sup>193</sup> ดังนั้น บริบทตามภาคผนวกความ

<sup>191</sup> Ibid., para 20.

“First, EPS involve the services through which transactions involving payment cards are processed and through which transfers of funds between institutions participating in the transactions are managed and facilitated. EPS clearly fall within the ordinary meaning of "payment and money transmission services" as one type of "all" such services.”

<sup>192</sup> Ibid., para. 21.

“Second, the phrase "all payment and money transmission services" is modified with an illustrative list that explicitly provides that it "include[s] credit, charge and debit cards." This explicit reference is in line with the recognition that EPS are integral to the processing of credit, charge, debit and other payment card-based electronic payment transactions, and without these services, payment card transactions could not occur....”

<sup>193</sup> Panel Report ‘China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services’, WT/DS413/R, para. 7.169.

“In our examination of subsector (xiv) of the Annex, we found that payment instruments listed in subsector (d) of China's Schedule, such as payment cards, are not "financial assets" within the meaning of that term as it is used in subsector (xiv) of the Annex. Therefore, in our



ตกลง GATS เกี่ยวกับการบริการทางการเงินจึงไม่อาจโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ว่าสาขาบริการย่อย (ดี) ของตารางข้อผูกพันของจีนได้รวมการบริการที่จำเป็นต่อกระบวนการและความสมบูรณ์ของธุรกรรมที่มีการใช้บัตรชำระเงิน (*China — Electronic Payment Services*)<sup>194</sup>

แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 2001 ระบุว่า “เป็นที่เข้าใจว่าข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดและข้อผูกพันหลักประติบัติเยี่ยงคนชาตินำไปใช้เฉพาะแต่สาขาบริการหรือสาขาบริการย่อยที่ระบุไว้ในตาราง แต่ในหลายกรณี การบริการที่มีลักษณะ “จัดการ” หรือ “อำนวยความสะดวก” แก่การบริการอื่น ๆ หรือเกี่ยวข้องกับกระบวนการสามารถพิจารณาได้ว่ามีอยู่ภายใน (input) การบริการที่ได้ระบุไว้ในตาราง ดังนั้น หากประเทศสมาชิกประสงค์ทำข้อผูกพันให้แตกต่าง (หรือไม่ประสงค์ผูกพัน) สำหรับการบริการที่มีลักษณะอยู่ภายในการบริการที่ระบุในตาราง (input) ต้องระบุไว้เพื่อมิให้มีผลผูกพัน (*China — Electronic Payment Services*)<sup>195</sup>

ในการวิเคราะห์ตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้ใช้ออกสาร W/120 เป็นจุดเริ่มต้นในการพิจารณาตารางข้อผูกพันของจีน ซึ่งกำหนดประเภทและเนื้อหาของใต้หัวข้อ “ปี การบริการธนาคารและการเงินอื่น (ยกเว้นการประกันภัยและหลักทรัพย์)” ซึ่งได้ระบุเนื้อหาที่คล้ายคลึงกันกับเอกสาร W/120 เช่น หมายเลข ถ้อยคำ ที่ระบุไว้ในหัวข้อ “การบริการธนาคารและการเงินอื่น (ยกเว้นการประกันภัย)” ของเอกสาร W/120 ซึ่งสาขาบริการย่อย 7 (บี)(ดี) ของเอกสาร W/120 อ้างถึง การบริการการชำระเงินและการส่งเงิน ดังนั้น ถ้อยคำอื่นในตารางข้อผูกพันของจีนที่ว่า “รวมถึงบัตรเครดิต บัตรชาร์จ์การ์ด และบัตรเดบิต เช็คเดินทาง และใบสั่งจ่ายเงินธนาคาร” ให้ความชัดเจนได้ว่าการบริการดังกล่าวได้ช่วยอำนวยความสะดวกแก่การส่งเงินและธุรกรรมการชำระเงิน เช่น ผ่านการใช้บัตรชำระเงิน (ตัวอย่างเช่น บัตรเครดิตและบัตรเดบิต) การบริการการชำระเงินและการส่งเงินจึงตกอยู่ภายในสาขาบริการย่อย 7 (บี) (ดี)”

---

view, the clearing and settlement of transactions involving the use of the payment instruments listed in subsectors (d) of China's Schedule are not covered under subsector (xiv) of the Annex. In our view, having regard to the broad phrase "[a]ll payment and money transmission services", clearing and settlement services concerning transactions using payment cards are properly classified under subsector (d)..."

<sup>194</sup> Para. 7.170.

“Hence, our analysis of the context provided by the GATS Annex on Financial Services does not contradict our finding that subsector (d) of China's Schedule encompasses the services that are essential to the processing and completion of transactions using payment cards.”

<sup>195</sup> Ibid., para. 8.

(*China- Certain Measure Affecting Electronic Payment Services*)<sup>196</sup> ดังนั้น การบริการการชำระเงินอิเล็กทรอนิกส์จึงอยู่ภายใต้สาขาบริการย่อย 7 (ปี)(ดี) ของตารางข้อผูกพันเงิน (*China- Certain Measure Affecting Electronic Payment Services*)<sup>197</sup>

### 3.2.2 ประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกในเรื่องการเข้าสู่ตลาด

ในคดี Mexico –Telecom เม็กซิโกได้ผูกพันพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดของเม็กซิโกในสาขาบริการโทรคมนาคม ภายใต้รูปแบบการให้บริการที่ 1 โดยเม็กซิโกระบุในข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดว่า “ไม่มีข้อจำกัด เว้นแต่ เส้นทางสัญญาณเชื่อมโยงระหว่างประเทศต้องเป็นเส้นทางที่ผ่านโครงข่ายของบริษัทที่ได้รับสัมปทานจากกระทรวงคมนาคมและขนส่ง” ในคดีดังกล่าวมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีการเข้าสู่ตลาด ดังนี้

คำว่า “โควตาเท่ากับศูนย์” ได้ปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Mexico-Telecom โดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้พิจารณาข้อผูกพันของเม็กซิโกภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ เม็กซิโกผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันในเรื่องบริการโทรคมนาคมภายใต้มาตรา 16 (การเข้าสู่ตลาด) (*China- Certain Measure Affecting Electronic Payment Services*)<sup>198</sup> เม็กซิโกระบุไว้ในตาราง routing requirement ในเอกสารอ้างอิงที่ได้ระบุไว้ในข้อผูกพันเพิ่มเติมของตารางข้อผูกพันรายสาขาของเม็กซิโกว่าห้ามการเข้าสู่ตลาดสำหรับการให้บริการโทรคมนาคมแบบไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง (และแม้ผู้ให้บริการมีโครงข่ายเป็นของตนเอง ก็จะทำให้บริการได้ไม่เกินกว่า

<sup>196</sup> Panel Report ( Addendum) , ‘ *China- Certain Measure Affecting Electronic Payment Services*’ , WT/DS413/R/Add.1, 16 July 2012, page C-4, para. 13.

“...W/120 appears to have been the starting point for China's Schedule, which sets out its categories and entries, under the heading of "B. Banking and Other Financial Services (excluding insurance and securities)", by using similar entries, including numbering and letters, as those contained in the "Banking and other Financial Services (EXCL. insurance)" section of W/120. Importantly, subsector 7(B)(d) of W/120 only refers to "all payment and money transmission services", such that China's inclusion of the additional words "including credit, charge and debit cards, travellers cheques and bankers drafts" clarifies that services which facilitate the transmission of money and payment transactions, such as through the use of payment cards (i.e. credit and debit cards), fall within subsector 7B(d) in China's Schedule. ”

<sup>197</sup> Ibid., para. 14.

“...electronic payment services" ...are correctly classifiable under subsector 7B(d) of China's Schedule.”

<sup>198</sup>Ibid., para. 2.22.

“ Mexico has undertaken specific commitments for telecommunications services under Articles XVI (Market Access)...”



ปริมาณของโครงข่ายที่ผู้ให้บริการได้รับอนุญาตเช่าไว้กับบริษัท Telefonos de Mexico, S.A. de C.V. หรือบริษัท เทลเม็กซิโก ซึ่งเป็นผู้ให้บริการที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเจรจาข้อกำหนดและเงื่อนไขการให้บริการปลายทางสำหรับการโทรทางไกลระหว่างประเทศมายังเม็กซิโก (termination of international call in Mexico) และจะมีผลบังคับใช้กับผู้ให้บริการทุกรายที่ให้บริการระหว่างเม็กซิโกกับตลาดต่างประเทศนั้น) แต่อนุญาตการเข้าสู่ตลาดสำหรับบริการโทรคมนาคมแบบมีโครงข่ายเป็นของตนเอง และผู้ให้บริการสามารถให้บริการได้ไม่เกินกว่าปริมาณของโครงข่ายที่ผู้ให้บริการได้รับอนุญาตให้เช่า (over leased capacity) กับบริษัทของเม็กซิโกที่ได้รับสัมปทาน (ซึ่งก็คือบริษัท เทลเม็กซิโก) ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการจัดการสัญญาเชื่อมโยงข้อมูลในโครงข่าย (routing the traffic) (*China- Certain Measure Affecting Electronic Payment Services*)<sup>199</sup> ดังนั้น เม็กซิโกจึงผูกพันเฉพาะการให้บริการโทรคมนาคมแบบมีโครงข่ายเป็นของตนเอง (a facilities - basis) เท่านั้น (กนกกาญจน์ นาควิไล, 2551)<sup>200</sup>

ตามที่เม็กซิโกได้ระบุเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาดในข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดและเอกสารอ้างอิงที่เม็กซิโกได้ทำข้อผูกพันเพิ่มเติมไว้ว่าห้ามการเข้าสู่ตลาดสำหรับการให้บริการโทรคมนาคมแบบไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง (และแม้ผู้ให้บริการมีโครงข่ายเป็นของตนเอง แต่ก็สามารถให้บริการได้ไม่เกินกว่าปริมาณของโครงข่ายที่ผู้ให้บริการได้รับอนุญาตให้เช่าไว้) เงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการภายในความหมายมาตรา 16 : 2 ของ GATS ซึ่งเม็กซิโกสามารถบังคับใช้มาตรการดังกล่าวได้ เนื่องจากได้ระบุเงื่อนไขไว้แล้วในตารางข้อผูกพันของตนนับแต่แรกเมื่อมีการเปิดเสรี

อย่างไรก็ดี การที่เม็กซิโกไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันภายใต้ข้อ 2.2 ของเอกสารอ้างอิงโดยไม่รับประกันได้ว่าบริษัทเทลเม็กซิโกซึ่งเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ตามความหมายของข้อ 2.2 ของเอกสารอ้างอิงได้จัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ให้บริการโทรคมนาคมพื้นฐานของสหรัฐอเมริกา สำหรับการบริการแบบมีโครงข่ายเป็นของตนเอง ภายใต้อัตราที่สะท้อนต้นทุน (*Mexico — Telecoms*)<sup>201</sup>

ดังนั้น วิธีการจำกัดเส้นทางการให้บริการโดยวิธีหนึ่งของหลายวิธี (โดยเม็กซิโกห้ามมิให้มีการให้บริการที่เกินกว่าปริมาณของโครงข่ายที่ผู้ให้บริการได้รับอนุญาตให้เช่าไว้) ภายในเม็กซิโก มีผล

<sup>199</sup> Ibid., para. 7.91.

<sup>200</sup> กนกกาญจน์ นาควิไล, “การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยใช้ราคาสะท้อนต้นทุนกับกฎหมายการค้าบริการระหว่างประเทศ”, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2551, หน้า 64.

<sup>201</sup> Panel Report, ‘Mexico-Telecom’, WT/DS204/R, para. 7.216.

“... Therefore, we find that Mexico has failed to fulfil its commitments under Section 2.2(b) of the Reference Paper by failing to ensure that a major supplier in terms of Section 2.2 of the Reference Paper provides interconnection to United States basic telecom suppliers of the services at issue on a facilities basis under cost-oriented rates.”

เป็นโควตาเท่ากับศูนย์ตามความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS (*Mexico — Telecoms*)<sup>202</sup>

ดังจะเห็นว่ามาตรการของเม็กซิโกในคดีนี้ทำให้ไม่มีการค้าบริการสาขาดังกล่าวเกิดขึ้นจริง และทำให้จำนวนของผู้ให้บริการต่างชาติที่สามารถเข้ามาให้บริการได้ตามความเป็นจริงนั้นเป็นศูนย์ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้จึงพิจารณาว่าเป็นการจำกัดเชิงปริมาณในรูปแบบโควตาเท่ากับศูนย์

### 3.2.3 ประเด็นพันธกรณีของประเทศสมาชิกกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป มาตรา 14 (เอ) ของ GATS

เนื่องจากคดี US Gambling เป็นคดีแรกที่พิจารณาข้อยกเว้นทั่วไปในเรื่องการค้าบริการ ต่อมาองค์การอุทธรณ์ในคดี Argentina – Financial Services (องค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 2016 ) เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่เน้นย้ำว่ามาตรา 14 ของ GATS ได้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปให้ประเทศสมาชิกมีจำกัดปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ตาม ความตกลงในลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 20 ของ GATT ทั้งสองบทบัญญัติยืนยันสิทธิของประเทศ สมาชิกที่จะดำเนินการใด ๆ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในอนุมาตราต่าง ๆ ของข้อยกเว้น ทั่วไป แม้ว่าประเทศสมาชิกอาจปฏิบัติตามไม่สอดคล้องกับพันธกรณีอื่นของความตกลง GATS (*Argentina — Financial Services*)<sup>203</sup> แต่มาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องสอดคล้องกับ เงื่อนไขในมาตรา 14 โดยบทบัญญัติในมาตรา 14 ของ GATS และมาตรา 20 ของ GATT มีโครงสร้าง และเนื้อหาในอนุมาตราและบทหน้าที่คล้ายคลึงกัน ดังนี้ ทั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและ องค์การอุทธรณ์จึงได้ใช้แนวทางการวินิจฉัยข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 20 ของ GATT เพื่อ ประกอบการวินิจฉัยการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 ของ GATS โดยมาตรการของ

<sup>202</sup> Panel Report, '*Mexico- Telecom*', WT/DS204/R, para. 7.85.

"...This element of the routing restriction means, therefore, that supply of the service by means of one of the categories (over leased capacity) within Mexico is prohibited, and is subject to a zero quota in the sense of Article XVI:2(a), (b) and (c)"

<sup>203</sup> Appellate Body Report, '*Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services*', WT/DS453/AB/R, 14 April 2016, para.6.113.

"Furthermore, the GATS sets out general exceptions and security exceptions from obligations under that Agreement in the same manner as does the GATT 1994. In particular, both Article XIV of the GATS and Article XX of the GATT 1994 affirm the right of Members to pursue various regulatory objectives identified in the paragraphs of these provisions even if, in doing so, Members act inconsistently with obligations set out in other provisions of the respective Agreements."



2979321983

CU :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปจะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ (two-tier test) ดังนี้

(ก) พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ขอบเขตข้อยกเว้นทั่วไปในอนุมาตราหนึ่ง อนุมาตราใดของมาตรา 14 ของ GATS หรือไม่ และ

(ข) วินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวที่ได้พิจารณาตามข้อ (ก) สอดคล้องกับบทนำของมาตรา 14 ของ GATS หรือไม่ (*Argentina – Financial Services*, 2015)<sup>204</sup> กล่าวคือ มาตรการต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยพลการหรือไม่มีเหตุผล และไม่เป็นการจำกัดการค้าบริการอย่างแอบแฝง

ในส่วนแรกจะพิจารณาแนวทางการตีความในเงื่อนไขแรกของการพิจารณาข้อยกเว้นทั่วไปว่ามาตรการดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ขอบเขตข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา 14 (เอ) ของ GATS หรือไม่ ดังนี้

### 3.2.3.1 แนวทางการตีความ “มาตรการได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ”

การพิจารณาการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 14 (เอ) GATS สามารถเทียบเคียงได้จากมาตรา 20 (เอ) GATT ว่าความหมายของคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง มาตรฐานของการกระทำที่ถูกและผิดซึ่งรักษาไว้ในสังคมหรือรัฐ โดยเนื้อหาของศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามช่วงเวลาและสถานที่ ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เช่น สิ่งที่สังคมยึดถือ วัฒนธรรม จริยธรรม และคุณค่าทางศาสนา ดังนั้นจึงเป็นการให้ประเทศสมาชิกกำหนดระดับของค่านิยม ศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามคุณค่าที่สังคมยึดถือในขณะนั้น โดยประเทศผู้ถูกร้องต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงว่าข้อกังวลทางศีลธรรมอันดีของประชาชนมีอยู่จริงในสังคม และข้อกังวลทางศีลธรรมอันดีของประชาชนดังกล่าวเป็นไปตามระบบและระดับการให้คุณค่าของรัฐหรือไม่ โดยมีแนวคำวินิจฉัยคดี *China-Publications and Audiovisual Products (China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products)*<sup>205</sup> และคดี *EC-Seal Products (EC – Seal Products)*<sup>206</sup> รับรอง

<sup>204</sup> Panel Report, ‘*Argentina – Financial Services*’, WT/DS453/R, para. 7.586

"The analogy between the two provisions led the Appellate Body in *US – Gambling* to use in its examination of Article XIV of the GATS the same 'two-tier analysis' already used in relation to Article XX of the GATT 1994. Thus, Article XIV of the GATS provides for an analysis in two stages: (i) first, the Panel must determine whether the measure falls within the scope of one of the subparagraphs of Article XIV of the GATS; and (ii) after having found that the measure at issue is justified under one of the subparagraphs of Article XIV of the GATS, the Panel must examine whether this measure satisfies the requirements laid down in the introductory clause or chapeau of Article XIV of the GATS."

<sup>205</sup> Appellate Body Report, ‘*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain*

ดังนี้

### (1) ความเชื่อมโยงระหว่างวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองกับศีลธรรมอันดีของประชาชน

องค์การอุทธรณ์ในคดี China-Publications and Audiovisual Products และคดี EC-Seal Products ได้ยืนยันว่าประเทศสมาชิกมีดุลยพินิจฝ่ายเดียวในการกำหนดขอบเขต “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เพื่อให้สอดคล้องกับระบบและระดับคุณค่าของประเทศตน

องค์การอุทธรณ์ในคดี China-Publications and Audiovisual Products (มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 2009) เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท ที่นำแนวทางการตีความคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (public morals) มาจากคำวินิจฉัยในคดี US Gambling ดังนี้ :

จีนใช้มาตรการจำกัดทางการค้าโดยให้มีการตรวจสอบเนื้อหาของสินค้านำเข้าบางประเภท โดยบริษัทที่รัฐบาลจีนเป็นผู้ดูแล เช่น สื่อการอ่าน สินค้าโสตทัศนวัสดุ สื่อบันทึกเสียง และหนังภาพยนตร์ว่าเป็นสินค้าทางวัฒนธรรม (cultural products) โดยสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศจะต้องผ่านกลไกการตรวจสอบเนื้อหาเพื่อป้องกันการเผยแพร่สินค้าทางวัฒนธรรมที่มีเนื้อหาที่ส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนในจีน (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*)<sup>207</sup> โดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้ได้อ้างถึงคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี US Gambling ที่ตีความคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ว่าหมายถึงมาตรฐานของการประพฤติที่ถูกและผิดซึ่งรักษาไว้ซึ่งหรือเพื่อผลประโยชน์ของสังคมหรือชาติ เนื้อหาของแนวคิดของแต่ละประเทศสมาชิกอาจแตกต่างกันในแต่ละยุคสมัยและสถานที่ ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ เช่น คุณค่าทางสังคม คุณค่าเชิงวัฒนธรรม คุณค่าทางจริยธรรม และคุณค่าทางศาสนา ประเทศสมาชิกควรเป็นผู้นิยามขอบเขตและปรับใช้แนวคิด ‘ศีลธรรมอันดีของประชาชน’ ในอาณาเขตประเทศตนเอง ตามระบบและระดับคุณค่าของประเทศตน (*China — Publications and*

*Publications and Audiovisual Entertainment Products*’, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009.

<sup>206</sup> Appellate Body Report, ‘European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products’, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014.

<sup>207</sup> Appellate Body Report, ‘China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products’, WT/DS363/AB/R, para. 231

“...According to China, it regulates these goods through a content review mechanism, for both imported and domestic goods, that operates to prevent the dissemination of cultural goods with a content that has a negative impact on public morals in China...”





*Audiovisual Products*, 2009)<sup>208</sup> องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่าบทนำของวรรค 5.1 ของพิธีสารในการภาคยานุวัติเข้าร่วมเป็นสมาชิก ควรตีความว่าการใช้สิทธิใด ๆ ของจีนในการออกกฎทางการค้าจะได้รับการคุ้มครองตามบทนำของวรรค 5.1 หากกฎดังกล่าวสอดคล้องกับความตกลง WTO (*China — Publications and Audiovisual Products*, 2009)<sup>209</sup> นั้นหมายความว่า จีนถูกเรียกร้องที่จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรการเกี่ยวกับการนำเข้าและการจำหน่ายสื่อสิ่งพิมพ์ของจีนสอดคล้องกับเงื่อนไขตามมาตรา 20 ของความตกลง GATT จึงจะเรียกว่ามีการใช้สิทธิในการออกกฎทางการค้าสอดคล้องกับความตกลง WTO (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>210</sup>

เช่นเดียวกันกับองค์การอุทธรณ์ในคดี EC- Seal Products (*EC — Seal Products*)<sup>211</sup> (มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2014) องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาคำว่า “เพื่อคุ้มครอง” โดยเห็นว่าความหมายโดยปกติของคำว่า “คุ้มครอง” รวมถึงการปกป้อง (defend) และการอารักขา (guard) ให้พ้นจากการบาดเจ็บหรืออันตราย เป็นโล่ (Shield) จากการโจมตีหรือทำร้าย เป็นการสนับสนุน (support) การช่วย (assist) การรักษาให้ปลอดภัย (keep safe) การดูแล (take care) เป็นต้น แคนาดาประเทศผู้ร้องอ้างว่า ระดับความเสี่ยงต่อสวัสดิภาพของสัตว์ที่เกี่ยวข้องกับการล่า

<sup>208</sup>Panel Report, ‘China-Publications and Audiovisual Products’, WT/DS363/R, , para. 7.759 ; see also, Appellate Body Report, ‘China-Publications and Audiovisual Products’, WT/DS363/AB/R, para. 231.

“... The panel in US – Gambling, in an interpretation not questioned by the Appellate Body, found that “the term ‘public morals’ denotes standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation”. The panel went on to note that “the content of these concepts for Members can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values. The panel... should be given some scope to define and apply for themselves the concepts of ‘public morals’ ... in their respective territories, according to their own systems and scales of values.”

<sup>209</sup> Ibid., para. 230.

“All of the above suggests to us that the introductory clause of paragraph 5.1 should be interpreted as follows. Any exercise of China’s right to regulate trade will be protected under the introductory clause of paragraph 5.1 only if it is consistent with the *WTO Agreement*....”

<sup>210</sup> Appellate Body Report, ‘China-Publications and Audiovisual Products’, WT/DS363/AB/R, para. 233.

“Successful justification of these provisions, however, requires China to have demonstrated that they comply with the requirements of Article XX of the GATT 1994 and, therefore, constitute the exercise of its right to regulate trade *in a manner consistent with the WTO Agreement*”.

<sup>211</sup> Appellate Body Report, ‘European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products’, WT/DS400AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014.



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

แม่น้ำไม่ได้สูงไปกว่าความเสี่ยงต่อสวัสดิภาพของสัตว์ ณ โรงฆ่าสัตว์ และการล่าสัตว์ป่าในพื้นที่  
 ธรรมชาติ เช่น การล่ากวาง ในสหภาพยุโรป ดังนั้น เมื่อไม่มีความเสี่ยงสูงจากการล่าแม่น้ำ สหภาพ  
 ยุโรปจึงไม่สามารถใช้มาตรการเพื่ออ้างว่าคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน (*EC — Seal  
 Products*)<sup>212</sup> องค์การอุทธรณ์ได้อ้างคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี *US Gambling* ที่ว่า ประเทศ  
 สมาชิกควรกำหนดขอบเขตและปรับใช้แนวคิดของศีลธรรมอันดีของประชาชนตามระบบและระดับ  
 คุณค่าของตนได้ (*EC — Seal Products*)<sup>213</sup> ซึ่งประเทศสมาชิกอาจกำหนดระดับการคุ้มครอง  
 ศีลธรรมอันดีของประชาชนแตกต่างกันสำหรับข้อกังวลทางศีลธรรมที่คล้ายคลึงกัน หรือกรณีที่ข้อ  
 โต้แย้งของแคนาดาที่ว่าสหภาพยุโรปมีข้อกังวลทางศีลธรรมเกี่ยวกับสวัสดิภาพแม่น้ำและสวัสดิภาพ  
 ของสัตว์ประเภทอื่นที่เหมือนกัน และมีระดับความเสี่ยงต่อสวัสดิภาพที่ระดับเดียวกัน องค์การอุทธรณ์  
 พิจารณาว่าก็ไม่จำเป็นที่สหภาพยุโรปจะต้องมีมาตรการเดียวกันเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของ  
 ประชาชนด้วย (*EC — Seal Products*)<sup>214</sup> ดังนี้ องค์การอุทธรณ์จึงเห็นด้วยกับคณะกรรมการ  
 พิจารณาข้อพิพาทว่าวัตถุประสงค์ของมาตรการ EU Seal Regime สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา  
 20 (เอ) ของความตกลง GATT 1994 (*EC — Seal Products*)<sup>215</sup>

ในคดี *EC-Seal Products* สหภาพยุโรปได้ห้ามนำเข้าและซื้อขายสินค้าแม่น้ำด้วย  
 มาตรการ EU Seal Regime เนื่องจากข้อกังวลต่อศีลธรรมอันดีของสหภาพยุโรปในเรื่องสวัสดิภาพ

<sup>212</sup> Appellate Body Report, ‘*EC-Seal Products*’, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, para. 5.196

“... Canada argues that the Panel, upon proper consideration of the evidence, should have concluded that the animal welfare risks associated with seal hunts are not any higher than the animal welfare risks associated with slaughterhouses and other terrestrial wildlife hunts, such as deer hunts, in the European Union. In the absence of a higher risk associated with seal hunts, Canada asserts that the European Union cannot justify its measure on public moral grounds...”

<sup>213</sup> *Ibid.*, para. 5.199

“... referred to the reasoning developed by the panel in *US – Gambling* that the content of public morals can be characterized by a degree of variation, and that, for this reason, Members should be given some scope to define and apply for themselves the concept of public morals according to their own systems and scales of values...”

<sup>214</sup> *Ibid.*, para. 5.200

“...Members may set different levels of protection even when responding to similar interests of moral concern. Even if Canada were correct that the European Union has the same moral concerns regarding seal welfare and the welfare of other animals, and must recognize the same level of animal welfare risk in seal hunts as it does in its slaughterhouses and terrestrial wildlife hunts, we do not consider that the European Union was required by Article XX(a), as Canada suggests, to address such public moral concerns in the same way.”

<sup>215</sup> *Ibid.*, para. 5.201.

“... Accordingly, we find that the Panel did not err in concluding that the objective of the EU Seal Regime falls within the scope of Article XX(a) of the GATT 1994.”



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ของแม่น้ำ มาตรการนี้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันของสินค้าจากแคนาดาและนอร์เวย์ที่ถูกห้ามวางขายในสหภาพยุโรป คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้พิจารณาอารัมภบทของข้อบังคับพื้นฐาน (the Basic Regulation) ของ EU Seal Regime พบว่าข้อบังคับดังกล่าวบัญญัติถึงวัตถุประสงค์ 3 ประการ ประการแรก ความจำเป็นที่จะทำให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับแม่น้ำในตลาดภายในสหภาพยุโรปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (อารัมภบทข้อที่ 5, 6, 7, 8, 10, 15 และ 21) ประการที่สอง ข้อบังคับดังกล่าวแสดงถึงข้อกังวลเกี่ยวกับสวัสดิภาพของแม่น้ำ (อารัมภบทข้อที่ 1, 4, 5, 10 และ 11) ประการที่สาม ความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งสภาพเศรษฐกิจและผลประโยชน์ทางสังคมของชาวอินูอิตในการล่าแม่น้ำ และกำหนดเงื่อนไขสำหรับข้อยกเว้น IC Exception ข้อยกเว้น MRM Exception และข้อยกเว้น Travelers Exception ขึ้น (อารัมภบทข้อที่ 16 และ 17) (*EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES PROHIBITING THE*

*IMPORTATION AND MARKETING OF SEAL PRODUCTS*)<sup>216</sup>

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบประวัติการร่างมาตรการ EU Seal Regime โดยมาตรการดังกล่าวมีจุดเริ่มต้นจากปฏิญญาของรัฐสภายุโรปต่อการต่อต้านสินค้าจากแม่น้ำในสหภาพยุโรป (Declaration of the European Parliament on Banning Seal Products in the European Union) ในปีค.ศ. 2006 โดยในอารัมภบทของปฏิญญาดังกล่าวได้อ้างถึงการสำรวจซึ่งพบว่า มีแม่น้ำในสัดส่วนที่แน่นอนจำนวนหนึ่งที่จะถูกกลกหนังก่อนออกขณะที่ยังมีสติหรือรู้สึกตัว จากข้อความอารัมภบทของปฏิญญาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างปฏิญญาดังกล่าวกับสวัสดิภาพของแม่น้ำ (*EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES PROHIBITING THE*

*IMPORTATION AND MARKETING OF SEAL PRODUCTS*)<sup>217</sup> และข้อเสนอของ

<sup>216</sup> Panel Report, 'EC-Seal Products', WT/DS400/R, WT/DS401/R, paras. 7.387.

“Based on our review of the preamble, the Basic Regulation appears to address three main considerations: first, the need to harmonize the regulations on seal products within the EU internal market (recitals 5, 6, 7, 8, 10, 15, 21); second, concerns about seal welfare issues (recitals 1, 4, 5, 10, 11); and, third, the need to preserve the economic and social interests of Inuit communities engaged in seal hunting and to define the conditions for IC, MRM, and Travellers exceptions (recitals 16 and 17).”

<sup>217</sup> Ibid., para. 7.391.

“The initiative to introduce a measure governing trade in seal products in the European Union originates in the 2006 "Declaration of the European Parliament on banning seal products in the European Union" (Parliament Declaration). In its preamble, the Parliament Declaration



2979321983

CU Theses 5886043334 thes1s / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

คณะกรรมการการยุโรปที่กล่าวถึงข้อกั่วงลสาธารณะเกี่ยวกับข้อพิจารณาทางจริยธรรม (EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES PROHIBITING THE

IMPORTATION AND MARKETING OF SEAL PRODUCTS)<sup>218</sup> ซึ่งต่างเป็นตราสารอันเป็นประวัติการยกเว้นของมาตรการที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างข้อกั่วงลของสาธารณชนต่อข้อพิจารณาทางศีลธรรม (EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES PROHIBITING THE IMPORTATION AND MARKETING OF SEAL PRODUCTS)<sup>219</sup>

องค์กรอุทธรณ์ยืนยันคำวินิจฉัยตามคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าวัตถุประสงค์ของมาตรการ EU Seal Regime อยู่ภายใต้ขอบเขตมาตรา 20 (เอ) ของความตกลง GATT 1994 (EC — Seal Products)<sup>220</sup>

ดังจะเห็นได้ว่า เพื่อพิจารณาว่ามาตรการพิพาทมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์ของประเทศสมาชิกที่ต้องการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ สะท้อนให้เห็นได้จากเนื้อหาวัตถุประสงค์ คำแถลงการณ์ ที่มาและประวัติการยกเว้นของมาตรการพิพาท และเป็นการแสดงให้เห็นถึงข้อกั่วงลศีลธรรมอันดีของประชาชนที่มีอยู่จริงในสังคม

## (2) แนวทางการตีความมาตรการพิพาทมีความจำเป็น (Necessary) ภายใต้มาตรา 14 (เอ)

การพิจารณาว่ามาตรการพิพาทสอดคล้องกับอนุมาตราย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS หรือไม่ สามารถพิจารณาจากแนวทางการตีความมาตรา 20 ของ GATT ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการของประเทศสมาชิกได้ออกแบบมาเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีตามบริบทของมาตรา 20 (เอ) ของ GATT และมาตรการนั้นมีความจำเป็น โดยบททดสอบความจำเป็น (Necessity Test) ของมาตรการ ต้องคำนึงปัจจัยต่าง ๆ คือ ความสำคัญของคุณค่าหรือ

---

references *inter alia* an observation that a certain proportion of seals hunted may have been skinned while still conscious...a list of points contained in the preamble suggest a connection between the Declaration and seal welfare...”

<sup>218</sup> Ibid., para. 7.395

“we observe that the Commission Proposal describes public concerns as relating to "ethical" considerations.”

<sup>219</sup> Panel Report, ‘EC-Seal Products’, WT/DS400/R, WT/DS401/R, para 7.405.

“We found that the legislative history of the measure suggests a link between the public concerns on seal welfare and an ethical or moral consideration....”

<sup>220</sup> Appellate Body Report, ‘EC-Seal Products’, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, para. 5.201.

“...we find that the Panel did not err in concluding that the objective of the EU Seal Regime falls within the scope of Article XX(a) of the GATT 1994.”



2979321983

ประโยชน์ที่ต้องการปกป้อง การที่มาตรการมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นได้จริง และการจำกัดทางการค้าของมาตรการ และความสามารถในการนำมามาตรการทางเลือกมาใช้ได้อย่าง สมเหตุสมผล ถัดจากนั้นจึงนำไปจจัยเหล่านี้มาพิจารณาแบบองค์รวมด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและ ถ่วงดุล เพื่อพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในการปกป้องคุณค่าหรือประโยชน์ สาธารณะตามอนุมาตราภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปหรือไม่ และการคำนึงถึงทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็น การสร้างหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อรักษาความสมดุลระหว่างการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของ ประเทศสมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพ (ปรางค์สิริฉัตร เอนกสุวรรณกุล, 2558)<sup>221</sup>

ดังเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Brazil – Retreaded Tyres (Brazil — Retreaded Tyres, 2007)*<sup>222</sup> (องค์กรอุทธรณ์มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 2007) ที่ เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าการห้ามนำเข้ามีความจำเป็นต่อการคุ้มครองชีวิตหรือ สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช (*Brazil — Retreaded Tyres, 2007*)<sup>223</sup> โดยคณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาทอ้างอิงถึงแนวทางจากคดี *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes* ว่ากระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยต่าง ๆ จะต้องพิจารณาด้วยว่ามีมาตรการ ทางเลือกที่สอดคล้องกับความตกลง WTO มากกว่ามาตรการพิพาทหรือไม่ หรือเป็นมาตรการที่ ละเมิดความตกลง WTO น้อยกว่ามาตรการพิพาท ซึ่งสามารถคาดได้ว่าประเทศสมาชิกจะนำมาใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล (*Brazil-Retreaded Tyres, 2007*)<sup>224</sup>

แต่ประเด็นนี้ประเทศคู่กรณีไม่ได้ยกขึ้นอุทธรณ์แต่อย่างใด และเช่นเดียวกับองค์กรอุทธรณ์ ในคดี *Korea – Various Measures on Beef (Korea — Various Measures on Beef, 2000)*<sup>225</sup>

<sup>221</sup> ปรางค์สิริฉัตร เอนกสุวรรณกุล, “ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา XX (a)(b)(d) ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994”, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรปริญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2558, หน้า 169.

<sup>222</sup> Appellate Body Report, ‘*Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*’, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007.

<sup>223</sup> *Ibid.*, para. 212.

“...we uphold the Panel’s finding, ...that the Import Ban can be considered “necessary to protect human, animal or plant life or health.”

<sup>224</sup> Panel Report, ‘*Brazil-Retreaded Tyres*’, WT/DS332/R, para. 7.150.

“As stated by the Appellate Body in *Dominican Republic-Import and Sale of Cigarettes*, the weighing and balancing process of the factors that we have considered above should inform the determination of whether a WTO-consistent alternative measure, or a less WTO-inconsistent measure, which the Member concerned could reasonably be expected to employ, is available”

<sup>225</sup> Appellate Body Report, ‘*Korea- Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*’, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 December 2000.



(องค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2000) ได้เน้นถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น ด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ในบรรดาปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่กฎหมายหรือข้อบังคับมุ่งหมายปกป้อง การที่มาตรการมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นได้จริง และผลกระทบของกฎหมายและข้อบังคับต่อการนำเข้าหรือการส่งออก (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>226</sup>

## (2.1) ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ความจำเป็น

คำวินิจฉัยของ GATT และ WTO มีแนวทางการพิจารณามาตรการที่จำเป็นโดยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล ดังนี้

### (2.1.1) มาตรการพิพาทมีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ทางสังคมที่มีความสำคัญมาก (very important societal interests)

ยิ่งความสำคัญที่อยู่เบื้องหลังมาตรการพิพาทมีความสำคัญต่อการบรรลุเหตุผลที่ประเทศผู้ใช้มาตรการกล่าวอ้างตามอนุมาตราต่าง ๆ ในข้อยกเว้นมากเท่าไร ยิ่งง่ายต่อการยอมรับว่ามีความจำเป็นที่ต้องออกแบบมาตรการมาเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้

ในคดี *Argentina – Financial Services* (องค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 2016) องค์การอุทธรณ์อ้างถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่พิจารณาว่าทั้ง 6 มาตรการมีความจำเป็นเพื่อประกันการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่ โดยพิจารณาความสำคัญต่อการบรรลุของวัตถุประสงค์ ซึ่งประเด็นการวิเคราะห์ความจำเป็นของมาตรการนั้น ปานามาประเทศผู้ร้องไม่ได้มีการอุทธรณ์แต่อย่างใด (*Argentina — Financial Services*)<sup>227</sup> คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้ได้สรุปว่า “การปกป้องระบบภาษีและการโต้แย้งแนวทาง

<sup>226</sup> Ibid, para. 164.

“In sum, determination of whether a measure, which is not “indispensable”, may nevertheless be “necessary” within the contemplation of Article XX (d), involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.”

<sup>227</sup> Appellate Body Report, *Argentina – Financial Services*, WT/DS453/AB/R, para. 6.221.

“...we note that, in analysing whether the six measures are “necessary” to secure compliance, the Panel first considered the importance of the objectives pursued...The way in which the Panel structured its “necessity” analysis with respect to these six measures has not been appealed....”

ประติบัติด้านภาษีที่เป็นภัย (harmful tax practices) (OECD.org)<sup>228</sup> และการฟอกเงินเป็น วัตถุประสงค์ ผลประโยชน์หรือคุณค่าที่สำคัญสูงสุดสำหรับอาร์เจนตินา” (*Argentina – Financial Services*, 2015)<sup>229</sup> โดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทให้ข้อสังเกตว่า :

“ไม่ว่าในประเทศใด ๆ การจัดเก็บภาษีเป็นแหล่งที่จำเป็นของรายได้เพื่อมั่นใจว่าหน่วยงาน ต่าง ๆ ของรัฐและการบริการของรัฐบาลต่าง ๆ สามารถให้บริการแก่พลเมืองได้ การปกป้องภาษีของ ชาติเป็นการประกันความอยู่รอดของการเงินสาธารณะของประเทศ รวมถึงระบบเศรษฐกิจและระบบ การเงิน ความเสี่ยงจากแนวทางประติบัติด้านภาษีที่เป็นภัยมีความสำคัญสำหรับประเทศกำลังพัฒนา เพราะทำให้สูญเสียการเงินสาธารณะของแหล่งทางการเงินที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและ การดำเนินการนโยบายภายในประเทศ ท้ายสุด ไม่มีข้อสงสัยเลยว่าการปราบปรามการฟอกเงินมี ความสำคัญในลำดับสูงเดียวกันกับการปราบปรามการลักลอบค้ายาเสพติด และการก่อการร้ายต่อ ประชาคมระหว่างประเทศและสำหรับอาร์เจนตินาด้วย (*Argentina – Financial Services*, 2015)<sup>230</sup>

### (2.1.2) มาตรการมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นได้จริง (Contribution of the measure to the objective)

การพิจารณาว่ามาตรการมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นได้จริง เป็นหนึ่งใน ปัจจัยสำคัญที่นำมาพิจารณาในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล ยิ่งมาตรการดังกล่าวสามารถทำให้ เกิดผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้มากย่อมง่ายต่อการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ จำเป็น และมาตรการที่ประเทศสมาชิกเลือกใช้เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะไม่จำเป็นต้องมีส่วน ก่อให้เกิดผลได้อย่างเด่นชัดในทันทีทันใดก็ได้ และมาตรการมีส่วนทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้จริงนั้น

<sup>228</sup> (footnote original) The expression “harmful tax practices” covers tax evasion, avoidance and fraud.

<sup>229</sup> Panel Report, *Argentina – Financial Services*, WT/DS453/R, para. 7.682.

“...the protection of its tax system and the fight against harmful tax practices and money laundering are objectives, interests or value of utmost importance for Argentina.”

<sup>230</sup> Panel Report, *Argentina – Financial Services*, WT/DS453/R, para. 7.681.

“In any country, tax collection is an indispensable source of revenue to ensure the functioning of the State and the Various government services to citizens. Protection of the national tax base guarantees the viability of a country’s public finances and, by extension, its economy and financial system. The risks posed by harmful tax practices are even more important for developing countries because they deprive their public finances of financial resources vital to promoting their economic development and implementing their domestic policies. Lastly, there can be no doubt that combating money laundering, which fits in with the fight against drug trafficking and terrorism, is a priority for the international community and thus also for Argentina.”



2979321983

อาจเกิดขึ้นโดยมาตรการที่เกี่ยวข้องกันหลาย ๆ มาตรการก็ได้ ดังจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยคดีดังต่อไปนี้

องค์การอุทธรณ์ในคดี Korea - Various Measures on Beef อ้างถึงความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่รับว่าระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานมีขึ้น ณ เวลาที่มีการหลอกลวงผู้บริโภคอย่างแพร่หลายถึงแหล่งกำเนิดของภาคธุรกิจเนื้อวัว และระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานช่วยลดโอกาสของร้านเนื้อที่จะหลอกลวงขายเนื้อวัวต่างประเทศที่มีราคาถูกกว่าว่าเป็นเนื้อวัวที่ผลิตในประเทศซึ่งมีราคาสูงกว่า (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>231</sup>

องค์การอุทธรณ์สันนิษฐานว่าเกาหลีมีเจตนาที่จะลดจำนวนคดีฉ้อโกงเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดเนื้อวัวที่ขายโดยผู้ค้าปลีก คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพบว่าระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานลดโอกาสและลดสิ่งช่วยผู้ค้าเนื้อให้หลอกนำเสนอขายเนื้อต่างประเทศว่าเป็นเนื้อที่ผลิตภายในประเทศ องค์การอุทธรณ์ยอมรับข้อโต้แย้งของเกาหลีว่าระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานช่วยควบคุมและมีแนวทางการป้องกันการประตบัติที่ฉ้อโกงก่อนที่ปัญหาเกิด อย่างไรก็ตาม ระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานเป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งซึ่งช่วยลดอย่างมีนัยสำคัญต่อการละเมิดของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>232</sup>

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี Brazil- Retreaded Tyres (องค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ.2007) เห็นด้วย (*Brazil — Retreaded Tyres*, 2007)<sup>233</sup> กับ

<sup>231</sup> Appellate Body Report, 'Korea-Variou Measures on beef', WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 158.

"...It recognized that the system was established at a time when acts of misrepresentation of origin were widespread in the beef sector. It also acknowledged that the dual retail system "does appear to reduce the opportunities and thus the temptations for butchers to misrepresent [less expensive] foreign beef for [more expensive] domestic beef "...."

<sup>232</sup> Ibid., para. 178.

"...we assume that in effect Korea intended to *reduce considerably* the number of cases of fraud occurring with respect to the origin of beef sold by retailers. The Panel did find that the dual retail system "does appear to reduce the opportunities and thus the temptations for butchers to misrepresent foreign beef for domestic beef". And we accept Korea's argument that the dual retail system *facilitates* control and permits combatting fraudulent practices *ex ante*. Nevertheless, it must be noted that the dual retail system is only an *instrument* to achieve a significant reduction of violations of the *Unfair Competition Act*."

<sup>233</sup> Appellate Body Report, 'Brazil- Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres', WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 153.



คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ได้วิเคราะห์ในแง่คุณภาพว่าการห้ามนำเข้าจะทำให้ยางล้อดอกที่ผลิตภายในประเทศเข้ามาแทนที่ยางล้อดอกที่นำเข้า และยางที่ล้อดอกจะมีอายุการใช้งานสั้นกว่ายางใหม่ ดังนั้น การห้ามนำเข้าจึงนำไปสู่การลดจำนวนลงของยางที่เสื่อมคุณภาพเพราะยางล้อดอกที่นำเข้าอาจถูกแทนที่ด้วยยางใหม่ที่มีอายุการใช้งานยาวนานกว่า คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเห็นด้วยว่าบราซิลมีความสามารถในการล้อยางที่ใช้แล้วภายในประเทศ และเห็นด้วยกับบราซิลที่มีมาตรการเพื่อช่วยเหลือผู้ล้อยางภายในประเทศให้เข้าถึงยางที่ใช้แล้วที่มีคุณภาพดี และยางใหม่ที่กำหนดในบราซิลเป็นยางที่มีคุณภาพสูงตามมาตรฐานระหว่างประเทศและสามารถนำมาล้อยางใหม่ได้ ข้อสรุปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทซึ่งองค์กรอุทธรณ์ก็เห็นด้วยคือหากอุตสาหกรรมล้อยางในประเทศมีการล้อยางที่ใช้แล้วภายในประเทศมากขึ้น จำนวนยางที่เสื่อมคุณภาพก็จะลดลงจากการล้อยางที่ใช้แล้วเพื่อกลับมาใช้งานเป็นครั้งที่สอง มิฉะนั้น ยางดังกล่าวก็เสียประโยชน์ไปทันทีหลังจากการใช้ครั้งแรกแล้ว ด้วยเหตุผลดังกล่าวการลดลงของยางที่เสื่อมคุณภาพเป็นผลมาจากการห้ามนำเข้า ดังนั้น การห้ามนำเข้าทำให้บรรลุการลดความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการสะสมยางที่เสื่อมคุณภาพลง (Brazil — Retreaded Tyres, 2007)<sup>234</sup>

องค์กรอุทธรณ์ยังได้พิจารณาแผนการจัดการของบราซิลที่สั่งห้ามนำเข้ายางที่ใช้แล้ว และแนวทางการสะสมและการกำจัดยางที่เสื่อมคุณภาพตามมติสภาแห่งชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมแห่งกระทรวงสิ่งแวดล้อม (National Council for the Environment of the Ministry of the Environment หรือ Conselho Nacional do Meio Ambiente –CONAMA) ที่ 258/1999 และ

---

“...Having said that, it does not appear to us erroneous to conclude, on the basis of the hypotheses made, tested, and accepted by the Panel, that fewer waste tyres will be generated with the Import Ban than otherwise.”

<sup>234</sup>Ibid.

“... the Panel was of the view that the Import Ban would lead to imported retreaded tyres being replaced with retreaded tyres made from local casings, or with new tyres that are retreadable. As concerns new tyres, the Panel observed, and we agree, that retreaded tyres "have by definition a shorter lifespan than new tyres" and that, accordingly, the Import Ban "may lead to a reduction in the total number of waste tyres because imported retreaded tyres may be substituted for by new tyres which have a longer lifespan." The Panel also agreed that Brazil has taken a series of measures to facilitate the access of domestic retreaders to good-quality used tyres, and that new tyres sold in Brazil are high-quality tyres that comply with international standards and have the potential to be retreaded. The Panel's conclusion with which we agree was that, "if the domestic retreading industry retreads more domestic used tyres, the overall number of waste tyres will be reduced by giving a second life to some used tyres, which otherwise would have become waste immediately after their first and only life.". For these reasons, the Panel found that a reduction of waste tyres would result from the Import Ban and that, therefore, the Import Ban would contribute to reducing exposure to the risks associated with the accumulation of waste tyres...”



2979321983

CU :Thesis 5886043334 thesis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ฉบับแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งได้บังคับให้ผู้ผลิตภายในประเทศและผู้นำเข้ายางใหม่มีการกำจัดยางที่เสื่อมคุณภาพตามที่ได้ระบุไว้ได้อย่างปลอดภัย โดยบังคับผู้ผลิตและผู้นำเข้ายางใหม่เก็บและกำจัดยางเก่า ในอัตรายางเก่า 5 เส้น : ยางใหม่ 4 เส้น มาตรการนี้สนับสนุนให้ผู้หล่อดอกยางชาวบราซิลหล่อดอกยางที่ใช้แล้วภายในประเทศมากขึ้นโดยผู้หล่อดอกยางภายในประเทศได้รับยกเว้นจากหน้าที่ทำลายสำหรับยางที่ใช้แล้วภายในประเทศเท่านั้น ดังนั้น มาตรการ CONAMA ได้สนับสนุนและสอดคล้องกับกลยุทธ์ของบราซิลในการลดจำนวนยางที่ใช้แล้ว มาตรการนี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่ยั่งยืนในการปฏิบัติและพฤติกรรมของผู้หล่อดอกยางภายในประเทศ และตัวกระทำอื่น ๆ (*Brazil — Retreaded Tyres*, 2007)<sup>235</sup> องค์การอุทธรณ์จึงเห็นด้วยตามความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่ายางที่ใช้แล้วจำนวนมากจะต้องมีการห้ามนำเข้า การห้ามนำเข้าจึงเป็นมาตรการที่มีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายในการลดความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการสะสมยางที่ใช้แล้วเกิดขึ้นได้จริง (*Brazil — Retreaded Tyres*, 2007)<sup>236</sup>

### (2.1.3) ผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศ (The restrictive impact of the measure on international commerce)

มาตรา 20 ของ GATT เป็นมาตราที่กำหนดข้อยกเว้นให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีของความตกลง GATT แต่มาตรการพิพาทจะถือว่ามีความจำเป็นตามมาตรา 20 ของ GATT หรือไม่ จะต้องพิจารณาในเรื่องการบังคับใช้ว่าก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศมากน้อยเพียงใด

<sup>235</sup> Ibid., para. 154.

“ ... For its part, CONAMA Resolution 258/ 1999, as amended in 2002,... by forcing manufacturers and importers of new tyres to collect and dispose of waste tyres at a ratio of five waste tyres for every four new tyres. This measure also encourages Brazilian retreaders to retread more domestic used tyres by exempting domestic retreaders from disposal obligations as long as they process tyres consumed within Brazil. Thus, the CONAMA scheme provides additional support for and is consistent with the design of Brazil's strategy for reducing the number of waste tyres...this comprehensive regulatory scheme is apt to induce sustainable changes in the practices and behaviour of the domestic retreaders, as well as other actors...”

<sup>236</sup> Ibid., para. 155.

“...we agree with the Panel's reasoning suggesting that fewer waste tyres will be generated with the Import Ban in place. In addition, Brazil has developed and implemented a comprehensive strategy to deal with waste tyres...the Import Ban is likely to bring a material contribution to the achievement of its objective of reducing the exposure to risks arising from the accumulation of waste tyres”

ผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศสามารถพิจารณาได้จาก บทบัญญัติและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดทางการค้าต่อการนำเข้า มาตรการใดยังมีผลเป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศน้อยกว่า ยิ่งง่ายต่อการพิจารณาว่ามาตรการนั้นมีลักษณะที่ “จำเป็น” ตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของคดี Thailand – Cigarette (*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 1990)<sup>237</sup> (คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทตัดสินเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1990 ซึ่งขณะนั้นยังไม่มีการจัดตั้งองค์การทอรรถตามความตกลง WTO) แม้คดีนี้ตัดสินก่อนจัดตั้ง WTO แต่คดีนี้ได้ให้ความชัดเจนในการพิจารณาความจำเป็นของมาตรการที่อ้างตามข้อยกเว้นทั่วไป

โดยสามารถสรุปคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Thailand – Cigarette ได้ดังนี้ว่ามาตรการจำกัดเชิงปริมาณในการนำเข้าบุหรี่ของประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 มาตรา 27 ไม่สอดคล้องตามมาตรา 20 (ปี) ของ GATT (*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 1990)<sup>238</sup> เพราะภายใต้กฎหมายดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดนำเมล็ดพันธุ์ยาสูบ ต้นยาสูบ ใบยา ยาอัด ยาเส้น หรือยาสูบเข้ามาในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือเจ้าพนักงานที่ได้รับมอบหมายจากอธิบดี และภายใต้มาตรา 4 ยาสูบ หมายความว่า บุหรี่ซิการ์ บุหรี่อื่น ยาเส้นปรุง และให้รวมตลอดถึงยาเคี้ยวด้วย แต่ในความเป็นจริงแล้ว ใบอนุญาตดังกล่าวออกให้แก่การค้าบุหรี่ของไทยที่เป็นการผูกขาดที่ทำโดยรัฐบาลไทยเท่านั้น และมีการนำเข้าบุหรี่เพียงแค่ 3 ครั้งเท่านั้น นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1966 เช่น ในช่วงปีค.ศ. 1968-70 ปี ค.ศ. 1976 และปี ค.ศ. 1980 (*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 1990)<sup>239</sup> ดังนั้น จึงถือเป็นการจำกัดการนำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ใช้มาตรการดังกล่าวกับทุกประเทศที่ส่งออกบุหรี่ยังประเทศไทย การจำกัดการนำเข้าจึงมีลักษณะเป็นการสร้างข้อจำกัดต่อ

<sup>237</sup> Panel Report, ‘*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*’, (DS10/R-37S/200), 1990.

<sup>238</sup> *Ibid.*, para. 27

“The quantitative restrictions on the importation of cigarettes maintained by Thailand under Section 27 of its Tobacco Act of 1966 ...are not justified by ... Article XX(b)...”

<sup>239</sup>*Ibid.*, para. 6.

“Under Section 27 of the Tobacco Act, 1966, the importation or exportation of tobacco seeds, tobacco plants, tobacco leaves, plug tobacco, shredded tobacco and tobacco is prohibited except by licence of the Director-General of the Excise Department or a competent officer authorized by him. Section 4 of the said Act defines tobacco as “cigarettes, cigars, other tobacco rolled for smoking, prepared shredded tobacco including chewing tobacco”. Licences have only been granted to the Thai Tobacco Monopoly, which has imported cigarettes on only three occasions since 1966, namely in 1968-70, 1976 and 1980.”



การค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

ในคดี *China-Publications and Audiovisual Products* องค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในการพิจารณาผลกระทบอันเป็นการจำกัด (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*)<sup>240</sup> โดยพิจารณาตามมาตรา 41 ของข้อบังคับว่าด้วยสื่อสิ่งพิมพ์ (Publications Regulation) มาตรา 27 ของข้อบังคับว่าด้วยผลิตภัณฑ์ทัศนวัสดุ (Audiovisual Products Regulation) ค.ศ. 2001 และมาตรา 8 ของกฎเกณฑ์การนำเข้าผลิตภัณฑ์ทัศนวัสดุ (Audiovisual Products Importation Rule) ซึ่งเป็นดุลยพินิจของจีนในการแต่งตั้งองค์กรนำเข้าเพื่อดำเนินการตรวจสอบเนื้อหาโดยทันทีและตรวจอย่างมีประสิทธิภาพ และองค์กรดังกล่าวสามารถรักษาระยะเวลาขั้นต่ำของความล่าช้า (keep to a minimum way any delays) ในการนำเข้าเพื่อตรวจสอบเนื้อหาสินค้าได้ (*China — Publications and Audiovisual Products, 2009*)<sup>241</sup>

อย่างไรก็ดี เงื่อนไขที่กำหนดให้บริษัทที่มีสิทธิในการตรวจสอบเนื้อหาต้องเป็นบริษัทที่รัฐเป็นเจ้าของเท่านั้น และบทบัญญัติที่ยกเว้นมิให้บริษัทที่ลงทุนโดยต่างชาตินำเข้าสินค้าที่เกี่ยวข้องเป็น บทบัญญัติที่เป็นการจำกัดการนำเข้าเป็นอย่างมาก

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพบว่าเงื่อนไขในแผนงานของรัฐ (China's State plan) และเงื่อนไขการกำหนดองค์กรและบุคคลที่เหมาะสม (suitable organization and personnel requirement) ในการดำเนินงาน มีผลกระทบอันเป็นการจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศน้อยกว่า เงื่อนไขที่ให้เฉพาะบริษัทที่รัฐเป็นเจ้าของเท่านั้นมีสิทธิในการตรวจสอบ องค์การอุทธรณ์จึงเห็นด้วยว่าการประเมินของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับผลกระทบอันเป็นการจำกัดของมาตรการของจีนไม่ได้เป็นการกำหนดภาระที่กระทำได้เพียงชั่วคราว (unsustainable) ให้แก่จีน แต่เป็นภาระที่จีนสามารถดำเนินการได้ (surmountable) (*China-Measures Affecting Trading Rights and*

<sup>240</sup> Appellate Body Report, '*China-Publications and Audiovisual Products*', WT/DS363/AB/R, para. 311.

"For all these reasons, we find that the Panel did not err in taking into account the restrictive effect..."

<sup>241</sup> Panel Report, '*China-Publications and Audiovisual Products*', WT/DS363/R, para. 7.845.

"... Regarding Article 41 of the Publications Regulation... Article 27 of the 2001 Audiovisual Products Regulation and Article 8 of the Audiovisual Products Importation Rule, we similarly accept that the discretion to designate import entities that have sufficient technical and facility support gives China the possibility to select entities which can keep to a minimum any delays in importing associated with content review."



*Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>242</sup>

องค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ได้พิจารณาถึงผลกระทบอันเป็นการจำกัดทางการค้าของบทบัญญัติและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องว่าความประสงค์ของประเทศสมาชิกอื่นที่ต้องการนำเข้าเป็นส่วนหนึ่งของการประเมินผลกระทบอันเป็นการจำกัดทางการค้าของมาตรการมาตรการพิพาทจึงไม่สอดคล้องกับสิทธิทางการค้าของจีน (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>243</sup> ที่ต้องเป็นไปตามข้อยกเว้นทั่วไปด้วย

**(2.1.4) ประเทศสมาชิกผู้ใช้มาตรการพิพาทต้องไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และมาตรการที่นำมาใช้ต้องสามารถใช้ได้จริง**

การพิจารณามาตรการทางเลือกที่เสนอโดยประเทศผู้ร้องว่าเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่า ไม่มีมาตรการอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือไม่มีการอื่นที่ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และเป็นมาตรการที่ประเทศสมาชิกสามารถปฏิบัติได้ในความเป็นจริง มิใช่เป็นเพียงวิธีการในทางทฤษฎีเท่านั้น และไม่เป็นการที่สร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ถูกร้องเกินสมควร เช่น มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง หรือมีสาระสำคัญทางเทคนิคเป็นที่ยุ่งยาก

ดังจะสามารถเห็นได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Thailand –Cigarette ที่ว่าประเทศไทยยังมีมาตรการอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลเพื่อควบคุมทั้งคุณภาพและปริมาณของบุหรี่ และสามารถบรรลุเป้าหมายนโยบายทางสุขภาพได้ ดังนั้น การปฏิบัติของไทยที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายบุหรี่ที่ผลิตภายในประเทศ แต่

<sup>242</sup> Appellate Body Report, ‘China-Publications and Audiovisual Products’, WT/DS363/AB/R, para. 310.

“... the Panel found a lesser restrictive effect in China's State plan requirement and in the suitable organization and personnel requirement... This demonstrates, in our view, that the Panel's assessment of the restrictive effect of China's measures did not impose an "unsustainable" burden on China. Instead the Panel's analysis shows that the burden was surmountable.”

<sup>243</sup> Appellate Body Report, ‘China-Publications and Audiovisual Products’, WT/DS363/AB/R, para 311

“For all these reasons, we find that the Panel did not err in taking into account the restrictive effect that the relevant provisions and requirements have on those wishing to engage in importing as part of its assessment of the restrictive effect of the measures found to be inconsistent with China's trading rights commitments.”



ไม่อนุญาตให้มีการนำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศไม่ใช่มาตรการที่มีความจำเป็น ภายในความหมายของ มาตรา 20 (บี) (*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 1990)<sup>244</sup> เพราะการดำเนินการอื่นที่สามารถกระทำได้ อาทิเช่น การออกกฎระเบียบให้ ตัดฉลากและเปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่อย่างไม่เลือกปฏิบัติ ภายใต้การอนุญาตและกำกับการ ดูแลของรัฐบาล และมีการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับบุหรี่ต่อสาธารณะ มีการดำเนินการตามกฎระเบียบ ในการขอให้เปิดเผยส่วนประกอบของบุรุษกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายที่เป็นคนต่างชาติอย่างไม่เลือกประ ติบติ การดำเนินการเหล่านี้เป็นมาตรการทางเลือกซึ่งสอดคล้องกับความตกลง GATT ตามที่ประเทศผู้ ร้องอ้าง คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาว่า ประเทศไทยยังสามารถใช้มาตรการอื่นที่ สอดคล้องกับความตกลง GATT มากกว่ามาตรการพิพาทในการบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันของ นโยบายจำกัดการนำเข้าบุหรี่ (*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 1990)<sup>245</sup>

นอกจากนี้ ประเทศไทยสามารถลดความต้องการในการบริโภคบุหรี่ได้ด้วยวิธีการที่ สอดคล้องกับความตกลง GATT โดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทให้ข้อสังเกตว่า จากข้อมูลของ องค์การอนามัยโลก ความต้องการในการบริโภคบุหรี่โดยเฉพาะในกลุ่มเด็กนั้น เกี่ยวข้องกับการ โฆษณาบุหรี่ ดังนั้น การห้ามโฆษณาบุหรี่จึงเป็นการลดความต้องการบริโภคบุหรี่ได้ (*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 1990)<sup>246</sup>

<sup>244</sup> Panel Report, ‘*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*’, DS10/R-37S/200, para 81.

“ In sum, the Panel considered that there were various measures consistent with the General Agreement which were reasonably available to Thailand to control the quality and quantity of cigarettes smoked and which, taken together, could achieve the health policy goals ... The Panel found therefore that Thailand's practice of permitting the sale of domestic cigarettes while not permitting the importation of foreign cigarettes was an inconsistency with the General Agreement not "necessary" within the meaning of Article XX(b).”

<sup>245</sup> *Ibid.*, para. 77.

“ The Panel then examined whether the Thai concerns about the quality of cigarettes consumed in Thailand could be met with measures consistent, or less inconsistent, with the General Agreement. It noted that other countries had introduced strict, non-discriminatory labelling and ingredient disclosure regulations which allowed governments to control, and the public to be informed of, the content of cigarettes. A non-discriminatory regulation implemented on a national treatment basis in accordance with Article III:4 requiring complete disclosure of ingredients, coupled with a ban on unhealthy substances, would be an alternative consistent with the General Agreement. The Panel considered that Thailand could reasonably be expected to take such measures to address the quality-related policy objectives it now pursues through an import ban on all cigarettes whatever their ingredients.”

<sup>246</sup> *Ibid.*, para. 78.



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

การที่รัฐบาลไทยยังไม่มีท่าทีชัดเจนเกี่ยวกับการควบคุมสินค้าบุหรี่ยุติ และการรณรงค์ต่อต้านการสูบบุหรี่เพื่อลดปริมาณคนสูบบุหรี่ และลดการผลิตบุหรี่ยุติ รวมทั้งมาตรการอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ซึ่งเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลในการควบคุมการสูบบุหรี่ ทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณ ในการบรรลุเป้าหมายนโยบายทางสาธารณสุข แสดงให้เห็นว่ามาตรการที่ประเทศไทยจำกัดการนำเข้าบุหรี่ยุตินั้นยังไม่ใช่มาตรการที่ขัดต่อ GATT น้อยที่สุด ดังนั้น มาตรการจำกัดการนำเข้าของประเทศไทยจึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นตามความหมายของมาตรา 20 (บี) (*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 1990)<sup>247</sup>

คดี Korea- Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef องค์การอุทธรณ์ยอมรับข้อโต้แย้งของเกาหลีว่าระบบการแบ่งช่องทางการจำหน่ายเป็นสองช่องทางนั้นช่วย (facilitates) ควบคุมและอนุญาตให้มีการป้องกันการประตบัติที่ฉ้อโกง อย่างไรก็ตาม ระบบดังกล่าวเป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งที่จะทำให้การละเมิดของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของเกาหลีลดลงอย่างมีนัยยะสำคัญ (*Korea – Various Measures on Beef*, 2000)<sup>248</sup>

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทชี้ว่ายังมีมาตรการทางเลือก ซึ่งในอดีตเกาหลีสามารถนำมาแบ่งแยกเนื้อวัวที่นำเข้าจากเนื้อวัวภายในประเทศ เช่น เผยแพร่ยอดจำหน่ายเนื้อวัวที่นำเข้าและนำมาหลอกลายว่าเป็นเนื้อวัวที่ผลิตภายในประเทศ กำหนดค่าปรับจากกำไรที่อาจเป็นไปได้จากการฉ้อโกง การเก็บบันทึกธุรกรรมของผู้ค้าเนื้อวัว ทั้งนี้ เกาหลีไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นได้ว่ามาตรการ

---

“ The Panel then considered whether Thai concerns about the quantity of cigarettes consumed in Thailand could be met by measures reasonably available to it and consistent, or less inconsistent, with the General Agreement....The Panel noted the view expressed by the WHO that the demand for cigarettes, in particular the initial demand for cigarettes by the young, was influenced by cigarette advertisements and that bans on advertisement could therefore curb such demand.”

<sup>247</sup> *Ibid.*, para. 81.

“In sum, the Panel considered that there were various measures consistent with the General Agreement which were reasonably available to Thailand to control the quality and quantity of cigarettes smoked ...The Panel found therefore that Thailand's practice of permitting the sale of domestic cigarettes while not permitting the importation of foreign cigarettes was an inconsistency with the General Agreement not "necessary" within the meaning of Article XX(b).”

<sup>248</sup> Appellate Body Report, ‘*Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*’, para. 177

“...And we accept Korea's argument that the dual retail system facilitates control and permits combatting fraudulent practices ex ante. Nevertheless, it must be noted that the dual retail system is only an instrument to achieve a significant reduction of violations of the Unfair Competition Act...”



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ทางเลือกลงกล่าวว่ามีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไป (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>249</sup> องค์กรอุทธรณ์ไม่เชื่อว่าเกาหลีจะไม่สามารถบรรลุระดับที่ต้องการในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดของเนื้อวัวที่ขายโดยผู้ค้าปลีกโดยการใช้นโยบายการบังคับใช้ที่สอดคล้องกับ WTO หากเกาหลีได้ทุ่มเทความพยายามในการบังคับใช้แก่ภาคธุรกิจเนื้อวัว อีกทั้งการละเมิดกฎหมาย ปัจจุบันเกาหลีก็ยังคงสามารถดำเนินคดีได้ตามปกติและควบคุมผู้กระทำผิดได้นอกจากนั้น มาตรการทางเลือกการควบคุมการเก็บบันทึกธุรกรรมจะช่วยตำรวจในการสอดส่องร้านที่ควรสังเกตการณ์เป็นพิเศษ

องค์กรอุทธรณ์จึงเห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าเกาหลีไม่อาจแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับความตกลง WTO ไม่เป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล ดังนั้น ระบบแบ่งช่องทางการจำหน่ายออกเป็นสองช่องทางจึงไม่ใช่มาตรการที่มีความจำเป็นตามมาตรา 20 (ดี) ของ GATT (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>250</sup>

เช่นเดียวกับ องค์กรอุทธรณ์ในคดี *China-Publications and Audiovisual Products* ที่วินิจฉัยว่าไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของจีนว่ามาตรการทางเลือกที่เสนอจะก่อให้เกิดความยุ่งยากทางเทคนิคอันเป็นสาระสำคัญ ในชั้นอุทธรณ์จีนต่อสู้ว่ามาตรการทางเลือกที่สหรัฐอเมริกาเสนอเรียกร้องให้มีระบบตัวอย่างสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ (electronic sampling system) และการพัฒนาระบบการส่งผ่านอิเล็กทรอนิกส์ (electronic transmission system) ที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่ระบบดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจน อย่งไรก็ดี ภายใต้ระบบดังกล่าวหากพบว่าเนื้อหาของสินค้าขัดแย้งกับศีลธรรมอันดีของประชาชน สินค้านั้นก็สามรถถูกคัดออกจากผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องก่อนการนำเข้าได้ (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications*

<sup>249</sup> Ibid., para. 179.

“...the Panel found that Korea, in the past, had been able to distinguish imported beef from domestic beef, and had, in fact, published figures on the amount of imported beef fraudulently sold as domestic beef...they outweighed the potential profits from fraud...require to keep records of their transactions... the Panel noted that Korea had not demonstrated that the costs would be too high...”

<sup>250</sup> Appellate Body Report, ‘*Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*’, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 180.

“...We are not persuaded that Korea could not achieve its desired level of enforcement of the Unfair Competition Act with respect to the origin of beef sold by retailers by using conventional WTO-consistent enforcement measures, if Korea would devote more resources to its enforcement efforts on the beef sector...Violations of laws and regulations like the Korean Unfair Competition Act can be expected to be routinely investigated and detected through selective, but well-targeted, controls of potential wrongdoers. The control of records will assist in selecting the shops to which the police could pay particular attention.”





*and Audiovisual entertainment Products*)<sup>251</sup> ซึ่งอาจก่อให้เกิดภาระทางการเงินให้แก่จีน องค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่เห็นว่ามาตรการทางเลือกอาจทำให้จีน ต้องเพิ่มบุคลากรและค่าใช้จ่ายให้แก่เจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบเนื้อหาสำหรับการตรวจสอบสื่อการ อ่าน แต่สำหรับสินค้าอื่น ๆ นอกจากสื่อการอ่าน รัฐบาลจีนก็ยังคงมีสิทธิตรวจสอบเนื้อหาภายใต้ ระบบปัจจุบัน (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>252</sup>

องค์กรอุทธรณ์อ้างถึงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ว่าเพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการทางเลือกไม่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล ประเทศผู้ถูกร้องต้องพิสูจน์ว่ามาตรการทางเลือก ก่อให้เกิดภาระเกินสมควร และมีหลักฐานสนับสนุนที่เพียงพอในการยืนยันดังกล่าว (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>253</sup> แต่ในคดีนี้ จีนก็ไม่อาจพิสูจน์โดยนำเสนอข้อมูลหรือ ประเมินค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นแก่รัฐบาลจีนว่าสูงอย่างไม่สมเหตุสมผลอย่างไรเมื่อเทียบกับระบบปัจจุบัน (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>254</sup> และสำหรับภาระทางการเงินของ

<sup>251</sup> Appellate Body Report, ‘China-Publications and Audiovisual Products’, WT/DS363/AB/R, para 329.

“We are also not convinced that China established that the proposed alternative measure involves substantial technical difficulties. On appeal, China contends that the alternative proposed by the United States would require the establishment of an electronic sampling system and the upgrading of the current electronic transmission system, and that it is unclear how, under such a system, elements of content found to be contrary to public morals could be removed from relevant products before they are imported.”

<sup>252</sup> Ibid., para 325.

“...that these could entail additional costs for China... The Panel expressly recognized that the alternative might require China to allocate additional human and financial resources to content review authorities, in particular for content review of reading materials. Thus, the Panel observed that, for products other than reading materials... , the Chinese Government already makes the final content review decision under its current system...”

<sup>253</sup> Ibid., paras 327.

“...Rather, in order to establish that an alternative measure is not “reasonably available”, the respondent must establish that the alternative measure would impose an undue burden on it, and it must support such an assertion with sufficient evidence.”

<sup>254</sup> Ibid., para. 328.

“In the present case, China did not provide evidence to the Panel substantiating the likely nature or magnitude of the costs that would be associated with the proposed alternative, as compared to the current system...”



มาตรการทางเลือกที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐบาลจีนนั้น ในมาตรา 44 ของข้อบังคับเกี่ยวกับสื่อสิ่งพิมพ์ (Publication Regulation) ให้อำนาจรัฐบาลจีนที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการบริการตรวจสอบเนื้อหาจากผู้ประกอบการได้ ก็จะช่วยลดภาระทางการเงินที่เกิดขึ้นกับรัฐบาลจีนในการนำมาตราการทางเลือกมาใช้ได้ (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>255</sup>

ดังนั้น องค์การอุทธรณ์เห็นว่าจีนไม่อาจแสดงได้ว่ามาตรการทางเลือกไม่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐบาลจีนมีความรับผิดชอบในการตรวจสอบเนื้อหาด้วยมาตรการทางเลือกเท่านั้น หรือจีนต้องนำแนวทางดังกล่าวมาใช้ แต่หมายความว่าจีนไม่อาจพิสูจน์ความสมเหตุสมผลในการใช้มาตรการพิพาทที่มีความสอดคล้องตามมาตรา 20 (เอ) ของ GATT 1994 ได้ (*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual entertainment Products*)<sup>256</sup>

ในคดี EC-Seal Products องค์การอุทธรณ์เห็นด้วยตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่ามาตรการทางเลือกไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล ดังนี้ :

“เมื่อได้พิจารณาเหตุผลของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่พิจารณาว่า หลักเกณฑ์ที่เสนอ (hypothetical regime) โดยประเทศผู้ร้องซึ่งระบุถึงการมีส่วนร่วมของสาธารณชนใน EU ในตลาดสินค้าที่มาจากแหล่งน้ำอย่างทารุณ หรือปริมาณรวมทั้งหมดของแม่น้ำที่ถูกฆ่าอย่างทารุณกรรม หรือแม้แต่ระบบการอนุญาต (certification system) ที่เข้มงวด เป็นมาตรการทางเลือกที่ยากในการนำไปใช้และบังคับใช้ และนำไปสู่จำนวนที่เพิ่มมากขึ้นของแม่น้ำที่ถูกฆ่าอย่างทารุณ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาว่าแม้มาตรฐานสวัสดิภาพ การออกใบอนุญาต และเงื่อนไขของฉลากเป็นวิธีที่ผ่อนปรนซึ่งถูกเสนอเป็นมาตรการทางเลือกที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล แต่ไม่มีส่วนทำให้บรรลุวัตถุประสงค์การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสหภาพยุโรปเกี่ยวกับสวัสดิภาพของแม่น้ำ ดังนี้

<sup>255</sup> Ibid., para. 325.

“... that Article 44 of the Publication Regulation already authorizes the Government to charge fees for providing a content review service, which could lessen any financial burden associated with the proposed alternative measure.”

<sup>256</sup> Ibid., para. 335.

“...China, in turn, has not demonstrated that this alternative is not reasonably available. This does not mean that having the Chinese Government assume sole responsibility for conducting content review is the only alternative available to China, nor that China must adopt such a scheme. It does mean that China has not successfully justified under Article XX(a) of the GATT 1994...”



องค์กรอุทธรณ์จึงเห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่า hypothetical regime ไม่ได้ถือว่าเป็นมาตรการทางเลือกที่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (*EC — Seal Products*)<sup>257</sup>

โดยสรุป การพิจารณามาตรการทางเลือกที่เสนอโดยประเทศผู้ร้องว่าเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ต้องพิจารณาว่า ไม่มีมาตรการอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือไม่มีมาตรการอื่นที่ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และเป็นมาตรการที่ประเทศสมาชิกสามารถปฏิบัติได้ในความเป็นจริง มิใช่เป็นเพียงวิธีการในทางทฤษฎีเท่านั้น หรือไม่เป็นมาตรการที่สร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ถูกร้องเกินสมควร เช่น มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง หรือมีสาระสำคัญทางเทคนิคเป็นที่ยุ่งยาก และเมื่อประเทศผู้ร้องได้เสนอมาตรการทางเลือกที่เป็นไปได้ ประเทศผู้ถูกร้องต้องแสดงให้เห็นว่ามาตรการที่ถูกเสนอนั้นไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในระดับการปกป้องที่เลือกได้ ดังนั้น มาตรการที่ถูกเสนอจึงไม่เป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล

## (2.2) ภาระการพิสูจน์บททดสอบความจำเป็น

การกำหนดภาระการพิสูจน์เป็นหน้าที่ของทั้งประเทศผู้ถูกร้องและประเทศผู้ร้องตามลำดับ โดยในเบื้องต้น ประเทศผู้ถูกร้องมีภาระการพิสูจน์ในการหาข้อมูลพยานหลักฐานมายืนยันตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) เพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการพิพาทมีความจำเป็น จากนั้นภาระการพิสูจน์ตกไปอยู่ฝ่ายประเทศผู้ถูกร้องที่ต้องพิสูจน์ว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นอยู่ โดยนำเสนอมาตรการทางเลือกที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลที่ประเทศผู้ถูกร้องสมควรเลือกใช้แทนมาตรการพิพาท เพื่อพิสูจน์ว่ามาตรการที่พิพาทเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น และประเทศผู้ถูกร้องกลับมามีภาระการพิสูจน์อีกว่า มาตรการทางเลือกที่ประเทศผู้ร้องเสนอเป็นมาตรการที่ไม่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล เพื่อพิสูจน์ว่ามาตรการที่พิพาทเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าที่ต้องการแล้ว ตามที่ปรากฏในแนวทางคำวินิจฉัย

<sup>257</sup> Appellate Body Report, '*EC-Seal Products*', WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, para. 5.279.

"...The Panel considered that, whether focusing on addressing the EU public's participation in the market for products derived from inhumanely killed seals, or the overall number of inhumanely killed seals, even the most stringent certification system would be difficult to implement and enforce, and would lead to increased numbers of inhumanely killed seals. The Panel further considered that making the welfare standards or the certification and labelling requirements more lenient would make the alternative measure more reasonably available but would not meaningfully contribute to addressing EU public moral concerns regarding seal welfare. We therefore understand the Panel to have concluded that, irrespective of the level of stringency, a certification system would be beset by difficulties in addressing EU public moral concerns regarding seal welfare. The Panel thus was not persuaded that such a hypothetical regime constituted an alternative that is reasonably available."

ดังนี้

องค์การอุทธรณ์คดี United States – Gasoline (*United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*)<sup>258</sup> (องค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1996) เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่กำหนดว่าสหรัฐอเมริกาในฐานะประเทศที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไป มีภาระการพิสูจน์ตามขั้นตอนดังนี้

(ก) พิสูจน์ว่า “นโยบาย” จากมาตรการที่ได้อ้างข้อยกเว้น ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของนโยบายที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือไม่

(ข) พิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT ที่อ้างข้อยกเว้นนั้น เป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายหรือไม่

(ค) มาตรการพิพาทสอดคล้องกับเงื่อนไขในบทนำของมาตรา 20 ของ GATT หรือไม่ (*United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*)<sup>259</sup>

องค์การอุทธรณ์คดี Korea-Various Measures on Beef (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>260</sup> เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่วางหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า ในการพิจารณาว่ามาตรการที่พิพาทสอดคล้องกับมาตรา 20 (ดี) ของ GATT หรือไม่ ประเทศเกาหลีใต้จะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการระบบการแยกขายเนื้อเป็น 2 ช่องทาง (a dual retail system for beef) นั้นเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” และประเทศเกาหลีใต้มีภาระการพิสูจน์ว่าต่อคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าจากข้อกล่าวหาของออสเตรเลียและสหรัฐอเมริกานั้น ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นซึ่ง

<sup>258</sup> Appellate Body Report, ‘United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline’, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996.

<sup>259</sup> Appellate Body report, ‘United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline’, (WT/DS2/R), para. 6.20

“The Panel noted that as the party invoking an exception the United States bore the burden of proof in demonstrating that the inconsistent measures came within its scope. The Panel observed that the United States therefore had to establish the following elements:

(1) that the policy in respect of the measures for which the provision was invoked fell within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health;

(2) that the inconsistent measures for which the exception was being invoked were necessary to fulfil the policy objective; and

(3) that the measures were applied in conformity with the requirements of the introductory clause of Article XX.”

<sup>260</sup> Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, (WT/DS161/R), (WT/DS161/AB/R), 2000.

สอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO ที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลอีกแล้ว ในการป้องกันการลวงขายในตลาดขายปลีกเนื้อวัว (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>261</sup>

องค์การอุทธรณ์ในคดี EC-Asbestos เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าสหภาพยุโรปได้พิสูจน์แล้วว่าไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล ดังนั้น องค์การอุทธรณ์จึงเห็นว่ากฎหมายภายในของฝรั่งเศสฉบับดังกล่าวที่ออกมานั้นสอดคล้องกับมาตรา 20 (ปี) ของ GATT (*Korea — Various Measures on Beef*, 2000)<sup>262</sup>

### 3.2.3.2 แนวทางการตีความบทนำของข้อยกเว้นทั่วไป

เมื่อพิจารณาแล้วว่ามาตรการพิพาทสอดคล้องกับบทเฉพาะในอนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใดในข้อยกเว้นทั่วไป จากนั้นจะต้องพิจารณาการนำไปใช้ของมาตรการว่ามีลักษณะเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ (arbitrary discrimination) หรือไม่มีเหตุผลอันสมควรได้ (unjustifiable discrimination) ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน หรือต้องไม่เป็นการจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศ (disguised restriction on international trade)

**(1) มาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ (arbitrary discrimination) ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือ**

<sup>261</sup> Appellate Body Report, ‘*Korea-Variou s Measures on Beef*’, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 182. See also, Panel Report, ‘*Korea-Variou s Measures on beef*’, WT/DS161/R, WT/DS169/R, para. 659.

“...The Panel considers that Korea has not discharged this burden for two inter-related reasons. First, Korea has not found it "necessary" to establish "dual retail systems" in order to prevent similar cases of misrepresentation of origin from occurring in other sectors of its domestic economy. Second, Korea has not shown to the satisfaction of the Panel that measures, other than a dual retail system, compatible with the WTO Agreement, are not sufficient to deal with cases of misrepresentation of origin involving imported beef...”

<sup>262</sup> Appellate Body Report, ‘*European Communities – Measures Affecting Asbestos – Containing Products*’, WT/DS135/AB/R, para 175.

“...we uphold the Panel's finding, that the European Communities has demonstrated a *prima facie* case that there was no "reasonably available alternative" ... that the Decree is "necessary to protect human ...life or health" within the meaning of Article XX(b) of the GATT 1994.”



## ใกล้เคียงกัน

การใช้มาตรการที่เป็นไปอย่างเข้มงวด ปราศจากความยืดหยุ่น และขาดความโปร่งใส ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจระหว่างประเทศสมาชิกที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกันตามแนวคำวินิจฉัยคดี US-Shrimp

คดี US-Shrimp (*US — Shrimp*, 1998)<sup>263</sup> (องค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1998) องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาการดำเนินการของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา พบว่ารัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ประเทศสมาชิก WTO ที่ส่งออกกุ้งและสินค้าที่ทำจากกุ้งไปยังสหรัฐอเมริกา ต้องมีนโยบายในการอนุรักษ์เต่าทะเลในระดับเดียวกับนโยบายที่มีอยู่ภายในสหรัฐอเมริกา และมีการดำเนินการในระดับที่เทียบเท่า ทั้งนี้ ประเทศที่ส่งออกกุ้งและสินค้าที่ทำจากกุ้งจะต้องออกกฎหมายกำหนดให้เรือประมงเพื่อการพาณิชย์ทุกลำต้องติดตั้งเครื่องมือแยกเต่าทะเล (Turtle excluder device : TED) เพื่อลดอัตราการตายของเต่าทะเล เช่นเดียวกับเครื่องมือที่ใช้บนเรือประมงในสหรัฐอเมริกา โดยไม่มีการผ่อนปรน แม้ว่ามาตรการอื่น ๆ นั้น อาจให้ผลดีหรือเทียบเท่าหรือดีกว่าการใช้เครื่องมือ TED ก็ตาม นอกจากนี้ การดำเนินมาตรการดังกล่าวของสหรัฐอเมริกายังขาดความโปร่งใส กล่าวคือ เมื่อประเทศสมาชิก WTO ที่ส่งออกกุ้งและสินค้าที่ทำจากกุ้งร้องขอไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่เพื่อดำเนินการรับรองว่ามาตรการของตนเทียบเท่ากับมาตรการที่ใช้บังคับในสหรัฐอเมริกา และก่อให้เกิดผลในการอนุรักษ์เต่าทะเลในระดับที่พึงพอใจแล้ว ทว่าหากหน่วยงานของสหรัฐอเมริกาปฏิเสธไม่รับรองผล จะถือเป็นที่สุด โดยที่หน่วยงานดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลหรือเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์แต่อย่างใด

ดังนั้น การใช้มาตรการของสหรัฐอเมริกาที่เป็นไปอย่างเข้มงวด ปราศจากความยืดหยุ่น โดยกำหนดให้ประเทศอื่นยอมรับเอามาตรการที่เหมือนกับที่ใช้ประเทศตนมาใช้ได้เท่านั้น โดยไม่มีการพิจารณาถึงความเหมาะสมแก่สภาพของประเทศผู้ส่งออก และการให้การรับรองแก่ประเทศผู้ส่งออกที่ขาดความโปร่งใสและการพิจารณาแต่เพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากการให้การรับรองตาม Section 609 โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของสำนักงานอนุรักษ์ทะเล (The Office of Marine Conservation) กระทรวงต่างประเทศ และสถาบันบริการประมงแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา ประเทศผู้ส่งออกไม่สามารถมีส่วนร่วมในการพิจารณาหรือโต้แย้งปฏิเสธผลการพิจารณาได้เลย อีกทั้งยังไม่ทราบสาเหตุแห่งการปฏิเสธการให้การรับรองแต่อย่างใด ทั้งยังไม่ทราบว่าเจ้าหน้าที่ใช้มาตรฐานใดในการพิจารณาให้การรับรองหรือปฏิเสธ รวมทั้งไม่มีขั้นตอนทางกฎหมายอย่างเป็นทางการในการตรวจสอบหรือ

<sup>263</sup> Appellate Body Report, 'United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products', WT/DS58/AB/R, 12 October 1998.



อุทธรณ์จากการปฏิเสธคำขอ (US — *Shrimp*, 1998)<sup>264</sup> องค์การอุทธรณ์จึงตัดสินให้มาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรทะเลซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไปนั้น ไม่ผ่านเงื่อนไขของวรรคบทนำว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจระหว่างสมาชิกที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน (US — *Shrimp*, 1998)<sup>265</sup>

(2) มาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติอย่างไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ (unjustifiable discrimination) ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน

การนำมาตรการไปใช้กับทุกประเทศที่ให้บริการเดียวกัน โดยไม่ได้จำกัดการนำเข้าเฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือจัดให้มีการดำเนินการเจรจาความร่วมมือที่ไม่จำกัดเฉพาะประเทศของผู้ให้บริการบางประเทศ จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นเหตุผลตามบทนำของข้อยกเว้นทั่วไป

คดี EC-Asbestos คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาข้อกล่าวอ้างของสหภาพยุโรปว่ารัฐบัญญัติของฝรั่งเศสที่ 96-1133 เกี่ยวกับแร่ใยหินและผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหิน (Decree) ที่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1997 (EC — *Seal Products*)<sup>266</sup> เป็น

<sup>264</sup>Appellate Body Report, ‘United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products’, WT/DS58/AB/R, para 183.

“...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...”

<sup>265</sup>Ibid., para 184.

“...We find, accordingly, that the United States measure is applied in a manner which amounts to a means not just of “unjustifiable discrimination”, but also of “arbitrary discrimination” between countries where the same conditions prevail, contrary to the requirements of the chapeau of Article XX...”

<sup>266</sup> Appellate Body report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 1.

“...Decree No. 96-1133 concerning asbestos and products containing asbestos (*décret no. 96-1133 relatif à l’interdiction de l’amiante, pris en application du code de travail et du code de la consommation*) (“the Decree”), which entered into force on 1 January 1997”.

บทบัญญัติที่ไม่ได้จำกัดว่าจะห้ามนำเข้าแร่ใยหิน (asbestos) หรือสินค้าที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหิน เฉพาะจากประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือไม่จำกัดห้ามนำเข้าแร่ใยหินที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศใด ประเทศหนึ่ง แต่จากประเทศใด ๆ ซึ่งรวมถึงฝรั่งเศสด้วย เพราะเป็นกรณีที่มีเงื่อนไขที่คล้ายคลึงกัน และเมื่อคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบเนื้อหาของบทบัญญัติก็เป็นไปตามที่สหภาพ ยุโรปได้กล่าวอ้าง (*EC — Seal Products*)<sup>267</sup> ดังนั้นสหภาพยุโรปจึงได้พิสูจน์แล้วว่า การนำไปใช้ของ มาตรการของฝรั่งเศสไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรืออย่างไม่มีเหตุผล (*EC — Seal Products*)<sup>268</sup> (ประเด็นนี้ประเทศคู่กรณีไม่ได้ยกขึ้นอุทธรณ์แต่อย่างใด คำวินิจฉัยในประเด็นความ สอดคล้องของมาตรการพิพาทกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปจึงสิ้นสุดที่ชั้นคณะกรรมการพิจารณาข้อ พิพาท)

คดี *US-Gasoline* องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่า “วิธีการกำหนดคุณภาพของน้ำมัน” ของ สหรัฐอเมริกามีได้บังคับใช้มาตรฐานองค์ประกอบและไอเสียตามกฎหมายอากาศบริสุทธิ์แก่โรงกลั่น น้ำมันทุกโรงไม่ว่าในสหรัฐอเมริกาและในต่างประเทศ และไม่ได้มีการอธิบายมาตรฐานดังกล่าวแก่โรง กลั่นน้ำมันในต่างประเทศโดยอ้างว่าเป็นการยากที่จะไปตรวจพิสูจน์และบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับ โรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศ แต่ในปัจจุบันมีเทคนิคการตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับน้ำมันนำเข้าซึ่ง สามารถตรวจสอบได้ (ศักดิ์ดา ธนิตกุล, 2553)<sup>269</sup> และการทำให้เทคนิคเหล่านี้ใช้ได้ รัฐบาลของ สหรัฐอเมริกาต้องร่วมมือกับโรงกลั่นน้ำมันและรัฐบาลต่างประเทศที่โรงกลั่นน้ำมันนั้นตั้งอยู่ แต่ตาม ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาไม่พยายามร่วมมือกับรัฐบาลของบราซิลและเวเนซุเอล่า เลย (*United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*)<sup>270</sup> จึง

<sup>267</sup> Panel report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 8.228.

“The Panel notes that the European Communities consider the Decree to concern products originating in any country, including France, where the same conditions prevail. The text of the Decree as such appears to confirm this...”

<sup>268</sup> *Ibid.*, para. 8.229.

“... EC have made a prima facie case for their argument that the Decree does not constitute, in its application, arbitrary or unjustifiable discrimination...”

<sup>269</sup> ศักดิ์ดา ธนิตกุล, ‘องค์การการค้าโลกกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม/ทรัพยากรร่วมของโลก : นัยต่อการส่งออกสินค้าของไทย’, หลักสูตร ‘ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)’ รุ่นที่ 14 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานยุติธรรม, 2553, หน้า 26.

<sup>270</sup> Appellate Body report, ‘*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*’, WT/DS2/AB/R, page 27

“... that the United States had not pursued the possibility of entering into cooperative arrangements with the governments of Venezuela and Brazil or, if it had, not to the point where it encountered governments that were unwilling to cooperate...”



เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ (*United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*)<sup>271</sup>

คดี US-Shrimp องค์การอุทธรณ์พิจารณาว่ารัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้เลือกปฏิบัติระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิก WTO ที่ส่งออกกุ้งและสินค้าที่ทำจากกุ้งบางประเทศ โดยได้ดำเนินการเจรจากับบางประเทศสมาชิกในกลุ่มทะเลแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตก แต่ไม่เปิดโอกาสให้มีการเจรจาในลักษณะเดียวกันกับประเทศสมาชิกคูฟีพาท ทั้งที่สหรัฐอเมริกาได้ยอมรับว่าการปกป้องเต่าทะเลนั้นจะต้องสร้างความร่วมมือกับหลายประเทศทั่วโลก ซึ่งภายหลังจากการเจรจาระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศในกลุ่มทะเลแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตกได้มีการตรานุสัญญาว่าด้วยการปกป้องและอนุรักษ์เต่าทะเล (Inter-American Convention for the Protection and Conservation of Sea Turtles) ภายใต้นุสัญญาฉบับนี้ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคและความช่วยเหลือด้านการเงินแก่ประเทศที่เป็นภาคีในอนุสัญญา อีกทั้งได้กำหนดรูปแบบการใช้บังคับมาตรการตามมาตรา 609 ในลักษณะที่ผ่อนปรนเป็นพิเศษอีกด้วย เช่น กำหนดให้มีระยะเวลาในการเตรียมพร้อมก่อนมาตรการ TED จะมีผลใช้บังคับ 3 ปี ในขณะที่ประเทศสมาชิก WTO อื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสมาชิกคูฟีพาทไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวด้วย โดยสหรัฐอเมริกาไม่สามารถให้เหตุผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึงได้เลือกปฏิบัติเช่นนั้น แม้สหรัฐอเมริกามีสิทธิอ้างข้อยกเว้นเพื่อการปกป้องเต่าทะเล แต่ก็ต้องดำเนินการอย่างไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิก WTO ทุกประเทศด้วย

### (3) มาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องไม่เป็นการจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศ (disguised restriction on international trade)

มาตรการที่นำมาใช้ต้องไม่มีลักษณะคลุมเครือ มีการแจ้งหรือประกาศล่วงหน้าต่อสาธารณชน รวมถึงการไม่ปกป้องผู้ให้บริการหรือผู้ผลิตภายในประเทศจนก่อให้เกิดต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นแก่ผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกอื่นจึงจะถือว่าไม่เป็นการจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศ

คดี EC-Asbestos คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทกล่าวว่าคำว่า “การจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศ” มีค่านิยมไม่ชัดเจน จึงเห็นว่ามาตรการที่มีลักษณะเป็นการจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นมาตรการที่เกิดขึ้นโดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้า หรือ

<sup>271</sup> Appellate Body report, ‘*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*’, WT/DS2/AB/R, page 28-29.

“that the United States had not pursued the possibility of entering into cooperative arrangements with the governments of Venezuela and Brazil or, if it had, not to the point where it encountered governments that were unwilling to cooperate.”



ไม่ได้มีการแจ้งต่อสาธารณะ จากข้อเท็จจริงคดี EC-Asbestos The Decree ได้รับการตีพิมพ์ลงใน Official Journal of the French Republic เมื่อวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1996 และมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1997 การบังคับใช้มาตรการพิพาทจึงไม่มีลักษณะคลุมเครือในทางการค้า ระหว่างประเทศ (*EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES PROHIBITING THE IMPORTATION AND MARKETING OF SEAL PRODUCTS*)<sup>272</sup> ทั้งนี้ ประเทศคู่กรณีมีได้ อุตสาหกรรมประเด็นในบทนำนี้ต่อองค์กรอุทธรณ์

คดี US-Gasoline องค์กรอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้อธิบายมาตรฐาน องค์ประกอบและโอเสียดตามกฎหมาย Clean Air (statutory baselines) แก่โรงกลั่นน้ำมันใน ต่างประเทศโดยอ้างว่าเป็นการยากที่จะไปตรวจพิสูจน์และบังคับใช้กฎหมายเอากับโรงกลั่นน้ำมันใน ต่างประเทศ แต่ในปัจจุบันมีเทคนิคการตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับน้ำมันนำเข้าซึ่งตรวจสอบได้ และการ ทำให้การทำให้เทคนิคเหล่านี้ใช้ได้ รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาต้องร่วมมือกับโรงกลั่นน้ำมันและ รัฐบาลต่างประเทศที่โรงกลั่นน้ำมันตั้งอยู่ แต่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาไม่ได้พยายามให้ความร่วมมือเลย (ศักดา ธนิตกุล, 2553)<sup>273</sup> การที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้คำนึงถึงว่ามาตรการดังกล่าวของตนจะก่อให้เกิด ต้นทุนแก่โรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศซึ่งเป็นผลมาจากการบังคับใช้มาตรฐานองค์ประกอบและโอเสียด ตามกฎหมาย Clean Air (statutory baselines) ดังนั้น การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเป็นการสร้าง ข้อจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศ (*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*)<sup>274</sup>

จากการศึกษาคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไป ทั้งหมด 3 คดี ได้แก่ คดี US-Shrimp คดี US- Gasoline และคดี EC-Asbestos กล่าวได้ว่ามีเพียง 1 คดี คือ คดี EC-Asbestosที่มีการพิจารณาและตีความว่าการใช้มาตรการพิพาทสอดคล้องกับบทนำ ซึ่งองค์กรอุทธรณ์ คดี US – Shrimp ได้เน้นย้ำว่าการตีความและการปรับใช้บทนำเป็นสิ่งที่ละเอียดอ่อนในการสร้างดุลย

<sup>272</sup> Panel report, ‘*European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products*’, WT/DS135/R, para. 8.234.t

“We note that the Decree was published in the Official Journal of the French Republic on 26 December 1996 and entered into force on 1 January 1997. We also note that it applies unequivocally to international trade, since as far as asbestos is concerned both importation and exportation are prohibited.”

<sup>273</sup>ศักดา ธนิตกุล, ‘องค์การการค้าโลกกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม/ทรัพยากรร่วมของโลก : นัยต่อการส่งออกสินค้าของไทย’, วิทยาลัย การยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2553, หน้า 26.

<sup>274</sup> Appellate body report, ‘*US-Gasoline*’, WT/DS2/AB/R, page 28.

“We have above located two omissions on the part of the United States... and to count the costs for foreign refiners that would result from the imposition of statutory baselines... our conclusion is that the baseline establishment rules in the Gasoline Rule, in their application, constitute a "disguised restriction on international trade." ”

ภาพระหว่างสิทธิของประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปและสิทธิของประเทศสมาชิกอื่นภายใต้บท  
สารบัญญัติอื่น ๆ ตาม GATT 1994 (เช่น ตามมาตรา 11 การห้ามจำกัดปริมาณ) (*US — Shrimp*,  
1998)<sup>275</sup> โดยจะไม่มี การบังคับใช้มาตรการอย่างเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ (arbitrary  
discrimination) หรือ เลือกปฏิบัติอย่างไม่มีเหตุผล (unjustifiable discrimination) หรือ เป็น  
การสร้างข้อจำกัดอย่างแอบแฝงต่อการค้าระหว่างประเทศ (disguise restriction on international  
trade)



2979321983

CU Thes1s 5886043334 thesis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

---

<sup>275</sup> Appellate Body report, ‘*United States – Import Prohibition of certain shrimp and shrimp products*’, WT/DS58/AB/R, para. 159.

“The task of interpreting and applying the chapeau is, hence, essentially the delicate one of locating and marking out a line of equilibrium between the right of a Member to invoke an exception under Article XX and the rights of the other Members under varying substantive provisions (e.g., Article XI) of the GATT 1994, so that neither of the competing rights will cancel out the other and thereby distort and nullify or impair the balance of rights and obligations constructed by the Members themselves in that Agreement...”

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับ ข้อกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของ WTO

ในบทนี้ผู้เขียนจะนำเสนอบทวิเคราะห์จากการที่ได้ศึกษาถึงข้อกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของ WTO ที่เกี่ยวข้องแล้วนำมาใช้ในการพิจารณาความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับข้อกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของ WTO เกี่ยวกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา พันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด และการบังคับใช้ช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS

#### 4.1 ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับข้อกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของ WTO เกี่ยวกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา

เมื่อนำคำตัดสินในคดี US Gambling พิจารณาประกอบกับข้อกำหนดในความตกลง GATS แนวคำวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ และหลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาแล้วสามารถนำมาวิเคราะห์ความสอดคล้องคำตัดสินในคดีดังกล่าวกับข้อกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของ WTO ได้ดังนี้

##### 4.1.1 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดี Mexico – Telecom ในการพิจารณาว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารเสริมการตีความ ตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา

ตามมาตรา 20 วรรค 3 (World Trade Organization)<sup>276</sup> ของความตกลง GATS ระบุว่า ตารางข้อผูกพันถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS ดังนั้น การค้นหาความหมายในตารางข้อผูกพัน ก็เช่นเดียวกับการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาอื่น ตารางข้อผูกพันเป็นสิ่งที่แสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศสมาชิก เช่นเดียวกันกับในบริบทของ GATT (*EC-Computer Equipment, 1998*)<sup>277</sup> ดังนั้น เมื่อตารางข้อผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS กฎแห่งการตีความที่นำมาใช้

<sup>276</sup> Article XX : 3 of GATS :

“Schedules of specific commitments shall be annexed to this Agreement and shall form an integral part thereof.”

<sup>277</sup> Appellate Body Report, EC-Computer Equipment, para. 109.

“...while each Schedule represents ... a common agreement among *all* Members.”



กับความตกลง GATS ก็นำมาใช้กับตารางข้อผูกพันด้วย การตีความตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา จึงจำเป็นต้องพิจารณาตามหลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มาตรา 31 - 32

ดังได้พิจารณาในบทก่อน คดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ในบริบทของ GATS ที่ได้พิจารณาสถานะเอกสารการตีความของเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน มีเพียง 2 คดีคือ คดี US Gambling และคดี Mexico - Telecoms ซึ่งองค์กรอุทธรณ์คดี US Gambling ได้วินิจฉัยสอดคล้องกับคดี Mexico - Telecom ว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารเสริมการตีความตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา โดยคดี US Gambling พิจารณาว่าเป็นเอกสารเตรียมการ (Travaux Preparatoires) แต่คดี Mexico - Telecom พิจารณาโดยคำนึงถึงแหล่งที่มาว่าเอกสารดังกล่าวร่างโดยสำนักเลขาธิการ GATT เนื้อหาของเอกสารที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือประเทศสมาชิกในการจัดทำตารางข้อผูกพัน และการนำไปใช้ของนักเจรจาและการตีความ ว่าเอกสารดังกล่าวเป็นพฤติการณ์ (circumstance) ของการจัดทำความตกลง GATS ภายในความหมายของมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ

อย่างไรก็ดี มีความเห็นของ Dr.Federio Ortino อาจารย์มหาวิทยาลัย King's College London สาขากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ที่ได้แย้งว่า

“แม้ว่าข้อเท็จจริงเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 ไม่มีผลผูกพันอย่างเป็นทางการ แต่ประเทศผู้เจรจาต่างตกลงที่จะอ้างแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันให้ใกล้เคียงมากที่สุดเท่าที่จะมากได้เพื่อที่ ทำให้ข้อผูกพันไม่มีความกำกวมและมีความชัดเจน ลักษณะการตกลงกันดังกล่าวถูกบันทึกอย่างชัดเจนในประวัติการเจรจา และถูกรับทราบโดยองค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ว่า

โดยมีการยืนยันถึงการตกลงกันที่จะจัดประเภทสาขาบริการและสาขาบริการย่อยตาม รหัส CPC ให้ใกล้เคียงกันมากที่สุดเท่าที่ทำได้

ดังนั้น การตกลงกันดังกล่าวสามารถบอกได้ว่าการนำ CPC (ตามที่ได้ระบุไว้ในบริบทของ GATS โดยเอกสาร W/120) มาใช้ในฐานะเป็นต้นแบบ (default model) หากประเทศสมาชิกต้องการที่จะกำหนดสาขาบริการและสาขาบริการย่อยต่างไปจาก ‘ต้นแบบ’ ดังกล่าว ประเทศสมาชิกต้องสร้างความชัดเจนในความหมายของสาขาบริการและสาขาบริการย่อยที่กำหนดไว้ (Federico Ortino, 2006)<sup>278</sup>

<sup>278</sup> Federico Ortino, ‘Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling : A Critique’, Journal of International Economic Law, Oxford University Press 2006, page 12-13 :

“...despite the fact that W/120 and the 1993 Scheduling Guidelines were not formally binding, the negotiating parties, in order to ensure unambiguous commitments and achieve clarity, agreed to follow those



ผู้เขียนเห็นว่าการที่องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling พิจารณาว่าเอกสาร W/120 ค.ศ. 1991 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ค.ศ. 1993 ไม่ถือว่าเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา หรือ มาตรการที่ทำขึ้นโดยภาคีหนึ่งหรือกว่านั้นขึ้นไปที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา และได้รับการยอมรับโดยภาคีอื่น ๆ ว่าเป็นตราสารที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา ตามมาตรา 31 : 2 (เอ) และ (บี) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เนื่องจากเอกสารทั้งสองฉบับร่างโดยสำนักเลขาธิการ GATT และได้รับรู้อย่างชัดเจนว่าไม่ผูกพันประเทศผู้เจรจา และเอกสารดังกล่าวก็ไม่เคยได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิกว่าเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา การพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นแนวทางการพิจารณาที่เคร่งครัดมากเกินไป แต่หากพิจารณาตามบริบทของมาตรา 31 : 2 (เอ) และ (บี) โดยละเอียดแล้ว และนำมาเปรียบเทียบกับระบบฮาร์โมนี ซึ่ง เป็นระบบการจำแนกประเภทสินค้า เพื่อใช้แทนความหมายของสินค้าในแต่ละประเภท และใช้ในการตรวจสอบการเก็บภาษีนำเข้าส่งออก ระหว่างประเทศ ดังปรากฏในคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์คดี EC-Computer Equipment (*EC-Computer Equipment*, 1998)<sup>279</sup> (มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ.1998) ว่า

“...องค์กรอุทธรณ์รับว่าในระหว่างการเจรจาต่อรองทุกวัย ทั้งสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกา ต่างเป็นประเทศสมาชิกที่ใช้ระบบฮาร์โมนี นอกจากนี้ ปรากฏว่าไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ ว่าการเจรจาภาษีรอบอุรุกวัยถูกจัดขึ้นโดยอาศัยศัพท์เฉพาะของระบบฮาร์โมนี และคำขอ คำเสนอ การยอมรับก็จัดทำขึ้นในรูปแบบศัพท์เฉพาะ” (*EC-Computer Equipment*, 1998)<sup>280</sup>

ดังจะเห็นได้ว่า ในคดี EC-Computer Equipment แม้ไม่ได้มีการกล่าวถึงว่าระบบฮาร์โมนี มีฐานะเป็นบริบทหรือเอกสารเสริมการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แต่มีการยอมรับว่า

---

guidelines as much as possible. Such agreement is expressly recorded in the negotiating history, and noted by the Appellate Body, as follows :

There was confirmation of the agreement to base the classification of services sectors and subsectors as much as possible on the Central Product Classification (CPC) list...

Thus, the underlying agreement may be said to have been to employ the CPC list (as translated into the GATS context by W/120) as a sort of ‘default model’ If a Member wished to deviate from such a model it had to be clear about the meaning of its entries...”

<sup>279</sup> Appellate Body Report, European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 198.

<sup>280</sup> Appellate Body Report, EC-Computer Equipment, para. 89.

“... We note that during the Uruguay Round negotiations, both the European Communities and the United States were parties to the Harmonized System. Furthermore, it appears undisputed that the Uruguay Round tariff negotiations were held on the basis of the Harmonized System’s nomenclature and that request for, and offers of, concessions were normally made in terms of this nomenclature.”

ระบบฮาร์โมนีเป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำตารางพิกัดศุลกากร และในคดี EC-Computer Equipment ประเทศสมาชิกไม่มีข้อโต้แย้งใดถึงความเกี่ยวข้องของระบบ HS ขณะที่ข้อพิพาทคดี US Gambling กลับมีข้อพิพาทถึงความเกี่ยวข้องของเอกสาร W/120 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอ้างอิงเลข CPC

เช่นเดียวกันกับคดี EC-Chicken Cut (*EC — Chicken Cuts*, 2006)<sup>281</sup> (องค์กรอุทธรณ์มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2005) องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่าระบบฮาร์โมนีเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาซึ่งจัดทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกทั้งหมดซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับถ้อยคำในสนธิสัญญา ภายใต้มาตรา 31 (2)(เอ) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ (*EC — Chicken Cuts*, 2006)<sup>282</sup> แม้วาระบบฮาร์โมนีจะไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งในความตกลงขององค์การการค้าโลกก็ตาม (*EC — Chicken Cuts*, 2006)<sup>283</sup>

เนื่องจากประเทศภาคี GATT ต่างก็ใช้ระบบฮาร์โมนี ในการจำแนกประเภทสินค้าในตารางสินค้าของประเทศตน และนำมาใช้ในความตกลงอื่น ๆ ด้วยซึ่งเป็นผลของการเจรจาอบูรุกวัย เช่น กฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้า ความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด ความตกลงว่าด้วยการค้าสิ่งทอและเสื้อผ้า ความตกลงว่าด้วยสินค้าเกษตร ซึ่งต่างก็นำระบบ HS มาใช้ ดังจะเห็นได้ว่าแม้ระบบฮาร์โมนีเกิดขึ้นก่อนความตกลง WTO และไม่ได้ถูกนำมารวมไว้ในความตกลง WTO เมื่อครั้งมีการเจรจาอบูรุกวัย แต่ระบบฮาร์โมนีก็ถูกนำไปใช้ในหลายวัตถุประสงค์และไม่จำกัดเพียงแคในทางศุลกากรเท่านั้น

ดังนั้น แม้ตารางข้อผูกพันภาษีศุลกากรมีลักษณะแตกต่างจากตารางข้อผูกพันสาขาการบริการ เอกสาร W/120 ที่กำหนดรหัส CPC และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ที่ประเทศสมาชิคนำมาใช้เป็นฐานในการทำคำร้องขอ ข้อเสนอ ระหว่างการเจรจา แต่ก็มีฐานะเป็นบริบทในกรณีความตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ

เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดถึงเนื้อหาของเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน แม้เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS หรือเป็นความตกลงที่มีสถานะเป็นสนธิสัญญา แต่ผู้เขียนเห็นว่ามีการแสดงออกอย่างชัดเจนถึง

<sup>281</sup> Appellate Body Report, *EC-Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005.

<sup>282</sup> Appellate Body Report, *EC-Chicken Cuts*, para 199.

“...Harmonized System...In our view, this consensus constitutes an "agreement" between WTO Members "relating to" the WTO Agreement that was "made in connection with the conclusion of" that Agreement, within the meaning of Article 31(2)(a) of the Vienna Convention.”

<sup>283</sup> *Ibid.*, at para 195.

“The Harmonized System is not, formally, part of the *WTO Agreement*,...”



เจตนาของประเทศสมาชิกทั้งหมดในรอบการเจรจาอูรุกวัยที่จะนำมาเป็นบริบทของถ้อยคำของความตกลง GATS ตามมาตรา 31 : 2 (เอ) เช่นเดียวกันกับคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี EC-Chicken Cut ที่ว่าระบบ Harmonized System ถือเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาซึ่งจัดทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกทั้งหมดซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับถ้อยคำในสนธิสัญญา ภายใต้มาตรา 31 (2) (เอ) ตามที่กล่าวไปในข้างต้น โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 31 : 2 (เอ) และ (บี) จะเห็นได้ว่าทั้งสองอนุภาษามีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ

### **ประการที่ 1 เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันต่างเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำความตกลง GATS**

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ในแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันที่ช่วยอธิบายวิธีการจัดทำข้อผูกพันให้มีความถูกต้องและความชัดเจน และให้มีรูปแบบและมาตรฐานการใช้ถ้อยคำในตารางซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าข้อผูกพันสามารถนำมาเปรียบเทียบได้และไม่กำกวม ("1993 Scheduling Guidelines," 1993)<sup>284</sup> ตารางข้อผูกพันตามความตกลง GATS ไม่สามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจนได้หากไม่นำแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันมาอ้างอิง ยกตัวอย่างเช่น คำว่า “ไม่มีข้อจำกัด” หรือคำว่า “ไม่ผูกพัน” ซึ่งใช้ในตารางข้อผูกพันของแต่ละประเทศสมาชิก ไม่ได้ปรากฏความหมายของคำเหล่านี้ในความตกลง GATS แต่อย่างไร แต่ถูกทำให้เข้าใจได้ด้วยแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ดังนั้น ทั้งสองเอกสารเกี่ยวข้องกันเนื้อหาสาระของความตกลง GATS และทำให้กรอบความคิดและการนำไปใช้ของความตกลง GATS มีความชัดเจนขึ้น

### **ประการที่ 2 เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลง GATS**

เอกสารทั้งสองฉบับถูกร่างในช่วงเวลาเดียวกันกับความตกลง GATS และวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ก็เพื่อใช้เป็นแนวทางสำหรับการจัดทำตารางข้อผูกพันรายสาขาภายใต้ความตกลง GATS และการตีความตารางของประเทศสมาชิก จึงถือได้ว่าเอกสารทั้งสองฉบับได้ร่างขึ้นเพื่อการจัดทำสนธิสัญญา (Sinclair Ian, 1984)<sup>285</sup>

แม้ว่าเอกสารทั้งสองฉบับไม่อาจยึดถือว่าเป็นการตีความความตกลง GATS อย่างเป็นทางการ

<sup>284</sup> 1993 Scheduling Guidelines, para. 1

“... explain... how commitments should be set out in schedules in order to achieve precision and clarity. ... a common format for schedules as well as standardization of the terms used in schedules are necessary to ensure comparable and unambiguous commitments.”

<sup>285</sup> Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester University Press, 2nd edition, 1984, p. 129.





ทางการได้ และร่างโดยสำนักเลขาธิการ GATT แต่เอกสารทั้งสองก็มีความเชื่อมโยงกับความตกลง GATS เป็นอย่างมาก เอกสารทั้งสองช่วยประเทศสมาชิกในการจัดเตรียมทำตารางข้อผูกพัน และเมื่อพิจารณาการนำไปใช้ในทางปฏิบัติจะเห็นว่า CPC list ในเอกสาร W/120 เป็นต้นแบบ (default model) ในการระบุเลขรหัสสาขาบริการและสาขาบริการย่อย หากประเทศสมาชิกประสงค์ที่จะกำหนดประเภทสาขาบริการและสาขาบริการย่อยแตกต่างจากต้นแบบดังกล่าว จำเป็นต้องระบุให้ชัดเจนถึงความหมายของคำที่ระบุไว้ แท้จริงแล้วอาจกล่าวได้ว่าแม้ทั้งสองเอกสารดังกล่าวร่างโดยสำนักเลขาธิการ GATT แต่ร่างเพื่อผลประโยชน์ของประเทศสมาชิกทุกประเทศ ทั้งนี้ ในหมายเหตุแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันก็ได้ระบุว่าแนวทางฯ ได้ถูกจัดเตรียมขึ้นโดยสำนักเลขาธิการ GATT “ตามคำร้องขอของประเทศผู้เข้าร่วมการเจรจา” (“1993 Scheduling Guidelines,” 1993)<sup>286</sup> อาจกล่าวได้ว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสารที่ประเทศสมาชิกได้ให้การตกลงยอมรับแล้ว ดังนั้น จึงถือว่าเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา ตามมาตรา 31 : 2 (เอ) และทั้งสองเอกสารไม่ถือว่าเป็นตราสารที่จัดทำโดยประเทศสมาชิกประเทศหนึ่งประเทศใด แต่ได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิกทั้งหมดที่เข้าร่วมการเจรจาในรอบอุรุกวัย

ดังนั้น แม้คำวินิจฉัยขององค์กรอุรุกวัยในคดี US Gambling สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Mexico – Telecom ว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันมีสถานะการตีความเป็นวิธีการเสริมการตีความตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แต่ด้วยความเคารพ ผู้เขียนกลับเห็นแย้งว่าทั้งเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันต่างเป็นเอกสารที่ได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิก ไม่เพียงแต่ใช้สำหรับการเจรจาและการจัดทำตารางข้อผูกพันรายสาขา แต่เป็นเครื่องมือการตีความ ดังนั้น เอกสารดังกล่าวจึงเป็นบริบทของตารางความตกลง GATS ภายใต้อาณัติมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ซึ่งแม้การวิเคราะห์ในส่วนนี้ของผู้เขียนไม่ได้มีผลเปลี่ยนแปลงคำตัดสินในคดี US Gambling แต่การมีฐานะการตีความตามมาตรา 31 ก็ให้น้ำหนักต่อการตีความได้ดียิ่งกว่ามาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ เนื่องจากหากพิจารณาว่าเป็นบริบท ตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ก็จะมีผลสำคัญต่อการตีความในลำดับแรก (primary interpretative significance) ต่างจากการเป็นเอกสารเตรียมการซึ่งเป็นเพียงวิธีการเสริมการตีความตามมาตรา 32 ที่มีคุณค่าเพียงเพื่อยืนยันความหมายอันเป็นผลมาจากการปรับใช้ตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ หรือเมื่อการ

<sup>286</sup> The 1993 Scheduling Guidelines have been prepared by the Secretariat “in response to requests by participants” (MTN.GNS/W/164, footnote 1)

ตีความตามมาตรา 31 ทำให้ความหมายเคลือบคลุมหรือคลุมเครือหรือนำไปสู่ผลที่ไม่น่าเป็นไปได้หรือไม่สมเหตุสมผล

#### 4.1.2 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling ในกรณีประเทศสมาชิกไม่ได้ระบุชัดแจ้งว่าตารางข้อผูกพันของประเทศตนไม่ได้จัดทำตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ส่งผลให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกจะถูกพิจารณาตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน

ตามที่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันกำหนดว่าประเทศสมาชิกสามารถใช้เอกสาร W/120 และ/หรือ เลขรหัส CPC เพื่อใช้สำหรับการแบ่งประเภทหรือกำหนดนิยามสำหรับสาขาบริการย่อยตามรหัส CPC แต่หากไม่อาจกระทำได้ ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดนิยามให้มีรายละเอียดอย่างเพียงพอเพื่อหลีกเลี่ยงความกำกวมในขอบเขตความผูกพัน ("1993 Scheduling Guidelines," 1993)<sup>287</sup> ตามข้อเท็จจริง แม้ว่าตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาฉบับสุดท้าย จะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าตารางข้อผูกพันของตนมีการแบ่งสาขาบริการตามรหัส CPC (*US Gambling*, 2005)<sup>288</sup> และสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้มีคำนิยามในสาขาบริการย่อย 10.D เป็นของตัวเองแต่อย่างใด การที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้รายละเอียดอย่างชัดเจนทั้งความหมายและขอบเขตในสาขาบริการย่อย 10.D ในตาราง ทำให้ข้อผูกพันมีความกำกวม จึงต้องนำหลักจารีตประเพณีในการตีความซึ่งได้รับการประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญามาพิจารณา และสิ่งที่ช่วยในการตีความคือเอกสาร W/120 ซึ่งได้อ้างรหัส CPC และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993

คำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี China – Electronic Payment System สอดคล้องกับคดี US Gambling โดยจีนได้ระบุชัดเจนในตารางข้อผูกพันของตนในสาขาบริการอื่น ๆ ว่าสาขาบริการของตนมีคำนิยามและขอบเขตตรงกับเลขรหัส CPC แต่ในสาขาการบริการทางการเงินจีนไม่ได้ระบุเลขรหัส CPC นั้นหมายความว่า ประเทศสมาชิกไม่อาจคาดหวังได้ว่าข้อผูกพันของจีนในสาขาการบริการทางการเงินจะเป็นไปตามเลขรหัส CPC หรือไม่ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทใน

<sup>287</sup> Paragraph 16 of the 1993 Scheduling Guidelines.

“...If a Member wishes to use its own sub-sectoral classification or definitions it should provide concordance with the CPC in the manner indicated in the above example. If this is not possible, it should give a sufficiently detailed definition to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment.”

<sup>288</sup> Appellate Body Report, ‘US Gambling’, para. 207.

“...Although the United States emphasizes that this note did not form part of the final version of the United States' GATS Schedule...”



คดี China – Electronic Payment System จึงต้องพิจารณาข้อผูกพันตามตารางที่ไม่ได้ระบุเลขรหัส CPC นั้น (ทั้งนี้ สาขาบริการที่พิพาทในคดีนี้ไม่ได้อยู่ในคำนิยามของสาขาบริการย่อยที่ภาคผนวกความตกลง GATS เกี่ยวกับการบริการทางการเงินระบุไว้ คือ ธุรกิจการหักบัญชีและชำระเงินที่เกี่ยวข้องกับการใช้เอกสารทางการเงินที่กำหนดไว้ในสาขาบริการย่อย (ดี) ของตารางข้อผูกพันของจีนไม่ได้ครอบคลุมถึงสาขาบริการย่อย 14 ในภาคผนวกฯ) แต่สำหรับคดี US Gambling สหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุชัดเจนว่าไม่ได้อ้างอิงตามเอกสาร W/120 จึงเป็นการสร้างความคาดหวังให้กับประเทศอื่นว่าการตีความตารางข้อผูกพันเป็นไปตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ดังจะเห็นว่าจีนและสหรัฐอเมริกาสามารถระบุชื่อสาขาบริการและขอบเขตแตกต่างจากเอกสาร W/120 ได้ แต่ตารางทั้งสองประเทศกลับไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าไม่ได้อ้างอิงตามเอกสาร W/120

ดังนั้น จึงถือได้ว่าสหรัฐอเมริกาได้สร้างความคาดหวังให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นเชื่อโดยสุจริตว่าถ้อยคำในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาคือเป็นไปตามบริบทของเอกสาร W/120 และเลขรหัส CPC ซึ่งสาขาบริการย่อย 10.D ของตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา คือ การบริการสนทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา) รหัส 964 ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้ยกเว้นสาขาการบริการการกีฬา รหัส 9641 และสาขาบริการสนทนาการอื่น โดยรหัส 96492 มีเลขสาขาบริการย่อย คือการบริการพนันขั้นต่อ รหัส 96492 ดังนั้น ตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาจึงครอบคลุมถึงข้อผูกพันรายสาขาในสาขาบริการการพนันขั้นต่อ ภายใต้สาขาบริการย่อย 10. D

ทั้งนี้ หากพิจารณาความหมายโดยปกติธรรมดาตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ของคำว่า “การกีฬา” ตามพจนานุกรม Collins English Dictionary, William Collins Sons & Co., Ltd. 1986 คำว่า การกีฬา หมายถึงกิจกรรมเดี่ยวหรือกลุ่มเพื่อออกกำลังกายหรือเพื่อความสนุกสนานรวมถึงการทดสอบความสมรรถภาพทางร่างกายและในรูปแบบเกมแข่งขัน เช่น ฟุตบอล เทนนิส และอื่น ๆ ("Collins English Dictionary,")<sup>289</sup> ส่วนคำว่า “การพนัน” มาจากคำกริยา “พนัน” หมายถึงเล่นเกมในการลุ้นโชค เพื่อมุ่งหวังได้เงิน ("Collins English Dictionary,")<sup>290</sup> จึงพิจารณาได้ว่าความหมายของคำว่าการเล่นและการกีฬา มีความแตกต่างกัน รวมถึงวัตถุประสงค์ของการเล่นด้วย อย่างไรก็ตาม ความหมายตามพจนานุกรมไม่อาจให้ความหมายที่เพียงพอได้ แต่ถือว่าเป็นการให้ความหมายเริ่มต้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันประกอบด้วย

<sup>289</sup> Collins English Dictionary, William Collins Sons & Co., Ltd. 1986

“ ‘Sport’ means an individual or group activity pursued for exercise or pleasure, often involving the testing of physical capabilities and taking the form of a competitive game such as football, tennis, etc.”

<sup>290</sup> Ibid., “Gamble means to play games of chance win money”



ดังนั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี China – Electronic Payment System สอดคล้องกับองค์การยุทธวิธีในคดี US Gambling ที่วินิจฉัยว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุชัดเจนในตารางข้อผูกพันของตนว่าไม่ได้อ้างอิงตามเอกสาร W/120 การตีความตารางข้อผูกพันจึงต้องเป็นไปตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน สหรัฐอเมริกาจึงผูกพันสาขาการบริการการพนันขั้นต่อ ภายใต้สาขาบริการที่ 10. D สันทนาการอื่น (ยกเว้นการกีฬา)

ทั้งนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจว่าหากในกรณีที่สาขาบริการที่พิพาทเกี่ยวกับการบริการด้านการเงิน ซึ่งตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกไม่ได้ระบุชัดเจนว่าให้ใช้เลขรหัส CPC และสาขาบริการที่พิพาทดังกล่าวมีค่านิยมที่อยู่ภายใต้ภาคผนวกบริการด้านการเงินของความตกลง GATS แล้ว จะสามารถพิจารณาพันธกรณีของประเทศสมาชิกจากภาคผนวกดังกล่าวโดยอาศัยหลักการตีความสนธิสัญญาในมาตรา 31 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ในฐานะเป็นภาคผนวกของสนธิสัญญาได้หรือไม่

#### 4.1.3 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางการพิจารณาตารางข้อผูกพันที่กำหนดให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกต้องพิจารณาข้อผูกพันรายสาขาประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป

เมื่อคำนึงถึงแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันระบุว่าการอ่านตารางจะต้องอ่านข้อผูกพันรายสาขา (Sector-Specific Commitment) ประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) และเมื่อพิจารณาตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา จะพบว่าแม้ข้อผูกพันรายสาขาในตารางของสหรัฐอเมริกาจะระบุ “ไม่มีข้อจำกัด” (none) ในข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ การตีความข้อผูกพันก็ต้องพิจารณาในข้อผูกพันทั่วไปด้วย ซึ่งข้อผูกพันทั่วไปจะระบุเนื้อหาในลักษณะภาพรวมเพื่อไม่ต้องกล่าวซ้ำซ้อนทุกเรื่อง โดยส่วนใหญ่จะระบุเงื่อนไขหรือข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบการให้บริการที่ 3 และ 4 แต่มีได้หมายความว่าประเทศสมาชิกจะระบุเนื้อหาอื่นมิได้ ซึ่งข้อผูกพันทั่วไปของตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุเนื้อหาใดไว้ในรูปแบบการให้บริการที่ 1 ซึ่งเป็นประเด็นพิพาท ยกเว้น เรื่อง มาตรการทางภาษีและการอุดหนุน ในกรณีนี้จึงมีความเห็นจากผู้ทรงคุณวุฒิสำหรับแนวทางการตีความ 2 รูปแบบ ดังนี้

ความคิดเห็นแนวทางที่ 1 การตีความทั้งข้อผูกพันทั่วไปและข้อผูกพันรายสาขาแบบ Positive List จากที่ผู้เขียนได้รับความกรุณาและเข้าปรึกษาหารือกับศาสตราจารย์ทิมมัย ทองอุไร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านมีความคิดเห็นว่า :

“ตามที่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันระบุว่าการอ่านตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกจะต้องอ่านข้อผูกพันรายสาขาประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป และเมื่อพิจารณาตารางข้อผูกพัน



ของสหรัฐอเมริกา แม้ข้อผูกพันรายสาขาในตารางของสหรัฐอเมริกาจะระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) ต่อพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดและหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในสาขาการบริการการพินันชันต่อทางไกล การตีความข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาก็ต้องพิจารณาในข้อผูกพันทั่วไปประกอบด้วย โดยข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกา ปรากฏเนื้อหาทั้งหมดอยู่ 4 เรื่อง คือ การเข้าเมืองและการพำนักชั่วคราวของบุคคลธรรมดา (รูปแบบการให้บริการที่ 4) การได้มาซึ่งที่ดิน (รูปแบบการให้บริการที่ 3) มาตรการทางภาษี (รูปแบบการให้บริการที่ 1, 2, 3 และ 4) และการอุดหนุน (รูปแบบการให้บริการที่ 1, 2, 3 และ 4) ซึ่งล้วนไม่ได้เกี่ยวข้องกับใด ๆ ก็กับการให้บริการการพินันชันต่อทางไกล (ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่จะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในข้อผูกพันทั่วไปสำหรับรูปแบบการให้บริการที่ 3 และ 4 แต่ก็มีได้หมายความว่า จะไม่สามารถกำหนดเนื้อหาอื่นในข้อผูกพันทั่วไปได้) หากตีความข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกาตามแบบ Positive List ซึ่งเป็นการเจรจาเพื่อจัดทำข้อผูกพันที่แต่ละประเทศสมาชิกจะกำหนดเฉพาะสิ่งที่ตนต้องการผูกพัน เมื่อสหรัฐอเมริกาไม่ระบุเนื้อหาใดไว้ในรูปแบบการให้บริการที่ 1 ซึ่งเกี่ยวกับการให้บริการการพินันชันต่อทางไกล (ยกเว้น เรื่องมาตรการทางภาษีและการอุดหนุน) ไว้ในตารางข้อผูกพันทั่วไปก็ควรหมายความว่าสหรัฐอเมริกาไม่ผูกพันต่อสาขาบริการการพินันชันต่อทางไกล ซึ่งขัดแย้งกับข้อผูกพันรายสาขาของสหรัฐอเมริกาที่ระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) จึงเกิดปัญหาว่าการพิจารณาพันธกรณีของประเทศสมาชิกควรจะยึดถือตามตารางข้อผูกพันรายสาขา หรือพิจารณาข้อผูกพันทั่วไปประกอบด้วย”

อย่างไรก็ดี หากนำหลักการตีความตามมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ที่ให้ตีความโดยสุจริตตามความหมายปกติธรรมดาที่ให้ไว้แก่ถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำ ซึ่งตามวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของความตกลง GATS ที่ปรากฏในอารัมภบทของความตกลง GATS ซึ่งต้องการมุ่งเน้นการเปิดเสรีเป็นลำดับ (Progressive Liberalization) จะขัดกับหลักการตีความข้อผูกพันแบบ Positive ดังที่นำเสนอข้างต้นหรือไม่ ดังนั้นจึงต้องอาศัยการตีความต่อไปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ว่ากรณีข้อผูกพันรายสาขาระบุว่า None แต่ข้อผูกพันทั่วไป ไม่ได้ระบุเนื้อหาใด จะถือว่าประเทศสมาชิกมีความผูกพันต่อสาขาบริการนั้น ๆ หรือไม่”

ความคิดเห็นการตีความพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามข้อผูกพันรายสาขาประกอบด้วย ข้อผูกพันทั่วไปแบบ Positive List ข้างต้น สอดคล้องกับ Nellie Munin ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายสหภาพยุโรป ที่กล่าวว่า เนื่องจากตารางข้อผูกพันหมายเหตุ หัวข้อ และเอกสารแนบท้ายต่าง ๆ เป็นสิ่งที่ประเทศสมาชิกได้บันทึกไว้ในข้อผูกพันเพื่อให้มีผลทางกฎหมาย ดังนั้น สิ่งใดที่ประเทศสมาชิกไม่ได้ระบุไว้ในตารางเท่ากับว่าประเทศสมาชิกไม่ได้



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ประสงค์จะผูกพันให้มีผลทางกฎหมาย (Nellie Munin)<sup>291</sup> หมายความว่าตารางข้อผูกพันไม่ว่าในส่วนของข้อผูกพันทั่วไปหรือข้อผูกพันรายสาขา หากประเทศสมาชิกประสงค์จะผูกพัน ประเทศสมาชิกจะต้องระบุไว้ในตารางดังกล่าว หากไม่ระบุไว้ในตารางไม่ว่าข้อผูกพันทั่วไปหรือข้อผูกพันรายสาขา เท่ากับว่าประเทศสมาชิกไม่ประสงค์จะผูกพัน

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษา คดี Mexico –Telecom ซึ่งผู้เขียนจะต้องศึกษาในภาพรวมด้วย ผู้เขียนพบปัญหาการตีความตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในสาขาการบริการการพนันขั้นต่อทางไกลมีความคล้ายคลึงกับตารางข้อผูกพันของประเทศเม็กซิโก กล่าวคือข้อผูกพันรายสาขาในสาขาบริการการป้องกันและการรักษาความปลอดภัย (Protection and guard services) ในรูปแบบการให้บริการที่ 1 เม็กซิโกระบุว่าไม่ผูกพัน (unbound) ทั้งในข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและข้อจำกัดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ข้อผูกพันทั่วไปในรูปแบบการให้บริการที่ 1 เม็กซิโกระบุว่าไม่มีข้อจำกัด (none) ทั้งข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและข้อจำกัดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าการพิจารณาพันธกรณีของเม็กซิโกในสาขาบริการการป้องกันและการรักษาความปลอดภัยควรจะพิจารณาตามข้อผูกพันรายสาขาหรือข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งปัญหานี้ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความต่อไปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์

ความคิดเห็นแนวทางที่ 2 ผู้เขียนได้รับความกรุณาจากท่านอาจารย์เก็จพิรุณ เกาะสุวรรณ รองอธิบดีและผู้บริหารเทคโนโลยีสารสนเทศระดับสูง (CIO) กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งท่านให้ความคิดเห็นว่า :

“เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริงที่ผ่านมาของบรรดาประเทศสมาชิกในการเจรจาและจัดทำตารางข้อผูกพัน ประเทศสมาชิกได้จัดทำตารางข้อผูกพัน ซึ่งตารางข้อผูกพันแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือในส่วนของข้อผูกพันทั่วไป และข้อผูกพันรายสาขา โดยในการเลือกสาขาบริการที่จะนำมาผูกพันในตารางข้อผูกพันรายสาขา เลือกเป็นแบบ *Positive List* คือเลือกจากสาขาที่ประเทศสมาชิกมีความพร้อมเปิดเสรี แต่สำหรับ “เงื่อนไข” ที่ถูกระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน (ไม่ว่าจะเป็นตารางข้อผูกพันทั่วไปและตารางข้อผูกพันรายสาขา) เงื่อนไขจะมีลักษณะเป็น *Negative List* คือต้องใส่เงื่อนไขทั้งหมดที่ต้องการกำหนด หากไม่ระบุเงื่อนไขไว้ ก็จะถือเสมือนว่าไม่มีเงื่อนไขในการเข้าไปให้บริการในสาขานั้น ๆ หรือว่าในรูปแบบการให้บริการนั้น ๆ”

<sup>291</sup> Nellie Munin, ‘Legal Guide to GATS’, Kluwer Law International, Volume 31, page 144.

“Since Schedules, including footnotes, headnotes and attachments, are a record of legal commitments, nothing should appear in them which a Member does not intend to be legally binding.”



ดังนั้น หากพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติจริงของบรรดาประเทศสมาชิกตามที่ท่านอาจารย์เก็จพิรุณ เก็จสุวรรณ ให้ความเห็นไว้ การพิจารณารายชื่อผูกพันของสหรัฐอเมริกาว่าผูกพันต่อสาขาบริการย่อย ‘การพนันขั้นต่อ’ หรือไม่จึงต้องยึดถือตามชื่อผูกพันรายสาขา (Sector-Specific Commitment) และไม่มีเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม ในตารางชื่อผูกพัน สหรัฐอเมริการะบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (None) ในสาขาบริการอื่นนอกเหนือจากนี้ ย่อมหมายถึงว่า สหรัฐอเมริกาไม่มีข้อจำกัดใดต่อการเข้าผูกพันสาขาบริการอื่นนอกเหนือ และสาขาบริการย่อยการพนันขั้นต่อที่อยู่ภายใต้สาขาบริการอื่น

อย่างไรก็ดี ในขณะนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าการตีความชื่อผูกพันเป็นแนวทางใด เนื่องจากคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ยังไม่เคยมีบรรทัดฐานหรือคำตัดสินในประเด็นนี้มาก่อน จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความต่อไปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์

ผู้เขียนขอสรุปการวิเคราะห์ในประเด็น 4.1 ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO เกี่ยวกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามตารางชื่อผูกพันของสหรัฐอเมริกา ดังตารางต่อไปนี้

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
มาตรา 20 วรรค 3 ของความตกลง GATS ระบุว่าตารางชื่อผูกพันถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS	เอกสารทั้งสองไม่มีลักษณะเป็นความตกลงร่วมกันจากประเทศสมาชิกทั้งหมด หรือเป็นเอกสารที่ทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกบางประเทศและได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิกอื่น ตามมาตรา 31 วรรค 2	คดี Mexico – Telecom พิจารณาโดยคำนึงถึงแหล่งที่มาว่า เอกสารดังกล่าวร่างโดยสำนักเลขาธิการ GATT เนื้อหาของเอกสารที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือ	สอดคล้อง ตามมาตรา 20 วรรค 3 ของความตกลง GATS ที่ระบุว่าตารางชื่อผูกพันถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS ดังนั้น การค้นหาความหมายในตารางชื่อผูกพัน ก็เช่นเดียวกับการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาอื่น องค์กรอุทธรณ์คดี US Gambling ได้วินิจฉัยสอดคล้องกับคดี Mexico – Telecom ว่าแนวทางการจัดทำตารางชื่อผูกพันเป็นเอกสารเสริมการตีความตามมาตรา 32 แห่ง



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
<p>2. เพื่อความมุ่งประสงค์ในการตีความสนธิสัญญา ให้บริบทประกอบด้วย ตัวบท อารัมภบท และภาคผนวกของสนธิสัญญา รวมทั้ง</p> <p>(เอ) ความตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญานั้น</p> <p>(บี) เอกสารใด ๆ ซึ่งทำขึ้นโดยภาคีฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา และได้รับการยอมรับโดยภาคีอื่น ๆ ว่าเป็นเอกสารเกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา</p> <p>3. ให้นำสิ่งเหล่านี้มาพิจารณาพร้อมกับบริบทของถ้อยคำในสนธิสัญญาด้วย ได้แก่</p> <p>(เอ) ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างภาคีในภายหลังเกี่ยวกับการตีความ หรือการบังคับใช้ บทบัญญัติต่าง ๆ ของสนธิสัญญานั้น</p> <p>(บี) แนวทางปฏิบัติในภายหลังในการบังคับใช้สนธิสัญญาซึ่งพิสูจน์ได้ถึงผลกระทบกันของภาคีเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา</p> <p>(ซี) กฎเกณฑ์ของกฎหมาย</p>	<p>เพราะเป็นเอกสารที่ร่างขึ้นโดยสำนักเลขาธิการ GATT ไม่ใช่โดยประเทศภาคีผู้เจรจา และไม่ถือว่าเป็นแนวปฏิบัติในภายหลัง ตามมาตรา 31 วรรค 3 (บี) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ</p> <p>เนื่องจากไม่เป็นการกระทำหรือคำประกาศของเหล่าบรรดาประเทศสมาชิกที่มีรูปแบบทั่วไป มีความต่อเนื่อง และสามารถสังเกตเห็นได้ และเอกสารดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกว่าข้อ</p>	<p>ประเทศสมาชิกในการจัดทำตารางข้อผูกพัน และการนำไปใช้ของนักเจรจา และการตีความว่าเอกสารดังกล่าวเป็นพฤติกรรมของการจัดทำความตกลง GATS ภายในความหมายของมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ</p>	<p>อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา โดยคดี US Gambling พิจารณาว่าเป็นเอกสารเตรียมการ แต่คดี Mexico – Telecom พิจารณาโดยคำนึงถึงแหล่งที่มาว่าเอกสารดังกล่าวร่างโดยสำนักเลขาธิการ GATT เนื้อหาของเอกสารที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือประเทศสมาชิกในการจัดทำตารางข้อผูกพัน และการนำไปใช้ของนักเจรจาและการตีความว่าเอกสารดังกล่าวเป็นพฤติกรรมของการจัดทำความตกลง GATS ภายในความหมายของมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ</p> <p>อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบกับระบบฮาร์โมนีของสินค้าซึ่งเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาซึ่งจัดทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกทั้งหมดซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับถ้อยคำในสนธิสัญญา ภายใต้มาตรา 31 (2)(เอ) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ตามคำวินิจฉัยคดี EC-Chicken Cut และเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ที่</p>



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10



ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
<p>ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอันใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างภาคี</p> <p>4. ให้ถือตามความหมายพิเศษเฉพาะแก่ถ้อยคำ ถ้าปรากฏว่าภาคีมีความตั้งใจเช่นนั้น</p> <p>มาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ บัญญัติว่า “อาจใช้วิธีการเสริมในการตีความได้ ซึ่งรวมถึงงานขั้นเตรียมการดำเนินการทำสนธิสัญญา และพฤติการณ์ในการทำสนธิสัญญา เพื่อที่จะยืนยันความหมายอันเป็นผลมาจากการใช้มาตรา 31 หรือเพื่อกำหนดความหมาย เมื่อมีการตีความตามมาตรา 31 แล้ว</p> <p>ปรากฏว่า</p> <p>(เอ) ก่อให้เกิดความหมายที่กำกวม หรือคลุมเครือ หรือ</p> <p>(บี) ผลของการตีความนั้นปรากฏโดยชัดแจ้งว่าเกินวิสัยที่จะเชื่อว่าเป็นไปได้ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผล”</p>	<p>ผูกพันถูกต้องตีความตามเอกสาร W/120 และ</p> <p>แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันปี ค.ศ. 1993 แต่เป็นวิธีเสริมการตีความตามมาตรา 32 อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ</p>		<p>ระบุไว้ในแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันที่ช่วยอธิบายวิธีการจัดทำข้อผูกพันเพื่อให้มีความถูกต้องและความชัดเจน และให้มีรูปแบบและมาตรฐานการใช้ถ้อยคำในตารางซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าข้อผูกพันสามารถนำมาเปรียบเทียบได้และไม่กำกวม</p> <p>ตารางข้อผูกพันตามความตกลง GATS ไม่สามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจนได้หากไม่นำแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันมาอ้างอิง</p> <p>เอกสารทั้งสองฉบับถูกร่างในช่วงเวลาเดียวกับความตกลง GATS ซึ่งร่างโดยสำนักเลขาธิการ GATT แต่ร่างเพื่อผลประโยชน์ของประเทศสมาชิกทุกประเทศ โดยในหมายเหตุแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันก็ได้ระบุว่าแนวทางฯ ได้ถูกจัดเตรียมขึ้นโดยสำนักเลขาธิการ GATT</p> <p>“ตามคำร้องขอของประเทศผู้เข้าร่วมการเจรจา” ดังนั้น จึงควรถือว่าเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา ตาม</p>



2979321983

CT\_Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
			มาตรา 31 : 2 (เอ)

ตารางที่ 4 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดี Mexico – Telecom ในการพิจารณาว่าเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นเอกสาร เสริมการตีความ ตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันกำหนดว่าประเทศสมาชิกสามารถใช้เอกสาร W/120 และ/หรือ เลขรหัส CPC เพื่อใช้สำหรับการแบ่งประเภทหรือกำหนดนิยามสำหรับสาขาบริการย่อยตามรหัส CPC แต่หากไม่อาจกระทำได้ ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดนิยามให้มีรายละเอียดอย่างเพียงพอเพื่อ	การที่สหรัฐอเมริกา ไม่ได้ให้รายละเอียดอย่างชัดเจนทั้ง ความหมายและขอบเขตในสาขาบริการย่อย 10.D ในตาราง ทำให้ข้อผูกพันมีความกำกวม จึงต้องนำเอกสาร W/120 ซึ่งได้อ้างรหัส CPC มาใช้ และเมื่อพิจารณาตามเอกสาร W/120 แล้ว สาขาบริการย่อย การพนันขั้นต่อ (96492) จึงไม่ได้ อยู่ภายใต้	คดี China – Electronic Payment System คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนี้ใช้เอกสาร W/120 เป็นจุดเริ่มต้นในการพิจารณาดำเนินการของจีน ซึ่งกำหนดประเภทและเนื้อหาภายใต้หัวข้อ “บริการธนาคารและการเงินอื่น (ยกเว้นการประกันภัยและหลักทรัพย์)” ซึ่งได้ระบุเนื้อหาที่คล้ายคลึงกันกับเอกสาร W/120 เช่น หมายเลข ถ้อยคำ ที่ระบุไว้ในหัวข้อ “การบริการธนาคารและการเงินอื่น (ยกเว้นการประกันภัย)” ของเอกสาร W/120 ซึ่งสาขาบริการย่อย 7 (บี)(ดี) ของเอกสาร W/120 อ้างถึง การบริการการชำระเงินและการส่งเงิน ดังนั้น	สอดคล้อง กับคดี China – Electronic Payment System ซึ่งจีนได้ระบุชัดเจนในตารางข้อผูกพันของตนในสาขาบริการอื่น ๆ ว่าเลขสาขาบริการของตนมีค่านิยามและขอบเขตตรงกับเลขรหัส CPC แต่ในสาขาการบริการทางการเงิน จีนไม่ได้ระบุเลขรหัส CPC จึงหมายความว่า ประเทศสมาชิกไม่อาจคาดหวังได้ว่าข้อผูกพันของจีนในสาขาการบริการทางการเงินจะเป็นไปตามเลขรหัส CPC หรือไม่ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี China – Electronic Payment System จึงต้องพิจารณาข้อผูกพันตามตาราง ที่ไม่ได้ระบุเลขรหัส CPC นั้น ดังจะเห็นว่าเงินและ



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
หลักเสียงความ กำกวมใน ขอบเขตความ ผูกพัน	ประเภทการ บริการการกีฬา (9641) แต่ตกอยู่ ภายใต้ประเภท การบริการ สันหนาคารอื่น (9649)	ถ้อยคำอื่นในตารางข้อผูกพัน ของเงินที่ว่า “รวมถึงบัตร เครดิต บัตรชาร์จการ์ด และ บัตรเดบิต เช็คเดินทาง และ ใบสั่งจ่ายเงินธนาคาร” ให้ ความชัดเจนได้ว่าการบริการ ดังกล่าวได้ช่วยอำนวยความสะดวก สะดวกแก่การส่งเงินและ ธุรกรรมทางการเงิน เช่น ผ่านการใช้บัตรชำระเงิน (ตัวอย่างเช่น บัตรเครดิต และ บัตรเดบิต) การบริการการ ชำระเงินและการส่งเงินจึงตก อยู่ในสาขาบริการย่อย 7 (ปี (ดี))” ดังนั้น การบริการ การชำระเงินอิเล็กทรอนิกส์จึง อยู่ภายใต้สาขาบริการย่อย 7 (ปี(ดี)) ของตารางข้อผูกพันเงิน	สหรัฐอเมริกาสามารถระบุชื่อ สาขาบริการและขอบเขต แตกต่างจากเอกสาร W/120 ได้ แต่ตารางทั้งสองประเทศ กลับไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่า ไม่ได้อ้างอิงตามเอกสาร W/120 คณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาทและองค์กร อุทธรณ์จึงได้มีการพิจารณา ตามแนวทางการจัดทำตาราง ข้อผูกพันและเอกสาร W/120

ตารางที่ 5 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling ในกรณีประเทศสมาชิกไม่ได้ระบุชัดเจน  
ว่าตารางข้อผูกพันของประเทศตนไม่ได้จัดทำตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อ  
ผูกพัน ส่งผลให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกจะถูกพิจารณาตามเอกสาร W/120 และแนวทางการ  
จัดทำตารางข้อผูกพัน

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดี อื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
แนวทางการ จัดทำตารางข้อ ผูกพันระบุว่า	ไม่มีการ พิจารณา ประเด็นนี้	ไม่มีการ พิจารณา ประเด็นนี้	ขณะนี้มีความคิดเห็นแนวทางการตีความใน ประเด็นนี้ 2 แนวทาง <u>แนวทางที่ 1</u>

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดี อื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
<p>การอ่านตารางจะต้องอ่านข้อผูกพันรายสาขา (Sector-Specific Commitment) ประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment)</p>			<p>“ตามที่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันระบุว่า การอ่านตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกจะต้องอ่านข้อผูกพันรายสาขาประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป และเมื่อพิจารณาตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา แม้ข้อผูกพันรายสาขาในตารางของสหรัฐอเมริกาจะระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) ต่อพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดและหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในสาขาการบริการการพินันชันต่อทางไกล การตีความข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาก็ต้องพิจารณาในข้อผูกพันทั่วไปประกอบด้วย โดยข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกา ไม่ปรากฏเนื้อหาใดที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการการพินันชันต่อทางไกล (ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่จะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในข้อผูกพันทั่วไปสำหรับรูปแบบการให้บริการที่ 3 และ 4 แต่ก็ได้หมายความว่า จะไม่สามารถกำหนดเนื้อหาอื่นในข้อผูกพันทั่วไปได้) หากตีความข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกาตามแบบ Positive List ซึ่งเป็นการเจรจาเพื่อจัดทำข้อผูกพันที่แต่ละประเทศสมาชิกจะกำหนดเฉพาะสิ่งที่ตนต้องการผูกพัน เมื่อสหรัฐอเมริกาไม่ระบุเนื้อหาใดเกี่ยวกับรูปแบบการให้บริการที่ 1 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการให้บริการการพินันชันต่อทางไกล (ยกเว้น เรื่องมาตรการทางภาษีและการอุดหนุน) ไว้ในตารางข้อผูกพันทั่วไปก็ควรหมายความว่าสหรัฐอเมริกาไม่ผูกพันต่อสาขาบริการการพินันชันต่อทางไกล ซึ่งขัดแย้งกับข้อผูกพันรายสาขาของสหรัฐอเมริกาที่ระบุว่า “ไม่</p>



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดี อื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
			<p>มีข้อจำกัด” (none) จึงเกิดปัญหาว่าการพิจารณาพันธกรณีของประเทศสมาชิกควรจะยึดถือตามตารางข้อผูกพันรายสาขา หรือพิจารณาข้อผูกพันทั่วไปประกอบด้วย”</p> <p>อย่างไรก็ดี หากนำหลักการตีความตามมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ที่ให้ตีความโดยสุจริตตามความหมายปกติธรรมดาที่ให้ไว้ แก่ถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำ ซึ่งตามวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของความตกลง GATS ที่ปรากฏในอารัมภบทของความตกลง GATS ซึ่งต้องการมุ่งเน้นการเปิดเสรีเป็นลำดับ จะขัดกับหลักการตีความข้อผูกพันแบบ Positive หรือไม่ ซึ่งจะต้องอาศัยการตีความต่อไปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์รอุทธรณ์ว่ากรณีที่ข้อผูกพันรายสาขาระบุว่า None แต่ข้อผูกพันทั่วไปไม่ได้ระบุเนื้อหาใด จะถือว่าประเทศสมาชิกมีความผูกพันต่อสาขาบริการนั้น ๆ หรือไม่”</p> <p><u>แนวทางที่ 2</u></p> <p>“เมื่อพิจารณาจากแนวทางประติบัติที่เกิดขึ้นจริงที่ผ่านมาของบรรดาประเทศสมาชิกในการเจรจาและจัดทำตารางข้อผูกพัน ประเทศสมาชิกได้จัดทำตารางข้อผูกพัน ซึ่งตารางข้อผูกพันแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือในส่วนของข้อผูกพันทั่วไป และข้อผูกพันรายสาขา โดยในการเลือกสาขาบริการที่จะนำมาผูกพันในตารางข้อผูกพันรายสาขา เลือกเป็นแบบ Positive List คือเลือกจากสาขาที่ประเทศสมาชิกมีความพร้อมเปิดเสรี แต่สำหรับ “เงื่อนไข” ที่ถูกระบุ</p>



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดี อื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
			ไว้ในตารางข้อผูกพัน (ไม่ว่าจะเป็นตารางข้อผูกพันทั่วไปและตารางข้อผูกพันรายสาขา) เงื่อนไขจะมีลักษณะเป็น Negative List คือ ต้องใส่เงื่อนไขทั้งหมดที่ต้องการกำหนด หากไม่ระบุเงื่อนไขไว้ ก็จะถือเสมือนว่าไม่มีเงื่อนไขในการเข้าไปให้บริการในสาขานั้น ๆ หรือว่าในรูปแบบการให้บริการนั้น ๆ  อย่างไรก็ตาม ในขณะนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าการตีความข้อผูกพันเป็นแนวทางใด เนื่องจากคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ยังไม่เคยมีบรรทัดฐานหรือคำตัดสินในประเด็นนี้มาก่อน จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความต่อไป

ตารางที่ 6 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางการพิจารณาดังกล่าว ข้อผูกพันที่กำหนดให้พันธกรณีของประเทศสมาชิกต้องพิจารณาข้อผูกพันรายสาขาประกอบด้วยข้อผูกพันทั่วไป

#### 4.2 ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด

ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling ที่ตัดสินว่ามาตรการพิพาทซึ่งมีผลเทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นมาตรการจำกัดเชิงปริมาณ ตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) กับคดีอื่นในบริบทของ GATS อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสนใจหากนำหลักการสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาในเรื่องการพิจารณาค้นหาความหมายโดยปกติธรรมดาของคำว่าโควตาเท่ากับศูนย์ รวมถึงการพิจารณาความแตกต่างการจำกัดเชิงปริมาณและการห้ามนำเข้าในบริบทมาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT มาพิจารณาว่ามาตรการห้ามทั้งหมดมีผลเทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์ซึ่งเป็นมาตรการจำกัดเชิงปริมาณหรือไม่ นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของคดี US Gambling ยังสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาความไม่ชัดเจนระหว่างขอบเขตพันธกรณีมาตรา 6 : 5 มาตรา 16 และมาตรา 17 ของ GATS เนื่องจากมาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ห้ามการให้บริการการพนัน แต่ห้ามวิธีการที่เป็นการให้บริการทางไกล



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

#### 4.2.1 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับคำวินิจฉัยคดี Mexico – Telecom ว่า มาตรการที่เทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นมาตรการจำกัดเชิงปริมาณตาม มาตรา 16: 2 (เอ) และ (ซี)

ตามที่ได้วิเคราะห์ในประเด็นแรกว่าสหรัฐอเมริกาได้เข้าผูกพันต่อสาขาบริการการพนันชั้นต่อ การพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการพิพาทกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 16 นั้น เกี่ยวข้องกับขอบเขตพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดซึ่งขึ้นอยู่กับขอบเขตของข้อผูกพันรายสาขาในตารางข้อ ผูกพันของสหรัฐอเมริกา ในกรณีนี้รูปแบบการให้บริการข้ามพรมแดน (Mode 1) ในตารางการเข้าสู่ ตลาด สหรัฐอเมริการะบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) นั้นหมายความว่าสหรัฐอเมริกาได้เข้าผูกพันต่อ การเข้าสู่ตลาดเต็มรูปแบบตามมาตรา 16 ต่อสาขาบริการย่อย 10. D การบริการพนันชั้นต่อ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจะมีมาตรการห้ามให้บริการ (Total Prohibition) ไว้ใช้แก่สาขาบริการหรือสาขาบริการ ย่อยที่ประเทศตนผูกพันไม่ได้ เนื่องจากไม่ได้รับมาตรการเช่นว่านี้ในตารางข้อผูกพันนับแต่แรกเมื่อมี การเปิดเสรี สหรัฐอเมริกาจึงไม่สามารถกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการเปิดตลาด เสรีไว้ในตารางข้อผูกพันได้ เว้นแต่สหรัฐอเมริกามีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายในการใช้มาตรการ ดังกล่าว

องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ได้พิจารณาว่ากฎหมายห้ามการให้บริการการพนันชั้น ต่อของสหรัฐอเมริกาที่เป็นระดับกฎหมายรัฐบาลกลาง เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด เนื่องจาก กฎหมายห้ามการให้บริการการพนันมีลักษณะเป็นการห้ามทั้งหมด (total prohibition) จึงเป็น ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบจำนวนตัวเลขโควตาภายใต้มาตรา 16 : 2 (เอ), (ซี) โดยกำหนด ตัวเลขโควตาเท่ากับศูนย์ เพราะเป็นการห้ามทั้งหมดมิให้ผู้ให้บริการและดำเนินการบริการ และ องค์กรอุทธรณ์ได้อ้างถึงแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันในฐานะเป็นเอกสารเตรียมการที่ได้ให้ ตัวอย่างของมาตรการที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 16 : 2 เช่น เงื่อนไขสัญญาชาติของผู้ให้บริการ (เทียบเท่ากับ โควตาเท่ากับศูนย์) แม้ว่าการห้ามดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้ในลักษณะตัวเลข โดยองค์กรอุทธรณ์ให้ ความเห็นว่าอนุมาตรา (เอ) มีคุณลักษณะเชิงตัวเลขหรือเชิงปริมาณ

ดังจะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ในประเด็นนี้สอดคล้อง กับคดี Mexico – Telecom เนื่องด้วยเม็กซิโกได้เข้าผูกพันสาขาบริการโทรคมนาคม แต่ได้ระบุ เงื่อนไขว่ากรณีการจัดการสัญญาณเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างประเทศ (international traffic) ต้องเป็น สัญญาณที่ผ่านทางโครงข่าย (routed through the facilities) ของบริษัทที่ได้รับสัมปทาน โดย มาตรา 20 : 1 (เอ) กำหนดข้อเรียกร้องทั่วไปสำหรับประเทศสมาชิกที่ต้องระบุข้อจำกัดว่าด้วยการเข้า สู่อุตสาหกรรม ดังนั้น เม็กซิโกจึงสามารถใช้มาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดเท่าที่ตนได้ระบุเงื่อนไข ไว้ได้ นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Mexico – Telecom จาก



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อเท็จจริงที่ว่าเม็กซิโกไม่สามารถรับประกันได้ว่าบริษัทเทลเมกซึ่งเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ตามข้อกำหนดของข้อ 2.2 ของเอกสารอ้างอิง (ที่เม็กซิโกได้ระบุไว้ในข้อผูกพันเพิ่มเติมของตารางข้อผูกพันรายสาขาของเม็กซิโก) ได้จัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ให้บริการโทรคมนาคมพื้นฐานของสหรัฐอเมริกา สำหรับการบริการแบบมีโครงข่ายเป็นของตนเอง ภายใต้อัตราที่สะท้อนต้นทุน (*Mexico — Telecoms*)<sup>292</sup> ทำให้ไม่มีการค้าบริการสาขาดังกล่าวเกิดขึ้นจริง และทำให้จำนวนของผู้ให้บริการต่างชาติที่สามารถเข้ามาให้บริการได้ตามความเป็นจริงนั้นเป็นศูนย์ ดังนั้น การที่เม็กซิโกได้ห้ามมิให้มีการให้บริการโดยวิธีเกินกว่าปริมาณที่ผู้ให้บริการได้เช่าไว้ มีผลเป็นโควตาเท่ากับศูนย์ตามความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS (*Mexico — Telecoms*)<sup>293</sup> ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้พยายามเชื่อมโยงกรณีที่ไม่มีผู้ให้บริการต่างชาติรายใดที่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ ว่าเป็นเรื่องโควตาเท่ากับศูนย์ อันเป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS ซึ่งมีแนวทางคำวินิจฉัยเดียวกันกับคดี US Gambling

#### 4.2.2 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินในคดี US Gambling ในเรื่องการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์ไม่ใช่การจำกัดเชิงปริมาณภายใต้มาตรา 16 ของ GATS เมื่อพิจารณาตามความหมายปกติธรรมดาของคำว่าโควตา แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน และการห้ามนำเข้าในบริบทการใช้มาตรการจำกัดจำนวนต่อสินค้าเกษตรในอารัมภบทของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT

คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่ตัดสินว่ามาตรการห้ามทั้งหมดมีผลเทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นการจำกัดเชิงปริมาณภายใต้มาตรา 16 ของ GATS มีข้อโต้แย้งมากมาย หากนำหลักการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มาพิจารณาความหมายโดยปกติธรรมดาซึ่งเริ่มจากการพิจารณาความหมายตามพจนานุกรม บริบทของมาตรา 16 ที่ปรากฏในมาตรา 6 (ข้อบังคับภายในประเทศ) และมาตรา 17 (หลักปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติ) และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันในฐานะเอกสารเสริมการตีความ

ประการแรก เมื่อพิจารณาคำว่าโควตา อาจนึกถึงตัวอย่างเช่น จำนวนรถโดยสารให้บริการไม่เกิน 10,000 คันในเมืองใหญ่ หรือการจำกัดจำนวนของการประมงปลาทูน่า ไม่เกินกว่า 30,000 ตัน

<sup>292</sup> Panel Report, Mexico-Telecom, para. 7.216.

“...we find that Mexico has failed to fulfil its commitments under Section 2.2(b) of the Reference Paper by failing to ensure that a major supplier in terms of Section 2.2 of the Reference Paper provides interconnection to United States basic telecom suppliers of the services at issue on a facilities basis under cost-oriented rates.”

<sup>293</sup> Panel Report, Mexico- Telecom, para. 7.85.

“... therefore, that supply of the service by means of one of the categories (over leased capacity) within Mexico is prohibited, and is subject to a zero quota in the sense of Article XVI:2(a), (b) and (c)...”



ในปีนั้น ๆ หรือกฎหมายที่ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้จำหน่ายสุรา 1 ใบ ต่อทุก ๆ ผู้อาศัย 2,000 คนในเมือง ลักษณะนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะของโควตา ในทางตรงกันข้าม การพิจารณาว่ากฎหมายอาญาในเรื่องจำหน่ายเฮโรอีน คงไม่มีใครกล่าวว่าเป็นการจำกัดโควตาเท่ากับศูนย์ให้แก่ผู้ค้าส่งและค้าปลีกเฮโรอีน แต่แท้จริงแล้วเป็นลักษณะของการห้าม จึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าการห้ามเช่นนี้เป็นการจำกัดโควตาเท่ากับศูนย์ แต่ในคดี US-Gambling นี้ องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาการห้ามเช่นนี้ว่าอยู่ภายใต้มาตรา 16 : 2 (Regan)<sup>294</sup>

คำว่าโควตา ความหมายธรรมดา คือ การจำกัดเชิงปริมาณที่มากกว่าศูนย์ เช่น โควตาเท่ากับ 1 หรือ 7 หรือ 43.5 หรือ 10,000 แต่การให้โควตาเท่ากับศูนย์ เป็นจำนวนที่ปราศจากการนับตัวเลข (Regan)<sup>295</sup>

ในข้อพิพาทที่ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์มีหลายคดีที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์นำความหมายตามพจนานุกรมมาใช้เพื่อค้นหาความหมายปกติธรรมดา

องค์กรอุทธรณ์ในคดี US-Offset Act (Byrd Amendment) ยอมรับในการค้นหาความหมายในพจนานุกรมว่าเป็นแนวทางที่สำคัญสำหรับการค้นหาความหมายของคำที่ปรากฏในสนธิสัญญา และเอกสารทางกฎหมาย แต่ไม่ได้เป็นบทบังคับ (*US-Offset Act (Byrd Amendment)*)<sup>296</sup> ความหมายตามปกติธรรมดาของคำว่า “โควตา” ตามพจนานุกรม Collins English Dictionary ระบุว่าหมายถึงส่วนแบ่งตามสัดส่วนหรือบางส่วนของทั้งหมดที่เนื่องมาจากการจัดสรรให้บุคคลหรือกลุ่ม (“Collins English Dictionary,”)<sup>297</sup> แสดงให้เห็นว่าจะต้องมีสัดส่วนของผู้ได้รับอนุญาตให้บริการ และผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้บริการ อย่างไรก็ตาม หลักการตีความในมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ จะต้องพิจารณาถึงบริบท เป้าหมายและวัตถุประสงค์ ของมาตรา 16 ของ GATS ด้วย

ประการที่ 2 เนื่องด้วยองค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling มีการขยายการตีความคำว่า

<sup>294</sup> Regan, Donald H. “A Gambling Paradox : Why an Origin-Neutral ‘Zero-Quota’ Is Not a Quota Under GATS Article XVI.” J. World Trade 41, no. 6 (2007), page 1305.

<sup>295</sup> Ibid.

<sup>296</sup> Appellate Body Report, US-Offset Act (Byrd Amendment), para. 248.

“...It should be remembered that dictionaries are important guides to, not dispositive statements of, definitions of words appearing in agreements and legal documents.”

<sup>297</sup> Collins English Dictionary, William Collins Sons & Co., Ltd., 1986.

“ ‘Quota’ means the proportional share or part of a whole that is due from, due to , or allocated to a person or group”

“ในรูปแบบของ” (in the form of) ที่ปรากฏในมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) ในเชิงผลกระทบ (effect analysis) แต่เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาตามแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน ฉบับปี ค.ศ. 1993 ในฐานะเอกสารเสริมการตีความตามมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ตามคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันได้ระบุว่าข้อจำกัดที่ระบุไว้ในมาตรา 16 : 2 ได้กำหนดห้ามเฉพาะมาตรการที่เข้าอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งใน 6 ประเภท เท่านั้น (exhaustive) ("1993 Scheduling Guidelines," 1993)<sup>298</sup> และโดยทั่วไปประเทศสมาชิกมีสิทธิระบุมตรการหนึ่งมาตรการใดใน 6 ประเภทในพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดนับแต่แรกเมื่อมีการเปิดเสรี ดังนั้น ข้อจำกัดการห้ามการให้บริการการพนันขั้นต่อไปไม่เป็นข้อจำกัดตามประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 2 ของความตกลง GATS

การที่องค์กรอุทธรณ์พิจารณาประเภทการจำกัดทั้ง 4 ประเภทในมาตรา 16 : 2 (เอ) และสรุปว่าโควตาเชิงปริมาณหมายความว่า การจำกัดเชิงปริมาณในจำนวนผู้ให้บริการ และเลขศูนย์อยู่ภายใต้คำนิยามว่าโควตาเชิงปริมาณ (numerical quota) เลขศูนย์มีลักษณะเชิงปริมาณและโควตาเท่ากับศูนย์เป็นเครื่องมือการจำกัดที่รู้จักโดยทั่วไปของกฎเกณฑ์ทางการค้า ดังนั้น จึงเกิดคำถามสำคัญว่า องค์กรอุทธรณ์ได้วินิจฉัยอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ว่าตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 16 : 2 (เอ) โควตาเชิงปริมาณรวมถึงการห้ามการให้บริการการพนันทางไกลซึ่งมีผลโควตาเท่ากับศูนย์หรือไม่ แต่เมื่อคำนึงถึงว่ามาตรการจำกัดปริมาณการบริการและผู้ให้บริการอยู่ภายใต้พันธกรณีการเข้าสู่ตลาดในมาตรา 16 : 2 ซึ่งมาตราดังกล่าวได้ระบุประเภทข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดที่มีลักษณะการจำกัดเชิงปริมาณไว้ทั้งหมดแล้ว องค์กรอุทธรณ์จึงไม่ควรตีความแบบขยายความให้มาตราดังกล่าวครอบคลุมกรณีการห้ามการนำเข้าด้วย

เมื่อพิจารณาแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันและเอกสารฉบับแก้ไขแล้ว (World Trade Organization, 1993, 3 September)<sup>299</sup> วรรคที่ 4 ของแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันที่ระบุว่า ขณะที่การจำกัดเชิงปริมาณที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 ของ GATS สามารถแสดงให้เห็นในรูปแบบเชิง

<sup>298</sup> 1993 Scheduling Guidelines, pp 8, 23. In Hoekman's view, the exhaustive list weakens the scope of market access obligation because it does not cover other measures that have similar effects like the six kinds of measures, at 112.

<sup>299</sup> Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services : Explanatory Note – Addendum ('Addendum'), MTN\_GNS/W/164/Add 1. See for example the third question/answer : 'With regard to market access limitations, such as numerical ceilings or economic needs tests, how detailed should the entries in schedules be? The entry should describe each measure concisely indicating the elements which make it inconsistent with Article XVI. Numerical ceilings should be expressed in defined quantities in either absolute numbers or percentages; regarding economic needs tests the entry should indicate the main criteria on which the test is based, e.g. if the authority to establish a facility is based on population criterion, the criterion should be described concisely.'



ปริมาณ หรือตามเกณฑ์ที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (เอ) ถึง (ดี) เกณฑ์เหล่านี้ไม่เกี่ยวข้องกับคุณภาพของการให้บริการหรือความสามารถของผู้ให้บริการที่จะให้บริการ ("1993 Scheduling Guidelines," 1993)<sup>300</sup> ดังนั้น การที่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันกล่าวถึงคุณภาพของการให้บริการหรือความสามารถของผู้ให้บริการช่วยสนับสนุนเหตุผลว่ามาตรการที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 16 : 2 ต้องเป็นมาตรการที่มีลักษณะขาดเหตุผลการใช้มาตรการด้วยวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (legitimate objective)

ประการที่ 3 เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบคำวินิจฉัยคดี US Gambling ที่พิจารณาให้มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะเป็นการห้ามการให้บริการและผู้ให้บริการต่างชาติทั้งหมด (Total Prohibition) เทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) กับการตีความคำว่า “การจำกัดการนำเข้า และการห้ามการนำเข้า” เกี่ยวกับการใช้มาตรการจำกัดจำนวนต่อสินค้าเกษตรในอารัมภบทของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT

มาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ("GATT,")<sup>301</sup> ของ GATT กล่าวถึงสิ่งที่ประเทศภาคีสามารถให้มาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าเกษตรหรือสินค้าประมงที่มีการนำเข้ามาไม่ว่าในรูปแบบใดซึ่งเป็นมาตรการจำกัดจำนวนที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อการมีผลบังคับใช้ของมาตรการของรัฐ ในขณะที่มาตรา 11 วรรค 2 (เอ) ("GATT,")<sup>302</sup> และ 11 วรรค 2 (บี) ("GATT,")<sup>303</sup> จะเป็นทั้งกรณีการจำกัดและการ

<sup>300</sup>1993 Scheduling Guidelines, para 4.

“... The measures listed comprise four types of quantitative restrictions (sub-paragraphs a-d)...”

<sup>301</sup> Article 11 : 2 (c) GATT

“(c) Import restrictions on any agricultural or fisheries product, imported in any form, necessary to the enforcement of governmental measures which operate:

(i) to restrict the quantities of the like domestic product permitted to be marketed or produced, or, if there is no substantial domestic production of the like product, of a domestic product for which the imported product can be directly substituted; or

(ii) to remove a temporary surplus of the like domestic product, or, if there is no substantial domestic production of the like product, of a domestic product for which the imported product can be directly substituted, by making the surplus available to certain groups of domestic consumers free of charge or at prices below the current market level; or

(iii) to restrict the quantities permitted to be produced of any animal product the production of which is directly dependent, wholly or mainly, on the imported commodity, if the domestic production of that commodity is relatively negligible.”

<sup>302</sup> Article 11 : 2 (a) GATT

“(a) Export prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party”

<sup>303</sup> Article 11 : 2 (b) GATT

“(b) Import and export prohibitions or restrictions necessary to the application of standards or

ห้ามนำเข้า ด้วยเหตุนี้ หากเป็นการห้ามนำเข้าจึงไม่อยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1) นี้ (ทัชชมัย (ฤกษ์สุต) ทองอุไร, 2559)<sup>304</sup> ดังเช่น

(1) คำวินิจฉัยในคดี *European Economic Community Restrictions on Imports of Dessert Apples : Complaint by Chile* (คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1989 เป็นช่วงเวลาก่อนการจัดตั้ง WTO จึงยังไม่มีการจัดตั้งองค์กรอุทธรณ์) (*European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile, 1989*)<sup>305</sup> ซึ่งสรุปได้ว่าชิลีอ้างว่า มาตรการของ EC ที่ระงับการออกใบอนุญาตเป็นการห้ามนำเข้ามิใช่การจำกัดการนำเข้า (*European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile, 1989*)<sup>306</sup> (เพื่อมิให้ EC สามารถใช้ข้ออ้างเรื่องข้อยกเว้นตามมาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1) ได้) แต่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของชิลีโดยเห็นว่า เมื่อ EC ไม่ได้ห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลทั้งหมด จึงต้องถือว่ามาตรการของ EC เป็นการจำกัดการนำเข้ามิใช่การห้ามนำเข้าตามความหมายของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี) (1) (*European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile, 1989*)<sup>307</sup>

(2) คำวินิจฉัยในคดี *Japan Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products* (คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1988 เป็น

---

regulations for the classification, grading or marketing of commodities in international trade”

<sup>304</sup> ทัชชมัย (ฤกษ์สุต) ทองอุไร, ‘กฎเกณฑ์การค้าสินค้าเกษตรภายใต้ GATT และองค์การการค้าโลก (WTO)’, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559, หน้า 59. See also, *United States Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, report of the panel (L/5198 BISD29S91), adopted on 22 February 1989, para. 4.6.

“...Furthermore the Panel noted the difference in language between Article XI:2(a) and (b) and Article XI:2(c), and it felt that the provisions of Article XI:2(c), could not justify the application of an import prohibition”

<sup>305</sup> Panel Report, ‘*European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile*’, L/6491 -36S/93, adopted on 22 June 1989.

<sup>306</sup> *Ibid.*, para. 3.7

“Chile maintained that the Community’s measures were a prohibition, not a restriction, of imports...”

<sup>307</sup> *Ibid.*, para. 12.5

“The Panel followed the view that prohibitions on imports were not permitted under this part of Article XI. It considered that Article XI:2 (last paragraph) established conditions regarding the minimum quantity of imports that must be permitted; it did not regulate the distribution of that quantity of imports among supplying countries. As the EEC had at no time prohibited all imports of apples, its measures therefore constituted an import restriction, rather than an import prohibition in terms of Article XI: 2 (c)(i). The question of whether the EEC measures had operated as an effective prohibition of imports from Chile were examined under Article XIII of the General Agreement, which regulated the non-discriminatory administration of quantitative restrictions.”

ช่วงเวลาก่อนการจัดตั้ง WTO จึงยังไม่มีการจัดตั้งองค์การอุทธรณ์) (*Japan – Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products*, 1987)<sup>308</sup> ได้ก่อให้เกิดแนวคิดในเรื่อง “การห้ามนำเข้าโดยพฤตินัย” (de facto prohibition) ขึ้นมา กล่าวคือ การที่ญี่ปุ่นได้กำหนดโควตาพิเศษในการนำเข้าขึ้นมาโดยใช้เฉพาะบางสถานที่ (Limited places) คือญี่ปุ่นได้กำหนดโควตาชีสแปรรูป (processed cheese) นมผง (evaporated milk) นมข้น (condensed milk) ที่จะนำมาใช้ในเขต Okinawa เท่านั้น หรือให้นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างเท่านั้น เช่น สำหรับใช้ในโรงแรมที่มีนักท่องเที่ยวจากต่างประเทศ หรือบนเรือที่เดินทางระหว่างประเทศเท่านั้น คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทวินิจฉัยว่า การกระทำเช่นนี้ของญี่ปุ่นคือ “การห้ามนำเข้าโดยพฤตินัย” จึงมิใช่ข้อจำกัดการนำเข้าตามความหมายของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1) (*European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile*, 1989)<sup>309</sup> ที่จะได้รับการยกเว้นจากหลักทั่วไปของมาตรา 11 วรรค 1 (ทัชชัมย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, 2559)<sup>310</sup>

ดังจะเห็นได้ชัดเจนว่ามาตรการทั้งสองคดีดังกล่าวมีลักษณะเป็นการห้ามทั้งหมด (total prohibition) และคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทต่างวินิจฉัยว่าการห้ามนำเข้า มิใช่การจำกัดจำนวนการนำเข้า ซึ่งแตกต่างจากคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์คดี US Gambling ที่พิจารณาว่า มาตรการห้ามทั้งหมดของสหรัฐอเมริกามีผลเทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์และเป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี)

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาตามความปกติธรรมดาของคำว่า โควตา และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันที่ได้กำหนดประเภทมาตรการการจำกัดการเข้าสู่ตลาดไว้ในมาตรา 16 : 2 แล้ว มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาจึงไม่ใช่โควตาที่มีผลเทียบเท่ากับศูนย์อันเป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางการวินิจฉัยในคดีอื่นเกี่ยวกับการใช้มาตรการจำกัดจำนวนต่อสินค้าเกษตรในอารัมภบทของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT ที่ระบุชัดเจนว่ามาตรการการจำกัดการนำเข้ามิใช่การห้ามการนำเข้า ดังนี้ มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะห้ามทั้งหมด (total prohibition) ไม่ใช่กรณีเทียบเท่ากับโควตาเท่ากับศูนย์

<sup>308</sup> Panel Report, ‘Japan – Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products’, L/6253 – 35S/163, adopted on 2 February 1988.

<sup>309</sup> Para.5.3.2.1

“... The Panel observed that imports of processed cheese were subject to special quotas which limited their availability only to Okinawa, and to tourist hotel and shipping vessel use. It considered that this resulted in a de facto prohibition on the importation of processed cheese into the general customs territory of Japan...”

<sup>310</sup> ทัชชัมย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, ‘กฎเกณฑ์การค้าสินค้าเกษตรภายใต้ GATT และองค์การการค้าโลก (WTO)’, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559, หน้า 59. See also, para. 5.3.1.2.

“... the provisions of Article XI:2 (c)(i) could not justify the application of an import prohibition...”

และไม่ใช่การจำกัดเชิงปริมาณ ตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี)

#### 4.2.3 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับหลักการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ โดยการพิจารณาบริบทที่เกี่ยวข้องของมาตรา 16 ในมาตรา 6

เนื่องจากมาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ห้ามการให้บริการพนัน แต่ห้ามวิธีการที่เป็นการให้บริการทางไกล จึงมีคำถามที่น่าสนใจว่ากรณีดังกล่าวเป็นเรื่องข้อบังคับภายในประเทศ ตามมาตรา 6 : 5 ของ GATS หรือไม่

มาตรการตามมาตรา 6: 5 (World Trade Organization)<sup>311</sup> (ข้อบังคับภายในประเทศ) ระบุว่าในรูปแบบข้อกำหนดการขอใบอนุญาต ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ และการกำหนดมาตรฐานด้านเทคนิค) เป็นเงื่อนไขขั้นต่ำทางคุณภาพ (qualitative minimum requirement) ตรงกันข้ามกับ มาตรา 16 ที่ระบุข้อจำกัดในลักษณะสูงสุดเชิงปริมาณ (quantitative maximum limitation) และมาตรการการเข้าสู่ตลาดประเภทอื่น เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับนิติบุคคลซึ่งกำหนดไว้เฉพาะในมาตรา 16 ตามแนวทางการจัดทำข้อผูกพัน มีมาตรการที่อยู่ภายใต้มาตรา 6 : 5 และขณะเดียวกันก็อยู่ภายใต้มาตรา 16 ("1993 Scheduling Guidelines," 1993)<sup>312</sup> ตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้บริการของผู้ติดตามวิชาชีพทางการแพทย์ (medical profession dependent) (ก) มีวุฒิระดับวิชาการสาขาตรง (ข้อกำหนดคุณสมบัติตามมาตรา 6: 5) และ (ข) การจำกัดจำนวนผู้ให้บริการในรูปแบบโควตาเชิงปริมาณ [เช่น การจำกัดการเข้าสู่ตลาดเชิงปริมาณ ตามมาตรา 16 : 2 (เอ)] (Erich Vranes, 2009)<sup>313</sup>

<sup>311</sup> Article VI : 5, GATS :

"(a) In sectors in which a Member has undertaken specific commitments, pending the entry into force of disciplines developed in these sectors pursuant to paragraph 4, the Member shall not apply licensing and qualification requirements and technical standards that nullify or impair such specific commitments in a manner which:

- (i) does not comply with the criteria outlined in subparagraphs 4(a), (b) or (c); and
- (ii) could not reasonably have been expected of that Member at the time the specific commitments in those sectors were made.

(b) In determining whether a Member is in conformity with the obligation under paragraph 5(a), account shall be taken of international standards of relevant international organizations(3) applied by that Member."

<sup>312</sup> The 1993 Scheduling Guidelines, para. 5; see also, Erich Vranes, 'The WTO and Regulatory Freedom : WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Service', Journal of International Economic Law 12 (4), 2009, page 974-975.

<sup>313</sup> Erich Vranes, 'The WTO and Regulatory Freedom : WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Service', Journal of International Economic Law 12 (4), 2009, page. 975.



มาตรา 6 : 5 มีลักษณะเป็นการกำหนดเงื่อนไขขั้นต่ำซึ่งผู้ให้บริการต่างชาติที่มีประสิทธิภาพสามารถเข้ามาให้บริการได้ แต่มาตรา 16 เป็นการจำกัดเชิงปริมาณ ในลักษณะสูงสุด ซึ่งผู้ให้บริการต่างชาติไม่สามารถเข้ามาให้บริการได้ (Erich Vranes, 2009)<sup>314</sup>

ในคำวินิจฉัยคดี US Gambling ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้ห้ามวิธีการให้บริการทางไกลสำหรับสาขาบริการพนันขั้นต่อ (การให้บริการการพนันทางอินเทอร์เน็ต) แต่อุญาตสำหรับวิธีการอื่นของการให้บริการการพนัน องค์การอุทธรณ์เน้นถ้อยคำในมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) โดยพิจารณาคำว่า “ในรูปแบบของ” (form) หมายความว่าโดยนัยถึงคำว่า “มีผลต่อ” (effect) และคำว่า “เชิงปริมาณ” (numerical) ไม่ได้หมายถึงแค่เพียง “ตัวเลข” แต่หมายความรวมถึง สิ่งที่มีคุณลักษณะทางตัวเลข (Erich Vranes, 2009)<sup>315</sup> และองค์การอุทธรณ์สรุปว่าการจำกัดที่เทียบเท่ากับโควตาเท่ากับศูนย์เป็นการจำกัดเชิงปริมาณ ถูกห้ามตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) (Erich Vranes, 2009)<sup>316</sup> หากองค์การอุทธรณ์มีการพิจารณาอย่างเพียงพอเกี่ยวกับข้อบังคับภายในประเทศอาจเห็นได้ว่ามีผลกระทบข้างเคียง (side effect) ต่อการเข้าสู่ตลาด และข้อบังคับภายในประเทศส่วนใหญ่ล้วนมีผลกระทบต่อการเข้าสู่ตลาดภายใต้มาตรา 16 (Erich Vranes, 2009)<sup>317</sup>

หากเปรียบเทียบกับบริบทของ GATT ในคดี EC-Asbestos ซึ่งฝรั่งเศสได้ห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของแร่ใยหิน การห้ามนำเข้าดังกล่าวไม่ได้เป็นการจำกัดเชิงปริมาณ แต่เป็นเรื่องข้อบังคับภายในประเทศที่จะต้องพิจารณาภายใต้มาตรา 3 ของ GATT (และความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า - TBT) เนื่องจากตามข้อเท็จจริงสินค้าต้องไม่มีส่วนผสมของแร่ใยหินจึงได้รับอนุญาตให้นำเข้าและขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้ ยิ่งกว่านั้น คำวินิจฉัยในคดี US Gambling ไม่

<sup>314</sup> Ibid.

<sup>315</sup> Ibid., para. 227.

“...the meaning of the word "numerical" includes "characteristic of a number or numbers"....”

<sup>316</sup> Ibid., para. 238, 251.

“Para. 238 : For the above reasons, we are of the view that limitations amounting to a zero quota are quantitative limitations and fall within the scope of Article XVI:2(a).

Para. 251 : the measures at issue, by prohibiting the supply of services in respect of which a market access commitment has been taken, amount to a "zero quota" on service.” operations or output with respect to such services. As such, they fall within the scope of Article XVI:2(c).

<sup>317</sup> Erich Vranes, ‘The WTO and Regulatory Freedom : WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Service’, Journal of International Economic Law 12 (4), 2009, page 975.



สอดคล้องกับแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันที่ระบุว่าจะมีเงื่อนไขขั้นต่ำ (minimum requirement) ที่มีลักษณะเชิงปริมาณ ไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 16 ("1993 Scheduling Guidelines," 1993)<sup>318</sup> ดังนั้น ด้วยเหตุผลข้างต้น การที่องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ได้ตีความขยายคำว่า “ในรูปแบบของ” เพื่อให้หมายรวมถึงกรณี “ที่มีผลต่อ” และตีความคำว่า “เชิงปริมาณ” เพื่อให้รวมถึงมาตรการที่ไม่ใช่ตัวเลข เป็นการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์การพิจารณาการเข้าสู่ตลาดให้มีความเข้มงวดและมีความไม่แน่นอน (unsustainable) (Erich Vranes, 2009)<sup>319</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าการจำกัดจำนวนการบริการหรือผู้ให้บริการเท่ากับศูนย์ไม่อาจถือว่าการจำกัดคุณภาพของการบริการได้ เพราะคุณภาพเกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขขั้นต่ำ และมาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่ถือว่าเป็นมาตรฐานทางเทคนิค (technical standard) ตามมาตรา 6 แต่การห้ามมิให้มีการให้บริการการพนันทางไกลโดยรูปแบบการให้บริการที่ 1 เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่เกี่ยวข้องกับคุณภาพการบริการ แต่จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นนโยบายของชาติอันชอบธรรม ซึ่งอาจอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา 14 ของ GATS หากมาตรการพิพาทสอดคล้องกับเงื่อนไขของข้อยกเว้นทั่วไป หรืออาจถือว่าขัดต่อหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 17 ของ GATS ได้ หากประเทศสมาชิกไม่ได้ระบุเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพัน

ผู้เขียนขอสรุปการวิเคราะห์ในประเด็น 4.2 ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด ดังตารางต่อไปนี้

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
มาตรา 16:1 ของ GATS ได้ กำหนด หลักการพื้นฐานให้ ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ที่จะต้องเปิด	องค์กรอุทธรณ์ยืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าตามที่ตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาได้ผูกพันต่อสาขาบริการการพนันขั้นต่อ โดยตาราง	คดี Mexico – Telecom ตามที่ เม็กซิโกได้ ระบุ เงื่อนไขการเข้าสู่ตลาดในข้อผูกพัน	สอดคล้อง กับ คำวินิจฉัยของ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Mexico –

<sup>318</sup> The 1993 Scheduling Guidelines, para. 5.

“...Minimum requirements such as those common to licensing criteria (e.g. minimum capital requirements for the establishment of a corporate entity) do not fall within the scope of Article XVI...”

<sup>319</sup> Erich Vranes, ‘The WTO and Regulatory Freedom : WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Service’, Journal of International Economic Law 12 (4), 2009, page. 977.



ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่น ของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
<p>ตลาดไม่น้อยไปกว่าที่ ได้กำหนดไว้ในตาราง ข้อผูกพัน ดังนั้น พันธกรณีเกี่ยวกับการ เข้าสู่ตลาดในสาขา บริการที่ประเทศ สมาชิกให้ความผูกพัน จะพิจารณาได้จาก เงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ใน ตารางข้อผูกพัน ซึ่ง ประเทศสมาชิกมีอิสระ ที่จะเลือกระดับความ ผูกพันตามความพร้อม ของแต่ละสาขาบริการ ของแต่ละประเทศ</p> <p>มาตรา 16 : 2 ได้ กำหนดว่าในสาขา บริการใดที่ได้ทำข้อ ผูกพันเกี่ยวกับการเข้า สู่ตลาดเอาไว้ ประเทศ สมาชิกจะต้องไม่ กำหนดข้อจำกัดหรือ เงื่อนไขบางประการที่ ไม่เอื้ออำนวยต่อการ เปิดตลาดเสรี หรือเป็น อุปสรรคต่อการเปิด ตลาดเสรี เว้นแต่จะ ระบุไว้ในตารางข้อ</p>	<p>ข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาได้ระบุ ว่า “ไม่มีข้อจำกัด” ต่อข้อผูกพัน การเข้าสู่ตลาดสำหรับสาขาบริการ ย่อย 10.D. ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึง ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายห้ามมิ ให้มีการให้บริการการพนันขั้นต่อ ทางไกล เนื่องจากไม่ได้ระบุ มาตรการเช่นว่านี้ไว้ในตารางข้อ ผูกพัน</p> <p>การที่สหรัฐอเมริกาบังคับใช้ กฎหมายห้ามการให้บริการการ พนันขั้นต่อข้ามแดนของ สหรัฐอเมริกามีลักษณะเป็นการ จำกัดการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) และถือว่าเป็น ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบ จำนวนตัวเลขโควตา โดยกำหนด ตัวเลขโควตาเท่ากับศูนย์ ดังนั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาผูกพันการ ให้บริการการพนันขั้นต่อข้าม พรมแดน และสหรัฐอเมริกามีได้ กำหนดข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดไว้ ในตารางข้อผูกพันรายสาขาแล้ว กฎหมายห้ามการให้บริการการ พนันขั้นต่อข้ามแดนจึงเป็น มาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีตามที่ กำหนดไว้ในมาตรา 16 ตามความ ตกลง GATS</p>	<p>การเข้าสู่ตลาดและ เอกสารอ้างอิงที่ เม็กซิโกได้ทำข้อ ผูกพันเพิ่มเติมไว้ว่า ห้ามการเข้าสู่ตลาด สำหรับการให้บริการ โทรคมนาคมแบบไม่ มีโครงข่ายเป็นของ ตนเอง (และแม้ผู้ ให้บริการมีโครงข่าย เป็นของตนเอง แต่ก็ สามารถให้บริการได้ ไม่เกินกว่าปริมาณ ของโครงข่ายที่ผู้ ให้บริการได้รับ อนุญาตให้เอาไว้) เงื่อนไขดังกล่าวจึง เป็นการจำกัดจำนวน ผู้ให้บริการภายใน ความหมายมาตรา 16 : 2 ของ GATS ซึ่งเม็กซิโกสามารถ บังคับใช้มาตรการ ดังกล่าวได้ เนื่องจาก ได้ระบุเงื่อนไขไว้แล้ว ในตารางข้อผูกพัน ของตนนับแต่แรก เมื่อมีการเปิดเสรี อย่างไรก็ดี การที่</p>	<p>Telecom จา ก ข้อเท็จจริงที่ว่า เม็กซิโกไม่สามารถ รับประกันได้ว่า บริษัทเทลเมกซึ่งเป็น ผู้ให้บริการรายใหญ่ ตามข้อกำหนดของ ข้อ 2.2 ของ เอกสารอ้างอิง (ที่ เม็กซิโกได้ระบุไว้ใน ข้อผูกพันเพิ่มเติมของ ตารางข้อผูกพันราย สาขาของเม็กซิโก) ได้ จัดให้มีการเชื่อมต่อ โครงข่ายกับผู้ ให้บริการ โทรคมนาคมพื้นฐาน ของสหรัฐอเมริกา สำหรับการบริการ แบบมีโครงข่ายเป็น ของตนเอง ภายใต้ อัตราที่สะท้อนต้นทุน ทำให้ไม่มีการค้า บริการสาขาดังกล่าว เกิดขึ้นจริง และทำให้ จำนวนของผู้ ให้บริการต่างชาติที่ สามารถเข้ามา ให้บริการได้ตาม</p>



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
<p>ผูกพัน ดังนั้น ประเทศสมาชิกจะมีมาตรการต้องห้ามเหล่านี้ไว้ใช้แก่สาขาบริการหรือสาขาบริการย่อยที่ประเทศตนผูกพันได้ก็ต่อเมื่อได้ระบุมตรการเช่นว่านี้ในตารางข้อผูกพัน ซึ่งข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับคดี US Gambling คือ อ อ นุ ม า ต ร า ดังต่อไปนี้</p> <p>(เอ) ข้อจำกัดในจำนวนผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของจำนวนโควตา การผูกขาด ผู้ให้บริการที่ได้รับสิทธิแต่ผู้เดียวหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ</p> <p>(ซี) ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของการให้บริการไม่ว่าจะเป็นจำนวนการดำเนินการบริการ หรือจำนวนผลผลิตของการบริการ</p>	<p>โดยองค์การอุทธรณ์เห็นว่าตัวเลขศูนย์นั้นก็เป็นจำนวนที่บ่งบอกถึงปริมาณอันเป็นคุณลักษณะของตัวเลข แล้ว จึงนับว่าเป็นเชิงปริมาณ และแนวทางการจัดทำข้อผูกพันได้ให้ตัวอย่างประเภทของการจำกัดซึ่งตกอยู่ภายใต้มาตรา 16:2 (เอ) เช่น เงื่อนไขด้านสัญชาติของผู้ให้บริการ (ซึ่งเทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์) และตัวอย่างของมาตรการที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 16 : 2 (ซี) ซึ่งไม่ได้กำหนดถึงจำนวนหรือหน่วยปริมาณแต่อย่างใด เช่น กรณีการจำกัดเวลาการออกอากาศสำหรับภาพยนตร์ต่างประเทศ</p> <p>การที่สหรัฐอเมริกาบังคับใช้กฎหมายห้ามการให้บริการการพนัน ชั้น ต่อ ข้าม แด น ของ สหรัฐอเมริกา อันมีลักษณะเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) และถือว่าเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบจำนวนตัวเลขโควตา โดยกำหนดตัวเลขโควตาเท่ากับศูนย์ ดังนั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาผูกพันสาขาบริการการพนันชั้นต่อ และมีลักษณะเป็นการให้บริการ</p>	<p>เม็กซิโกไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันภายใต้ข้อ 2.2 ของเอกสารอ้างอิง โดยไม่รับประกันได้ว่าบริษัทเทลเมกซึ่งเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ตามความหมายของข้อ 2.2 ของเอกสารอ้างอิงได้จัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ให้บริการโทรคมนาคมพื้นฐานของสหรัฐอเมริกาสำหรับการบริการแบบมีโครงข่ายเป็นของตนเอง ภายใต้อัตราที่สะท้อนต้นทุน ดังนั้น วิธีการจำกัดเส้นทางการให้บริการโดยวิธีหนึ่งของหลายวิธี (โดยเม็กซิโกห้ามมิให้มีการให้บริการที่เกินกว่าปริมาณของโครงข่ายที่ผู้ให้บริการได้รับอนุญาตให้เข้าไว้)</p>	<p>ความเป็นจริงนั้นเป็นศูนย์ ดังนั้น การที่เม็กซิโกได้ห้ามมิให้มีการให้บริการโดยวิธีเกินกว่าปริมาณที่ผู้ให้บริการได้เข้าไว้ มีผลเป็นโควตาเท่ากับศูนย์ตามความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS เห็นได้ว่าคุณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้พยายามเชื่อมโยงกรณีที่ไม่ มี ผู้ ให้ บริการต่างชาติรายใดที่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ ว่าเป็นเรื่องโควตาเท่ากับศูนย์ อันเป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS ซึ่ง มี แนวทางคำวินิจฉัยเดียวกันกับคดี US Gambling</p>



2979321983

CU\_Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
ที่แสดงออกเป็นหน่วยตัวเลขที่ได้กำหนดในรูปแบบของโควตาหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ	ข้ามพรมแดน และสหรัฐอเมริกา มิได้กำหนดข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดไว้ในตารางข้อผูกพันรายสาขาแล้ว กฎหมายห้ามการให้บริการพนันขั้นต่อข้ามแดนจึงเป็นมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 1 และมาตรา 16 : 2 ตามความตกลง GATS	ภายในเม็กซิโก มีผลเป็นโควตาเท่ากับศูนย์ตามความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS	

ตารางที่ 7 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี *US Gambling* กับคำวินิจฉัยคดี *Mexico – Telecom* ว่า มาตรการที่เทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นมาตรการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี)

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
(1) อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มาตรา 31 วรรค 1 ระบุว่า สนธิสัญญานั้น ให้ตีความโดยสุจริตตามความหมายปกติธรรมดาที่ให้ไว้แก่ถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำเหล่านั้นและตามวัตถุประสงค์ และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา	(1) ไม่มีคำตัดสินในประเด็นนี้	(1) องค์การอุทธรณ์ในคดี US-Offset Act (Byrd Amendment) ยอมรับในการค้นหาความหมายในพจนานุกรมว่าเป็นแนวทางที่สำคัญสำหรับความหมายของคำที่ปรากฏในสนธิสัญญา แต่ไม่ได้เป็นบทบังคับ	ไม่สอดคล้อง เพราะ (1) ความหมายตามปกติธรรมดาของคำว่า “โควตา” ตามพจนานุกรม Collins English Dictionary ระบุว่าหมายถึงส่วนแบ่งตามสัดส่วนหรือบางส่วนของทั้งหมดเนื่องมาจากการจัดสรรให้บุคคลหรือกลุ่มแสดงให้เห็นว่าจะต้องมีสัดส่วนของผู้ได้รับอนุญาตให้บริการ และผู้ที่ไม่ได้รับ



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
(2) แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันได้ระบุว่าข้อจำกัดที่ระบุไว้ในมาตรา 16 : 2 ได้กำหนดห้ามเฉพาะมาตรการที่เข้าอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งใน 6 ประเภทเท่านั้น (exhaustive)	(2) ไม่มีคำตัดสินในประเด็นนี้	(2) ไม่มีคำตัดสินในประเด็นนี้	อนุญาตให้บริการ  (2) แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันได้ระบุว่าข้อจำกัดที่ระบุไว้ในมาตรา 16 : 2 ได้กำหนดห้ามเฉพาะมาตรการที่เข้าอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งใน 6 ประเภทเท่านั้น และโดยทั่วไปประเทศสมาชิกมีสิทธิระงับมาตรการหนึ่งมาตรการใดใน 6 ประเภทในพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดนับแต่แรกเมื่อมีการเปิดเสรี ดังนั้น เมื่อการห้ามการให้บริการการพนันขั้นต่อมิใช่ข้อจำกัดตามเหตุผลในข้อ (1) จึงไม่เป็นข้อจำกัดตามประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 2 ของความตกลง GATS
(3) มาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT ระบุว่าประเทศภาคีสามารถใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าเกษตรหรือสินค้าประมงที่มีการนำเข้ามาไม่ว่าในรูปแบบใดซึ่งเป็นมาตรการจำกัดจำนวนที่จำเป็น	(3) ไม่มีการพิจารณาประเด็นนี้ในคดี US Gambling	(3) - คำวินิจฉัยในคดี European Economic Community Restrictions on Imports of Dessert Apples : Complaint by Chile สรุปได้ว่าซีลีอ้างว่ามาตรการของ EC ที่ระงับการออกใบอนุญาตเป็นการห้ามนำเข้ามิใช่การจำกัดการนำเข้า	(3) มาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT กล่าวถึงการที่ประเทศภาคีสามารถใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าเกษตรหรือสินค้าประมงที่มีการนำเข้ามาไม่ว่าในรูปแบบใดซึ่งเป็นมาตรการจำกัดจำนวนที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อการมี



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
<p>กระทำให้การมีผล บังคับใช้ของมาตรการ ของรัฐ</p>		<p>(เพื่อให้ EC สามารถใช้ ข้ออ้างเรื่องข้อยกเว้นตาม มาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1) ได้) แต่คณะกรรมการพิจารณาข้อ พิพาทปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของ ซีลีโดยเห็นว่า เมื่อ EC ไม่ได้ ห้ามการนำเข้าแอปเปิ้ล ทั้งหมด จึงต้องถือว่ามาตรการ ของ EC เป็นการจำกัดการ นำเข้ามิใช่การห้ามการนำเข้า ตามความหมายของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1) - คำวินิจฉัยในคดี Japan Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products ได้ก่อให้เกิด แนวคิดในเรื่อง “การห้าม นำเข้าโดยพฤตินัย” ขึ้นมา กล่าวคือ การที่ญี่ปุ่นได้กำหนด โควตาพิเศษในการนำเข้า ขึ้นมาโดยใช้เฉพาะบางสถานที่ คือญี่ปุ่นได้กำหนดโควตาซีส แปรรูป นมผง นมข้น ที่จะ นำมาใช้ในเขต Okinawa เท่านั้น หรือให้นำมาใช้เพื่อ วัตถุประสงค์บางอย่างเท่านั้น เช่น สำหรับใช้ในโรงแรมที่มี นักท่องเที่ยวจากต่างประเทศ หรือบนเรือที่เดินทางระหว่าง</p>	<p>ผลบังคับใช้ของมาตรการ ของรัฐ ในขณะที่มาตรา 11 วรรค 2 (เอ) และ 11 วรรค 2 (บี) จะเป็นทั้งกรณีการ จำกัดและการห้ามนำเข้า ด้วยเหตุนี้ หากเป็นการห้าม การนำเข้าจึงไม่อยู่ใน ข้อยกเว้นตามมาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1) ดังจะเห็นได้ชัดเจนว่า มาตรการทั้งสองคดีดังกล่าว มีลักษณะเป็นการห้าม ทั้งหมด (total prohibition) และ คณะกรรมการพิจารณาข้อ พิพาทต่างวินิจฉัยว่าการห้าม นำเข้า มิใช่การจำกัดจำนวน การนำเข้า ซึ่งแตกต่างจาก คำวินิจฉัยขององค์กร อุทธรณ์คดี US Gambling ที่พิจารณาว่ามาตรการห้าม ทั้งหมดของสหรัฐอเมริกา ผลเทียบเท่ากับการกำหนด โควตาเท่ากับศูนย์และเป็น การจำกัดเชิงปริมาณตาม มาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี)</p>



2979321983

CT\_Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
		ประเทศเท่านั้น คณะกรรมการพิจารณาข้อ พิพาทวินิจฉัยว่า การกระทำ เช่นนี้ของญี่ปุ่นคือ “การห้าม นำเข้าโดยพฤตินัย” จึงมีใช้ ข้อจำกัดการนำเข้าตาม ความหมายของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1) ที่จะได้รับการ ยกเว้นจากหลักทั่วไปของ มาตรา 11 วรรค 1	

ตารางที่ 8 ความไม่สอดคล้องของคำตัดสินในคดี US Gambling ในเรื่องการกำหนดโควตาเท่ากับ  
ศูนย์ไม่ใช่การจำกัดเชิงปริมาณภายใต้มาตรา 16 ของ GATS

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
มาตรา 6: 5 กำหนดให้ ประเทศสมาชิกจะต้อง ไม่ใช่มาตรการเกี่ยวกับ ข้อกำหนด และ กระบวนการด้าน คุณสมบัติและมาตรฐาน ทางเทคนิคและ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการ ออกใบอนุญาตแก่สาขา บริการที่ประเทศสมาชิก ผูกพันในลักษณะที่เป็น การทำลายข้อผูกพัน	ไม่มีการพิจารณา ประเด็นนี้ในคดี US Gambling	ไม่มีคำตัดสินที่ พิจารณาในบริบทของ GATS ประเด็นนี้  หากเปรียบเทียบกับ บริบทของ GATT ใน คดี EC-Asbestos ซึ่ง ฝรั่งเศสได้ห้ามนำเข้า ผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสม ของแร่ใยหินและมีคำ ตัดสินว่าไม่ได้เป็นการ จำกัดเชิงปริมาณ แต่	องค์กรอุทธรณ์คดี US Gambling พิจารณาเพียงแต่ ว่ามาตรการห้ามทั้งหมดเป็น การจำกัดเชิงปริมาณตาม มาตรา 16 ของ GATS หรือไม่ เนื่องจาก สหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุ เงื่อนไขใดไว้ในข้อผูกพันการ เข้าสู่ตลาด แต่ไม่ได้มีการ พิจารณาลักษณะและการใช้ มาตรการพิพาทนี้ว่า สอดคล้องกับมาตรา 6 ด้วย



2979321983

CD IThesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
<p>โดย ได้กำหนดลักษณะที่ ถือว่าเป็นการทำลายข้อผูกพันระหว่างประเทศสมาชิกคือเป็นมาตรการที่ 1) ไม่อยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสหรือสร้างภาระเกินกว่าความจำเป็นเกี่ยวกับการตรวจสอบคุณภาพของผู้ให้บริการ หรือ ภาระบนการออกใบอนุญาต เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการให้บริการในตัวเอง และ 2) ไม่สามารถคาดการณ์ได้ในขณะที่จัดทำ ข้อผูกพันว่าประเทศสมาชิก จะใช้เงื่อนไข ดังกล่าวแก่สาขาบริการที่ผูกพัน</p>		<p>เป็นเรื่องข้อบังคับภายในประเทศที่จะต้องพิจารณาภายใต้มาตรา 3 ของ GATT (และความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า - TBT) เนื่องจากตามข้อเท็จจริงสินค้าต้องไม่มีส่วนผสมของแร่ใยหินจึงได้รับอนุญาตให้นำเข้าและขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้</p>	<p>หรือไม่ ตามที่ผู้เขียนวิเคราะห์แล้ว มาตรการห้ามทั้งหมดมิใช่เรื่องการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการดังกล่าวกับมาตรา 6 (ข้อบังคับภายในประเทศ) ว่าได้ใช้มาตรการสอดคล้องกับมาตรา 6 หรือไม่ แม้ GATS ยอมรับในสิทธิของแต่ละประเทศสมาชิกในการที่จะควบคุมกำกับการค้าบริการตลอดจนสิทธิในการออกกฎระเบียบข้อบังคับได้ แต่ในเมื่อสหรัฐอเมริกาได้ผูกพันสาขาบริการการพนันขั้นต่อสหรัฐอเมริกาจะต้องปฏิบัติตามเพื่อให้เป็นไปตามข้อผูกพันนั้น ๆ และต้องประกันว่าได้บริหารมาตรการซึ่งมีผลต่อการค้าบริการ ในลักษณะที่สมเหตุสมผล เป็นไปอย่างมีหลักเกณฑ์ และไม่ลำเอียง</p>

ตารางที่ 9 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับหลักการตีความสนธิสัญญาตาม

มาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ โดยการพิจารณาบริบทที่เกี่ยวข้องของมาตรา 16 ในมาตรา 6



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

#### 4.3. ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป ตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS

ตั้งที่องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาว่าสหรัฐอเมริกาได้ใช้มาตรการอันเป็นการห้ามทั้งหมด (total prohibition) โดยการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการและการดำเนินการบริการต่างชาติในสาขาบริการการพนันขั้นต่อซึ่งขัดต่อพันธกรณี GATS อย่างไรก็ดี สหรัฐอเมริกามีอำนาจอธิปไตยในการยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลง GATS ได้ หากการปฏิบัติตามพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในสาขาบริการพนันขั้นต่อในรูปแบบการให้บริการทางไกลนั้นมีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือความสงบเรียบร้อยสาธารณะตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS และการใช้บังคับมาตรการพิพาทต้องสอดคล้องกับบทนำในมาตรา 14 ของ GATS ด้วยเช่นกัน

ตามที่คดี US Gambling เป็นคดีแรกของ GATS ที่พิจารณาบทยกเว้นทั่วไปในเรื่องการค้าบริการ ต่อมาคดี Argentina – Financial Services ได้ใช้แนวทางเดียวกันกับคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling เกี่ยวกับขั้นตอนการพิจารณาข้อยกเว้นทั่วไปของ GATS ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Argentina – Financial Services ได้วินิจฉัยว่ามาตรา 14 ของ GATS บัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 20 ของ GATT บทบัญญัติในมาตรา 14 ของ GATS และมาตรา 20 ของ GATT มีโครงสร้างบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันและบางอนุมาตราของทั้งสองบทบัญญัติใช้ถ้อยคำเดียวกันว่า “จำเป็น”

องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่ามาตรการของประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปจะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ (two-tier test) ประการแรก พิจารณาว่ามาตรการที่พิพาทเป็นไปตามบทบัญญัติอนุมาตราย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา 14 ของ GATS หรือไม่ และประการที่สองคือ พิจารณาว่ามาตรการที่พิพาทสอดคล้องกับบทนำของมาตรา 14 ของ GATS หรือไม่ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางขั้นตอนการวินิจฉัยข้อยกเว้นทั่วไปในคดี US-Shrimp และคดี US-Gasoline

การพิจารณาว่ามาตรการที่พิพาทเป็นไปตามบทบัญญัติอนุมาตราย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 หรือไม่ มีหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวได้รับการออกแบบมาเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่กำหนดไว้ตามอนุมาตราย่อยของมาตรา 14 และมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่ประเทศสมาชิกต้องการ ซึ่งคดี China-Publications and Audiovisual Products และคดี EC-Seal Products สอดคล้องกับแนวทางคำวินิจฉัยของคดี US Gambling ดังกล่าว

ประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 มีภาระการพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์การ



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10



พิจารณาข้างต้น กล่าวคือ ประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นจะต้องเสนอพยานหลักฐานและข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อพิสูจน์ให้ได้ว่า มาตรการของตนได้รับการออกแบบมาเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ หรือคุณค่าที่กำหนดไว้ตามอนุมาตราย่อยของมาตรา 14 ซึ่งการพิสูจน์ในส่วนนี้มีภาระการพิสูจน์ไม่มาก โดยในบริบทของมาตรา 14 (เอ) ประเทศผู้ถูกร้องต้องพิสูจน์ว่ามาตรการของประเทศสมาชิก ออกแบบมาเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี จะเห็นได้ว่า ประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา 14 สามารถผ่านการพิสูจน์ในขั้นตอนนี้ได้โดยไม่ยากนัก

#### 4.3.1 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในการพิจารณาว่ามาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาขัดต่อวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ

ตามที่องค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ ค้นหาความหมายของคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จากพจนานุกรม the Shorter Oxford English Dictionary ว่า ‘ศีลธรรมอันดีของประชาชน’ เป็นมาตรฐานของความประพฤติที่ถูกและผิด ซึ่งรักษาไว้โดยหรือเพื่อประโยชน์แก่สังคมหรือชาติ และยังวินิจฉัยอีกว่าเนื้อหาของศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถแปรเปลี่ยนได้ตามกาลเวลาและสถานที่ ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เช่น คุณค่าทางสังคม วัฒนธรรม จริยธรรม และศาสนา ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่าเป็นการตีความแบบพลวัต (dynamic interpretation)

เมื่อพิจารณาที่มาของข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเกิดขึ้นครั้งแรกจากการเสนอของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1945<sup>320</sup> ถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวถูกเสนอโดยสหรัฐอเมริกาและยังคงเป็นถ้อยคำที่ยังคงใช้อยู่ในความตกลง GATT และความตกลง GATS จนถึงปัจจุบัน (Steve Charnovitz, 1998)<sup>321</sup> แต่ก็ไม่มีร่างแก้ไขฉบับใดที่ระบุความหมายที่แท้จริงของคำว่า ‘ศีลธรรมอันดีของประชาชน’ ในเอกสารเตรียมการของความตกลง GATT (Steve Charnovitz, 1998)<sup>322</sup> และความตกลง GATS

เอกสารเตรียมการ (travaux preparatoires) ของการจัดทำร่างมาตรา 20 (เอ) GATT ตามหลักการตีความในมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ระบุถึงขอบเขตที่ได้รับการยกเว้นว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนเกี่ยวข้องกับแอลกอฮอล์ และการประชุมระหว่างประเทศได้มีการพิจารณาว่าเหตุแห่งความจำเป็นที่จะอ้างข้อยกเว้นทั่วไปได้คือกรณีที่ห้ามการ

<sup>320</sup> Wu2008, p. 218.

<sup>321</sup> Chamoviz 1998, p. 704.

<sup>322</sup> Ibid.

นำเข้าสินค้าเกี่ยวกับยาเสพติด สื่อบันเทิง และตัวล้อตเตอร์ ดังจะเห็นได้ว่าประเภทของศีลธรรมอันดีของประชาชนที่หลากหลายดังกล่าวเป็นที่มาของถ้อยคำในมาตรา 20 (เอ) GATT ที่เขียนในลักษณะเปิดกว้าง (Steve Charnovitz, 1998)<sup>323</sup> รวมถึงความตกลง GATS ด้วย โดยศาสตราจารย์ Steve Charnovitz นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศชาวสหรัฐอเมริกา<sup>324</sup> ได้เคยตั้งข้อสังเกตว่า ข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นหลักประติบัติระหว่างประเทศที่มีมายาวนานเพื่อจะสร้างความสมดุลระหว่างการค้าเสรีและสิทธิอธิปไตยของรัฐ โดย ณ เวลานั้น ฝิ่น ภาพลามก และล้อตเตอร์ ถือเป็นสินค้าที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนและตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นนี้

คำนิยามของคำว่า ‘ศีลธรรมอันดีของประชาชน’ ในคดี US Gambling ถูกนำมาอ้างอิงอีกครั้งในคดี China – Audiovisual Products เพื่อเป็นหลักฐานว่าสิ่งที่พิจารณาได้ว่าเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นเป็นดุลยพินิจของประเทศสมาชิกในแต่ละประเทศ การที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี US Gambling พิจารณาว่าเนื้อหาศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถแปรเปลี่ยนได้ตามกาลเวลาและสถานที่ สามารถตีความได้ว่าสิ่งที่ได้รับการยอมรับในประเทศสมาชิก WTO ประเทศหนึ่งอาจถูกถือว่าเป็นการละเมิดศีลธรรมอันดีแก่ประชาชนในอีกประเทศสมาชิกหนึ่งก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสมาชิก WTO ส่วนใหญ่ไม่ได้ห้ามการนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือผลิตภัณฑ์จากสุกร แต่สำหรับประเทศซาอุดีอาระเบียได้ห้ามการนำเข้าสินค้าดังกล่าวภายใต้ข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรา 20 (เอ) GATT (Raj Bhala and Shannon B. Keating, 2013)<sup>325</sup> ดังนั้น ในคดี US Gambling องค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่ตั้งข้อสมมติฐานว่าหากมีการให้บริการพนันทางไกลเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาจะส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนที่สหรัฐอเมริกาท้องการจะให้ความคุ้มครอง

คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบเหตุผลของผู้ร่างมาตรการพิพาท เนื่องจากผู้ร่างเป็นผู้พิจารณาการออกมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำที่ผิด และผู้ร่างเป็นตัวแทนของประชาชนและทราบดีถึงการกระทำที่ผิดและได้ตัดสินใจห้ามนำเข้าเนื่องจากเหตุดังกล่าว มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นกฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการการพนันข้ามพรมแดนโดยเนื้อหา

<sup>323</sup> Steve Charnovitz, “The Moral Exception in Trade Policy”, 1998 Virginia Journal of International Law Association, Summer, 1998, page 13.

<sup>324</sup> Steve Charnovitz, Associate Professor of Law at the George Washington University Law School.

<sup>325</sup> Raj Bhala and Shannon B. Keating, ‘Diversity within Unity : Import Laws of Islamic Countries on Haram (Forbidden) Products’, *The International Lawyer* (2013) 47:3 pp. 343-406, at 348. See also Report of the Working Party on the Accession of the Kingdom of Saudi Arabia to the World Trade Organization, WT/ACC/SAU/61, dated 1 November 2005, Annex F, List of Banned Products.



ของตนเองไม่ได้เกี่ยวกับการกระทำที่ผิดแต่อาจสามารถนำไปสู่ปัญหาสังคมอื่น ๆ ตามมา เช่น การฟอกเงิน องค์กรอาชญากรรม การฉ้อโกง การพนันในกลุ่มเยาวชนและกลุ่มคนที่ติดการพนัน และการพนันทางออนไลน์เป็นวิธีที่ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้ง่ายแต่ยากต่อการควบคุม ดังนี้ คำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่พิจารณาว่ามาตรการพิพาทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีแก่ประชาชนตามมาตรา 14 (เอ) GATS และคดี EC-Seal Products ก็ได้วินิจฉัยสอดคล้องกับคดี US Gambling โดยองค์กรอุทธรณ์ในคดี EC-Seal Products เห็นด้วยที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบประวัติการยกเว้นของมาตรการ EU Seal Regime ในปฏิญญาของรัฐสภายุโรปต่อการต่อต้านผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำในสหภาพยุโรป คำแนะนำของคณะมนตรียุโรป และข้อเสนอของคณะกรรมการยุโรปซึ่งได้แสดงถึงข้อกังวลต่อการต่อต้านการฆ่าแมวน้ำอย่างทารุณซึ่งแสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีในสหภาพยุโรป

จากคำวินิจฉัยทั้งหมดที่ได้มีการตัดสินและตีความโดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ที่ได้ตีความคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ว่าเป็นมาตรฐานของการประพฤติที่ถูกและผิดที่คงไว้ซึ่งหรือเพื่อผลประโยชน์ของสังคมหรือชาติ และเป็นคุณค่าหรือประโยชน์ที่สำคัญที่สุดที่ประเทศสมาชิกสามารถนำมาอ้างได้ในฐานะนโยบายสาธารณะ และดังจะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นทั่วไปด้านศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นข้อยกเว้นประการแรกในอนุมาตรา (เอ) ซึ่งแสดงว่า WTO ได้ให้ความสำคัญแก่ข้อยกเว้นนี้ และได้กล่าวย่ำว่าเป็นดุลยพินิจของประเทศสมาชิกที่จะกำหนดขอบเขตศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยคุณค่าทางสังคม ณ ขณะนั้น และสิทธิที่จะกำหนดระดับการปกป้องที่ประเทศสมาชิกนั้นพิจารณาว่าเหมาะสม ซึ่งล้วนแสดงให้เห็นว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่จำเป็นต้องเป็นการรับรู้โดยแพร่หลายของบรรดาของประเทศสมาชิกที่ได้มีการรับรู้และปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนดังกล่าวเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี การกำหนดศีลธรรมอันดีได้เองของประเทศสมาชิกและความหลากหลายรูปแบบของข้อกังวลศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งขึ้นอยู่กับคุณค่าทางศาสนา วัฒนธรรม จริยธรรม และสังคม อาจนำไปสู่การเพิ่มข้อพิพาทที่ประเทศสมาชิกต่างนำเรื่องข้อกังวลศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นข้ออ้างในการห้ามหรือการจำกัดทางการค้าหรือไม่ และเกิดคำถามขึ้นว่าเมื่อประเทศสมาชิกอ้างข้อกังวลทางศีลธรรมอันดีของประชาชน คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะรับฟังเห็นด้วยกับประเทศผู้ใช้ในทุกรณหรือไม่ว่าข้อกังวลที่ประเทศผู้ใช้ข้อยกเว้นอ้างเป็นข้อกังวลทางศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำตัดสินในคดี US Gambling ในประเด็นนี้ยังคงขาดความกระจ่างชัดในคำนิยามอัน



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

กว้างขวางของคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” และมีข้อกังขาที่น่าสนใจดังนี้

(ก) ข้อกังวัลศีลธรรมอันดีของประชาชนจำเป็นต้องถูกรับรู้อย่างแพร่หลายจากประชาชนในประเทศผู้อ้างข้อยกเว้นหรือไม่

เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการค้าระหว่างประเทศกับข้อกังวัลทางศีลธรรมของประเทศสมาชิก ประเทศสมาชิกมีอำนาจอธิปไตยและอิสระในการกำหนดมาตรฐานศีลธรรมของประเทศตน แต่มีความคิดเห็นแย้งว่าประเทศสมาชิกที่ใช้มาตรการอันเป็นการจำกัดต่อการค้าจำเป็นต้องพิสูจน์ข้อกังวัลดังกล่าวว่าถูกรับรู้อย่างแพร่หลาย (universally acknowledged) ว่าเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศตน เพื่อป้องกันรัฐที่จะมีความพยายามกระทำทุกวิถีทางเพื่อให้การค้าบริการอยู่ภายในขอบเขตของศีลธรรมของประเทศตนเพื่อเลี่ยงพันธกรณีภายใต้ GATS

ในคดี US Gambling สหรัฐอเมริกาอ้างเพียงว่ามีรายงานการออกกฎหมาย คำแถลงการณ์ของสภาคองเกรสและบันทึกสภา แต่ไม่ได้มีการจัดหาพยานหลักฐานที่เปิดเผยว่าข้อกังวัลศีลธรรมอันดีของประชาชนได้รับการยอมรับโดยทั่วไปโดยประชาชนของสหรัฐอเมริกา แตกต่างจากคดี EC-Seal Products สหภาพยุโรปได้มีการทำแบบสำรวจถึงความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่ถูกนำมาขายในสหภาพยุโรป การทำแบบสำรวจความคิดเห็นในอาณาเขตประเทศสมาชิกเป็นวิธีที่ง่ายเพื่อที่จะได้ความคิดเห็นทั่วไปหรือข้อกังวัลของประชาชนผู้ใช้ข้อยกเว้น ซึ่งนอร์เวย์ แคนาดา และประเทศผู้ร้องในคดีพิพาทไม่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการทำสำรวจของสหภาพยุโรปเพื่อพิสูจน์ถึงการมีอยู่จริงของศีลธรรมอันดีต่อประชาชนในสหภาพยุโรป แต่องค์กรอุทธรณ์ในคดี EC-Seal Products ก็ไม่ได้นำแบบสำรวจความคิดเห็นมาเป็นปัจจัยหลักในการพิจารณาถึงการมีอยู่จริงของศีลธรรมอันดีของประชาชน

(ข) การที่องค์กรอุทธรณ์ได้ตรวจสอบถึงเหตุผลภูมิหลังของบทบัญญัติที่พิพาท หมายความว่ามาตรการพิพาทควรแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ว่าเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรหรือไม่ และประเทศสมาชิกสามารถประกาศวัตถุประสงค์หลังการบังคับใช้มาตรการเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยปราศจากการพิสูจน์ว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนมีพื้นฐานมาจากข้อกังวัลของประชาชนโดยส่วนใหญ่ได้หรือไม่ ประเด็นดังกล่าวมิได้ถูกยกขึ้นมาพิจารณาในคดีนี้ แต่เป็นประเด็นที่น่าสนใจที่ควรได้รับการวินิจฉัยเพื่อเป็นแนวทางที่ชัดเจนให้แก่ประเทศสมาชิกต่อไป

**4.3.2 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ว่า มาตรการพิพาทจะมีความจำเป็นเมื่อผ่านการพิจารณาด้วยกระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุล**



2979321983

CU-Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

## ปัจจัยที่เกี่ยวข้อง

คดี US- Gambling นี้ องค์กรอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าสหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์ให้เห็นถึงความจำเป็นของมาตรการเพื่อบรรลូវัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ โดยมีความสอดคล้องกับแนวทางการตีความของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกที่ผ่านมา ดังนี้

การพิจารณาด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) ของคดี Korea - Various Measures on Beef และคดี EC-Asbestos สอดคล้องกับคดี US Gambling กล่าวคือ จะต้องมีการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้อง 3 ปัจจัย ได้แก่ ความสำคัญของคุณค่าหรือประโยชน์ที่ต้องการปกป้อง ประสิทธิภาพของมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์เป็นจริงได้ และผลกระทบทางการค้าที่เกิดขึ้นจากมาตรการ เพื่อให้ทราบในเบื้องต้นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในการปกป้องคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่

### (1) การพิจารณาวัตถุประสงค์ของมาตรการพิพาทสามารถบรรลุเหตุผลที่ประเทศผู้ใช้มาตรการกล่าวอ้างตามอนุมาตราต่าง ๆ ในข้อยกเว้นทั่วไป

คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่ว่าผลประโยชน์และคุณค่าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) ได้ให้ผลประโยชน์ทางสังคมที่มีความสำคัญมาก อันมีความจำเป็นและความสำคัญในระดับสูงสุด ซึ่งแนวทางคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี Argentina – Financial Services ก็ได้วินิจฉัยสอดคล้องกับคดี US Gambling ที่องค์กรอุทธรณ์ในคดี Argentina – Financial Services เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่าการปกป้องระบบภาษีและการตอบโต้มาตรการภาษีที่เป็นภัย (harmful tax practices) และการฟอกเงินเป็นวัตถุประสงค์ผลประโยชน์หรือคุณค่าที่สำคัญสูงสุดสำหรับอาร์เจนตินา

(2) การพิจารณาการมีส่วนของมาตรการที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลได้จริง คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์นั้น สามารถทำให้บรรลូវัตถุประสงค์ตามที่ต้องการได้ไม่น้อยเพียงใด และองค์กรอุทธรณ์คดี Brazil – Retreaded Tyres ก็ได้นำเกณฑ์การพิจารณาการมีส่วนของมาตรการที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลได้จริงมาพิจารณาความจำเป็นของมาตรการเช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับคดี US Gambling โดยมีการพิจารณาว่าการห้ามนำเข้าจะทำให้ยางหล่อดอกที่ผลิตภายในประเทศเข้ามาแทนที่ยางหล่อดอกที่นำเข้า และยางที่หล่อดอกจะมีอายุการใช้งานสั้นกว่ายางใหม่ จำนวนยางที่เสื่อมคุณภาพก็จะ



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ลดลงจากการหล่อดอกยางที่ใช้แล้วภายในประเทศเพื่อกลับมาใช้งานเป็นครั้งที่สอง การห้ามนำเข้าจึงนำไปสู่การลดจำนวนลงของยางที่เสื่อมคุณภาพเพราะยางหล่อดอกที่นำเข้าอาจถูกแทนที่ด้วยยางใหม่ที่มีอายุการใช้งานยาวนานกว่า ดังนั้น มาตรการมิให้มีการนำเข้ายางหล่อดอก มีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายลดความเสี่ยงจากการสะสมยางที่ใช้แล้วเกิดขึ้นได้จริง

### (3) การพิจารณาผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศ

คำตัดสินขององค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Thailand – Cigarette ที่ตัดสินว่าต้องพิจารณาการใช้มาตรการว่าก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศหรือไม่ โดยคดี US Gambling องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทควรพิจารณาเน้นถึงผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศของกฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้งสามฉบับ แต่องค์การอุทธรณ์มิได้วินิจฉัยให้เหตุผลหรือรายละเอียดเพิ่มเติมในประเด็นนี้อย่างใด และคดี Thailand – Cigarette ได้นำปัจจัยนี้มาพิจารณาความจำเป็นของมาตรการด้วยเช่นกัน โดยพิจารณาว่าการห้ามนำเข้าบุหรี่ยังมีลักษณะเป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก และหากเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่น เช่น การออกกฎเกณฑ์ห้ามการโฆษณาบุหรี่ย การพิมพ์คำเตือนสุขภาพบนซองบุหรี่ย เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศน้อยกว่ามาตรการห้ามนำเข้า

(4) การพิจารณาว่าประเทศสมาชิกผู้ใช้มาตรการพิพาทไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และมาตรการที่นำมาใช้ต้องสามารถใช้ได้จริง

การพิจารณามาตรการทางเลือกที่เสนอโดยประเทศผู้ร้องว่าเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่า ไม่มีมาตรการอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือไม่มีการอื่นที่ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และเป็นมาตรการที่ประเทศสมาชิกสามารถปฏิบัติได้ในความเป็นจริง มิใช่เป็นเพียงวิธีการในทางทฤษฎีเท่านั้น และไม่เป็นการที่สร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ถูกร้องเกินสมควร เช่น มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง หรือมีสาระสำคัญทางเทคนิคเป็นที่ยุ่งยาก คำวินิจฉัยของคดี US Gambling สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Thailand – Cigarette ที่ว่าประเทศไทยยังมีมาตรการอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลเพื่อควบคุมทั้งคุณภาพและปริมาณของบุหรี่ย และสามารถบรรลุเป้าหมายนโยบายทางสุขภาพได้

ทั้งนี้ คดี US Gambling ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นของมาตรการว่า



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

จะต้องพิจารณาโดยกระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุล แล้วจึงเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่พิพาทกับมาตรการทางเลือก และกำหนดภาระการพิสูจน์ให้ชัดเจนขึ้น โดยภาระการพิสูจน์ตามกระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุลนี้เป็นหน้าที่ของประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 ของ GATS ที่จะต้องนำเสนอพยานหลักฐานและข้อมูลเพื่อพิสูจน์ตามปัจจัยข้างต้น และคดีอื่น ๆ ของ WTO ก็ได้ นำคำวินิจฉัยในส่วนนี้ของคดี US Gambling มาเป็นแนวทางการพิจารณาภาระการพิสูจน์ความจำเป็นของมาตรการ เช่น คดี United States – Gasoline คดี Korea-Various Measures on Beef คดี EC-Asbestos

กระบวนการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่พิพาทกับมาตรการทางเลือกนั้น ภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่ฝ่ายประเทศผู้ร้อง โดยประเทศผู้ร้องมีหน้าที่ในการเสนอมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับ GATS มากกว่ามาตรการพิพาท และเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล เพื่อเป็นการพิสูจน์ว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลอยู่ มาตรการที่พิพาทจึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น

ถ้าหากว่าประเทศผู้ถูกร้องสามารถพิสูจน์ได้ว่า มาตรการทางเลือกที่ได้รับการเสนอไม่เป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล แสดงว่า มาตรการที่พิพาทเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าหากว่าประเทศผู้ถูกร้องไม่สามารถพิสูจน์ว่า มาตรการทางเลือกอื่นไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล กล่าวคือ ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่เป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้างต้น มาตรการที่พิพาทก็ถือเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงเบื้องต้น (prima facie) ว่ามาตรการพิพาทเป็นมาตรการจำเป็นแล้ว และแอนติกัวร์ไม่สามารถระบุมาตรการทางเลือกอื่นที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล องค์กรอุทธรณ์จึงสรุปได้ว่าสหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์แล้วว่ามาตรการการออกกฎหมายห้ามการพนันเป็นมาตรการที่จำเป็น ซึ่งแนวทางการพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ในประเด็นความจำเป็นของมาตรการตามมาตรา 14 (เอ) GATS มีความสอดคล้องกับการพิจารณาในคดีของ GATT และในคดี US Gambling ได้มีการเพิ่มเติมแนวทางเพื่อให้มีความชัดเจนและรัดกุมมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการพิจารณาความจำเป็น โดยใช้กระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุล เป็นการเปิดช่องให้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ใช้ดุลยพินิจการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่โดยพิจารณาแบบองค์รวม น้ำหนักการพิจารณาของแต่ละปัจจัยในแต่ละคดีก็มีความแตกต่างกัน เพื่อให้มีความยืดหยุ่นโดยพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป และอาจทำให้มีความยุติธรรมที่เหมาะสมแก่การพิจารณาความจำเป็นของมาตรการในแต่ละคดีที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกัน



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

#### 4.3.3 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในเรื่องการบังคับใช้มาตรการพิพาทต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ หรือไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือก่อให้เกิดข้อจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าบริการ

แนวทางการพิจารณาบทนำของมาตรา 14 ของ GATS ของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ในหลายคดีที่ผ่านมา สามารถตั้งข้อสังเกตได้ 2 ประการ ประการแรก ถ้อยคำในอนุมาตราของข้อยกเว้นทั่วไปเป็นเนื้อหาของมาตรการ ส่วนบทนำคือการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ ประการที่สอง บทบัญญัติในอนุมาตราเป็นสิทธิในการใช้มาตรการเพื่อเหตุผลที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์และบทนำเกี่ยวข้องกับการป้องกันมิให้ใช้สิทธิในทางที่ผิด และประเทศผู้ถูกร้องมีภาระในการพิสูจน์ความสอดคล้องของมาตรการพิพาทกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปด้วย

องค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling เห็นว่า เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้นำสืบอย่างชัดเจนว่าสหรัฐอเมริกาบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันระหว่างรัฐ (Interstate Horseracing Act) อย่างไม่เลือกปฏิบัติ กฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้ผู้ให้บริการภายในประเทศบางรายให้บริการแข่งม้าได้ ขณะที่ห้ามผู้ให้บริการจากต่างประเทศให้บริการดังกล่าว (*United States—Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services*, 2005)<sup>326</sup> ดังนั้น คำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่ว่าการบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างพลการและไม่มีเหตุผล และไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทนำของมาตรา 14 ของ GATS สอดคล้องกับคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี US-Shrimp ที่วินิจฉัยว่าสหรัฐอเมริกาประเทศผู้ถูกร้องไม่สามารถให้เหตุผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึงได้มีการเลือกปฏิบัติการค้าบังคับใช้มาตรการตามมาตรา 609 และการให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคและความช่วยเหลือด้านการเงินระหว่างประเทศสมาชิก WTO ที่เป็นผู้ส่งออก

อนึ่ง คำวินิจฉัยในคดี EC-Seal Products ได้วินิจฉัยให้น้ำหนักแก่ความจำเป็นของมาตรการเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยในคดี US Gambling โดยองค์การอุทธรณ์ในคดี EC-Seal Products ได้วินิจฉัยว่ามาตรการ EU Seal Regime นั้นเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนตามบทเฉพาะของมาตรา 20 (เอ) GATT โดยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเห็นว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นเป็นมาตรฐานของการกระทำที่ถูกหรือผิดในสังคม ซึ่งแปรเปลี่ยนไปตามศาสนา วัฒนธรรม ประเพณีของสังคม เป็นต้น ในแต่ละ

<sup>326</sup> Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services*, W T/DS285/AB/R (adopted Apr. 20, 2005)



ประเทศสมาชิกจึงมีศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ตนมุ่งคุ้มครองแตกต่างกัน มาตรการ EU Seal Regime มีความจำเป็นเนื่องจากไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างสมเหตุผล (ณัจฉริยา โฉมงาม, 2559)<sup>327</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรการ EU Seal Regime มีเนื้อหาและการบังคับใช้ไม่สอดคล้องกับบทนำของมาตรา 20 ของ GATT เนื่องจากข้อยกเว้น IC Exception ถูกออกแบบและบังคับใช้กับกรีนแลนด์เท่านั้นในทางปฏิบัติ โดยมาตรการ EU Seal Regime ได้เลือกปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์แมวน้ำที่มาจากกรีนแลนด์และชนพื้นเมืองของแคนาดาและนอร์เวย์ แม้ว่ากรีนแลนด์ แคนาดาและนอร์เวย์นั้นจะเป็นประเทศที่มีเงื่อนไขคล้ายคลึงกัน แต่กรีนแลนด์เป็นประเทศเดียวที่ได้รับผลประโยชน์จากข้อยกเว้น IC Exception ของมาตรการ EU Seal Regime ดังนั้น มาตรการ EU Seal Regime จึงเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรืออย่างไม่มีเหตุผล (ชุตติมา บุญยประภัสร์, 2557)<sup>328</sup>

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า แม้ว่าการค้าเสรีมีความสำคัญดังที่ปรากฏในวัตถุประสงค์ของความตกลง GATS ในการขยายการค้าภายใต้เงื่อนไขการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ และเพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก แต่ดังจะเห็นได้ว่า คดี US Gambling คดี EC-Seal Products และคดี China – Audiovisual Products เป็นคดีที่ได้มีการตัดสินให้มีความสำคัญกับคุณค่าที่สำคัญของสังคมที่ต้องปกป้อง และคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ให้นำหนักกับความจำเป็นของมาตรการเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนมากกว่าการเปิดการค้าเสรี

นอกจากนี้ แนวทางการตีความบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปของคดีที่ได้นำมาศึกษา มีข้อน่าสังเกตที่น่าสนใจ ดังนี้

### **(1) การวิเคราะห์แนวทางการตีความบทนำของมาตรา 20 ที่มีวิวัฒนาการในการตีความที่เคร่งครัดมากยิ่งขึ้น**

องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาถึงนิยามคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามที่กล่าวไปในข้างต้นว่าลักษณะของศีลธรรมอันดีของประชาชนจะมีความยืดหยุ่นในตัวเองอยู่แล้ว เพราะมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคม การที่องค์การการค้าโลกให้ประเทศสมาชิกสามารถออกบทบัญญัติ

<sup>327</sup> ณัจฉริยา โฉมงาม, “WTO กับ ศีลธรรมอันดีของประชาชน : ศึกษากรณีการห้ามนำเข้าและวางตลาดผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำของสหภาพยุโรป”, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2559, หน้า 214.

<sup>328</sup> ชุตติมา บุญยประภัสร์, วารสารการค้าระหว่างประเทศ, ฉบับที่ 5 กรกฎาคม – กันยายน 2557, หน้า 31.

เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนของตนได้จึงเป็นการเพิ่มความยืดหยุ่นในการบังคับใช้มาตรการให้แก่บทเฉพาะมาตรา 14 (เอ) และเมื่อพิจารณาถึงอนุมาตราอื่น ๆ ในมาตรา 14 จะเห็นว่ามาตรา 14 (เอ) มีความยืดหยุ่นที่สุด เมื่อเทียบกับบทเฉพาะของมาตรา 14 ในอนุมาตราอื่น ๆ ที่มีเงื่อนไขหรือเกณฑ์อื่นที่จะต้องพิสูจน์อย่างเข้มงวดตามเงื่อนไขซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของประเทศผู้ร้อง

ดังจะเห็นแนวโน้มของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ที่มีการตีความบทนำของมาตรา 14 ของ GATS อย่างเคร่งครัด

องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่ามาตรการที่มีลักษณะมีความเป็นกลางและไม่เลือกปฏิบัติจะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีการเลือกดำเนินคดีต่อบุคคลที่จะทำให้เกิดผลเป็นการเลือกปฏิบัติ การพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เพียงแต่พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายที่พิพาทว่าเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ให้บริการสหรัฐอเมริกาและผู้ให้บริการต่างชาติหรือไม่ และพยานหลักฐานว่ามีการบังคับใช้กฎหมายพิพาทกับผู้ให้บริการภายในประเทศด้วยหรือไม่ แต่จะต้องพิจารณาถึงจำนวนรวมทั้งหมดของผู้ให้บริการ รูปแบบของการบังคับใช้ และเหตุผลที่ยกเว้นการบังคับใช้ในสถานการณ์พิเศษ และในคดี US-Gasoline ได้พิจารณาถึงการบังคับใช้ของวิธีการกำหนดคุณภาพของน้ำมันระหว่างภายในสหรัฐอเมริกาและในต่างประเทศ และสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการอธิบายมาตรฐานดังกล่าวแก่โรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศโดยอ้างว่าเป็นการยากที่จะไปตรวจพิสูจน์และบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับโรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศ แต่องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าเหตุผลดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะให้มีการเลือกปฏิบัติได้ เนื่องจากปัจจุบันมีเทคนิคการตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับน้ำมันนำเข้าซึ่งสามารถตรวจสอบได้ แม้สหรัฐอเมริกาจะอ้างว่าเหตุผลที่เลือกปฏิบัติเนื่องจากโรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศยากที่จะไปตรวจพิสูจน์และบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับโรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศ เช่นเดียวกันกับคดี US-Shrimp ที่ตัดสินว่าแม้มาตรการจะมีการนำไปใช้กับทุกประเทศ แต่องค์กรอุทธรณ์ก็ได้มีการพิจารณาว่ารัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้ให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคและความช่วยเหลือด้านการเงินแก่บางประเทศ และกำหนดรูปแบบการใช้บังคับมาตรการตามมาตรา 609 ในลักษณะที่ผ่อนปรนเป็นพิเศษว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับบทนำของข้อยกเว้นทั่วไป

สรุปได้ว่า องค์กรอุทธรณ์ตีความบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปเคร่งครัดมากยิ่งขึ้นกว่าเดิมซึ่งเป็นการช่วยป้องกันการใช้สิทธิอย่างไม่ชอบธรรมของประเทศสมาชิก หากประเทศสมาชิกใดใช้เกณสิทธิ์ของตนและไปกระทบกับสิทธิ์ของประเทศสมาชิกอื่นที่มีตามกฎหมายองค์การการค้าโลก ก็จะทำให้ระบบการค้าพหุภาคีของ WTO ต้องเสียไป บทนำจึงเสมือนเป็นเครื่องมือในการพิจารณาว่าประเทศสมาชิกที่กล่าวอ้างมาตรการพิพาทมีเจตนาสุจริตหรือไม่



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

(2) ไม่มีการให้คำนิยามที่ชัดเจนของความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติ “ตามอำเภอใจ” (arbitrary discrimination) กับการเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ (unjustifiable discrimination)

ผู้เขียนสังเกตว่าตั้งแต่มีคำวินิจฉัยช้อยกเว้นทั่วไป องค์การอุทธรณ์มักจะละเว้นการให้ความหมายที่ชัดเจนของการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ (arbitrary discrimination) กับการเลือกปฏิบัติอย่างที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ (unjustifiable discrimination) ในคดี US – Shrimp องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจเพราะความเข้มงวดในการออกใบอนุญาตและขั้นตอนการอนุญาตของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการปรึกษาหารือกับประเทศผู้ร้อง ส่วนองค์การอุทธรณ์ในคดี US-Shrimp พิจารณาว่าความพยายามในการปรึกษาหารือสามารถนำมาพิจารณาได้ว่ามีการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติอันไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้หรือไม่ นั่น เป็นกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกผู้นำเข้าได้ทำความตกลงกับกลุ่มประเทศหนึ่ง แต่ไม่ได้ทำกับอีกกลุ่มประเทศหนึ่ง ดังเห็นได้ว่าในแต่ละคดีมีการพิจารณาการเลือกปฏิบัติ “ตามอำเภอใจ” กับการเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ด้วยเกณฑ์ที่ต่างกันและไม่ชัดเจน

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประวัติการร่างของบทนำของมาตรา 14 ของ GATS ซึ่งมาจากมาตรา 20 ของความตกลง GATT ซึ่งเดิมที่ระบุว่ามาตรการ “จะต้องไม่นำมาใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกัน หรือจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศ” (*Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, Committee II, 1946*)<sup>329</sup> คำว่า “ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้” (unjustifiable) ได้ถูกเพิ่มเข้ามาในตอนหลังของกระบวนการร่าง (Lorand Bartels, 2015)<sup>330</sup> การปฏิบัติตามอำเภอใจอาจเข้าใจได้ว่ามาจากหลักการใช้สิทธิในทางที่ผิด (doctrine of abuse of rights) แต่การตีความขององค์การอุทธรณ์ยังคงเป็นที่น่าสงสัย และอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนคิดเห็นว่าคำว่าเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจอาจแสดงถึงการเลือกปฏิบัติที่ไม่มีเหตุผลสนับสนุนการใช้ช้อยกเว้น ขณะที่การเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ ประเทศผู้

<sup>329</sup>Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, Committee II, Technical Sub-committee, at 7, UN Doc. E/PC/T/C.II/50 (Nov. 13, 1946); Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, Committee II, Report of the Technical Sub-committee, at 36, UN Doc. E/PC/T/C.II/54/Rev.1 (Nov. 28, 1946).

<sup>330</sup> Lorand Bartels, ‘The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements : A Reconstruction’, American Journal of International Law, 2015 American Society of International Law, page 122.



ร้องอาจะมีเหตุผล แต่อาจไม่ชอบธรรมหรือยังไม่มีเหตุอันควรพอที่มาตรการจะนำมาใช้

ผู้เขียนขอสรุปการวิเคราะห์ในประเด็น 4.3. ประเด็นความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป ดังตารางต่อไปนี้

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
มาตรา 14 (เอ) มาตรการ จำเป็นเพื่อ คุ้มครอง ศีลธรรม อันดีของ ประชาชน หรือรักษา ความสงบ เรียบร้อย สาธารณะ	(1) มาตรการพิพาทมี ความเชื่อมโยงระหว่าง วัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครอง กับศีลธรรมอันดีของ ประชาชน กฎหมายระดับรัฐบาล กลางทั้งสามฉบับของ สหรัฐอเมริกาบัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดี ของประชาชนและรักษา ความสงบเรียบร้อย สาธารณะ โดย คณะกรรมการพิจารณาข้อ พิพาทอ้างอิงรายงาน สภาkongเกรส และคำ แถลงนโยบายที่แสดงให้เห็นว่า “รัฐบาล สหรัฐอเมริกาได้บัญญัติ กฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act และกฎหมาย the IGBA โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้อง ปรามการฟอกเงิน องค์กร อาชญากรรม การฉ้อโกง	(1) มาตรการพิพาทมีความเชื่อมโยง ระหว่างวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองกับ ศีลธรรมอันดีของประชาชน คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี China-Publications and Audiovisual Products และคดี EC- Seal Products ได้อ้างถึงคณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาทในคดี US Gambling ที่ตีความความหมายคำว่า “ศีลธรรมอัน ดีของประชาชน” ว่าหมายถึง มาตรฐาน ของการประพฤติที่ถูกและผิดซึ่งรักษาไว้ ซึ่งหรือเพื่อผลประโยชน์ของสังคมหรือ ชาติ เนื้อหาของแนวคิดของแต่ละ ประเทศสมาชิกอาจแตกต่างกันในแต่ละ ยุคสมัยและสถานที่ ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เช่น คุณค่าทางสังคม คุณค่าเชิง วัฒนธรรม คุณค่าทางจริยธรรม และ คุณค่าทางศาสนา ประเทศสมาชิกควร เป็นผู้นิยามขอบเขตและปรับใช้แนวคิด ‘ศีลธรรมอันดีของประชาชน’ ในอาณา เขตประเทศตนเอง ตามระบบและระดับ คุณค่าของประเทศตน ในคดี EC-Seal Products	1) มาตรการ พิพาทมีความ เชื่อมโยงระหว่าง วัตถุประสงค์ที่มุ่ง คุ้มครองกับ ศีลธรรมอันดีของ ประชาชน <u>สอดคล้อง</u> ทั้งคดี China- Publications and Audiovisual Products และคดี EC-Seal Products ที่ต่างนำ คำนิยามของคำว่า ศีลธรรมอันดีของ ประชาชน ในคดี US Gambling ไป พิจารณา และคดี EC-Seal Product ก็สอดคล้องกับคดี US Gambling โดย คณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาท



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
	<p>การพนันในกลุ่มเยาวชน และกลุ่มคนที่ติดการพนัน” ดังนี้ กฎหมายของรัฐบาลกลางจึงเป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน และ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะภายในความหมายของมาตรา 14 (เอ)</p> <p>โดยคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” แสดงถึงมาตรฐานแห่งการประพฤติที่ถูกและผิดที่รักษาไว้ซึ่งหรือเพื่อประโยชน์แก่สังคมหรือชาติ โดยเนื้อหาของศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยและสถานที่ ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เช่น คุณค่าทางสังคม วัฒนธรรม จริยธรรม และศาสนา ดังนั้น ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดขอบเขตคำนิยามและการนำไปใช้</p>	<p>คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้พิจารณาอารัมภบทของข้อบังคับพื้นฐานของ EU Seal Regime พบว่าข้อบังคับดังกล่าวบัญญัติถึงวัตถุประสงค์ 3 ประการ ประการแรก ความจำเป็นที่จะทำให้เกิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับแมวน้ำในตลาดภายในสหภาพยุโรปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ประการที่สอง ข้อบังคับดังกล่าวแสดงถึงข้อกังวลเกี่ยวกับสวัสดิภาพของแมวน้ำ ประการที่สาม ความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งสภาพเศรษฐกิจและผลประโยชน์ทางสังคมของชาวอินูอิตในการล่าแมวน้ำ และกำหนดเงื่อนไขสำหรับข้อยกเว้น IC Exception ข้อยกเว้น MRM Exception และข้อยกเว้น Travelers Exception ไว้</p> <p>คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบประวัติการร่างมาตรการ EU Seal Regime โดยมาตรการดังกล่าวมีจุดเริ่มต้นจากปฎิญญาของรัฐสภายุโรปต่อการต่อต้านสินค้าจากแมวน้ำในสหภาพยุโรป โดยในอารัมภบทของปฏิญญาดังกล่าวได้อ้างถึงการสำรวจซึ่งพบว่า มีแมวน้ำในสัดส่วนที่แน่นอนจำนวนหนึ่งที่อาจจะถูกถลกหนังออกขณะที่ยังมีสติหรือรู้สึกตัว จากข้อความอารัมภบทของปฏิญญาดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างปฏิญญาดังกล่าวกับสวัสดิภาพของ</p>	<p>ได้ตรวจสอบประวัติการร่างของมาตรการพิพาทซึ่งแสดงให้เห็นว่า มาตรการดังกล่าว เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีในสหภาพยุโรป</p>



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
	ของแนวคิดศีลธรรมอันดี ของประชาชนภายใน อาณาเขตของประเทศตน ตามระบบและคุณค่าของ ประเทศตนได้	เมาน้ำ และข้อเสนอของ คณะกรรมการการยุโรปที่กล่าวถึงข้อ กังวลสาธารณะเกี่ยวกับข้อพิจารณาทาง จริยธรรม ซึ่งต่างเป็นตราสารอันเป็น ประวัติการยกร่างของมาตรการที่แสดง ให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างข้อกังวล ของสาธารณชนต่อข้อพิจารณาทาง ศีลธรรม	

ตารางที่ 10 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวทางคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO  
ในการพิจารณาว่ามาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกา มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของ  
ประชาชนหรือรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
	(2) มาตรการพิพาทต้อง มีความจำเป็น ภายใต้ มาตรา 14 (เอ) GATS  (ก) กฎหมายระดับ รัฐบาลกลางทั้งสามของ สหรัฐอเมริกามีขึ้นเพื่อ คุ้มครองประโยชน์ทาง สังคมที่มีความสำคัญ มาก องค์การอุทธรณ์เห็น	(2) แนวทางการตีความ มาตรการพิพาทมีความจำเป็น ภายใต้มาตรา 14 (เอ)  (ก) มาตรการพิพาทมีขึ้นเพื่อ คุ้มครองประโยชน์ทางสังคมที่มี ความสำคัญมาก คดี Argentina – Financial Services การปกป้องระบบภาษี และการตอบโต้มาตรการภาษีที่ เป็นภัย และการฟอกเงินเป็น	(2) แนวทางการตีความ มาตรการพิพาทมีความ จำเป็นภายใต้มาตรา 14 (เอ)  (ก) มาตรการพิพาทมีขึ้น เพื่อคุ้มครองประโยชน์ ทางสังคมที่มีความสำคัญ มาก คำวินิจฉัยขององค์กร อุทธรณ์ในคดี Korea-



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
	<p>ด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท ว่า ผลประโยชน์และคุณค่าที่ได้รับมีความคุ้มครองตามกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) ได้ให้ผลประโยชน์ทางสังคมที่มีความสำคัญมาก อันมีความจำเป็นและความสำคัญในระดับสูงสุด</p>	<p>วัตถุประสงค์ ผลประโยชน์หรือคุณค่าที่สำคัญสูงสุดสำหรับอาร์เจนตินา</p>	<p>Various Measures on Beef สอดคล้องกับคดี US Gambling โดยคดี Korea- Various Measures on Beef พิจารณาว่าหากคุณค่าหรือประโยชน์ที่ต้องการปกป้องมีความสำคัญมากเท่าใด มาตรการดังกล่าวก็ยังมีความจำเป็น โดยชี้ว่ามาตรการระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานมีขึ้นเพื่อมิให้มีการหลอกลวงแก่ผู้บริโภคถึงแหล่งกำเนิดของเนื้อวัวที่แท้จริง นอกจากนี้คำวินิจฉัยคดี EC-Asbestos ก็สอดคล้องกับคดี US Gambling ที่ตัดสินว่าประเทศสมาชิกมีสิทธิในการกำหนดระดับการปกป้องที่ได้พิจารณาตามความเหมาะสมของสถานการณ์ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีไม่สามารถโต้แย้งอำนาจของประเทศสมาชิก WTO ในการกำหนดระดับของการปกป้องในระดับที่ประเทศ</p>



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
			สมาชิกต้องการได้
	<p>(ข) มาตรการพิพาทมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นจริง</p> <p>องค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่า มาตรการของสหรัฐอเมริกามีความจำเป็นโดยกฎหมาย the Wire Act กฎหมาย the Travel Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) และกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act (เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้อง) มีส่วนทำให้เกิดขึ้นจริง กฎหมายดังกล่าวมุ่งหมายจัดการฟอกเงิน องค์กรอาชญากรรม การฉ้อโกง การพนันในกลุ่มเยาวชน การติดการพนัน</p>	<p>(ข) มาตรการมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นได้จริง</p> <p>องค์กรอุทธรณ์คดี Korea - Various Measures on Beef สันนิษฐานว่าเกาหลีมีเจตนาที่จะลดจำนวนคดีฉ้อโกงเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดเนื้อวัวที่ขายโดยผู้ค้าปลีก คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพบว่าระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานลดโอกาสและลดสิ่งยั่วยุผู้ค้าเนื้อให้หลอกนำเสนอขายเนื้อต่างประเทศว่าเป็นเนื้อที่ผลิตภายในประเทศ องค์กรอุทธรณ์ยอมรับข้อโต้แย้งของเกาหลีว่าระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานช่วยควบคุมและมีแนวทางการป้องกันการประตบัติที่ฉ้อโกงก่อนที่ปัญหาเกิด อย่างไรก็ตาม ระบบการค้าปลีกเนื้อแบบคู่ขนานเป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งที่ช่วยลดอย่างมีนัยสำคัญต่อการละเมิดของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม</p> <p>คดี Brazil- Retreaded Tyres วิเคราะห์ในแง่คุณภาพว่าการ</p>	<p>(ข) มาตรการมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นได้จริง</p> <p>คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ว่ามาตรการพิพาททั้ง 3 ฉบับ มีส่วนทำให้เกิดขึ้นจริง โดยช่วยจัดการฟอกเงิน องค์กรอาชญากรรม การฉ้อโกง การพนันในกลุ่มเยาวชน โรคติดการพนัน คดีมีการประเมินว่า มาตรการที่ประเทศสมาชิกเลือกใช้นั้นสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการได้มากน้อยเพียงใด และคดี Brazil – Retreaded Tyres ก็มี ความสอดคล้องกับคดี US Gambling โดยคดี Brazil – Retreaded Tyres มีการพิจารณาว่ามาตรการให้มี การนำเข้าอย่างหลอ ดอก มีส่วนทำให้ วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายลด</p>



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10



ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
	<p>กฎหมาย the Wire Act และกฎหมาย the Travel Act ได้ห้ามการให้บริการการพนันขั้นต่อทางไกล โดยมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับข้อกังวลดังกล่าว และมีประสิทธิภาพในการขจัดข้อกังวลดังกล่าว ส่วนกฎหมาย the Illegal Gambling Business Act ได้ห้ามการดำเนินงาน การให้ความสนับสนุนทางการเงิน การจัดการ การควบคุม การขึ้นทะเบียน หรือการเป็นเจ้าของไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐกิจการพนันที่ผิดกฎหมาย (illegal gambling business) อันเป็นธุรกิจการพนันที่ละเมิดกฎหมายระดับมลรัฐ (หรือหน่วยงานปกครองระดับย่อยทางการเมือง) ของสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย the Illegal Gambling Business</p>	<p>ห้ามนำเข้าจะทำให้ยางหล่อดอกที่ผลิตภายในประเทศเข้ามาแทนที่ยางหล่อดอกที่นำเข้า และยางที่หล่อดอกจะมีอายุการใช้งานสั้นกว่ายางใหม่ ดังนั้น การห้ามนำเข้าจึงนำไปสู่การลดจำนวนลงของยางที่เสื่อมคุณภาพ เพราะยางหล่อดอกที่นำเข้าอาจถูกแทนที่ด้วยยางใหม่ที่มีอายุการใช้งานยาวนานกว่า หากอุตสาหกรรมหล่อดอกภายในประเทศมีการหล่อดอกยางที่ใช้แล้วภายในประเทศมากขึ้น จำนวนยางที่เสื่อมคุณภาพก็จะลดลงจากการหล่อดอกยางที่ใช้แล้วเพื่อกลับมาใช้งานเป็นครั้งที่สอง มิฉะนั้น ยางดังกล่าวก็เสียประโยชน์ไปทันทีหลังจากการใช้ครั้งแรกแล้ว ดังนั้น การห้ามนำเข้าทำให้บรรลุลดความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการสะสมยางที่เสื่อมคุณภาพลง</p>	<p>ความเสี่ยงจากการสะสมยางที่ใช้แล้วเกิดขึ้นได้จริง</p>



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
	Act มีประสิทธิภาพในการจัดซื้อกังวลดงกล่าว		
	<p>(ค) มาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศ องค์การอุทธรณ์พิจารณาว่าการวิเคราะห์ในส่วนนี้ต้องเน้นถึงผลกระทบอันเป็นการจำกัดทางการค้าของกฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้งสามฉบับ อย่างไรก็ตาม องค์การอุทธรณ์ก็ได้วินิจฉัยให้เหตุผลหรือรายละเอียดเพิ่มเติมในประเด็นนี้แต่อย่างใด</p>	<p>(ค) ผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศ คดี Thailand – Cigarette มาตรการจำกัดเชิงปริมาณในการนำเข้าบุหรี่ของประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 ที่กำหนดห้ามนำเข้าเว้นแต่ได้รับอนุญาต แต่ในความเป็นจริงแล้วใบอนุญาตดังกล่าวออกให้แก่การค้าบุหรี่ของไทยที่เป็นการผูกขาดที่ทำโดยรัฐบาลไทยเท่านั้น และมีการนำเข้าบุหรี่เพียงแค่ 3 ครั้งเท่านั้น ดังนั้น จึงถือเป็นการจำกัดการนำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ใช้มาตรการดังกล่าวกับทุกประเทศที่ส่งออกบุหรี่มายังประเทศไทย การจำกัดการนำเข้าจึงมีลักษณะเป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก</p> <p>คดี China-Publications and Audiovisual Products มาตรการพิพาทที่กำหนดเงื่อนไข</p>	<p>(ค) การพิจารณาผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศ คำตัดสินขององค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Thailand – Cigarette ที่ตัดสินว่าต้องพิจารณาการใช้มาตรการว่าก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศหรือไม่ โดยคดี US Gambling องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทควรพิจารณานำถึงผลกระทบอันเป็นการจำกัดทางการค้าของกฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้งสามฉบับ แต่องค์การอุทธรณ์ก็ได้วินิจฉัยให้เหตุผลหรือรายละเอียดเพิ่มเติมในประเด็นนี้อย่างใด และคดี Thailand –</p>



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
		<p>ที่กำหนดให้บริษัทที่มีสิทธิในการตรวจสอบเนื้อหาของสินค้าต้องเป็นบริษัทที่รัฐเป็นเจ้าของเท่านั้น และบทบัญญัติที่กั้นไว้ให้บริษัทที่ลงทุนโดยต่างชาตินำเข้าสินค้าที่เกี่ยวข้องเป็นบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดการนำเข้าเป็นอย่างมาก</p>	<p>Cigarette ได้นำปัจจัยนี้มาพิจารณาความจำเป็นของมาตรการด้วยเช่นกัน โดยพิจารณาว่าการห้ามนำเข้าบุหรี่มีลักษณะเป็นสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก และหากเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่น เช่น การออกกฎเกณฑ์ห้ามการโฆษณาบุหรี่ การพิมพ์คำเตือนสุขภาพบนซองบุหรี่ เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศน้อยกว่ามาตรการห้ามนำเข้า</p>
	<p>(ง) สหรัฐอเมริกาไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือ ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และสามารถใช้มาตรการได้ในทางปฏิบัติ</p> <p>การเข้าร่วมปรึกษาหารือ</p>	<p>(ง) ประเทศสมาชิกผู้ใช้มาตรการพิพาทต้องไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือ ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และสามารถใช้มาตรการได้ในทางปฏิบัติ</p> <p>คดี Thailand –Cigarette ที่ว่าประเทศไทยยังมีมาตรการอื่น ๆ</p>	<p>(ง) การพิจารณามาตรการพิพาทต้องไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และสามารถใช้มาตรการได้ในทางปฏิบัติ</p> <p>เมื่อสหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์</p>



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
	<p>กับแอนติกัวร์และบาร์บูดา มิใช่มาตรการทางเลือกที่เหมาะสม เพราะการเจรจาเป็นเพียงกระบวนการ แต่ผลที่เกิดขึ้นจากการเจรจานั้นไม่แน่นอนและไม่อาจนำมาเปรียบเทียบกับมาตรการพิพาทในคดีนี้ได้ แต่มาตรการหนึ่งมาตรการใดจะเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น ก็ต่อเมื่อมีมาตรการอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการข้อพิพาท หรือมีมาตรการอื่นที่ละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และมาตรการอื่นจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้ได้ทางประติบัติ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้โดยไม่ก่อให้เกิดภาระในการดำเนินการมากเกินไป</p>	<p>ที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลเพื่อควบคุมทั้งคุณภาพและปริมาณของบุหรี่ และสามารถบรรลุเป้าหมายนโยบายทางสุขภาพได้ ดังนั้น การประติบัติของไทยที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายบุหรี่ที่ผลิตภายในประเทศ แต่ไม่อนุญาตให้มีการนำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศไม่ใช่มาตรการที่มีความจำเป็น ภายในความหมายของมาตรา 20 (บี) เพราะการดำเนินการอื่นที่สามารถกระทำได้อาทิเช่น การออกกฎระเบียบให้ติดฉลากและเปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่อย่างไม่เลือกประติบัติ ภายใต้การอนุญาตและกำกับการดูแลของรัฐบาล และมีการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับบุหรี่ต่อสาธารณะ มีการดำเนินการตามกฎระเบียบในการขอให้เปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่กับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายที่เป็นคนต่างชาติอย่างไม่เลือกประติบัติ การดำเนินการเหล่านี้เป็นมาตรการทางเลือกซึ่งสอดคล้องกับความตกลง GATT ตามที่ประเทศผู้ร้องอ้าง คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาว่า</p>	<p>ข้อเท็จจริงเบื้องต้นว่า มาตรการพิพาทเป็นมาตรการจำเป็นแล้ว และแอนติกัวร์ไม่สามารถระบุมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล องค์การอุทธรณ์จึงสรุปได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์แล้วว่ามาตรการการออกกฎหมายห้ามการพนันเป็นมาตรการที่จำเป็น ซึ่งแนวทางการพิจารณาขององค์การอุทธรณ์ในประเด็นความจำเป็นของมาตรการตามมาตรา 14 (เอ) GATS ถูกนำมาเป็นแนวทางให้แก่การวินิจฉัยในคดี Brazil - Retreaded Tyres คดี US-Shrimp คดี China - Audiovisual Products และในคดี US Gambling ได้มีการเพิ่มเติมแนวทางเพื่อให้มีความชัดเจนและรัดกุมมากยิ่งขึ้น</p>



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
		<p>ประเทศไทยยังสามารถใช้มาตรการอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATT มากกว่ามาตรการพิพาทในการบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันของนโยบายจำกัดการนำเข้าบุหรี่</p> <p>คดี Korea- Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทชี้ว่ายังมีมาตรการทางเลือก ซึ่งในอดีตเกาหลีสามารถนำมาแบ่งแยกเนื้อวัวที่นำเข้าจากเนื้อวัวภายในประเทศ เช่น เผยแพร่ยอดจำนวนเนื้อวัวที่นำเข้าและนำมาหลอกขายว่าเป็นเนื้อวัวที่ผลิตภายในประเทศ กำหนดค่าปรับจากกำไรที่อาจเป็นไปได้จากการฉ้อโกง การเก็บบันทึกธุรกรรมของผู้ค้าเนื้อวัว ทั้งนี้เกาหลีไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นได้ว่ามาตรการทางเลือกดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไป</p> <p>คดี EC-Seal Products ตัดสินว่า Hypothetical Regime ที่เสนอโดยประเทศผู้ร้องซึ่งระบุถึงการมีส่วนร่วมของ</p>	



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อกำหนด	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความสอดคล้อง
		<p>สาธารณชนใน EU ในตลาดสินค้าที่มาจากการล่าแมวน้ำอย่างทารุณ หรือปริมาณรวมทั้งหมดของแมวน้ำที่ถูกฆ่าอย่างทารุณกรรม หรือแม้แต่ระบบการอนุญาตที่เข้มงวด เป็นมาตรการทางเลือกที่ยากในการนำไปใช้และบังคับใช้ และนำไปสู่จำนวนที่เพิ่มมากขึ้นของแมวน้ำที่ถูกฆ่าอย่างทารุณ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาว่าแม้มาตรฐานสวัสดิภาพ การออกใบอนุญาต และเงื่อนไขของฉลาก เป็นวิธีที่ผ่อนปรนซึ่งถูกเสนอเป็นมาตรการทางเลือกที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล แต่ไม่มีส่วนทำให้บรรลุวัตถุประสงค์การคุ้มครองศีลธรรมอันดีในสหภาพยุโรปเกี่ยวกับสวัสดิภาพของแมวน้ำ ดังนั้น องค์การอุทธรณ์จึงเห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทว่า hypothetical regime ไม่ได้ถือว่าเป็นมาตรการทางเลือกที่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล</p>	

ตารางที่ 11 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับแนวคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ว่า มาตรการพิพาทจะมีความจำเป็นเมื่อผ่านการพิจารณาด้วยกระบวนการซึ่งนำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้อง



2979321983

CT IThesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ข้อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
<p>มาตรา รของ ประเทศ สมาชิก จะต้อง ไม่บังคับ ใช้ใน ลักษณะ ที่ ก่อให้เกิด การเลือก ปฏิบัติ ตาม อำเภอใจ หรือไม่ สามารถ เหตุผล อัน สมควร หรือเป็น การ จำกัด อย่าง แอบแฝง ในทาง การค้า ระหว่าง ประเทศ</p>	<p>องค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling ไม่ได้แยก พิจารณาในแต่ละส่วนว่า มาตรการพิพาทก่อให้เกิด การเลือกปฏิบัติตามที่ อำเภอใจหรือไม่สามารถ เหตุผลอันสมควรหรือเป็น การจำกัดอย่างแอบแฝง ในทางการค้าระหว่าง ประเทศที่มีสถานการณ์ เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน อย่างไร แต่มีการพิจารณา แบบองค์รวม ดังนี้ องค์กร อุทธรณ์เห็นว่าโดยเนื้อหาของ บทบัญญัติกฎหมาย ระดับรัฐบาลกลางทั้ง 3 ฉบับนั้น ไม่มีลักษณะเป็น การเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ ให้บริการภายในประเทศกับ ผู้ให้บริการต่างประเทศ องค์การอุทธรณ์จึงเห็นด้วย กับคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการพิจารณาข้อ พิพาทที่ว่าบริบทของ มาตรการที่มีลักษณะมีความ เป็นกลางและไม่เลือกประ ศัตินั้น จะต้องเป็นกรณี ที่ไม่มีการเลือกดำเนินคดีต่อ</p>	<p>(1) มาตรการของประเทศสมาชิก จะต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่ ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตาม อำเภอใจ ระหว่างประเทศที่มี สถานการณ์เหมือนกันหรือ ใกล้เคียงกัน คดี US-Shrimp การใช้มาตรการ ของสหรัฐอเมริกาที่เป็นไปอย่าง เข้มงวด ปราศจากความยืดหยุ่น โดยกำหนดให้ประเทศอื่นยอมรับ เอามาตรการที่เหมือนกับที่ใช้ ประเทศตนมาใช้ได้เท่านั้น โดยไม่มี การพิจารณาถึงความเหมาะสมแก่ สภาพของประเทศผู้ส่งออก และ การให้การรับรองแก่ประเทศผู้ ส่งออกที่ขาดความโปร่งใสและการ พิจารณาแต่เพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากการให้การรับรองตาม Section 609 โดยเจ้าหน้าที่ผู้มี อำนาจของสำนักงานอนุรักษ์ทะเล กระทรวงการต่างประเทศ และ สถาบันบริการประมงแห่งชาติของ สหรัฐอเมริกา ประเทศผู้ส่งออกไม่ สามารถมีส่วนร่วมในการพิจารณา หรือโต้แย้งปฏิเสธผลการพิจารณา ได้เลย อีกทั้งยังไม่ทราบสาเหตุแห่ง การปฏิเสธการให้การรับรองแต่ อย่างไร ทั้งยังไม่ทราบว่าเจ้าหน้าที่</p>	<p>ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ โดยรวม ดังนี้ องค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling เห็นว่า เนื่องจากสหรัฐอเมริกา มิได้นำสืบอย่างชัดเจนว่า สหรัฐอเมริกาบังคับใช้ กฎหมายการแข่งขัน ระหว่างรัฐ อย่างไม่เลือก ปฏิบัติ กฎหมาย ดังกล่าวอนุญาตให้ผู้ให้ บริการภายในประเทศ บางรายให้บริการแข่งม้า ได้ ขณะที่ห้ามผู้ ให้บริการจาก ต่างประเทศให้บริการ ดังกล่าว ดังนั้น คำ วินิจฉัยขององค์กร อุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่ว่าการ บังคับใช้กฎหมายของ สหรัฐอเมริกาเป็นการ เลือกปฏิบัติอย่าง ผลการและไม่มีเหตุผล และไม่เป็นไปตาม เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบท นำของมาตรา 14 ของ GATS สอดคล้องกับคำ</p>



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ชื่อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
ที่มี สถานกา รณ์ เหมือนกั นหรือ ใกล้เคียง กัน	บุคคลอื่นอาจก่อให้เกิด ระดับการเลือกปฏิบัติได้ องค์กรอุทธรณ์เน้นว่าการ พิจารณาการบังคับใช้ กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เพียง แค่พิจารณาจาก พยานหลักฐานว่ามี การ บังคับใช้กฎหมายพิพาทกับ ผู้ให้บริการภายในประเทศ ด้วยหรือไม่ แต่จะต้อง พิจารณาถึงจำนวนรวม ทั้งหมดของผู้ให้บริการ รูปแบบ ของการบังคับใช้ และเหตุผลที่ยกเว้นการ บังคับใช้ในสถานการณ์ พิเศษ แท้จริงแล้วเจ้าหน้าที่ ผู้บังคับใช้อาจละเว้นการ ดำเนินคดีในหลายกรณีด้วย เหตุผลที่ไม่เกี่ยวกับเจตนา เลือกปฏิบัติ และไม่มีผล ให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ด้วย อย่างไรก็ดี สหรัฐอเมริกาไม่ อาจนำสืบได้อย่างชัดเจนว่า การบังคับใช้กฎหมาย Interstate Horseracing Act นั้นนำมาใช้ทั้งกับผู้ ให้บริการภายในประเทศ และต่างประเทศในการ	ใช้มาตรฐานใดในการพิจารณาให้ การรับรองหรือปฏิเสธ รวมทั้งไม่มี ขั้นตอนทางกฎหมายอย่างเป็นทางการในการตรวจสอบหรือ อุทธรณ์จากการปฏิเสธคำขอ องค์กรอุทธรณ์จึงตัดสินให้ มาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มี วัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ ทรัพยากรเต่าทะเลซึ่งเป็น ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมด ไปนั้น ไม่ผ่านเงื่อนไขของวรรคบท นำว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติตาม อำเภอใจระหว่างสมาชิกที่มี สถานการณ์เหมือนกันหรือ ใกล้เคียงกัน  (2) มาตรการของประเทศสมาชิก จะต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่ ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติอย่าง ที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควร ได้ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์ เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน  คดี EC-Asbestos คณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาทพิจารณาข้อ กล่าวอ้างของสหภาพยุโรปว่ารัฐ บัญญัติของฝรั่งเศสที่ 96-1133 เกี่ยวกับแร่ใยหินและผลิตภัณฑ์ที่มี ส่วนประกอบของแร่ใยหินที่มีผล บังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.	วินิจฉัยขององค์กร อุทธรณ์ในคดี US- Shrimp ที่วินิจฉัยว่า สหรัฐอเมริกาประเทศผู้ ถูกร้องไม่สามารถให้เหตุ ผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึง ได้มีการเลือกปฏิบัติ การบังคับใช้มาตรการ ตามมาตรา 609 และ การให้ความช่วยเหลือ ด้านเทคนิคและความ ช่วยเหลือด้านการเงิน ระหว่างประเทศสมาชิก WTO ที่เป็นผู้ส่งออก



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10



ชื่อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
	ให้บริการพนันขั้นต่อ ทางไกลเกี่ยวกับการแข่งม้า	<p>1997 เป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้จำกัดว่าจะห้ามนำเข้าแร่ใยหิน หรือสินค้าที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหิน เฉพาะจากประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือไม่จำกัดห้ามนำเข้าแร่ใยหินที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่จากประเทศใด ๆ ซึ่งรวมถึงฝรั่งเศสด้วย เพราะเป็นกรณีที่มีเงื่อนไขที่คล้ายคลึงกัน และเมื่อคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้ตรวจสอบเนื้อหาของบทบัญญัติ ก็เป็นไปตามที่สหภาพยุโรปได้กล่าวอ้าง ดังนั้นสหภาพยุโรปจึงได้พิสูจน์แล้วว่า การนำไปใช้ของมาตรการของฝรั่งเศสไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรืออย่างไม่มีเหตุผล</p> <p>คดี US-Gasoline องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่า “วิธีการกำหนดคุณภาพของน้ำมัน” ของสหรัฐอเมริกาได้บังคับใช้มาตรฐานองค์ประกอบและไอเสียตามกฎหมายอากาศบริสุทธิ์แก่โรงกลั่นน้ำมันทุกโรงไม่ว่าในสหรัฐอเมริกาและในต่างประเทศ และไม่ได้มีการอธิบายมาตรฐานดังกล่าวแก่โรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศโดยอ้างว่าเป็นการยากที่จะไปตรวจพิสูจน์และบังคับ</p>	



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ชื่อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
		<p>ใช้กฎหมายดังกล่าวกับโรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศ แต่ในปัจจุบันมีเทคนิคการตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับน้ำมันนำเข้าซึ่งสามารถตรวจสอบได้ และการทำให้เทคนิคเหล่านี้ใช้ได้ รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาต้องร่วมมือกับโรงกลั่นน้ำมันและรัฐบาลต่างประเทศที่โรงกลั่นน้ำมันนั้นตั้งอยู่ แต่ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาไม่พยายามร่วมมือกับรัฐบาลของบราซิลและเวเนซุเอล่าเลย จึงเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้</p> <p>คดี US-Shrimp รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคและความช่วยเหลือด้านการเงินแก่ประเทศที่เป็นภาคีในอนุสัญญา อีกทั้งได้กำหนดรูปแบบการใช้บังคับมาตรการตามมาตรา 609 ในลักษณะที่ผ่อนปรนเป็นพิเศษอีกด้วย เช่น กำหนดให้มีระยะเวลาในการเตรียมพร้อมก่อนมาตรการ TED จะมีผลใช้บังคับ 3 ปี ในขณะที่ประเทศสมาชิก WTO อื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสมาชิกคู่พิพาทไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวด้วย โดยสหรัฐอเมริกาไม่</p>	



2979321983

CT IThesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ชื่อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
		<p>สามารถให้เหตุผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึงได้เลือกประเด็นเช่นนั้น แม้สหรัฐอเมริกาจะมีสิทธิอ้างข้อยกเว้นเพื่อการปกป้องเต่าทะเล แต่ก็ต้องดำเนินการอย่างไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิก WTO ทุกประเทศด้วย</p> <p><b>(3) มาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องไม่เป็นการจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศ</b></p> <p>คดี EC-Asbestos มาตรการที่มีลักษณะเป็นการจำกัดอย่างแอบแฝงในทางการค้าระหว่างประเทศเป็นมาตรการที่เกิดขึ้นโดยไม่มี การแจ้งล่วงหน้า หรือไม่ได้มีการแจ้งต่อสาธารณะ จากข้อเท็จจริงคดี EC-Asbestos The Decree ได้รับการตีพิมพ์ลงใน Official Journal of the French Republic เมื่อวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1996 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1997 การบังคับใช้มาตรการพิพาทจึงไม่มีลักษณะคลุมเครือในทางการค้าระหว่างประเทศ</p> <p>คดี US-Gasoline องค์การอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้อธิบายมาตรฐานองค์ประกอบ</p>	



2979321983

CT IThesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ชื่อ กฎหมาย	คำตัดสินคดี US Gambling	คำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO	วิเคราะห์ความ สอดคล้อง
		<p>และไอเสียตามกฎหมาย Clean Air (statutory baselines) แก่โรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศโดยอ้างว่าเป็นการยากที่จะไปตรวจพิสูจน์และบังคับใช้กฎหมายเอากับโรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศ แต่ในปัจจุบันมีเทคนิคการตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับน้ำมันนำเข้าซึ่งตรวจสอบได้ และการทำให้การทำให้เทคนิคเหล่านี้ใช้ได้ รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาต้องร่วมมือกับโรงกลั่นน้ำมันและรัฐบาลต่างประเทศที่โรงกลั่นน้ำมันตั้งอยู่ แต่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาไม่ได้พยายามให้ความร่วมมือเลย การที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้คำนึงถึงว่ามาตรการดังกล่าวของตนจะก่อให้เกิดต้นทุนแก่โรงกลั่นน้ำมันในต่างประเทศซึ่งเป็นผลมาจากการบังคับใช้มาตรฐานองค์ประกอบและไอเสียตามกฎหมาย Clean Air ดังนั้น การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเป็นการสร้างข้อจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศ</p>	

ตารางที่ 12 ความสอดคล้องของคำตัดสินคดี US Gambling กับคำวินิจฉัยคดีอื่นของ WTO ในเรื่องการบังคับใช้มาตรการพิพาทต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ หรือไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือก่อให้เกิดข้อจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าบริการ



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10



2979321983

CU IThesis 5886043334 thesis / rcv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

## บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

การค้าบริการมีแนวโน้มที่สูงขึ้นในทุกประเทศทั่วโลก ตลอดเวลาหลายทศวรรษที่ผ่านมา ภาคบริการเป็นตัวขับเคลื่อนใหม่ของระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศรายได้ระดับปานกลาง อีกทั้งภาคบริการมีส่วนช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต ความสามารถในการแข่งขัน และการเติบโตของทั้งระบบเศรษฐกิจ สืบเนื่องจากความสำคัญของภาคบริการดังกล่าว ภาคบริการจึงได้ถูกนำเข้ามาในวงการเจรจาการค้าระหว่างประเทศตั้งแต่การเจรจาอูรุกวัย โดยผลการเจรจาการค้าบริการครั้งนั้น ก่อให้เกิดความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการหรือ GATS นับตั้งแต่ความตกลง GATS ที่มีผลใช้บังคับเมื่อ ค.ศ. 1995 จนถึงปัจจุบัน (ณ วันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 2019) พบว่ามีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความตกลง GATS ทั้งหมด 29 คดีที่ได้มีการร้องขอปรึกษาหารือร่วมกันระหว่างประเทศคู่กรณี และมี 9 คดี ที่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทชั้นคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท และมีเพียง 6 ใน 9 คดี ที่ประเทศคู่กรณีได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ และองค์กรอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัย โดยคดี US Gambling เป็นคดีที่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทบัญญัติของ GATS เกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศสมาชิกตามตารางข้อผูกพันพันธกรณีของประเทศสมาชิกในเรื่องการเข้าสู่ตลาด และการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน

คดี US-Gambling เป็นคดีที่แอนติกัวร์และบาร์บูดากร้องเรียนต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีผลกระทบต่อการค้าบริการการพนันข้ามแดนของผู้ให้บริการต่างประเทศ องค์กรอุทธรณ์ได้ปรับข้อเท็จจริงในคดีกับความตกลง GATS ให้มีความชัดเจนมากขึ้นในหลายประเด็น แต่ก็มีข้อกังขาถึงความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับหลักกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยที่ผ่านมาของ WTO ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยอื่นของ WTO ใน 3 ประเด็น คือ

**(1) ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO เกี่ยวกับพันธกรณีภายใต้ GATS ของสหรัฐอเมริกาตามตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา**

ผู้เขียนได้ใช้ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ (1) มาตรา 20 วรรค 3 ของ GATS (ตารางข้อผูกพัน) (2) มาตรา 31 และมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (3)



เอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน และอ้างอิงคดีอื่นของ WTO ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ (1) คดี Mexico – Telecom (2) คดี EC-Computer Equipment (3) คดี EC-Chicken Cut (4) คดี China – Electronic Payment System

โดยสามารถนำวิเคราะห์ได้ว่า **ประการแรก** ตามมาตรา 20 วรรค 3 ของความตกลง GATS ระบุว่าตารางข้อผูกพันถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS ดังนั้น การค้นหาความหมายในตารางข้อผูกพัน ก็เช่นเดียวกับการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาอื่น ตารางข้อผูกพันเป็นสิ่งที่แสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศสมาชิก WTO ดังนั้น เมื่อตารางข้อผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS กฎแห่งการตีความที่นำมาใช้กับความตกลง GATS ก็นำมาใช้กับตารางข้อผูกพันด้วย การตีความตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาจึงจำเป็นต้องพิจารณาตามหลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มาตรา 31 – 32

เนื่องด้วยตามข้อเท็จจริง คำว่า “การบริการพินันชนต่อ” ไม่ปรากฏให้เห็นชัดเจนในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา องค์กรอุทธรณ์จะต้องตรวจสอบเพื่อค้นหาความหมายของคำที่ใช้ในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันซึ่งถือว่าเป็นเครื่องมือในการตีความและการพิจารณาการปฏิบัติตามของตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิก ว่าเป็นส่วนหนึ่งของบริบทภายใต้ความหมายมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ หรือเป็นส่วนหนึ่งของเอกสารเตรียมการของความตกลง GATS หรือพฤติการณ์ในการทำสนธิสัญญา ซึ่งเป็นวิธีการเสริมการตีความมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ หากถือว่าเป็นบริบทแล้วก็จะมีความสำคัญของการตีความในลำดับแรก (primary interpretative significance) แต่หากถือว่าเป็นเอกสารเตรียมการแล้ว ก็เป็นเพียงวิธีการเสริมการตีความ ซึ่งการพิจารณาเอกสารเตรียมการมีคุณค่าเพียงเพื่อยืนยันความหมายอันเป็นผลมาจากการปรับใช้ตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แล้ว แต่การตีความตามมาตรา 31 ยังทำให้ความหมายเคลือบคลุมหรือคลุมเครือหรือนำไปสู่ผลที่ไม่น่าเป็นไปได้หรือไม่สมเหตุสมผล

โดยองค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling วินิจฉัยว่าแม้ว่าสหรัฐอเมริกาไม่ระบุให้ชัดเจนว่าตนมิได้ใช้เลเซอร์สสาขาบริการที่กำหนดไว้ในเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันในตารางข้อผูกพันของตน แต่เมื่อตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง GATS คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จึงสามารถใช้แนวทางการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นวิธีเสริมการตีความมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เนื่องจากเอกสารทั้งสองฉบับดังกล่าวร่างขึ้นโดยสำนักเลขาธิการ GATT จึงไม่มีลักษณะเป็นความตกลงร่วมกันจากประเทศสมาชิกทั้งหมด หรือเป็นเอกสารที่สร้างขึ้นโดยประเทศ



สมาชิกบางประเทศและได้รับการยอมรับโดยประเทศสมาชิกอื่นตามมาตรา 31 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ และไม่ถือว่าเป็นแนวปฏิบัติในภายหลังของมาตรา 31 วรรค 3 (บี) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ เนื่องจากไม่เป็นการกระทำหรือคำประกาศของเหล่าบรรดาประเทศสมาชิกที่มีรูปแบบทั่วไป มีความต่อเนื่อง และสามารถสังเกตเห็นได้ และเอกสารดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกว่าข้อผูกพันถูกตีความตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันปี ค.ศ. 1993 สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของคดี Mexico-Telecom แม้ว่าเอกสารดังกล่าวไม่สามารถนำมาพิจารณาตีความให้มีผลทางกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาแหล่งที่มา เนื้อหา และการนำไปใช้ของนักเจรจาแล้ว สามารถพิจารณาได้ว่าแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของสภาวะแวดล้อม (circumstance) ของการจัดทำความตกลง GATS ภายในความหมายของมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ

**ประการที่สอง** ตามแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันระบุว่าประเทศสมาชิกสามารถใช้เอกสาร W/120 และ/หรือ เลขรหัส CPC เพื่อใช้สำหรับการแบ่งประเภทหรือกำหนดนิยามสำหรับสาขาบริการย่อยตามรหัส CPC แต่หากไม่อาจกระทำได้ ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดนิยามให้มีรายละเอียดอย่างเพียงพอเพื่อหลีกเลี่ยงความกำกวมในขอบเขตความผูกพัน ("1993 Scheduling Guidelines," 1993)<sup>331</sup> ตามข้อเท็จจริง แม้ว่าตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาฉบับสุดท้าย จะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าตารางข้อผูกพันของตนมีการแบ่งสาขาบริการตามรหัส CPC (*United States—Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services*, 2005)<sup>332</sup> และสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้มีคำนิยามในสาขาบริการย่อย 10.D เป็นของตัวเองแต่อย่างใด

คำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี China – Electronic Payment System สอดคล้องกับคดี US Gambling โดยคดี China – Electronic Payment System จีนได้ระบุชัดเจนในตารางข้อผูกพันของตนในสาขาบริการอื่น ๆ ว่าเลขสาขาบริการของตนมีคำนิยามและขอบเขตตรงกับเลขรหัส CPC แต่ในสาขาบริการทางการเงิน จีนไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าคำนิยามของสาขาเป็นไปตามรหัส CPC หรือไม่ นั้นหมายความว่า ประเทศสมาชิกไม่อาจคาดหวังได้ว่าข้อผูกพันของจีนในสาขาบริการทางการเงินจะเป็นไปตามเลขรหัส CPC คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี China – Electronic Payment System จึงต้องพิจารณาข้อผูกพันตารางที่ไม่ได้มีการระบุเลขรหัส CPC ไว้

<sup>331</sup> Paragraph 16 of the 1993 Scheduling Guidelines.

“...If a Member wishes to use its own sub-sectoral classification or definitions it should provide concordance with the CPC in the manner indicated in the above example. If this is not possible, it should give a sufficiently detailed definition to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment.”

<sup>332</sup> Appellate Body Report, ‘US Gambling’, para. 206.





ตามเอกสาร W/120 เนื่องจากในข้อผูกพันของจีนระบุเนื้อหาที่คล้ายคลึงกันกับเอกสาร W/120 เช่น หมายเลข ถ้อยคำ ที่ระบุไว้ในหัวข้อ “การบริการธนาคารและการเงินอื่น (ยกเว้นการประกันภัย)” ของเอกสาร W/120 แต่สำหรับ คดี US Gambling สหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุชัดเจนว่าไม่ได้อ้างอิงตามเอกสาร W/120 จึงเป็นการสร้างความคาดหวังให้กับประเทศอื่น ว่าการตีความตารางข้อผูกพันเป็นไปตามเอกสาร W/120 และแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน

**ประการที่สาม** แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน กำหนดให้การพิจารณาข้อผูกพันของประเทศสมาชิกจะต้องอ่านข้อผูกพันรายสาขา (Sector-Specific Commitment) ประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) รูปแบบการให้บริการการพนันขั้นต่อซึ่งเป็นสาขาบริการที่พิพาทในคดีนี้มีลักษณะเป็นการให้บริการข้ามแดน (Cross-Border Mode) เมื่อพิจารณาตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา แม้ข้อผูกพันรายสาขาในตารางของสหรัฐอเมริกาส่งระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) ในข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดและหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ การตีความข้อผูกพันก็ต้องพิจารณาในข้อผูกพันทั่วไปด้วย

ทั้งนี้ ข้อผูกพันทั่วไปของตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุเนื้อหาใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการการพนันทางไกล ซึ่งขณะนี้ มีแนวทางการตีความ 2 แนวทาง คือ

**แนวทางที่ 1** “ตามที่แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันระบุว่า การอ่านตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกจะต้องอ่านข้อผูกพันรายสาขาประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป และเมื่อพิจารณาตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา แม้ข้อผูกพันรายสาขาในตารางของสหรัฐอเมริกาส่งระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) ต่อพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดและหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในสาขาการบริการการพนันขั้นต่อทางไกล การตีความข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาก็ต้องพิจารณาในข้อผูกพันทั่วไปประกอบด้วย โดยข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกา ปรากฏเนื้อหาทั้งหมดอยู่ 4 เรื่อง คือ การเข้าเมืองและการพำนักชั่วคราวของบุคคลธรรมดา (รูปแบบการให้บริการที่ 4) การได้มาซึ่งที่ดิน (รูปแบบการให้บริการที่ 3) มาตรการทางภาษี (รูปแบบการให้บริการที่ 1, 2, 3 และ 4) และการอุดหนุน (รูปแบบการให้บริการที่ 1, 2, 3 และ 4) ซึ่งล้วนไม่ได้เกี่ยวข้องใด ๆ กับการให้บริการการพนันขั้นต่อทางไกล (ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่จะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในข้อผูกพันทั่วไปสำหรับรูปแบบการให้บริการที่ 3 และ 4 แต่ก็มีได้หมายความว่า จะไม่สามารถกำหนดเนื้อหาอย่างอื่นในข้อผูกพันทั่วไปได้) หากตีความข้อผูกพันทั่วไปของสหรัฐอเมริกาตามแบบ Positive List ซึ่งเป็นการเจรจาเพื่อจัดทำข้อผูกพันที่แต่ละประเทศสมาชิกจะกำหนดเฉพาะสิ่งที่ตนต้องการผูกพัน เมื่อสหรัฐอเมริกาไม่ระบุเนื้อหาใดเกี่ยวกับการให้บริการการพนันขั้นต่อทางไกลไว้ในตารางข้อผูกพันทั่วไปก็หมายความว่าสหรัฐอเมริกาไม่ผูกพัน



ต่อสาขาบริการการพนันชั้นต่อทางไกล ซึ่งขัดแย้งกับข้อผูกพันรายสาขาของสหรัฐอเมริกาที่ระบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) จึงเกิดปัญหาว่าการพิจารณาพันธกรณีของประเทศสมาชิกควรจะยึดถือตาม ตารางข้อผูกพันรายสาขา หรือพิจารณาข้อผูกพันทั่วไปประกอบด้วย” อย่างไรก็ตาม หากนำหลักการ ติความตามมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ที่ให้ตีความโดยสุจริตตามความหมายปกติธรรมดา ที่ให้ไว้แก่ถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำ ซึ่งตามวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของ ความตกลง GATS ที่ปรากฏในอารัมภบทของความตกลง GATS ซึ่งต้องการมุ่งเน้นการเปิดเสรีเป็น ลำดับ (Progressive Liberalization) จะขัดกับหลักการตีความข้อผูกพันแบบ Positive หรือไม่ ซึ่ง จะต้องอาศัยการตีความต่อไปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ว่ากรณีข้อ ผูกพันรายสาขาระบุว่า None แต่ข้อผูกพันทั่วไป ไม่ได้ระบุเนื้อหาใด จะถือว่าประเทศสมาชิกมีความ ผูกพันต่อสาขาบริการนั้น ๆ หรือไม่<sup>333</sup>

**หรือแนวทางที่ 2** การเลือกสาขาบริการที่จะนำมาผูกพันในตารางข้อผูกพัน เลือกเป็นแบบ Positive List คือเลือกจากสาขาที่ประเทศสมาชิกมีความพร้อมเปิดเสรี แต่สำหรับ “เงื่อนไข” ที่ถูก ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน (ไม่ว่าจะเป็นตารางข้อผูกพันทั่วไปและตารางข้อผูกพันรายสาขา) เงื่อนไขจะ มีลักษณะเป็น Negative List คือต้องใส่เงื่อนไขทั้งหมดที่ต้องการกำหนด หากไม่ระบุเงื่อนไขไว้ ก็ จะถือเสมือนว่าไม่มีเงื่อนไขในการเข้าไปให้บริการในสาขานั้น ๆ หรือว่าในรูปแบบการให้บริการนั้น ๆ<sup>334</sup> อย่างไรก็ตาม ในขณะนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าการตีความข้อผูกพันเป็นแนวทางใด เนื่องจากคณะกรรมการ พิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ยังไม่เคยมีบรรทัดฐานหรือคำตัดสินในประเด็นนี้มาก่อนว่าจะ ถือว่าผูกพันหรือไม่

ปัญหาการตีความตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในสาขาบริการการพนันชั้นต่อ ทางไกลคล้ายคลึงกับตารางข้อผูกพันของประเทศเม็กซิโก โดยเม็กซิโกได้ระบุเนื้อหาในข้อผูกพันราย สาขาข้อผูกพันทั่วไปไม่สอดคล้องกัน ซึ่งผู้เขียนได้ตรวจพบจากการศึกษาคดี Mexico- Telecom ถึงแม้ว่าประเด็นนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทในคดีก็ตาม แต่ผู้เขียนพบว่าข้อผูกพันรายสาขา ในสาขาบริการการป้องกันและการรักษาความปลอดภัย (Protection and guard services) ใน รูปแบบการให้บริการที่ 1 เม็กซิโกระบุว่าไม่ผูกพัน (unbound) ทั้งในข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและ ข้อจำกัดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ข้อผูกพันทั่วไปในรูปแบบการให้บริการที่ 1 เม็กซิโกระบุว่าไม่มี ข้อจำกัด (none) ทั้งข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและข้อจำกัดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จึงเกิดปัญหาขึ้น

<sup>333</sup> ผู้เขียนได้รับความคิดเห็นนี้จากความกรุณาและเข้าปรึกษาหารือกับศาสตราจารย์พัชฌัย ทองอุไร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

<sup>334</sup> ผู้เขียนได้รับความคิดเห็นนี้จากความกรุณาจากท่านอาจารย์เก็จพิรุณ เกษสุวรรณ รองอธิบดีและผู้บริหารเทคโนโลยีสารสนเทศ ระดับสูง (CIO) กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ

ว่าการพิจารณาพันธกรณีของเม็กซิโกในสาขาบริการการป้องกันและการรักษาความปลอดภัยควรจะพิจารณาตามข้อผูกพันรายสาขาหรือข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งปัญหานี้ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความต่อไปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์

## (2) ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO เกี่ยวกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเข้าสู่ตลาด

ผู้เขียนได้ใช้ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ (1) มาตรา 16 ของ GATS (หลักการเข้าสู่ตลาด) (2) มาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT (ห้ามนำเข้าในบริบทการใช้มาตรการจำกัดจำนวนต่อสินค้าเกษตร) (3) มาตรา 6 : 5 ของ GATS (ข้อบังคับภายในประเทศ) (4) แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน และอ้างอิงคดีอื่นของ WTO ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ (1) คดี Mexico – Telecom (2) คดี US-Offset Act (Byrd Amendment) (3) คดี European Economic Community Restrictions on Imports of Dessert Apples : Complaint by Chile (4) คดี Japan Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products (5) คดี EC-Asbestos

ตามที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าผูกพันต่อสาขาบริการการพนันขั้นต่อ การพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการพิพาทกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 16 นั้นเกี่ยวข้องกับขอบเขตพันธกรณีการเข้าสู่ตลาดซึ่งขึ้นอยู่กับขอบเขตของข้อผูกพันในตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกา ในกรณีนี้รูปแบบการให้บริการข้ามพรมแดน (Mode 1) ในตารางการเข้าสู่ตลาด สหรัฐอเมริการะบุว่า “ไม่มีข้อจำกัด” (none) นั้นหมายความว่าสหรัฐอเมริกาได้เข้าผูกพันต่อการเข้าสู่ตลาดเต็มรูปแบบตามมาตรา 16 ต่อสาขาบริการย่อย 10. D การบริการพนันขั้นต่อ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจะมีมาตรการห้ามทั้งหมด (Total Prohibition) ต่อสาขาบริการหรือสาขาบริการย่อยที่ประเทศตนผูกพันไม่ได้ เนื่องจากไม่ได้ระบุมาตรการเช่นนี้ในตารางข้อผูกพันนับแต่แรกเมื่อมีการเปิดเสรี สหรัฐอเมริกาจึงไม่สามารถกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการเปิดตลาดเสรีไว้ในตารางข้อผูกพันได้

องค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling ได้พิจารณาว่ากฎหมายห้ามการให้บริการการพนันขั้นต่อของสหรัฐอเมริกาที่เป็นระดับกฎหมายรัฐบาลกลาง เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด เนื่องจากกฎหมายห้ามการให้บริการการพนันมีลักษณะเป็นการห้ามทั้งหมด (total prohibition) เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบจำนวนตัวเลขโควตาภายใต้มาตรา 16 : 2 (เอ), (ซี) โดยกำหนดตัวเลขโควตาเท่ากับศูนย์ เพราะเป็นการห้ามทั้งหมดของจำนวนผู้ให้บริการและการบริการ องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาความหมายของคำว่า ‘ในรูปแบบของ’ (in the form of) ตามมาตรา 16 : 2 (เอ), (ซี) ในลักษณะเชิงผลกระทบ (effect analysis) ประกอบกับองค์การอุทธรณ์ได้อ้างถึงแนวทางการจัดทำ



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ตารางข้อผูกพันในฐานะเป็นเอกสารเตรียมการที่ได้ให้ตัวอย่างของมาตรการที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 16 : 2 (เอ) เช่น เงื่อนไขสัญญาของผู้ให้บริการ (เทียบเท่ากับโควตาเท่ากับศูนย์) และมาตรา 16 : 2 (ซี) เช่น กรณีการจำกัดเวลาการออกอากาศสำหรับภาพยนตร์ต่างประเทศ แม้ว่าการห้ามดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้ในลักษณะตัวเลข โดยองค์การอุทธรณ์ให้ความเห็นว่าอนุมาตรา (เอ) มีคุณลักษณะเชิงตัวเลขหรือเชิงปริมาณ

ดังจะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling ในประเด็นนี้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Mexico – Telecom จากข้อเท็จจริงที่ว่า เม็กซิโกไม่สามารถรับประกันได้ว่าบริษัทเทลเมกซึ่งเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ตามข้อกำหนดของข้อ 2.2 ของเอกสารอ้างอิงได้จัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ให้บริการโทรคมนาคมพื้นฐานของสหรัฐอเมริกา สำหรับการบริการแบบมีโครงข่ายเป็นของตนเอง ภายใต้อัตราที่สะท้อนต้นทุน (Mexico — Telecoms)<sup>335</sup> ทำให้ไม่มีการค้าบริการสาขาดังกล่าวเกิดขึ้นจริง และทำให้จำนวนของผู้ให้บริการต่างชาติที่สามารถเข้ามาให้บริการได้ตามความเป็นจริงนั้นเป็นศูนย์ ดังนั้น การที่เม็กซิโกได้ห้ามมิให้มีการให้บริการในปริมาณโครงข่ายเกินกว่าปริมาณที่ผู้ให้บริการได้รับอนุญาตให้เข้า มีผลเป็นโควตาเท่ากับศูนย์ตามความหมายของมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS (Mexico — Telecoms)<sup>336</sup> เห็นได้ว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทได้พยายามเชื่อมโยงกรณีที่ไม่มีผู้ให้บริการต่างชาติรายใดที่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ ว่าเป็นเรื่องโควตาเท่ากับศูนย์ อันเป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ), (บี) และ (ซี) ของ GATS ซึ่งมีแนวทางคำวินิจฉัยเดียวกันกับคดี US Gambling

อย่างไรก็ดี คำตัดสินขององค์การอุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่ตัดสินว่ามาตรการห้ามทั้งหมดมีผลเทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นการจำกัดเชิงปริมาณภายใต้มาตรา 16 ของ GATS มีข้อโต้แย้งมากมาย หากนำหลักการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มาพิจารณาความหมายโดยปกติธรรมดา และค้นหาความหมายโดยปกติธรรมดาของคำว่า “โควตา” ซึ่งอาจจะค้นหาได้จากพจนานุกรมโดยตามพจนานุกรม Collins English Dictionary ระบุว่า “โควตา” หมายถึงส่วนแบ่งตามสัดส่วนหรือบางส่วนของทั้งหมดเนื่องมาจากการจัดสรรให้บุคคลหรือกลุ่ม แสดงให้เห็นว่าจะต้องมีสัดส่วนของผู้ได้รับอนุญาตให้บริการ และผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้บริการ และองค์การอุทธรณ์ในคดี US-Offset Act (Byrd Amendment) ก็ยอมรับการค้นหาความหมายในพจนานุกรมว่าเป็นแนวทางที่สำคัญสำหรับความหมายของคำที่ปรากฏในสนธิสัญญา

<sup>335</sup> Panel Report, Mexico-Telecom, para. 7.216.

<sup>336</sup> Panel Report, Mexico- Telecom, para. 7.85.

ประการสำคัญคือ แนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันได้ระบุว่าข้อจำกัดที่ระบุไว้ในมาตรา 16 : 2 ได้กำหนดห้ามเฉพาะมาตรการที่เข้าอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งใน 6 ประเภท เท่านั้น แต่องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling มีการขยายการตีความคำว่า “ในรูปแบบของ” ที่ปรากฏในมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) ในเชิงผลกระทบ ดังนั้น หากพิจารณาความหมายของ “โควตา” ตามพจนานุกรม การห้ามการให้บริการการพนันชั้นต่อจึงไม่เป็นข้อจำกัดหรือโควตาตามประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 : 2 ของความตกลง GATS

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบคำวินิจฉัยคดี US Gambling ที่พิจารณาให้มาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะเป็นการห้ามการให้บริการและผู้ให้บริการต่างชาติทั้งหมด (Total Prohibition) เทียบเท่ากับการกำหนดโควตาเท่ากับศูนย์เป็นการจำกัดเชิงปริมาณตามมาตรา 16 : 2 (เอ) และ (ซี) กับการตีความคำว่า “การจำกัดการนำเข้า และการห้ามการนำเข้า” เกี่ยวกับการใช้มาตรการจำกัดจำนวนต่อสินค้าเกษตรในอารัมภบทของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี) ของ GATT นั้น คำวินิจฉัยในคดี European Economic Community Restrictions on Imports of Dessert Apples : Complaint by Chile ซึ่งสรุปว่าชิลีอ้างว่า มาตรการของ EC ที่ระงับการออกใบอนุญาตเป็นการห้ามนำเข้ามิใช่การจำกัดการนำเข้า (*European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile, 1 9 8 9*)<sup>337</sup> แต่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของชิลีโดยเห็นว่า เมื่อ EC ไม่ได้ห้ามการนำเข้าแอปเปิ้ลทั้งหมด จึงต้องถือว่ามาตรการของ EC เป็นการจำกัดการนำเข้ามิใช่การห้ามการนำเข้าตามความหมายของมาตรา 11 วรรค 2 (ซี)(1)

เนื่องจากมาตรการพิพาทของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ห้ามการให้บริการการพนัน แต่ห้ามวิธีการที่เป็นการให้บริการทางไกล จึงมีคำถามที่น่าสนใจว่ากรณีดังกล่าวเป็นเรื่องข้อบังคับภายในประเทศตามมาตรา 6 : 5 ของ GATS หรือไม่

ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 6 : 5 (ข้อบังคับภายในประเทศ) และมาตรา 16 (ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด) มีความเกี่ยวโยงกันในการนำไปใช้ มาตรการตามมาตรา 6: 5 เป็นเงื่อนไขขั้นต่ำทางคุณภาพ ตรงกันข้ามกับมาตรา 16 ที่ระบุข้อจำกัดในลักษณะสูงสุดเชิงปริมาณ และมาตรการการเข้าสู่ตลาดประเภทอื่น เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับนิติบุคคลซึ่งกำหนดไว้เฉพาะในมาตรา 16 ตามแนวทางการจัดทำข้อผูกพัน มีมาตรการที่ตั้งอยู่ภายใต้มาตรา 6 : 5 และขณะเดียวกันก็อยู่ภายใต้มาตรา 16

<sup>337</sup> Panel report, European Economic Community Restrictions on Imports of Dessert Apples : Complaint by Chile, para. 3.7

“Chile maintained that the Community’s measures were a prohibition, not a restriction, of imports...”



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

หากองค์กรอุทธรณ์มีการพิจารณาในเรื่องข้อบังคับภายในประเทศ ก็อาจเห็นได้ว่าข้อบังคับภายในประเทศมีผลกระทบต่อการค้าเสรีภายใต้มาตรา 16 และเมื่อเปรียบเทียบกับบริบทของ GATT ในคดี EC-Asbestos ซึ่งฝรั่งเศสได้ห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของแร่ใยหินก็มีการตัดสินว่าไม่ได้เป็นการจำกัดเชิงปริมาณ แต่เป็นเรื่องข้อบังคับภายในประเทศที่จะต้องพิจารณาภายใต้มาตรา 3 ของ GATT (และความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า - TBT) เนื่องจากตามข้อเท็จจริงสินค้าต้องไม่มีส่วนผสมของแร่ใยหินจึงได้รับอนุญาตให้นำเข้าและขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้ ยิ่งกว่านั้นคำวินิจฉัยในคดี US Gambling ไม่สอดคล้องกับแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพันที่ระบุว่าจะเงื่อนไขขั้นต่ำ (minimum requirement) ที่มีลักษณะเชิงปริมาณ ไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 16 (Erich Vranes, 2009)<sup>338</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าการจำกัดจำนวนการบริการหรือผู้ให้บริการเท่ากับศูนย์ไม่อาจถือว่าเป็นการจำกัดคุณภาพของการบริการได้ เพราะคุณภาพเกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขขั้นต่ำ และมาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่ถือว่าเป็นมาตรฐานทางเทคนิค (technical standard) ตามมาตรา 6

### (3) ประเด็นความสอดคล้องของคำวินิจฉัยคดี US Gambling กับข้อกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของ WTO เกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 (เอ) ของ GATS

ผู้เขียนได้ใช้ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ (1) มาตรา 14 ของ GATS (ข้อยกเว้นทั่วไปในบริบทของ GATS) (2) มาตรา 20 ของ GATT (ข้อยกเว้นทั่วไปในบริบทของ GATT) และอ้างอิงคดีอื่นของ WTO ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ (1) คดี Argentina – Financial Services (2) คดี China-Publications and Audiovisual Products (3) คดี EC-Seal Products (4) คดี Korea - Various Measures on Beef (5) คดี EC-Asbestos (6) คดี Brazil – Retreaded Tyres (7) คดี Thailand – Cigarette (8) คดี United States – Gasoline

ตามบทบัญญัติ GATS แม้ว่ามาตรการภายใต้ความตกลง GATS ขัดแย้งกับพันธกรณีที่กำหนดไว้ตามความตกลง GATS แต่ประเทศสมาชิกอาจอ้างข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อคงมาตรการดังกล่าวได้ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 14 ของ GATS คดี US-Gambling เป็นการโต้แย้งเรื่องการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ตามมาตรา 14 ของ GATS การให้ความ

<sup>338</sup> Erich Vranes, 'The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Service', Journal of International Economic Law 12 (4), 2009, page. 977. See also, the 1993 Scheduling Guidelines, para. 5.

"...Minimum requirements such as those common to licensing criteria (e.g. minimum capital requirements for the establishment of a corporate entity) do not fall within the scope of Article XVI..."

คุ้มครองสิทธิธรรมอันดีของประชาชนภายใต้กรอบความตกลงการค้าระหว่างประเทศแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการสร้างสมดุลระหว่างการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศสมาชิกในการให้ความสำคัญแก่คุณค่าในเรื่องสิทธิธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งคดี Argentina – Financial Services ก็ได้วินิจฉัยสอดคล้องกับคดี US Gambling ว่ามาตรการของประเทศสมาชิกจะต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขในมาตรา 14 โดยบทบัญญัติในมาตรา 14 ของ GATS และมาตรา 20 ของ GATT มีโครงสร้างและเนื้อหาในอนุมาตราและบทหน้าที่คล้ายคลึงกัน ดังนี้ ทั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จึงได้ใช้แนวทางการวินิจฉัยข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 20 ของ GATT เพื่อประกอบการวินิจฉัยการบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 ของ GATS โดยมาตรการของประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปจะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ (two-tier test)

การพิจารณาว่ามาตรการที่พิพาทเป็นไปตามบทบัญญัติอนุมาตราย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 หรือไม่ มีหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวได้รับการออกแบบมาเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่กำหนดไว้ตามอนุมาตราย่อยของมาตรา 14 และมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่ประเทศสมาชิกต้องการ ขั้นตอนการพิจารณาดังกล่าวขององค์กรอุทธรณ์ในคดี China-Publications and Audiovisual Products และคดี EC-Seal Products สอดคล้องกับคดี US Gambling

การพิสูจน์ว่ามาตรการของประเทศสมาชิกมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิธรรมอันดีของประชาชนจะต้องมีความเชื่อมโยงกันระหว่างมาตรการพิพาทกับวัตถุประสงค์ของประเทศสมาชิกที่ต้องการคุ้มครองสิทธิธรรมอันดีของประชาชนโดยตรวจสอบจากเนื้อหาของบทบัญญัติ ที่มา ประวัติการยกร่าง เป็นต้น ซึ่งคดี EC-Seal Products ก็วินิจฉัยสอดคล้องกับคดี US-Gambling ว่าสิทธิธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นมาตรฐานของการกระทำที่ถูกหรือผิดในสังคม ซึ่งแปรเปลี่ยนไปตามศาสนา วัฒนธรรม ประเพณีของสังคม โดยประเทศสมาชิกอาจมีสิทธิธรรมอันดีของประชาชนที่ตนมุ่งคุ้มครองแตกต่างกันได้ การวินิจฉัยดังกล่าวในคดี US Gambling เป็นแนวทางให้กับคดี China – Publications and Audiovisual Products และคดี EC-Seal Products ในการพิจารณาคำนิยามของสิทธิธรรมอันดีของประชาชน และการพิจารณาความเกี่ยวข้องของการให้บริการตามสาขาบริการที่ระบุไว้ภายใต้ข้อผูกพันของประเทศตนจะกระทบต่อวัตถุประสงค์ที่ประเทศผู้ถูกร้องต้องการปกป้องอย่างไรด้วยเช่นกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามอนุมาตราในมาตรา 14 สามารถผ่านการพิสูจน์ในขั้นตอนนี้ได้อย่างไม่ยากนัก เนื่องด้วยขอบเขตที่กว้างขวางของคำว่า “สิทธิธรรมอันดีของประชาชน” จึงเกิดคำถามว่าข้อกัณฑ์สิทธิธรรมอันดีของประชาชนจำเป็นต้องถูกรับรู้



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

ว่ามีพื้นฐานมาจากข้อกังวลของประชาชนโดยส่วนใหญ่ในประเทศผู้อ้างข้อยกเว้นหรือไม่ เช่น การทำแบบสำรวจความคิดเห็นของประชาชน และการที่องค์กรอุทธรณ์ได้ตรวจสอบถึงเหตุผลภูมิหลังของบทบัญญัติที่พิพาท หมายความว่ามาตรการพิพาทจำเป็นต้องบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือไม่เพื่อแสดงให้เห็นชัดเจนถึงวัตถุประสงค์ว่าเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน และประเทศสมาชิกสามารถประกาศวัตถุประสงค์หลังการบังคับใช้มาตรการเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยปราศจากการพิสูจน์ว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนมีพื้นฐานมาจากข้อกังวลของประชาชนโดยส่วนใหญ่ได้หรือไม่

ลำดับต่อมาประเทศสมาชิกจะต้องผ่านการพิสูจน์ความจำเป็นของมาตรการในขั้นตอนต่อไป โดยคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์คดี US Gambling สอดคล้องกับคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี Korea- various Measures on Beef คดี Thailand – Cigarette คดี Brazil- Retreaded Tyres คดี China- Audiovisual Products และคดี EC-Asbestos ในการตรวจสอบมาตรการที่เลือกใช้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ซึ่งการวางแนวทางหลักการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ดังนี้ (1) พิจารณาวัตถุประสงค์ของมาตรการพิพาทว่าสามารถบรรลุเหตุผลที่ประเทศผู้ใช้มาตรการกล่าวอ้างตามอนุมาตราต่าง ๆ ในข้อยกเว้นทั่วไปหรือไม่ โดยการที่คุณค่าหรือประโยชน์ที่ต้องการปกป้องมีความสำคัญมากเท่าไร มาตรการดังกล่าวก็ยังมีแนวโน้มว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น โดยองค์กรอุทธรณ์คดี Argentina – Financial Services ที่ได้วินิจฉัยว่า การปกป้องระบบภาษีและการตอบโต้มาตรการภาษีที่เป็นภัย (harmful tax practices) และการฟอกเงินเป็นวัตถุประสงค์ ผลประโยชน์หรือคุณค่าที่สำคัญสูงสุดสำหรับอาร์เจนติน่า สอดคล้องกับคดี US Gambling ที่ตัดสินว่าหลักฐานที่ยื่นโดยสหรัฐอเมริกาได้แสดงให้เห็นความเชื่อมโยงระหว่างการให้บริการการพนันทางไกลกับแต่ละคุณค่าหรือประโยชน์ที่สหรัฐอเมริกาต้องการปกป้อง เช่น การพนันอาจนำไปสู่การฉ้อโกง การฟอกเงิน หรือการพนันในกลุ่มเยาวชน มาตรการพิพาทต่างมุ่งประสงค์ห้ามมิให้มีการให้บริการการพนันทางไกล (2) พิจารณาว่ามาตรการมีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นได้จริงหรือไม่ โดยยิ่งมาตรการสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้มากเท่าไร ก็ยังมีแนวโน้มว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น เช่น คดี Brazil – Retreaded Tyres ที่ได้มีการพิจารณาว่า มาตรการมิให้มีการนำเข้ายางล้อดอก มีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายในการลดความเสี่ยงจากการสะสมยางที่ใช้แล้วเกิดขึ้นได้จริง สอดคล้องกับคดี US – Gambling ที่วินิจฉัยว่ามาตรการพิพาททั้ง 3 ฉบับ มีส่วนทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นจริง โดยช่วยขจัดการฟอกเงิน องค์กรอาชญากรรม การฉ้อโกง การพนันในกลุ่มเยาวชน โรคติดการพนัน (3) ผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศมีอยู่หรือไม่ อย่างไร โดยยิ่งมาตรการส่งผลกระทบต่อการค้าน้อย ยิ่งมีแนวโน้มว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling พิจารณาว่า คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทควรพิจารณาเน้นถึงผลกระทบที่เป็นการสร้างข้อจำกัดต่อการค้า



2979321983

CT :Thesis 5886043334 thesis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10



ระหว่างประเทศของกฎหมายระดับรัฐบาลกลางทั้งสามฉบับ แต่องค์กรอุทธรณ์มิได้วินิจฉัยให้เหตุผลหรือรายละเอียดเพิ่มเติมในประเด็นนี้ อย่างไรก็ดี สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทในคดี Thailand – Cigarette ที่พิจารณาว่าการห้ามนำเข้าบุหรี่มีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้าเป็นอย่างมาก และหากเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่นก็จะพบว่ามาตรการทางเลือกอื่นเป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่ามาตรการห้ามนำเข้า (4) ประเทศสมาชิกผู้ใช้มาตรการพิพาทต้องไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATS มากกว่ามาตรการพิพาท หรือละเมิดความตกลง GATS น้อยกว่ามาตรการพิพาท และมาตรการที่นำมาใช้ต้องสามารถใช้ได้จริง โดยกระบวนการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่พิพาทกับมาตรการทางเลือกนั้น ภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่ฝ่ายประเทศผู้ร้อง ซึ่งคดี US-Shrimp คดี China – Audiovisual Products วินิจฉัยสอดคล้องกับคดี US Gambling

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการพิจารณาความจำเป็น โดยใช้กระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุลเป็นการเปิดช่องให้คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ใช้ดุลยพินิจการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่โดยพิจารณาแบบองค์รวม น้ำหนักการพิจารณาของแต่ละปัจจัยในแต่ละคดีก็มีความแตกต่างกัน เพื่อให้มีความยืดหยุ่นโดยพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป และอาจทำให้มีความยุติธรรมที่เหมาะสมแก่การพิจารณาความจำเป็นของมาตรการในแต่ละคดีที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกัน

ในท้ายที่สุด ประเทศสมาชิกต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องตามบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 14 กล่าวคือ พิสูจน์ได้ว่าการใช้มาตรการของประเทศสมาชิกไม่ได้เป็นไปโดยเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล ในระหว่างประเทศสมาชิกต่าง ๆ ที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน หรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง องค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling เห็นว่าเนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้นำสืบอย่างชัดเจนว่า สหรัฐอเมริกากับบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันระหว่างรัฐ (Interstate Horseracing Act) อย่างไม่เลือกปฏิบัติ กฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้ผู้ให้บริการภายในประเทศบางรายให้บริการแข่งม้าได้ ขณะที่ห้ามผู้ให้บริการจากต่างประเทศให้บริการดังกล่าว (*United States—Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services*, 2005)<sup>339</sup>

ดังนั้น คำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US Gambling ที่ว่าการบังคับใช้กฎหมายของ

<sup>339</sup> Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services*, W T/DS285/AB/R (adopted Apr. 20, 2005)

สหรัฐอเมริกาเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างพลการและไม่มีเหตุผล และไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทนำของมาตรา 14 ของ GATS สอดคล้องกับคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US-Shrimp ที่วินิจฉัยว่าสหรัฐอเมริกาประเทศผู้ถูกร้องไม่สามารถให้เหตุผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึงได้มีการเลือกปฏิบัติการบังคับใช้มาตรการตามมาตรา 609 และการให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคและความช่วยเหลือด้านการเงิน ระหว่างประเทศสมาชิก WTO ที่เป็นผู้ส่งออก

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) การพิจารณาพันธกรณีของประเทศสมาชิกต้องพิจารณาข้อผูกพันรายสาขาประกอบกับข้อผูกพันทั่วไป ตามที่เป็นปัญหาการตีความตารางข้อผูกพันของสหรัฐอเมริกาในสาขาบริการการพนันชั้นต่อทางไกลคล้ายคลึงกับตารางข้อผูกพันของประเทศเม็กซิโก โดยเม็กซิโกได้ระบุเนื้อหาในข้อผูกพันรายสาขากับข้อผูกพันทั่วไปไม่สอดคล้องกัน ซึ่งผู้เขียนได้ตรวจพบจากการศึกษาคดี Mexico-Telecom ถึงแม้ว่าประเด็นนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทในคดีก็ตาม แต่ผู้เขียนพบว่าข้อผูกพันรายสาขาในสาขาบริการการป้องกันและการรักษาความปลอดภัย (Protection and guard services) ในรูปแบบการให้บริการที่ 1 เม็กซิโกระบุว่ามีผูกพัน (unbound) ทั้งในข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและข้อจำกัดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ข้อผูกพันทั่วไปในรูปแบบการให้บริการที่ 1 เม็กซิโกระบุว่ามีข้อจำกัด (none) ทั้งข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและข้อจำกัดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าการพิจารณาพันธกรณีของเม็กซิโกในสาขาบริการการป้องกันและการรักษาความปลอดภัยควรจะพิจารณาตามข้อผูกพันรายสาขาหรือข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งปัญหานี้ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความต่อไปของคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ หรือคณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการ ดังนั้นองค์การการค้าโลกควรพิจารณาทบทวนในประเด็นดังกล่าว เพื่อสร้างความมั่นคงและคาดการณ์ได้ให้แก่ประเทศสมาชิกตามวัตถุประสงค์ของการค้าเสรี

ทั้งนี้ กรณีที่เป็นสาขาบริการทางการเงิน ซึ่งในแนวทางการจัดทำตารางข้อผูกพัน กำหนดว่าการจัดประเภทสาขาบริการ ประเทศสมาชิกควรกำหนดบนฐานของเลขรหัส CPC หรือการจัดประเภทอื่นที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ เช่น ภาคผนวกบริการทางการเงิน โดยมุ่งหวังว่าตารางข้อผูกพันในภาคผนวกบริการทางการเงินจะใช้แทนตารางข้อผูกพันที่ประเทศต่าง ๆ เสนอไว้ ดังนี้ ประเทศสมาชิกควรกำหนดให้ชัดเจนอย่างมีรายละเอียดเพียงพอเช่นกันว่าตารางของตนมิได้ใช้สาขาบริการตามรหัส CPC หรือภาคผนวกบริการทางการเงิน สำหรับกรณีที่สาขาบริการย่อยในตารางข้อผูกพันกับภาคผนวกบริการทางการเงินใช้ถ้อยคำเดียวกัน และขอบเขตของ

ความหมายแตกต่างกัน แต่ประเทศสมาชิกมุ่งให้ใช้ความหมายและขอบเขตให้เป็นไปตามตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิก

(2) ตามที่ประเทศสมาชิกมีอำนาจอธิปไตยและอิสระในการกำหนดขอบเขตศีลธรรมอันดีของประเทศเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการค้าระหว่างประเทศกับข้อกังวลทางศีลธรรมอันดีของชาติ ประเทศสมาชิกที่ใช้มาตรการอันจำกัดทางการค้าจำเป็นต้องพิสูจน์ข้อกังวลดังกล่าวว่าถูกรับรู้โดยประชาชนส่วนใหญ่ว่าเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศตน เพื่อมิให้รัฐใช้อำนาจที่เป็นดุลยพินิจฝ่ายเดียวของตนในการพยายามที่จะนำเหตุผลทางการเมืองให้มาอยู่ภายในขอบเขตของศีลธรรมดังกล่าวเพื่อเลี่ยงพันธกรณีภายใต้ GATS

ความคิดเห็นของผู้เขียนคือมาตรการของรัฐในเรื่องนี้ควรเกิดจากการสร้างกฎหมายของรัฐหรือมาจากแนวคิดของประชาชนโดยทั่วไปซึ่งในคดี US Gambling สหรัฐอเมริกาอ้างเพียงว่ามีรายงานการออกกฎหมาย คำแถลงการณ์ของสภาองเกรสและบันทึกสภา แต่ไม่ได้มีการจัดการพยานหลักฐานที่เปิดเผยว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนที่พิพาทได้รับการยอมรับโดยทั่วไปโดยประชาชนของประเทศผู้ใช้อย่างถ้วน แตกต่างจากคดี EC-Seal Products สหภาพยุโรปได้มีการทำแบบสำรวจถึงความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์จากเมวน้ำที่ถูกนำมาขายในสหภาพยุโรป การทำแบบสำรวจความคิดเห็นในอาณาเขตประเทศสมาชิกเป็นวิธีที่เหมาะสมเพื่อที่จะได้ความคิดเห็นทั่วไปหรือข้อกังวลของประชาชน จนทำให้ในอร์เวย์ แคนาดา และประเทศผู้ร้องในคดีพิพาทไม่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการสำรวจของสหภาพยุโรปเพื่อพิสูจน์ถึงการมีอยู่จริงของศีลธรรมอันดีต่อประชาชนในสหภาพยุโรป ดังนี้ คงเป็นการดีหากคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์กำหนดเกณฑ์การพิจารณาพยานหลักฐานถึงการพิสูจน์ถึงความมีอยู่จริงของข้อกังวลศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยนำแบบสำรวจความคิดเห็นมาเป็นปัจจัยหลักในการพิจารณาถึงการมีอยู่จริงของศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) คำนินยามที่ชัดเจนของความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติ “ตามอำเภอใจ” (arbitrary discrimination) กับการเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ (unjustifiable discrimination) การตีความขององค์กรอุทธรณ์มักจะละเว้นการให้ความหมายที่ชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในอนาคตได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าคำว่าเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจอาจแสดงถึงการเลือกปฏิบัติที่ไม่มีเหตุผลสนับสนุนการใช้ข้อยกเว้น ขณะที่การเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ ประเทศผู้ร้องอาจมีเหตุผล แต่อาจไม่ชอบธรรมหรือยังไม่มีเหตุอันควรพอที่มาตรการจะนำมาใช้



2979321983

CD :Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

## ภาคผนวก ก

## GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES

## Preamble

Members,

Recognizing the growing importance of trade in services for the growth and development of the world economy;

Wishing to establish a multilateral framework of principles and rules for trade in services with a view to the expansion of such trade under conditions of transparency and progressive liberalization and as a means of promoting the economic growth of all trading partners and the development of developing countries;

Desiring the early achievement of progressively higher levels of liberalization of trade in services through successive rounds of multilateral negotiations aimed at promoting the interests of all participants on a mutually advantageous basis and at securing an overall balance of rights and obligations, while giving due respect to national policy objectives;

Recognizing the right of Members to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives and, given asymmetries existing with respect to the degree of development of services regulations in different countries, the particular need of developing countries to exercise this right;

Desiring to facilitate the increasing participation of developing countries in trade in services and the expansion of their service exports including, inter alia, through the strengthening of their domestic services capacity and its efficiency and competitiveness;

Taking particular account of the serious difficulty of the least-developed countries in view of their special economic situation and their development, trade and financial needs;

#### Article XIV: General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:

- (a) necessary to protect public morals or to maintain public order<sup>340</sup>;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:
  - (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on services contracts;
  - (ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;
  - (iii) safety;
- (d) inconsistent with Article XVII, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable or effective<sup>(6)</sup> imposition or collection of direct taxes in respect of services or service suppliers of other Members;
- (e) inconsistent with Article II, provided that the difference in treatment is the result of an agreement on the avoidance of double taxation or provisions on the avoidance of double taxation in any other international agreement or arrangement by which the Member is bound.

---

<sup>340</sup> Footnote 5 : The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.

## Article XVI: Market Access

1. With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule.

2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;

(b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test;

(d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and

(f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment.



2979321983

CT:Thesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

## Article XVII: National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.
2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.
3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.



2979321983

CT iThesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

## ภาคผนวก ข

## Scheduling of Initial Commitment in trade in Services: Explanatory Note

**MULTILATERAL TRADE  
NEGOTIATIONS  
THE URUGUAY ROUND**

RESTRICTED  
MTN.GNS/W/164  
3 September 1993  
Special Distribution

Group of Negotiations on Services

SCHEDULING OF INITIAL COMMITMENTS IN TRADE IN SERVICES:

EXPLANATORY NOTE<sup>1</sup>

Introduction

1. This note is intended to assist in the preparation of offers, requests and national schedules of initial commitments. Its objective is to explain, in a concise manner, how commitments should be set out in schedules in order to achieve precision and clarity. It is based on the view that a common format for schedules as well as standardization of the terms used in schedules are necessary to ensure comparable and unambiguous commitments. The note cannot answer every question that might occur to persons responsible for scheduling commitments; it does attempt to answer those questions which are most likely to arise. The answers should not be considered as an authoritative legal interpretation of the GATS.

2. The GATS contains two sorts of provisions. The first are general obligations, some of which apply to all service sectors (e.g. m.f.n., transparency) and some only to scheduled commitments (e.g. Article XI: Payments and Transfers). The second are specific commitments which are negotiated undertakings particular to each GATS signatory. Specific commitments, upon the conclusion of negotiations, are to be recorded in national schedules which will be attached to, and form an integral part of, the GATS. By virtue of Article XXVIII:1, every signatory must attach to the GATS its national schedule. This note addresses two main questions: what items should be entered on a schedule, and how should they be entered.

---

<sup>1</sup>This note is circulated by the Secretariat in response to requests by participants. It is a revised version of a draft entitled Scheduling of Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, 22 December 1992. References to the General Agreement on Trade in Services (GATS) are based on the text contained in MTN.TNC/W/FA of 20 December 1991, as adjusted by the Legal Drafting Group and distributed as an Informal Note by the Secretariat (Review of Individual Texts in the Draft Final Act, No. 1161, 25 June 1992).



2979321983

CD IThesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10



MTN.GNS/W/164  
Page 2

## PART I

### WHAT ITEMS SHOULD BE SCHEDULED?

3. A schedule contains the following main types of information: a clear description of the sector or sub-sector committed, limitations<sup>2</sup> to market access, limitations to national treatment, and additional commitments other than market access and national treatment. If a Member undertakes a commitment in a sector then it must indicate for each mode of supply that it binds in that sector:

- what limitations, if any, it maintains on market access;
- what limitations, if any, it maintains on national treatment; and
- what additional commitments, relating to measures affecting trade in services not subject to scheduling under Articles XVI and XVII, it may decide to undertake under Article XVIII.

#### A. Limitations on Market Access (Article XVI)

4. A Member grants full market access in a given sector and mode of supply when it does not maintain in that sector and mode any of the types of measures listed in Article XVI. The measures listed comprise four types of quantitative restrictions (sub-paragraphs a-d), as well as limitations on forms of legal entity (sub-paragraph e) and on foreign equity participation (sub-paragraph f). The list is exhaustive and includes measures which may also be discriminatory according to the national treatment standard (Article XVII). The quantitative restrictions can be expressed numerically, or through the criteria specified in sub-paragraphs (a) to (d); these criteria do not relate to the quality of the service supplied, or to the ability of the supplier to supply the service (i.e. technical standards or qualification of the supplier).

5. It should be noted that the quantitative restrictions specified in sub-paragraphs (a) to (d) refer to maximum limitations. Minimum requirements such as those common to licensing criteria (e.g. minimum capital requirements for the establishment of a corporate entity) do not fall within the scope of Article XVI. If such a measure is discriminatory within the meaning of Article XVII and, if it cannot be justified as an exception, it should be scheduled as a limitation on national treatment. If such a measure is non-discriminatory, it is subject to the disciplines of Article VI:5. Where such a measure does not conform to these disciplines, and if it cannot be justified as an exception, it must be brought into conformity with Article VI:5 and cannot be scheduled.

---

<sup>2</sup>The term "limitations" will be used throughout this note to refer to the "terms", "conditions", "limitations", and "qualifications" used in Articles XVI and XVII of the GATS.

6. The following are examples of limitations on market access drawn from the conditional offers. In this regard, paragraph 21 on the scheduling of limitations is also relevant.

- (a) Limitations on the number of service suppliers:
- License for a new restaurant based on an economic needs test.
  - Annually established quotas for foreign medical practitioners.
  - Government or privately owned monopoly for labour exchange agency services.
  - Nationality requirements for suppliers of services (equivalent to zero quota).
- (b) Limitations on the total value of transactions or assets:
- Foreign bank subsidiaries limited to x percent of total domestic assets of all banks.
- (c) Limitations on the total number of service operations or quantity of service output:
- Restrictions on broadcasting time available for foreign films.
- (d) Limitations on the total number of natural persons:
- Foreign labour should not exceed x percent and/or wages xy percent of total.
- (e) Restrictions or requirements regarding type of legal entity or joint venture:
- Commercial presence excludes representative offices.
  - Foreign companies required to establish subsidiaries.
  - In sector x, commercial presence must take the form of a partnership.
- (f) Limitations on the participation of foreign capital:
- Foreign equity ceiling of x percent for a particular form of commercial presence.

**B. Limitations on National Treatment (Article XVII)**

7. A Member grants full national treatment in a given sector and mode of supply when it accords in that sector and mode conditions of competition no less favourable to services or service suppliers of other Members than

those accorded to its own like services and service suppliers. The national treatment standard does not require formally identical treatment of domestic and foreign suppliers: formally different measures can result in effective equality of treatment; conversely, formally identical measures can in some cases result in less favourable treatment of foreign suppliers (de facto discrimination). Thus, it should be borne in mind that limitations on national treatment cover cases of both de facto and de jure discrimination as shown in the following examples.

Examples of limitations on national treatment

- (a) Domestic suppliers of audiovisual services are given preference in the allocation of frequencies for transmission within the national territory.  
(Such a measure discriminates explicitly on the basis of the origin of the service supplier and thus constitutes formal or de jure denial of national treatment.)
- (b) A measure stipulates that prior residency is required for the issuing of a licence to supply a service.  
(Although the measure does not formally distinguish service suppliers on the basis of national origin, it de facto offers less favourable treatment to foreign service suppliers because they are less likely to be able to meet a prior residency requirement than like service suppliers of national origin.)

It is useful to keep in mind that, unlike Article XVI, Article XVII does not contain an exhaustive listing of the types of measure which would constitute limitations on national treatment.

8. Regarding the need to schedule residency requirements, it should be decided on a case-by-case basis, and in relation to the activity concerned, which requirements (e.g. the need to live in the country as opposed to having a mailing address in the country) constitute a de facto national treatment restriction and therefore must be scheduled under Article XVII unless justifiable as an exception. If the residency requirement is not discriminatory, it would be subject to the disciplines of Article VI:5. If it is not consistent with these disciplines and if it cannot be justified as an exception, it must be brought into conformity with Article VI:5.

9. Article XVII applies to subsidy-type measures in the same way that it applies to all other measures. Article XV (Subsidies) merely obliges Members to "enter into negotiations with a view to developing the necessary multilateral disciplines" to counter the distortive effects caused by subsidies. Therefore, any subsidy which is a discriminatory measure within the meaning of Article XVII would have to be either scheduled as a limitation on national treatment or brought into conformity with that Article. Subsidy-type measures are also not excluded from the scope of Article II (M.f.n.). An exclusion of such measures would require a legal definition of subsidies which is currently not provided for under the GATS.

10. There is no obligation in the GATS which requires a Member to take measures outside its territorial jurisdiction. It therefore follows that the national treatment obligation in Article XVII does not require a Member to extend such treatment to a service supplier located in the territory of another Member.

11. A Member may wish to maintain measures which are inconsistent with both Articles XVI and XVII. Article XX:2 stipulates that such measures shall be inscribed in the column relating to Article XVI on market access. Thus, while there may be no limitation entered in the national treatment column, there may exist a discriminatory measure inconsistent with national treatment inscribed in the market access column. However, in accordance with the footnotes to Article XVI:2 and Article XX:2, any discriminatory measure scheduled in the market access column is also to be regarded as scheduled under Article XVII and subject to the provisions of that Article.



2979321983

CD IThesis 5886043334 thesis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

**PART II****HOW SHOULD ITEMS BE SCHEDULED?**

15. Schedules record, for each sector, the legally enforceable commitments of each Member. It is therefore vital that schedules be clear, precise and based on a common format and terminology. This section describes how commitments should be entered in schedules. The main steps involved are:

- A. How to describe committed sectors and sub-sectors;
- B. How to treat the modes of supply;
- C. How to record commitments:
  - (i) Horizontal commitments;
  - (ii) Sector-specific commitments;
  - (iii) Levels of commitment.

**A. How to describe committed sectors and sub-sectors**

16. The legal nature of a schedule as well as the need to evaluate commitments, require the greatest possible degree of clarity in the description of each sector or sub-sector scheduled. In general the classification of sectors and sub-sectors should be based on the Secretariat's revised Services Sectoral Classification List.<sup>3</sup> Each sector contained in the Secretariat list is identified by the corresponding Central Product Classification (CPC) number. Where it is necessary to refine further a sectoral classification, this should be done on the basis of the CPC or other internationally recognised classification (e.g. Financial Services Annex). The most recent breakdown of the CPC, including explanatory notes for each sub-sector,<sup>4</sup> is contained in the UN Provisional Central Product Classification.

---

<sup>3</sup> Document MTN.GNS/W/120, dated 10 July 1991.

<sup>4</sup> Statistical Papers Series M No. 77, Provisional Central Product Classification, Department of International Economic and Social Affairs, Statistical Office of the United Nations, New York, 1991.

Example: A Member wishes to indicate an offer or commitment in the sub-sector of map-making services. In the Secretariat list, this service would fall under the general heading "Other Business Services" under "Related scientific and technical consulting services" (see item l.F.m). By consulting the CPC, map-making can be found under the corresponding CPC classification number 86754. In its offer/schedule, the Member would then enter the sub-sector under the "Other Business Services" section of its schedule as follows:

Map-making services (86754)

If a Member wishes to use its own sub-sectoral classification or definitions it should provide concordance with the CPC in the manner indicated in the above example. If this is not possible, it should give a sufficiently detailed definition to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment.

17. It is understood that market access and national treatment commitments apply only to the sectors or sub-sectors inscribed in the schedule. They do not imply a right for the supplier of a committed service to supply uncommitted services which are inputs to the committed service.

**B. How to treat the modes of supply**

18. The four modes of supply listed in the schedules correspond to the scope of the GATS as set out in Article I:2. The modes are essentially defined on the basis of the origin of the service supplier and consumer, and the degree and type of territorial presence which they have at the moment the service is delivered.

MODES OF SUPPLY

Supplier Presence	Other Criteria	Mode
Service supplier <u>not present</u> within the territory of the Member	Service delivered <u>within</u> the territory of the Member, from the territory of another Member	CROSS-BORDER SUPPLY
	Service delivered <u>outside</u> the territory of the Member, in the territory of another Member, to a service consumer of the Member	CONSUMPTION ABROAD
Service supplier <u>present</u> within the territory of the Member	Service delivered within the territory of the Member, through the commercial presence of the supplier	COMMERCIAL PRESENCE
	Service delivered within the territory of the Member, with supplier present as a <u>natural</u> person	PRESENCE OF NATURAL PERSON

19. It is important to have a common understanding of what each mode covers. To this end, further examples and explanations are given below.

**(a) Cross-border supply**

International transport, the supply of a service through telecommunications or mail, and services embodied in exported goods (e.g. a computer diskette, or drawings) are all examples of cross-border supply, since the service supplier is not present within the territory of the Member where the service is delivered.

**C. How to record commitments****(i) Horizontal commitments**

20. A horizontal commitment applies to trade in services in a number of service sectors. It is in effect a binding, either of a measure which constitutes a limitation on market access or national treatment or of a situation in which there are no such limitations. Where measures constituting limitations are referred to, the commitment should describe the measure concisely, indicating the elements which make it inconsistent with Articles XVI or XVII. In order to avoid repetition, it is desirable to enter these commitments in a separate section at the beginning of the schedule according to the four modes of supply. Such a section could be entitled: "Horizontal commitments applicable to sectors listed in the sectoral part of the schedule". Some horizontal measures may be specific to only one mode of supply:

MTN.GNS/W/164  
Page 10

Example: Legislation may refer to foreign investment, formation of corporate structures or land acquisition regulations. Such measures affect above all commercial presence.

Example: Legislation may stipulate requirements regarding entry, temporary stay and right to work of natural persons; the categories of natural persons covered by a particular offer may also be specified. Such measures affect above all the presence of natural persons.

Other horizontal measures may affect more than one mode of supply:

Example: Legislation may provide for tax measures which are contrary to national treatment and not covered by Article XIV(d). Such measures would normally affect the supply of services in several modes.

(ii) Sector-specific commitments

21. A sector-specific commitment applies to trade in services in a particular sector. If in the context of such a commitment, a measure is maintained which is contrary to Articles XVI or XVII, it must be entered as a limitation in the appropriate column (either market access or national treatment) for the relevant sector and modes of supply; the entry should describe the measure concisely, indicating the elements which make it inconsistent with Articles XVI or XVII.

22. Given the legal nature of a schedule, it should contain only descriptions of bound commitments. Any additional information for transparency purposes should not be entered in the schedule. A reference to the legal basis of a scheduled measure (i.e. the relevant law or regulation) may be entered if thought necessary. In any event, such information will be subject to the obligations of Article III.

(iii) Levels of commitment

23. Since the terms used in a Member's schedule create legally binding commitments, it is important that those expressing presence or absence of limitations to market access and national treatment be uniform and precise. Depending on the extent to which a Member has limited market access and national treatment, for each commitment with respect to each mode of supply, four cases can be foreseen:

(a) Full commitment

24. In this case the Member does not seek in any way to limit market access or national treatment in a given sector and mode of supply through measures inconsistent with Articles XVI and XVII. The Member in this situation should mark in the appropriate column: NONE. However, any relevant limitations listed in the horizontal section of the schedule will still apply.



**(b) Commitment with limitations**

25. Where market access or national treatment limitations are inscribed, two main possibilities can be envisaged in this case. The first is the binding of an existing regulatory situation ("standstill"). The second is the binding of a more liberal situation where some, but not all, of the measures inconsistent with Articles XVI or XVII will be removed ("rollback"). In either case the Member must describe in the appropriate column the measures maintained which are inconsistent with Articles XVI or XVII. The entry should describe each measure concisely, indicating the elements which make it inconsistent with Articles XVI or XVII. It would not be correct merely to enter in a column words such as "bound", "freeze" or "standstill".

26. In some cases a Member may choose to partially bind measures affecting a given category of suppliers. For example, a Member may bind measures affecting the entry and temporary stay only of some categories of natural persons while leaving all other categories unbound. This may be achieved through an indication in the horizontal section of a schedule such as "Unbound except for measures affecting the entry and temporary stay of natural persons in the following categories ...". In such cases, the corresponding sectoral entry under the fourth mode of supply should be "Unbound except as indicated in the horizontal section".

**(c) No commitment**

27. In this case, the Member remains free in a given sector and mode of supply to introduce or maintain measures inconsistent with market access or national treatment. In this situation, the Member must record in the appropriate column the word: UNBOUND. This case is only relevant where a commitment has been made in a sector with respect to at least one mode of supply. Where all modes of supply are "unbound", and no additional commitments have been undertaken in the sector, the sector should not appear on the schedule.

**(d) No commitment technically feasible**

28. In some situations, a particular mode of supply may not be technically feasible. An example might be the cross-border supply of hair-dressing services. In these cases the term UNBOUND\* should be used. The asterisk should refer to a footnote which states "Unbound due to lack of technical feasibility". Where the mode of supply thought to be inapplicable is in fact applicable, or becomes so in the future, the entry means "unbound".

ภาคผนวก ค

THE UNITED STATES OF AMERICA  
SCHEDULE OF SPECIFIC COMMITMENTS

General Agreement on Trade in Services, GATS/SC/90, 15 April 1994



2979321983

CU IThesis 5886043334 thesis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

**THE UNITED STATES OF AMERICA - SCHEDULE OF SPECIFIC COMMITMENTS**

Modes of supply:			
1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments
<b>I. HORIZONTAL COMMITMENTS</b>			
<b>ALL SECTORS COVERED BY THIS SCHEDULE:</b> For the purpose of this schedule the "United States" is defined as encompassing the 50 states of the United States, plus the District of Columbia.			
All Sectors: Temporary Entry And Stay of Natural Persons <sup>1</sup>	4) Unbound, except for measures concerning temporary entry and stay of nationals of another member who fall into the categories listed below:  <u>Services Salespersons</u> - persons not based in the territory of the United States and receiving no remuneration from a source located within the United States, who are engaged in activities related to representing a services supplier for the purpose of negotiating for the sale of the services of that supplier where: a) such sales are not directly made to the general public and b) the salesperson is not engaged in supplying the service. Entry for persons named in this section is limited to a ninety-day period.	4) Unbound	

1 "Temporary entry" means entry without intent to establish permanent residence under immigration laws of the US and confers no rights with respect to citizenship. US commitments regarding entry and temporary stay in the US do not apply in cases of labour/management disputes.

THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)

Modes of supply:		1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments		
	<p>Intra-corporate Transferees - managers, executives and specialists, as defined below, who are employees of firms that provide services within the United States through a branch, subsidiary, or affiliate established in the United States and who have been in the prior employ of their firm outside the United States for a period of not less than one year immediately preceding the date of their application for admission and who are one of the following:</p> <p>a) <b>Managers</b> - persons within an organization who primarily direct the organization, or a department or sub-division of the organization, supervise and control the work of other supervisory, professional or managerial employees, have the authority to hire and fire or recommend hiring, firing, or other personnel actions (such as promotion or leave authorization), and exercise discretionary authority over day-to-day operations. Does not include first-line supervisors, unless the employees supervised are professionals, nor does it include employees who primarily perform tasks necessary for the provision of the service.</p>				

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
	<p>b) <b>Executives</b> - persons within the organization who primarily direct the management of the organization, establish the goals and policies of the organization, exercise wide latitude in decision-making, and receive only general supervision or direction from higher-level executives, the board of directors, or stockholders of the business. Executives would not directly perform tasks related to the actual provision of a service or services of the organization.</p> <p>c) <b>Specialists</b> - persons within an organization who possess knowledge at an advanced level of continued expertise and who possess proprietary knowledge of the organization's services, research equipment, techniques, or management. (Specialists may include, but are not limited to, members of licenced professions.)</p> <p>Entry for persons named in this section is limited to a three-year period that may be extended for up to two additional years for a total term not to exceed five years.</p>			

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: 1)	Cross-border supply	Consumption abroad (2)	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
<b>Sector or subsector</b>	<b>Limitations on market access</b>	<b>Limitations on national treatment</b>	<b>Additional commitments</b>	
	<p>Personnel Engaged in Establishment - A person who has been employed in the immediately preceding year by an entity described in Section II, receiving remuneration from that source, who occupies a managerial or executive position with that entity and is entering the territory of the United States for the purpose of establishing an entity described in Section II that will support employment of persons named in paragraphs a), b), and c) therein. The subject persons shall present proof of acquisition of physical premises for the entity that shall commence its business operations within one year of the date of entry of that person.</p>			



2979321983

CD \Thesis\ 5886043334 thesis / revv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
<b>Sector or subsector</b>	<b>Limitations on market access</b>	<b>Limitations on national treatment</b>	<b>Additional commitments</b>	
	<p>Fashion Models and Specialty Occupations - Up to 65,000 persons annually on a worldwide basis in occupations as set out in 8 USC. § 1101 (a) (15) (H) (i) (b), consisting of (i) fashion models who are of distinguished merit and ability; and (ii) persons engaged in a specialty occupation, requiring (a) theoretical and practical application of a body of highly specialized knowledge; and (b) attainment of a bachelor's or higher degree in the specialty (or its equivalent) as a minimum for entry into the occupation in the United States. Persons seeking admission under (ii) above shall possess the following qualifications:</p> <p>(a) full licensure in a US state to practice in the occupation, if such licensure is required to practice in the occupation in that state; and (b) completion of the required degree, or experience in the specialty equivalent to the completion of the required degree and recognition of expertise in the specialty through progressively responsible positions relating to the specialty. Entry for persons named in this section is limited to three years.</p>			

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
<b>Sector or subsector</b>	<b>Limitations on market access</b>	<b>Limitations on national treatment</b>	<b>Additional commitments</b>	
	<p>Specialty occupation aliens and their employers must be in compliance with all labour condition application requirements that are attested to by the established employer. These requirements are: a) wages paid to the person are the greater of: 1) the actual wage paid by the employer to individuals in that place of employment with similar qualifications and experience, or 2) the prevailing wage for that occupational classification in the area of employment; b) conditions of work are such that they will not adversely affect working conditions for those similarly employed; c) there is no strike or lockout in the course of a labour/management dispute in progress at the place of employment affecting the subject occupation; labour/management dispute in progress at the place of employment;</p>			



**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
All Sectors: Acquisition of Land	<p>d) the employer has not laid off or otherwise displaced workers in the subject occupation in the previous six months and will not lay off or displace any US worker during the 90-day period following the filing of an application or the 90-day periods preceding and following the filing of any visa petition supported by the application; e) the employer has taken and is taking timely and significant steps to recruit and retain sufficient US workers in the specialty occupation; and f) notice is given at the time of application by the employer to employees or their representatives at the place of employment.</p> <p>3) None</p>	<p>3) The federal government restricts initial sale of federally-owned lands to US citizens. (Preceding restriction does not apply to foreign-owned companies formed under the laws of any state of the United States.)</p> <p>Acquisition of land reclaimed with federal funds and reclamation of desert land is restricted to individual US citizens</p>		

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply:	(1)	Cross-border supply	(2)	Consumption broad	(3)	Commercial presence	(4)	Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access				Limitations on national treatment		Additional commitments	
					<p>Ownership of land by non-US citizens is limited in: Kentucky (restrictions apply only to individuals, not to foreign-owned companies incorporated within the United States) and South Carolina (applies to individuals and foreign-owned corporations).</p> <p>Purchase of land by non-US citizens not resident within the state is restricted in: Oklahoma, Florida, and Wyoming. In Mississippi, non-US citizens may not purchase more than 5 acres for residential property, or more than 320 acres for industrial development.</p> <p>Non-US citizens may not purchase or bid on sales of public lands in: Hawaii, Idaho, Mississippi, Montana, and Oregon</p>			

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment		
All Sectors: Taxation Measures	1) None 2) None 3) None	1), 2), 3) At the federal level, with respect to direct taxes:  Differential tax treatment may be provided between trusts created or organized in the United States to provide employee benefits and trusts not created or organized in the United States and their respective beneficiaries. Such provisions affect the taxation of the income of the trust or the beneficiary, the availability of deductions to taxpayers for contributions to the trust, and tax administration requirements; these provisions include different rules for allowing deductions to, and determining the earnings of, foreign employee benefit plans.  An increase in the rate or a widening of the base of a federal income tax may be imposed on a national, resident or corporation of a foreign country where a national, resident or corporation of the United States is being subjected to discriminatory or extraterritorial taxes (as described in section 891 or section 896 of the Internal Revenue Code).  At the federal level, with respect to taxes other than direct taxes:		

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply:	1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
All Sectors: Subsidies	<p>(4) Unbound, except as indicated in the horizontal section</p> <p>1) Unbound</p> <p>2) Unbound</p> <p>3) None</p>	<p>An excise tax may be imposed in connection with transfers of any property by a citizen or resident of the United States, or by a domestic entity (corporations, partnership, estate or trust) to a foreign entity (corporation partnership, estate or trust).</p> <p>An excise tax may be imposed on US source gross investment income of foreign organizations that are private foundations.</p> <p>4) None</p> <p>1) Unbound</p> <p>2) Unbound</p> <p>3) The Federal Overseas Private Investment Corporation (OPIC) insurance and loan guarantees are not available to certain aliens, foreign enterprises, and foreign-controlled enterprises established in the United States</p> <p>Trade and Development Agency financing is limited to:</p>		

THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
		<p>I. individuals 1) who are either US citizens or non-US citizens lawfully admitted for permanent residence in the United States and 2) whose principal places of business are in the United States, or</p> <p>II. privately-owned commercial corporations or partnerships that are incorporated or legally organized under the laws of the United States and whose principal places of business are in the United States and (1) that are more than 50 per cent beneficially owned by individuals who are US citizens or (2) that have been incorporated or legally organized in the United States for more than 3 years, have performed similar services in each of the prior 3 years, and employ US citizens in more than half of their permanent full-time positions in the United States and have the existing capability in the United States to perform the contract</p> <p>Unbound for measures at the federal, state or local levels that accord rights or preferences to members of socially or economically disadvantaged groups in the United States, including:</p>		

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
		<p>Federal Small Business Administration - loans are restricted to US citizens or companies that are 100 per cent owned by US citizens and whose directors are all US citizens</p> <p>Maine - The Maine Veterans Small Business Loan Guarantee Program provides guarantees to eligible resident veterans for business loans from local lending institutions. A qualifying business is one that is independently owned and operated in Maine, and the applicant must be a war veteran. The Small Business Loan Guarantee Program in Maine provides guarantees of loans made by private lenders to eligible residents of Maine for business purposes.</p>		

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply: (1)	Cross-border supply (2)	Consumption abroad (3)	Commercial presence (4)	Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
		<p>Maryland - The Maryland Small Business Development Financing Authority makes direct loans to socially or economically disadvantaged business persons. Applicants must be US citizens and have a business that is 70 per cent owned by socially or economically disadvantaged persons. Applicants for the Maryland Small Business Surety Bond Guarantee Program must be US citizens and, if entities, must have their principal places of business in Maryland.</p> <p>Minnesota - Community Development Corporations are only eligible to receive grants if 60 per cent of their directors are residents of the specific geographic community in Minnesota within which they will operate.</p> <p>Oregon - Oregon law requires that the Economic Development Corporation (EDC) give preference in OBDF loans to businesses owned in whole or in part by dislocated timber workers.</p> <p>Pennsylvania - Minority Business Development Authority provides long-term low interest loans to minority-owned businesses. Applicants must be Blacks, Aleuts, Eskimos, Hispanics or American Indians who are residents of Pennsylvania.</p>		

**THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)**

Modes of supply:	1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons
Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments	
	4) Unbound, except as indicated in the horizontal section	Unbound for research and development subsidies 4) None		



THE UNITED STATES OF AMERICA (continued)

Modes of supply:	1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons	Additional commitments
Sector or subsector	Limitations on market access		Limitations on national treatment		
C. TOUR GUIDE SERVICES	1) None 2) None 3) The number of concessions available for commercial operations in federal, state and local facilities is limited 4) Unbound, except as indicated in the horizontal section		1) None 2) None 3) None 4) None		
D. OTHER	1) None 2) None 3) None 4) Unbound, except as indicated in the horizontal section		1) None 2) None 3) None 4) None		
10. RECREATIONAL, CULTURAL, & SPORTING SERVICES					
A. ENTERTAINMENT SERVICES (INCLUDING THEATRE, LIVE BANDS AND CIRCUS SERVICES)	1) None 2) None 3) None 4) Unbound, except as indicated in the horizontal section		1) None 2) None 3) None 4) None		

## บรรณานุกรม

### WTO Cases

*Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services*. Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds453\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds453_e.htm)

ARGENTINA - MEASURES RELATING TO TRADE IN GOODS AND SERVICES. (2015). Retrieved

from [http://worldtradelaw.net/reports/wtopanel/argentina-financialservices\(panel\).pdf.download](http://worldtradelaw.net/reports/wtopanel/argentina-financialservices(panel).pdf.download)

*Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*. (2007). Retrieved from

*China- Certain Measure Affecting Electronic Payment Services*. Retrieved from

*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain*

*Publications and Audiovisual entertainment Products*. Retrieved from

<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/chinameasures-affecting-trading-rights-and-distribution-services-for-certain-publications-and-audiovisual-entertainment-products-wtds363r/F43F166B104D0B509183F9A59881DA7B>

*China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*. Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds413\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds413_e.htm)

*China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain*

*Publications and Audiovisual Entertainment Products*. (2009). Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds363\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds363_e.htm)

EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES PROHIBITING THE

IMPORTATION AND MARKETING OF SEAL PRODUCTS Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds401\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds401_e.htm)

[http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanel/ec-sealproducts\(panel\).pdf.download](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanel/ec-sealproducts(panel).pdf.download)

*European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment*.

(1998). Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds62\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds62_e.htm)

*European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*.

(2006). Retrieved from



2979321983

CU Thesisis 5886043334 thesisis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds269\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds269_e.htm)

*European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products.* Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds400\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds400_e.htm)

*European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile.* (1989). Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/88applec.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/88applec.pdf)

*Japan – Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products.* (1987). Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/86agricl.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/86agricl.pdf)

*Korea- Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef.* (2000). Retrieved from [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds161\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds161_e.htm)

*Mexico — Measures Affecting Telecommunications Services.* Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds204\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds204_e.htm)

*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes.* (1990). Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/90cigart.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/90cigart.pdf)

*United States—Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services.* (2005). Retrieved from

*United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products.* (1998). Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds58\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm)

*United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000.* Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds217\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds217_e.htm)

*United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline.* Retrieved from [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds2\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm)

*US Gambling (WT/DS285/AB/R).* (2005). Retrieved from World Trade Organization:

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds285\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm)

หนังสือภาษาไทย

จุมพต สายสุนทร. (2539). กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ทัชชขัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. (2559). กฎเกณฑ์การค้าสินค้าเกษตรภายใต้ *GATT* และองค์การการค้าโลก (*WTO*). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์. (2553). The Treaty Interpretation การตีความสนธิสัญญา ตอน การตีความสนธิสัญญา ตามข้อบทแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969. In หน้าต่างโลก *The Knowledge Windows* (Vol. จุลินิติ ก.ย. - ต.ค. 53).
- พรเทพ เบาอภิกุล. (2548, พฤษภาคม). GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ. In เอกสารวิชาการหมายเลข 3: โครงการ WTO Watch (ฉบับกระแสดังการการค้าโลก).
- พิมพ์ชนก วอนขอพร. (2551, สิงหาคม). การเจรจาการค้าบริการใน WTO. In เอกสารวิชาการหมายเลข 21: โครงการ WTO Watch (ฉบับกระแสดังการการค้าโลก).
- อรุณ ภาณุพงศ์. การตีความสนธิสัญญา. In รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ (pp. 221).

#### Thesis

- กนกกาญจน์ นาควิไล. (2551). การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยใช้ราคาสะท้อนต้นทุนกับกฎหมายการค้าบริการ ระหว่างประเทศ. (ปริญญานิเทศศาสตร์มหาบัณฑิต วิทยานิพนธ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.
- ณัจฉริยา โฉมงาม. (2559). *WTO* กับ ศีลธรรมอันดีของประชาชน : ศึกษากรณีการห้ามนำเข้าและวางตลาด ผลิตภัณฑ์จากแม่น้ำของสหภาพยุโรป. (ปริญญานิเทศศาสตร์มหาบัณฑิต วิทยานิพนธ์). จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.
- ปรานค์สิริณนทร์ เอนกสุวรรณกุล. (2558). ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (*Necessity Test*) ภายใต้บทบัญญัติ มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994. (นิติศาสตร์ ปริญญามหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- วิกรัยไพศาล, จ. (2553). แนวทางการเปิดตลาดบริการโทรคมนาคม : ศึกษาเปรียบเทียบความตกลง *GATS* กับ *U.S. FTAs* (สหรัฐอเมริกา-ชิลี, สหรัฐอเมริกา-สิงคโปร์). (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิเทศศาสตร์ มหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
- อัครเดชาธร, ป. (2557). การเปิดเสรีการค้าบริการของธุรกิจค้าปลีกภายใต้ความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน : ศึกษาเฉพาะประเทศอินโดนีเซียและประเทศเวียดนาม. (ปริญญามหาบัณฑิต วิทยานิพนธ์). มหาวิทยาลัย กรุงเทพมหานคร,

#### Webpage

- Agriculture, forestry, and fishing, value added (% of GDP). Retrieved from [https://data.worldbank.org/indicator/NV.AGR.TOTL.ZS?name\\_desc=true](https://data.worldbank.org/indicator/NV.AGR.TOTL.ZS?name_desc=true)
- International Trade and Market Access Data. Retrieved from

[https://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/statis\\_bis\\_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}](https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_bis_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}})

Merchandise trade (% of GDP). Retrieved from

<https://data.worldbank.org/indicator/TG.VAL.TOTL.GD.ZS>

Mitchell, A. D. (2016). Good Faith in WTO Dispute Settlement. Retrieved from

[https://www.researchgate.net/publication/324246651\\_Good\\_Faith\\_in\\_WTO\\_Dispute\\_Settlement](https://www.researchgate.net/publication/324246651_Good_Faith_in_WTO_Dispute_Settlement)

Trade in services (% of GDP). Retrieved from

[https://data.worldbank.org/indicator/BG.GSR.NFSV.GD.ZS?end=2017&name\\_desc=true&start=1960](https://data.worldbank.org/indicator/BG.GSR.NFSV.GD.ZS?end=2017&name_desc=true&start=1960)

World Trade Organization. Guide to reading the GATS schedules of specific commitments and the list of article II (MFN) exemptions. Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/guide1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/guide1_e.htm)

World Trade Organization. Legal effect of panel and appellate body reports and DSB recommendations and rulings. *DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM TRAINING MODULE: CHAPTER 7*. Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/disp\\_settlement\\_cbt\\_e/c7s2p1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c7s2p1_e.htm)

World Trade Organization. (2013). United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services. *DISPUTE SETTLEMENT*. Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds285\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm)

หนังสือภาษาอังกฤษ

Cantore, C. M. *The Prudential Carve-Out for Financial Services – Rationale and Practice in the GATS and Preferential Trade Agreements*: Cambridge University Press.

Kirsten Schmalenbach, & Dorr, O. (2012). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2012 ed.): Springer.

McNair, L. *The Law of Treaties*: Oxford University Press.

Oliver Dörr, & Schmalenbach, K. Article 32 Supplementary means of interpretation. In *Vienna Convention on the Law of Treaties* Springer.

- Ortino, F. (2006). Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique. In *Journal of International Economic Law* (pp. 13). Oxford University Press.
- Peter Van den Bossche, & Zdouc, W. *The Law and Policy of the World Trade Organization Text* (Third Edition ed.): Cambridge University Press.
- Raj Bhala and Shannon B. Keating. (2013). Diversity within Unity : Import Laws of Islamic Countries on Haram (Forbidden) Products. In *The International Lawyer* (2013).
- Regan, D. H. (2007). A Gambling Paradox : Why an Origin-Neutral 'Zero-Quota' Is Not a Quota Under GATS Article XVI. In *J World Trade* 41 (Vol. 6): University of Michigan Law School.
- Sinclair Ian. (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd Edition ed.): Manchester University Press.
- อื่น ๆ
- Collins English Dictionary. (1986 ed.). William Collins Sons & Co., Ltd.
- Damme, I. V. Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body. *The European Journal of International Law*, 21.
- Erich Vranes. (2009). The WTO and Regulatory Freedom : WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Service. *Journal of International Economic Law*, 12 (4).
- Federico Ortino. (2006). Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling : A Critique. *Journal of International Economic Law*, 9(1), 117 - 148. Retrieved from <https://academic.oup.com/jiel/article/9/1/117/847590>
- GATT, Article 11 C.F.R.
- GUIDELINES FOR THE SCHEDULING OF SPECIFIC COMMITMENTS, (1993).
- Lorand Bartels. (2015). The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements : A Reconstruction. *American Journal of International Law*.
- Mattoo, A. (2005). Services in a Development Round: Three Goals and Three Proposals. *The World Bank Policy Research Paper*, 3718. Retrieved from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=821409](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=821409)
- Nellie Munin. Legal Guide to GATS'. *Kluwer Law International*, 31.

OECD.org. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Retrieved from Paris:

<http://www.oecd.org/dataoecd/33/1/1904184.pdf>

*The People's Republic of China's Schedule of Specific Commitments*. Retrieved from

[http://fta.mofcom.gov.cn/pakistan/xieyi/fwmyxieding-zfcrb\\_en.pdf](http://fta.mofcom.gov.cn/pakistan/xieyi/fwmyxieding-zfcrb_en.pdf)

*Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, Committee II*. (1946). Retrieved from

Regan, D. H. A Gambling Paradox : Why an Origin-Neutral 'Zero-Quota' Is Not a Quota Under GATS Article XVI. *J. World Trade* 41, No. 6 (2007).

Reinhold, S. Good Faith in International Law. *Bonn Research Papers on Public International Law*, 19. Retrieved from

<https://pdfs.semanticscholar.org/8bfb/1b70bff892857da74fb0cb97190ed821987b.pdf>

Steve Charnovitz. (1998). The Moral Exception in Trade Policy. *Virginia Journal of International Law Association*.

General rule of Interpretation, (1969).

Vienna convention on the Law of Treaties: A commentary, (2012).

The United States of America's Schedule of Specific Commitments, (1994).

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, 26 C.F.R. (1969).

World Trade Organization. *Communication from the United States of America – Draft Final Schedule of the United States of America Concerning Initial Commitments*. Retrieved from

GATS, XX: 3 C.F.R.

GATS: Appendix, Article XIV C.F.R.

Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes.

WTO Analytic Index, XIV C.F.R.

Scheduling of Initial Commitment in Trade in Services: Explanatory Note, (1993, 3 September).

The 2001 Scheduling Guidelines, (2001a).

World Trade Organization. (2001b). *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (S/L/92)*.

Retrieved from



2979321983

CD IThesis 5886043334 thesis / rev: 06082562 11:57:43 / seq: 10

World Trade Organization. (2015, 9 September). *Analysis of GATS sectoral commitments of WTO member states undertaken in the Uruguay Round*. Paper presented at the The European Services Forum.

ชุติมา บุญยประภัศร. (2557). วารสารการค้าระหว่างประเทศ, ฉบับที่ 5 กรกฎาคม - กันยายน 2557.

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง. (2556). เตรียมความพร้อมรับ AEC กับอุตสาหกรรม US Gambling. *Thailand Economic Business Review*, ปีที่ 9(2 กุมภาพันธ์ 2556).

พงศธร ศรีสาคร, & ยุทธโยธิน, ส. (2552). การพนันบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (ONLINE GAMBLING): ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ. Retrieved from

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. (2553). องค์การการค้าโลกกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม/ทรัพยากรร่วมของโลก : นัยต่อการส่งออกสินค้าของไทย. หลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)” รุ่นที่ 14.

สิทธิกร นิพภย. (2009). การไขและการตีความความตกลง GATS และนัยต่อประเทศไทย. *NTMs in Focus*, 3(2). Retrieved from

<http://www.econ.tu.ac.th/econtuarhive/index.php/download-economic-ebook/ntms-%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%A1%E0%B8%B4%E0%B9%83%E0%B8%8A%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A8%E0%B8%B8%E0%B8%A5%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%A3/ntms-in-focus-volume3/383-%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%83%E0%B8%8A%E0%B9%89%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%95%E0%B8%B5%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%95%E0%B8%81%E0%B8%A5%E0%B8%87-gats-%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%99%E0%B8%B1%E0%B8%A2%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%97%E0%B8%A8%E0%B9%84%E0%B8%97%E0%B8%A2/>

#### Uncategorized References

Brazil — *Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*. (2007). Retrieved from [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/332r\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/332r_e.pdf)



*US Gambling*. (2004). Retrieved from

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/285abr\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/285abr_e.pdf)

GATS, Article XVI C.F.R.

GATS, Article 2 C.F.R.

GATS, Article XVII C.F.R.

GATS, Article XI C.F.R.

GATS, Article VI C.F.R.

GATS, 20 C.F.R.

GATS, 14 C.F.R.

GATS, 16 C.F.R.

GATS.



2979321983

CU Theses 5886043334 thesis / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10



CU IThesis 5886043334 thesis / rcv: 06082562 11:57:43 / seq: 10

2979321983

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล นุชศรา เลิศสุดคณีง  
วัน เดือน ปี เกิด 7 มกราคม พ.ศ. 2533  
วุฒิการศึกษา สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ที่อยู่ปัจจุบัน 425/13 ซอยปรียานนท์ ถนนสาธุประดิษฐ์ 57 แขวงบางโพงพาง เขตยานนาวา กทม 10120



2979321983

CU Thesais 5886043334 thesais / recv: 06082562 11:57:43 / seq: 10