

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ข้อบกพร่องของมาตรการปกป้อง

จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO พิจารณาได้ว่า เนื้อหาของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 (ซึ่งมีเนื้อหาในบทบัญญัติทั้งหมดเพียง 3 ข้อ หรือมีเพียง 5 วรรคเท่านั้น¹) และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO (ซึ่งมีเนื้อหาในบทบัญญัติทั้งหมด 14 ข้อ²) มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น (เช่นเดียวกับกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศแรกที่ใช้มาตรการปกป้อง หรือที่รู้จักกันในนาม “บทยกเว้น”)³ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีการกำหนดรายละเอียดของเนื้อหาในบทบัญญัติไว้แตกต่างกัน โดยมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องไว้อย่างหลวม ๆ ซึ่งอาจจะเป็นการเปิดช่องให้ประเทศผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการใช้มาตรการปกป้องได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจาก ประเทศสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่ผลักดันให้บัญญัติมาตรการปกป้องไว้ภายใต้ GATT 1947 และเป็นประเทศที่มีความรู้ความเข้าใจ ตลอดจนประสบการณ์ในการใช้มาตรการปกป้องมากที่สุดในขณะนั้น ซึ่งจากการศึกษาตัวบทกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ มาตรา 201 ถึง มาตรา 203 ภายใต้ The Trade Act of 1974 แล้ว พิจารณาได้ว่า เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการ

¹ Guide to GATT Law and Practice, Analytical Index Volume 1, 1995, pp.515-516.

² Agreement on Safeguards, กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์ (ตุลาคม 2537), หน้า 1-10.

³ Rochelle A. Fandell, “The Response of “Escape Clause” of GATT and Section 201 of the Tariff and Trade Act of 1974 to the Needs of Developing Countries,” California Western International Law Journal, 17 : 229.

พิจารณาความเสียหายไว้อย่างชัดเจนมากกว่ามาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ดังนั้น จึงทำให้เกิดคำถามขึ้นว่า การที่ GATT 1947 บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องไว้อย่างหลวม ๆ นั้น จะเป็นผลให้เกิดช่องโหว่ที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (หมายความถึง มาตรา 201 ถึง มาตรา 203 ภายใต้ The Trade Act of 1974) เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ในขณะที่ ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ซึ่งเกิดขึ้นจากความพยายามของประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ ที่ต้องการปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาในบทบัญญัติของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีเนื้อหาที่ละเอียดมากขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 แต่รายละเอียดในบทบัญญัติตามความตกลงดังกล่าวนี้อาจจะมีช่องโหว่ที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกานำไปใช้กฎหมายภายในประเทศฉบับใหม่ กล่าวคือ มาตรา 201 ถึง มาตรา 204 ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) (เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังจากที่มีความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO) เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้ ซึ่งจากการศึกษากฎหมายฉบับนี้ พิจารณาได้ว่า เป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO แต่ความสอดคล้องดังกล่าวนี้อาจจะเป็นผลมาจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มองเห็นถึงช่องโหว่ของความตกลงฉบับนี้ก็ได้ ซึ่งการบัญญัติให้สอดคล้องกับความตกลง อาจจะไปสู่การใช้มาตรการปกป้องในทางที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศของตนได้ ดังนั้น จึงทำให้เกิดคำถามอีกข้อหนึ่งว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO จะมีช่องโหว่ที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (หมายความถึง มาตรา 201 ถึง มาตรา 204 ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)) เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่

ดังนั้น ในบทที่ 4 นี้ จึงเป็นการวิเคราะห์ปัญหา 2 ข้อ นั่นคือ

1. มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับมาตรการปกป้อง (ซึ่งในที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974) เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่

2. ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีช่องโหว่ให้ประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับมาตรการปกป้อง (ซึ่งในที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)) เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่

ในการวิเคราะห์ปัญหาทั้งสองข้อที่กล่าวในข้างต้น ผู้เขียนขอวิเคราะห์จากประเด็นดังต่อไปนี้ บรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย การแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือ การใช้มาตร

การปกป้องในลักษณะชั่วคราวและไม่ถาวร และขอบเขตการใช้มาตรการปกป้อง เนื่องจากประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้เป็นประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนเห็นว่า GATT 1947 และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO อาจจะมีช่องโหว่ให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้ ซึ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. ประเด็นเรื่อง “บรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย”

ในประเด็นเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายนี้ ถือเป็นหัวใจสำคัญของมาตรการปกป้อง เนื่องจากบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขในการใช้มาตรการปกป้อง ซึ่งหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขดังกล่าวนั้นถือว่าเป็นบรรทัดฐานในการพิสูจน์ว่า ผู้ที่ต้องการใช้มาตรการปกป้องจะมีสิทธิใช้มาตรการปกป้องได้หรือไม่ ซึ่งในการพิสูจน์นี้จะให้ความสำคัญในเรื่องของความเสียหายอย่างร้ายแรงจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ดังนั้น ในการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้มาตรการปกป้องจึงเป็นสิ่งสำคัญในการใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย ซึ่งเนื้อหาในประเด็นนี้ ผู้เขียนแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ส่วนที่ 1 ว่าด้วยเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

1.1) บรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974

หัวข้อ 1.1 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (ที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974) เกี่ยวกับประเด็นนี้ เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

ภายใต้ GATT 1947 กำหนดหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขในการใช้มาตรการปกป้องไว้ดังนี้

- ก) ปริมาณการนำเข้าของสินค้าประเภทใดประเภทหนึ่งมีปริมาณพุ่งขึ้นสูง

- ข) ปริมาณการนำเข้าที่พุ่งขึ้นสูงนั้นเป็นผลมาจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ และเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของ GATT
- ค) ปริมาณการนำเข้าที่พุ่งขึ้นสูงก่อให้เกิด หรือถูกความจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

หลักเกณฑ์ตามข้อ ก ถึงข้อ ค ในข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ก่อนที่ประเทศภาคีจะใช้มาตรการปกป้อง จะต้องมียปริมาณการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นสูง โดยปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นสูงนั้นเป็นผลมาจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ และเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของ GATT นอกจากนี้ ปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นต้องก่อให้เกิด หรือถูกความจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ แต่มาตรา 19 ภายใต้อาณัติ GATT 1947 นี้ไม่ได้กล่าวถึง ภาระในการพิสูจน์ความเสียหายว่า ใครมีหน้าที่พิสูจน์ความเสียหายนั้น และไม่ได้ระบุให้ประเทศผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการปกป้องต้องผ่านการตรวจสอบในเรื่อง การตัดสินเกี่ยวกับความเสียหาย (injury test) ดังนั้น ภาระในการพิสูจน์ความเสียหายและเหตุผลของการใช้มาตรการจึงตกไปอยู่ที่ประเทศผู้ส่งออกที่ถูกอ้างว่าสินค้าของตนมียปริมาณพุ่งขึ้นสูงจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในของประเทศผู้นำเข้าโดยปริยาย¹ แต่การพิสูจน์ความเสียหายดังกล่าวทำได้ยาก เนื่องจาก GATT 1947 ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิสูจน์ความเสียหายไว้ ดังเช่น คำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” หรือ “การถูกความจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” หรือ “อุตสาหกรรมภายในประเทศ” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการเปิดช่องให้ประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับประเด็นเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย เพื่อให้ในลักษณะบิดเบือนทางการค้าได้ เนื่องจากว่า GATT 1947 ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำต่าง ๆ ไว้ให้ชัดเจน ประเทศภาคีต่าง ๆ นั้นจึงสามารถกำหนดคำนิยามของคำต่าง ๆ ในลักษณะที่ไม่เข้มงวด ไม่รัดกุม เพื่อให้สามารถใช้มาตรการปกป้องได้ง่ายขึ้น ซึ่งจะนำไปสู่การใช้มาตรการปกป้องในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้ต่อไป

¹ สัมภาษณ์ ดร. ขจิต สุชุม, รักษาการผู้อำนวยการกองส่งเสริมและพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญา, กรมทรัพย์สินทางปัญญา (อดีตเจ้าหน้าที่กองการค้าพหุภาคี กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์), 6 ธันวาคม 2543.

ในขณะที่ กฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ The Trade Act of 1974 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความเสียหายให้คณะกรรมการพิจารณา 3 ข้อ ดังนี้คือ

1) สินค้านำเข้ามีปริมาณเพิ่มขึ้นหรือไม่
 2) อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้าได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ และ

3) สินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญ (Substantial Cause) ของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่
 อย่างไรก็ตาม ก่อนที่คณะกรรมการจะพิจารณาตัดสินตามหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ข้อในข้างต้น คณะกรรมการจะต้องพิจารณาตัดสินว่า อุตสาหกรรมใดที่ถือว่าเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศเสียก่อน⁵ ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่า “อุตสาหกรรมภายในประเทศ” หมายความว่า ผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน (Like Product) หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า (Directly Competitive with a Domestic Product)⁶

⁵ Rochelle A. Fandel, “The Response of “Escape Clause” of GATT and Section 201 of the Tariffs and Trade Act of 1974 to the Needs of Developing Countries,” *California Western International Law Journal*, 17 : 223.

⁶ ตามประวัติศาสตร์การบัญญัติตัวบทกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” หมายความว่า สินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันทุกอย่าง ดังเช่นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต รูปร่างลักษณะ เป็นต้น ส่วนคำว่า “สินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า” หมายความว่า สินค้าที่มีวัตถุประสงค์ในการใช้เหมือนกัน สามารถใช้แทนกันได้ ถึงแม้ว่าจะมีรูปร่างลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งคณะกรรมการได้ใช้ในการพิจารณาตัดสินว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้าในคดีต่าง ๆ ดังเช่น คดีน้ำแอปเปิ้ล (Report to the President on Investigation No. TA-201-59, Apple Juice, United States International Trade Commission, pp. 9-10) ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาตัดสินว่า อุตสาหกรรมที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ลทั้งหมด และผู้ปลูกแอปเปิ้ลภายในประเทศทั้งหมดเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า เนื่องจากอุตสาหกรรมที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ล (ดังเช่น ผู้ผลิตน้ำแอปเปิ้ลเข้มข้น 1 เท่า หรือ 3 เท่า หรือ 6 เท่า)

จากนั้น คณะกรรมาธิการจึงพิจารณาตัดสินตามหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความเสียหาย 3 ข้อ ดังนี้

1) สิ้นค่านำเข้ามีปริมาณเพิ่มขึ้นหรือไม่

กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมาธิการตัดสินว่า สิ้นค่านำเข้าที่กำลังนำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ โดยคำว่า “ปริมาณที่เพิ่มขึ้น” (Increased Quantities) นี้ กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมาธิการสามารถตรวจสอบได้จากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ เพื่อตัดสินว่าปริมาณสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นมากเพียงพอที่จะเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ (หากคณะกรรมาธิการพบว่าสินค้านำเข้าไม่ได้เพิ่มขึ้น คณะกรรมาธิการก็ไม่สามารถเสนอให้มีการเยียวยาความเสียหายนั้นได้) ซึ่งในการพิจารณาว่าสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นหรือไม่นั้น คณะกรรมาธิการสามารถพิจารณาได้จากส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นเกณฑ์ในการตัดสินดังกล่าว

ผลิตน้ำแอปเปิ้ลโดยใช้แอปเปิ้ลเป็นวัตถุดิบในการผลิต และสินค้านี้มีรูปร่างเป็นของเหลว (น้ำ) เหมือนกับสินค้านำเข้า นอกจากนี้ ยังเป็นสินค้าที่ใช้ทดแทนกับสินค้านำเข้าได้ ส่วนผู้ปลูกแอปเปิ้ลนั้นถือว่าเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศเพราะเป็นผู้ปลูกแอปเปิ้ลเพื่อใช้ในการผลิตน้ำแอปเปิ้ล ซึ่งเป็นสินค้านิคเดียวกันกับสินค้านำเข้า และถือว่าเป็นสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า ดังนั้น จึงถือว่าเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศเช่นกัน หรือในคดี ไม้Shakes และ ไม้Shingles (Report to the President on Investigation No.Ta-201-56, Wood Shakes and Shingles, United States International Trade Commission, p.6) ซึ่งคณะกรรมาธิการตัดสินว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศทั้งหมดที่ผลิต ไม้Shakes และ ไม้Shinglesทุกประเภทที่ทำจากไม้สน (ดังเช่น 1) Shakes of Western Red Cedar 2)Shingles of Western Red Cedar 3) Shingles of Northern White Cedar) เป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศ เนื่องจากว่า ไม้ต่าง ๆ เหล่านี้ผลิตจากไม้สนเหมือนกับสินค้านำเข้า มีรูปร่างลักษณะเป็นแผ่นสี่เหลี่ยมเหมือนกับสินค้านำเข้า และเป็นสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกับสินค้านำเข้าได้ คือใช้มุงหลังคาบ้านได้เหมือนกัน ดังนั้น จึงถือว่าเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้านิคเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า

⁷ 19 U.S.C. 2251(b)(1) ภายใต้ The Trade Act of 1974

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการได้นำมาใช้ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น คดีน้ำแอปเปิ้ล⁸ ซึ่งคณะกรรมการตัดสินว่ามีการนำน้ำแอปเปิ้ลเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่แท้จริง โดยคณะกรรมการพิจารณาจากข้อมูลเกี่ยวกับปริมาณการนำเข้าน้ำแอปเปิ้ล ดังนี้ ในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1980/1981 มีปริมาณการนำเข้า 70 ล้านแกลลอน ในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1981/1982 มีปริมาณการนำเข้าจำนวน 75 ล้านแกลลอน ในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1982/1983 มีปริมาณการนำเข้าจำนวน 139 ล้านแกลลอน ในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1983/1984 มีปริมาณการนำเข้าจำนวน 138 ล้านแกลลอน และในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1984/1985 มีปริมาณการนำเข้าจำนวน 196 ล้านแกลลอน นอกจากนี้ ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้าก็เพิ่มขึ้นอย่างมาก จาก 38% ในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1980/1981 เป็น 124% ในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1984/1985 ดังนั้น ในคดีนี้ คณะกรรมการจึงเห็นว่า มีการนำน้ำแอปเปิ้ลเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง เช่นเดียวกับคดีไม้ Shakes และ ไม้ Shingles ซึ่งคณะกรรมการตัดสินว่ามีการนำไม้ Shakes และ ไม้ Shingles เข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง โดยคณะกรรมการพิจารณาจากข้อมูลเกี่ยวกับปริมาณการนำเข้าไม้ Shakes และ ไม้ Shingles ดังนี้ มีการนำเข้าไม้ดังกล่าวเพิ่มจาก 3.8 ล้านแผ่นในปี ค.ศ. 1983 เป็นจำนวน 4.5 ล้านแผ่นในปี ค.ศ. 1984 ซึ่งเท่ากับเป็นการเพิ่มขึ้น 18% ต่อมาในช่วงเดือนมกราคมถึงเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1985 มีการนำเข้าจำนวน 3.7 ล้านแผ่น ในขณะที่ช่วงเวลาเดียวกันในปี ค.ศ. 1984 มีการนำเข้าเพียง 3.3 ล้านแผ่นเท่านั้น ซึ่งการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนี้มีผลทำให้อัตรส่วนของสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้น ในขณะที่ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้าภายในประเทศลดลง โดยส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้าภายในประเทศลดลงจาก 41.2% ในปี ค.ศ. 1983 เหลือเพียง 33% ในปี ค.ศ. 1984 และมีการลดลงอย่างต่อเนื่อง โดยในเดือนมกราคมถึงเดือนกันยายนปี ค.ศ. 1985 ลดลงเหลือเพียง 26% ในขณะที่ช่วงเวลาเดียวกันในปี ค.ศ. 1984 มีส่วนแบ่งทางการตลาดอยู่ที่ระดับ 36.1%¹⁰ แต่ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้ากลับเพิ่มขึ้นจาก 78.9% ในปี ค.ศ. 1978 เป็นจำนวน 185.9% ในปี ค.ศ. 1984 และในช่วงเดือนมกราคมถึง

⁸ Report to the President on Investigation No. TA-201-59, Apple Juice, United States International Trade Commission, pp. 10-11.

⁹ Report to the President on Investigation No. Ta-201-56, Wood Shakes and Shingles, United States International Trade Commission, p.A-18.

¹⁰ Ibid, p.A-7.

เดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1985 ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นเป็น 272.5% ในขณะที่ช่วงเวลาเดียวกันในปี ค.ศ. 1984 มีส่วนแบ่งทางการตลาดอยู่ที่ระดับ 168.1%เท่านั้น¹¹ ดังนั้น ในคดีนี้ คณะกรรมาธิการจึงเห็นว่า มีการนำไม้ Shakes และ ไม้ Shingles เข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง

จากคดีดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 และ The Trade Act of 1974 มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดว่า ปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นสามารถตรวจสอบได้ 2 ลักษณะ คือ การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบการผลิตรายในประเทศ¹² ในขณะที่ The Trade Act of 1974 กำหนดว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นตรวจสอบได้จากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตรายในประเทศ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดลักษณะของปริมาณการนำเข้าเช่นนี้ ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีโอกาสอ้างได้ว่า สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริงได้ง่าย เนื่องจากการพิสูจน์ว่า สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริงสามารถพิสูจน์ได้ง่าย เพราะเพียงแค่มียุติปริมาณสินค้าเพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อยก็ถือได้ว่า มีการนำเข้าเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริงได้แล้ว ในขณะที่การพิสูจน์ว่าสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นโดยเปรียบเทียบกับการผลิตรายในประเทศนั้นพิสูจน์ได้ยาก เพราะต้องนำสถิติของปริมาณการนำเข้ามาเปรียบเทียบกับปริมาณการผลิตรายในประเทศ ดังนั้น การกำหนดลักษณะของปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นภายใต้ The Trade Act of 1974 นี้ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีโอกาสในการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงการตัดสินของคณะกรรมาธิการในคดีน้ำแอปเปิ้ล และคดีไม้ Shakes และ ไม้ Shingles ในประเด็นเรื่องสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นจริงหรือไม่แล้ว ผู้เขียนพบว่า คณะกรรมาธิการได้พิจารณาข้อมูลที่เป็นสถิติปริมาณการนำเข้าในช่วงเวลา 5 ปีก่อนที่จะมีการไต่สวน ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า สินค้านำเข้านั้นเพิ่มขึ้นมากน้อยเพียงใด และปริมาณที่เพิ่มขึ้นนั้นมีปริมาณเพียงพอที่จะเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งจากสถิติการนำเข้าของทั้งคดีน้ำแอปเปิ้ล และคดีไม้ Shakes และ ไม้ Shingles นั้น แสดงให้เห็นชัดเจนว่ามีปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นมากเพียงพอที่จะนำไปใช้ในการพิสูจน์ต่อไปว่า ปริมาณ

¹¹ Ibid, p.A-24.

¹² Brian Hindley, Antidumping Industrial Policy : Legalized Protectionism in the WTO and What to do about it, pp.57-58.

การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นจะเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้หรือไม่ต่อไป

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า คณะกรรมการไม่ได้พิจารณาตัดสินเกี่ยวกับปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นในเชิงบิดเบือนทางการค้า

2) อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้าได้รับความเสียหาย หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่

ภายใต้ The Trade Act of 1974 กำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง รวมถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรง การคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เพื่อพิจารณาตัดสินเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” หรือ “การคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ไว้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาถึงคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” และ “การคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ไว้ดังนี้

เมื่อคำนึงถึงคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” (Serious Injury)¹³ พิจารณาได้จาก (1) ทำให้อุตสาหกรรมภายในประเทศต้องหยุดการผลิตสินค้า (2) บริษัทจำนวนมากไม่สามารถทำกำไรจากการผลิตสินค้าได้ และ (3) ทำให้คนว่างงาน หรือทำให้คนงานของอุตสาหกรรมดังกล่าวไม่มีงานทำ

¹³ คณะกรรมการได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” (serious injury) หมายความว่า “ความเสียหายที่สำคัญ และก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงมาก และผลกระทบของมันก็ให้ผลเสียอย่างถาวรต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ” โดยคณะกรรมการได้ใช้ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ดังเช่น ในคดี Electric Shavers, Inv. No. TA-201-57, USITC Pub. 1819 (1986), p.8. คดี Bolts, Nuts and Screws of Iron or Steel, Inv. No. TA-201-2, USITC Pub. 747 (1975), p.19.

เมื่อคำนึงถึงคำว่า “การถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง”¹⁴ พิจารณาได้จาก (1) ขอดขายลดลง (2) ทำให้สินค้าคงคลังมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากขายสินค้าได้น้อยลง และ (3) แนวโน้มการผลิต กำไร ค่าจ้าง หรือการจ้างงานลดต่ำลง

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการได้ใช้ในการพิจารณาตัดสินเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังเช่น คดีน้ำแอปเปิ้ล ซึ่งคณะกรรมการได้พิจารณาข้อมูลต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาตัดสินว่า อุตสาหกรรมที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ล (หมายถึงอุตสาหกรรมภายในประเทศทั้งหมดที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ลทุกประเภท และผู้ปลูกแอปเปิ้ลภายในประเทศทั้งหมด) ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ โดยพิจารณาจากข้อมูลดังนี้

-ข้อมูลที่มาจากอุตสาหกรรมภายในประเทศทั้งหมดที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ลทุกประเภท

คณะกรรมการได้พิจารณาข้อมูลในส่วนของการผลิตของอุตสาหกรรมนี้แล้วพบว่าหลายปีที่ผ่านมา การผลิตน้ำแอปเปิ้ลภายในประเทศมีความคงที่และมีปริมาณการผลิตสูงกว่าปริมาณการผลิตในช่วงทศวรรษที่ 70 เป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การผลิตในแต่ละปีก็มีความแตกต่างกันบ้าง โดยการผลิตมีจุดสูงสุดที่ 182 ล้านแกลลอนในปีผลผลิต 1980/1981 ซึ่งนับว่าเป็นปีประวัติศาสตร์ของการผลิตน้ำแอปเปิ้ลภายในประเทศ¹⁵ จากนั้นก็ลดระดับลงมาที่ 154 ล้านแกลลอนในปี ค.ศ. 1982/1983 แล้วจึงเพิ่มขึ้นไปถึง 169 ล้านแกลลอนในปี ค.ศ. 1983/1984 และลดลงมาที่ 158 ล้านแกลลอนในปี ค.ศ. 1984/1985 และคาดว่าจะผลิตได้ 153 ล้านแกลลอนในปี ค.ศ. 1985/1986¹⁶ ในขณะที่ช่วงทศวรรษที่ 70 ผลิตน้ำแอปเปิ้ลในประเทศได้เฉลี่ยเพียง 100 กว่า

¹⁴ ตามประวัติศาสตร์การออกด้วยบทกฎหมายแสดงให้เห็นว่า คำว่า “การถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” หมายความว่า ความเสียหายที่ใกล้เข้ามาอย่างเห็นได้ชัด การถูกคามนั้นต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้จริงมากกว่าที่จะเป็นการคาดเดา และความเสียหายนั้นต้องเป็นไปได้อย่างมากในอนาคตซึ่งสามารถมองเห็นได้

¹⁵ Report to the President on Investigation No. TA-201-59, Apple Juice, United States International Trade Commission, p. A-24.

¹⁶ Ibid, p. A-44.



ล้านแกลลอน¹⁷ ส่วนยอดขายสุทรีมีปริมาณเพิ่มขึ้นเกือบ 40% ในระหว่างปี ค.ศ. 1982 และปี ค.ศ. 1985 และมีกำไรเพิ่มขึ้นเช่นกัน การจ้างแรงงานมีปริมาณเพิ่มขึ้นจากจำนวน 547 คนในปี ค.ศ. 1981 มาเป็นจำนวน 707 คนในปี ค.ศ. 1984 ก่อนที่จะลดลงเหลือจำนวน 614 คนปี ค.ศ. 1985¹⁸ สินค้าคงคลังมีจำนวน 3.3 ล้านแกลลอนเมื่อปลายปี ค.ศ. 1981 และมีปริมาณเพิ่มขึ้นเป็นจำนวน 4.7 ล้านแกลลอนในปี ค.ศ. 1982 หลังจากนั้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982 ถึงปี ค.ศ. 1985 สินค้าคงคลังไม่เคยต่ำลงกว่า 4.3 ล้านแกลลอน

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการจึงเห็นว่า ในหลาย ๆ ปีที่ผ่านมา สถิติตัวเลขของข้อมูลต่าง ๆ นั้นเป็นไปอย่างคงที่ และไม่ได้แสดงให้เห็นว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศทั้งหมดที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ลทุกประเภทจะได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ สถิติตัวเลขในปัจจุบันก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าอุตสาหกรรมดังกล่าวถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

-ข้อมูลที่มาจากผู้ปลูกแอปเปิ้ล

คณะกรรมการได้พิจารณาข้อมูลในส่วนของการผลิตแล้วพบว่า ปริมาณแอปเปิ้ลที่ใช้ในการผลิตแอปเปิ้ลลดลงจาก 2,137 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1980/1981 เหลือเพียง 1,798 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1981/1982 แต่เพิ่มขึ้นอย่างฉับพลันถึงปริมาณ 1,885 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1985/1986¹⁹ ส่วนยอดขายสุทรี มีปริมาณเพิ่มขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1981 ถึง ปี ค.ศ. 1984 โดยปี ค.ศ. 1981 ขายได้ 19.45 ล้านดอลลาร์ ปี ค.ศ. 1982 ขายได้ 21.84 ล้านดอลลาร์ ปี ค.ศ. 1983 ขายได้ 21.02 ล้านดอลลาร์ ปี ค.ศ. 1984 ขายได้ 22.1 ล้านดอลลาร์ และปี ค.ศ. 1985 ขายได้ 19.24 ล้านดอลลาร์²⁰ และมีกำไรเพิ่มขึ้นอย่างคงที่ในระหว่างปี ค.ศ. 1982/1985 ส่วนการจ้างแรงงานและสินค้าคงคลังนั้นอยู่ในระดับคงที่เหมือนกัน

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการจึงตัดสินใจว่า ผู้ปลูกแอปเปิ้ลเหล่านี้ไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

¹⁷ Ibid, p. A-24.

¹⁸ Ibid, p. A-51.

¹⁹ Ibid, p.A-33.

²⁰ Ibid, p.A-55.

ดังนั้น ในคดีนี้ คณะกรรมาธิการจึงตัดสินว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้าภายในประเทศไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

จากการตัดสินของคณะกรรมาธิการในคดีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับคณะกรรมการ เนื่องจากข้อมูลที่ใช้ในการพิจารณานั้น ไม่ได้แสดงให้เห็นได้ว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้ เพราะสถิติข้อมูลที่แสดงถึงความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงดังกล่าวถือว่าเป็นสถิติที่คงที่ในช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมา ดังนั้น การที่คณะกรรมาธิการตัดสินว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้น ผู้เขียนเห็นว่าถูกต้อง เหมาะสมแล้ว

แต่ในคดีไม้Shakes และ ไม้Shingles ได้พิจารณาตัดสินว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้าได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง โดยคณะกรรมาธิการได้พิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 จนถึง ปี ค.ศ. 1985 แต่คณะกรรมาธิการให้ความสำคัญกับข้อมูลในช่วงปี ค.ศ. 1983 จนถึงเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1985 เนื่องจากเป็นช่วงที่ตลาดไม้Shakes และ ไม้Shingles มีความกระตือรือร้นมากถึง 30% จากที่เคยตกต่ำมาในปี ค.ศ. 1982 นอกจากนี้ ความต้องการของผู้บริโภคภายในประเทศก็เพิ่มขึ้นถึง 6% จากปี ค.ศ. 1983 จนถึงปี ค.ศ. 1984 โดยมีจำนวนความต้องการอยู่ในระดับที่ 6.8 ล้านแผ่นในปี ค.ศ. 1984 ในขณะที่ในปี ค.ศ. 1983 มีจำนวนความต้องการในระดับที่ 6.4 ล้านแผ่น จากนั้น ความต้องการของผู้บริโภคอยู่ที่ในระดับ 5.1 ล้านแผ่นในช่วงเดือนมกราคมถึงเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1985 ซึ่งเท่ากับปี ค.ศ. 1984 ในช่วงเวลาเดียวกัน²¹ ดังนั้น เพื่อให้เกิดประโยชน์ในการพิจารณาว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ คณะกรรมาธิการจึงพิจารณาจากข้อมูลต่าง ๆ ดังนี้ ในส่วนของการผลิต คณะกรรมาธิการพบว่า ปริมาณการผลิตภายในประเทศลดลงในช่วงที่มีการได้

²¹ Report to the President on Investigation No.Ta-201-56, Wood Shakes and Shingles, United States International Trade Commission, p.A-7.

สวน แม้ว่าจะมีสถานการณ์ดีขึ้นในปี ค.ศ. 1983 แต่เป็นการดีขึ้นในช่วงระยะเวลาสั้น ๆ เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ปริมาณการผลิตภายในประเทศได้เริ่มลดลงตั้งแต่ในช่วงเดือนมกราคมจนถึงเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1984 และปี ค.ศ. 1985 โดยจากสถิติจะเห็นได้ว่า ปริมาณการผลิตไม้Shakes และไม้Shingles ลดลง 13% ในช่วงปี ค.ศ. 1983 จนถึง ปี ค.ศ. 1984 โดยลดลงจากจำนวน 2.7 ล้านแผ่น เหลือเพียง 2.4 ล้านแผ่น และลดลงอย่างมากในปี ค.ศ. 1985 โดยลดลงถึง 41% โดยตั้งแต่เดือนมกราคม จนถึง เดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1984 มีปริมาณการผลิตจำนวน 1.9 ล้านแผ่น เหลือเพียงจำนวน 1.4 ล้านแผ่นในปี ค.ศ. 1985 ในช่วงเวลาเดียวกัน²² นอกจากนี้ จำนวนโรงงานที่ผลิตไม้Shakes และไม้Shingles ได้ลดจำนวนลงอย่างต่อเนื่อง โดยในปี ค.ศ. 1978 มีโรงงานจำนวน 445 โรงงาน แต่ลดลงเหลือเพียง 274 โรงงานในปี ค.ศ. 1984 หรือลดลงประมาณ 38%²³ และมีการประเมินว่า จะมีการลดลงอย่างต่อเนื่องจนเหลือเพียง 255 โรงงาน ส่วนการจ้างแรงงาน ในปี ค.ศ. 1983 จนถึง ปี ค.ศ. 1984 มีอัตราเฉลี่ยของการจ้างแรงงานในอุตสาหกรรมที่ผลิตไม้ Shakes และไม้Shingles ลดลงอยู่ที่ระดับ 11% จากจำนวน 2,375 คน เหลือเพียง 2,146 คน²⁴ ต่อมาในปี ค.ศ. 1985 ลดลงอยู่ที่ระดับ 37% จากจำนวน 2,146 คนในช่วงเดือนมกราคมจนถึงกันยายนปี ค.ศ. 1984 เหลือจำนวน 1,572 คนในช่วงเวลาเดียวกันปี ค.ศ. 1985 นอกจากนี้ อัตราเฉลี่ยการจ้างแรงงานต่อหนึ่งโรงงานก็มีปริมาณลดลง โดยในปี ค.ศ. 1983 มีการจ้างแรงงาน 8.2 คนต่อโรงงาน แต่ลดลงเหลือเพียง 7.8 คนต่อโรงงานในปี ค.ศ. 1984²⁵ และต่อมาในช่วงเดือนมกราคมถึงกันยายน ปี ค.ศ. 1985 เหลือเพียง 6.2 คน เป็นต้น

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการจึงตัดสินใจว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตไม้Shakes และไม้Shingles ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง

ตามที่คณะกรรมการตัดสินในคดีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า จากข้อมูลที่คณะกรรมการใช้ในการพิจารณาตัดสินนั้นแสดงให้เห็นว่า มีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศจริง เนื่องจากสถิติข้อมูลที่แสดงถึงความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นแสดงให้เห็นว่าการลดลงของผลผลิต การจ้างแรงงาน จำนวนของโรงงาน เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นความเสียหายอย่าง

²² Ibid, p.A-25.

²³ Ibid, p.A-28.

²⁴ Ibid, p.A-31.

²⁵ Ibid, p.A-32.

ร้ายแรง เช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการที่ว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงสรุปได้ว่า ถึงแม้ว่ามาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 จะไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” หรือ “การคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ไว้ แต่กฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ The Trade Act of 1974 ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาถึงลักษณะของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือ การคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน และการกำหนดแนวทางดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นประโยชน์ในการการใช้พิจารณามากกว่าที่จะเป็นการกำหนดแนวทางเพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้

3) สิ้นค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญ (Substantial Cause) ของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่

หลังจากที่คณะกรรมการพบว่าสิ้นค้านำเข้ามีปริมาณเพิ่มขึ้น และอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงแล้ว คณะกรรมการต้องพิจารณาคัดสินต่อไปว่า สิ้นค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งภายใต้ The Trade Act of 1974 คำว่า “สาเหตุสำคัญ” (Substantial Cause) หมายความว่า สาเหตุสำคัญ และไม่น้อยกว่าสาเหตุอื่น ๆ²⁶

²⁶ 19 U.S.C. 2251 (b)(4) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (คณะกรรมการ Moore และคณะกรรมการ Bodell ได้ตีความหมายของคำว่า “สาเหตุสำคัญ” ตามมาตรฐานไว้ในคดีหน่อไม้ฝรั่ง : Asparagus, Investigation No.TA-201-4, USITC Pub.No.755(January 1976) , pp.7-10,13-15 ว่า การบริโภคที่ลดลงไม่สามารถใช้เป็นข้ออ้างได้ว่าเป็นสาเหตุสำคัญมากกว่าสาเหตุจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น หากคณะกรรมการพบว่าสิ้นค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นส่วนสำคัญของตลาดภายในประเทศในขณะที่อุตสาหกรรมภายในประเทศได้เผชิญกับปัญหาขาดทุน แต่ในคดีไม้อัดลายไม้ที่ใช้ทำประตู : Birch Plywood Door Skins, Investigation No.TA-201-1, USITC Pub.No.743 (October 1975), pp.17-19. คณะกรรมการ Leonard พิจารณาคัดสินว่า การลดปริมาณการสร้างบ้านเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง และเป็นสาเหตุที่สำคัญมากกว่าสาเหตุจากการ

โดยกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการกำนังถึงปัจจัยทางเศรษฐกิจทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง รวมทั้ง “สาเหตุสำคัญ” ซึ่งพิจารณาได้จาก สิ้นค้านำเข้าเพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะเพิ่มปริมาณที่เพิ่มขึ้นจริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ และผู้ผลิตภายในประเทศขายสินค้าในตลาดภายในประเทศ ได้น้อยลง

จากหลักเกณฑ์ข้างต้น คณะกรรมการได้ใช้ในการพิจารณาคัดสินเกี่ยวกับสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงกับคีนน้ำแอปเปิ้ล ซึ่งคณะกรรมการตัดสินว่า ถึงแม้พวกเขาจะตัดสินว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ลได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง แต่พวกเขาก็ไม่พบว่า น้ำแอปเปิ้ลที่นำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตน้ำแอปเปิ้ล²⁷ (ไม่ว่าจะเป็นการนำเข้าจากประเทศเยอรมันตะวันตก อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย สเปน เนเธอร์แลนด์ แอฟริกาใต้ เป็นต้น) เนื่องจาก ปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวไม่สามารถถือได้ว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้ และที่สำคัญ ในคีนนี้ อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด

ดังนั้น สำหรับคีนน้ำแอปเปิ้ล คณะกรรมการจึงตัดสินว่า น้ำแอปเปิ้ลไม่ได้กำลังนำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นจนเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า

ในคีนนี้ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า เมื่ออุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง คณะกรรมการก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าสินค้านำเข้านั้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศนั้นหรือไม่

นำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น หรือในคดียาสูบ : Wrapper Tobacco, Investigation No.TA-201-3, USITC Pub. No. 746(November 1975), pp.8-10, 12-14. ซึ่งคณะกรรมการตัดสินว่า การลดความต้องการในตัวสินค้าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง และเป็นสาเหตุที่สำคัญมากกว่าสาเหตุจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น)

²⁷ Report to the President on Investigation No. TA-201-59, Apple Juice, United States International Trade Commission, p.18.

เนื่องจาก ก่อนที่จะมีการพิจารณาว่าสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงมาจากสาเหตุใด จะต้องมีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นแล้ว แต่ในคดีนี้ อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อไป

สำหรับคดีไม้Shakes และไม้Shingles คณะกรรมการตัดสินว่า เนื่องจากราคาของไม้Shakes และไม้Shinglesจะมีราคาเพิ่มขึ้นเมื่อมีปริมาณการก่อสร้างบ้านมากขึ้น ซึ่งสังเกตได้จากในปี ค.ศ. 1983 มีปริมาณการก่อสร้างบ้านจำนวนมาก จึงมีผลทำให้ราคาไม้Shakes และไม้Shinglesมีราคาสูงขึ้นตาม แต่พอในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งมีปริมาณการก่อสร้างบ้านจำนวนมาก ราคาไม้Shakes และไม้Shinglesกลับไม่เพิ่มราคาขึ้นตาม นอกจากนี้ คณะกรรมการยังพบว่าแม้จะมีการลดราคาไม้ดังกล่าวภายในประเทศให้ต่ำลงแล้วก็ตาม แต่ผู้บริโภคยังคงไม่ซื้อ ไม้ดังกล่าวที่ผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งคณะกรรมการพบว่าสาเหตุมาจากประเทศแคนาดาได้นำไม้Shakes และไม้Shinglesเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นและขายในราคาต่ำกว่าสินค้าภายในประเทศถึง 13.5%²⁸ จึงทำให้ผู้บริโภคภายในประเทศหันไปซื้อสินค้านำเข้า ซึ่งส่งผลให้ผู้ผลิตภายในประเทศขายสินค้าในตลาดภายในประเทศได้น้อยลง เนื่องจาก ผู้ผลิตภายในประเทศไม่สามารถลดราคาให้ต่ำกว่าสินค้านำเข้าได้ ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการจึงตัดสินว่า สินค้านำเข้านี้เป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตไม้Shakes และไม้Shingles

ตามคำตัดสินคดีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตัดสินว่าสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้น จะต้องมีการพิจารณาว่าสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นสาเหตุ หรือผลของความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ เพราะความเสียหายอย่างร้ายแรง ประกอบด้วยสาเหตุต่าง ๆ ซึ่งอาจจะไม่ได้เกิดขึ้นจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเสมอไป เนื่องจากบางครั้ง การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นอาจจะเป็นผลที่เกิดจากราคาสินค้าภายในประเทศมีราคาสูง จึงทำให้ผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้านำเข้า ซึ่งในจุดนี้ถือว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นผลมาจากสินค้าภายในประเทศมีราคาแพง แต่สำหรับคดีนี้ การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ เนื่องจาก

²⁸ Report to the President on Investigation No. Ta-201-56, Wood Shakes and Shingles, United States International Trade Commission, p.A-55.

ในช่วงที่สถานการณ์ทางเศรษฐกิจภายในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในภาวะที่ดี ประเทศแคนาดาได้นำไม้ Shakes และ ไม้ Shingles เข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นสูง และขายสินค้าในราคาที่ถูกลงกว่าสินค้าภายในประเทศ จึงทำให้ผู้บริโภคนำไปซื้อสินค้านำเข้าแทน ซึ่งส่งผลให้ผู้ผลิตภายในประเทศขายสินค้านั้นได้ในปริมาณที่ลดลง ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นเช่นเดียวกับคณะกรรมการที่ตัดสินว่า สินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

จากการศึกษาคดีทั้ง 2 คดี กล่าวคือ คดีน้ำแอปเปิ้ล และคดีไม้ Shakes และ ไม้ Shingles ซึ่งเป็นการพิจารณาคัดสินภายใต้ The Trade Act of 1974 แสดงให้เห็นว่า กฎหมายฉบับนี้วางหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขในการพิสูจน์ความเสียหายที่รัดกุม และมีผลทำให้ใช้มาตรการปกป้องได้ยากมาก ในขณะที่ มาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้บัญญัติความหมาย หรือลักษณะต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิสูจน์ความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้น (ดังเช่น ความเสียหายอย่างร้ายแรง การคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง สาเหตุสำคัญ เป็นต้น) แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้อาศัยข้อหว่าดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศเพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้ ซึ่งสังเกตได้จากสถิติการใช้มาตรการปกป้องภายใต้ The Trade Act of 1974 ที่มีผู้ยื่นคำร้องเข้าสู่กระบวนการได้สวนเพื่อขอใช้มาตรการปกป้องเป็นจำนวนถึง 61 คดี แต่มีการอนุญาตให้ใช้มาตรการปกป้องเพียง 29 คดีเท่านั้น²⁹ ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนที่น้อยมาก ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการปกป้องอย่างพร่ำเพรื่อโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาเอง โดยเฉพาะในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1979 ประเทศสหรัฐ

²⁹ ภายใต้ The Trade Act of 1974 มีผู้ยื่นคำร้องเข้าสู่กระบวนการได้สวนเพื่อขอใช้มาตรการปกป้องจำนวน 61 คดี โดยคณะกรรมการได้พิจารณาคัดสินให้มีการบรรเทาความเสียหายให้แก่อุตสาหกรรมภายในประเทศเป็นจำนวน 33 คดี และตัดสินไม่ให้มีการบรรเทาความเสียหายเป็นจำนวน 28 คดี ในขณะที่ประธานาธิบดีพิจารณาคัดสินให้มีการบรรเทาความเสียหายเป็นจำนวน 19 คดี โดยกำหนดวิธีการบรรเทาความเสียหายตามข้อเสนอของคณะกรรมการเป็นจำนวน 13 คดี และกำหนดวิธีการบรรเทาความเสียหายที่แตกต่างจากข้อเสนอของคณะกรรมการเป็นจำนวน 6 คดี (William R. Bishop, "Investigations Completed under Section 201 of the Trade Act of 1974,")

อเมริกาให้ความสำคัญกับการใช้กฎหมายป้องกันการทุ่มตลาดมากกว่ามาตรการปกป้อง เพราะกฎหมายป้องกันการทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับก่อนปี ค.ศ. 1979 นั้นกำหนดให้คณะกรรมการพิสูจน์ระดับความเสียหายในชั้นธรรมดา (Injury) เท่านั้น จึงทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกานิยมใช้มาตรการป้องกันการทุ่มตลาดมากกว่ามาตรการปกป้อง เนื่องจาก การพิสูจน์ความเสียหายชั้นธรรมดานั้นสามารถพิสูจน์ได้ง่ายกว่าความเสียหายอย่างร้ายแรง (Serious Injury) ของมาตรการปกป้อง³⁰ นอกจากนี้ ประเทศผู้ใช้มาตรการป้องกันการทุ่มตลาดยังสามารถเลือกปฏิบัติกับประเทศผู้ส่งออกได้ และ ไม่ต้องชด ใช้ค่าเสียหายให้ประเทศผู้ส่งออก

1.2) บรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

หัวข้อ 1.2 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (ที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)) เกี่ยวกับประเด็นนี้ เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการปกป้องไว้ ดังนี้

- 1) ปริมาณการนำเข้าพุ่งขึ้นสูงไม่ว่าในเชิงปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ
- 2) ปริมาณการนำเข้าที่พุ่งขึ้นสูงนั้นก่อให้เกิด หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้า ซึ่งผลผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้าที่นำเข้า

หลักเกณฑ์ตามข้อ 1 และข้อ 2 ข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ก่อนที่ประเทศภาคีจะใช้มาตรการปกป้อง จะต้องมียุทธศาสตร์การนำเข้าเพิ่มขึ้นสูง ทั้งในแง่ปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นจริง ซึ่งสามารถ

³⁰ บุญญรัตน์ โสภบัณฑิตชัย, “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการทุ่มตลาดในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 60.

วิเคราะห์ได้จากสถิติการนำเข้าในแต่ละปี และในแง่ปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นโดยนำมาเปรียบเทียบกับปริมาณการผลิตภายในประเทศผู้นำเข้าสินค้า ซึ่งพิจารณาได้จากปริมาณการนำเข้าที่มีปริมาณสูงมากกว่าปริมาณการผลิตภายในประเทศผู้นำเข้า โดยปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นสูงนั้นได้ก่อให้เกิด หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้าซึ่งผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า ซึ่งตามความตกลงนี้ กำหนดให้ประเทศผู้นำเข้าและประเทศผู้ส่งออกมีภาระร่วมกันในการพิสูจน์ความเสียหายว่า สินค้าที่กำลังนำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นสูง (ไม่ว่าในเชิงปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ) ก่อให้เกิด หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้าหรือไม่ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ความเสียหาย ความตกลงนี้จึงได้กำหนดความหมายของคำต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิสูจน์ความเสียหายไว้ ดังนี้

“ความเสียหายอย่างร้ายแรง” (serious injury) หมายความว่า ความเสียหายในประการสำคัญทั้งหมด (Significant overall impairment) ที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ

“การถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” (threat of serious injury) หมายความว่า ความถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น โดยในการพิจารณาคัดสินว่า มีการถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น จะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และไม่ใช้ข้อกล่าวหา การคาดเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังอยู่ห่างไกล

นอกจากนี้ เพื่อประโยชน์ในการตัดสินว่าปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือกำลังถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ความตกลงฉบับนี้จึงกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามวัตถุประสงค์และลักษณะที่เป็นปริมาณซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมนั้น โดยเฉพาะปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ดังเช่น 1) อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า 2) ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น 3) การเปลี่ยนแปลงระดับการขาย 4) ผลผลิต 5) ผลิตภาพ (Productivity) 6) Capacity Utilization 7) กำไร ขาดทุน 8) การจ้างงาน โดยทั้งนี้ จะต้องมียุทธศาสตร์ที่ระบุชัดเจนว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุมาจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ในขณะที่เดียวกัน หากมีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสาเหตุอื่นนอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น จะไม่นำความเสียหายในส่วนนี้มาใช้ในการพิจารณาด้วย

ในขณะที่เนื้อหาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) ได้กำหนดให้คณะกรรมการมีหน้าที่พิจารณาตัดสินว่า สินค้าที่กำลังนำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญ (Substantial Cause) ของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า ซึ่งในการพิจารณาตัดสินเกี่ยวกับความเสียหายดังกล่าว ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) กำหนดให้คณะกรรมการจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง รวมทั้ง ความเสียหายอย่างร้ายแรง การถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง สาเหตุสำคัญ (Substantial Cause) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดคำนิยามพร้อมทั้งแนวทางการพิจารณาไว้ ดังนี้

“ความเสียหายอย่างร้ายแรง” (serious injury) หมายความว่า ความเสียหายในประการสำคัญทั้งหมด (Significant overall impairment) ที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ ซึ่งพิจารณาได้จาก 1) ทำให้อุตสาหกรรมภายในประเทศต้องหยุดการผลิตสินค้า 2) บริษัทจำนวนมากไม่สามารถหาทำไรจากการผลิตสินค้าได้ และ 3) ทำให้คนว่างงาน หรือทำให้คนงานของอุตสาหกรรมดังกล่าวไม่มีงานทำ

“การถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” (threat of serious injury) หมายความว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น ซึ่งพิจารณาได้จาก 1) ยอดขายลดลง 2) ทำให้สินค้าคงคลังมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากขายสินค้าได้น้อย 3) แนวโน้มการผลิต กำไร ค่าจ้าง หรือการจ้างงานลดต่ำลง 4) บริษัทต่าง ๆ ไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะนำมาใช้ในการปรับโรงงานและอุปกรณ์ในโรงงานภายในประเทศที่มีอยู่ในทันสมัย หรือไม่สามารถรักษาระดับค่าใช้จ่ายในการค้นคว้าและการพัฒนาได้ และ 5) ประเทศผู้ส่งออกได้เปลี่ยนแปลงตลาดหลักในการส่งออกสินค้าจากประเทศอื่นมาเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา (ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตลาดหลักของประเทศผู้ส่งออกนั้น) ซึ่งจะทำให้มีการนำสินค้าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้น และ

“สาเหตุสำคัญ” (substantial cause) พิจารณาได้จาก สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะเป็ปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ และผู้ผลิตภายในประเทศขายสินค้าภายในประเทศได้น้อยลง

นอกจากนี้ คณะกรรมการยังจะต้องคำนึงถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศตามวงจรทางธุรกิจที่เกี่ยวข้อง แต่จะต้องไม่รวมเอาสาเหตุของการลดความต้องการสินค้าอันเนื่องมาจากเศรษฐกิจภายในประเทศสหรัฐอเมริกาคาดค่ามาเป็นสาเหตุเดียวของความเสียหาย

อย่างร้ายแรง หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ และคณะกรรมการจะต้องตรวจสอบปัจจัยต่าง ๆ นอกเหนือไปจากสินค้านำเข้า ซึ่งอาจจะเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

เมื่อพิจารณาเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย ของ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) ข้างต้น เห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ทั้งนี้ นอกจาก The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) จะกำหนดแนวทางในการพิจารณาถึงค่าต่าง ๆ ดังเช่น ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดความหมายของค่าต่าง ๆ เหล่านี้ไว้เหมือนกับที่บัญญัติไว้ในความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ไว้ด้วย เช่น ไม่ว่าจะเป็นความหมายของคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” หรือ “การถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถึงแม้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) จะบัญญัติในประเด็นเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายสอดคล้องกับบทบัญญัติตามความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้อง แต่มิได้หมายความว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้มาตรการปกป้องสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้อง ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอการพิจารณาตัดสินของคณะผู้พิจารณา หรือ Panel (ซึ่งต่อไปนี้ ผู้เขียนจะใช้คำว่า “Panel”) ในคดี Wheat Gluten³¹ เกี่ยวกับประเด็นบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ว่ามีขอบเขตอย่างไร และประเทศสหรัฐอเมริกาใช้มาตรการปกป้องสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้องภายใต้ WTO หรือไม่ ดังนี้

ในคดี Wheat Gluten นี้ เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับสหภาพยุโรป ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การใช้มาตรการปกป้องของประเทศสหรัฐอเมริกาในรูปแบบของการจำกัดปริมาณการนำเข้าแป้งสาลี ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า หลังจากที่คณะกรรมการได้สวนเกี่ยวกับความเสียหายอย่าง

³¹ Report of the Panel, United States-Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS166/R 31 July 2000.

ร้ายแรงที่เกิดขึ้นจากการนำเข้าเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1997 (Investigation No. TA-201-67) แล้ว ในวันที่ 15 มกราคม ปี ค.ศ. 1998 คณะกรรมาธิการได้ตัดสินว่า การนำเข้าแป้งสาลีในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมแป้งสาลีภายในประเทศสหรัฐอเมริกา³² ซึ่งต่อมาในวันที่ 30 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1998 ประธานาธิบดีได้ประกาศให้ใช้มาตรการปกป้องกับสินค้านำเข้าประเภทแป้งสาลี โดยใช้วิธีการจำกัดปริมาณการนำเข้า³³ ซึ่งจากคำตัดสินนี้ สหภาพยุโรปจึงร้องขอให้มีการจัดตั้ง Panel เพื่อวินิจฉัยว่า การที่ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ใช้มาตรการปกป้องกับสินค้านำเข้าประเภทแป้งสาลีนั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ ซึ่งในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว Panel ได้กำหนดประเด็นในการวินิจฉัยว่า คณะกรรมาธิการได้แสดงถึงการมีอยู่ของความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น กับความเสียหายอย่างร้ายแรง และสินค้านำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

1) ประเด็นเกี่ยวกับการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น

ในประเด็นนี้ สหภาพยุโรปได้แย้งรายงานของคณะกรรมาธิการว่า เนื่องจากบทบัญญัติในข้อ 2 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องบัญญัติไว้ว่า สินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น หมายความว่า การเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ จึงทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาพิสูจน์เฉพาะการเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง เพราะพิสูจน์ง่าย เพียงแค่มีปริมาณเพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อยก็ถือว่า มีการเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง³⁴ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แย้งว่า คณะกรรมาธิการได้ตัดสินว่ามีการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริงบนพื้นฐานของข้อมูลที่ว่า มีการนำเข้าเพิ่มขึ้นจากจำนวน 128 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1993 เป็นจำนวน 177 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1997 นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการได้วิเคราะห์แนวโน้มของการนำเข้า ซึ่งแสดงให้เห็นว่า มีการนำเข้าเพิ่มขึ้น โดยเพิ่มขึ้นจาก 128 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1995 เป็นจำนวน 156 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1996 และ

³² Ibid, p.2.

³³ Ibid, p.3.

³⁴ Ibid, para. 8.27.

เป็นจำนวน 177 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1997 และคณะกรรมการได้เสนอว่าในระหว่างที่มีการไต่สวน ผู้ผลิตของสหภาพยุโรปยอมรับว่ามีการนำเข้าเพิ่มขึ้น³⁵

จากข้อโต้แย้งดังกล่าว Panel วินิจฉัยว่า ภายใต้ข้อ 2 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องที่บัญญัติว่า “ประเทศภาคีอาจจะใช้มาตรการปกป้องกับสินค้าได้เฉพาะกรณีที่ประเทศภาคนั้นตัดสินใจว่า สินค้าที่นำเข้าเข้ามาในปริมาณที่เพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะในเชิงปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ ซึ่งการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นก่อให้เกิด หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า” ซึ่งแสดงให้เห็นชัดเจนว่า สินค้านำเข้าต้องมีปริมาณที่เพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะในเชิงปริมาณที่แท้จริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ ซึ่งก่อให้เกิด หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง และ Panel ได้ตีความหมายของคำว่า “การนำเข้าที่เพิ่มขึ้น” ไว้ว่า “ต้องเป็นการเพิ่มขึ้นในช่วงเวลาไม่นานมานี้ เป็นการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วและเห็นได้ชัด รวมทั้งเป็นการเพิ่มขึ้นที่มีความสำคัญทั้งโดยปริมาณและคุณภาพซึ่งมากเพียงพอที่จะก่อให้เกิด หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้”

ดังนั้น Panel จึงตัดสินตามความเห็นของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากรายงานของคณะกรรมการที่อ้างถึงข้อมูลที่ว่า ปี ค.ศ. 1993 มีการนำเข้าสินค้าจำนวน 128 ล้านปอนด์ ปี ค.ศ. 1994 มีการนำเข้าจำนวน 124 ล้านปอนด์ แต่หลังจากนั้นก็มีการนำเข้าเพิ่มขึ้นเป็น 128 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1995 จำนวน 156 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 177 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1997 นอกจากนี้ รายงานของคณะกรรมการยังแสดงให้เห็นว่าปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นเท่ากับ 38% ในช่วงที่มีการไต่สวน และปริมาณที่เพิ่มขึ้นจริง ๆ นั้นอยู่ในช่วงปี ค.ศ. 1996 และปี ค.ศ. 1997 นอกจากนี้รายงานของคณะกรรมการยังแสดงให้เห็นถึงอัตราส่วนของการนำเข้าสินค้าที่ชี้ให้เห็นว่ามีการนำเข้า 100.6% ในปี ค.ศ. 1993 แต่ได้มีปริมาณลดลงเป็น 88.2% ในปี ค.ศ. 1994 จากนั้นมีปริมาณเพิ่มขึ้นเป็น 89% ในปี ค.ศ. 1995 จำนวน 136% ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 145.4% ในปี ค.ศ. 1997 จากข้อมูลเหล่านี้ จึงแสดงให้เห็นว่า มีการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นสูงทั้งในปริมาณที่แท้จริง และโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศตั้งแต่ช่วงแรกที่มีการไต่สวนจนกระทั่งถึงช่วงท้ายของการไต่สวน

³⁵ Ibid, para. 8.28.

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น Panel จึงตัดสินใจว่า คณะกรรมการตัดสินตามข้อเท็จจริงได้ สมเหตุสมผล ซึ่งสนับสนุนคำตัดสินที่ว่ามีการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นสูง เมื่อเป็นเช่นนี้ การตัดสินของคณะกรรมการที่ว่า มีการนำเข้าแป้งสาลีในปริมาณที่เพิ่มขึ้นสูงจึงสอดคล้องกับเงื่อนไขตาม ข้อ 2 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง³⁶

ในคดีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับ Panel ว่า มีปริมาณการนำเข้าแป้งสาลีเข้าประเทศ สหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง และโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ เพราะจากสถิติการนำเข้า และอัตราส่วนของการนำเข้าสินค้านั้น แสดงให้เห็นถึงตัวเลขที่เพิ่มขึ้นสูงอย่างเห็นได้ชัด และมีปริมาณเพิ่มขึ้นสูงเมื่อเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ รวมทั้ง เป็นการเพิ่มขึ้นที่มีความสำคัญทั้งโดยปริมาณและคุณภาพ (the quantitative and qualitative nature of the increase in imports) ซึ่งมากเพียงพอที่จะก่อให้เกิด หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า Panel ตัดสินถูกต้อง เหมาะสมแล้ว

ข้อสังเกต ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องบัญญัติว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้น หมายความว่า การเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง (Absolute Increase) หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศนั้นเป็นช่องโหว่ที่ทำให้ประเทศภาคีมีโอกาสใช้อ้างได้ว่า มีการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากว่า การเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริงนั้นพิสูจน์ได้ง่าย เพราะความตกลงไม่ได้ กำหนดปริมาณ หรือจำนวนของการนำเข้าว่าต้องเพิ่มขึ้นในปริมาณเท่าใด หรือจำนวนเท่าใด และไม่ต้องนำไปเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ ดังนั้น จึงไม่มีขอบเขตที่แน่นอนในการพิจารณาว่าปริมาณเท่าใดจึงจะถือได้ว่าเพิ่มขึ้นมากจริง ๆ ซึ่งมีผลทำให้ประเทศภาคีสามารถอ้างการเพิ่มขึ้นดังกล่าวเพื่อใช้มาตรการปกป้องได้ และประเทศภาคีนั้นยังได้รับสิทธิไม่ต้องเจรจาเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายในช่วง 3 ปีแรกของการใช้มาตรการปกป้อง ในขณะที่การเพิ่มขึ้นโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศนั้นพิสูจน์ได้ยากมากกว่า เพราะต้องพิสูจน์ว่ามีการเพิ่มขึ้นในอัตราส่วนที่จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้โดยต้องนำมาเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ

³⁶ Ibid, para.8.32.

2) ประเด็นเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรง

ในประเด็นนี้ สหภาพยุโรป กล่าวว่า ภายใต้ข้อ 4.2 (a) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดว่า ประเทศภาคีจะต้องประเมินปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรม และต้องแสดงให้เห็นว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงขึ้น แต่คณะกรรมการไม่ได้ทำการประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศตามข้อ 4.2 (a) นี้ และไม่มีหลักฐานสนับสนุนผลการไต่สวน และข้อสรุปของคณะกรรมการเกี่ยวกับปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดนั้นด้วย³⁷ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แย้งสหภาพยุโรปว่า การตัดสินใจของคณะกรรมการได้วางอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลทั้งหมด ซึ่งรวมถึงการประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4.2 (a) ด้วยแล้ว³⁸

จากข้อโต้แย้งในข้างต้น Panel วินิจฉัยว่า ภายใต้ข้อ 4.2 (a) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องบัญญัติว่า ในการตัดสินใจว่าสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิด หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเป็นผู้ประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามวัตถุประสงค์และลักษณะที่เป็นปริมาณ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมนั้น โดยเฉพาะปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ดังเช่น 1) อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า 2) ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น 3) การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย 4) ผลผลิต 5) ผลผลิตภาพ (Productivity) 6) Capacity Utilization 7) กำไร ขาดทุน 8) การจ้างงาน ดังนั้น Panel จึงตีความหมายของข้อ 4.2 (a) ของความตกลงนี้ว่า “ข้อ 4.2 (a) กำหนดเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรม ซึ่งอย่างน้อยที่สุดเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นจะต้องประเมินปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดที่ระบุไว้ในข้อ 4.2 (a) ดังกล่าว”³⁹

เมื่อเป็นเช่นนี้ Panel จึงตรวจสอบการตัดสินใจในประเด็นเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงของคณะกรรมการ ซึ่งแบ่งออกได้ 2 ประเด็น⁴⁰ ดังนี้

³⁷ Ibid, para. 8.36.

³⁸ Ibid, para. 8.37.

³⁹ Ibid, paras. 8.38-8.39.

⁴⁰ Ibid, para. 8.40.

ประเด็นที่หนึ่ง คณะกรรมาธิการได้ประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามที่ระบุไว้ในข้อ 4.2 (a) หรือไม่

จากรายงานของคณะกรรมาธิการแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมาธิการได้ประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามที่ระบุไว้ในข้อ 4.2 (a) ของความตกลงแล้ว โดยเฉพาะปัจจัยเรื่องอัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของการขาย ผลผลิต ผลิตภัณฑ์ (Productivity) Capacity Utilization กำไร ขาดทุน และการจ้างงาน⁴¹ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

-อัตราและปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ตามรายงานของคณะกรรมาธิการแสดงให้เห็นว่ามีการนำเข้าเพิ่มขึ้นในปริมาณที่แท้จริง โดยจากปี ค.ศ. 1993 มีปริมาณการนำเข้า 128 ล้านปอนด์ ในขณะที่ปี ค.ศ. 1997 มีปริมาณการนำเข้าจำนวน 177 ล้านปอนด์ และมีการเพิ่มขึ้นในช่วง 2 ปีสุดท้ายของการตรวจสอบข้อมูล โดยจากปี ค.ศ. 1995 มีปริมาณการนำเข้าจำนวน 128 ล้านปอนด์ เป็นจำนวน 156 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 177 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1997 ดังนั้น ในระหว่างปี ค.ศ. 1995 ถึงปี ค.ศ. 1997 จึงมีปริมาณการนำเข้าเพิ่มขึ้นเกือบ 40% นอกจากนี้ เมื่อนำปริมาณสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นมาเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศพบว่า อัตราการนำเข้าเพิ่มขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ โดยจากปี ค.ศ. 1993 เพิ่มขึ้นจาก 100.6% เป็นจำนวน 145.4% ในปี ค.ศ. 1997

-ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น ตามรายงานของคณะกรรมาธิการแสดงให้เห็นว่า สินค้านำเข้าจากทุกแหล่งเพิ่มขึ้นในระหว่างที่มีการได้ส่วน ซึ่งตามข้อเท็จจริง อัตราการนำเข้าของสหภาพยุโรปเพิ่มขึ้นมากกว่า 2 เท่าเมื่อเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่อัตราการนำเข้าจากแหล่งอื่น ๆ มีการเปลี่ยนแปลงไม่มากนัก ดังนั้น อัตราการนำเข้าลดลงจาก 100.6% เป็นจำนวน 88.2% ในปี ค.ศ. 1994 ต่อมาการนำเข้าเพิ่มขึ้นเป็น 145.4% ในปี ค.ศ. 1997 แต่สำหรับสหภาพยุโรป อัตราการนำเข้าลดลงในช่วงแรกจาก 34.4% ในปี ค.ศ. 1993 มาเป็นจำนวน 29.6% ในปี ค.ศ. 1994 แต่ต่อมาอัตราการนำเข้าได้เพิ่มขึ้นจาก 37.8% ในปี ค.ศ. 1995 มาเป็นจำนวน 62.6% ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 74.8% ในปี ค.ศ. 1997

⁴¹ Ibid, pp. 234-235.

-การเปลี่ยนแปลงของการขาย ตามรายงานของคณะกรรมการแสดงให้เห็นว่า มีปริมาณการขายเพิ่มขึ้นในช่วงต้น และลดลงในช่วงเวลาต่อมา และยอดขายตกต่ำที่สุดในปี ค.ศ. 1995 และปี ค.ศ. 1997

-ผลผลิต ตามรายงานของคณะกรรมการแสดงให้เห็นว่า ผลผลิตภายในประเทศลดลง 4.5% ในระหว่างที่มีการไต่สวน ต่อมาผลผลิตได้เพิ่มขึ้นจาก 128 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1993 เป็นจำนวน 143 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1995 แต่ผลผลิตภายในประเทศลดลงอย่างเห็นได้ชัด โดยอยู่ในระดับ 112 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1996 และเพิ่มขึ้นในระดับ 122 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1997

-Capacity Utilization⁴² ตามรายงานของคณะกรรมการแสดงให้เห็นว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศมี Capacity Utilization ลดลงในช่วงที่มีการไต่สวนจากระดับ 78.3% ในปี ค.ศ. 1993 มาอยู่ที่ระดับ 42% ในปี ค.ศ. 1996 ก่อนที่จะเพิ่มขึ้นเป็น 44.5% ในปี ค.ศ. 1997 ซึ่งการลดลงในช่วงบางปีนั้นมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า อุตสาหกรรมมี Capacity⁴³ เพิ่มขึ้นในช่วงที่มีการไต่สวน ซึ่งสอดคล้องกับการบริโภคภายในประเทศที่เพิ่มขึ้น โดย Capacity ที่เพิ่มขึ้นส่วนมากอยู่ในเดือนมิถุนายน ปี ค.ศ. 1995 (ช่วงก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงปริมาณการนำเข้าในปีผลผลิตปี ค.ศ. 1996 และปี ค.ศ. 1997) และ Capacity Utilization ตกต่ำมากที่สุดจากระดับ 56.2% ในปี ค.ศ. 1995 มาเป็นระดับ 42% ในปี ค.ศ. 1996 และระดับ 44.5% ในปี ค.ศ. 1997 ซึ่งหากไม่มีปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นจากปี ค.ศ. 1993 ซึ่งเป็นระดับที่อุตสาหกรรมสามารถได้รับกำไร อุตสาหกรรมภายในประเทศจะมี Capacity Utilization ได้สูงถึง 61% ในปี ค.ศ. 1997

-กำไรและขาดทุน ตามรายงานของคณะกรรมการแสดงให้เห็นว่า ในช่วงที่มีการไต่สวน อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่มีกำไรในปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงปริมาณการนำเข้าสินค้า แต่อุตสาหกรรมนั้นก็มีกำไรในช่วง 3 ปีแรกของการไต่สวน อย่างไรก็ตาม อุตสาหกรรมนั้นขาดทุนในปี ค.ศ. 1996 และปี ค.ศ. 1997 ดังนั้น เมื่อไม่มีกำไรจึงส่งผลกระทบต่อมูลค่าสินค้าต่อหน่วย ซึ่งมีการเพิ่มขึ้นในช่วงแรก แต่ลดลงในช่วงเวลาต่อมา โดยมีมูลค่าสูงสุดในปี ค.ศ. 1994 และลดลงในเวลาต่อมา และลดลงต่ำที่สุดในปี ค.ศ. 1997 ซึ่งมูลค่าสินค้าต่อหน่วยที่ลดลงนี้สอดคล้องกับการเพิ่มขึ้นของต้นทุนเฉลี่ยของสินค้าต่อหน่วย

⁴² อ้างแล้วในบทที่ 2 เจริญรถที่ 101 หน้า 56.

⁴³ Capacity หมายความว่าถึง ผลผลิตมากที่สุดที่สามารถผลิตได้

-การจ้างงาน ตามรายงานของคณะกรรมการแสดงให้ เห็นว่ามีการจ้างงานลดลง แต่มีการเพิ่มเวลาการทำงานมากขึ้นในปี ค.ศ. 1993 ถึงปี ค.ศ. 1997 ซึ่งสาเหตุของการจ้างงานน้อยลง เพราะเศรษฐกิจถดถอย อุตสาหกรรมภายในประเทศจึงไม่ต้องการเพิ่มค่าใช้จ่ายโดยการจ้างแรงงานเพิ่มขึ้น จึงทำให้ผลิตภาพ (Productivity⁴⁴) ลดต่ำลงอันเนื่องมาจากการใช้แรงงานหนักมากเกินไป (แรงงานมีจำนวนน้อย แต่เพิ่มเวลาการทำงานมากขึ้น)

จากข้อมูลในข้างต้น Panel จึงตัดสินใจว่า คณะกรรมการได้ประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามที่ระบุไว้ในข้อ 4.2 (a) ของความตกลงแล้ว

ประเด็นที่สอง รายงานของคณะกรรมการได้อธิบายเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งสนับสนุนการตัดสินใจในเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงของคณะกรรมการได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่

ในประเด็นนี้ สหภาพยุโรปได้แย้งรายงานของคณะกรรมการว่า หลักฐานต่าง ๆ ไม่ได้สนับสนุนผลการไต่สวนและข้อสรุปของคณะกรรมการที่ว่า มีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยสหภาพยุโรปกล่าวว่า ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศต้องได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน แต่ปัจจัยหลายอย่างที่คุณคณะกรรมการพิจารณานั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงในช่วงท้ายของการไต่สวน ซึ่งแสดงให้เห็นว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงในช่วงท้ายของการไต่สวน ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แย้งว่า ปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการตัดสินใจ ความเสียหายอย่างร้ายแรงตามที่กล่าวไว้ในข้อ 4.2 (a) นี้ ไม่จำเป็นว่าปัจจัยทุกปัจจัยที่พิจารณานั้นจะต้องแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่ตกต่ำของอุตสาหกรรมตลอดเวลาที่มีการไต่สวน

จากข้อโต้แย้งดังกล่าว Panel จึงกล่าวว่า ตามข้อ 4.1 (a) ของความตกลงนี้ คำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” (Serious Injury) หมายความว่า ความเสียหายในประการสำคัญทั้งหมด (Significant Overall Impairment) ที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ ซึ่งในการตัดสินใจว่ามีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นหรือไม่ นั้นสามารถประเมินได้จากปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด

⁴⁴ อ้างแล้วในบทที่ 2 เจริญรถที่ 100 หน้า 56.

ที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ นอกจากนี้ Panel ยังกล่าวอีกว่า การตัดสินใจเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นต้องเป็นการพิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาไม่นานมานี้ เพราะสังเกตได้จากข้อ 2.1 ของความตกลงที่กำหนดว่า “สินค้าที่กำลังนำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกความจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ซึ่งการใช้คำว่า “สินค้าที่กำลังนำเข้า” เป็นการแสดงให้เห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องตรวจสอบสินค้าที่กำลังนำเข้าในขณะนั้น ดังนั้น ในการพิจารณาคัดสินเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาไม่นานมานี้ Panel จึงเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องพบว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นได้เกิดขึ้นในปัจจุบัน รวมทั้งตลอดช่วงเวลาที่มีการไต่สวน”

เมื่อเป็นเช่นนี้ Panel จึงตรวจสอบรายงานของคณะกรรมการว่าได้อธิบายเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งสนับสนุนการตัดสินใจว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงได้สมเหตุสมผลหรือไม่ ดังนี้

รายงานของคณะกรรมการแสดงให้เห็นว่า Capacity Utilization ลดลงอย่างมาก ผลผลิตลดลง สินค้าคงคลังมีปริมาณมากขึ้นเป็น 2 เท่าเนื่องจากขายได้น้อยลง อุตสาหกรรมประสบปัญหาขาดทุน มูลค่าสินค้าโดยเฉลี่ยต่อหน่วยลดลงและต่ำสุดในปี ค.ศ. 1997 ในขณะที่เดียวกันกับที่มีต้นทุนโดยเฉลี่ยต่อหน่วยเพิ่มขึ้น และความสามารถในการผลิตของแรงงาน (Worker Productivity) ลดลงอันเนื่องมาจาก Capacity Utilization ลดลง ในขณะที่มีปัจจัยบางอย่างที่มีสถานการณ์ที่ดีขึ้นในช่วงเวลาไม่นานมานี้ แต่ไม่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงข้อสรุปของคณะกรรมการที่ว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงในปัจจุบัน ดังนั้น คณะกรรมการจึงตัดสินใจว่า อุตสาหกรรมแป้งสาลีภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง

นอกเหนือจากข้อมูลในข้างต้นแล้ว Panel ได้สังเกตเห็นว่า คณะกรรมการได้พิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ตลอดช่วงเวลา 5 ปีที่มีการไต่สวน และพบว่า ในปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 มีปัจจัยบางอย่างที่แสดงให้เห็นว่าสถานการณ์ที่ดีขึ้น ดังเช่น Capacity Utilization ซึ่งลดลงในปี ค.ศ. 1997 (44.5%) แต่ถือว่าเพิ่มขึ้นมากกว่าปี ค.ศ. 1996 เป็นจำนวน 2.5% ในขณะที่ผลผลิต ขอดขาย และสินค้าคงคลังมีปริมาณขึ้น ๆ ลง (มีการเปลี่ยนแปลงเสมอ) ตลอดช่วงที่มีการไต่สวน ซึ่ง Panel เห็นว่า ปัจจัยบางอย่างที่แสดงถึงสถานการณ์ที่ดีขึ้นนั้น ไม่ได้เป็นตัวแปรในการตัดสินใจว่า ไม่มีความเสียหายในประการสำคัญเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ แต่การพิจารณาว่ามีความเสียหายในประการสำคัญเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่นั้น ให้พิจารณาถึงภาพรวมของปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมด เมื่อเป็นเช่นนี้ การเปลี่ยนแปลงในทางที่ดีขึ้นของปัจจัยบางอย่างเหล่านั้นจึงไม่ถือว่าเป็นอุปสรรคสำคัญในการตัดสินใจว่า มีความเสียหายอย่างร้ายแรง

เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมนั้น ซึ่ง Panel เห็นว่าภาพรวมของปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดนั้นแสดงให้เห็นว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง

ดังนั้น Panel จึงตัดสินว่า ผลการได้สวนเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงของคณะกรรมการมีเหตุผลสมควร และเพียงพอที่จะตัดสินได้ว่า มีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นกับ อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้ง การตัดสินว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศยังคง ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงในปี ค.ศ. 1997 เนื่องจาก คณะกรรมการประเมินให้เห็นได้ว่า ภาพรวมทั้งหมดของปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการตัดสินเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นเป็น ลักษณะของความเสียหายในประการสำคัญทั้งหมดที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ กำหนดไว้ในข้อ 4.1 (a) ข้อ 4.2 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง⁴⁵

ข้อสังเกต ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในการตัดสินว่ามีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นกับ อุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่นั้น ประเทศที่ต้องการใช้มาตรการปกป้องจะต้องพิจารณาอย่าง ละเอียด เพราะการใช้มาตรการปกป้องในแต่ละครั้งย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศผู้ส่งออกหลาย ประเทศที่อาจจะใช้มาตรการตอบโต้ หรือเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายในปริมาณที่สูงจนทำให้ ประเทศที่ต้องการใช้มาตรการนั้นต้องรับภาระค่าใช้จ่าย (Economic Cost) มากกว่าจะได้รับ ประโยชน์จากการใช้มาตรการนั้น ดังนั้น ในการพิสูจน์ความเสียหายจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ แต่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กำหนดค่านิยมของคำว่า “ความเสียหายอย่าง ร้ายแรง” ไม่ชัดเจน โดยกำหนดเพียงว่า เป็นความเสียหายในประการสำคัญทั้งหมด (Significant Overall Impairment) ที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศเท่านั้น แต่ไม่ระบุว่าความเสียหายใน ประการสำคัญนั้นมีปริมาณ หรือจำนวนเท่าใดในการตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงขึ้น⁴⁶ ในขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) ได้ กำหนดค่านิยมไว้เช่นเดียวกับความตกลงฉบับนี้ แต่ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาคำว่า

⁴⁵ Ibid, pp. 25-27.

⁴⁶ สัมภาษณ์ วัชรวิ รัตนาธรรณ, เจ้าหน้าที่กองการค้าพหุภาคี, กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 11 สิงหาคม 2543.

“ความเสียหายอย่างร้ายแรง” ว่าเป็นการพิจารณาจาก 1) อุตสาหกรรมภายในประเทศหุุดการผลิตสินค้า 2) บริษัทจำนวนมากไม่สามารถหากำไรจากการผลิตสินค้าได้ และ 3) ทำให้คนงานว่างงาน หรือทำให้คนงานของอุตสาหกรรมนั้นไม่มีงานทำ เป็นต้น

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พยายามพิสูจน์ความเสียหายตามปัจจัยต่าง ๆ ที่ความตกลงฉบับนี้ได้กำหนดให้พิจารณา ซึ่งจากรายงานของคณะกรรมการที่แสดงถึงปริมาณ หรือจำนวนตัวเลขที่ได้จากการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ นั้นแสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งแม้ว่าจะมีปัจจัยบางปัจจัยที่ชี้ให้เห็นว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศมีสถานการณ์ที่ดีขึ้น แต่ Panel ถือหลักเกณฑ์ที่ว่า ปัจจัยทุกปัจจัยที่พิจารณานั้นไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่ามีสถานการณ์ที่ตกต่ำทั้งหมด แต่ให้พิจารณาถึงภาพรวมของปัจจัยต่าง ๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการตัดสินดังกล่าวของ Panel เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าโอกาสที่ปัจจัยทั้งหมดที่ใช้ในการพิจารณาสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศนั้นจะแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่ตกต่ำนั้นเป็นไปได้ยาก และในทางกลับกัน ปัจจัยบางปัจจัยที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่ดีนั้น ไม่ได้เป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศจะมีสถานการณ์ที่ดีขึ้นตามไปด้วย โดยเฉพาะในกรณีที่ปัจจัยนั้นมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ดังเช่น ผลผลิต หรือยอดขาย เป็นต้น

3) ประเด็นเกี่ยวกับสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง

ในประเด็นนี้ เป็นเรื่องของการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น กับความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งในข้อ 2.1 ของความตกลงได้กำหนดว่า “สินค้าที่กำลังนำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นได้ก่อให้เกิด หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ” และข้อ 4.2 (a) และ (b) ของความตกลงกำหนดว่า “ในการได้สวนเพื่อพิจารณาตัดสินว่า สินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นก่อให้เกิด หรือกำลังถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด โดยเฉพาะปัจจัยต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในข้อ 4.2 (a) โดยทั้งนี้ จะต้องมียหลักฐานที่ระบุชัดเจนว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุมาจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ในขณะที่เดียวกัน หากมีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสาเหตุอื่นนอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น จะไม่นำความเสียหายส่วนนี้มาใช้ในการพิจารณาด้วย”⁴⁷

⁴⁷ Ibid, para. 8.90.

จากข้อกำหนดในข้างต้น Panel จึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น กับความเสียหายอย่างร้ายแรง ดังต่อไปนี้⁴⁸

1) สิ้นค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่

จากรายงานของคณะกรรมการ Panel เห็นว่า มีการนำเข้าเพิ่มขึ้นจริง โดยในปี ค.ศ. 1996 ถึง ปี ค.ศ. 1997 เพิ่มขึ้นมากกว่าปี ค.ศ. 1995 เป็นจำนวน 38% โดยในปี ค.ศ. 1995 มีปริมาณเพิ่มขึ้น 128 ล้านปอนด์ เป็นจำนวน 156 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 177 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1997 นอกจากนี้ ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นจาก 50.1% ในปี ค.ศ. 1995 มาเป็นจำนวน 58.9% ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 60.2% ในปี ค.ศ. 1997 ในขณะที่ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้าภายในประเทศตกต่ำลงในช่วงปี ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการนำเข้าเพิ่มขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 นอกจากนี้ ยอดขาย ผลผลิต สินค้าคงคลัง Capacity Utilization ยังแสดงให้เห็นว่า มีสถานการณ์ที่ไม่ดีเกิดขึ้นในระหว่างที่มีการไต่สวน และอุตสาหกรรมภายในประเทศมีกำไรลดลงในปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 ซึ่งต่อมาอุตสาหกรรมนั้นประสบกับภาวะขาดทุนในช่วงสุดท้ายของการไต่สวนด้วย

ดังนั้น Panel จึงตัดสินว่า คณะกรรมการได้แสดงให้เห็นว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง⁴⁹

2) สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้าภายในประเทศกับสินค้านำเข้านั้นแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นกับความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่

จากรายงานของคณะกรรมการ Panel พบว่า “ราคา” เป็นเงื่อนไขภายใต้การนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งสอดคล้องกับประโยคที่ว่า “สินค้านำเข้าภายใต้เงื่อนไข (under such conditions) ที่ก่อให้เกิด หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ซึ่งเป็นเรื่องของภาวะวิเคราะห์เกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรง โดยจะต้องปฏิบัติตามข้อ 2 และข้อ 4.2 (a) และ (b) ของความตกลง ดังนั้น จึงต้องมีการแสดงให้เห็นว่า เงื่อนไขภายใต้การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งความเสียหายที่

⁴⁸ Ibid, para. 8.91.

⁴⁹ Ibid, pp. 30-31.

เกิดขึ้นนี้อาจจะมาจากสภาพการแข่งขันระหว่างสินค้าภายในประเทศกับสินค้านำเข้า และประเทศผู้นำเข้าต้องแสดงให้เห็นถึงการประเมินผลกระทบต่าง ๆ ที่มาจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นด้วย ถึงแม้ว่า ในข้อ 2 และข้อ 4.2 ของความตกลงจะไม่ได้กำหนดให้ “ราคา” เป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยในการพิจารณาตัดสินก็ตาม แต่จะกล่าวว่า “ราคา” ไม่ถือว่าเป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาความเสียหายไม่ได้ ทั้งนี้เพราะ สินค้านำเข้าสามารถแข่งขันกับสินค้าภายในประเทศได้หลายทาง ซึ่งราคาของสินค้าภายในประเทศเองก็ถือว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาความเสียหาย ซึ่งในรายงานของคณะกรรมการการค้าได้ตัดสินว่า ราคานั้นเป็นเงื่อนไขภายใต้การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง กล่าวคือ สินค้านำเข้าจากสหภาพยุโรปมีราคาต่ำกว่าราคาแข่งสาลีในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งการก่อกวนของราคาสินค้านำเข้าที่ต่ำกว่าสินค้าภายในประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1996 และปี ค.ศ. 1997 นี้ทำให้อุตสาหกรรมการผลิตแป้งสาลีภายในประเทศสหรัฐอเมริกาชบเซา

ด้วยเหตุผลดังกล่าว Panel จึงตัดสินว่า สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้าภายในประเทศกับสินค้าที่นำเข้านั้น แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น กับความเสียหายอย่างร้ายแรง⁵⁰

3) คณะกรรมการได้วิเคราะห์ปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และการวิเคราะห์ปัจจัยอื่น ๆ ดังกล่าวของคณะกรรมการนั้นทำให้แน่ใจได้หรือไม่ว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงจากการนำเข้าไม่ได้มีสาเหตุมาจากปัจจัยอื่น ๆ มาเกี่ยวข้อง

ในหัวข้อนี้ สหภาพยุโรปโต้แย้งว่า คณะกรรมการไม่ได้ได้สวนปัจจัยอื่น ๆ นอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ทั้ง ๆ ที่สหภาพยุโรปได้เสนอให้มีการพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ดังเช่น ปริมาณการนำเข้าแป้งสาลีของผู้ผลิตภายในประเทศ ต้นทุนของวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตแป้งสาลี เป็นต้น⁵¹ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาแย้งว่า คณะกรรมการได้ได้สวนปัจจัยอื่น ๆ นอกเหนือจากการนำเข้าแล้ว และได้ระบุผลการตัดสินของตนลงในรายงานแล้วด้วย⁵²

⁵⁰ Ibid, pp.34-35.

⁵¹ Ibid, para. 8.119.

⁵² Ibid, para. 8.120.

จากข้อโต้แย้งในข้างต้น Panel ได้วินิจฉัยว่า ตามข้อ 4.2 (a) ของความตกลงกำหนดไว้ว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไต่สวนต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดตามที่ระบุไว้ชัดเจนในข้อ 4.2 (a) นี้ เป็นอย่างน้อยที่สุด ส่วนปัจจัยอื่น ๆ ที่ไม่ได้ระบุไว้ในข้อ 4.2 (a) นี้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อผู้กรณีได้หยิบยกปัจจัยอื่น ๆ นั้นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นพิจารณา ฉะนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไต่สวนจึงไม่มีหน้าที่ที่จะหยิบยกปัจจัยอื่น ๆ ที่ผู้กรณีไม่ได้มอบให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นมาพิจารณา⁵³ แต่สำหรับคดีนี้ ปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่า สหภาพยุโรปได้หยิบยกปัจจัยต่าง ๆ ให้คณะกรรมการพิจารณา ดังเช่น ปริมาณการนำเข้าแป้งสาลีของผู้ผลิตภายในประเทศ ต้นทุนของวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตแป้งสาลี Capacity ที่เพิ่มขึ้น เป็นต้น เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาว่าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ เมื่อเป็นเช่นนี้ Panel ตรวจสอบว่า คณะกรรมการได้พิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งจากรายงานของคณะกรรมการแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการได้พิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่สหภาพยุโรปยกขึ้นมาให้พิจารณาแล้ว

แต่สหภาพยุโรปยังได้แย้งอีกว่า คณะกรรมการได้ให้ความสำคัญกับการพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ มาพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรงมากกว่าจะพิจารณาว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แย้งว่า คณะกรรมการพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ เพื่อประเมินว่าปัจจัยอื่น ๆ เป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรงที่สำคัญมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการได้ตัดสินว่า ปัจจัยอื่น ๆ นั้นไม่ได้เป็นสาเหตุที่มีความสำคัญเท่ากับสาเหตุที่มาจาก การนำเข้าที่เพิ่มขึ้น⁵⁴

จากข้อโต้แย้งดังกล่าว Panel จึงวินิจฉัยว่า ในการตัดสินว่า สินค้านำเข้าเป็นสาเหตุที่สำคัญและไม่น้อยกว่าสาเหตุอื่น ๆ นั้น ตามข้อ 4.2 (b) ของความตกลงกำหนดให้มีการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น กับความเสียหายอย่างร้ายแรง และไม่ให้นำปัจจัยอื่น ๆ มาพิจารณาเป็นหลักในการตัดสินความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้น ดังนั้น ในการวิเคราะห์หาสาเหตุของความเสียหายนั้น คณะกรรมการจึงสามารถพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ นอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นได้ แต่การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นจะต้องเป็นปัจจัยหลัก หรือปัจจัยที่สำคัญมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับปัจจัยอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง⁵⁵

⁵³ Ibid, p.36.

⁵⁴ Ibid, p. 38.

⁵⁵ Ibid, pp. 39-40.

นอกจากนี้ Panel ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อ 4.2 (a) มีความสัมพันธ์กับข้อ 4.2 (b) (causal link) คือ 1) ต้องแสดงให้เห็นว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นและความเสียหายอย่างร้ายแรง และ 2) ปัจจัยอื่น ๆ ต้องไม่ได้เป็นสาเหตุของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศภายในช่วงเวลาเดียวกับที่มีการนำเข้าเพิ่มขึ้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศอาจจะเกิดจากปัจจัยหลายประการ ซึ่งรวมถึงการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น แต่การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นจะต้องเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับปัจจัยอื่น ๆ นั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นเพียงปัจจัยเดียวที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแล้ว ก็ไม่ถือว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงอันเนื่องมาจากการนำเข้า

ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า คณะกรรมการจะต้องตรวจสอบว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญที่สุดที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งจากรายงานของคณะกรรมการได้กล่าวว่า ไม่มีปัจจัยอื่น ๆ ที่สำคัญกว่าปัจจัยการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งในคดีนี้ คณะกรรมการได้พิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ดังนี้ มีการนำเข้าแป้งสาลีของผู้ผลิตภายในประเทศในปริมาณที่คงที่ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงได้ หรือต้นทุนของวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตแป้งสาลีที่สูงขึ้นนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อมูลค่าสินค้าต่อหน่วย เช่นนี้ จึงกล่าวได้ว่า ราคาของวัตถุดิบที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้เป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรง และในกรณีนี้ Capacity เพิ่มขึ้น (Increase Capacity) ซึ่งคณะกรรมการรายงานว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศมี Capacity เพิ่มขึ้น (Increase Capacity) ในระหว่างที่มีการได้สวน แต่ Capacity ที่เพิ่มขึ้น (Increase Capacity) นี้สอดคล้องกับ Demand และการบริโภคที่เพิ่มขึ้น โดยการบริโภคได้เพิ่มขึ้นอย่างเห็นได้ชัดเกือบ 18% ในระหว่างปี ค.ศ. 1993 และปี ค.ศ. 1997 ซึ่งตัวเลขเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าอุตสาหกรรมจะต้องมี Capacity อยู่ที่ระดับ 61% ในปี ค.ศ. 1997 แต่เนื่องจากการนำเข้าเพิ่มขึ้น จึงทำให้อุตสาหกรรมภายในประเทศผลิตสินค้าน้อยลงเพื่อไม่ให้ราคาของสินค้าภายในประเทศลดต่ำลง เช่นนี้ Capacity ของการผลิตภายในประเทศจึงอยู่ในระดับปริมาณเท่าเดิม แต่ Actual Output เท่าเดิม จึงทำให้ Capacity Utilization ลดลง ดังนั้น การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นจึงเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง เมื่อเป็นเช่นนี้ คณะกรรมการจึงสรุปว่า Capacity ของการผลิตภายในประเทศที่เพิ่มขึ้นจึงไม่ได้เป็นสาเหตุที่สำคัญมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น

จากรายงานของคณะกรรมการดังกล่าว Panel ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อ 4.2 (b) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องได้กำหนดไว้ว่า ความเสียหายจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นจะต้องไม่

ได้มีสาเหตุมาจากปัจจัยอื่น ๆ ดังนั้น หากมีปัจจัยหนึ่งนอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งของความเสียหาย (ถึงแม้ว่าจะจะเป็นสาเหตุที่สำคัญเพียงเล็กน้อย) ความเสียหายที่เกิดจากปัจจัยนั้นจะไม่ถือว่าเป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้ Panel จึงวินิจฉัยข้อมูลจากรายงานของคณะกรรมการทั้งหมด และพบว่า มี Capacity ของการผลิตภายในประเทศที่เพิ่มขึ้นจริง ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากตลาดภายในประเทศมีการแข่งขันสูง มีผู้ผลิตรายใหม่เพิ่มขึ้น และมีวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าจำนวนมาก ในขณะที่ Capacity Utilization ลดลงในปี ค.ศ. 1996 และปี ค.ศ. 1997 เนื่องจาก อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ทำการผลิตสินค้าภายในประเทศให้เพิ่มขึ้นตาม Demand และการบริโภคที่เพิ่มขึ้น แต่อ้างว่ามี การนำเข้าเพิ่มขึ้นจึงทำให้อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ต้องการผลิตเพิ่ม เพราะเกรงว่าราคาสินค้าภายในประเทศจะลดต่ำลง เช่นนี้จึงทำให้ Actual Output มีปริมาณเท่าเดิม ในขณะที่ Capacity ของการผลิตภายในประเทศเพิ่มขึ้น จึงส่งผลให้ Capacity Utilization ลดลง ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า การยืนยันข้อมูลของคณะกรรมการดังกล่าวทำให้ Panel แน่ใจว่า อย่างน้อยที่สุดก็มีปัจจัยหนึ่งนอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นซึ่งเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้ และการที่คณะกรรมการตัดสินว่า ปัจจัยอื่น ๆ นอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้เป็นสาเหตุที่สำคัญเท่ากับหรือมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้เป็นการแสดงให้เห็นว่า ปัจจัยอื่น ๆ นั้นจะไม่ได้มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงทั้งหมด นอกจากนี้ Panel ยังเห็นว่า การวิเคราะห์สาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรงของคณะกรรมการนั้นไม่ได้ทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นสาเหตุที่สำคัญเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้

เมื่อเป็นเช่นนี้ Panel จึงตัดสินว่า ตามรายงานของคณะกรรมการที่ตัดสินว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุที่สำคัญ และไม่น้อยกว่าสาเหตุอื่น ๆ ของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศนั้นไม่ได้ทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า ความเสียหายจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้มีสาเหตุมาจากปัจจัยอื่น ๆ ด้วย ซึ่งเท่ากับว่า ความเสียหายนั้นไม่ได้เกิดจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นนั่นเอง⁵⁶

⁵⁶ Ibid, pp. 38-44.

ข้อสังเกต ก่อนที่ผู้เขียนจะแสดงความเห็นเกี่ยวกับการตัดสินในข้างต้นของ Panel ในประเด็นเรื่องสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง ผู้เขียนขอแสดงความเห็นเกี่ยวกับบทบัญญัติในข้อ 4.2 (a) ซึ่งกำหนดว่า “ในการพิจารณาตัดสินว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด (all relevant factors) ตามวัตถุประสงค์และลักษณะที่เป็นปริมาณ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น” เป็นช่องโหว่ที่ทำให้ประเทศภาคีมีโอกาสใช้อ้างได้ว่า มีการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว เนื่องจากว่า ความตกลงฉบับนี้ไม่ได้กำหนดว่า ปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดนั้นมีจำนวนเท่าใด ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าปัจจัยทั้งหมดนั้นควรจะมีจำนวนเท่าใดจึงจะถือว่าเพียงพอในการพิสูจน์ความเสียหาย ดังเช่น หากประเทศผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการปกป้องกล่าวว่าได้พิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดแล้ว แต่ประเทศผู้ส่งออกที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการปกป้องอาจจะอ้างได้ว่ายังพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ไม่ครบทั้งหมด เป็นต้น นอกจากนี้ ในกรณีที่ Panel ตีความหมายของข้อ 4.2 (a) ว่า “ปัจจัยอื่น ๆ ที่ไม่ได้ระบุไว้ในข้อ 4.2 (a) นั้น ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาได้ต่อเมื่อผู้กรณีได้หยิบยกปัจจัยอื่น ๆ นั้นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณา ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงไม่มีหน้าที่ที่จะหยิบยกปัจจัยอื่น ๆ ที่ผู้กรณีไม่ได้มอบให้เจ้าหน้าที่นั้นมาพิจารณา” ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการตีความเช่นนี้ของ Panel เพราะในขณะที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำลังพิจารณาคัดสิน ผู้กรณีอาจจะไม่สามารถค้นหาหลักฐานที่จะมาสนับสนุนให้มีการพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ได้ทัน ซึ่งปัจจัยอื่น ๆ ที่ผู้กรณีอีกฝ่ายไม่ได้หยิบยกขึ้นมาให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาได้ทันเวลานั้นอาจจะปัจจัยที่มีความสำคัญอย่างมากในการใช้พิจารณาคัดสินความเสียหาย ซึ่งอาจจะทำให้ผู้กรณีอีกฝ่ายเสียประโยชน์ได้ ในขณะเดียวกัน การตีความของ Panel ดังกล่าวนี้อาจเป็นการแสดงให้เห็นว่า เมื่อผู้กรณียกข้อพิพาทขึ้นสู่ WTO แล้ว Panel ซึ่งเป็นผู้พิจารณาคัดสินคดีก็ไม่มีอำนาจพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ที่ผู้กรณีไม่ได้หยิบยกให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นพิจารณาคัดสินได้เลย ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการปิดโอกาสผู้กรณีที่อาจจะได้รับประโยชน์จากการพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากปัจจัยอื่น ๆ นั้นเป็นปัจจัยที่สำคัญต่อการพิจารณาว่าจะสามารถใช้มาตรการปกป้องได้หรือไม่ อย่างไรก็ดี ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการการค้าได้พิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ตามที่สหภาพยุโรปหยิบยกขึ้นมาให้พิจารณาแล้ว ได้แก่ ปริมาณการนำเข้าแป้งสาลีของผู้ผลิตภายในประเทศ ต้นทุนของวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตแป้งสาลี และ Capacityที่เพิ่มขึ้น ซึ่งคณะกรรมการตัดสินว่า ปัจจัยอื่น ๆ นั้นไม่ใช่สาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ แต่การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญ

ของความเสียหายอย่างร้ายแรง ในขณะที่ Panel เห็นว่า Capacity ของการผลิตภายในประเทศที่เพิ่มขึ้นเป็นปัจจัยหนึ่งนอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง ถึงแม้ว่าจะเป็นสาเหตุเพียงเล็กน้อยที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้ก็ตาม

จากคำตัดสินของ Panel ในข้างต้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำตัดสินของ Panel เนื่องจากว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นสามารถเกิดขึ้นจากปัจจัยหลาย ๆ อย่างไม่ใหม่มาจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเพียงอย่างเดียว แต่จะต้องพิจารณาให้เห็นได้ว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุที่สำคัญกว่าปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เนื่องจาก วัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO คือ การปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ซึ่งสำหรับคดีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า Capacity Utilization ลดลงในปี ค.ศ. 1996 และปี ค.ศ. 1997 นั้นมีสาเหตุมาจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาผลิตสินค้าในปริมาณเท่าเดิม ในขณะที่ Capacity เพิ่มขึ้น ดังเช่น วัตถุดิบมีปริมาณมากเพียงพอที่จะผลิตสินค้าภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับ Demand และการบริโภคที่เพิ่มขึ้น แต่อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ทำการผลิตสินค้าภายในประเทศเอง ซึ่งส่งผลให้สินค้ามีปริมาณไม่เพียงพอต่อการบริโภคที่เพิ่มขึ้นได้ จึงทำให้ต้องการนำเข้าเพิ่มขึ้น เช่นนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจะโทษว่ามีการนำเข้าเพิ่มขึ้นจนเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศไม่ได้ และถือว่า Capacity ที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุหนึ่งของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ถึงแม้ว่าจะเป็นสาเหตุเพียงเล็กน้อยก็ตาม ซึ่งข้อ 4.2 (b) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องกำหนดไว้ว่า หากปัจจัยหนึ่งนอกเหนือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุหนึ่งของความเสียหาย ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากปัจจัยนั้นจะต้องไม่ถือว่าเป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาก็กล่าวไม่ได้ว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

ตามข้อเท็จจริงและคำตัดสินของ Panel ในคดีนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นเช่นเดียวกับ Panel ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ปฏิบัติสอดคล้องกับข้อ 2.1 และข้อ 4 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ในเรื่องของการตัดสินว่ามีการนำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้น และมีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นจริง แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 2.1 และข้อ 4 ของความตกลงฉบับนี้ในเรื่องการวิเคราะห์หาสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ

จากการศึกษาคดี Wheat Gluten นี้ แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับประเด็นเรื่องบรรทัดฐานในการพิสูจน์ความเสียหายสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO แต่ในทางปฏิบัติ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กระทำการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงฉบับนี้ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงจากการนำเข้าแป้งสาลีที่เพิ่มขึ้น ทั้ง ๆ ที่ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น ไม่ได้มีสาเหตุมาจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นอย่างแท้จริง

2. ประเด็นเรื่อง “ข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือ”

ในประเด็นเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ให้ประเทศภาคีผู้นำเข้าที่ต้องใช้มาตรการปกป้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการใช้มาตรการนั้นให้ประเทศภาคีอื่น ๆ ได้ทราบ และกำหนดให้ประเทศภาคีอื่น ๆ ได้มีโอกาสปรึกษาหารือกับประเทศภาคีผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการนั้น ดังนั้น เนื้อหาในประเด็นนี้ ผู้เขียนจึงแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน ส่วนที่ 1 ว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

2.1) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974

หัวข้อ 2.1 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือ ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

ตามมาตรา 19 (2)(3) ภายใต้ GATT 1947 ได้บัญญัติเนื้อหาในส่วนของข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือไว้ว่า ก่อนที่จะมีการใช้มาตรการปกป้อง ประเทศภาคีผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการปกป้องมีหน้าที่จะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าต่อประเทศภาคีอื่น ๆ ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการปกป้อง ซึ่งการแจ้งให้ทราบนี้มีวัตถุประสงค์

เพื่อเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีที่เกี่ยวข้องได้ปรึกษาหารือในปัญหาที่เกิดขึ้นก่อน ซึ่งเป็นไปได้ที่ประเทศภาคีอาจจะหามาตรการ หรือแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นแก่ประเทศภาคีผู้นำเข้า นั้นโดยไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการปกป้อง เมื่อปรึกษาหารือแล้วยังไม่อาจหาข้อสรุปได้ ประเทศภาคีผู้นำเข้าสินค้านั้นมีสิทธิใช้มาตรการปกป้องได้โดยอาจใช้วิธีเพิ่มอัตราภาษีศุลกากร หรือใช้มาตรการจำกัดปริมาณสินค้านำเข้า อย่างไรก็ตาม ในกรณีฉุกเฉินซึ่งหากความล่าช้าอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การแก้ไขได้ ประเทศภาคีผู้นำเข้านั้นอาจจะใช้มาตรการปกป้องก่อนที่จะแจ้งให้ประเทศภาคีอื่น ๆ ทราบ แต่เมื่อใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว ประเทศภาคีผู้นำเข้านั้นจะต้องขอปรึกษาหารือกับประเทศภาคีอื่น ๆ ทันที

ข้อสังเกต มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดว่า ข้อมูลที่ต้องแจ้งนั้นต้องมีรายละเอียดอย่างไร ดังเช่น การแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการไต่สวน การพบว่ามี ความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง รวมทั้ง การตัดสินใจจะใช้ หรือขยายการใช้มาตรการ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังไม่มีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องต่อประเทศภาคีอื่น ๆ แต่กำหนดเพียงว่า ให้แจ้งล่วงหน้าภายใน เวลาเท่าที่จะสามารถทำได้⁵⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเช่นนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการปกป้องสามารถถือโอกาสแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องให้ ประเทศภาคีอื่น ๆ ทราบล่วงหน้าเพียงไม่กี่วันก่อนการใช้มาตรการนั้น ดังเช่น แจ้งล่วงหน้าเพียง 1 วันก่อนใช้มาตรการปกป้อง เช่นนี้ จึงเท่ากับเป็นการปิดโอกาสประเทศภาคีอื่น ๆ ในการปรึกษาหารือกับประเทศผู้นำเข้านั้นด้วย ซึ่งถือว่าเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลที่ต้องการให้ประเทศภาคีอื่น ๆ ได้มีโอกาสปรึกษาหารือกับประเทศภาคีผู้นำเข้าที่ ต้องการใช้มาตรการปกป้องนั้น

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกฎหมายภายในประเทศ The Trade Act of 1974 ไม่ได้บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือไว้ว่าให้มีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับ

⁵⁷ สัมภาษณ์ ดร. ขจิต สุขุม, รักษาการผู้อำนวยการกองส่งเสริมและพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญา, กรมทรัพย์สินทางปัญญา (อดีตเจ้าหน้าที่กองการค้าพหุภาคี กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์), 11 กันยายน 2543.

การใช้มาตรการปกป้องต่อที่ประชุม GATT หรือประเทศภาคีอื่น ๆ ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการนั้น และถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติ Perez-Lopez และ Jorge F. (นักวิชาการทางด้านการใช้มาตรการปกป้อง) จะพบว่า รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้แจ้งข้อมูลต่อที่ประชุม GATT และประเทศภาคีอื่น ๆ เกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการไต่สวน และกระบวนการต่าง ๆ ที่สำคัญทั้งหมดเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง แต่พวกเขาได้กล่าวว่า ประเทศภาคีอื่น ๆ นั้นไม่มีโอกาสได้ปรึกษาหารือเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องกับรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการใช้มาตรการให้ประเทศภาคีอื่น ๆ ได้ทราบล่วงหน้าภายในเวลาอันสมควรที่ประเทศภาคีอื่น ๆ นั้นจะสามารถเตรียมเนื้อหาเพื่อใช้ในการปรึกษาหารือกับรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อไปได้⁵⁸

สำหรับการพิจารณาในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือที่ทำให้ประเทศภาคีสามารถใช้อำนาจมาตรการปกป้องในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้ เนื่องจาก มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของข้อมูลที่ประเทศผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการต้องแจ้งต่อที่ประชุม GATT ดังเช่น การเริ่มกระบวนการไต่สวน การพบความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น การตัดสินใจจะใช้ หรือมีการขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้อง เป็นต้น จึงมีผลทำให้ประเทศผู้ส่งออกประเทศต่าง ๆ ไม่สามารถเตรียมตัวในการรับมือกับการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องของประเทศผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการนั้นได้ และเมื่อไม่มีการกำหนดรายละเอียดของข้อมูลที่แจ้งดังกล่าวแล้ว มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ยังไม่กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนที่ประเทศผู้นำเข้านั้นต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการตัดสินใจจะใช้มาตรการนั้นต่อประเทศผู้ส่งออก จึงทำให้ประเทศผู้นำเข้านั้นมีโอกาสแจ้งข้อมูลดังกล่าวต่อประเทศผู้ส่งออกในเวลาใดก็ได้ที่ประเทศผู้นำเข้าเห็นว่า เป็นประโยชน์ต่อประเทศของตน โดยอาจจะแจ้งข้อมูลดังกล่าวให้ประเทศผู้ส่งออกทราบล่วงหน้า

⁵⁸ Perez-Lopez and Jorge F., "GATT Safeguards: A Critical Review of Article XIX and its Implementation in Selected Countries," *Journal of International Law* 23(Summer 1991) : 29-30.

ก่อนใช้มาตรการปกป้องเพียง 1 วันก็ได้ ซึ่งมีผลทำให้ประเทศผู้ส่งออกไม่มีเวลาเพียงพอในการปรึกษาหารือกับประเทศผู้นำเข้านั้น

ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้ความสำคัญกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือเท่าใดนัก สืบเนื่องจากการไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือไว้ในกฎหมายภายในประเทศอย่างชัดเจน และถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติ ประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้แจ้งข้อมูลต่อที่ประชุม GATT และประเทศภาคีอื่น ๆ เกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการไต่สวน และกระบวนการต่าง ๆ ที่สำคัญทั้งหมดเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง แต่ไม่มีข้อมูลใด ๆ ที่แสดงให้เห็นได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการตัดสินใจว่าจะใช้มาตรการปกป้องต่อประเทศผู้ส่งออกภายในเวลาอันสมควร และเหมาะสมเพียงพอที่จะทำให้ประเทศผู้ส่งออกนั้นมีโอกาสปรึกษาหารือกับประเทศสหรัฐอเมริกา และจากการยื่นข้อของ Perez – Lopez และ Jorge F. ที่กล่าวว่า ประเทศภาคีที่เป็นประเทศผู้ส่งออกไม่มีโอกาสได้ปรึกษาหารือเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องกับรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นการสนับสนุนความเห็นของผู้เขียนว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องนี้ที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้มาตรการปกป้องในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้

2.2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

หัวข้อ 2.2 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือ ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

บทบัญญัติในข้อ 12 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องได้บัญญัติเนื้อหาในประเด็นเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือไว้⁵⁹ ดังนี้

- 1) ประเทศภาคีจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องทราบทันที เมื่อ

⁵⁹ ข้อ 12 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

(ก) เริ่มการไต่สวน

(ข) พบว่าสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือ
ถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น และ

(ค) ตัดสินว่าจะใช้ หรือมีการขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้อง

ตามข้อ ข และข้อ ค หากเป็นกรณีที่มีการแจ้งว่า สินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุของ
ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายใน
ประเทศนั้น และมีการตัดสินว่าจะใช้ หรือมีการขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้อง
ประเทศภาคนั้นจะต้องให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแก่คณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้อง ซึ่ง
รวมถึงหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าสินค้าที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือ
ถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น เป็นต้น

นอกจากนี้ หากประเทศภาคนั้นเสนอว่าจะใช้ หรือจะขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการปก
ป้อง ประเทศภาคนั้นต้องปรึกษาหารือกับประเทศภาคีที่มีส่วนได้เสียอย่างมาก ในฐานะผู้ส่งออกสิน
ค้าที่เกี่ยวข้อง

2) ประเทศภาคีต้องแจ้งให้คณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องทราบว่าใช้มาตร
การปกป้องชั่วคราวก่อนใช้มาตรการนั้น และต้องเริ่มปรึกษาหารือทันทีหลังจากที่ใช้มาตรการปก
ป้องชั่วคราวนั้น

3) ประเทศภาคีต้องแจ้งผลของการปรึกษาหารือในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งผลของการทบท
วนสถานการณ์หลังจากที่มีการใช้มาตรการปกป้องมากกว่า 2 ปี ข้อมูลเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหาย การระงับข้อลดหย่อนและพันธกรณีอื่น ๆ ให้คณะมนตรีสำหรับการค้าสินค้าได้ทราบ

ในขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.
1994) ไม่ได้บัญญัติเนื้อหาในประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้พิจารณาคดี
Wheat Gluten ในประเด็นถกเถียงเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูล และการปรึกษาหารือ เพื่อ
ประโยชน์ในการพิจารณาว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้มาตรการปกป้องในเชิงบิดเบือนทางการค้า
โดยอาศัยช่องโหว่ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ได้หรือไม่ ดังนี้

ตามข้อเท็จจริงและคำตัดสินในคดี Wheat Gluten เกี่ยวกับประเด็นเรื่องนี้ แบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วน ส่วนที่ 1 ว่าด้วยเรื่องการแจ้งข้อมูล ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องการปรึกษาหารือ ซึ่งมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

ส่วนที่ 1 : การแจ้งข้อมูล

ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในคดีนี้ สหภาพยุโรปได้กล่าวว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่แจ้งขั้นตอนต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องภายในระยะเวลาที่กำหนดตามข้อ 12 ของความตกลงนี้ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ทำการแจ้งข้อมูลตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

- (1) การเริ่มกระบวนการไต่สวน ตามข้อ 12.1(a)
- (2) การพบว่าสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น ตามข้อ 12.1 (b)
- (3) การตัดสินว่าจะใช้ หรือมีการขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้อง ตามข้อ 12.1 (c)⁶⁰

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกากลับโต้แย้งว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในข้อ 12 ของความตกลงฉบับนี้แล้ว โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้แจ้งต่อคณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องเมื่อเริ่มกระบวนการไต่สวนหลังจากที่ได้มีการตีพิมพ์เกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการไต่สวนลงใน Federal Register ซึ่งเป็นไปตามข้อ 12.1 (a) นอกจากนี้ ยังได้แจ้งว่าสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศตามข้อ 12.1 (b) และได้แจ้งว่าจะใช้มาตรการปกป้องตามข้อ 12.1 (c)⁶¹

จากข้อโต้แย้งในข้างต้น Panel จึงเริ่มวินิจฉัยว่า ตามข้อ 12 ของความตกลงฉบับนี้ได้ระบุช่วงเวลา 2 ช่วงที่จะต้องมีการแจ้ง นั่นคือ

⁶⁰ Report of the Panel, United States-Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS166/R, pp.53-54.

⁶¹ Ibid, p.55. (WT/DS166/R)

(1) การแจ้งต้องทำโดยทันทีเมื่อมีผลการไต่สวน หรือคำตัดสิน

(2) การแจ้งตามข้อ 12.1 ของความตกลงฉบับนี้จะต้องทำก่อนที่จะมีการใช้มาตรการปกป้อง เพื่อให้ให้มีการปรึกษาหารือเกี่ยวกับมาตรการที่จะใช้นั้นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 12.2 และข้อ 12.3

ดังนั้น Panel จึงพิจารณาคัดสินบทบัญญัติของข้อ 12.1⁶² ที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ให้ประเทศภาคีทำการแจ้งในทันทีทันใด หรือห้ามประเทศภาคีแจ้งล่าช้า ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนี้⁶³

1) Panel พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เริ่มการไต่สวนเกี่ยวกับการนำเข้าแป้งสาลีในวันที่ 1 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1997 แต่ได้แจ้งเกี่ยวกับการเริ่มการไต่สวนในวันที่ 17 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นช่วงเวลา 16 วันต่อมา ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า การแจ้งล่าช้าไป 16 วันนี้ถือว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 12.1(a)

2) Panel พบว่า คณะกรรมการได้พบว่า การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมแป้งสาลีภายในประเทศเมื่อวันที่ 15 มกราคม ปี ค.ศ. 1998 แต่แจ้งผลการตัดสินไปยังคณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 1998 ซึ่งเป็นช่วงเวลา 26 วันต่อมา ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า การแจ้งล่าช้าไป 26 วันนี้ถือว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 12.1 (b)

3) Panel พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้มาตรการปกป้องในวันที่ 1 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1998 แต่แจ้งคำตัดสินในวันที่ 4 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1998 ซึ่งเท่ากับว่าประเทศสหรัฐอเมริกาใช้มาตรการปกป้องก่อนที่จะแจ้งคำตัดสินนั้น ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาแจ้งคำตัดสินของตนภายหลังจากที่ได้ใช้มาตรการปกป้องแล้วนั้น ถือว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 12.1 (c)

⁶² ข้อ 12.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO บัญญัติไว้ว่า “A Member shall immediately notify the Committee on Safeguards upon : (a) initiating an investigatory process relating to serious injury or threat thereof and the reasons for it; (b) making a finding of serious injury or threat thereof caused by increased imports; and (c) taking a decision to apply or extend a safeguard measure.”

⁶³ Ibid, pp. 54-60. (WT/DS166/R)

ตามคำตัดสินข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่ Panel ตัดสินว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาแจ้งล่าช้านั้นถูกต้อง เหมาะสมแล้ว เพราะการแจ้งล่าช้ามี่ผลต่อประเทศผู้ส่งออกประเทศต่าง ๆ เนื่องจาก

1. การแจ้งต่อคณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องว่าเริ่มมีการไต่สวน ตามข้อ 12.1 (a) หมายความว่า การแจ้งต่อประเทศผู้ส่งออกทั้งหมดให้ทราบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกามีเจตนาที่จะใช้มาตรการปกป้อง ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศผู้ส่งออกดังกล่าวเตรียมพร้อมในการรับมือกับมาตรการดังกล่าวหากประเทศผู้นำเข้านั้นใช้มาตรการนั้นจริง และเป็นการแจ้งให้ประเทศผู้ส่งออกทราบใหญ่ได้ทราบเพื่อขอเจรจากับประเทศผู้ใช้มาตรการในการหาข้อยุติสำหรับการชดใช้ค่าเสียหายตามข้อ 8⁶⁴ ดังนั้น การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาแจ้งให้ประเทศภาคีอื่น ๆ ได้ทราบถึงการเริ่มไต่สวนเข้าไป 16 วัน ผู้เขียนจึงถือว่าไม่เป็นธรรมสำหรับประเทศผู้ส่งออก

2. ในส่วนของการแจ้งตามข้อ 12.1 (b) นั้นเป็นการเน้นย้ำว่า มาตรการที่ต้องการใช้มีเหตุผลเพียงพอ กล่าวคือ มีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้น และเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกในคณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องได้รับทราบ และตรวจสอบการพิจารณาความเสียหายของประเทศผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการนั้น ทั้งนี้ หากคณะกรรมการเห็นว่า การตัดสินเกี่ยวกับความเสียหายดังกล่าวของประเทศผู้นำเข้า ไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอในการใช้มาตรการ คณะกรรมการก็จะสามารถยกประเด็นโต้แย้งได้ในการประชุมสมัยสามัญของคณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องของ WTO และหากได้รับการเพิกเฉยจากประเทศผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการ คณะกรรมการก็สามารถนำประเด็นนั้น ๆ เข้าสู่การพิจารณาขององค์กระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body) เพื่อจัดตั้ง Panel ขึ้นพิจารณาต่อไป ดังนั้น การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาแจ้งผลการไต่สวนล่าช้าไป 26 วัน จึงถือว่าไม่เป็นธรรมต่อประเทศผู้ส่งออก

3. การแจ้งว่าจะใช้มาตรการปกป้อง หรือมีการขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องตามข้อ 12.1 (c) นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศผู้ส่งออกได้มีโอกาสในการเจรจากับประเทศผู้

⁶⁴ ข้อ 8.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO บัญญัติไว้ว่า “To achieve this objective, the Members concerned may agree on any adequate means of trade compensation for the adverse effects of the measure on their trade.”

นำเข้าที่จะใช้มาตรการเกี่ยวกับอัตราที่แน่นอนของมาตรการที่จะใช้ ตลอดจนวิธีการชดเชยค่าเสียหาย โดยจำนวนของการชดเชยค่าเสียหายจะต้องเหมาะสมเพียงพอกับความเสียหายที่ประเทศผู้ส่งออกได้รับจากการใช้มาตรการนั้น⁶⁵ (ผู้เขียนจะกล่าวถึงรายละเอียดในข้อ 12.1(c) ต่อไปในส่วนที่ 2)

ข้อสังเกต ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติในข้อ 12.1 ของความตกลงฉบับนี้ควรมีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนว่าคำว่า “การแจ้งในทันทีทันใด” (immediately notify) นั้น หมายความว่าภายในระยะเวลาเท่าใด เพื่อไม่ให้ประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เป็นข้ออ้างได้ว่าได้แจ้งข้อมูลตามขั้นตอนต่าง ๆ ในทันทีทันใดแล้ว เป็นต้น

ส่วนที่ 2 : การปรึกษาหารือ

ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในส่วนนี้ สหภาพยุโรปกล่าวว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่พยายามให้โอกาสแก่สหภาพยุโรปเพื่อทำการปรึกษาหารือและเจรจาเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง ดังนั้น จึงถือว่าประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 8.1 และข้อ 12.3 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง⁶⁶

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดให้มีการปรึกษาหารือกับสหภาพยุโรปเรียบร้อยแล้วเมื่อวันที่ 24 เมษายน ปี ค.ศ. 1998 และวันที่ 22 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1998⁶⁷

ตามข้อโต้แย้งดังกล่าว Panel จึงวินิจฉัยว่า ตามบทบัญญัติข้อ 12.3 ของความตกลงฉบับนี้ กำหนดไว้ว่า “ให้มีการปรึกษาหารือเกี่ยวกับมาตรการปกป้องหลังจากที่ประเทศภาคีได้แจ้งว่าจะใช้มาตรการปกป้อง แต่จะต้องแจ้งก่อนที่จะใช้มาตรการนั้นจริง ๆ ” ซึ่งจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ประธานาธิบดีแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประกาศให้ใช้มาตรการปกป้องในวันที่ 30 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1998 และประเทศสหรัฐอเมริกาใช้มาตรการปกป้องในวันที่ 1 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1998

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Ibid, pp.54-60. (WT/DS166/R)

⁶⁷ Ibid, p.60. (WT/DS166/R)

Panel จึงเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 12.3 ของความตกลงฉบับนี้ เนื่องจาก ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้โอกาสอย่างเพียงพอในการทำคำปรึกษากับประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ รวมถึงสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง และ Panel ยังพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาสละข้อ 8.1 ซึ่งเป็นเรื่องระดับการลดหย่อนภาษีและพันธกรณีอื่น ๆ ด้วย เนื่องจาก ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ให้โอกาสประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ รวมทั้ง สหภาพยุโรปในการทำคำปรึกษาหารือในเรื่องการพยายามรักษาระดับข้อลดหย่อนทางภาษีและพันธกรณีอื่น ๆ ที่มีอยู่ใน GATT 1994 ซึ่งประเทศผู้ส่งออกจะได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการนั้นตามข้อ 12.3 ของความตกลงฉบับนี้ ดังนั้น Panel จึงตัดสินว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 8.1 ด้วย⁶⁸ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับ Panel ที่ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้องกับข้อ 12.3 และข้อ 8.1 ของความตกลงฉบับนี้

จากข้อพิพาทในคดี Wheat Gluten ในประเด็นเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องนี้ยังมีช่องโหว่ในข้อ 12.1 เนื่องจากไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการแจ้งข้อมูลต่อคณะกรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้อง แต่กำหนดเพียงว่าให้แจ้งต่อคณะกรรมการดังกล่าวในทันทีทันใดเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ช่องโหว่ในจุดนี้ทำให้ประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ อ้างเพื่อใช้มาตรการในลักษณะที่ไม่เหมาะสมได้ โดยเฉพาะในกรณีที่ประเทศภาคีเหล่านั้นได้ใช้มาตรการปกป้องโดยอาศัยช่องโหว่ในประเด็นนี้แล้วไม่มีประเทศภาคีใด ๆ ได้แย้ง หรือร้องขอให้ Panel พิจารณาตัดสินการใช้มาตรการของประเทศภาคีเหล่านั้น

3. ประเด็นเรื่อง “การใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการ”

ในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้อง เพื่อบรรเทาความเสียหายอย่างร้ายแรงจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นสูงให้แก่อุตสาหกรรมภายในประเทศ ซึ่งระยะเวลาในการใช้

⁶⁸ Ibid, pp.62-63. (WT/DS166/R)

มาตรการดังกล่าวจะต้องมีกำหนดระยะเวลาในการใช้ที่แน่นอน โดยใช้ได้เพียงชั่วคราวและมีการลดระดับการใช้มาตรการ ดังนั้น เนื้อหาในประเด็นนี้ ผู้เขียนจึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ส่วนที่ 1 ว่าด้วยเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

3.1) การใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974

หัวข้อ 3.1 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการ ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (ที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974) เกี่ยวกับประเด็นนี้ เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

บทบัญญัติของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการใช้มาตรการปกป้อง แต่กำหนดเพียงให้ประเทศภาคีใช้มาตรการปกป้องเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกัน หรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น จึงทำให้ประเทศภาคีสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศในเรื่องระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องได้ตามความต้องการ โดยสามารถอ้างได้ว่า กำหนดให้มีการใช้มาตรการปกป้องเพียงชั่วคราวเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริง ประเทศภาคีนั้นใช้มาตรการนั้นเกินกว่า 10 ปี ซึ่งถือว่าไม่เป็นธรรมในทางการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้ GATT 1947 ยังกำหนดให้ใช้มาตรการปกป้องชั่วคราวโดยไม่ต้องปรึกษาหารือกับประเทศภาคีอื่น ๆ ก่อนใช้มาตรการได้ในกรณีที่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน (Critical Circumstances) ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่หากดำเนินการล่าช้าจะทำให้เกิดความเสียหายซึ่งยากที่จะแก้ไข แต่ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการใช้มาตรการชั่วคราวนั้น⁶⁹ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่า การไม่กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนนั้นอาจจะเป็นการเปิดช่องให้ประเทศผู้ใช้มาตรการชั่วคราวนั้นสามารถใช้อย่างได้ว่ ยังคงประสบกับสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งทำให้ประเทศนั้นสามารถใช้มาตรการชั่วคราวได้ต่อไป ดังนั้น ผู้

⁶⁹ David Robertson, GATT Rules for Emergency Protection, pp. 46-47.

เขียนจึงมีความเห็นว่า GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราว ซึ่งทำให้ประเทศภาคีสามารถใช้มาตรการปกป้องในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้

และเมื่อนำข้อบกพร่องของ GATT 1947 ในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการมาวิเคราะห์ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้มาตรการปกป้องโดยอาศัยช่องโหว่ในประเด็นเรื่องดังกล่าวเพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ผู้เขียนพิจารณาได้ว่า The Trade Act of 1974 กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการใช้มาตรการปกป้องโดยกำหนดให้ใช้ได้ภายในเวลา 5 ปี และสามารถขยายระยะเวลาในการใช้ได้อีก 3 ปี ถ้าประธานาธิบดีพิจารณาเห็นว่า การขยายระยะเวลาดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศ⁷⁰ ซึ่งในการพิจารณาเกี่ยวกับการขยายระยะเวลานั้น ประธานาธิบดีจะต้องคำนึงถึงคำแนะนำของคณะกรรมการในเรื่องผลกระทบต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศเมื่อมีการขยายระยะเวลาในการบรรเทาความเสียหาย แต่การบรรเทาความเสียหายโดยรวมต้องไม่เกิน 8 ปี และการบรรเทาความเสียหายดังกล่าวอาจจะถูกลด หรือสิ้นสุดการบรรเทาความเสียหาย หากประธานาธิบดีพิจารณาเห็นว่า การลดหรือการสิ้นสุดการบรรเทาความเสียหายนั้นเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศ นอกจากนี้ หากมีการบรรเทาความเสียหายเป็นเวลามากกว่า 3 ปีแล้ว จะต้องเลิกใช้มาตรการบรรเทาความเสียหายนั้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปในช่วงที่มีการบรรเทาความเสียหายนั้น โดยเริ่มลดการบรรเทาความเสียหายครั้งแรกเมื่อครบกำหนดเวลา 3 ปีหลังจากวันที่มีการบรรเทาความเสียหายนั้น⁷¹

ข้อสังเกต ตามเนื้อหาในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการของ The Trade Act of 1974 ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติระยะเวลาในการใช้และสิ้นสุดการใช้มาตรการปกป้องไว้อย่างชัดเจนแน่นอน เหมาะสม นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังให้ความสำคัญกับการเปิดเสรีทางการค้า โดยกำหนดให้มีการผ่อนคลายการใช้มาตรการ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกามีเจตนาในการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและมีการลดระดับการใช้มาตรการ ซึ่งทำให้เกิดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศต่อไป

⁷⁰ 19 U.S.C. 2253 (h)(3) ภายใต้ The Trade Act of 1974

⁷¹ 19 U.S.C. 2253 (h)(2) ภายใต้ The Trade Act of 1974

ส่วนในกรณีที่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติเนื้อหาในส่วนนี้ไว้ อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติ ผู้เขียนพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เคยอ้างว่าประเทศของตนตก อยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อขอใช้มาตรการปกป้องชั่วคราวแต่อย่างใด⁷² เนื่องจาก ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การใช้มาตรการปกป้อง ไม่ว่าจะเป็นการกรณีสถานการณ์ทั่วไป หรือสถานการณ์ฉุกเฉิน ล้วนสร้างความเสี่ยงต่อการเรียกร้องค่าเสียหายจากประเทศภาคีที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการ นั้นทั้งสิ้น เมื่อเป็นเช่นนี้ ในการตัดสินใจให้ใช้มาตรการปกป้องในแต่ละครั้ง ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงพิจารณาถึงผลกระทบของการใช้มาตรการนั้นอย่างรอบคอบ และต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์มากกว่าผลเสีย

ดังนั้น ในประเด็นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นนี้ แต่ ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้อาศัยช่องโหว่ดังกล่าวนี้เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้า

3.2) การใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการตาม ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

หัวข้อ 3.2 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มี ช่องโหว่ในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการ ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (ที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)) เกี่ยวกับประเด็นนี้ เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้า ได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการ ใช้มาตรการปกป้อง โดยกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการนั้นตามสถานการณ์ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

⁷² William R. Bishop, "Investigations Completed under Section 201 of the Trade Act of 1974," (Unpublished Manuscript)

กรณีที่ 1 เป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งความตกลงนี้กำหนดให้ใช้มาตรการปกป้องชั่วคราวได้ โดยต้องมีการพิจารณาตัดสินเบื้องต้นแล้วว่า ปริมาณการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือกำลังถูกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องจะต้องไม่เกิน 200 วัน และต้องใช้มาตรการปกป้องในรูปของมาตรการทางภาษี⁷³ เพื่อประโยชน์ในการคืนภาษีได้ทันที หากผลการไต่สวนพบว่า ปริมาณการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

กรณีที่ 2 เป็นสถานการณ์ทั่วไป ซึ่งกำหนดให้ใช้มาตรการปกป้องทั่วไปภายในระยะเวลาไม่เกิน 4 ปี แต่สามารถขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการนั้นได้อีก แต่ต้องมีการปรึกษาหารือกับประเทศที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการปกป้องนั้น โดยระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องทั้งหมด (ซึ่งรวมถึง ช่วงเวลาในการใช้มาตรการปกป้องชั่วคราว ช่วงเวลาการใช้ระยะแรก และการขยายระยะเวลาในการใช้) จะต้องไม่เกิน 8 ปีสำหรับประเทศที่พัฒนาแล้ว⁷⁴ และไม่เกิน 10 ปีสำหรับประเทศกำลังพัฒนา⁷⁵

⁷³ ข้อ 6 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO บัญญัติไว้ว่า “In critical circumstances where delay would cause damage which it would be difficult to repair, a Member may take a provisional safeguard measure pursuant to a preliminary determination that there is clear evidence that increased imports have caused or are threatening to cause serious injury. The duration of the provisional measure shall not exceed 200 days,....Such measures should take the form of tariff increases...”

⁷⁴ ข้อ 7 (1) และ (3) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO บัญญัติไว้ว่า “1. A Member shall apply safeguard measures only for such period of time as may be necessary to prevent or remedy serious injury and to facilitate adjustment. The period shall not exceed four years, unless it is extended... 3. The total period of application of a safeguard measure including the period of application of any provisional measure, the period of initial application and any extension thereof, shall not exceed eight years.”

⁷⁵ ข้อ 9 (2) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO บัญญัติไว้ว่า “A developing country Member shall have the right to extend the period of application of a safeguard

นอกจากนี้ ความตกลงนี้ยังให้ความสำคัญกับการเปิดเสรีทางการค้า โดยกำหนดให้มีการผ่อนคลามาตรการให้เสรีมากขึ้น หากมีการใช้มาตรการปกป้องเป็นระยะเวลาเกินกว่า 1 ปี และถ้าใช้มาตรการปกป้องเกิน 3 ปีจะต้องมีการทบทวนมาตรการนั้นเมื่อใช้มาตรการนั้นนานกว่าครึ่งหนึ่งของระยะเวลาที่กำหนดจะใช้มาตรการปกป้อง โดยอาจจะยกเลิกมาตรการ หรือผ่อนคลามาตรการให้เสรีมากขึ้น ส่วนในกรณีที่มีการขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้อง ระดับของมาตรการปกป้องที่ใช้ครั้งหลังต้องไม่สูงกว่าระดับที่ใช้ครั้งล่าสุด และต้องผ่อนคลามาตรการให้เสรีมากขึ้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องเหล่านี้ให้ใช้บังคับกับประเทศภาคีทุกประเทศ

ในกรณีที่มีการกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องในสินค้าประเภทใด จะต้องมีการเว้นระยะในการใช้มาตรการปกป้องนั้นเป็นระยะเวลาที่เท่ากับระยะเวลาที่เคยใช้มาตรการนั้น ทั้งนี้ จะต้องเว้นระยะในการใช้มาตรการนั้นเป็นเวลาอย่างน้อย 2 ปี แต่สำหรับมาตรการปกป้องที่มีระยะเวลา 180 วัน หรือน้อยกว่า อาจใช้ซ้ำได้อีก ถ้าเว้นระยะในการใช้มาตรการนั้นมาอย่างน้อย 1 ปี และไม่มีการใช้มาตรการปกป้องเกิน 2 ครั้งในช่วง 5 ปีก่อนหน้าวันที่มีการใช้มาตรการปกป้อง

จากเนื้อหาของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ในข้างต้น จะเห็นได้ว่าความตกลงฉบับนี้ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการใช้มาตรการปกป้องได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ ความตกลงฉบับนี้ยังให้ความสำคัญกับการเปิดเสรีทางการค้า โดยมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการผ่อนคลาการใช้มาตรการ ซึ่งทำให้เกิดเสรีทางการค้าตามวัตถุประสงค์ของ WTO ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO นี้ไม่มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและไม่ถาวร ที่ทำให้ประเทศภาคีสามารถใช้มาตรการปกป้องในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้

ส่วนในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไข ปี ค.ศ. 1994) ได้บัญญัติเนื้อหาในประเด็นเรื่อง การใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลด

measure for a period of up to two years beyond the maximum period provided for in paragraph 3 of Article 7.”

ระดับการใช้มาตรการไว้อย่างชัดเจน และเหมาะสมเช่นเดียวกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ภายใต้ WTO ดังนี้

1) ในกรณีที่เป็นการสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้ใช้มาตรการปกป้องชั่วคราวได้ภายในระยะเวลาไม่เกิน 200 วัน โดยการบรรเทาความเสียหายนั้นจะต้องอยู่ในรูปของการเพิ่ม หรือบังคับใช้ทางภาษี กับสินค้านำเข้า⁷⁶

2) ในกรณีที่เป็นการสถานการณ์ทั่วไป ให้ใช้มาตรการปกป้องทั่วไป ซึ่งระยะเวลาในการบรรเทาความเสียหายนั้นจะต้องไม่เกิน 4 ปี แต่ระยะเวลาดังกล่าวอาจจะขยายออกไปได้ ถ้าประธานาธิบดีเห็นว่า (1) การขยายระยะเวลานั้นเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อป้องกัน หรือเยียวยาความเสียหายอย่างร้ายแรง และ (2) มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศกำลังปรับตัวในทางที่ดีต่อการแข่งขันกับสินค้านำเข้า โดยระยะเวลาในการบรรเทาความเสียหายทั้งหมด (รวมถึงช่วงเวลาที่การขยายระยะเวลาในการบรรเทาความเสียหาย) อาจจะไม่เกิน 8 ปี⁷⁷

นอกจากนี้ ในการใช้วิธีการบรรเทาความเสียหายโดยวิธีการเพิ่ม หรือบังคับใช้ทางภาษี หรือวิธีการเก็บภาษีในโควตา หรือวิธีเปลี่ยนแปลง ภาษี หรือกำหนดข้อจำกัดปริมาณการนำสินค้าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระยะเวลาเกินกว่า 1 ปี จะต้องเลิกใช้วิธีการบรรเทาความเสียหายอย่างค่อยเป็นค่อยไปในระหว่างที่การบรรเทาความเสียหายนั้นยังมีผลใช้บังคับ⁷⁸ ซึ่งเป็นการผ่อนคลายมาตรการให้เสรีมากขึ้น และหากมีการบรรเทาความเสียหายโดยวิธีการเพิ่ม หรือบังคับใช้ทางภาษี หรือวิธีเก็บภาษีในโควตา หรือวิธีเปลี่ยนแปลง ภาษี หรือกำหนดข้อจำกัดปริมาณการนำสินค้าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา หรือวิธีเจรจา ตกลง และทำความตกลงกับประเทศต่าง ๆ เพื่อจำกัดการส่งออกของต่างประเทศ และนำสินค้าของต่างประเทศเข้าสู่ประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ห้ามมีการบรรเทาความเสียหายวิธีเดียวกันนั้นกับสินค้านั้นอีก ในช่วงเวลาที่เท่ากับช่วงเวลาที่การบรรเทาความเสียหายครั้งก่อนมีผลใช้บังคับ หรือในช่วง 2 ปี (แล้วแต่ว่าช่วงเวลาใดจะเหมาะสม)⁷⁹ แต่ถ้าการบรรเทาความเสียหายที่มีมาก่อนหน้านี้มีระยะเวลาในการใช้เป็นเวลา 180 วันหรือน้อยกว่า ประธานาธิบดีอาจจะบรรเทาความเสียหายในสินค้านั้นซ้ำได้อีก หาก

⁷⁶ 19 U.S.C. 2252 (d)(2)(B) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

⁷⁷ 19 U.S.C. 2253 (e)(1) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

⁷⁸ 19 U.S.C. 2253 (e)(5) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

⁷⁹ 19 U.S.C. 2253 (e)(7)(A) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

- (1) เว้นระยะเวลาในการบรรเทาความเสียหายนั้นมาเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี และ
- (2) ไม่ได้มีการบรรเทาความเสียหายเกินกว่า 2 ครั้งในช่วงเวลา 5 ปีก่อนหน้าที่มีการบรรเทาความเสียหายนี้⁸⁰

ข้อสังเกต ตามเนื้อหาของ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) ที่กล่าวในข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ซึ่งมีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการใช้มาตรการปกป้องนั้น รวมทั้งการผ่อนคลามาตรการให้เสรีมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้ยังมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงฉบับนี้ในเรื่องของการกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้อง เนื่องจาก ความตกลงฉบับนี้กำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องทั้งหมดจะต้องไม่เกิน 8 ปีสำหรับประเทศที่พัฒนาแล้ว (ซึ่งหมายรวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกา) ในขณะที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดว่าระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องทั้งหมดอาจจะไม่เกิน 8 ปี (may not exceed 8 years) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ภาษาที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้มีความไม่ชัดเจนเพียงพอ เพราะการบัญญัติคำว่า “อาจจะ” (may) นั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงความไม่แน่นอนของกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งแตกต่างจากความตกลงที่กำหนดไว้ชัดเจนว่า ห้ามใช้มาตรการปกป้องเกิน 8 ปี ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะมีการแก้ไขการใช้ภาษาในส่วนดังกล่าวให้สอดคล้องกับความตกลงฉบับนี้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในประเด็นเรื่องการใช้มาตรการปกป้องในลักษณะชั่วคราวและการลดระดับการใช้มาตรการนี้ ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ได้กำหนดช่วงเวลาในการใช้มาตรการไว้อย่างแน่นอน ชัดเจน และเหมาะสม รวมทั้งให้ความสำคัญกับการเปิดเสรีทางการค้า ฉะนั้น ความตกลงฉบับนี้จึงไม่มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องนี้ที่ทำให้ประเทศภาคี รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้

⁸⁰ 19 U.S.C. 2253 (e)(7)(B) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

4. ประเด็นเรื่อง “ขอบเขตการใช้มาตรการปกป้อง”

ในประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดแนวทางที่แน่นอนในการใช้มาตรการปกป้อง ได้แก่ การใช้มาตรการปกป้องตามหลัก MFN และการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการใช้ VERs ดังนั้น เนื้อหาในประเด็นนี้ ผู้เขียนจึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ส่วนที่ 1 ว่าด้วยเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

4.1) ขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974

หัวข้อ 4.1 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องนี้ ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (ที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974) เกี่ยวกับประเด็นนี้ เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

ภายใต้ GATT 1947 การใช้มาตรการปกป้องจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลัก MFN โดยกำหนดให้ประเทศผู้นำเข้าใช้มาตรการนั้นต่อสินค้าที่กำลังนำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นจนก่อให้เกิดหรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยไม่คำนึงถึงว่าสินค้านั้นจะมีแหล่งที่มาจากประเทศผู้ส่งออกประเทศใด⁸¹ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการของ GATT ที่ต้องการให้ทุกประเทศได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน และเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการปกป้องที่ต้องการให้ใช้มาตรการนั้นโดยคำนึงถึงสินค้านำเข้าเป็นหลัก ในขณะที่ประเทศผู้ส่งออกที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการนั้นเพิกถอนข้อลดหย่อนต่าง ๆ ที่มีต่อประเทศผู้นำเข้าที่ใช้มาตรการนั้น และกระทำการตอบโต้ต่อสินค้าที่ส่งมาจากประเทศผู้นำเข้าดังกล่าวได้โดยไม่กระทบสินค้าชนิดเดียวกันที่ส่งมาจากประเทศอื่น ดังนั้น ประเทศผู้ใช้มาตรการปก

⁸¹ Thomas R. Graham, “Reforming the International Trading System : The Tokyo Round Trade Negotiations in the Final Stage,” Cornell International Law Journal 12(Winter 1979) : 25.

ป้อนนี้จึงต้องคำนึงถึงผลของการตอบโต้⁸² เพราะการตอบโต้ที่เลือกประเทศได้⁸³นี้ทำให้หลายประเทศสามารถตอบโต้ได้ เนื่องจากการตอบโต้จะไม่มีผลไปกระทบการค้าต่อประเทศคู่ค้าอื่นของตน ดังนั้น ทั้งในด้านกำลังทางเศรษฐกิจและการเมืองแล้วตนจึงสามารถกระทำการตอบโต้ได้⁸²

ข้อสังเกต การใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN ภายใต้ GATT 1947 นี้ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า เหมาะสม และไม่มีข้อบกพร่องในประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องในส่วนของการใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN เนื่องจากว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีวัตถุประสงค์ให้ใช้มาตรการปกป้องตามความจำเป็น เพื่อป้องกันหรือเยียวยาความเสียหายอย่างร้ายแรงเท่านั้น ดังนั้น ในการกำหนดขอบเขตในการใช้มาตรการบนพื้นฐานของหลัก MFN จึงเป็นสิ่งที่เหมาะสม เพื่อให้ประเทศภาคีทุกฝ่ายพิจารณาถึงความจำเป็นที่แท้จริงก่อนที่จะใช้มาตรการปกป้อง ซึ่งเสี่ยงต่อการถูกตอบโต้ ไม่ว่าประเทศผู้ใช้นั้นจะเป็นกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว หรือกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ประเทศผู้นำเข้าที่ใช้มาตรการปกป้องโดยส่วนมากจะเป็นกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว ในขณะที่ประเทศผู้ส่งออกโดยส่วนมากเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่ากลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งหากกำหนดให้ใช้มาตรการปกป้องโดยเลือกปฏิบัติได้จะมีผลทำให้กลุ่มประเทศผู้ส่งออกดังกล่าวต้องประสบปัญหาในเรื่องอำนาจในการเจรจาต่อรองกับประเทศผู้นำเข้าซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว และมีผลให้ประเทศผู้นำเข้าดังกล่าวนั้นสามารถใช้มาตรการปกป้องได้อย่างเสรี โดยไม่ต้องคำนึงถึงความจำเป็นที่แท้จริงของประเทศในการใช้มาตรการนั้น

ส่วนเนื้อหาของกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา The Trade Act of 1974 ไม่ได้บัญญัติให้ใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN ไว้อย่างชัดเจน แต่กฎหมายฉบับนี้แสดงให้เห็นว่าสนับสนุนให้ใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN ซึ่งจะเห็นได้จากเนื้อหาของบทบัญญัติในส่วนของการพิจารณาตัดสินว่าจะใช้มาตรการปกป้องได้หรือไม่ กฎหมายกำหนดให้พิจารณาว่า **สินค้าที่กำลังนำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่**⁸³ ดังนั้น

⁸² อ้างแล้วในบทที่ 2 เจริญธรรมที่ 57 หน้า 27.

⁸³ 19 U.S.C. 2251 ภายใต้ The Trade Act of 1974

จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า ในการใช้มาตรการปกป้องภายใต้กฎหมายฉบับนี้ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลัก MFN เช่นเดียวกันกับการกำหนดรูปแบบของการบรรเทาความเสียหาย ดังเช่น การเพิ่ม หรือบังคับใช้ทางภาษี หรือการจำกัดปริมาณการนำเข้า ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการนั้นกับสินค้านำเข้าที่มาจากทุกแหล่ง แต่มีข้อยกเว้นในการใช้ตามหลัก MFN ในกรณีที่ประธานาธิบดีเลือกใช้วิธีการบรรเทาความเสียหายโดยการเจรจาทำข้อตกลงการตลาดแบบเป็นขั้นตอน (Orderly Marketing Agreements) กับประเทศผู้ส่งออกโดยเลือกปฏิบัติได้⁸⁴ (เนื่องจาก ภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดข้อห้ามในการใช้ VERs ซึ่งข้อตกลงการตลาดแบบเป็นขั้นตอนนี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ VERs เช่นกัน ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดให้มีการบรรเทาความเสียหายโดยใช้วิธีการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงดังกล่าวได้ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในส่วนของการใช้ VERs) ซึ่งหากการเจรจาทำข้อตกลงดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ กฎหมายฉบับนี้อุญาตให้ประธานาธิบดีประกาศรูปแบบของการบรรเทาความเสียหายที่แตกต่างออกไป โดยต้องอยู่บนพื้นฐานของหลัก MFN ดังเช่น การเพิ่มหรือบังคับใช้ทางภาษี หรือการจำกัดปริมาณการนำเข้า หรือการกำหนดภาษีในโควตา เป็นต้น

ข้อสังเกต ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ไม่มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องในส่วนของการใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN ในขณะที่ The Trade Act of 1974 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า สนับสนุนการใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN แต่โดยความเป็นจริงแล้ว กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มีเจตนาที่แท้จริงในการใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN สังเกตได้จากการกำหนดให้ใช้วิธีการบรรเทาความเสียหายโดยการเจรจาทำข้อตกลงการตลาดแบบเป็นขั้นตอน ซึ่งเป็นลักษณะของการใช้ VERs ที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถหลีกเลี่ยงจากการใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN ได้ ทั้งนี้ เนื่องจาก ภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดข้อห้ามในการใช้ VERs ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าประเภทหนึ่ง ถึงแม้ว่า ประเทศผู้ส่งออกจะยอมจำกัดและควบคุมปริมาณสินค้าส่งออกของตนไปสู่ตลาดของประเทศผู้นำเข้าที่เป็นคู่สัญญาโดยสมัครใจ แต่ในความเป็นจริง ประเทศผู้ส่งออกไม่ได้มีเจตนาจะทำ VERs แต่สาเหตุที่ยอมทำ VERs เพราะต้องการหลีกเลี่ยงจาก

⁸⁴ Edmond McGovern, International Trade Regulation : GATT, The United States and the European Community (England : Globefield Press, 1986), p. 302.

มาตรการกีดกันทางการค้าอื่น ๆ ซึ่งประเทศผู้นำเข้าอาจจะนำมาใช้บังคับ และจะส่งผลร้ายแรงมากกว่าการขอมทำ VERs นอกจากนี้ VERs ยังถือว่าเป็นมาตรการที่ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขทางกฎหมายของมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947⁸⁵ ดังเช่น ประเทศผู้นำเข้าต้องใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN หรือประเทศผู้นำเข้าที่ใช้มาตรการปกป้องต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ประเทศผู้ส่งออกที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการนั้น

เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องในส่วนของการใช้ VERs เนื่องจาก มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดข้อห้ามในการใช้ VERs ไว้ ซึ่งเป็นผลให้ประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ VERs แทนที่การใช้มาตรการปกป้องได้

เมื่อมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดข้อห้ามในการใช้ VERs ไว้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ The Trade Act of 1974 ในส่วนของการใช้ VERs ได้ โดยกำหนดว่า เมื่อประธานาธิบดีพิจารณาตัดสินให้มีการบรรเทาความเสียหายเพื่อป้องกัน หรือเยียวยาความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ประธานาธิบดีจะต้องประกาศวิธีการบรรเทาความเสียหาย ดังเช่น ประกาศเพิ่ม หรือบังคับใช้ทางภาษี หรือเก็บภาษีในโควตา หรือเปลี่ยนแปลง ภาษี หรือกำหนดข้อจำกัดปริมาณการนำสินค้าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้ง การเจรจา ตกลง และทำข้อตกลงการค้าแบบเป็นขั้นตอน (Orderly Marketing Agreements) กับต่างประเทศ เพื่อจำกัดการส่งออกของประเทศเหล่านั้น และจำกัดการนำสินค้านั้นเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งวิธีการบรรเทาความเสียหายโดยการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นลักษณะของการใช้ VERs

จากบทบัญญัติของ The Trade Act of 1974 ในข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ VERs (ในที่นี้หมายรวมถึงข้อตกลงการค้าแบบเป็นขั้นตอน) เพื่อบรรเทาความเสียหายจากการนำเข้าได้ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ VERs กับสินค้าประเภทต่าง ๆ ดัง

⁸⁵ Heinz Gert Preusse, "Voluntary Export Restraints- An Effective Means Against a Spread of Neo-Protectionism?," *Journal of World Trade Law* 25(April 1991) : 8-9.

เช่น การใช้ VERs กับประเทศญี่ปุ่นในสินค้าประเภทรถยนต์⁸⁶ โดยรัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศจำกัดปริมาณการส่งออกรถยนต์โดยสมัครใจตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ปี ค.ศ. 1981 ถึงปี ค.ศ. 1983 ซึ่งการจำกัดการส่งออกโดยฝ่ายของรัฐบาลญี่ปุ่นทำให้มีการวิพากษ์วิจารณ์จากประเทศต่าง ๆ ว่า ไม่น่าเป็นไปได้ที่รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นจะตกลงจำกัดการส่งออกรถยนต์โดยสมัครใจได้ เนื่องจากว่า ในช่วงเวลานั้น ประเทศญี่ปุ่นกำลังได้รับแรงกดดันจากประชาคมยุโรปที่เสนอให้ประเทศญี่ปุ่นจำกัดปริมาณการขายรถยนต์ในประชาคมยุโรปโดยสมัครใจ ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นจึงมีความจำเป็นอย่างมากในการขายรถยนต์ในปริมาณมากในตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่สาเหตุที่ประเทศญี่ปุ่นต้องยอมทำ VERs กับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาได้ส่งตัวแทนมาเจรจาเพื่อเสนอให้ประเทศญี่ปุ่นจำกัดการส่งออกรถยนต์เข้าสู่ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยสมัครใจ ดังนั้น ผู้ผลิตรถยนต์ภายในประเทศญี่ปุ่นจึงไม่มีทางเลือก⁸⁷ หรือการใช้ VERs กับสินค้านำเข้าประเภทเหล็ก⁸⁸ ซึ่งภายใต้การบริหารประเทศของประธานาธิบดีเรแกนได้มีการเจรจากับประเทศผู้ขายที่สำคัญ ดังเช่น ประชาคมยุโรป ประเทศญี่ปุ่น เพื่อจำกัดปริมาณการนำเข้าเหล็กที่นำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาให้อยู่ที่ระดับ 18.5% ของตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกาในระหว่างปี ค.ศ. 1985 -ปี ค.ศ. 1989 และเนื่องจากข้อตกลงนี้สิ้นสุดในวันที่ 30 กันยายน ปี ค.ศ. 1989 ตัวแทนของอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงพยายามวิ่งเต้นให้ประธานาธิบดีบุช และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจขยายระยะเวลาในการใช้ VERs⁸⁹ ซึ่งต่อมาเดือนตุลาคม ในปีเดียวกันนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเจรจาขยายระยะเวลาในการใช้ VERs กับ

⁸⁶ Michael William Lochmann, "The Japanese Voluntary Restraint on Automobile Exports : An Abandonment of the Free Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of United States Antitrust Laws," Harvard International Law Journal, 27 : 99.

⁸⁷ Ralph H Folsom, Michael W. Gordon, United States Escape Clause and Market Disruption Proceedings: Trade Adjustment Assistance, pp.565-566.

⁸⁸ Paul Dwyer Jr., "International Trade: Rejection of Recommendation on Steel Import Regulations," Harvard International Law Journal 26(Winter 1985) : 287.

⁸⁹ Joseph McKinny and Keith A Rowley, "Voluntary Restraint Arrangements on Steel Imports : Policy Development and Sectoral Effects," Journal of World Trade 23(1989) : 69.

ประเทศผู้ส่งออกสินค้านำเข้าประเภทเหล็กเพื่อให้มีการใช้ VERs จนถึงปี ค.ศ. 1992⁹⁰ จึงมีผู้วิจารณ์ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา มักจะประสบผลสำเร็จในการเจรจาเพื่อใช้ VERs เพราะประเทศผู้ส่งออกประเทศต่าง ๆ เกรงว่าประเทศสหรัฐอเมริกา จะใช้มาตรการกีดกันการนำเข้าสินค้านั้นอย่างเคร่งครัด หากประเทศผู้ส่งออกรู้สึกว่าไม่ยอมทำ VERs⁹¹ หรือการใช้ VERs กับสินค้านำเข้าประเภทรองเท้า โดยในปี ค.ศ. 1977 ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เจรจาเพื่อทำ VERs กับประเทศผู้ส่งออกที่มีการเจริญเติบโตเร็วที่สุด คือ เกาหลีใต้ และ ไต้หวัน โดยมี การจำกัดการส่งออกรองเท้าจากเกาหลีเป็นจำนวน 19% และจำกัดการส่งออกรองเท้าจากไต้หวันเป็นจำนวน 16% เป็นเวลา 4 ปี นอกจากนี้ ในปีเดียวกัน ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ทำ VERs กับประเทศญี่ปุ่นในสินค้าประเภทโทรทัศน์ โดย การจำกัดการส่งออกเป็นจำนวน 1.56 ล้านหน่วยต่อปี⁹² เป็นต้น

นอกจากที่กล่าวในข้างต้นแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกายังใช้ VERs เป็นจำนวนอีกหลาย ครั้งในช่วงที่ The Trade Act of 1974 มีผลใช้บังคับ ซึ่งผู้เขียนขอแสดงตารางสถิติการใช้ VERs ของประเทศสหรัฐอเมริกาดังแต่ปี ค.ศ. 1984 และ ปี ค.ศ. 1988⁹³ ดังนี้

⁹⁰ Robert Carbaugh and Darwin Wassink, "Steel Voluntary Restraint Agreements and Steel-Using Industries," Journal of World Trade 25(August 1991) : 78-85.

⁹¹ Jonathan Haughton and Balu Swaminathan, "The Employment and Welfare Effects of Quantitative Restrictions on Steel Imports into the United States, 1955 – 1987," Journal of World Trade 26(April 1992) : 95.

⁹² Ralph H Folsom and Michael W. Gordon, United States Escape Clause and Market Disruption Proceedings: Trade Adjustment Assistance, pp.567-568.

⁹³ Michel M Kostecki, "Marketing Strategies and Voluntary Export Restraints," Journal of World Trade 25(August 1991) : 100.

ประเภทของสินค้า : จำนวนครั้ง	ปี ค.ศ. 1984	ปี ค.ศ. 1988
เสื้อผ้าและสิ่งทอ	2	14
สินค้าทางการเกษตรและอาหาร	-	1
เหล็ก	16	35
รถยนต์	1	2
เครื่องใช้ไฟฟ้า	-	3
รองเท้า	-	1
เครื่องจักร	1	10
อื่น ๆ	-	3
รวมทั้งหมด	20	69

จากตารางในข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกานิยมใช้ VERs กับสินค้าประเภทต่าง ๆ โดยเฉพาะสินค้าประเภทเหล็ก ซึ่งเป็นสินค้าที่มีผู้ได้รับประโยชน์จากสินค้าประเภทนี้เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มอุตสาหกรรมเหล็ก หรือกลุ่มนักการเมือง ซึ่งมีส่วนอย่างมากในการผลักดันให้มีการใช้ VERs กับประเทศต่าง ๆ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องในส่วนของการใช้ VERs ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติ The Trade Act of 1974 เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้

4.2) ขอบเขตการใช้มาตรการปกป้องของมาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

หัวข้อ 4.2 นี้ จะเป็นการวิเคราะห์ว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีช่องโหว่ในประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้มาตรการปกป้อง ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบัญญัติกฎหมายภายในประเทศ (ที่นี้หมายถึง The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) เกี่ยวกับประเด็นนี้ เพื่อใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กำหนดไว้ว่า ให้ประเทศภาคีใช้ มาตรการปกป้องกับสินค้าที่กำลังนำเข้าโดยไม่คำนึงถึงแหล่งที่มาของสินค้า” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ได้ว่า ความตกลงฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ให้ใช้มาตรการโดยจำกัดแหล่งที่มาของสินค้า แต่ให้ จำกัดเฉพาะกับสินค้าที่กำลังนำเข้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเท่านั้น ดังนั้น การใช้มาตรการปกป้องจึง ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลัก MFN⁹⁵

อย่างไรก็ตาม ความตกลงฉบับนี้ได้กำหนดเนื้อหาที่อนุญาตให้ประเทศภาคีสามารถเลือก ปฏิบัติได้เช่นกัน โดยในกรณีที่ประเทศภาคีผู้นำเข้าเลือกใช้วิธีการจัดสรรโควต้า ความตกลงฉบับ นี้อนุญาตให้ประเทศผู้นำเข้านั้นสามารถเจรจาตกลงกับประเทศผู้ส่งออกรายใหญ่เกี่ยวกับโควต้าที่ จัดสรร หรือใช้วิธีการจัดสรรโควต้าให้กับประเทศผู้ส่งออกรายใหญ่ตามสัดส่วนการนำเข้าเฉลี่ยใน ช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูล โดยคำนึงถึงปัจจัยพิเศษต่าง ๆ ที่อาจจะมีผลกระทบ หรืออาจจะกำลังมีผล กระทบต่อการค้าสินค้านั้น⁹⁶ นอกจากนี้ ความตกลงฉบับนี้ยังอนุญาตให้ประเทศผู้นำเข้าไม่ต้อง ปฏิบัติตามวิธีการจัดสรรโควต้าดังที่กล่าวไว้ในข้างต้นได้ (หมายความว่า ข้อ 5 วรรค 2 (a)) หาก ประเทศผู้นำเข้านั้นได้ปรึกษาหารือกับประเทศผู้ส่งออกรายใหญ่ และแสดงหลักฐานให้คณะ กรรมการว่าด้วยมาตรการปกป้องเห็นว่า

⁹⁴ ข้อ 2 วรรค 2 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

⁹⁵ Michael Rom, “Some Early Reflections on the Uruguay Round Agreement as Seen from the Viewpoint of a Developing Country,” *Journal of World Trade*, 28 : 55.

⁹⁶ ข้อ 5 วรรค 2 (a) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO บัญญัติไว้ว่า “In cases in which a quota is allocated among supplying countries, the Member applying the restrictions may seek agreement with respect to the allocation of shares in the quota with all other Members having a substantial interest in supplying the product concerned. In cases in which this method is not reasonably practicable, the Member concerned shall allot to Members having a substantial interest in supplying the product shares based upon the proportions, supplied by such Members during a previous representative period, of the total quantity or value of imports of the product, due account being taken of any special factors which may have affected or may be affecting the trade in the product.”

- 1) ปริมาณการนำเข้าสินค้าของประเทศผู้ส่งออกบางรายได้เพิ่มขึ้นในระดับที่ไม่ได้สัดส่วนกับการนำเข้ารวม
- 2) มีเหตุผลที่ถูกต้องในการไม่ปฏิบัติตามวิธีจัดสรรโควตาในข้างต้น และ
- 3) เจื่อนใจในการไม่ปฏิบัติตามนั้นเป็นธรรมสำหรับประเทศผู้ส่งออกที่เกี่ยวข้องทุกประเทศ

ข้อสังเกต

1. ความตกลงฉบับนี้ไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “ช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูล” (in the last three representative years for which statistics are available) จึงทำให้เกิดคำถามว่า ช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูลนี้หมายถึงช่วงเวลา⁹⁷ ซึ่งผลของการบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการเปิดช่องให้ประเทศภาคีผู้นำเข้าประเทศต่าง ๆ สามารถเลือกช่วงเวลาประเทศผู้นำเข้านั้นได้เคยให้โควตานำเข้าในระดับต่ำที่สุดเป็นช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูลได้⁹⁸

2. ความตกลงฉบับนี้ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของคำว่า “ปัจจัยพิเศษต่าง ๆ ที่อาจจะมีผลกระทบ หรืออาจจะกำลังมีผลกระทบต่อการค้าสินค้านั้น” (due account being taken of any special factors which may have affected or may be affecting the trade in the product)

3. ไม่มีการกำหนดขอบเขต หรือระยะเวลาที่เหมาะสมในการไม่ปฏิบัติตามวิธีการจัดสรรโควตาตามข้อ 5 วรรค 2 (a)⁹⁹

4. การที่ความตกลงฉบับนี้อุญาตให้ประเทศผู้นำเข้าไม่ต้องปฏิบัติตามวิธีการจัดสรรโควตาตามที่กำหนดไว้ในข้อ 5 วรรค 2 (a) นั้น เป็นการเปิดโอกาสให้มีการเลือกปฏิบัติกับประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะได้ ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคกับประเทศผู้ส่งออกที่เป็นประเทศ

⁹⁷ Interview with Gabrielle Marceau, Legal Counsellor, World Trade Organization, 1 September 2000.

⁹⁸ Christopher F. Corr, “Trade Protection in the New Millenium: The Ascendancy of Antidumping Measures,” Northwestern Journal of International Law & Business, 18 : 62.

⁹⁹ Brian Hindley, Antidumping in the Uruguay Round, pp. 58-59.

ผู้ขายบางราย¹⁰⁰ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นประเทศผู้ส่งออกมักจะเป็นกลุ่มเป้าหมายที่ประเทศผู้นำเข้าเลือกให้เป็นประเทศผู้ส่งออกที่มีปริมาณการนำเข้าเพิ่มขึ้นตามเงื่อนไขดังกล่าว เนื่องจาก เป็นกลุ่มประเทศที่ไม่มีอำนาจต่อรองทางการค้า ในขณะที่กลุ่มประเทศผู้ส่งออกที่เป็นกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางการค้าจะได้รับยกเว้นจากการเป็นประเทศผู้ส่งออกที่มีปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นตามเงื่อนไขนั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้องภายใต้ WTO นี้มีช่องโหว่ที่ทำให้ประเทศภาคีผู้นำเข้าที่ต้องการใช้มาตรการปกป้องสามารถเบี่ยงเบนจากหลัก MFN ได้

ส่วนเนื้อหาของบทบัญญัติภายในประเทศสหรัฐอเมริกา The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) ไม่ได้บัญญัติให้ใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN ไว้อย่างชัดเจน แต่กฎหมายฉบับนี้แสดงให้เห็นว่าสนับสนุนการใช้มาตรการปกป้องบนพื้นฐานของหลัก MFN ซึ่งเห็นได้จากเนื้อหาของบัญญัติในส่วนของบทพิจารณาตัดสินว่าจะใช้มาตรการปกป้องได้หรือไม่ กฎหมายกำหนดให้พิจารณาว่า **สินค้าที่กำลังนำเข้า** ในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่¹⁰¹ ดังนั้น จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า ในการใช้มาตรการปกป้องภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) นี้ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลัก MFN เช่นเดียวกันกับรูปแบบของการบรรเทาความเสียหายซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการนั้นกับสินค้านำเข้าที่มาจากทุกแหล่ง ดังเช่น การเพิ่ม หรือบังคับใช้ทางภาษี หรือการจำกัดปริมาณการนำเข้า แต่มีข้อยกเว้นในการใช้มาตรการปกป้องตามหลัก MFN ในกรณีที่ประธานาธิบดีเลือกใช้วิธีการบรรเทาความเสียหายโดยการเจรจา ตกลง และทำความตกลงกับต่างประเทศเพื่อจำกัดการส่งออกของต่างประเทศ และการนำสินค้าของต่างประเทศเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁰² ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้เปิดช่องให้ประเทศสหรัฐอเมริกาส่งออกประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการเจรจา ตก

¹⁰⁰ Ernesto M. Hizon, "The Safeguard Measure/ VER Dilemma : The Jekyll and Hyde of Trade Protection," *Northwestern Journal of International Law & Business*, 8 : 128.

¹⁰¹ 19 U.S.C. 2251(a) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

¹⁰² 19 U.S.C. 2253(a)(3)(E) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

ลงและทำความตกลงเพื่อจำกัดปริมาณการส่งออกของต่างประเทศ และปริมาณการนำสินค้าของต่างประเทศเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ดังนั้น จึงถือได้ว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเปิดโอกาสให้สามารถใช้มาตรการปกป้องโดยเลือกปฏิบัติได้

นอกจากนี้ กฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกายังกำหนดวิธีการจำกัดปริมาณการนำเข้า (ซึ่งหมายรวมถึง การจัดสรรโควตา) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดปริมาณการนำเข้าเหมือนกับข้อ 5.1 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ภายใต้ WTO ที่ว่า “การจำกัดปริมาณการนำเข้าจะต้องอนุญาตให้มีการนำเข้าตามปริมาณของสินค้า ซึ่งจะต้องไม่น้อยกว่าอัตราเฉลี่ยของปริมาณการนำสินค้าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูล เว้นแต่ประธานาธิบดีจะพบว่าระดับของปริมาณที่แตกต่างออกไปนั้นเป็นระดับที่จำเป็นเพื่อป้องกัน หรือเยียวยาความเสียหายอย่างร้ายแรง”

ข้อสังเกต เมื่อความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “ช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูล” ไว้ และประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้บัญญัติความหมายไว้เช่นเดียวกับความตกลงฉบับนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีโอกาที่จะใช้ช่องโหว่ในประเด็นนี้เพื่อใช้ในทางที่ไม่เหมาะสมได้ ดังเช่น ในคดี Wheat Gluten ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ใช้มาตรการปกป้องด้วยวิธีจำกัดปริมาณการนำเข้า โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดสรรโควตาสินค้านำเข้าให้ประเทศผู้ส่งออกประเทศต่าง ๆ ตามสัดส่วนการนำเข้าในช่วงปีผลผลิตในระหว่างวันที่ 30 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1993 จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1995 (ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูล)¹⁰³ ทั้ง ๆ ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดให้เริ่มใช้มาตรการปกป้องนั้นในวันที่ 1 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1998 โดยประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่าช่วงเวลา 3 ปีดังกล่าวเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสม เนื่องจากอัตราเฉลี่ยการนำเข้าในช่วง 3 ปีนั้นทำให้อุตสาหกรรมแป้งสาลีภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับผลกำไร ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “ช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูล” ไว้ให้ชัดเจนว่าเริ่มต้นตั้งแต่ช่วงเวลาใด และสิ้นสุดในช่วงเวลาใด จึงทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งบัญญัติเนื้อหาไว้เหมือนกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO สามารถเลือกช่วงเวลา

¹⁰³ Report of the Panel, United States- Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS166/R, p. 3.

ที่จะทำให้ประเทศของตนได้รับประโยชน์มากที่สุดได้ โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นช่วงเวลาที่ได้ใกล้เคียงกับช่วงที่มีการใช้มาตรการปกป้องนั้น ทั้งนี้ในความเป็นจริง ประเทศสหรัฐอเมริกาควรจะต้องเลือกปี ค.ศ. 1995 ถึงปี ค.ศ. 1997 เป็นช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูล แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่า ช่วงปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 มีการนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้น และเป็นช่วงที่สินค้าภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ขายได้น้อยลงในช่วงนี้ด้วย ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่คิดว่าปี ค.ศ. 1995 ถึงปี ค.ศ. 1997 จะเป็นช่วง 3 ปีหลังสุดที่มีข้อมูลได้ เพราะระดับอัตราเฉลี่ยโควต้าในช่วงเวลาดังกล่าวไม่สามารถเยียวยาความเสียหายอย่างร้ายแรงได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการใช้วิธีการเจรจา ตกลง และทำความตกลงกับต่างประเทศ เพื่อจำกัดการส่งออกของต่างประเทศ และการนำสินค้าของต่างประเทศเข้าสู่ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นลักษณะของการใช้ VERs ถึงแม้ว่า กฎหมายฉบับนี้จะไม่ได้บัญญัติคำว่า “ข้อตกลงการค้าแบบเป็นขั้นตอน” เหมือนกฎหมายฉบับก่อน (The Trade Act of 1974) ก็ตาม แต่ลักษณะของการเจรjadังกล่าวเป็นการจำกัดการส่งออกสินค้าของต่างประเทศ และนำสินค้าของต่างประเทศเข้าสู่ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าขัดกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ที่กำหนดข้อห้ามในการใช้ VERs เพื่อปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศ และมาตรการต่าง ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง WTO ต้องเลิกใช้อย่างค่อยเป็นค่อยไป หรือนำมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับความตกลง WTO ภายในเวลา 4 ปีนับจากวันที่ WTO มีผลใช้บังคับ แต่อาจจะขยายระยะเวลาในการใช้ VERs ได้ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 1999¹⁰⁴

ข้อสังเกต ถึงแม้ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO จะบัญญัติข้อห้ามในการใช้ VERs ไว้ก็ตาม แต่ข้อห้ามดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึง VERs ที่ทำขึ้นระหว่างอุตสาหกรรมกับอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นความตกลงที่ไม่ได้จัดทำขึ้นระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาล (Nongovernmental Agreement) แต่เป็นความตกลงของเอกชนโดยไม่มีรัฐบาลเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น ความตกลงของเอกชนจึงไม่ได้รับผลกระทบจากการห้ามทำ VERs ตามที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO บัญญัติไว้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ปัญหาการใช้ VERs ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาลสามารถหมดไปได้ตามข้อห้ามของความตกลงดังกล่าว แต่การใช้ VERs ระหว่างเอกชนกับเอกชนจะยังคงมีต่อไปหากไม่มีการระบุลักษณะของ VERs ที่ห้ามใช้ให้ชัดเจนกว่านี้

¹⁰⁴ Goddin, Scott R., “Safeguards,” *Business America* 115(January 1994) : 1. (ข้อ 11 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO)

เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ยังมีข้อบกพร่องในส่วนของการห้ามในการใช้ VERs ซึ่งทำให้ประเทศภาคี รวมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้ เนื่องจากว่า ความตกลงดังกล่าวไม่ได้กำหนดข้อห้ามในการใช้ VERs ระหว่างเอกชนกับเอกชนไว้ ซึ่งกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994) ก็ไม่ได้บัญญัติข้อห้ามในการใช้ VERs ระหว่างเอกชนกับเอกชนไว้เช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความตกลงว่าด้วยความมาตรการปกป้องควรจะบัญญัติข้อห้ามในการใช้ VERs ระหว่างเอกชนกับเอกชนไว้ในความตกลงฉบับนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้ประเทศภาคีประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถอ้างเพื่อใช้ในทางที่ไม่เหมาะสมได้

จากการวิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947 และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO โดยเน้นศึกษากรณีการใช้มาตรการปกป้องของสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนสรุปได้ดังนี้

ประเด็นเรื่อง	GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974	ความตกลงว่าด้วยมาตรการ ปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)
1. บรรทัดฐานในการพิสูจน์ ความเสียหาย	GATT 1947 มีช่องโหว่ ดังเช่น ไม่ได้กำหนดค่านิยามของคำ ต่าง ๆ ดังเช่น “ความเสียหาย อย่างร้ายแรง” หรือ “การ ถูกคามจนทำให้เกิดความเสี หายอย่างร้ายแรง” หรือ “สาเหตุสำคัญ” เป็นต้น แต่ ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ อาศัยช่องโหว่ดังกล่าวมา บัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ประเทศเพื่อใช้ในเชิงบิดเบือน ทางการค้าได้	ประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติ กฎหมายภายในประเทศสอดคล้อง กับความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO แต่ในทางปฏิบัติ ประเทศ สหรัฐอเมริกาปฏิบัติไม่สอดคล้อง กับความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO
2. การแจ้งข้อมูลและการ ปรึกษาหารือ	GATT 1947 มีช่องโหว่ ดังเช่น ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของ ข้อมูลที่ต้องแจ้ง รวมทั้ง ระยะเวลา ที่แน่นอนในการแจ้งข้อมูล เกี่ยวกับการใช้มาตรการปก ป้อง ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ได้อาศัยช่องโหว่ดังกล่าวมาใช้ ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้	ความตกลงว่าด้วยมาตรการปก ป้องภายใต้ WTO มีช่องโหว่ ดังเช่น ไม่ได้กำหนดช่วงเวลา ที่แน่นอน ชัดเจน เกี่ยวกับการ แจ้งข้อมูล ซึ่งประเทศสหรัฐ อเมริกาได้อาศัยช่องโหว่ดัง กล่าวมาใช้ในเชิงบิดเบือนทาง การค้าได้

ประเด็นเรื่อง	GATT 1947 กับ The Trade Act of 1974	ความตกลงว่าด้วยมาตรการ ปกป้องภายใต้ WTO กับ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)
3. การใช้มาตรการปกป้องใน ลักษณะชั่วคราวและการลด ระดับการใช้มาตรการ	GATT 1947 มีช่องโหว่ ดังเช่น ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอน ในการใช้มาตรการปกป้อง แต่ประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้อาศัยช่องโหว่ดังกล่าวมา ใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้	ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ภายใต้ WTO ไม่มีช่องโหว่ และประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติกฎหมายภายในประเทศไว้อย่างสอดคล้อง กับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO
4. ขอบเขตการใช้มาตรการ ปกป้อง	GATT 1947 ไม่มีช่องโหว่ในเรื่องหลัก MFN และประเทศ สหรัฐอเมริกาปฏิบัติสอดคล้องกับ GATT 1947 แต่เนื่องจาก GATT 1947 ไม่ได้บัญญัติในเรื่องข้อห้ามในการใช้ VERs ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงอาศัยช่องโหว่ดังกล่าวมาบัญญัติเป็น กฎหมายภายในประเทศ (หมายถึง ความถึงข้อตกลงการค้า แบบเป็นขั้นตอน หรือ Orderly Marketing Agreements) ซึ่งทำให้ ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถเบี่ยงเบนจากการหลัก MFN ภายใต้ GATT 1947 ได้	ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีช่องโหว่ ในเรื่องหลัก MFN (หมายถึง ความถึงการจัดสรรโควตา) ซึ่ง ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีโอกาสใช้ช่องโหว่นั้นเพื่อใช้ ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้ และความตกลงว่าด้วยมาตรการ ปกป้องภายใต้ WTO มีช่องโหว่ในเรื่องการใช้ VERs (ไม่ได้กำหนดข้อห้ามการทำ VERs ระหว่างเอกชน กับ เอกชน) ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกา มีโอกาสในการใช้ในเชิงบิดเบือนทางการค้าได้