



บทที่ 2

หลักเกณฑ์ทั่วไปและความเป็นมาของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำ ละเมิด

แนวคิดของการทำให้เสียไปหรือเสียหายในกฎเกณฑ์ ของ GATT และ WTO นั้นมีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายวัตถุประสงค์และเนื้อหาของความตกลง รวมถึงคุ้มครองความคาดหวังของคู่เจรจาที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำความตกลง แนวคิดนี้เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่ง GATT ได้นำเข้ามาเป็นบทบัญญัติเฉพาะของ GATT เองในมาตรา XXIII โดยบทบัญญัตินี้เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายปรากฏขึ้นครั้งแรกในความตกลงทางการค้าสองฝ่าย และมีการนำมาพิจารณาแก้ไขและรวบรวมไว้ในร่างกฎบัตร (Suggested Charter) ขององค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization: ITO)

ในบทนี้จะกล่าวถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่ให้การคุ้มครองวัตถุประสงค์และเนื้อหาของสนธิสัญญา ความเป็นมาและเหตุผลที่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิด และความพยายามของผู้ร่างกฎบัตร ITO ในการจำกัดขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในร่างกฎบัตร ITO ซึ่งร่างกฎบัตร ITO นั้นเป็นที่มาของ GATT และ WTO

2.1 หลักกฎหมายทั่วไปกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

ความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลของการกระทำที่ชอบโดยกฎหมายนั้นเกิดขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเวลานานแล้ว¹ โดยความรับผิดชอบประเภทนี้เกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองภาคีฝ่ายที่สุจริตที่ต้องเสียหายหลังจากการที่เข้าทำสัญญาแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กัน นอกจากนั้นแม้ว่าสนธิสัญญาจะยังไม่มีผลใช้บังคับในฐานะที่เป็นข้อผูกพันตามสัญญาก็ตาม หรือบาง

¹ Ernst-Ulrich Petersmann, "The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement System". 1997, p. 136.

ครั้งก็อาจมีผลทำให้สนธิสัญญาเป็นอันไร้ผลก็ตาม แต่การจัดทำสนธิสัญญาของรัฐก็ก่อให้เกิดพันธกรณีบางประการดังเช่นที่มาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) กำหนดไว้ว่ารัฐต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่อาจจะมีผลทำให้สนธิสัญญาเป็นอันไร้ผล (defeat) ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. เมื่อรัฐนั้นได้ลงนามในสนธิสัญญาหรือได้แลกเปลี่ยนตราสารก่อตั้งสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขแห่งการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบตราบเท่าที่รัฐนั้นยังไม่ได้แสดงเจตจำนงที่จะไม่เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญา หรือ

ข. เมื่อรัฐนั้นได้แสดงเจตจำนงเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาในระยะเวลาที่เป็นช่วงก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับ และภายใต้เงื่อนไขที่ว่าระยะเวลาก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับนั้นไม่ได้เลื่อนขยายให้ล่าช้าออกไป

บทบัญญัติในมาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ฯ แสดงให้เห็นว่าพันธกรณีที่เกิดจากความประพฤตินั้นเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้ลงนามในสนธิสัญญาซึ่งต้องมีการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบตราบเท่าที่รัฐนั้นยังมีได้แสดงเจตจำนงที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีสนธิสัญญา

J.L. Briery กล่าวว่พันธกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้ปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยความสุจริตมากกว่าที่จะเป็นพันธกรณีภายใต้กฎหมายที่เข้มงวด

เป้าหมายที่สำคัญของผู้ร่างมาตรา 18 ก็คือ การกำหนดผลทางกฎหมายบางประการสำหรับการลงนามในสนธิสัญญาซึ่งเป็นการแสดงออกถึงความยินยอม (consent) ประการหนึ่ง ผู้ค้นคว้าของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard Research) ขยายความเกี่ยวกับพันธกรณีตามมาตรา 18 ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุสมผลของผู้ลงนามในสนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนั้น Sir Hersch Lauterpach ก็ได้กล่าวไว้ในรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ซึ่งเป็นคำกล่าวที่สนับสนุนผู้ค้นคว้าของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดว่าวัตถุประสงค์ของมาตรา 18 นี้ก็คือการห้ามไม่ให้มีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเพื่อที่จะตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ให้ได้รับผลประโยชน์ที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นคาดหวังว่าจะได้จากการทำสัญญา

เนื่องจากพันธกรณีตามมาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ฯ เป็นพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่าด้วยหลักสุจริต ซึ่งหลักสุจริตนั้นเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ดังนั้นการที่จะหาความชัดเจนที่เป็นรูปธรรมของการกระทำตามมาตรา 18 นี้เป็นเรื่องยาก

นอกจากนั้นในร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่จัดทำขึ้นโดย ILC มาตรา 15 ก็กำหนดห้ามมิให้รัฐที่เข้าร่วมในการจัดทำสนธิสัญญากระทำการใด ๆ อันเป็นการทำลายหรือก่อให้เกิดอุปสรรคต่อวัตถุประสงค์และเนื้อหาของสนธิสัญญาตั้งแต่ขั้นตอนเริ่มต้นของการทำสนธิสัญญา ซึ่งในกรณีนี้จะเห็นว่าผู้ร่างเน้นถึงความสำคัญในการคุ้มครองผู้เข้าทำสนธิสัญญาด้วยความสุจริตตั้งแต่แรกเริ่มต้นทำสัญญา

หลักการคุ้มครองความสุจริตของผู้เข้าทำสัญญาตามที่กำหนดในอนุสัญญากรุงเวียนนานี้ เป็นหลักการที่เหมือนกับบทบัญญัติของมาตรา XXIII ของ GATT และมาตรา 26 ของ DSU ซึ่งมุ่งหมายที่จะคุ้มครองภาคีที่ทำสนธิสัญญา และปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริต

2.2 อิทธิพลของคอมมอนลอว์ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหาย โดยไม่มีการกระทำละเมิด

โดยปกติแล้วในการเจรจาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศภาคีจะไม่ยอมให้มีการขยายขอบเขตพันธกรณีของความตกลงโดยผ่านวิธีการตีความและขยายความตามที่ปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากในขณะนั้นแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลอยู่ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศประกอบกับคำตัดสินในคดี Lotus ระหว่างตุรกีกับฝรั่งเศสในปี 1927² และความเข้าใจที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศในขณะนั้นเห็นว่าทุกสิ่งที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งถือว่าชอบโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตามหลักคอมมอนลอว์ที่ปรากฏในหลักการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดนี้เกิดขึ้นจากเทคนิคทางการทูตโดยผู้ร่างบทบัญญัติมีแนวคิดที่จะใช้หลักนี้ในการเติมช่องว่างของพันธกรณีตามกฎหมาย และให้อำนาจองค์การตัดสินข้อพิพาทโดยพิจารณาว่าอะไรคือความถูกต้อง (right) หรือชอบธรรม (fair)

² See The case of the SS Lotus, Judgment No. 9, Collection of Judgments (PCIJ), Ser. A. No. 10 at 18-19 (1927): "International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independent of States cannot therefore be presumed..... All that can be required of a States is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction..."

เพื่อที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของภาคีภายใต้ความตกลงไม่ให้ถูกทำลายไปโดยการใช้อำนาจที่ไม่ได้กำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจนในความตกลง

แนวคิดของคอมมอนลอร์นี้ปรากฏอยู่ในความตกลงทางการค้าสองฝ่ายโดยทำหน้าที่สำคัญที่นำมาซึ่งการเจรจาตกลงระหว่างภาคีของความตกลงเพื่อให้เกิดความชอบธรรมระหว่างภาคี และแนวคิดของคอมมอนลอร์นี้ก็ถูกนำมาเข้ามาใช้ในร่างกฎบัตร ITO เพื่อที่จะให้องค์กรมีอำนาจที่จะตัดสินตามความถูกต้องและชอบธรรม³ และเนื่องจากการให้อำนาจที่กว้างขวางแก่องค์กรที่จะตัดสินปัญหาตามความถูกต้องและชอบธรรม ผู้ร่างกฎบัตร ITO จึงพยายามที่จะจำกัดขอบเขตของแนวคิดนี้ให้แคบลง ดังปรากฏรายละเอียดในการประชุมร่างกฎบัตร ITO ที่จะกล่าวต่อไป

ในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป การที่รัฐจะร้องขอให้มีการเยียวยาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้นั้นรัฐต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิของคนในชาติของตนนั้นถูกละเลยจากการกระทำละเมิดกฎหมายของอีกรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตามภายใต้หลักกฎหมายคอมมอนลอร์ศาลสามารถมีคำสั่งแสดงถึงสิทธิในทางแพ่ง (declaratory judgment) ได้แม้จะไม่มีข้อพิพาทหรือการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้น และการที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งแสดงสิทธิในทางแพ่งของผู้ยื่นคำร้องได้นั้นผู้ร้องจะต้องมี "เหตุ" ซึ่งในภาษาละตินเรียกว่า "Locus standi" หรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า "standing"⁴ ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาสิทธิของภาคีโดยการกำหนดบทบัญญัติในขอบเขตที่กว้าง

หลักเกณฑ์ในการขอให้ศาลมีคำสั่งแสดงสิทธิในทางแพ่งแม้ไม่มีข้อพิพาทหรือโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นนี้ ถูกนำมาบัญญัติไว้ในความตกลงทางการค้าสองฝ่าย และ ITO โดยกำหนดให้ภาคีมีสิทธิร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ หรือร้องขอให้มีการระงับข้อพิพาทในขอบเขตที่กว้างขวางแม้ว่าจะไม่มีการกระทำละเมิดพันธกรณีของความตกลง แนวคิดเกี่ยวกับ Standing ที่น่าสนใจและมีลักษณะที่เหมือนกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายของอังกฤษ และสหรัฐ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

³ Robert E. Hudec, The GATT legal System and World Trade Diplomacy, Section Edition, (Butterworth Legal Publishers, 1990), p. 36.

⁴ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2 (สหกรณ์ออกทรัพย์กระทรวงยุติธรรม จำกัด, 2525), หน้า 290.

2.2.1 Standing ในกฎหมายอังกฤษ

Standing นั้นโดยทั่วไปนั้นก็คือความสามารถตามกฎหมายที่จะเป็นโจทก์ยื่นฟ้องในคดี⁵ ในระบบคอมมอนลอว์นั้นไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับ Standing ไว้โดยตรง โดยบทบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งของศาลอังกฤษ Order 25 Rule 5 กำหนดไว้เพียงแต่ว่า อาจมีการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งแสดงสิทธิในทางแพ่งได้แม้ว่าไม่มีมูลเหตุในการฟ้องร้อง (No cause of action exists) ระหว่างบุคคล ถ้าหากผู้ร้องมีผลประโยชน์ได้เสียเพียงพอในการยื่นคำร้องนั้น (sufficient or substantial interest in the proceedings)

ท่านผู้พิพากษาศาลสูงของอังกฤษ Pinford, L.J. ได้กล่าวถึงผลของบทบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง Order 25 Rule 5 ว่า ผลของ Order 25 Rule 5 ก็คือการให้อำนาจโดยทั่วไปที่จะทำการประกาศ (make declaratory) ว่าคดีมีมูลกรณีหรือไม่ และว่าใครเป็นผู้มีผลประโยชน์ในเรื่องที่ประกาศนั้น⁶

วลีที่ว่า “มีผลประโยชน์ได้เสียเพียงพอในการยื่นคำร้องนั้น” เป็นวลีที่มีความหมายกว้างมาก ศาลอังกฤษจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาคำร้องที่ยื่นต่อศาลขอให้มีการมีคำสั่งแสดงสิทธิในทางแพ่งของผู้ร้องอย่างกว้างขวาง

2.2.2 Standing ในกฎหมายของสหรัฐ

Standing ในกฎหมายสหรัฐปรากฏขึ้นในคำพิพากษาของศาล (Case Law) โดยศาลวางหลักที่เกี่ยวกับ Standing ไว้เพื่อจำกัดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีตัดสินคดีตามมาตรา III ของ

⁵ Timothy D. Terrell and A.H. Barnett, “Regulation and Standing to Sue,” Working Paper: Austrian Scholars Conference, 24-25 (March, 2000).

⁶ Pick L.J. , (Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co. (1915) 2 K.B. 536 at 562), “that the effect of Order 25 Rule 5 is to give general power to make a declaration whether there be a cause of action or not, and at the instance of any party who be interested in the subject-matter of declaration”

กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา⁷ โดยการศึกษาที่จะพิจารณาว่าโจทก์มีสิทธิในการฟ้องร้องหรือไม่ต้องพิจารณาคดีประกอบดังต่อไปนี้

1. มีความเสียหาย (injury) โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้รับความเสียหาย หรือเป็นที่แน่ชัดเจนว่าจะเกิดความเสียหาย (imminently will suffer injury) และต้องเป็นความเสียหายที่แท้จริง (actual) ไม่ใช่ความเสียหายที่เป็นนามธรรม (abstract)
2. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย (causation) โดยความเสียหายต้องเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลย
3. ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่สามารถเยียวยาแก้ไขได้ (redressability)

เนื่องจากสหรัฐกำหนดให้สิทธิในการยื่นคำฟ้องของโจทก์ไว้อย่างกว้างขวางโดยไม่ต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำเฉพาะของจำเลย เมื่อโจทก์แสดงให้เห็นได้ว่าโจทก์มีสิทธิในการฟ้องร้องแล้วก็จะป็นอำนาจของศาลในการพิจารณาดัดสินข้อเท็จจริงในแต่ละคดี และพิจารณาการกระทำของจำเลยตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดีว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นหรือไม่

2.3 การเกิดขึ้นของแนวคิดการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิด (Non-Violation Nullification and Impairment)

⁷ Article III: 2 of The U.S. Constitution, "The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made under their Authority, - to all Case affecting Ambassador, other Public Ministers or Consuls; -to all Cases of Admiralty and maritime Jurisdiction- to Controversies to which the United States shall be a Party; - to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another States; -between Citizens of different States- between Citizens of the same States claiming lands under the Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, and between State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizen and Subjects."

วัตถุประสงค์ที่สำคัญของความตกลงทางการค้าก็คือการแลกเปลี่ยนข้อลดหย่อนทางภาษี ดังนั้นแนวคิดของความสมดุลในการแลกเปลี่ยนจึงเป็นเรื่องที่สำคัญต่อความตกลงทางการค้า ซึ่งแนวคิดของความสมดุลในการแลกเปลี่ยนก็คือแนวคิดของหลักต่างตอบแทน (Reciprocity)⁸ การที่ประเทศต่าง ๆ ให้ความสนใจและมุ่งเน้นถึงผลประโยชน์ที่ให้ตอบแทนกันนี้ ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ทั่วไปในการควบคุมนโยบายทางการค้าขึ้นมาใช้ควบคู่ไปกับการแลกเปลี่ยนข้อลดหย่อนทางภาษี โดยในขณะนั้นประเทศต่าง ๆ ก็เห็นว่าโอกาสทางการค้าที่ได้มาจากการลดอัตราภาษีอาจจะถูกทำให้เสียไปโดยการนำมาตราการเสริมอื่นที่ไม่ใช่เรื่องอัตราภาษีมาใช้ ดังนั้นเพื่อที่จะรักษาผลประโยชน์ที่ให้ต่างตอบแทนกันประเทศต่าง ๆ จึงต้องกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อจำกัดมิให้มีการนำการจำกัดปริมาณ การเลือกปฏิบัติ หรือกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกันมาใช้ อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์หรือข้อผูกพันที่กำหนดขึ้นนั้นก็ยังไม่สามารถที่จะรักษาผลประโยชน์ที่ให้ต่างตอบแทนกันไว้ได้ เนื่องจากกฎเกณฑ์ทางการค้าที่เป็นมาตรฐานเหล่านั้นสามารถนำมาใช้ได้กับเฉพาะมาตรการทางการค้าต่างๆ ไปของรัฐที่โดยปกติจะนำมาใช้ควบคุมปริมาณการค้า การค้าระหว่างประเทศนั้นสามารถได้รับผลกระทบจากมาตรการภายในประเภทอื่น ๆ อีกเช่น มาตรการควบคุมความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์ (product safety standards) ซึ่งไม่ใช่มาตรการที่เกี่ยวข้องกับนโยบายทางการค้าโดยตรง นอกจากนี้ก็ยังมีมาตรการอื่น ๆ อีกที่ไม่สามารถจะกำหนดไว้เป็นกฎเกณฑ์ล่วงหน้าได้ทั้งหมด ประกอบกับประเทศต่าง ๆ ก็ไม่ยินยอมที่จะให้มีการจำกัดเสรีภาพของรัฐในการที่จะปรับใช้มาตรการในเรื่องอื่น ๆ เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการที่จะรักษาความตกลงทางภาษีเอาไว้ การเจรจาเกี่ยวกับหลักการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีกรกระทำละเมิดจึงเกิดขึ้นในการประชุมด้านเศรษฐกิจที่จัดขึ้นโดยสันนิบาตชาติปี 1933

แม้ว่าองค์การสันนิบาตชาติในเบื้องต้นจะก่อตั้งขึ้นมาเพื่อจัดการกับความขัดแย้งทางด้านการเมือง แต่องค์การสันนิบาตชาติก็มีบทบาทที่สำคัญทางด้านเศรษฐกิจด้วย เนื่องจากหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศต่าง ๆ เริ่มความพยายามที่จะทำการเจรจาพหุภาคีในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับด้านเศรษฐกิจภายใต้กรอบการทำงานขององค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations)⁹ ภาคี

⁸ Robert E. Hudec, The GATT legal System and World Trade Diplomacy , p.13.

⁹ James P. Durling and Simon N. Lester, "Original Meanings and the Film Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment remedy," George Washington Journal of International Law Economic. (Spring 1999), p. 8.

ได้ก่อตั้งคณะกรรมการชั่วคราวทางด้านเศรษฐกิจและการเงิน (Provisional Economic and Financial Committee) ขึ้นในปี 1920 ซึ่งประกอบไปด้วยคณะทำงานในเรื่องที่สำคัญสองเรื่องคือ เรื่องที่เกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจและด้านการเงิน โดยในภายหลังคณะกรรมการชั่วคราวได้กลายมาเป็นคณะกรรมการถาวรด้านเศรษฐกิจและการเงินของสันนิบาตชาติ และคณะกรรมการถาวรดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานเพื่อใช้ในการเจรจาตกลงทางด้านเศรษฐกิจในช่วงระหว่างการประชุมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่จัดขึ้นโดยองค์การสันนิบาตชาติ โดยในการประชุมได้มีการเจรจากันเกี่ยวกับการปกป้องทางอ้อมรวมถึงแนวทางที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาการปกป้องทางอ้อม

2.3.1 การปกป้องทางอ้อม (Indirect Protection)

การปกป้องทางอ้อม (Indirect Protection) คือการที่ประเทศต่าง ๆ พยายามหาวิธีการใหม่ ๆ ที่ไม่ใช่อัตราภาษีเพื่อนำมาใช้เป็นอุปสรรคทางการค้าแทนมาตรการทางภาษี

แม้ว่าจะเริ่มมีการเจรจาตกลงลดอัตราภาษีขึ้น แต่ประเทศต่าง ๆ ก็เห็นว่ามีผลกระทบด้านของรัฐบาลที่ยังสามารถก่อให้เกิด "การปกป้องทางอ้อม" ในการสร้างอุปสรรคทางการค้า และเมื่อการปกป้องทางอ้อมนี้ถูกนำมาใช้เป็นการทั่วไป ภาคีองค์การสันนิบาตชาติจึงตระหนักว่าการปกป้องดังกล่าวเป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องหาหนทางแก้ไขเนื่องจากภาคีส่วนใหญ่เกรงว่าประเทศต่าง ๆ จะลดอัตราภาษีตามที่มีการตกลงทำสัญญาแต่อาจจะนำมามาตรการอื่นที่ยังไม่มีการกำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจนมาใช้แทนการปกป้องโดยอัตราภาษี

ในการประชุมด้านเศรษฐกิจและการเงินรอบกรุงลอนดอนที่จัดขึ้นในปี 1933 ซึ่งถือได้ว่าเป็นการประชุมทางด้านเศรษฐกิจที่สำคัญที่สุดภายใต้การสนับสนุนขององค์การสันนิบาตชาตินั้น ผู้แทนของสหรัฐอเมริกาได้นำบันทึกที่เกี่ยวกับการปกป้องทางอ้อมที่จัดเตรียมโดยนายเฮนรี ชาล์เมอร์ (Henry Chalmers) หัวหน้าแผนกภาษีอากรต่างประเทศในกระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐมาใช้เป็นแนวทางในการเจรจา บันทึกของนายชาร์เมอร์กล่าวว่า "การปกป้องทางอ้อมนั้นรวมถึงมาตรการทุกประเภทที่นอกเหนือไปจากอัตราภาษีอากรที่ใช้สำหรับสินค้านำเข้าทั่วไป และกฎเกณฑ์ทางด้านพิกัดอัตราภาษีศุลกากรที่ใช้เป็นการทั่วไป (routine customs regulation) ไม่ว่าจะมาจากกรณีการนิติบัญญัติ หรือมาจากคำสั่งของรัฐมนตรี ไม่ว่าจะเป็กฎข้อบังคับหรือแนวทางในด้านการบริหารของรัฐบาลซึ่งวัตถุประสงค์และผลของมาตรการเหล่านั้นมีแนวโน้มที่จะ

ขีดขวางการค้าระหว่างประเทศอย่างไม่สมเหตุผล ซึ่งรวมถึงการกำหนดให้มีการปกป้องผู้ผลิตภายในประเทศเพิ่มมากขึ้นโดยการก่อให้เกิดอุปสรรคที่มีผลกระทบต่อกรนำเข้า”¹⁰ นอกจากนี้ชาร์เมอร์ยังเห็นว่าการปกป้องประเภทต่างๆนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นมาตรการที่ไม่ถูกต้องเสมอไป มาตรการที่มีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายก็สามารถนำมาใช้เป็นการปกป้องได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องรวบรวมประเภทของการปกป้องทางอ้อมที่ครอบคลุมรูปแบบของการปกป้องในขอบเขตที่กว้างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ชาร์เมอร์ได้แบ่งการปกป้องทางอ้อมโดยทั่วไปเป็นสามประเภทคือ

1. การดำเนินการของรัฐบาลทางด้านภาษี
2. ลัทธิการปกป้องทางอ้อมที่เกี่ยวกับการจำกัดหรือการควบคุมทางการค้าอื่น ๆ (Control of Trade)
3. การดำเนินการของรัฐบาลที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ด้านกงสุลและการบริหารทางด้านศุลกากร¹¹

การปกป้องทางอ้อมทั้งสามประเภทนี้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่คณะกรรมการพิจารณาเรื่องการปกป้องทางอ้อมนำมาใช้พิจารณาและกำหนดประเภทของการปกป้องทางอ้อมที่ห้ามนำมาใช้

อย่างไรก็ตามหลังจากที่มีความพยายามที่จะรวบรวมประเภทของการปกป้องทางอ้อมที่สมบูรณ์ ประเทศต่าง ๆ ก็ยอมรับว่าการรวบรวมประเภทของการปกป้องที่มีขอบเขตกว้างขวางและสมบูรณ์นั้นเป็นไปได้ จึงได้ตัดสินใจที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหการปกป้องทางอ้อม

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

2.3.2 หลักปฏิบัติโดยเท่าเทียม (Equitable Treatment Clause)

หลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ให้ผู้เจรจาความตกลงทางการค้าของสันนิบาตชาติพยายามที่จะกำหนดขอบเขตและแนวทางเพื่อนำไปใช้แก้ปัญหาที่เกิดจากการที่ภาคีนำมาตราการที่ไม่ใช่ภาษีมาใช้เป็นอุปสรรคทางการค้าหรือที่เรียกว่ามาตรการปกป้องทางอ้อม

ในการประชุมคณะอนุกรรมการของสันนิบาตชาติ นายเฟรด เนลสัน (Fred Nielsen) ผู้แทนชาวสหรัฐได้ร่างหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมขึ้นและนำมาใช้พิจารณาในที่ประชุม หลักของนายเนลสันกำหนดว่า “ภาคีระดับสูงตกลงกันว่าถ้าภายหลังจากที่มีการตกลงทำสนธิสัญญากันแล้ว ภาคีใดนำมาตราการที่สามารถจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสนธิสัญญาซึ่งทำให้ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย ภาคีฝ่ายแรกจะไม่ปฏิเสธที่จะพิจารณาคำร้องหรือข้อเสนอของอีกฝ่ายหนึ่งอย่างฉันทมิตร หรือเข้าทำการเจรจากับภาคีฝ่ายนั้นเพื่อที่จะหาวิธีการที่ดีที่สุดในการที่จะปรับความสมดุล (equilibrium) ที่ถูกรบกวนไปให้กลับดีเหมือนเดิม”¹²

ภายหลังจากที่มีการพิจารณาร่างข้อกำหนดที่เป็นหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมของนายเนลสันแล้ว ที่ประชุมก็เสนอให้แก้ไขร่างข้อกำหนดดังกล่าวของนายเนลสันเป็นว่า “ถ้าภายหลังจากการทำสนธิสัญญาแล้วภาคีฝ่ายหนึ่งนำมาตราการใด ๆ ที่แม้ว่าจะไม่มีผลเป็นการละเมิดข้อกำหนดของสนธิสัญญา แต่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าโดยลักษณะของมาตรการนั้นมีผลเป็นการทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อวัตถุประสงค์ใด ๆ ของสนธิสัญญา คู่สัญญาฝ่ายแรกจะไม่ปฏิเสธที่จะทำการเจรจาตกลงเพื่อที่จะตรวจสอบข้อเสนอนี้ทำโดยภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเพื่อที่จะหาหนทางในการแก้ไขอย่างฉันทมิตรตามที่มีการร้องขอ”¹³

¹² Ibid.

¹³ Draft Equitable Treatment Clause, “If, subsequent to the conclusion of the treaty, one of the Contracting Parties introduces any measure, which even though its does not result in an infringement of terms of the treaty, is considered by the other party to be of such a nature as to have the effect of nullifying or impairing any object of the treaty, the former shall not refuse to enter into negotiations with the Purpose either of an examination of proposals made by the latter or of the friendly adjustment of any complaint preferred by it” quoted in James P. Durling & Simon N. Lester, “Original

ในการแก้ไขร่างข้อเสนอดังกล่าวมีการนำคำว่า “การทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อวัตถุประสงค์ของสัญญา” มาใช้ ซึ่งแนวคิดของการทำให้เสียไปหรือเสียหายนี้ยังคงปรากฏอยู่ในหลักการทำให้เสียไปหรือเสียหายในความตกลง WTO ปัจจุบัน

2.4. คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในความตกลงทางการค้าสองฝ่าย (Bilateral Trade Agreements)

ในการเจรจาตกลงทางด้านเศรษฐกิจขององค์การสันนิบาตชาตินั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความตกลงพหุภาคีทางการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้น แต่การเจรจาดังกล่าวได้สร้างหลักเกณฑ์พื้นฐานให้ภาคีผู้เข้าร่วมการเจรจนาไปใช้ในความตกลงทางการค้าสองฝ่าย คณะอนุกรรมการที่พิจารณาเรื่องการปกป้องทางอ้อมได้แนะนำให้ประเทศต่างๆ ใส่หลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมไว้ในความตกลงทางการค้าสองฝ่ายของประเทศเหล่านั้น โดยถ้อยคำที่กำหนดขึ้นของหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมถูกนำไปใช้โดยสหรัฐและประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ ซึ่งสหรัฐไม่เพียงแต่เป็นผู้ร่างต้นแบบของ “หลักปฏิบัติโดยเท่าเทียม” แต่ยังมีส่วนผลักดันให้มีการรวบรวมและขยายแนวความคิดดังกล่าวนี้เข้าไปในบทบัญญัติ ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าระหว่างประเทศ ITO และ WTO ก็ใช้ตัวบทที่ร่างขึ้นโดยสหรัฐเป็นแนวทางในการเจรจา ซึ่งประเทศต่างๆ ที่ทำความตกลงทางการค้าสองฝ่ายกับสหรัฐส่วนใหญ่ก็ได้เข้าร่วมในการประชุมเจรจาใน ITO ด้วย

ความตกลงทางการค้าสองฝ่ายที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ได้ใช้วิธีการเสริมทางกฎหมายสามประการดังต่อไปนี้เพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ทางภาษีไม่ให้ถูกทำลายไปด้วยอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีหรือโดยมาตรการของอีกฝ่ายหนึ่ง

1. กำหนดกฎเกณฑ์สารบัญญัติที่เป็นกฎหมายห้ามหรือจำกัดการใช้ข้อจำกัดทางการค้า (trade restriction) หรือมาตรการที่เป็นการบิดเบือนทางการค้า (trade distortion)

2. กำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นวิธีบัญญัติซึ่งกำหนดให้มีมาตรการเยียวยาทางกฎหมาย เพื่อที่จะนำมาใช้กับกรณีที่เกิดโอกาสทางการค้าของภาคีกำลังถูกทำลายไปโดยการ ใช้มาตรการของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง
3. กำหนดให้มีข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญา (termination clause) ที่กำหนดให้ ภาคีบอกเลิกพันธกรณีทางการค้าโดยการบอกกล่าวเป็นหนังสือภายในระยะเวลา อันเหมาะสม¹⁴

2.4.1 ความตกลงทางการค้าสองฝ่ายของสหรัฐ

ในช่วงศตวรรษที่ 1935 ถึง 1940 สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ทำความตกลงทางการค้า สองฝ่ายกับประเทศอื่นถึง 17 ฉบับภายใต้โครงการความตกลงทางการค้าต่างตอบแทน (Reciprocal Trade Agreement program) ซึ่งความตกลงทางการค้าสองฝ่ายเหล่านั้นนอกจาก จะกำหนดให้มีหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most Favour Nation) และ หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ (National Treatment) แล้วยังกำหนดให้ภาคีมีโอกาสที่จะร้องขอให้มีการ ปรีกษาหรือถ้าพบว่าภาคีอีกฝ่ายหนึ่งบังคับใช้มาตรการที่มีผลเป็นการทำให้เสียไปหรือเสียหาย ต่อวัตถุประสงค์ของความตกลง (Object of the Agreement) แม้ว่ามาตรการนั้นจะไม่ขัดกับความ ตกลง และความตกลงสองฝ่ายเหล่านี้บางฉบับก็มีผลใช้บังคับอยู่จนเกิด GATT เนื่องจาก GATT ทำให้ความตกลงสองฝ่ายไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป

ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีผลกระทบละเมิดของสหรัฐกับ คู่ค้าในความตกลงสองฝายนั้นส่วนมากจะมีรูปแบบ และเนื้อหาที่เหมือนกับร่างหลักปฏิบัติโดยเท่า เทียมของนายเนลสัน¹⁵ ตัวอย่าง เช่น ความตกลงทางการค้าสองฝ่ายระหว่างสหรัฐกับฮอนดูรัส¹⁶

¹⁴ Ernst-Ulrich Petersmann, "Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law", *German Yearbook International Law* 32 (1991): p 197.

¹⁶ Reciprocal Trade Agreement between U.S. and Hond. (December 19, 1935), Art XIV : "In the Event that the United States of America or the Republic of Honduras adopts any measure which, even though its does not conflict with the terms of this Agreement, is considered by the Government of the other country to have the effect of nullifying or impairing any object of the Agreement, the Government of the country which

และกับเม็กซิโก¹⁷ ซึ่งกำหนดให้สิทธิแก่ภาคีคู่สัญญาที่เห็นว่ามาตรการที่นำมาปรับใช้โดยภาคีฝ่ายหนึ่งนั้นก่อให้เกิดผลเสียหายต่อวัตถุประสงค์ของความตกลงสามารถทำขอเสนอให้มีการพิจารณาปัญหาดังกล่าว เพื่อที่จะทำการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นที่พอใจทั้งสองฝ่าย

เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำที่ปรากฏในความตกลงสองฝ่ายทั้งสองฉบับของสหรัฐและคู่ค้าข้างต้นจะเห็นได้ว่าถ้อยคำในความตกลงสองฉบับนี้สอดคล้องเป็นอย่างมากกับร่างหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมที่มีการสรุปในที่ประชุมกรุงลอนดอนของสันนิบาตชาติ และเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของ GATT และ WTO ด้วย

2.4.2 ความตกลงทางการค้าสองฝ่ายของประเทศอื่น

ในขณะเดียวกันกับที่สหรัฐได้เจรจาความตกลงทางการค้าสองฝ่ายภายใต้โครงการความตกลงทางการค้าต่างตอบแทนนั้น ประเทศที่ทำการค้าเป็นหลักประเทศอื่น ๆ ก็ลงนามทำความตกลงสองฝ่ายในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับของสหรัฐ ความตกลงเหล่านี้บางฉบับประกอบไปด้วยถ้อยคำที่เหมือนกับถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในความตกลงของสหรัฐเป็นอย่างมาก เช่นความตกลงระหว่างแคนาดา กับไฮติ และกับกัวเตมาลา แต่ความตกลงสองฝ่ายบางฉบับก็กำหนดให้มีความคุ้มครองในขอบเขตที่กว้างกว่าร่างบทบัญญัติของนายเนลสันที่เสนอต่อที่ประชุมของสันนิบาตชาติ

ความตกลงระหว่างอังกฤษและยูโก สลาเวียกำหนดให้ภาคีสมาชิกสามารถตั้งคณะกรรมการที่ประกอบด้วยผู้แทนของแต่ละฝ่ายเพื่อหาทางแก้ไขปัญหาในกรณีที่สมาชิกเห็นว่า “มี

has adopted any such measure shall consider such representations and proposals as the Government of the other country may make a view to effecting a mutually satisfactory adjustment of the matter”

¹⁷ Reciprocal Trade Agreement between Mexico and United States (1942), “If either party should consider that any measure adopted by other Government, even though it does not conflict with the terms of this Agreement, has the effect of nullifying or impairing any objective of the Agreement, such other Government shall give sympathetic consideration to such written representations or proposals as may be made with a view to effecting a mutually satisfactory adjustment of the matter”

ความยุ่งยากในการปฏิบัติให้เป็นไปตามความตกลง(difficulties of a practical character)" ¹⁸ ซึ่งถ้อยคำของบทบัญญัติในความตกลงระหว่างฮังการีและยูโกสลาเวียมีขอบเขตกว้างกว่าถ้อยคำในความตกลงสองฝ่ายของสหรัฐและถ้อยคำที่เกิดขึ้นในการประชุมที่กรุงลอนดอนของสันนิบาตชาติ ความตกลงนี้ไม่ได้กล่าวถึงปัญหาเฉพาะที่เกิดจากมาตรการของรัฐบาล แต่ได้ใช้คำกว้าง ๆ ว่า "ความยุ่งยากในการปฏิบัติ" (difficulties of a practical character) ซึ่ง "ความยุ่งยาก" ที่สามารถจะคาดเดาได้ก็คือสถานการณ์ที่มีการนำมาตราการใหม่ ๆ ของรัฐมาใช้ทำให้ผลประโยชน์ที่มีอยู่ตามความตกลงลดน้อยลง ซึ่งการลดลงนี้มีผลต่อความสามารถในการจัดซื้อของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย หรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อความคล่องตัวของการค้า (trade flow) สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ระบุไว้ในความตกลง และผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง (the covered products or products related thereto) ซึ่งถ้อยคำของบทบัญญัติในความตกลงสองฝ่ายระหว่างฮังการีและยูโกสลาเวียกว้างมากพอที่จะครอบคลุมสถานการณ์ทุกสถานการณ์

สำหรับตัวอย่างที่เป็นความตกลงสองฝ่ายที่ประกอบไปด้วยบทบัญญัติของการปฏิบัติโดยเท่าเทียมที่มีความหมายกว้างอีกฉบับคือความตกลงระหว่างนิวซีแลนด์และสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งกำหนดว่าให้สิทธิภาคีสมาชิกร้องขอให้มีการเจรจาตกลงในกรณีที่มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ภาคีคาดหมายว่าจะได้มาจากการทำข้อตกลง (Arrangement) ไม่สามารถบรรลุผลได้ หรือในกรณีที่ภาคีสมาชิกเห็นว่าตนเสียประโยชน์เนื่องจากการก่อให้เกิดสิ่งที่ไม่เอื้ออำนวยต่อผลประโยชน์ (Development Unfavorable to interest) หรือโดยการนำมาตราการที่มีลักษณะในทางเศรษฐกิจ (Economic nature) มาใช้ ¹⁹

¹⁸ Commercial Agreement between the Kingdom of Hungary and the Kingdom of Yugoslavia, May 15, 1933, art. 4: "Should the application of the present Agreement give rise to difficulties of a practical character, a Commission consisting of representatives of the respective competent authorities shall be entrusted with the task of proposing solutions to be adopted by mutual agreement. The said Commission shall also consider the possibility of developing economic transactions between the two countries on a larger scale. The decisions of this Commission shall be submitted to the two Governments for approval"

แม้ว่าถ้อยคำในความตกลงสองฝ่ายระหว่างนิวซีแลนด์และสวิตเซอร์แลนด์นี้ค่อนข้างจะแคบกว่าถ้อยคำที่ปรากฏในสนธิสัญญาระหว่างยูโกสลาเวียและฮังการี แต่ถ้อยคำดังกล่าวนี้ก็ยังคงมีความหมายกว้างกว่าถ้อยคำที่มีการเสนอให้ใช้ในที่ประชุมกรุงลอนดอน โดยความตกลงระหว่างนิวซีแลนด์และสวิตเซอร์แลนด์กำหนดมาตรการที่มีความหมายกว้างกว่ามาตรการที่นำมาใช้โดยภาคีอีกฝ่ายหนึ่งนั่นก็คือการก่อให้เกิดสิ่งที่ไม่เอื้ออำนวยต่อผลประโยชน์ (Development unfavourable to interest) ซึ่งมีความหมายครอบคลุมมากกว่าแค่การทำให้ผลประโยชน์ลดลงเนื่องจากมาตรการของรัฐ

ความตกลงต่าง ๆ ที่ประกอบไปด้วยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมนี้แม้ว่าจะมีความแตกต่างจากบทบัญญัติที่เป็นต้นแบบ แต่ก็ยังทำให้เราสามารถเข้าใจถึงความหมายของถ้อยคำซึ่งเป็นที่มาของหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียม เช่น สหราชอาณาจักรได้ลงนามในความตกลงทางการค้าทั้งหมดรวมสามฉบับที่ประกอบบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น (escape clause) ซึ่งให้สิทธิในการบอกเลิก (terminate) หรือขอให้มีการปรึกษาหารือในกรณีที่มีความคล่องตัวของการค้าถูกทำให้เปลี่ยนแปลงไปจากจำนวนที่เหมาะสม ดังที่ปรากฏในความตกลงระหว่างสหราชอาณาจักรกับไอซ์แลนด์ ได้กำหนดให้สหราชอาณาจักรบอกเลิกความตกลงได้ถ้าในปีใดจำนวนของถ่านหินที่มีต้นกำเนิดมาจากสหราชอาณาจักรมีการนำเข้าไปยังไอซ์แลนด์น้อยกว่า 77% ของจำนวนถ่านหินที่นำเข้าไปในไอซ์แลนด์ทั้งหมดในปีนั้น²⁰

แม้ว่าบทบัญญัติเหล่านี้จะมีลักษณะเฉพาะของตนเองมากกว่าที่ปรากฏในหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมที่มีการเจรจกันที่ของสันนิบาตชาติ แต่บทบัญญัติเหล่านี้ก็แสดงถึงความกังวลที่ทำให้

¹⁹ Exchange of Note Between the Government of New Zealand and the Swiss Government Constituting a Trade Agreement (May 5, 1938), para 4: "In the event of the economic benefits anticipated by both Contracting parties on concluding the present Arrangement not being attained or in the event of either of the Contracting Parties considering itself at a disadvantage through developments unfavourable to its interests or through the adoption by the other party of measures of an economic nature, either of the Contracting Parties may request that negotiations be commenced without delay with a view to effecting a mutually satisfactory adjustment of the matter"

²⁰ Agreement between the Government of the U.K. and the Government of Iceland Relating to Trade and Commerce, (19 May 1933), para 2.

จำเป็นต้องมีหลักปฏิบัติโดยเท่าเทียมในความตกลงที่เหมือนกัน นั่นก็คือการเปลี่ยนแปลงที่ไม่สามารถคาดหมายได้ต่อความคล่องตัวของการค้า

2.5 คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ ITO

การเจรจาจัดตั้ง ITO นั้นมีขึ้นเพื่อที่จะแสวงหากฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันภาคี และเพื่อที่จะจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจเหนือชาติต่าง ๆ (Supra-national organization) ในการทำหน้าที่บริหารกฎเกณฑ์ ซึ่งผู้ร่างกฎเกณฑ์ของ ITO เห็นว่า ITO นั้นถูกจัดให้เป็นเสาหลักลำดับที่สี่ในจำนวนองค์กรพหุภาคีที่ก่อตั้งขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สองในการที่จะสนับสนุนสันติภาพและความเจริญรุ่งเรืองของโลก (world peace and prosperity) โดยมีองค์การสหประชาชาติ United Nation IMF และ IBRD (World Bank) เป็นเสาหลักสามลำดับแรก

ในช่วงปี 1946-1948 ได้มีการเจรจาจัดตั้ง ITO และร่างกฎบัตร ITO ขึ้นที่กรุงลอนดอน (London) นิวยอร์ก (New York) เจนีวา (Geneva) และฮาวานา (Havana) และแม้ว่าสหรัฐฯจะไม่ได้ให้สัตยาบันกฎบัตรของ ITO แต่กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้าซึ่งรวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิดก็ยังคงถูกนำมาใช้ใน GATT และ WTO ในปัจจุบัน

2.5.1 วัตถุประสงค์ในการกำหนดให้มีคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในร่างกฎบัตร ITO

ที่ประชุมร่างหลักเกณฑ์ของ ITO รอบกรุงลอนดอนใน ปี 1946 ได้สรุปถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปและเสียหายในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดไว้ดังนี้ "บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยที่ไม่มีการกระทำละเมิดมีจุดประสงค์ที่จะกำหนดมาตรการที่มีขอบเขตกว้างที่สามารถพลิกแพลงใช้ได้ ในกรณีที่ตัวกฎบัตรไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ในบางสถานการณ์ บทบัญญัติเปิดโอกาสให้ประเทศที่เห็นว่าอีกประเทศหนึ่งกระทำการบางอย่างที่แม้ว่าไม่ขัดกับตัวบทบัญญัติเฉพาะของกฎบัตรแต่มีแนวโน้มที่ทำให้ผลประโยชน์ที่มีอยู่ตามกฎบัตรเสียไปหรือเสียหายสามารถนำเรื่องดังกล่าวขึ้นเสนอต่อองค์การ และถ้าองค์การเห็นด้วยประเทศนั้นก็จะได้รับอนุญาตให้ได้รับยกเว้นจากพันธกรณีบางประการภายใต้บทที่ IV (บทที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้า)

2.5.2 ข้อเสนอเกี่ยวกับร่างบทบัญญัติและขอบเขตในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในร่างกฎบัตร ITO

สหรัฐได้ร่างบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิด ขึ้นและนำมาเสนอในที่ประชุมเจรจาร่างกฎบัตรในเดือนกันยายน ปี 1946 เพื่อนำไปใช้ในการพิจารณาในที่ประชุมรอบกรุงลอนดอน ร่างบทบัญญัติของสหรัฐกำหนดว่า “ถ้าภาคีพิจารณาเห็นว่ามาตรการที่มีการนำมาใช้โดยภาคีอื่น มีผลเป็นการทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อวัตถุประสงค์ของข้อกำหนดในบทนี้ ไม่ว่าจะมาตรการนั้นจะขัดกับข้อกำหนดในบทนี้หรือไม่ ภาคีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะทำการพิจารณาข้อคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะที่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยความมุ่งหมายที่จะให้มีการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่าย”²¹

ในช่วงแรกนั้นสหรัฐเสนอให้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ได้กับบทบัญญัติที่เป็นสารบัญญัติทั้งห้าบทของกฎบัตร ITO นั่นคือบทที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้า (Commercial) Policy) นโยบายการจ้างงาน (Employment Policy) การพัฒนาทาง ด้านเศรษฐกิจ (Economic Development) หลักปฏิบัติที่เป็นข้อจำกัดทางธุรกิจ (Restrictive Business Practices) และความตกลงเกี่ยวกับสินค้า (Commodity Agreements) โดยให้หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิดนั้นแยกออกมาและกำหนดให้ใช้ได้กับเฉพาะบทที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้าเท่านั้น

เหตุผลของการแยกหลักที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายออกมามีอยู่ในบทที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้านั้นเนื่องจากสหรัฐตั้งใจที่จะใช้บทที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้าให้เป็นความตกลงทางการค้าที่แยกต่างหาก ดังนั้นความตกลงที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้าจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทเป็นของตนเอง นอกจากนี้หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายนี้เป็นหลักพื้นฐานในความตกลงทางการค้าของสองฝ่ายหลายฉบับของสหรัฐในอดีต จึงเป็นเรื่องธรรมดาที่สหรัฐที่จะใส่หลักดังกล่าวเข้าไปในร่างกฎบัตรด้วย

ต่อมาในการเจรจารอบกรุงลอนดอนเดือนพฤศจิกายน ปี 1946 ผู้แทนของออสเตรเลียได้เสนอให้มีการขยายขอบเขตของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปและเสียหายให้ครอบคลุมถึงการระงับข้อพิพาทของกฎบัตรโดยรวมไม่ใช่แต่เฉพาะบทที่เกี่ยวกับนโยบายทางการค้า เนื่องจากผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากมาตรการของรัฐที่ไม่ได้กำหนดไว้ในความตกลงอาจจะเกิดขึ้นได้ใน

²¹ Article 30 of Suggested Charter for an International Trade Organization (Sept 1946).

ประเด็นอื่นนอกจากเรื่องนโยบายทางการค้าได้ เช่นนโยบายการจ้างงาน ในที่สุดที่ประชุมรอบกรุงลอนดอนจึงได้ตกลงให้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีภาระกระทำละเมิดนั้นสามารถนำมาปรับใช้ได้ด้วยข้อกำหนดทั้งห้าบทของร่างกฎบัตร ITO ดังเช่นกฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทโดยทั่วไป

2.5.3 การพิจารณาร่างมาตรการเยียวยาในคำร้องประเภทที่ไม่มีภาระกระทำละเมิดในร่างกฎบัตร ITO

ในการประชุมพิจารณาร่างกฎบัตร ITO ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีภาระกระทำละเมิด รอบกรุงเจนีวาในปี 1947 นั้นมีการถกเถียงกันถึงผลกระทบของร่างบทบัญญัตินี้ โดยผู้แทนอาฟริกาได้ขอให้ผู้แทนประเทศต่าง ๆ พิจารณาเรื่องบทลงโทษของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายใหม่อีกครั้ง ซึ่งผู้แทนชาวอาฟริกาได้ ดร. เจ อี ฮอลโลเวย์ (Dr. J.E. Holloway) ได้สรุปถึงปัญหาของหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายออกเป็นสองประเด็น คือ

1. กระบวนการที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายไม่มีแนวทางที่เป็นสารบัญญัติอย่างแท้จริง เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวไว้ในกฎบัตรนั้นกว้างพอที่จะสามารถครอบคลุมเกือบทุกสิ่งทุกอย่าง
2. มาตรการเยียวยาในกรณีที่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเป็น “บทลงโทษ” ที่เหมือนกับบทลงโทษที่องค์กรใช้ในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณี ดังนั้นองค์กรจึงเสมือนได้รับอำนาจที่จะประกาศพันธกรณีใหม่ที่ไม่เคยมีการบัญญัติมาก่อน

นายฮอลโลเวย์ เห็นว่าสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีภาระกระทำละเมิดนั้นเพียงแค่กำหนดให้มีการปรึกษาหารือระหว่างคู่พิพาทก็น่าจะเพียงพอแล้ว²² โดยนายฮอลโลเวย์ ได้แสดงความคิดเห็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการที่จะกำหนดให้มาตรการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีภาระกระทำละเมิดมีลักษณะเหมือนกับกรณีที่มีการกระทำละเมิดไว้ดังนี้

“ข้าพเจ้ารู้สึกว่ในโลกกว้างที่เต็มไปด้วยสิ่งที่ชั่วร้ายนี้มีความชั่วร้ายบางอย่างที่เรายังไม่พบและหลังจากที่ใช้เวลายาวนานในการตรวจสอบเราก็ไม่สามารถที่จะอธิบายถึงความชั่วร้ายนี้ได้ อย่างชัดเจนได้ แต่เนื่องจากความชั่วร้ายนั้นมีอยู่เราจึงกำหนดวิธีการลงโทษบางอย่างสำหรับ

²² Robert E. Hudec, *The GATT legal System and World Trade Diplomacy*, p. 39.

ความชั่วร้ายนั้น และถ้าเราพบว่ามันเป็นอะไรและถ้าใครกระทำความชั่วร้ายนั้น เราจะพิจารณาการกระทำเหล่านั้นว่าเป็นความชั่วร้ายเฉพาะเมื่อองค์กรพิจารณาว่ามันเป็นความผิดที่ให้อภัยไม่ได้ และเราไม่รู้ว่าภายใต้สถานการณ์เช่นใดที่องค์กรจะเห็นว่าว่าการกระทำนั้นจะเป็นเรื่องร้ายแรง แต่การที่เราเห็นว่ามีความชั่วร้ายนั้นแม้ว่าความจริงเราจะไม่รู้ว่าความชั่วร้ายนั้นคืออะไร และแม้ว่าความจริงเราจะไม่รู้ว่าสถานการณ์ใดที่เราจะใช้การลงโทษใดต่อการกระทำที่ชั่วร้ายนั้น เราก็ยังคงจะกำหนดลักษณะของการลงโทษที่คลุมเคลือ และมีลักษณะเป็นการทั่วไปที่เหมือนกับการที่ข้าราชการชาวกรีกที่ถูกจับให้นั่งอยู่ในที่ ๆ มีดาบแขวนอยู่เหนือศีรษะด้วยผม 1 เส้น (Sword of Damocles) ²³

นายฮอลโลเวย์ผู้แทนชาวอาฟริกาใต้ยังคงพยายามที่จะเน้นให้เห็นถึงปัญหาของมาตรการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยตั้งคำถามที่ว่า เนื่องจากร่างบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายฉบับใหม่ได้รวมการกระทำของรัฐซึ่งกีดขวางการสนับสนุนในวัตถุประสงค์ต่างๆ ของกฎบัตรนี้ให้เป็นมูลเหตุในการฟ้องร้องประการหนึ่งด้วย ดังนั้นรัฐบาลของอาฟริกาใต้จะสามารถยื่นคำร้องว่าอัตราภาษีของรัฐบาลออสเตรเลียสูงเกินไปจึงเป็นการกีดขวางการเพิ่มขึ้นของการค้าของอาฟริกาใต้ได้หรือไม่? ซึ่งแน่นอนว่าการเพิ่มขึ้นของการค้าเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของกฎบัตรใช่หรือไม่?²⁴

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้แทนชาวออสเตรเลียและสหรัฐซึ่งเป็นประเทศที่ให้การสนับสนุนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดอย่างชัดเจนได้เน้นถึงผลของการที่บทลงโทษที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสำหรับการกระทำ ละเมิดพันธกรณีนั้นไม่สามารถจะครอบคลุมไปถึงบางสถานการณ์ที่ทำให้ความคาดหวังขั้นพื้นฐานของภาคีถูกทำลายไป นอกจากนี้สหรัฐและออสเตรเลียยังย้ำให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมียกเว้นที่ให้อำนาจในการเพิกถอนพันธกรณีในสถานการณ์ดังกล่าวนั้นเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ และถ้าไม่มีมาตรการที่เป็นกลางและสามารถนำมาใช้ตัดสินตามความชอบธรรมได้ รัฐอาจจะใช้การกระทำฝ่ายเดียวตอบโต้ที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความตกลงทั้งหมด ²⁵

²³ Ibid., p. 42.

²⁴ Ibid., p. 41.

²⁵ Ibid., p 40.

แม้ว่าคำอธิบายของออสเตรเลียและสหรัฐจะไม่ได้ตอบปัญหาตามที่ผู้แทนแอฟริกาได้ได้กล่าวอ้างอย่างแท้จริง แต่คำตอบดังกล่าวก็เป็นถ้อยแถลงที่สำคัญที่แสดงถึงวัตถุประสงค์พื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังการของการนำการพิจารณาลงโทษโดยบุคคลที่สามเข้ามาใช้ นอกจากนี้สหรัฐยังกล่าวสนับสนุนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด โดยชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปและเสียหายโดยที่ไม่มีการกระทำละเมิดว่า

“มีข้อผูกพันหลายประการในกฎบัตรนี้ซึ่งมีทั้งแบบทั่วไปและแบบเฉพาะและถ้ามีการละเมิดข้อผูกพันเหล่านี้ บทลงโทษเพียงประการเดียวที่สามารถนำมาใช้ได้นั้นก็คือการโต้ตอบ (retaliation) โดยอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งบทลงโทษนี้ไม่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยผู้ร่างกฎบัตรแต่เป็นบทลงโทษที่มีอยู่มาเป็นเวลานานมาแล้ว และยังคงมีอยู่ต่อไปในปัจจุบันและจะมีต่อไปในอนาคตแม้ว่าองค์กรที่เราพยายามก่อตั้งขึ้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ แล้วเราได้ทำอะไรในมาตรา 35 เราได้นำหลักใหม่ในความสัมพันธ์ทางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศมาใช้ เราได้ขอให้ชาติต่าง ๆ ให้สิทธิแก่องค์กรระหว่างประเทศที่จะจำกัดอำนาจของตนในการโต้ตอบ เราได้พยายามที่จะควบคุมการโต้ตอบเพื่อที่จะจัดระเบียบให้มีการโต้ตอบภายในขอบเขต และในการที่จะทำให้การโต้ตอบอยู่ภายใต้การควบคุมระหว่างประเทศเราก็ได้พยายามที่จะตรวจสอบการแผ่ขยายและการเติบโตของการโต้ตอบนั้นเพื่อที่จะเปลี่ยนจากอาวุธในสงครามทางเศรษฐกิจมาเป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบระหว่างประเทศ”²⁶

แม้ว่าผู้แทนออสเตรเลียยังคงยืนยันว่าถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นมาจากความตกลงทางการค้าดั้งเดิมซึ่งจำเป็นจะต้องกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อที่จะปกป้องไม่ให้ประเทศอื่นใช้วิธีการใหม่เพื่อหลบเลี่ยงการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี และยืนยันว่าการจะกำหนดบทบัญญัติให้ชัดเจนมากกว่านี้และยังสามารถครอบคลุมสถานการณ์ทุกสถานการณ์ที่จำเป็นนั้นเป็นไปได้ แต่ผู้แทนของออสเตรเลียก็เห็นด้วยกับคำกล่าวของผู้แทนแอฟริกาใต้ที่ว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนี้อาจจะทำให้เกิดผลกระทบที่เสียหายได้ และจากคำกล่าวของ ดร. ฮอลโลเวย์ทำให้มีความพยายามอย่างหนักที่จะเขียนคำจำกัดความของการทำให้เสียไปและเสียหายโดยที่ไม่มีการละเมิดเสียใหม่เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงขอบเขตที่ไม่จำกัดของร่างบทบัญญัติแรกของนายเนลสัน และพิจารณาข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรการเยียวยาในคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใหม่ แต่ในที่สุดบทบัญญัติก็ยังกำหนดให้มีการให้อำนาจที่กว้างขวางเช่นเดิมโดยไม่มีเปลี่ยนแปลง

²⁶ Ibid.

2.5.4 การพิจารณาให้คำจำกัดความและจำกัดขอบเขตของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับ คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในร่างกฎบัตร ITO

ในการประชุมคณะกรรมการร่างกฎบัตร ITO ที่กรุงเจนีวาปี 1947 นั้นได้มีการพิจารณาร่างข้อกำหนดที่เป็นสารบัญญัติของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใหม่อีกครั้ง โดย ด.ร. โคมปลี่ (Dr. H.C. Coombs) จากประเทศออสเตรเลียได้เสนอให้จำกัดขอบเขตของบทบัญญัติ โดยการเปลี่ยนจากร่างเดิมของนายเนลสันที่เสนอในการประชุมของสันนิบาตชาติ ซึ่งกำหนดให้มีการยื่นคำร้องได้เมื่อพบว่ามาตรการหรือสถานการณ์ที่มีผลทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อ “วัตถุประสงค์ของกฎบัตรนี้” เป็นการแบ่งตัวบทออกเป็นสองหัวข้อ โดยกำหนดให้ภาคีสามารถยื่นคำร้องได้ถ้า

- 1.) ผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมของกฎบัตรนี้กำลังถูกทำให้เสียไปหรือเสียหาย หรือ
- 2.) การส่งเสริมของภาคีให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎบัตรกำลังถูกกีดขวาง²⁷

ด.ร. โคมปลี่ ยังได้อธิบายถึงคำว่า “ผลประโยชน์” ว่าไม่ได้หมายถึงเฉพาะผลประโยชน์ตามมาตรา 24 ของร่างกฎบัตร ITO (กล่าวถึงข้อลดหย่อนทางภาษี) เท่านั้นแต่ยังรวมถึงผลประโยชน์ที่ภาคีได้มาจากการยอมรับพันธกรณีที่เพิ่มมากขึ้นจากที่มีการกำหนดไว้ในกฎบัตร ซึ่งอาจจะหมายถึงผลประโยชน์ที่ภาคีได้มาจากการยอมรับพันธกรณีที่เกี่ยวกับการจ้างงาน (employment obligation) หรือผลประโยชน์ที่ประเทศอุตสาหกรรมควรจะได้มาจากการที่ตนได้ปรับปรุงมาตรฐานของการดำรงชีวิตตามที่กำหนดไว้ในบทที่ IV ต่อประเทศที่ด้อยพัฒนาทางเศรษฐกิจ โดย ด.ร. โคมปลี่ ได้เน้นว่าคำว่า “ผลประโยชน์” นั้นต้องมีการนำมาปรับใช้ในบริบทที่กว้างมาก ๆ

ด.ร. โคมปลี่ ยังคงพยายามที่จะอธิบายถึงสถานการณ์ที่ภาคีจะขอให้มีการทบทวนพันธกรณีได้ โดยผู้แทนของออสเตรเลียได้เสนอบทบัญญัติสามประการที่มีความแตกต่างกัน เพื่อเป็นการยกตัวอย่างประเภทของคำร้องคือ 1.) การใช้มาตรการใด ๆ โดยภาคีไม่ว่ามาตรการนั้นจะขัด

²⁷ James P. Durling & Simon N. Lester, “Original Meanings and the Film Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment remedy,” p. 20.

กับบทบัญญัติของกฎบัตรหรือไม่ หรือ 2.) ความล้มเหลวของภาคีที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรนี้ หรือ 3.) การมีอยู่ของมาตรการใดๆ

นอกจากนั้น ผู้แทนของออสเตรเลียก็ได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์หลักในการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวข้างต้นว่า

1. การแทนที่คำว่า "การทำให้เสียไปหรือเสียหายต่อวัตถุประสงค์ของกฎบัตร" โดยคำที่แสดงถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างและคำที่มีความหมายคลุมเคลือน้อยกว่านั้น เนื่องจาก ผู้แทนของออสเตรเลียเห็นว่าการใช้คำว่า "วัตถุประสงค์ของกฎบัตรนี้" ตามที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้นจะเป็นการปล่อยให้มีการตีความเอาเองมากเกินไป
2. กำหนดสถานการณ์ที่ภาคีอาจจะทำคำร้องและขอให้มีการปลดปล่อยจากพันธกรณีที่มีการยอมรับหรือข้อตกลงย่อนที่ภาคีให้แกกันให้ชัดเจนมากขึ้น

ผู้แทนชาวเบลเยียมเสนอให้เปลี่ยนบทบัญญัติสองบทแรกที่ออสเตรเลียเสนอดังกล่าวข้างต้น โดยเสนอให้มีการเปลี่ยนแปลงลำดับของข้อ 1 และ 2 นอกจากนี้ผู้แทนชาวเบลเยียมเห็นว่าปัญหาของการที่ภาคีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรนี้ควรจะเป็นมาเป็นอันดับแรก และข้อ 1 ตามร่างของออสเตรเลียในขณะนั้นควรจะเป็นอันดับสอง นอกจากนี้ผู้แทนชาวเบลเยียมยังเสนอให้มีการสอบถามหรือค้นหาข้อเท็จจริงให้มากขึ้นและขอหลักประกันสำหรับการร้องขอในกรณีที่มีใช้มาตรการใด ๆ ของภาคี (ตามข้อ 1 ของออสเตรเลีย) และต้องมีหลักประกันสูงสุดในกรณีที่มีการร้องขอเมื่อมีการเกิดขึ้นของสถานการณ์ใด ๆ²⁸ (ตามข้อ 3 ของออสเตรเลีย)

ข้อเสนอให้มีการเปลี่ยนแปลงลำดับของบทบัญญัตินี้ได้รับการยอมรับและนำมาใช้ในตัวของการประชุมที่กรุงเจนีวา แต่ข้อเสนอที่เกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ที่แตกต่างนั้นยังไม่มีปรากฏอยู่ในร่างกฎบัตร ITO แต่จะเห็นได้ว่าข้อเสนอแนะของผู้แทนเบลเยียมที่เสนอเกี่ยวกับมาตรฐานในการพิสูจน์ที่แตกต่างกันสำหรับคำร้องในกรณีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการละเมิดนั้น มีการนำไปใช้โดยคณะกรรมการระดับข้อพิพาทของGATT และที่ประชุมใหญ่GATTก็นำหลักดังกล่าวมารวบรวมไว้เวลาต่อมา

²⁸ Ibid.

ข้อเสนอดังกล่าวข้างต้นของผู้แทนชาวเบลเยียมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสำคัญหลายประการที่เกี่ยวกับมาตรการเยียวยาในกรณีที่เกิดความเสียหายหรือเสียหายโดยที่ไม่มีการกระทำละเมิดในการเจรจาอบกรุงเจนีวา คือ

1. ITO ได้ให้การคุ้มครองต่อ “ผลประโยชน์ที่ได้มา” ภายใต้กฎบัตรและปกป้องวัตถุประสงค์ของกฎบัตร ITO ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 เนื่องจากมีการทำให้เสียหาย ถ้อยคำใหม่นี้แทนบทบัญญัติเดิมที่กล่าวถึงการทำให้เสียหายหรือเสียหายต่อวัตถุประสงค์ของกฎบัตรโดยการใช้คำว่า “ผลประโยชน์ที่ได้มา” นั้นทำให้ขอบเขตของมาตรการเยียวยาดังกล่าวชัดเจนมากยิ่งขึ้น
2. ชนิดของคำร้องทั้งสามประเภท คือคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิด คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด และคำร้องในสถานการณ์ใด ๆ นั้นมีการกำหนดแยกออกเป็นสามประเภทอย่างชัดเจน โดยคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิดปรากฏเป็นอันดับแรกเพราะได้รับการคาดหวังว่าจะเป็นคำร้องประเภทที่จะถูกใช้บ่อยมากที่สุด นอกจากนี้โครงสร้างของคำร้องประเภทต่าง ๆ แสดงให้เห็นถึงความกังวลที่ว่าคำร้องในแต่ละประเภทอาจจะต้องการมาตรฐานในการพิสูจน์ที่แตกต่างกันออกไป และในที่สุดผู้ร่างก็ย้ายบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียหายหรือเสียหายโดยที่ไม่มีการกระทำละเมิดออกจากบทที่ว่าด้วยนโยบายทางการค้าเพื่อที่จะทำให้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวใช้ได้กับร่างกฎบัตร ITO ทั้งหมดโดยไม่มีเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการเยียวยา

2.5.5 ร่างสุดท้าย (Final Draft) ของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในร่างกฎบัตร ITO

มาตรา 93 ของร่างกฎบัตร ITO กำหนดว่า ถ้าภาคีใดเห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายที่นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎบัตรตามมาตรา I ของกฎบัตรนี้ กำลังถูกทำให้เสียหายหรือเสียหายเนื่องมาจากผลของ

- 1.) การกระทำหรือไม่กระทำของภาคีที่ละเมิดพันธกรณีภายใต้กฎบัตร
- 2.) การใช้มาตรการใด ๆ ที่ไม่ขัดแย้งกับข้อกำหนดของกฎบัตร
- 3.) การมีอยู่ของสถานการณ์ใด ๆ

ภาคีอาจจะทำข้อเสนอหรือข้อคิดเห็นที่จะให้มีการปรับปรุงแก้ไขให้เป็นที่พอใจส่งให้กับภาคีที่ตนคิดว่าเกี่ยวข้อง โดยภาคีที่ได้รับข้อเสนอนั้นจะพิจารณาข้อเสนอดังกล่าวด้วยความเห็นอกเห็นใจ

ภาคีที่เกี่ยวข้องอาจจะเสนอเรื่องที่เกิดขึ้นให้กับอนุญาโตตุลาการตามแนวทางที่คู่พิพาทเห็นชอบร่วมกัน โดยผลของคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีผลผูกพันภาคีฝ่ายอื่นนอกเหนือจากภาคีที่เข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการนั้น²⁹

ถ้าภาคีไม่สามารถตกลงกันให้เป็นที่พอใจได้ดังที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน ภาคีก็อาจจะนำเรื่องเสนอต่อคณะกรรมการบริหาร (Executive Board) โดยคณะกรรมการบริหารก็จะตรวจสอบข้อพิพาทดังกล่าวทันทีและจะพิจารณาตัดสินว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดหรือไม่³⁰ ซึ่งถ้าพบว่าการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีการกระทำละเมิดคณะกรรมการบริหารก็จะให้คำแนะนำแก่ภาคีตามที่จะสามารถช่วยให้ภาคีที่เกี่ยวข้องยุติข้อพิพาทให้เป็นที่พอใจได้³¹

ถ้าคณะกรรมการบริหารเห็นว่าการปฏิบัติตามคำแนะนำที่ตนให้นั้นอาจจะไม่ประสบความสำเร็จทันเวลาและจะไม่สามารถป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงได้ และถ้าความเสียหายที่พิจารณาเห็นนั้นร้ายแรงเพียงพอ คณะกรรมการบริหารก็อาจจะปลดปล่อยภาคีที่ได้รับผลกระทบจากพันธกรณีหรือข้อลดหย่อนทางภาษีที่ได้ให้แก่ภาคีอื่นไว้ภายใต้กฎบัตรในขอบเขตและเงื่อนไขที่คณะกรรมการบริหารเห็นว่าเหมาะสม รวมถึงให้มีการชดเชยความเสียหายโดยพิจารณาจากผลประโยชน์ที่เสียไปหรือเสียหายนั้น³²

ภาคีที่เกี่ยวข้องมีสิทธิร้องขอต่อคณะกรรมการบริหารภายใน 30 วันให้เสนอเรื่องเข้าที่ประชุม (Conference) เพื่อทบทวนข้อเสนอแนะ หรือคำแนะนำของคณะกรรมการบริหาร³³

²⁹ Article 93 of Havana Charter for an international Trade Organization (Havana Charter).

³⁰ Ibid., Article 94:2

³¹ Ibid., Article 94: 2 (e)

³² Ibid., Article 94:3.

³³ Ibid., Article. 95: 1.

2.6 ความแตกต่างระหว่างคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในความตกลงสองฝ่ายกับร่างกฎบัตร ITO

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายในความตกลงสองฝ่ายนั้นมีการกำหนดมาตรการเยียวยาไว้อย่างจำกัด นั่นก็คือสิทธิที่จะขอให้มีการเจรจาปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการ (formal consultation) กับภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะขอให้มีการเยียวยาด้วยการชดเชยค่าเสียหาย หรือไม่มีวิธีการที่กำหนดให้มีการพิจารณาว่าข้ออ้างที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นมีอยู่หรือไม่ โดยหลักแล้วฝ่ายที่ถูกกล่าวหายังคงมีอิสระที่จะรับฟังข้อเรียกร้องหรือข้อเสนอของฝ่ายที่เสียหายและไม่ปฏิบัติตามก็ได้

หลักเกณฑ์ของการทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มี การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นภายใต้ ITO นั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ โดย ITO กำหนดให้องค์กรที่เป็นฝ่ายที่สามที่ทำหน้าที่ตัดสินข้ออ้างที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหาย โดยการพิจารณาดังกล่าวนั้นสามารถที่จะเสนอให้มีการชดเชยความเสียหายได้ด้วย ซึ่งการใช้อำนาจของ ITO นี้สามารถที่จะเปลี่ยนรูปจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำให้เสียไปหรือเสียหายเป็นการให้อำนาจตัดสินคดีตามหลักคอมมอนลอว์ได้ (common law jurisdiction)³⁴

³⁴ Robert E. Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, p. 37.