

กรณีพิพาท ประเด็นข้อกฎหมาย และการวิเคราะห์คำตัดสินคดี Tuna-Dolphin

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงกรณีพิพาท ประเด็นข้อโต้แย้งของคดี และวิเคราะห์คำตัดสินของคดีในประเด็นสำคัญดังนี้ การตีความและการใช้ข้อยกเว้นมาตรา XX การใช้มาตรการทางการค้าโดยฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลก การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตของรัฐ มาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวกับกระบวนการผลิต รวมทั้งกลไกระงับข้อพิพาทของแกตต์ต่อข้อพิพาททางการค้าและสิ่งแวดล้อม โดยจะวิเคราะห์ว่าคำตัดสินและการตีความกฎหมายแกตต์ของคดี Tuna-Dolphin ว่าส่งผลต่อประเด็นปัญหาข้างต้นอย่างไร โดยในข้างต้นนี้จะกล่าวถึงข้อเท็จจริงของคดีนี้ก่อนเพื่อที่จะได้เข้าใจถึงประเด็นโต้แย้งแห่งคดีมากขึ้น และจะนำมาวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

3.1 ข้อเท็จจริงของคดี

ในอดีตการจับปลาทูน่ามีเทคนิคในการจับโดยใช้อวนล้อมจับ (purse-seine net) เนื่องจากโดยธรรมชาติปลาโลมามีพฤติกรรมชอบว่ายปะปนอยู่กับฝูงปลาทูน่าในน่านน้ำมหาสมุทรแปซิฟิกตะวันออกเขตร้อน (Eastern Tropical Pacific Ocean : ETP) เมื่อชาวประมงทำการจับปลาทูน่าทำให้ปลาโลมาติดขึ้นมาตายโดยบังเอิญ

ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้ออกกฎหมายที่มีชื่อว่า "รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเล ค.ศ. 1972" (The Marine Mammal Protection Act of 1972 : MMPA) ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "MMPA" กำหนดว่าห้ามจับหรือทำการประมงโดยวิธีที่หาญกล้า ฉ่าหรือทำลายชีวิตสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเล และห้ามนำเข้าสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลมายังสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดจำนวนอัตราการตายโดยบังเอิญของสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเล เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจของสหรัฐอเมริกา โดยบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ครอบคลุมถึงการจับปลาทูน่าครีบทเหลือง (yellowfin tuna) ใน ETP ที่ทำให้ปลาโลมาที่ติดมาตายโดยบังเอิญ โดยกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับโดย National Marine Fisheries Service : NMFS เป็นหน่วยงานของ The National Oceanic and Atmospheric Administration : NOAA) ภายใต้การควบคุมของกระทรวงพาณิชย์ยกเว้นในส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการนำเข้าอยู่ภายใต้อำนาจของ U.S. Customs Service กระทรวงการคลัง

โดยมาตรา 101(a)(2) ของ MMPA กำหนดให้จำกัดอัตราการตายโดยบังเอิญของสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลของชาวประมงสหรัฐอเมริกา โดยมี NMFS เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการอนุญาต ซึ่งบัพัญญัติที่เกี่ยวกับ ETP โดยเฉพาะคือมาตรา 101(a)(2)(b) มีหลักเกณฑ์ว่า ห้ามนำเข้าปลาหูฉลามที่จับโดยอวนล้อมจับในบริเวณ ETP และห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์หูฉลามที่ได้มาจากการจับด้วยวิธีดังกล่าว เว้นแต่รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า

- 1) รัฐบาลของประเทศนั้นมีโครงการควบคุมการจับสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลโดยเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา
- 2) อัตราเฉลี่ยของการจับสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลของเรือประมงประเทศอื่น เปรียบเทียบกับอัตราเฉลี่ยของเรือประมงสหรัฐอเมริกาไม่เกินมาตรฐานของสหรัฐอเมริกา

ต่อมาในวันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2534 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ห้ามนำเข้าปลาหูฉลามและผลิตภัณฑ์หูฉลามที่ใช้วิธีจับโดยอวนล้อมจับในบริเวณ ETP ตามคำสั่งศาลรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา¹ เว้นแต่รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์พิจารณาถึงพยานหลักฐานทางเอกสาร (Documentary Evidence) แล้วเห็นว่าได้ดำเนินการโดยสอดคล้องกับมาตรฐานของ MMPA นอกจากนี้ MMPA ยังกำหนดอีกว่าหลังจากวันที่มีการห้ามนำเข้า (embargo) ปลาหูฉลามและผลิตภัณฑ์หูฉลามในหกเดือนรัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์ต้องรับรอง (certify) ต่อประธานาธิบดีเพื่อใช้ดุลพินิจในการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์หูฉลามตาม The Fishermen's Protective Act of 1967 (The Pelly Amendment)

รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลยังได้กำหนดมาตรการห้ามนำเข้าปลาหูฉลามจากประเทศที่สามไว้ในมาตรา 101(a)(2)(c) กำหนดให้ประเทศสามที่จะส่งออกปลาหูฉลามหรือผลิตภัณฑ์หูฉลามไปยังสหรัฐอเมริกา ภายในหกสิบวันจะต้องแจ้งและแสดงข้อพิสูจน์อย่างมีเหตุผลต่อรัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์ว่าประเทศตนได้ดำเนินการห้ามนำเข้าปลาหูฉลามจากประเทศที่สหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้าแล้ว (primary embargo) และภายในหกเดือนนับแต่การห้ามนำเข้ามีผล รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้แก่ประธานาธิบดีทราบ นอกจากนี้ The Pelly Amendment มีข้อกำหนดให้ดุลพินิจแก่ประธานาธิบดีในการสั่งห้ามนำเข้าปลาหูฉลามจากประเทศที่ถูก embargo เว้นแต่ประเทศที่สามจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำการห้ามนำเข้าปลาหูฉลามจากประเทศที่ถูกห้ามนำเข้าแล้ว

¹Earth Island Institute ซึ่งเป็นองค์กรสิ่งแวดล้อมที่มีอิทธิพลในรัฐแคลิฟอร์เนียของสหรัฐฯ ได้ยื่นฟ้องกระทรวงพาณิชย์และกระทรวงการคลังต่อศาลรัฐบาลกลางว่าไม่ดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย MMPA ศาลจึงมีคำสั่งห้ามนำเข้าปลาหูฉลามและผลิตภัณฑ์หูฉลามจากประเทศเม็กซิโก (Earth Island Institute V. Mosbacher, 785 F. Supp. 826 ND Cal. 1992).

3.2 ประเด็นข้อโต้แย้งที่สำคัญของคดี

จากข้อเท็จจริงข้างต้น เม็กซิโกได้เรียกร้องให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) ภายใต้ มาตรา XXIII : 2 เพื่อตรวจสอบข้อพิพาทดังกล่าวว่าขัดต่อกฎการค้าเสรีของแกตต์ (Panel I) และเกิดเป็นกรณีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกากับประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) และเนเธอร์แลนด์ โดยสหรัฐอเมริกากระทำการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ทูน่าจากประเทศที่สามที่ได้นำเข้าปลาทูน่าจากประเทศเม็กซิโกในฐานะที่ส่งเสริมให้ชาวประมงเม็กซิโกจับปลาทูน่าด้วยวิธีที่ทำลายพันธุ์ปลาโลมา จึงทำให้ EEC และเนเธอร์แลนด์ร้องขอให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel II) ขึ้นมาพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งทั้งสองข้อพิพาทมีประเด็นข้อโต้แย้งที่สำคัญของคดีดังนี้

3.2.1 บทบัญญัติของแกตต์มาตรา III หรือ XI²

ประเทศเม็กซิโกได้ยกปัญหาว่า มาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกาขัดต่อหลักการการค้าเสรีของแกตต์หรือไม่ โดยเม็กซิโกกล่าวว่า มาตรการ MMPA ของสหรัฐอเมริกาขัดต่อบทบัญญัติของแกตต์ตามมาตรา III โดยให้เหตุผลว่า มาตรา III กำหนดว่าภาคีต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าในประเทศกับสินค้านำเข้า แต่มาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกามีการเลือกปฏิบัติระหว่างผลิตภัณฑ์ภายในประเทศกับผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าเกี่ยวกับกระบวนการผลิต ด้วยเหตุผลประการแรก คือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย MMPA คือ สหรัฐอเมริกาต้องการคุ้มครองปลาโลมาไม่ใช่เป็นมาตรการที่บังคับถึงผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าโดยตรง ประการต่อมามาตรการตาม MMPA เป็นการใช้มาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าโดยมีการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างผลิตภัณฑ์ภายในประเทศกับต่างประเทศที่กระบวนการผลิต มาตรการตาม MMPA เป็นข้อกำหนดที่เข้มงวดเฉพาะกับการจับปลาทูน่าโดยใช้วนล้อมจับใน ETP โดยไม่ได้มีผลบังคับกับคุณลักษณะทางกายภาพของผลิตภัณฑ์ (Physical characteristics) ของผลิตภัณฑ์ที่ถูกห้ามนำเข้า มาตรการตาม MMPA จึงไม่ใช่ข้อกำหนดภายใน ตามมาตรา III และ Note Ad มาตรา III การกระทำของสหรัฐอเมริกาขัดต่อบทบัญญัติของแกตต์มาตรา XI : 1³

สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่า บทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับการห้ามนำเข้าปลาทูน่าจากเม็กซิโกของสหรัฐอเมริกาคือ มาตรา III : 4 ว่าด้วยพันธกรณีในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่างหากไม่ใช่ มาตรา XI : 1 ตามที่เม็กซิโกอ้าง ภายใต้บทบัญญัติมาตรา III : 4 สหรัฐอเมริกามีสิทธิที่จะออกกฎหมายหรือระเบียบภายในอย่างใดอย่างหนึ่งให้มีผลบังคับต่อสินค้านำเข้าจากต่างประเทศได้ หากกฎหมายหรือระเบียบ

²General Agreement on Tariff and Trade, "Panel Report on U.S. Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin I)," *International Legal Material*. 30 (August 1991) : 1594-1623.

³Tuna-Dolphin I, para. 3.16-3.17.

ภายในดังกล่าวไม่ได้ทำให้สินค้าที่นำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน เพื่อคุ้มครองการผลิตภายในประเทศ ดังนั้นมาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าและผลิตภัณฑ์ทูน่าเป็นกฎหมายหรือระเบียบภายในประเทศของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีผลบังคับใช้ ณ จุดเขตแดนตามหมายเหตุอธิบายมาตรา III (Note Ad Article III)⁴

นอกจากนี้เม็กซิโกยังกล่าวว่า มาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกาเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันระหว่างเรือประมงต่างชาติกับเรือประมงของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ เรือประมงสหรัฐอเมริกากำหนดเขตแดนไว้ว่าเวลาทำการประมงในบริเวณ ETP ห้ามทำให้ปลาโลมาตายโดยบังเอิญเกินกว่า 20,500 ตัวต่อปี ในขณะที่เรือประมงสหรัฐอเมริกามีอัตราที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ และอัตราที่กำหนดใช้กับเรือประมงสหรัฐอเมริกาสมาทรวางหน้าก่อนส่วนเรือประมงต่างชาติจะกำหนดอัตราไว้ปีต่อปีขึ้นอยู่กับเรือประมงสหรัฐอเมริกาและไม่สามารถวางหน้าก่อนได้⁵

3.2.2 บทบัญญัติของเกณฑ์มาตรา XX

สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่าหากมาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกาคัดต่อบทบัญญัติของเกณฑ์ มาตรการของสหรัฐอเมริกาก็ได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX เม็กซิโกยกข้อต่อสู้ประการแรกว่าบทบัญญัติมาตรา XX เป็นข้อยกเว้นทั่วไปจากการปฏิบัติตามหลักพื้นฐานของเกณฑ์ ดังนั้นการใช้มาตรา XX จึงแตกต่างจากบทบัญญัติทั่วไปของเกณฑ์ การตีความและการบังคับใช้มาตรา XX จึงใช้อย่างจำกัดเพื่อทำให้ภาคีมั่นใจว่าจะไม่มีการใช้มาตรา XX เป็นข้อยกเว้น เพื่อหลีกเลี่ยงจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของเกณฑ์ ประการที่สองประเทศใดเป็นผู้กล่าวอ้างมาตรา XX ประเทศนั้นเมื่กระทำการพิสูจน์โดยหาเหตุผลมาสนับสนุนว่ามาตรการของตนเข้าข้อยกเว้นของบทบัญญัติทั่วไปหรือไม่⁶

นอกจากนี้เม็กซิโกยังอ้างต่อไปว่าภาคีอาจบังคับใช้มาตรการใด ๆ ที่ขัดต่อบทบัญญัติทั่วไปของเกณฑ์ได้ หากภาคีสามารถแสดงให้เห็นว่ามาตรการของตนเข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นมาตรา XX อย่างครบถ้วน ซึ่งหมายความว่าภาคีไม่สามารถอ้างว่ามาตรการของตนสอดคล้องกับพันธกรณีของเกณฑ์ และมาตรการของตนเข้าข้อยกเว้นมาตรา XX ได้พร้อมกัน เม็กซิโกจึงเรียกร้องว่าก่อนที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะวินิจฉัยว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX หรือไม่ คณะกรรมการ

⁴Ibid., para. 3.11.

⁵Ibid., para. 3.22.

⁶Ibid., para. 3.27.

วินิจฉัยข้อพิพาทควรจะพิจารณาก่อนว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาที่สอดคล้องกับบทบัญญัติทั่วไปหรือไม่ หากขัดต่อบทบัญญัติทั่วไปจึงค่อยพิจารณาตามมาตรา XX ต่อไป⁷

เม็กซิโกยังโต้แย้งต่อไปอีกว่ามาตรา XX ใช้บังคับกับมาตรการใด ๆ ที่ภาคีออกมาใช้ภายในดินแดนของตนเท่านั้น เพราะหากภาคียินยอมให้ภาคีภาคีใช้บังคับมาตรการจำกัดการค้าเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตดินแดนของภาคีนั้น (extraterritoriality) ย่อมเป็นอันตรายต่อสิทธิของภาคีภาคีอย่างอื่น⁸ ในประเด็นนี้สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่า มาตรการตาม MMPA เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการนำเข้าปลาทูน่าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นการใช้อำนาจนอกเขตอำนาจของสหรัฐอเมริกา และยิ่งอ้างอีกว่าปลาโลมาเป็นสัตว์ที่ว่ายไปมาในทะเล และว่ายเข้าไปในเขตอำนาจของรัฐต่าง ๆ โดยไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ ดังนั้นจึงเป็นทรัพยากรร่วมกัน (common resource) ไม่มีประเทศใดเป็นเจ้าของเพียงคนเดียว⁹

ก. มาตรา XX (b)

สหรัฐอเมริกายกข้อต่อสู้ว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของตนเป็นมาตรการที่จำเป็น (necessary to) เพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของปลาโลมา สหรัฐอเมริกาไม่มีมาตรการอื่นใด หรือทางเลือกอื่นที่สหรัฐอเมริกาสรรพสุจริตประสงค์เพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของปลาโลมา การใช้วนล้อมจับปลาทูน่าใน ETP ทำให้ปลาโลมาติดขึ้นมาตายเป็นจำนวนมากหากไม่มีการคุ้มครองปลาโลมาจะทำให้ปลาโลมาถูกฆ่าตายเป็นจำนวนมากจากการจับปลาทูน่า สหรัฐอเมริกาจึงได้ออกข้อกำหนดสำหรับการจับปลาทูน่าในบริเวณ ETP และการนำเข้าปลาทูน่ามายังสหรัฐอเมริกาเพื่อให้มีวิธีการจับซึ่งจะช่วยลดอัตราการตายของปลาโลมา¹⁰

เม็กซิโกต่อสู้ว่าการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกาไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX เพื่อคุ้มครองชีวิตปลาโลมา การคุ้มครองปลาโลมาควรใช้มาตรการที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของภาคี การคุ้มครองปลาโลมาของสหรัฐอเมริกาโดยห้ามใช้วนล้อมจับปลาทูน่าในบริเวณ ETP หากสหรัฐอเมริกาต้องการที่จะคุ้มครองจริง ๆ ควรจะออกข้อกำหนดมาบังคับกับทุกน่านน้ำของโลก ดังนั้น เม็กซิโกจะได้เสนอให้องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (Food and Agriculture Organisation) มีการประชุมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการประมงที่มีผลต่อการตายโดยบังเอิญของสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเล ซึ่งเม็กซิโกเห็นว่าวิธีที่ดีที่สุดในการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของปลาโลมาคือ ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดมาตรการใด ๆ ตามอำเภอใจ เลือกปฏิบัติ หรือมาตรการการค้าโดยฝ่ายเดียว เม็กซิโกยังคงกล่าวย้ำ

⁷Ibid., para. 3.29.

⁸Ibid., para. 3.31.

⁹Ibid., para. 3.32.

¹⁰Ibid., para. 3.33.

อีกว่าการตีความมาตรา XX (b) เพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์นั้นควรมุ่งหมายถึงการคุ้มครองชีวิต และสุขภาพของสัตว์ภายในเขตอำนาจของภาคีเท่านั้น¹¹

ข. มาตรา XX (g)

สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของตนเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา XX (g) เพราะเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้โดยการจำกัดหรือห้ามนำเข้า ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่าการจำกัดหรือห้ามนำเข้านั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การจำกัดการผลิตและการบริโภคในประเทศสามารถดำเนินการสู่สว่างได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยสหรัฐต่อสู้ว่าปลาโลมาเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ ดังจะเห็นได้ว่ามีความพยายามระหว่างประเทศที่จะอนุรักษ์ปลาโลมา เช่น Inter-American Tropical Tuna Commission และอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ซึ่งรัฐบาลเม็กซิโกก็เห็นด้วยกับการอนุรักษ์ปลาโลมา สหรัฐอเมริกากล่าวว่ามาตรการของตนเป็นการจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศ โดยสหรัฐอเมริกาได้มีการจำกัดการดำเนินการผลิตภายในประเทศที่เข้มงวดกว่าเรือประมงต่างชาติเพื่ออนุรักษ์ปลาโลมา เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับอุตสาหกรรมปลาทูน่าและวิธีการทำประมง หากมีการละเมิดข้อกำหนดเรือประมงและคลังสินค้าจะถูกยึด มาตรการของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นวัตถุประสงค์หลัก (primarily aimed at) เพื่อที่จะให้การจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศมีประสิทธิภาพ¹²

เม็กซิโกต่อสู้ว่าทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ (exhaustible natural resources) ในมาตรา XX (g) ไม่รวมถึงปลา สินค้าประมง และทรัพยากรที่มีชีวิต โดยได้ให้คำจำกัดความของทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไม่ได้ว่าเป็นทรัพยากรที่ใช้แล้วไม่สามารถเสริมสร้างใหม่ได้ เช่น ปิโตรเลียม ยูเรเนียม หรือน้ำมันเชื้อเพลิงอื่น ๆ สิ่งมีชีวิตที่สามารถขยายพันธุ์ได้ไม่อยู่ภายใต้คำจำกัดความที่ว่า "อาจสูญสิ้นได้" แต่หากเข้าใจว่าทรัพยากรที่อาจสูญสิ้นได้รวมถึงสิ่งมีชีวิต (living being) เป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในขอบเขตของมาตรา XX (g) ด้วย ควรให้ภาคีที่ยกมาตรา XX (g) ขึ้นมาอ้างพิสูจน์โดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และข้อมูลที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศว่าทรัพยากรนั้นอยู่ในภาวะอันตรายที่อาจจะสูญพันธุ์ได้ อย่างเช่น กรณีอนุสัญญาไซเตสกำหนดพันธุ์สัตว์ที่อยู่ในภาวะอันตรายไว้ในภาคผนวกแต่ปลาโลมาสายพันธุ์ที่สหรัฐอเมริกาต้องการคุ้มครองไม่อยู่ในภาคผนวกของอนุสัญญาไซเตส¹³

เม็กซิโกอ้างอีกว่าข้อกำหนดตาม MMPA ที่ห้ามนำเข้าปลาทูน่าไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขของมาตรา XX (g) กำหนดว่ามาตรการที่จะเข้ามาตรา XX (g) จะต้อง มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากร

¹¹Ibid., para. 3.34.

¹²Ibid., para. 3.40-3.41.

¹³Ibid., para. 3.43-3.44.

ธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้โดยการจำกัดหรือการห้ามนำเข้า และมีเงื่อนไขว่าการจำกัดหรือการห้ามนำเข้าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การจำกัดการผลิตและการบริโภคในประเทศสามารถดำเนินการลู่วงได้อย่างมีประสิทธิภาพ (in conjunction with restriction on domestic production or consumption) โดยให้เหตุผลประการแรกว่ามาตรา XX (g) ไม่ได้รับรองสิทธิภาคีให้ใช้อำนาจเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่นอกอาณาเขตของรัฐได้ ประการที่สองสินค้าที่ถูกห้ามนำเข้าไม่ได้ผลิตมาจากทรัพยากรธรรมชาติชนิดเดียวกับที่สหรัฐอเมริกาต้องการอนุรักษ์ กล่าวคือ สหรัฐอเมริกามีมาตรการอนุรักษ์ปลาโลมาแต่กลับมีมาตรการห้ามนำเข้ากับสินค้าปลาหูฉลาม ประการสุดท้ายมาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการจำกัดหรือการห้ามนำเข้าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การจำกัดการผลิตและการบริโภคในประเทศสามารถดำเนินการลู่วงได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁴

นอกจากนี้เม็กซิโกยังโต้แย้งอีกว่าสหรัฐอเมริกามักบังคับใช้มาตรการตาม MMPA เฉพาะการจับปลาหูฉลามในบริเวณ ETP โดยฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นการจำกัดการประมงของภาคีอื่นนอกเขตอำนาจของสหรัฐอเมริกา และมาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา XX (g) เพราะ (g) ใช้บังคับกับทรัพยากรธรรมชาติที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐตน สหรัฐอเมริกาต่อสู้ประเด็นนี้ว่าข้อกำหนดของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ใช้นอกอาณาเขตของรัฐ แต่เป็นมาตรการที่ใช้เฉพาะกับผลิตภัณฑ์ที่เข้ามาขายภายในตลาดของสหรัฐอเมริกา ซึ่งตามลักษณะของมาตรการทางการค้ามักจะมีผลกระทบไปยังเขตอำนาจของภาคีอื่นได้¹⁵

ท้ายสุดเม็กซิโกยังอ้างอีกว่ามาตรการห้ามจับปลาหูฉลามที่ทำให้ติดปลาโลมาของสหรัฐอเมริกาเป็นการใช้มาตรการดังกล่าวเฉพาะกับเรือประมงสหรัฐอเมริกาก็อยู่ใน ETP โดยไม่ได้บังคับกับเรือประมงหูฉลามทั้งหมดของสหรัฐอเมริกา ซึ่งจริง ๆ แล้วเรือประมงหูฉลามส่วนใหญ่ประมงหูฉลามอยู่นอกน่านน้ำ ETP ซึ่งหมายความว่า ผลิตภัณฑ์หูฉลามส่วนใหญ่ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ถูกจำกัดภายใต้กฎหมาย MMPA ซึ่งการจำกัดผลิตภัณฑ์ภายในประเทศควรใช้กับทุกน่านน้ำของโลกไม่ใช่เฉพาะบริเวณ ETP สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาที่จำกัดเฉพาะในบริเวณ ETP ก็เพราะบริเวณดังกล่าวมีความสัมพันธ์ลักษณะพิเศษระหว่างปลาหูฉลามครีบเหลืองกับปลาโลมา¹⁶

¹⁴Ibid., para. 3.47.

¹⁵Ibid., para. 3.49.

¹⁶Ibid., para. 3.51-3.52.

ค. บทนำ (Preamble)

1. การเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ในประเด็นนี้สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาได้เป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรระหว่างประเทศที่มีสภาพเดียวกัน เพราะว่ามาตรการ MMPA ใช้กับเรือทุกประเทศที่ใช้อวนล้อมจับที่ทำการประมงในบริเวณ ETP และใช้มาตรการดังกล่าวกับประเทศเม็กซิโก เวเนซุเอล่า วานูวาตู และประเทศอื่น ๆ ที่มีการทำประมงในลักษณะดังกล่าว ส่วนเอกวาดอร์และปานามาได้รับการยกเว้นเพราะว่าทั้งสองประเทศได้เปลี่ยนวิธีการทำประมงของตน นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังอ้างว่าต้องใช้มาตรการตาม MMPA ในบริเวณ ETP เพราะว่าในบริเวณอื่นไม่ปรากฏหลักฐานว่าการประมงหวน่าเป็นอันตรายต่อปลาโลมาดังเช่นบริเวณ ETP¹⁷

เม็กซิโกต่อสู้ว่าสหรัฐอเมริกาใช้มาตรการของตนเฉพาะบริเวณ ETP โดยเลือกปฏิบัติเพราะความสัมพันธ์ระหว่างปลาโลมาและปลาทูน่านั้นมีอยู่ในทุก ๆ น่านน้ำของโลกไม่ใช่บริเวณ ETP เท่านั้น ประกอบกับการใช้วิธีประมงโดยอวนล้อมจับนั้นมีการใช้ในทุก ๆ ส่วนของโลกอีกทั้งปลาโลมาที่สหรัฐอเมริกาต้องการอนุรักษ์ไม่ได้อยู่ในข่ายของสัตว์ที่อยู่ในภาวะที่ใกล้สูญพันธุ์ตามภาคผนวกของอนุสัญญาไซเตส¹⁸

2. มาตรการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

สหรัฐอเมริกากล่าวว่ามาตรการของตนไม่ใช่การจำกัดการค้าโดยแอบแฝง เพราะมาตรการของตนมีวัตถุประสงค์เพื่ออนุรักษ์และคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของปลาโลมา มาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ใช้เฉพาะกับเรือประมงหวน่าของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น นอกจากนี้เรือประมงสหรัฐอเมริกายังอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่เข้มงวดกว่าเรือประมงต่างชาติ

เม็กซิโกโต้แย้งว่า ข้อกำหนด MMPA ที่ใช้เฉพาะบริเวณ ETP ใช้บังคับหลังจากที่เรือประมงสหรัฐอเมริกาย้ายไปประมงบริเวณน่านน้ำอื่นแล้ว และการเปรียบเทียบระหว่างเรือประมงสหรัฐอเมริกา กับเรือประมงต่างชาติตาม MMPA เป็นการคุ้มครองเรือประมงสหรัฐอเมริกามีใช้การคุ้มครองปลาโลมาตามที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้าง อีกทั้งการทำนำเข้าปลาทูน่าเป็นการจำกัดประเทศอื่นที่ทำการประมง

¹⁷Ibid., para. 3.53-3.54.

¹⁸Ibid., para. 3.55.

ในบริเวณ ETP มิให้ส่งสินค้าปลาทูน่าเข้าตลาดสหรัฐอเมริกาได้ส่งผลให้เรือประมงของสหรัฐอเมริกาได้รับการคุ้มครองจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกา¹⁹

3.3 คำตัดสิน

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทชี้ว่า ประเด็นความขัดแย้งของคดีเกิดขึ้นจากข้อกำหนดตาม 'รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเล' ที่กำหนดว่าเรือประมงของสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอื่นที่ทำการประมงในบริเวณ ETP เรือประมงดังกล่าวต้องใช้วิธีประมงที่ลดอัตราการตายของปลาโลมา สหรัฐอเมริกามีอำนาจออกใบอนุญาตในการจับปลาทูน่าครีบทะเลในบริเวณ ETP ให้กับเรือประมงที่ทำการประมง โดยกำหนดอัตราการตายของปลาโลมาโดยบังเอิญไม่เกิน 20,500 ตัวต่อปี²⁰

มาตรการตาม MMPA ที่กำหนดห้ามนำเข้าปลาหรือผลิตภัณฑ์จากปลาที่จับโดยเรือประมงที่ใช้วิธีประมงที่มีผลต่อการทำลายสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลเกินกว่ามาตรฐานที่สหรัฐอเมริกาคำหนดภายใต้กฎหมายศุลกากรของสหรัฐอเมริกา ปลาที่ถูกจับโดยเรือประมงที่จดทะเบียนภายในประเทศใดให้ถือว่าสินค้านั้นมีต้นกำเนิดจากประเทศนั้น ในการนำสินค้าปลาทูน่าเข้าตลาดสหรัฐอเมริกาจะต้องมีเงื่อนไขว่าเรือประมงปลาทูน่าบริเวณ ETP จดทะเบียนประเทศใดประเทศนั้นจะต้องพิสูจน์ให้สหรัฐอเมริกาพอใจว่า เรือประมงของประเทศตนได้ปฏิบัติตามมาตรการของ MMPA โดยเปรียบเทียบกับอัตราการตายของปลาโลมากับเรือประมงสหรัฐอเมริกา โดยมีเงื่อนไขว่าประเทศต่าง ๆ ต้องพิสูจน์ว่าอัตราการตายของสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลที่ทำการประมงในบริเวณ ETP ไม่เกิน 1.25 ครั้งเปรียบเทียบกับอัตราการตายโดยเฉลี่ยของสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทางทะเลของเรือประมงสหรัฐอเมริกาที่ทำการจับในบริเวณ ETP ภายในช่วงระยะเวลาเดียวกัน²¹

มาตรการตาม MMPA กำหนดให้ห้ามนำเข้าปลาทูน่าครีบทะเลและผลิตภัณฑ์จากปลาทูน่าครีบทะเลจากประเทศที่ถูกห้ามนำเข้าโดยตรง (primary embargo) รวมทั้งการนำเข้าผลิตภัณฑ์ทูน่าจากประเทศที่สาม (intermediary nation) ก็ถูกห้ามนำเข้าเช่นกัน เว้นแต่ประเทศที่สามจะพิสูจน์ได้ว่าประเทศตนได้ห้ามนำเข้าปลาทูน่าและผลิตภัณฑ์ทูน่าจากประเทศที่ถูกสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้า หลังจากการห้ามนำเข้าโดยตรงหรือห้ามนำเข้าจากประเทศที่สามมีผลบังคับ ภายในหกเดือนสหรัฐอเมริกามีอำนาจตามมาตรา 8 ของ The Fishermen's Protective Act (the Pelly Amendment) ที่ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการใช้ดุลพินิจที่จะห้ามนำเข้าปลาทุกชนิดหรือผลิตภัณฑ์จากสัตว์ป่าจากประเทศที่ไม่ดำเนินการตาม MMPA²²

¹⁹Ibid., para. 3.58.

²⁰Ibid., para. 5.1.

²¹Ibid., para. 5.2.

²²Ibid., para. 5.3-5.5.

ตามรัฐบัญญัติการให้ข่าวสารผู้บริโภคเกี่ยวกับการคุ้มครองปลาโลมาของสหรัฐอเมริกา (The Dolphin Protection Consumer Information Act : DPCLA) กำหนดว่าการส่งปลาหูฉลามหรือนำเข้ามาขายในสหรัฐอเมริกาจะต้องติดฉลาก "ปลาโลมาปลอดภัย" หรือฉลากใด ๆ ที่แสดงว่าทำการประมงโดยไม่ทำลายปลาโลมาหรือผลิตภัณฑ์หูฉลามไม่ได้บรรจุปลาหูฉลามที่จับโดยอวนลาก (driftnet) ในบริเวณทะเลหลวงหรือจับโดยอวนล้อมจับในบริเวณ ETP เว้นแต่จะมีพยานเอกสารมาแสดงว่าอวนของตนไม่ทำให้ปลาโลมาตายโดยบังเอิญ การใช้ฉลาก "ปลาโลมาปลอดภัย" ไม่ได้เป็นมาตรการบังคับแต่เป็นมาตรการสมัครใจ²³

3.3.1 การห้ามนำเข้าปลาหูฉลามและผลิตภัณฑ์หูฉลามจากประเทศเม็กซิโก

ก. มาตรา III หรือมาตรา XI

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาตามข้ออ้างของเม็กซิโกที่ได้แย้งว่า มาตรการห้ามนำเข้าปลาหูฉลามครีบเหลืองและผลิตภัณฑ์หูฉลามจากเม็กซิโกของสหรัฐอเมริกาเป็นการจำกัดจำนวนในการนำเข้าตามมาตรา XI ส่วนสหรัฐอเมริกาได้แย้งว่ามาตรการของตนเป็นข้อกำหนดภายในประเทศที่บังคับ ณ จุดเขตแดนของการนำเข้าตามมาตรา III : 4 และ Note Ad มาตรา III โดยถาวรห้ามนำเข้าปลาหูฉลามและผลิตภัณฑ์หูฉลามจากเม็กซิโกเป็นการดำเนินการตามข้อกำหนดของ MMPA ที่เกี่ยวกับการประมงหูฉลามของประเทศตน²⁴

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างการจำกัดจำนวนการนำเข้า (มาตรา XI) กับมาตรการภายในประเทศที่ใช้ ณ จุดเขตแดนของการนำเข้า (มาตรา III) ว่าในขณะที่มาตรา XI : 1 กำหนดห้ามจำกัดจำนวนการนำเข้า แต่มาตรา III : 4 และ Note Ad มาตรา III กำหนดว่าภาคีสามารถบังคับใช้ข้อกำหนดภายในประเทศตนกับผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าประเทศภาคีอื่นได้แต่ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผลิตภัณฑ์ของภาคีอื่น มิฉะนั้นจะเป็นการขัดต่อหลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation : MFN) ตามมาตรา I และจะต้องไม่เป็นการคุ้มครองผลิตภัณฑ์ภายในประเทศ เพราะจะขัดต่อมาตรา III : 1 ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) อีกทั้งข้อกำหนดภายในประเทศนั้นต้องปฏิบัติต่อสินค้าที่นำเข้าชนิดเดียวกัน (like product) กับสินค้าภายในประเทศอย่างเท่าเทียมกันตามมาตรา III : 4²⁵

²³Ibid., para. 5.6.

²⁴Ibid., para. 5.8.

²⁵Article III : 4 "The Product of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่าตามที่สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าหรือผลิตภัณฑ์ทูน่าจากเม็กซิโกเป็นการบังคับตามข้อกำหนดภายในประเทศที่ต้องการลดจำนวนการตายของปลาโลมา คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่ามาตรการตาม MMPA ไม่ใช่ข้อกำหนดภายในประเทศที่บังคับกับผลิตภัณฑ์ทูน่าและการขายผลิตภัณฑ์ทูน่า แต่เป็นข้อกำหนดที่กำหนดถึงเทคนิคการจับปลาซึ่งมีผลต่อปลาทูน่าในฐานะผลิตภัณฑ์ ซึ่งเกิดปัญหาตามมาว่าข้อกำหนดวิธีการจับที่บังคับใช้ ณ จุดเขตแดนนำเข้ากับผลิตภัณฑ์ทูน่าภายในประเทศนั้นจะสามารถนำ Note Ad มาตรา III มาปรับใช้ได้หรือไม่

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวว่า มาตรา III : 1 ได้ระบุห้ามภาคีใช้มาตรการทางภาษี อากร และหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ต่อสินค้าใด ๆ ในลักษณะที่จะเป็นการคุ้มครองต่อการผลิตภายในประเทศ และมาตรา III : 4 เป็นเรื่องของมาตรการหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของประเทศภาคีโดยตรง และผูกพันว่าประเทศภาคีจะต้องปฏิบัติต่อสินค้าที่ส่งเข้ามาขายในประเทศไม่ด้อยไปกว่าสินค้าที่คล้ายคลึงกันซึ่งผลิตในประเทศ กล่าวโดยสรุปแล้วมาตรา III ครอบคลุมเฉพาะมาตรการที่เกี่ยวกับตัวสินค้านำเข้าเท่านั้น²⁶ นอกจากนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังได้นำผลของคำตัดสินในคดีก่อนหน้าทั้งสองคดีมาประกอบในการพิจารณาด้วย²⁷

requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use"

Note Ad Article III " Any internal tax or other internal charge, or any law, regulation or requirement of the kind referred to in (Article III : 1) which applies to an imported product and the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax or other internal charge, or a law, regulation or requirement of the kind referred to in (Article III : 1) and is accordingly subject to the provisions of Article III

²⁶Tuna-Dolphin I, para. 5.9-5.13.

²⁷ คำตัดสินคดีแรกเป็นคดีเกี่ยวกับภาษีภายในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีอัตราแตกต่างกันในการตีความเกณฑ์มาตรา III : 2 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตัดสินว่าการจัดเก็บภาษีภายในหลายอัตราสำหรับสินค้าที่คล้ายกันนั้นก็เพื่อให้สินค้าภายในประเทศมีเงื่อนไขทางการแข่งขันสูงกว่าสินค้านำเข้า (United States-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substance, 31 GATT BISD supp.136, 158, 1987) สำหรับคำตัดสินคดีที่สองเป็นคดีเกี่ยวกับกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาซึ่งจัดตั้งกระบวนการบริหารเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับสินค้านำเข้าจากต่างประเทศ ซึ่งถูกกล่าวหาว่าละเมิดกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา III : 4 ตัดสินว่า "การปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ไม่น้อยกว่า" (treatment no less favourable) ในมาตรา III : 4 ดังกล่าว

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงสรุปว่า ตาม Note Ad มาตรา III นั้น ครอบคลุมเฉพาะมาตรการที่บังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ใด ๆ ข้อกำหนดตาม MMPA ที่บังคับใช้ถึงวิธีการจับปลาหน้า crib เหลืองเพื่อลดอัตราการตายปลาโลมา มิใช่มาตรการภายในที่ใช้กับผลิตภัณฑ์ทูน่าใด ๆ เพราะไม่ได้มีผลบังคับโดยตรงกับการขายปลาทูน่าและไม่มีผลต่อปลาทูน่าในฐานะเป็นผลิตภัณฑ์ ดังนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงวินิจฉัยว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่า crib เหลืองของสหรัฐอเมริกาไม่ใช่ข้อกำหนดภายใน (internal regulation) ตามความหมายของ Note Ad มาตรา III²⁸

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่าการห้ามนำเข้าปลาทูน่าจากเม็กซิโก และข้อกำหนดตาม MMPA เป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติมาตรา XI : 1 และวินิจฉัยต่อไปว่ากรณีนี้เม็กซิโกโต้แย้งว่าการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกาขัดต่อมาตรา XIII หรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าเมื่อมาตรการดังกล่าวขัดต่อมาตรา XI : 1 แล้วจึงไม่จำเป็นที่คณะกรรมการวินิจฉัยจะต้องพิจารณาในประเด็นว่ามาตรการตาม MMPA ขัดต่อมาตรา XIII หรือไม่

The Fishermen's Protective Act (Pelly Amendment) ตามที่เม็กซิโกโต้แย้งว่ามาตรการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าจากเม็กซิโก ตามมาตรา 101(a)(2)(d) ของ MMPA และมาตรา 8 ของ Pelly Amendment ขัดต่อมาตรา XI คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่า Pelly Amendment ให้อำนาจในการดำเนินการห้ามนำเข้าแก่เจ้าหน้าที่ ตามดุลพินิจของประธานาธิบดีว่าจะสั่งห้ามนำเข้าหรือไม่ เจ้าหน้าที่ย่อมสามารถหลีกเลี่ยงจากการใช้มาตรการทางการค้าทั้งหลายได้ หากการห้ามนำเข้าไม่มีผลบังคับใช้ เจ้าหน้าที่ก็ไม่สามารถดำเนินการห้ามนำเข้าได้ ดังนั้นในมุมมองของแอกตต์เห็นว่า บทบัญญัติของ Pelly Amendment ไม่ขัดต่อข้อตกลงแอกตต์ เนื่องจากบทบัญญัติของ Pelly Amendment ไม่อาจก่อให้เกิดมาตรการที่ขัดต่อแอกตต์ได้ในตัวเอง²⁹

ข. มาตรา XX

ตามที่สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่าการห้ามนำเข้าตาม MMPA จากเม็กซิโกได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX (b) หรือมาตรา XX (g) เม็กซิโกโต้แย้งว่าสหรัฐอเมริกาไม่สามารถอ้างว่ามาตรการของตนสอดคล้องกับหลักพื้นฐานของแอกตต์และได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX ในเวลาเดียวกันได้ ในกรณีนี้

หมายความว่ารัฐสมาชิกจะต้องให้โอกาสที่เท่าเทียมกันแก่สินค้านำเข้าจากต่างประเทศ (United States-Section 337 of The Tariff Act of 1930, 36 GATT BISD supp. 345, 1990).

²⁸Tuna-Dolphin I, para. 5.14.

²⁹Ibid., para. 5.20-5.21.

คณะกรรมการวินิจฉัยได้หยิบยกการพิจารณาคดีก่อน ๆ³⁰ มาประกอบการพิจารณาว่ามาตรา XX เป็น ข้อยกเว้นของบทบัญญัติทั่วไปของเกตต์และมีใบบทบัญญัติที่สร้างพันธกรณีได้ในตัวมันเอง ดังนั้นในทาง ปฏิบัติคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทควรตีความมาตรา XX อย่างแคบ (narrowly) โดยภาระการพิสูจน์ จะตกอยู่แก่ภาคีฝ่ายที่ยกข้ออ้างและจะมีการหยิบยกมาตรา XX มาพิจารณาก็ต่อเมื่อมีการกล่าวอ้างมาตรา ดังกล่าวขึ้นมาเท่านั้น³¹

ตามที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาหูจากเม็กซิโกอยู่ ภายใต้ออกเว้นมาตรา XX (b) เพื่อต้องการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพปลาโลมา และ เป็นมาตรการที่จำเป็น (necessary) ในความหมายของมาตรา XX (b) สหรัฐอเมริกาต้องการคุ้มครอง ปลาโลมานอกเขตอำนาจของรัฐก็เพราะว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่เหมาะสมที่จะทำให้สหรัฐอเมริกาบรรลุ วัตถุประสงค์ของ MMPA ได้ โดยเม็กซิโกโต้แย้งว่ามาตรการตาม MMPA ของสหรัฐอเมริกาเป็นการ คุ้มครองปลาโลมานอกเขตอำนาจของรัฐตน และไม่ใช่วิธีการที่จำเป็นเพราะสหรัฐอเมริกายังมีทางเลือกอื่น อีกที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของเกตต์ในการที่จะคุ้มครองชีวิตปลาโลมา เช่น การร่วมมือระหว่างประเทศที่ เกี่ยวข้อง³²

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาประเด็นโต้แย้งดังกล่าวว่า มาตรา XX (b) นั้นครอบคลุมถึงมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ สัตว์หรือพืชนอกเขตอำนาจรัฐภาคีได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา XX (b) กล่าวถึงการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของสัตว์หรือพืชเป็นการ ทั่วไป ไม่มีถ้อยคำใดที่จำกัดขอบเขตการใช้มาตรา XX ภายในเขตอำนาจรัฐภาคีเท่านั้น คณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทจึงตัดสินประเด็นดังกล่าวโดยวิเคราะห์จากประวัติการร่างมาตรา XX และจุดมุ่งหมายของบทบัญญัติ มาตรา XX³³

ตามร่างกฎบัตรก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization : ITO) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าผู้ร่างมาตรา XX (b) มุ่งที่จะใช้มาตรการ สุขอนามัยเพื่อป้องกันชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์หรือพืชภายในเขตอำนาจของรัฐของประเทศผู้นำเข้า สินค้า ยิ่งไปกว่านั้นมาตรา XX (b) ยังอนุญาตให้แต่ละประเทศภาคีกำหนดมาตรฐานสุขอนามัยได้โดยมี เงื่อนไขว่ามาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น (necessary) และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ

³⁰Panel Report on United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930, BISD 345,385, 1990

³¹Tuna-Dolphin I, para. 5.22.

³²Ibid., para. 5.24.

³³Ibid., para. 5.25.

หรือไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือเป็นการจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ฉะนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงตัดสินว่ามาตรการตามมาตรา XX (b) กล่าวถึงการคุ้มครอง สุขภาพ มนุษย์และพืชภายในเขตอำนาจของรัฐเท่านั้น³⁴

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่าหากแกตต์ตีความมาตรา XX (b) โดยถือว่า มาตรการตาม MMPA ของสหรัฐอเมริกาได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX (b) ก็เท่ากับว่าประเทศภาคีต่าง ๆ สามารถกำหนดมาตรการภายในประเทศฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของสัตว์ มนุษย์หรือพืช ฉะนั้นภาคีอื่นซึ่งมีนโยบายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแตกต่างออกไปก็ย่อมเป็นอันตรายต่อสิทธิของภาคีนั้นภายใต้กรอบของแกตต์ เพราะการค้าระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นได้เฉพาะระหว่างประเทศที่มีข้อกำหนดหรือนโยบายทางสิ่งแวดล้อมเช่นเดียวกัน ระบบการค้าพหุภาคีก็ย่อมไร้ความหมาย³⁵

ถึงแม้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะตีความมาตรา XX (b) โดยยินยอมให้สหรัฐอเมริกาใช้มาตรการห้ามนำเข้าปลาหูฉลามตาม MMPA เพื่อคุ้มครองปลาโลมานอกเขตอำนาจรัฐได้ มาตรการของสหรัฐอเมริกาก็ยังไม่เข้าเงื่อนไขเป็นมาตรการที่จำเป็นอันหลีกเลี่ยงมิได้ (necessary) เนื่องจากว่าสหรัฐอเมริกายังมีทางเลือกหรือมาตรการอื่นใดที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแกตต์หรือขัดต่อบทบัญญัติแกตต์น้อยกว่าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองปลาโลมา อย่างเช่นการจัดการเจรจาหรือความร่วมมือระหว่างประเทศเพราะปลาโลมาเป็นสัตว์ที่ว่ายไปมาในน่านน้ำหลายประเทศและบริเวณทะเลหลวง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเห็นว่ามาตรการตาม MMPA มิใช่มาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (b)³⁶

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยในประเด็นมาตรา XX (g) ต่อไปตามข้อกล่าวอ้างว่ามาตรการตาม MMPA ของสหรัฐอเมริกาได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX (g) เพราะเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินการจำกัดการบริโภคและการผลิตภายในประเทศให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งเม็กซิโกได้โต้แย้งว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX (g) เนื่องจากมาตรา XX ไม่ใช่บังคับกับมาตรการใด ๆ นอกเขตอำนาจของรัฐ (extrajurisdictionally) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่ามาตรการ MMPA ที่กำหนดเพดานจำนวนปลาโลมาที่ถูกฆ่าตายโดยบังเอิญเป็นส่วนหนึ่งกับเพดานที่กำหนดไว้สำหรับผู้ผลิตภายในประเทศ เพดานสำหรับผู้ผลิตต่างประเทศนั้นจะกำหนดขึ้นหลังจากที่ได้กำหนดเพดานสำหรับผู้ผลิตภายในประเทศ หากผู้ผลิตภายในประเทศที่สามฆ่าปลาโลมาเกินเพดานซึ่งกำหนดไว้เป็นมาตรฐานในการส่งออกผลิตภัณฑ์ของตนเข้ามายังสหรัฐอเมริกา ฤดูกาลของสหรัฐอเมริกาก็จะไม่ให้นำเข้า ดังนั้นการจำกัดการนำเข้าปลาหูฉลามกลับเหลือจากประเทศอื่นบนเงื่อนไขที่ผู้ผลิตและรัฐบาลของประเทศนั้น

³⁴Ibid., para. 5.26.

³⁵Ibid., para. 5.27.

³⁶Ibid., para. 5.28

ไม่อาจทราบล่วงหน้าได้ว่าตนสามารถทำลายชีวิตปลาโลมาโดยบังเอิญได้เท่าใดในการออกทะเลเพื่อจับปลาทูน่าแต่ละครั้ง และในยอดรวมของผลผลิตปลาทูน่าในแต่ละปีในช่วงเวลาเดียวกันกับผู้ผลิตในสหรัฐอเมริกา นั้น มาตรการเช่นนี้ไม่อาจพิจารณาได้ว่ามีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการอนุรักษ์ปลาโลมาซึ่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่า เป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจหมดสิ้นได้ นอกจากนี้การกระทำของสหรัฐอเมริกายังเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจและไม่มีเหตุผลอันสมควร ดังนั้นมาตรการ MMPA ของสหรัฐอเมริกาจึงละเมิดพันธกรณีภายใต้ ข้อตกลงที่ห้ามการล่าสัตว์ป่าคุ้มครอง (g) ได้³⁷

3.3.2 การห้ามนำเข้าปลาทูน่าคิริบะหรือผลิตภัณฑ์ทูน่าจากประเทศที่สาม³⁸

ก. มาตรา III และมาตรา XI

ตามที่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) และเนเธอร์แลนด์ได้แย้งว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าจากประเทศอื่นทั้งทางตรง (primary embargo) และจากประเทศที่สาม (intermediary nation) ไม่ใช่มาตรการภายในประเทศที่ใช้บังคับ ณ จุดเขตแดนการนำเข้าที่จะต้องมีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้าที่นำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศตามบทขยายความ Note ad มาตรา III มาตรการของสหรัฐเป็นการจำกัดจำนวนการนำเข้าไม่อยู่ภายใต้มาตรา XI : 1

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่าตาม Note Ad มาตรา III อนุญาตให้ภาคบังคับใช้มาตรการกฎหมายภายใน ณ จุดเขตแดนของการนำเข้าโดยปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างสินค้าที่นำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศได้แต่มาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกากำหนดถึงวิธีการจับปลาทูน่าของประเทศผู้ส่งออก มาตรการของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นกฎหมายบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ทูน่าภายในประเทศกับผลิตภัณฑ์ทูน่าที่นำเข้าโดยดูที่วิธีการจับปลาทูน่ามิใช่ตัวสินค้า กฎหมาย MMPA จึงไม่ใช่มาตรการภายในตามความหมาย Note Ad มาตรา III แต่เป็นการห้ามนำเข้าหรือจำกัดจำนวนตามความหมาย มาตรา XI³⁹

³⁷Ibid., para. 5.32-5.34.

³⁸GATT Panel Report on US Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin II). *International Legal Material*. 33,4 (1994) : 842-903.

³⁹Ibid., para. 5.9-5.10.

ข. มาตรา XX (g)

ตามข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกาที่ว่า การทำนำเข้าผลิตภัณฑ์จากประเทศที่สาม หากขัดต่อมาตรา III หรือมาตรา XI มาตรการของตนก็ได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX (g) เพราะเป็น มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ปลาโลมาซึ่งเป็นทรัพยากรที่สามารถสูญสิ้นได้ และตามมาตรา XX (g) ก็ ไม่มีถ้อยคำใดที่กำหนดว่าใช้เฉพาะกับทรัพยากรที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐ นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังอ้างอีกว่า มาตรการของตนเกี่ยวข้องกับมาตรการจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศตนด้วย ประการสุดท้าย มาตรการของตนเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในบทนำมาตรา XX โดย EEC และเนเธอร์แลนด์โต้แย้งว่า มาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินั้นต้องบังคับใช้ภายในเขตอำนาจของรัฐตน และมาตรการของสหรัฐอเมริกา ไม่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ และไม่เกี่ยวข้องกับมาตรการจำกัดการผลิต และการบริโภคภายในประเทศ⁴⁰

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตั้งข้อสังเกตในการวิเคราะห์มาตรา XX (g) ไว้ สามประการ

1. มาตรการที่จะเข้าข้อยกเว้นมาตรา XX (g) จะต้องเป็นนโยบาย (policy) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้
2. มาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ทั้งนี้เมื่อเงื่อนไขว่าการจำกัดหรือการห้ามนำเข้านั้นเป็นมาตรการเพื่อให้การจำกัด การผลิตและการบริโภคในประเทศสามารถดำเนินการสู่ลุล่วงได้อย่างมีประสิทธิภาพ
3. มาตรการนั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขทั่วไปตามบทนำ (preamble) ของมาตรา XX ที่กำหนดว่า มาตรการนั้นต้องไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุอันสมควรระหว่างประเทศที่มี สภาพเหมือนกันและไม่เป็นการจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง⁴¹

1) การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้

ตามที่ EEC และเนเธอร์แลนด์โต้แย้งว่า มาตรการเพื่อคุ้มครองทรัพยากร ธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ตามมาตรา XX (g) ต้องเป็นมาตรการที่บังคับใช้ภายในเขตอำนาจของรัฐ แต่สหรัฐ อเมริกาไม่เห็นด้วยเพราะไม่มีถ้อยคำใดในมาตรา XX ที่ห้ามใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาตินอก เขตอำนาจรัฐ

⁴⁰Ibid., para. 5.11.

⁴¹Ibid., para. 5.12.

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตั้งข้อสังเกตประการแรกว่าถ้อยคำตาม มาตรา XX (g) ไม่ได้แสดงถึงการจำกัดที่ตั้งของทรัพยากรธรรมชาติที่ต้องการจะอนุรักษ์ ประการที่สอง มาตรการที่มีการปฏิบัติไม่เหมือนกันระหว่างผลิตภัณฑ์ที่มีต้นกำเนิดต่างกันไม่ว่าภายใต้ชื่อยกเว้นเฉพาะอื่น ๆ ของมาตรา XX หรือมาตรการอื่น ๆ ตามบทบัญญัติของเกดต์มักจะเป็นกรณีที่ภาคีมีมาตรการหรือกระทำ การใด ๆ นอกเขตอำนาจของภาคี อย่างเช่น มาตรา XX (e) ที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์จากแรงงานนักโทษ ฉะนั้น ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเกดต์ห้ามใช้มาตรการที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ นอกเขตอำนาจของ รัฐบาลที่บังคับใช้มาตรการนั้น ประการต่อมาภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศรัฐเจ้าของสัญชาติย่อมมี อำนาจเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่มีสัญชาติของรัฐนั้นได้ ไม่ว่าบุคคลหรือทรัพย์สินจะอยู่นอกอาณาเขตของรัฐ ก็ตาม รัฐจึงสามารถออกกฎหมายมาบังคับใช้กับเรือประมงและบุคคลบนเรือประมงที่มีสัญชาติตน ไม่ว่าบุคคล สัตว์ และทรัพยากรธรรมชาติจะอยู่นอกอาณาเขตของรัฐตนก็ตาม อีกทั้งรัฐอาจออกกฎหมายมาบังคับใช้กับ ชาวประมงสัญชาติตนได้โดยเฉพาะ ไม่ว่าทรัพยากรธรรมชาติจะอยู่ในทะเลหลวงก็ตาม⁴²

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาตามข้อต่อสู้ของสหรัฐอเมริกา ที่ว่า การตีความบริบทมาตรา XX (b)(g) ควรนำกฎเกณฑ์ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญาามาปรับใช้ สหรัฐอเมริกาอ้างว่าตามหลักทั่วไปในการตีความควรตีความตามธรรมดาแห่งความ หมายของถ้อยคำของมาตรา XX (b)(g) ซึ่งไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดขอบเขตของที่ตั้งทรัพยากรธรรมชาติ สหรัฐอเมริกาอ้างอีกว่า ให้นำมาตรา 31(3)(b) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ที่กำหนดว่าทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น ภายหลัง (subsequent practice) ของภาคีมาใช้ในการตีความมาตรา XX โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่าทางปฏิบัติ ที่เกิดขึ้นภายหลังของภาคี คือ สนธิสัญญาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ที่ได้เจรจาหลังจากเกิดเกดต์ ซึ่งมี ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองพืช สัตว์นอกอาณาเขตของรัฐ เช่น พิธีสารมอนทรีออล อนุสัญญาไซเตส สหรัฐอเมริกาเห็นว่า ทางปฏิบัติเหล่านั้นของภาคีแสดงให้เห็นว่าไม่มีการจำกัดที่ตั้งของทรัพยากรหรือสิ่งมีชีวิต เหล่านั้น สหรัฐอเมริกาจึงสรุปว่า ความหมายของมาตรา XX (b)(g) มีความชัดเจนและไม่คลุมเครือ เมื่อ ตีความตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แล้วจึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้วิธีเสริม (supplementary means) โดยนำประวัติการร่างมาใช้ในการตีความมาตรา XX สหรัฐอเมริกาจึงยืนยันว่าไม่มีการจำกัดเขต อำนาจของที่ตั้งทรัพยากรหรือสิ่งมีชีวิตในมาตรา XX(b)(g)

จากการที่สหรัฐอเมริกาได้ตั้งข้อโต้แย้งมากมายเกี่ยวกับที่ตั้งของทรัพยากร ธรรมชาติที่สูญสิ้นได้ในมาตรา XX (g) โดยอาศัยสนธิสัญญาทางการค้าและสิ่งแวดล้อมมากกว่าข้อตกลง เกดต์ สิ่งที่เป็นประการแรก คือ การกำหนดว่าสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ภาคียกกล่าวอ้าง มีส่วนเกี่ยวข้องกับ การตีความบทบัญญัติเกดต์หรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงนำอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มาพิจารณา

⁴²Ibid., para. 5.15.

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาถึงอนุสัญญากรุงเวียนนา ที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาไว้ในมาตรา 31⁴³ และวิธีเสริมในการตีความสนธิสัญญา (Supplementary Means of Interpretation of Treaties) มาตรา 32 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่า ภายใต้หลักทั่วไปของการตีความต้องคำนึงถึงข้อตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังเนื่องจากการใช้บังคับสนธิสัญญาที่มีปัญหาในการตีความ (any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions) เป็นส่วนประกอบในการตีความสนธิสัญญา อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตั้งข้อสังเกตว่า ข้อตกลงที่ภาคีกล่าวอ้างขึ้นมาในข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงพหุภาคีหรือทวิภาคี ภาคีภาคีทั้งหมดมิได้เป็นสมาชิกของข้อตกลง จึงไม่สามารถนำมาใช้ในการตีความข้อตกลงภาคี⁴⁴

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังตั้งข้อสังเกตต่อไปอีกว่าการตีความควรคำนึงถึงแนวทางปฏิบัติใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังเนื่องจากการใช้บังคับสนธิสัญญาที่มีปัญหาในการตีความ (any subsequent practice in the application of the treaty which established the agreement of the parties regarding its interpretation) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าทางปฏิบัติตามสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคี ไม่สามารถพิจารณาว่าเป็นทางปฏิบัติของภาคีที่เกิดขึ้นภายหลังที่มีผลต่อการตีความบทบัญญัติของภาคี คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงวินิจฉัยว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา สนธิสัญญาพหุภาคีหรือทวิภาคีที่ภาคีกล่าวอ้างไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะเป็นวิธีหลัก (primary mean) ในการตีความบริบทของภาคี⁴⁵

นอกจากนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังพิจารณาต่อไปว่าสนธิสัญญาสิ่งแวดล้อมที่ภาคียกขึ้นกล่าวอ้างนั้นอาจมีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะเป็นวิธีเสริมในการตีความบทบัญญัติของภาคีตามมาตรา 32 ได้หรือไม่ กล่าวคือ นอกจากการตีความสนธิสัญญาโดยพิจารณาจากถ้อยคำและบริบทแห่งสนธิสัญญาแล้ว มาตรา 32 ยังมีวิธีเสริมในการตีความโดยนำเอกสารเตรียมร่างสนธิสัญญาและพฤติการณ์ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา "The preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion" มาช่วยในการตีความเพื่อรองรับกับมาตรา 31 เมื่อตีความตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแล้ว ใน

⁴³Article 31 Vienna Convention on The Law of Treaties, U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679 หลักทั่วไปของการตีความสนธิสัญญาบัญญัติไว้ในมาตรา 31 วรรคแรกของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา กำหนดว่าสนธิสัญญาให้ตีความด้วยความสุจริต (good faith) ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำ (ordinary meaning) แห่งสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำเช่นนั้น และโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์แห่งสนธิสัญญา

⁴⁴Tuna-Dolphin II, para. 5.19.

⁴⁵Ibid., para. 5.19.

สนธิสัญญาและบริบทตลอดจนวัตถุประสงค์ หรือความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญายังปรากฏว่าถ้อยคำนั้น ๆ ยังมีความหมายคลุมเครือ (ambiguous) หรือไม่ชัดเจน (obscure) หรือนำไปสู่ผลที่เห็นได้ชัดเจนว่าไร้สาระ (absurd) หรือไร้เหตุผล (unreasonable) ให้นำวิธีเสริมในการตีความมาช่วย คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่าถึงแม้มาตรา XX จะมีความหมายคลุมเครือก็ตาม แต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่าสนธิสัญญาที่ยกขึ้นกล่าวอ้างมีส่วนช่วยในการตีความมาตรา XX (g) เพียงเล็กน้อยฉะนั้นอนุสัญญาสิ่งแวดล้อมที่สหรัฐฯ ยกมาอ้างไม่สามารถนำมาใช้ในการตีความได้⁴⁶

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังเห็นว่าข้อความและการร่างที่เปลี่ยนแปลงในระหว่างการเจรจาญัตติฯ และข้อตกลงแกตต์ที่ภาคียกขึ้นอ้างไม่ได้แสดงไว้โดยชัดเจนถึงจุดมุ่งหมายของภาคีเกี่ยวกับปัญหาเรื่องที่ตั้งของทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นได้ตามมาตรา XX (g) ในเหตุผลข้างต้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลใดมาสนับสนุนว่ามาตรา XX(g) บังคับใช้เฉพาะกับนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นได้ที่ตั้งอยู่ภายในอาณาเขตของภาคีที่กล่าวอ้างมาตรา XX ฉะนั้นนโยบายเพื่ออนุรักษ์ปลาโลมาบริเวณ ETP ของสหรัฐฯ ซึ่งใช้ภายในเขตอำนาจของตนเหนือบุคคลและเรือประมงสัญชาติตนย่อมอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นมาตรา XX (g)⁴⁷

2) EEC ได้แย้งว่ามาตรการ MMPA ของสหรัฐอเมริกาไม่เข้าข้อยกเว้นมาตรา XX (g) เพราะไม่ใช่มาตรการที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้และไม่ใช่มาตรการที่ต้องการจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศให้ได้ผล

กรณีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ตามมาตรา XX (g) ในสองลักษณะคือความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้ากับนโยบายเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ และความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้ากับการจำกัดการผลิตหรือการบริโภคภายในประเทศ ในคดีก่อน ๆ ได้กล่าวถึงขอบเขตของคำว่า relating to และ in conjunction with ว่าต้องมีการตีความไปในทางที่ประกันว่าขอบเขตของมาตรา XX (g) จะเป็นไปตามจุดมุ่งหมายของแกตต์ ดังเช่นคดีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกากับแคนาดาเรื่องปลา salmon ที่ตีความมาตรา XX (g) ว่าจะต้องไม่ทำให้ขอบเขตของมาตรา XX กว้างขึ้น เพื่อใช้มาตรการตามจุดมุ่งหมายของนโยบายการค้า แต่เพื่อประกันว่าข้อผูกพันภายใต้แกตต์จะไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการตามนโยบายเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรที่สูญสิ้นได้⁴⁸

⁴⁶Ibid., para. 5.20.

⁴⁷Ibid., para. 5.20.

⁴⁸Ibid., para. 5.22.

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้สรุปขอบเขตของคำว่า "relating to" และ "in conjunction with" ว่าควรจะหมายถึงวัตถุประสงค์หลัก "primarily aimed at" ดังเช่นในคดีข้อพิพาทระหว่างแคนาดา กับสหรัฐอเมริกา ดังนั้นการพิจารณาว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาเข้าข่ายยกเว้นมาตรา XX (g) หรือไม่ต้องพิจารณาว่ามาตรการห้ามนำเข้าของสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ และมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อดำเนินการจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในให้ได้ผลหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเห็นว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการอนุรักษ์ปลาโลมา เพราะการห้ามนำเข้าของสหรัฐอเมริกาคือการบังคับให้ประเทศอื่นเปลี่ยนแปลงของตนให้สอดคล้องกับมาตรการตาม MMPA⁴⁹

นอกจากนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทให้ข้อสังเกตไว้ว่า ทางปฏิบัติของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีก่อน ๆ ตีความมาตรา XX โดยแคบเพื่อคงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์พื้นฐานและหลักการของแกตตต์ หากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยอมตีความมาตรา XX อนุญาตให้ภาคีใช้มาตรการทางการค้าเพื่อบังคับกับภาคีอื่นให้เปลี่ยนนโยบายภายในประเทศเกี่ยวกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ย่อมทำให้สิทธิและพันธกรณีของภาคีภายใต้บทบัญญัติยอมเสียไป โดยเฉพาะสิทธิการเข้าสู่ตลาด (market access) เพราะการค้าจะมิขึ้นได้เฉพาะระหว่างประเทศที่มีนโยบายทางสิ่งแวดล้อมเหมือนกัน ดังนั้นมาตรการของสหรัฐอเมริกาจึงไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX (g)⁵⁰

ค. มาตรา XX (b)

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตั้งข้อสังเกตในการวิเคราะห์มาตรา XX (b) ได้ดังนี้

- 1) นโยบาย (policy) ที่จะอยู่ภายใต้มาตรา XX (b) จะต้องเป็นนโยบายเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
- 2) มาตรการทางการค้าที่ขัดต่อหลักพื้นฐานของแกตตต์นั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น "necessary" เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
- 3) มาตรการนั้นต้องเข้าเงื่อนไขทั่วไปตามบทนำของมาตรา XX ที่กำหนดว่า มาตรการนั้นต้องไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุอันสมควรระหว่างประเทศที่มีสภาพเหมือนกัน และไม่เป็นการจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง⁵¹

⁴⁹Ibid., para. 5.27.

⁵⁰Ibid., para. 5.26.

⁵¹Ibid., para. 5.29.

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ดีความ คำว่า จำเป็น (necessary) ตาม
 ธรรมดาแห่งความหมายของถ้อยคำ (ordinary meaning) หมายถึงไม่มีทางเลือกอื่นใดอีกแล้ว (no
 alternative existed) ซึ่งขัดต่อเกณฑ์น้อยที่สุด⁵² จึงสรุปว่ามาตรการที่บังคับให้ประเทศอื่นเปลี่ยนแปลง
 นโยบายการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมไม่ถึงว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิต สุขภาพของสัตว์ตามมาตรา
 XX (b) เพราะไม่เข้าเงื่อนไขสำคัญของมาตรา XX (b) เมื่อไม่เข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นมาตรา XX (b)
 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงไม่ตั้งพิจารณาถึงเงื่อนไขทั่วไปตามมาตรา XX ต่อไปอีก

3.3.3 รัฐบัญญัติการให้ข้อมูลข่าวสารผู้บริโภคเกี่ยวกับการคุ้มครองปลาโลมา

ประเด็นข้อพิพาทอีกประเด็นในคดีคือ บทบัญญัติของรัฐบัญญัติการให้ข้อมูลข่าวสาร
 ผู้บริโภคเกี่ยวกับการคุ้มครองปลาโลมา (The United States Dolphin Protection Consumer
 Information Act : DPCIA) ผู้แทนประเทศเม็กซิโกอ้างว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการติดฉลาก (labelling)
 ในพระราชบัญญัติ DPCIA ขัดต่อมาตรา VIII : 1 ของเกณฑ์ ซึ่งกำหนดว่าประเทศนำเข้าสินค้าต้องปฏิบัติตาม
 สินค้านำเข้าในเรื่องติดฉลากเหมือนสินค้าที่ผลิตในประเทศ และอ้างอีกว่าพระราชบัญญัตินี้ขัดต่อมาตรา
 I : 1 เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าของเม็กซิโกซึ่งมีต้นกำเนิดจากมหาสมุทรแปซิฟิกตะวันออก
 เขตร้อน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ปฏิเสธข้ออ้างของเม็กซิโกที่ว่าบทบัญญัติของ DPCIA ว่าด้วยเรื่อง
 ฉลาก "ปลาโลมาปลอดภัย" (Dolphin Safe) ขัดต่อมาตรา VIII : 1 ของเกณฑ์ โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติ
 มาตรา VIII : 1 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดสินค้าไม่ใช่บทบัญญัติเกี่ยวกับฉลากเป็นการทั่วไป และ
 ข้ออ้างว่า DPCIA ขัดต่อมาตรา I : 1 ของเกณฑ์คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีความเห็นว่าสิทธิที่จะใช้
 ฉลากเป็นสิทธิที่อาจได้มากโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ประเด็นว่าสินค้านำเข้ากระป๋องสามารถนำออกขายใน
 ห้องตลาดได้โดยไม่จำเป็นต้องติดฉลากว่า "ปลาโลมาปลอดภัย" หรือพิมพ์ข้อความดังกล่าวลงในฉลากจะ
 ไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ จากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเลย คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแสดงความเห็นว่า
 การพิมพ์ข้อความ "ปลาโลมาปลอดภัย" ลงในฉลากเป็นการที่ผู้บริโภคในห้องตลาดสามารถเลือกเองว่าจะเลือก
 ซื้อสินค้านำเข้าดังกล่าวหรือไม่⁵³

⁵² ตามคดีก่อน ๆ ที่มีการปรับใช้มาตรา XX (d) ที่มีเงื่อนไข "necessary" เหมือนมาตรา XX (b)
 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้วิเคราะห์ว่า ภาคีไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ที่ขัดต่อบทบัญญัติเกณฑ์ได้
 เว้นแต่เป็นมาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (d) ซึ่งคือกรณีที่ภาคีไม่มีมาตรการทางเลือกอื่น และสอดคล้อง
 กับเกณฑ์ที่สามารถใช้ได้ หรือกรณีมีมาตรการที่ขัดต่อบทบัญญัติเกณฑ์อื่น ๆ ภาคีก็ผูกพันที่จะต้องใช้
 มาตรการที่ขัดต่อเกณฑ์น้อยที่สุด (Report of Panel, United States-Section 337 of the tariff act of
 1930, adopted 7 November 1989, L/6439, 36s/345, 392, para. 5.26).

⁵³Tuna-Dolphin I, para. 5.41-5.44.

3.4 วิเคราะห์ประเด็นสำคัญแห่งคดี

ภายหลังมีคำตัดสินสหรัฐฯและเม็กซิโกได้สร้างข้อตกลงอนุรักษปลาโลมาระหว่างประเทศขึ้นมา โดยเม็กซิโกมิได้ร้องขอต่อ GATT Council เพื่อให้รายงานคดี Tuna-Dolphin ได้รับการรับรอง (adopt) จึงทำให้คำตัดสินคดีนี้ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายใน WTO แต่เมื่อมีข้อพิพาทใหม่ ๆ เกิดขึ้นมาที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ได้ใช้คำตัดสินของคดีนี้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดีพิพาทที่เกิดขึ้นใหม่ ถึงแม้ว่าภายใต้ระบบระบับข้อพิพาทของแกตต์/WTO จะไม่มีหลัก Stare Decisis คำพิพากษาก่อนต้องผูกพันคำพิพากษาในคดีหลังก็ตาม⁵⁴ แต่ในทางปฏิบัติแล้วคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะนำคำตัดสินในคดีก่อนที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันมาประกอบการตัดสินเสมอ จึงเห็นสมควรที่จะวิเคราะห์ประเด็นที่สำคัญดังนี้

3.4.1 การตีความและการใช้ข้อยกเว้นมาตรา XX

ก. การตีความมาตรา XX

จากคำตัดสินคดี Tuna-Dolphin จะเห็นได้ว่ามาตรา XX มีใช้ข้อกำหนดที่สร้างพันธกรณีได้ในตัวมันเองแต่เป็นบทบัญญัติยกเว้นทั่วไปจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของแกตต์ เพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างเรื่องการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของรัฐ (State sovereignty) โดยมาตรา XX เป็นเหมือนบทบัญญัติที่เป็นปราการมาห้ามแกตต์มิให้มาแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพราะมาตรา XX เป็นเรื่องที่รัฐมีอำนาจที่จะอ้างกฎหมายซึ่งเป็นนโยบายสาธารณะ (public policy) ของตนเอง ทำให้เกิดหลักกฎหมายที่สำคัญคือ

1) ข้อกำหนดมาตรา XX ต้องตีความอย่างแคบดังเช่นข้อยกเว้นอื่น ๆ เพราะมาตรา XX เป็นเรื่องที่รัฐจะใช้อำนาจอปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงต้องตีความอย่างจำกัดเพื่อรักษาความสมดุลระหว่างการค้าเสรีของแกตต์และอำนาจอธิปไตยของรัฐ มิฉะนั้นจะเป็นการตีความไม่ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งบทบัญญัติ⁵⁵ อีกทั้งหากตีความมาตรา XX อย่างกว้าง ๆ ย่อมเป็นอันตรายต่อสิทธิของภาคีแกตต์และวัตถุประสงค์ของแกตต์

⁵⁴Ernst-Ulrich Petersmann, "International Trade Law and International Environmental Law Prevention and Settlement of International Environmental Disputes in GATT," *Journal of World Trade* 27 (1993) : 53.

⁵⁵คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าในคดีบุหรืมาตรา XX มีความมุ่งหมายที่จะอนุญาตให้ภาคีสามารถบังคับใช้มาตรการจำกัดการค้า โดยขัดต่อพันธกรณีของแกตต์ เพื่อให้ภาคีแกตต์สามารถบรรลุ

2) ภาวะพิษจนตกอยู่กับภาคีที่ยกมาตรา XX ขึ้นอ้างเนื่องจากมาตรา XX ไม่ได้กำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกแก่ภาคีในการหลีกเลี่ยงจากการปฏิบัติตามพันธกรณีแก่ตัดแต่เป็นวิธีการสุดท้ายที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแก่ตัดหากเข้าเงื่อนไขของข้อยกเว้น

ในทางปฏิบัติมาตรา XX มีปัญหามากในการตีความและบังคับใช้เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นต่อหลักพื้นฐานของแก่ตัดแต่บัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำที่กำกวม เคลือบคลุมและขาดความชัดเจน อีกทั้งไม่ปรากฏค่านิยมอย่างชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ อย่างไรก็ตามจำกัดการค้าโดยแอบแฝง ซึ่งในมาตรา XX (b)(g) ได้บัญญัติเงื่อนไขในการอ้างข้อยกเว้นไว้สองลักษณะด้วยกันคือ

1) บทนำมาตรา XX เป็นเงื่อนไขทั่วไปของมาตรา XX โดยแบ่งถ้อยคำในการตีความได้ดังนี้

ก. การไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุอันควรต่อประเทศที่อยู่ในสภาพเดียวกัน

กรณีพิพาท Tuna-Dolphin คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตัดสินว่าการที่สหรัฐาดำเนินมาตรการจำกัดการค้าตามกฎหมายภายในของสหรัฐ (MMPA) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์และคุ้มครองปลาโลมา หากสหรัฐตรวจพบว่ามีปลาโลมาถูกฆ่าตายโดยบังเอิญโดยเรือประมงของประเทศที่เป็นถิ่นกำเนิดของสินค้าขนานที่ต้องการนำเข้ายังสหรัฐเกินกว่าอัตราการตายโดยบังเอิญที่ทางการสหรัฐกำหนดไว้แต่ละปีซึ่งเป็นมาตรฐานที่บังคับใช้กันสินค้าจากประเทศอื่นและจะกำหนดขึ้นภายหลังจากที่ได้ค่าเฉลี่ยของจำนวนปลาโลมาที่ถูกฆ่าโดยบังเอิญโดยเรือประมงสหรัฐที่ใช้อุปกรณ์เดียวกันในช่วงระยะเวลาเดียวกัน เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือไม่มีเหตุอันสมควร เนื่องจากการจำกัดจำนวนนำเข้าสินค้าหรือผลิตภัณฑ์จากประเทศอื่นด้วยเหตุผลเพียงว่าประเทศนั้นเป็นนโยบายหรือมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อมแตกต่างไปจากสหรัฐ และมาตรฐานที่สหรัฐบังคับใช้กับประเทศอื่นที่มีส่วนได้เสียก็ไม่ได้มีความแน่นอนและเป็นที่ยอมรับล่วงหน้าเพราะเป็นการกำหนดขึ้นภายหลังจากที่กำหนดมาตรฐานสำหรับสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตในประเทศ⁶⁶

จากคำตัดสินดังกล่าวจะเห็นว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะตีความถ้อยคำที่ว่า "การไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร" รวมไปถึงเป็นเงื่อนไขเดียวกัน

เป้าหมายของนโยบายสาธารณะของตนได้ ซึ่งเป็นความขัดแย้งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (Tuna-Dolphin I, para. 5.27).

⁶⁶Tuna-Dolphin I, p. 1620.

ดังเช่นที่เคยตีความคำว่า nullification หรือ impairment ตามมาตรา XXIII รวมกันไป⁵⁷ จึงทำให้ไม่เห็นความแตกต่างระหว่างการเลือก ปฏิบัติตามอำเภอใจกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันควร ทำให้ในคดีสหรัฐฯ ห้ามนำเข้ากุ้งทะเลได้แยกถ้อยคำดังกล่าวออกจากกันในการตีความบทนำมาตรา XX⁵⁸

ประการต่อมาตามมาตรา XX กำหนดถึงการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันควรหรือตามอำเภอใจนั้นเหมือนกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติตามมาตรา III ที่กำหนดให้ภาคีปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือไม่ เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์การร่างมาตรา XX มีหลายประเทศเกรงว่าจะมีการใช้มาตรา XX ไปในทางที่เป็นประโยชน์ของตนโดยมิชอบ ประเทศอังกฤษจึงเสนอให้มีการระบุหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตราดังกล่าวทั้ง ๆ ที่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแยกแล้วจะพบว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏอยู่แล้วในมาตรา III ดังนั้นหากภาคีจะออกกฎเกณฑ์หรือมาตรการใด ๆ ภายในประเทศเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์สัตว์และพืช ต้องใช้กฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้น ทั้งต่อสินค้านำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ แต่เหตุที่ต้องมีการระบุหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา XX อีกเพราะว่าในบางกรณีกฎเกณฑ์ซึ่งห้ามนำเข้าสินค้าที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพอาจมีใช้กฎเกณฑ์ที่อยู่ภายใต้มาตรา III (หรือในบางครั้งเป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ใช้ร่วมกันกับกฎหมายภายใน) แต่เป็นกรณีที่อยู่ภายใต้มาตรา XI จึงต้องนำหลักการไม่เลือกปฏิบัติตามมาตรา XX มาใช้บังคับ⁵⁹ ฉะนั้นจุดมุ่งหมายตามมาตรา XX ระดับการเลือกปฏิบัติที่แยกต่อนุญาตให้กระทำได้จึงอยู่บนเงื่อนไขว่าการเลือกปฏิบัตินั้นไม่เป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือไม่มีเหตุอันควร⁶⁰

ประเด็นที่น่าสังเกตประการต่อมาจากถ้อยคำที่ว่า "ไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือไม่มีเหตุผลอันควรระหว่างประเทศที่มีสภาพเดียวกัน" (a same condition prevail) อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นสภาพเดียวกัน ซึ่งในประเด็นนี้ยังไม่เคยมีการยกขึ้นกล่าวอ้างในคณะกรรมการการวินิจฉัยข้อพิพาทมาก่อนถึงแม้ว่าในบางคดีสามารถที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ตัวอย่างเช่นคดีพิพาทระหว่างสหรัฐฯ กับแคนาดาที่

⁵⁷John H. Jackson, "The Jurisprudence of International Trade : The DISC case in GATT," American Journal of International Law. 72,4 (1978) : 753. cited in Jan Klabbbers, "Jurisprudence in International Trade Law Article XX of GATT," Journal of World Trade. 26 (1992) : 89-90.

⁵⁸United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998.

⁵⁹John H. Jackson, World Trade and the Law of GATT. (Bobbs. Meril cy. Ltd, 1969), p.743.

⁶⁰Jan Klabbbers, "Jurisprudence in International Trade Law Article XX of GATT," Journal of World Trade. 26 (1992) : 90.

สหรัฐฯห้ามนำเข้าปลาทูน่าและผลิตภัณฑ์ทูน่าจากแคนาดา เปรู และคอสตาริกา การกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิบัติต่อประเทศที่มีสภาพเงื่อนไขแตกต่างกันหรือไม่ กล่าวคือแคนาดาเป็นประเทศอุตสาหกรรม ในขณะที่เปรูและคอสตาริกาเป็นประเทศกำลังพัฒนา แต่ในคดีดังกล่าวเปรูและคอสตาริกามีได้ยกประเด็นดังกล่าวมาโต้แย้งว่าประเทศนั้นมีสภาพไม่เหมือนกับแคนาดา

ข. การจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง (disguised restriction on International trade) คดี Tuna-Dolphin II คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่ามาตรการของสหรัฐฯที่บังคับให้ประเทศอื่นเปลี่ยนแปลงนโยบายของตนเป็นมาตรการที่ไม่เข้าเงื่อนไขที่ว่า "จำเป็น" (necessary) เพื่อคุ้มครองชีวิต สัตว์หรือสุขภาพของสัตว์ตามความหมายของมาตรา XX(b) เมื่อมาตรการของสหรัฐฯไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นมาตรา XX (b) แล้วคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่ามาตรการของสหรัฐฯ เข้าเงื่อนไขอื่นตามมาตรา XX หรือไม่⁶¹ ทำให้ในคดี Tuna-Dolphin จึงไม่มีประเด็นการตีความถ้อยคำดังกล่าวเนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่ามาตรการของสหรัฐฯไม่เข้าข้อยกเว้นตามเงื่อนไขเฉพาะตามมาตรา XX (b) แล้วจึงไม่ต้องพิจารณาต่อไปว่าเข้าเงื่อนไขตามบทนำหรือไม่ จึงเห็นได้ว่าการพิจารณาว่ามาตรการใด ๆ เข้าข้อยกเว้นมาตรา XX หรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะพิจารณาก่อนว่ามาตรการนั้นเข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นเฉพาะหรือไม่ แล้วค่อยมาพิจารณาต่อไปว่าเข้าเงื่อนไขตามบทนำต่อไป หากมาตรการใดมีเหตุผลสนับสนุนสอดคล้องกับเงื่อนไขของมาตรา XX อย่างครบถ้วนแล้ว มาตรการนั้นก็สามาถใช้บังคับในลักษณะที่ขัดต่อหลักพื้นฐานของภาคตัดได้

ถึงแม้ว่าในคดี Tuna-Dolphin จะไม่มีการวิเคราะห์เงื่อนไขดังกล่าว แต่ในกรณีพิพาทระหว่างสหรัฐฯกับแคนาดาเกี่ยวกับการห้ามนำเข้าปลาทูน่าจากแคนาดาของสหรัฐฯและการห้ามนำเข้าปลา salmon หรือ herring ที่ยังไม่ได้แปรรูปจากสหรัฐฯมายังแคนาดาอีกกรณีหนึ่งนั้นได้วิเคราะห์เงื่อนไขดังกล่าวไว้ โดยตีความเงื่อนไขดังกล่าวว่า หมายถึงการที่ภาคีดำเนินมาตรการทางการค้าที่มีผลเป็นการจำกัดการนำเข้าสินค้าจากประเทศที่สามและเป็นมาตรการที่ภาคีได้มีการโฆษณาให้ประเทศคู่ค้าที่มีส่วนได้เสียทราบเป็นการทั่วไป การตีความของภาคตัดเช่นนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าภาคตัดดูเหมือนจะเน้นที่คำว่า "แอบแฝง" (disguised) มากกว่าที่จะให้น้ำหนักการตีความในสิ่งที่ควรจะเป็นสาระสำคัญกว่า คือวินิจฉัยว่ามีการจำกัดการค้าหรือไม่เพียงใดและอย่างไร การตีความการจำกัดจำนวนโดยแอบแฝงหรือไม่แอบแฝงเป็นการตีความที่ขาดตรรกะไม่สมเหตุผล เนื่องจากทำให้ตีความสรุปได้ว่าภาคตัดซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการจัดอุปสรรคต่าง ๆ ทางการค้าจะอนุญาตให้ภาคีสั่งอุปสรรคโดยจำกัดการค้ากับภาคีอื่น ๆ ได้ด้วยเงื่อนไขเพียงแต่ภาคีนั้นประกาศโฆษณาให้สาธารณชนทราบถึงมาตรการดังกล่าวเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว⁶²

⁶¹ Tuna-Dolphin I, para. 5.39.

⁶² Jan Klabbbers, "Jurisprudence in International Trade Law Article XX of GATT," *Journal of World Trade*, 26(1992) : 63-94.

2) เงื่อนไขเฉพาะตามมาตรา XX (b) และ (g)

ก. มาตรา XX (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์หรือพืช ประเด็นปัญหาของมาตรา XX (b) คือ การพิจารณาว่ามาตรการอย่างไรถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น ในคดี Tuna-Dolphin I ได้ตีความคำว่า "จำเป็น" ว่ากรณีที่สหรัฐอเมริกาอาศัยอำนาจตามกฎหมาย MMPA จำกัดการนำเข้าปลาหูจากเม็กซิโก คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่า มาตรการจำกัดหรือห้ามนำเข้า ไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความจำเป็นอันหลีกเลี่ยงมิได้เพื่อคุ้มครองชีวิตปลาโลมาตามมาตรา XX (b) เนื่องจาก สหรัฐยังมีมาตรการอื่นที่ไม่ขัดต่อเกณฑ์หรือข้อยกเว้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกาสามารถดำเนินการขอเปิด การเจรจาเพื่อทำความตกลงกับประเทศผู้ผลิตเพื่อร่วมมือกันหาวิธีการผลิตที่ลดอัตราการตายของปลาโลมาได้ ซึ่งทางเลือกนี้เป็นทางเลือกที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าการดำเนินมาตรการฝ่ายเดียว ทั้งนี้เพราะ ปลาโลมาเป็นทรัพยากรมีชีวิตที่เคลื่อนย้ายถิ่นไปมาในน่านน้ำหลายประเทศและในทะเลหลวง⁶³

คำตัดสินดังกล่าวได้ถูกโต้แย้งว่า ประวัติการร่างมาตรา XX (b) สนับสนุน ให้ภาคีจะต้องใช้ข้อตกลงโดยสมัครใจเกี่ยวกับสุขภาพหรือมาตรฐานสิ่งแวดล้อมก่อนใช้การจำกัดการค้า⁶⁴ ในกรณีเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับการอนุรักษ์ปลาโลมา สหรัฐฯได้่วมบรรลุข้อตกลงระหว่างรัฐแล้วในเดือนมกราคม ปี 1991 เกี่ยวกับการคุ้มครองปลาโลมา (La Jolla Agreement)⁶⁵ Charnovitz เห็นว่าเกณฑ์วิเคราะหว่า สหรัฐฯมิได้ใช้วิธีการเจรจาหรือความร่วมมือระหว่างประเทศโดยไม่พิจารณาให้ดีกว่าก่อน⁶⁶

ส่วนคดี Tuna-Dolphin II มาตรการที่สหรัฐฯห้ามนำเข้าปลาหูหรือผลิตภัณฑ์หูจากประเทศที่สามเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามความหมายมาตรา XX (b) หรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาเป็นการบังคับให้ประเทศอื่น เปลี่ยนแปลงนโยบายของตนเพื่อให้กฎหมายภายในของตนมีประสิทธิภาพเมื่อประเทศอื่นยอมเปลี่ยนแปลง

⁶³Tuna-Dolphin II , para.5.24-2.25.

⁶⁴Steve Charnovitz, "Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX," *Journal of World Trade*, 25 (1991) : 37.

⁶⁵การประชุมเพื่อจัดตั้ง La Jolla อยู่ภายใต้การดูแลของ Inter-American Tropical Tuna Commission เพื่อสนับสนุนการประมงอย่างยั่งยืนในบริเวณ ETP แต่เม็กซิโกมิได้เข้าร่วมกับข้อตกลงดังกล่าวแต่อยู่ในฐานะของผู้สังเกตการณ์ (Trade and Environment Program available from www.nwf.org.)

⁶⁶Steve Charnovitz, "Environmentalism Confronts GATT Rules," *Journal of World Trade* : 38-39.

นโยบายให้สอดคล้องกับสหรัฐฯ มาตรการของสหรัฐฯ จึงไม่สามารถพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของสัตว์ตามมาตรา XX (b)⁶⁷

การตีความคำว่า "necessary" ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา XX (b) ว่าเป็นกรณีที่เกิดกรณีที่ไม่มีการอื่นใดซึ่งขัดต่อข้อตกลงแกตต์น้อยกว่าเป็นทางเลือกอื่นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายทางสิ่งแวดล้อม การตีความเช่นนี้ นำมาสู่การตรวจสอบว่ามาตรการทางการค้าเพื่อสิ่งแวดล้อมที่ยกกล่าวอ้างเป็นมาตรการที่ขัดต่อแกตต์น้อยที่สุดหรือไม่ (least GATT-Inconsistent test)⁶⁸ โดยการตรวจสอบว่ามาตรการนั้นขัดต่อแกตต์น้อยที่สุดหรือไม่จะต้องพิจารณาว่ามีมาตรการอื่นใดอีกหรือไม่เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางสิ่งแวดล้อม ประการต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องพิจารณาว่ามาตรการอื่นใดนั้นขัดต่อแกตต์น้อยกว่ามาตรการในปัญหาพิพาทหรือไม่ หากยังมีมาตรการอื่นอีกก็จะไม่เข้าเงื่อนไข "จำเป็น" ตามมาตรา XX (b) หรือต้องผ่านการตรวจสอบว่ามาตรการนั้นมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของสัตว์ มนุษย์ พืช หรือไม่ (necessity-test)⁶⁹ เพื่อได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา XX ที่จะทำให้ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแกตต์ ซึ่งเท่าที่ผ่านมายังไม่เกิดโดยของแกตต์สามารถกล่าวอ้างข้อยกเว้นนี้ได้สำเร็จ เพราะภาคีที่กล่าวอ้างมาตรา XX (b) ไม่สามารถผ่านเงื่อนไข "necessary" ไปได้ เนื่องจากแกตต์ตีความให้ความสำคัญแก่การค้ามากกว่าสิ่งแวดล้อมและในทางปฏิบัติเป็นเรื่องยากที่จะพิจารณาว่ามาตรการใดขัดต่อแกตต์น้อยที่สุด

⁶⁷Tuna-Dolphin II : 898 นอกจากคดี Tuna-Dolphin แล้วในข้อพิพาทระหว่างไทยกับสหรัฐฯ ที่ไทยจำกัดการนำเข้าหมูรีจากสหรัฐฯ นั้นแกตต์ได้ตีความคำว่า "จำเป็น" หมายถึง กรณีที่เกิดกรณีที่ไม่มีการอื่นใดซึ่งสอดคล้องกับข้อตกลงแกตต์หรือขัดต่อข้อตกลงแกตต์น้อยกว่าเป็นทางเลือกอื่นเพื่อบรรลุเป้าหมายตามนโยบายสาธารณสุขของรัฐ

"...import restrictions imposed by Thailand could be considered to be "necessary" in term of Article XX (b) only if there were no alternatives measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonable be expected to employ to achieve its health policy objective." (GATT, "Panel Report on Thai Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes," (adopted 7 Nov. 1990) BISD s/200, *International Legal Material*. 4 (July, 1991) : 1138).

⁶⁸Steve Charnovitz, "Exploring the Environmental Exception in GATT Article XX," *Journal of World Trade*. 25 (1991) : 48-50.

⁶⁹Aaditya Mattoo and Petros C. Mavroidis, "Trade, Environment and The WTO : The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT," in *International Trade Law and the Evolution of GATT/WTO Dispute Settlement System* (Kluwer Law International, 1997), pp. 327-343. และ Steve Charnovitz, "Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX," *Journal of World Trade*. 25 (1991) : 48-50.

ทำให้ในคดีสหรัฐฯห้ามนำเข้ากุ้งทะเล สหรัฐฯมองเห็นความยากในการที่จะผ่านเงื่อนไขข้อยกเว้นมาตรา XX (b) ไปได้ จึงหันมาใช้มาตรา XX (g) ขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้สำคัญแทนการกล่าวอ้างข้อยกเว้นตาม (b) เพราะ มาตรา XX (g) ไม่มีเงื่อนไข "necessary" แต่มีเงื่อนไขเพียงว่า "relating to" ซึ่งดูจะมีความผ่อนคลายนมากกว่ามาตรา XX (b) จึงทำให้สหรัฐฯสามารถอ้างข้อยกเว้นมาตรา XX (g) ผ่านไปได้

คำว่า "necessary" ที่ปรากฏอยู่ในข้อยกเว้นเฉพาะตามมาตรา XX หลาย ๆ ข้อ ซึ่งการตีความกฎหมายในคดีพิพาทของแกตต์ (GATT case law) มักตีความคำว่า "จำเป็น" ไปในรูปแบบเดียวกันโดยไม่คำนึงถึงสภาพการณ์ของคดีที่แตกต่างกันออกไป หากเปรียบเทียบระหว่างมาตรา XX (b)(d) ทั้งสองกรณีมีเงื่อนไขเฉพาะที่ต่างใช้คำว่า "necessary" เหมือนกันและมีจุดมุ่งหมายเช่นเดียวกัน คือเพื่ออนุญาตให้ภาคีจำกัดการค้าซึ่งขัดต่อหลักของแกตต์เพื่อดำเนินการตามเป้าหมายของนโยบายที่สำคัญกว่าโดยมีขอบเขตว่าการที่จะขัดกับหลักของแกตต์นั้นต้องมีความจำเป็นอันหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นไม่ควรตีความคำว่า "necessary" ในมาตรา XX (b)(d) แตกต่างกัน⁷⁰

จากคำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin จะเห็นได้ว่า คำว่า "necessary" ใน มาตรา XX ไม่ได้กำหนดว่ามาตรการใดเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ทางสิ่งแวดล้อม แต่กำหนดว่า มาตรการใดที่ขัดต่อแกตต์เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางสิ่งแวดล้อม จึงเกิดปัญหาว่าใน พฤติการณ์ใดที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเห็นว่ามาตรการที่ขัดต่อแกตต์นั้นมีความจำเป็นเพื่อบรรลุ วัตถุประสงค์ทางสิ่งแวดล้อม การตีความมาตรา XX ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนี้ได้กล่าวว่มาตรการ ใดที่มีประสิทธิภาพและสามารถดำเนินการได้

ข) มาตรา XX (g) จากคดีพิพาทระหว่างประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เนเธอร์แลนด์กับสหรัฐฯ (Panel II) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตั้งข้อสังเกตในการวิเคราะห์มาตรา XX (g) ไว้สามประการ คือ ประการแรกมาตรการที่จะเข้าข้อยกเว้นมาตรา XX (g) ได้จะต้องเป็นนโยบาย (policy) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรที่สูญสิ้นไปได้ ประการต่อมามาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไปได้ ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่าการจำกัดหรือการห้ามนำเข้านั้นเป็นมาตรการเพื่อให้การ จำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศสามารถดำเนินการสู่อย่างมีประสิทธิภาพ และประการสุดท้าย มาตรการนั้นต้องเข้าเงื่อนไขทั่วไปตามบทนำ (chapeau) ของมาตรา XX ที่กำหนดว่า มาตรการนั้นต้อง ไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรรหว่างประเทศที่สภาพเหมือนกันและไม่เป็นการ จำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง⁷¹

⁷⁰BISD 37s/200.

⁷¹Tuna-Dolphin II, para. 5.12.

การวิเคราะห์มาตรา XX (g) ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว เห็นได้ว่าจะพิจารณาเพียงว่าหากมีมาตรการบางส่วนในนโยบายที่ได้ถูกกล่าวหาว่าขัดกับแกตต์ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็จะพิจารณาว่าส่วนที่ขัดกับแกตต์นั้นได้กำหนดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมจริงหรือไม่ แต่ต่อมาเมื่อได้มีการพิจารณากรณีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมภายใต้ WTO กรณี Gasoline case⁷² ระหว่างสหรัฐากับเวเนซุเอล่าและบราซิล ซึ่งกรณีพิพาทนี้ได้ผ่านขั้นตอนตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไปจนถึงองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) แม้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะได้ตัดสินโดยใช้แนวทางคำตัดสินในคดี Tuna-Dolphin เป็นหลัก แต่เมื่อสหรัฐได้ยื่นอุทธรณ์องค์กรอุทธรณ์ก็ได้มีแนวทางการพิจารณาที่แตกต่างออกไปคือได้เปลี่ยนแปลงมาพิจารณากว้างขึ้นคือพิจารณาว่านโยบายทั้งหมดเป็นไปเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่ เห็นได้ว่าองค์กรอุทธรณ์มีแนวโน้มที่จะให้ความยืดหยุ่นในการตีความบทบัญญัติของแกตต์และ WTO มากขึ้นเรื่อย ๆ รวมทั้งมีแนวโน้มที่จะนำกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาใช้ประกอบการพิจารณาตัดสินกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมากขึ้น

ดังจะเห็นได้จากการตีความมาตรา XX (g) ของแกตต์ในคดี Tuna-Dolphin I คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาหูฉลามของสหรัฐเข้ามิดกับได้เฉพาะกับทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ (jurisdiction) เท่านั้น⁷³ ส่วนในคดี Tuna-Dolphin II คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตัดสินผ่อนคลายนัยความเคร่งครัดของมาตรา XX (g) ลงมาโดยตัดสินว่าทรัพยากรธรรมชาติตามมาตรา XX (g) ไม่จำเป็นต้องอยู่ในอาณาเขตของรัฐภาคีที่อ้างมาตรา XX (g)⁷⁴ ภายหลังจากต่อมาในกรณีพิพาทสหรัฐห้ามนำเข้ากุ้งทะเลจากประเทศที่ไม่มีโครงการอนุรักษ์เต่าทะเลเทียบเท่าสหรัฐ⁷⁵ องค์กรอุทธรณ์ได้แบ่งถ้อยคำในการตีความมาตรา XX (g) ไว้สามประการ

- 1) ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไปได้ (exhaustible Natural Resources)
- 2) ความเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไปได้ (Relating to the Conservation of Exhaustible Natural Resources)

⁷²United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/R, 29 January 1996.

⁷³Tuna-Dolphin I, para. 5.32.

⁷⁴Tuna-Dolphin II, para. 5.20.

⁷⁵United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp products, WT/DS58/R, 12 October 1998.

3) มาตรการนั้นมีความเกี่ยวโยงเพื่อให้การจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศเกิดประสิทธิภาพ (If such Measures are Effective in Conjunction with Restrictions on Domestic Production or Consumption)

1) ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไปได้ในมาตรา XX (g) มิได้กล่าวถึงเรื่องสิ่งแวดล้อมไว้โดยตรง แต่กำหนดเพียงว่าให้อนุรักษทรัพยากรที่สูญสิ้นได้ อันเป็นตามประวัติการร่างมาตรา XX (g) มีหลักฐานน่าเชื่อถือแต่ยังไม่ชัดชัดว่าอนุรักษนี้มีวัตถุประสงค์ที่อนุญาตให้ภาคีสามารถดำเนินมาตรการห้ามส่งออกสินแร่ ซึ่งเป็นสินค้าที่มีความสำคัญต่อการผลิตภายในประเทศได้ แต่ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้มาตรา XX (g) นี้ครอบคลุมไปถึงการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมที่มีชีวิตหรือสิ่งมีชีวิตที่สามารถทดแทนได้หรือสืบพันธุ์ต่อไปได้ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่คู่พิพาทฝ่ายร้องเรียนคือ เม็กซิโก ทั้งในคดี Tuna-Dolphin⁷⁸ รวมทั้งคดีสหรัฐฯห้ามนำเข้ากุ้งทะเลโดยกั้นมากเป็นข้อต่อสู้กับสหรัฐฯ ซึ่งในประเด็นนี้คดี Tuna-Dolphin ไม่ได้ตัดสินไว้

ต่อมาในคดีสหรัฐฯห้ามนำเข้ากุ้งทะเลองค์การอุทธรณ์ได้กำหนดขั้นตอนในการตีความมาตรา XX ไว้ว่าให้ดูว่ามาตรการนั้นเข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นเฉพาะ (b)(g) ก่อน หากเข้าข้อยกเว้นเฉพาะจึงค่อยมาพิจารณาต่อไปว่ามาตรการนั้นสอดคล้องกับบทนำมาตรา XX หรือไม่ การตีความมาตรา XX (g) ขององค์การอุทธรณ์มีเหตุผลว่าเนื่องจากมาตรา XX (g) ได้ร่างขึ้นเมื่อ 50 ปีก่อนการตีความมาตรา XX (g) ควรจะตีความในลักษณะร่วมสมัย (contemporary) เกี่ยวกับปัญหาสิ่งแวดล้อม ดังนั้นทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นได้จึงไม่จำกัดอยู่เฉพาะทรัพยากรที่ไม่มีชีวิตแต่รวมถึงทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิตด้วยและไม่จำกัดว่าต้องเป็นทรัพยากรธรรมชาติในอาณาเขต ผลก็คือการกล่าวอ้างมาตรา XX (g) เพื่อการคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลกย่อมทำได้ง่ายขึ้น

2) relating to เงื่อนไขนี้มีพัฒนาการมาจากการตีความในคดีพิพาทเรื่องปลา salmon ระหว่างสหรัฐฯ กับแคนาดา คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคดีนี้บอกกว่า relating to ไม่มีคำจำกัดความเอาไว้โดยตรง ก็ไม่ควรตีความให้กว้างมากเกินไป เพราะหากกว้างมากเกินไปจะเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงตีความว่า relating to คือ primarily aimed at ซึ่งหมายความว่า หากต้องการมีมาตรการอนุรักษ์ปลาโลมาโดยตรงก็ต้องมีมาตรการออกมาโดยตรง ไม่ใช่มาตรการเพื่ออนุรักษ์โดยกำหนดถึงวิธีจับปลาเท่านั้น แล้วมีผลโดยอ้อมเป็นการอนุรักษ์ปลาโลมา อย่างนี้ไม่ใช่ primarily aimed at คือไม่มีความเกี่ยวพันโดยตรง (direct connection)

⁷⁸Tuna-Dolphin I, para. 3.43.

การที่มาตรา XX (g) ไม่มีคำว่า "จำเป็น" ดังเช่น (b) มิได้หมายความว่า มาตรา XX (g) จะถูกตีความขยายความว่าหากข้อกำหนดใดที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ สหประชาชาติได้จะถือว่าอยู่ภายใต้มาตรา XX (g) ข้อกำหนดมาตรา XX (g) มิได้ต้องการให้มีขอบเขตกว้างกว่า มาตรา XX (b) แต่เพื่อให้มั่นใจว่าข้อผูกพันทางการค้าจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการใช้นโยบายที่มีวัตถุประสงค์ เพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สหประชาชาติได้ ถึงแม้ว่ามาตรา XX (g) ไม่ได้กำหนดไว้ว่ามาตรการนั้นต้องจำเป็น เพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติแต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ได้ตีความว่ามาตรการที่เกี่ยวข้อง (relating to) กับการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติที่สหประชาชาติได้หมายถึงว่ามาตรการนั้นต้องมีวัตถุประสงค์หลัก (primarily aimed at) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติที่สหประชาชาติได้⁷⁷

กล่าวโดยสรุป ความคลุมเครือของบทบัญญัติมาตรา XX ก่อให้เกิดความ เห็นมากมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของแกตต์ มีแนวทางในการ ตีความมาตรา XX จากประวัติการร่างข้อตกลง⁷⁸ ตัวอย่างเช่นในคดี Tuna-Dolphin I และ II คณะกรรมการ วินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่ามาตรการของสหรัฐฯ เข้าข่ายเว้นมาตรา XX หรือไม่ โดยดูจากประวัติการร่าง ซึ่ง ในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศประวัติการร่างมีความสำคัญน้อย ปัญหาสำคัญของมาตรา XX คือ มาตรา XX (b)(g) ครอบคลุมถึงการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมหรือไม่ หากพิจารณาถึงถ้อยคำตามบทบัญญัติไม่มีถ้อยคำที่ กำหนดถึงสิ่งแวดล้อมไว้โดยตรงเลย และหากมีการตีความโดยเคร่งครัดโดยตีความตามตัวอักษรเพราะมาตรานี้เป็นข้อยกเว้นแล้ว มาตรานี้ก็จะไม่ครอบคลุมเรื่องสิ่งแวดล้อม

ข. ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ในการใช้บังคับมาตรการทางการค้าภายใต้มาตรา

XX

ขอบเขตของเขตอำนาจในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของภาคี แกตต์ได้เกิดประเด็นโต้แย้งเด่นชัดขึ้นในคดี Tuna-Dolphin I และ II ในรายงานคดีของ Tuna-Dolphin I เขียนเกี่ยวกับเรื่องนอกเขตอำนาจของรัฐ (extra-jurisdictionality) ส่วนใน Tuna-Dolphin II รายงานคดี เกี่ยวกับปัญหานอกอาณาเขตของรัฐ (extra-territoriality) ฉะนั้นจึงจะแยกพิจารณาปัญหาเรื่องขอบเขตทาง ภูมิศาสตร์ของการบังคับใช้มาตรการทางการค้าภายใต้ข้อยกเว้นมาตรา XX ออกเป็นสองกรณี

⁷⁷Tuna-Dolphin I, para. 5.33.

⁷⁸Christoph Feddersen, "Focusing on Substantive Law in International Economic Relations : The Public Moral GATT's Article XX," *Minnesota Journal of Global Trade* 7,75 (1998) : 88.

กรณีแรก Tuna-Dolphin I ตามรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของแกดส์มีข้อความว่า "ผู้ร่างพระราชกฤษฎีกา XX (b) มุ่งหมายไปที่การใช้มาตรการทางสุขอนามัยเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์หรือพืชภายในเขตอำนาจของประเทศผู้นำเข้า"⁷⁹ ซึ่งนำไปใช้กับมาตรา XX (g) ด้วย เมื่อพิจารณาข้อความดังกล่าวทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทปฏิเสธการใช้บังคับมาตรา XX (b)(g) นอกเขตอำนาจของรัฐ และเหตุที่ตัดสินเช่นนี้เพราะคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกรงว่าหากตีความมาตรา XX อย่างกว้างอาจส่งผลกระทบต่อกรอบการค้าพหุภาคีได้ คำตัดสินที่ตีความข้อยกเว้นมาตรา XX ว่าใช้บังคับได้ เพียงมาตรการที่เกี่ยวกับสุขภาพหรือการอนุรักษ์ภายในเขตอำนาจของรัฐที่จำกัดการค้าเท่านั้น ถึงแม้ว่านักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่าคำว่า "jurisdiction" แตกต่างจากคำว่า "territory" ภายใต้การตีความเช่นนี้การจำกัดการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนอกเขตอำนาจของตนย่อมไม่อยู่ภายใต้มาตรา XX และยังเป็นการขัดต่อบทบัญญัติแกดส์อีกเช่นกัน ซึ่งคำตัดสินยังขาดความชัดเจนว่าการจำกัดเขตอำนาจของรัฐจะใช้ขอบเขตของการกระทำของภาคีหรือพันธุสัตว์ที่ต้องการจะคุ้มครองเป็นหลักในการจำกัด

ประการต่อมา การที่ไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดขอบเขตของเขตอำนาจรัฐไว้ในมาตรา XX ทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตีความมาตรา XX โดยดูจากประวัติศาสตร์การร่างมาตรา XX ซึ่งการใช้ประวัติการร่างมีความสำคัญน้อยในแง่กฎหมายระหว่างประเทศ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วการตีความสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งหลายจะต้องตีความตามหลักทั่วไปของการตีความสนธิสัญญาตามที่กำหนดในมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา และวิธีเสริมในการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 32 โดยมาตรา 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ กำหนดถึงวิธีที่ช่วยในการค้นหาความหมายที่แท้จริงแห่งถ้อยคำในสนธิสัญญาได้ในฐานะที่เป็นวิธีเสริม เมื่อวิธีการตีความโดยพิจารณาถ้อยคำในสนธิสัญญา บริบท ต่าง ๆ แห่งถ้อยคำนั้นตลอดจนวัตถุประสงค์หรือความมุ่งประสงค์แล้วยังปรากฏว่าถ้อยคำเช่นว่านั้นยังมีความคลุมเครือหรือไม่ชัดเจนหรือไม่ชัดเจนเห็นได้ชัดเจนนว่าไร้สาระหรือไม่มีเหตุผล⁸⁰ รายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาตามมาตรา 32 โดยไม่ได้พิจารณาถึงมาตรา 31 ถึงแม้ว่ามาตรา XX จะมีถ้อยคำที่คลุมเครือหรือไม่ชัดเจน แต่มาตรา 32 เป็นเพียงวิธีเสริมในการตีความค้นหาความหมายของถ้อยคำมิใช่วิธีหลักในการตีความคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงควรพิจารณาตาม

⁷⁹Tuna-Dolphin I, para. 5.26.

⁸⁰Article 32: Supplementary means of interpretation

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

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to result which is manifestly absurd or unreasonable

มาตรา 31 เสียก่อน เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาประวัติการร่างในฐานะเป็นวิธีเสริมในการตีความ จึงเห็นว่าประวัติมาตรา XX (b) มีจุดมุ่งหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการเพื่อสุขอนามัย และปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืชภายในเขตอำนาจของรัฐ สาเหตุที่ในคดี Tuna-Dolphin I นำประวัติการร่างเกณฑ์มาใช้ในการตีความ เพราะในขณะนั้นยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมปรากฏอยู่ มีเพียงแต่มติขององค์การสหประชาชาติที่ 44/225 (1989) และ 46/215 (1991) ว่าด้วยการเก็บมิให้ใช้แหวนบางประเภทในทะเลหลวง ซึ่งห้ามใช้เครื่องมือจับปลาบางประเภท โดยไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เชื่อถือได้รับรองความจำเป็นเสียก่อน ซึ่งสถานะทางกฎหมายของมติองค์การสหประชาชาติก็ยังไม่ชัดเจน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงตีความเฉพาะในเกณฑ์เท่านั้น ทำให้นักวิชาการบางคนเห็นตรงข้ามว่าคณะกรรมการเตรียมการและข้อความอื่น ๆ ของมาตรา XX แสดงถึงความกังวลทั้งทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพของคนภายในประเทศและระหว่างประเทศโดยเท่าเทียมกัน⁸¹

กรณีสอง Tuna-Dolphin II รายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้มุ่งเน้นไปที่แง่มุมของอาณาเขตในการใช้เขตอำนาจของรัฐ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าไม่มีเหตุผลใดที่สนับสนุนว่าข้อกำหนดมาตรา XX (g) ใช้เฉพาะกับนโยบายเกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ที่ตั้งอยู่ภายในอาณาเขตของภาคีที่กล่าวอ้างมาตรา XX เท่านั้น⁸²

ความแตกต่างระหว่างรายงานคำตัดสินของทั้งสองคดีที่เห็นตรงจุดนี้ คือ Tuna-Dolphin I มุ่งเน้นไปที่การใช้มาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนอกเขตอำนาจของรัฐ ในขณะที่ในคดี Tuna-Dolphin II เกี่ยวกับการใช้มาตรการทางการค้านอกอาณาเขตของรัฐ โดยใช้กฎหมายภายในประเทศเป็นจุดมาตรฐานในการตัดสินเรื่องเขตอำนาจรัฐโดยอาศัยหลักดินแดนวิเคราะห์ประเด็นทั้งหมด⁸³ เมื่ออ่านรายงานของทั้งสองคดีก็จะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและเกิดความสับสนได้ เพราะการใช้อำนาจนอกอาณาเขตของรัฐอาจจะอยู่ในเขตอำนาจของรัฐตนได้ เช่น การบังคับใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งกับเรือที่สัญชาติตนที่ได้เดินทางไปยังน่านน้ำของประเทศอื่น

⁸¹Steve Charnovitz, "Exploring the Environmental Exceptional GATT Article XX," *Journal of World Trade*, 25 (1991) : 52.

⁸²Tuna-Dolphin II, para. 5.20.

⁸³Aaditya Mattoo and Petros C. Mavrodیس, "Trade, Environment and the WTO : The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT," in *International Trade Law and The Evolution of the GATT/WTO Dispute settlement System*, (Kluwer law International, 1997), p.331.

คำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin II วิเคราะห์ว่ามาตรา XX ยินยอมให้รัฐใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนอกอาณาเขตของประเทศได้ เนื่องจากว่าไม่มีถ้อยคำใดในมาตรา XX ที่กำหนดถึงที่ตั้งของทรัพยากรธรรมชาติไว้ว่าอยู่ในอาณาเขตของภาคีที่กล่าวอ้างหรือไม่ ซึ่งให้เห็นว่ามาตรการการค้าเพื่อคุ้มครองปลาโลมาในบริเวณน่านน้ำระหว่างประเทศแก่ตตอนุญาตให้กระทำได้ภายในเขตอำนาจของตนเหนือบุคคลและเรือประมงสัญชาติตน แต่ต้องเป็นมาตรการทางการค้าที่ทำให้การคุ้มครองและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเกิดผลขึ้นมาโดยตรง แกตตไม่ยินยอมให้ใช้มาตรการการค้าที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทางสิ่งแวดล้อมเกิดผลได้โดยการบังคับให้ประเทศอื่นยอมรับนโยบายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของตน ซึ่งตามคดีนี้ การจำกัดการค้าของสหรัฐฯ เป็นการบังคับในลักษณะดังกล่าว ฉะนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าการห้ามการนำเข้าของสหรัฐฯ ขัดต่อแกตตเพราะว่ารูปแบบวิธีการบังคับใช้กฎหมาย แต่คณะกรรมการมิได้กำหนดว่าการจำกัดการค้าอย่างใดที่แกตตยินยอมให้กระทำได้

การตีความมาตรา XX อย่างเคร่งครัด ทำให้คำตัดสินถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าการจำกัดการค้านอกเขตอำนาจของรัฐจะสามารถทำได้เพียงใด ถึงแม้ว่าใน Tuna-Dolphin II จะตีความมาตรา XX ไว้กว้างกว่าก็ตาม แต่ยังมีข้อโต้เถียงว่าแกตตยินยอมให้จำกัดการค้าภายใต้ข้อตกลงสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศหรือไม่⁶⁴ ฉะนั้นการจะใช้อำนาจนอกอาณาเขตของรัฐตาม Tuna-Dolphin II ได้จะต้องดูในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศ หากมีกฎหมายในขณะนั้นที่เป็นความตกลงพหุภาคีร่วมกันเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ก็สามารถบังคับกฎหมายที่อิงตามความตกลงดังกล่าวมาใช้นอกอาณาเขตของรัฐได้

ระบบการค้าพหุภาคีของแกตตไม่มีบทบัญญัติใดที่เกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐโดยตรง การจำกัดเขตอำนาจของรัฐถูกกำหนดโดยหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ กรอบของแกตตสันนิษฐานว่าภาคีแกตตจะกระทำการใด ๆ โดยสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ตนเข้าผูกพัน โดยคำนึงถึงเรื่องเขตอำนาจของรัฐ การใช้อำนาจนอกอาณาเขตของรัฐที่ถูกใช้ใน Tuna-Dolphin II ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการใช้มาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมว่าเป็นการใช้เขตอำนาจของรัฐโดยถูกต้องหรือมีความชอบธรรมตามกฎหมายหรือไม่ และในหลายๆ ครั้งก็มีอาจป้องกันรัฐจากการใช้อำนาจนอกอาณาเขตของรัฐได้ (ตามหลักสัญชาติ) แต่ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่าการใช้เขตอำนาจนอกอาณาเขตของรัฐ (extraterritorial jurisdiction) มีความชอบธรรมหรือไม่ กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการตัดสินเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐ อย่างเช่นในการตีความขัดแย้งระหว่างความตกลงพหุภาคีว่าด้วย

⁶⁴Ernst-Ulrich Petermann, "International Trade Law and International Environmental Law," *Journal of World Trade*, 27 (1993) : 43-81

Betsy Baker, "Protection, not Protectionism : Multilateral Environmental Agreement and The GATT," *Vanderbilt Journal Transnational Law*, (1993) : 437-468.

สิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements) กับแกตต์ว่าสถานะของ MEAs ภายใต้ระบบของแกตต์เป็นอย่างไรโดยจะกล่าวในประเด็นต่อไป

ค. ผลของการตีความมาตรา XX ต่อมาตรการทางการค้าตามความตกลงพหุภาคีว่าด้วยสิ่งแวดล้อม (MEAs)

ความเกี่ยวพันระหว่าง MEAs กับการตีความมาตรา XX ของแกตต์ถูกยกขึ้นมาเป็นข้อวิพากษ์วิจารณ์หลังจากมีคำตัดสินในคดี Tuna-Dolphin โดยเฉพาะกลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเห็นว่าคำตัดสินในคดี Tuna-Dolphin อาจทำให้ MEAs ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามนำเข้าหรือห้ามการส่งออกสัตว์ พืชหรือสารเคมีที่มีอันตรายบางชนิดอาจถูกตีความว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติของแกตต์ได้ ทำให้ MEAs เหล่านั้นไร้ประสิทธิภาพได้ ตัวอย่างเช่นความพยายามของรัฐสมาชิกในสนธิสัญญามอนทรีออลเพื่ออนุรักษ์ชั้นบรรยากาศโอโซนของโลกโดยอนุญาตให้รัฐสมาชิกห้ามนำเข้าสินค้าที่บรรจุ CFCs จากรัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสนธิสัญญา หรือในกรณีอนุสัญญาไซเตส ที่ไม่มีการจำกัดความสามารถของภาคีในการใช้มาตรฐานในการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ที่เข้มงวดกว่าโดยฝ่ายเดียว ภาคีของไซเตสก็สามารถบังคับใช้ข้อกำหนดของไซเตสกับประเทศนอกภาคีได้ ซึ่งส่งผลตามมาว่า ข้อกำหนดของไซเตสอาจขัดแย้งต่อพันธกรณีแกตต์ได้ เพราะไซเตสอนุญาตให้ภาคีคุ้มครองพันธุ์สัตว์ที่ไม่ได้อยู่ภายในประเทศตน (non-domestic species) โดยการจำกัดจำนวน ซึ่งหากพิจารณาจากคำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin ที่ไม่ปรากฏว่าข้อยกเว้นมาตรา XX มีไว้สำหรับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไปได้ และคุ้มครองพันธุ์สัตว์ ฉะนั้นหากข้อกำหนดตามไซเตสไม่อยู่ภายใต้มาตรา XX ย่อมทำให้ภาคีไซเตสที่กระทำการจำกัดการค้าสินค้าของภาคีแกตต์ที่มีได้เป็นภาคีไซเตสด้วยอาจขัดต่อหลักการห้ามจำกัดจำนวน (มาตรา XI) ของแกตต์ได้

ข้อวิพากษ์วิจารณ์ของนักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมดังกล่าวไม่ได้เกินความจริง เพราะเจ้าหน้าที่ของแกตต์เองก็ได้ยอมรับว่าความขัดแย้งระหว่างบทบัญญัติมาตรา XX กับ MEAs นั้นเมื่ออยู่จริง แต่ยังไม่มีความชัดเจนข้อพิพาทมาให้แกตต์/WTO ตัดสิน และในรายงานแกตต์ฉบับนั้นก็แสดงความเห็นว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญามอนทรีออลที่ยินยอมให้มีการเลือกปฏิบัติต่อรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกเพื่อป้องกันปัญหา free rider นั้นเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นตามความหมายของมาตรา XX⁶⁵

⁶⁵Steve Chanovitz, "GATT and the Environment : Examining the issues," *International Environmental Affairs*, 203(1992) แต่ Jackson ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับบทความของ Chanovitz ว่ามองข้ามประเด็นการตีความสนธิสัญญา อยู่ใน John H. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies : Congruence of Conflict ?," *Washington and Lee Law Review*, 49 (Fall 1992)

ในกรณีพิพาทสหรัฐาได้อ้างถึงอนุสัญญาไซเตส และข้อตกลงพหุภาคี
 ทวิภาคีมากมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีของแกตต์ที่เป็นภาคีของข้อตกลงเหล่านั้น⁸⁶ ซึ่ง
 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกล่าวว่าจะต้องกำหนดขอบเขตของสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตีความบริบท
 ของแกตต์ในลำดับแรกก่อน⁸⁷ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ได้สรุปว่า ตามมาตรา 31 ของอนุสัญญา
 กรุงเวียนนาว่าข้อตกลงต่าง ๆ ที่สหรัฐาอ้างไม่เกี่ยวข้องกับแกตต์ โดยเห็นว่าข้อตกลงต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็
 นข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีที่กล่าวอ้างโดยรัฐภาคีนั้นไม่ได้มาจากความเห็นชอบของภาคีแกตต์ทั้งหมด จึงไม่
 สามารถนำข้อตกลงดังกล่าวมาใช้ประกอบในการตีความแกตต์⁸⁸

ข้อสรุปของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่ว่า MEAs จะเกี่ยวพันกับ
 การตีความบทบัญญัติของแกตต์ได้จะต้องเป็นความตกลงที่ได้รับการยอมรับจากภาคีแกตต์ทั้งหมดเท่านั้น ซึ่ง
 ปรากฏว่าเป็นการไม่สอดคล้องกับมาตรา 31 (3)(c) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ที่ยอมรับถึงส่วนประกอบ
 อื่น ๆ ที่เกี่ยวพันกับสนธิสัญญาว่าสามารถนำมาใช้ในการตีความฐานะเป็นบริบทของสนธิสัญญา อันได้แก่

- ข้อตกลงที่ทำขึ้นภายหลังของภาคีหรือ
- ทางปฏิบัติใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังเนื่องจากการใช้บังคับสนธิสัญญาที่มี
 ปัญหาในการตีความ
- รวมทั้งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความ
 สัมพันธ์ระหว่างภาคี (parties) จะต้องนำมาใช้ในการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างภาคี

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตีความหมายถึงเฉพาะข้อตกลงหรือ
 สนธิสัญญาฉบับหลังที่ตกลงระหว่างภาคีแกตต์ทั้งหมด (all parties) ไม่ได้หมายถึงข้อตกลงระหว่างภาคีที่
 พิพาทเท่านั้นที่จะนำมาประกอบการตีความแกตต์ได้ จึงไม่อยู่ภายใต้มาตรา 31 (3)(c) ซึ่งคำว่า "ภาคี" ที่
 บัญญัติอยู่ในมาตรา 31(3)(c) ดูเหมือนว่าจะกล่าวถึงเฉพาะภาคีคู่พิพาทเท่านั้นมิใช่ภาคีทั้งหมดของสนธิสัญญา
 ฉะนั้นหากแกตต์ตีความในแบบหลังข้อกำหนดภายใต้อนุสัญญาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศอาจได้รับการ
 พิจารณาให้นำมาใช้ประกอบในการตีความบริบทแกตต์ได้⁸⁹

⁸⁶Tuna-Dolphin I, para. 3.14,3.21-3.34.

⁸⁷Tuna-Dolphin I, para 5.18.

⁸⁸Tuna-Dolphin I, para 5.19.

⁸⁹Charles R. Fletcher, "Greening World Trade : Reconciling GATT and Multilateral
 Environmental Agreements within the Existing World Trade Regime," Journal of
 Transnational Law and Policy, 5/2 (1996) : 357.

นอกจากนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังปฏิเสธข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการนำ MEAs มาใช้ในฐานะที่เป็นทางปฏิบัติใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังเนื่องจากการใช้บังคับสนธิสัญญาที่มีปัญหาในการตีความ เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าทางปฏิบัติของรัฐในการใช้บังคับ MEAs ไม่ใช่ทางปฏิบัติภายใต้ภาคี⁹⁰ เป็นการตีความที่แคบเกินไปและไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนา⁹¹ อย่างไรก็ตามก็ตามคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ไม่ได้พิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติภาคีกับ MEAs ตามมาตรา 30 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้บังคับสนธิสัญญาหลายฉบับต่อเนื่องกันและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกัน โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทควรจะพิจารณาตามมาตรา 30 มากกว่ามาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา เพราะมาตรา 30⁹² ดูเหมือนจะมีความเกี่ยวพันกันกรณีปัญหามากกว่ามาตรา 31 มาตรา 30(3) กำหนดว่าเมื่อคู่พิพาทเป็นภาคีของสนธิสัญญาฉบับก่อนต่างเป็นภาคีของสนธิสัญญาฉบับหลัง ไม่ว่าจะสนธิสัญญาฉบับก่อนจะสิ้นสุดหรือระงับการใช้ไว้ชั่วคราวตามมาตรา 59 สนธิสัญญาฉบับก่อนย่อมมีผลใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาฉบับหลัง มาตรา 30(4) กำหนดว่าเมื่อภาคีสนธิสัญญาฉบับก่อนไม่ได้เป็นภาคีทั้งหมดของสนธิสัญญาฉบับหลัง

ก. ในความสัมพันธ์ระหว่างภาคีทั้งหลายของสนธิสัญญาทั้งสองกฎเกณฑ์ที่ใช้คือกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ใน (3)

ข. ในความสัมพันธ์ระหว่างภาคีหนึ่งของสนธิสัญญาทั้งสองกับภาคีหนึ่งของสนธิสัญญาฉบับหนึ่ง ในบรรดาสนธิสัญญาเหล่านี้สนธิสัญญาที่ภาคีทั้งสองเป็นภาคีย่อมเป็นสนธิสัญญาที่ใช้บังคับแก่สิทธิและหน้าที่ระหว่างภาคีทั้งสองนั้น

⁹⁰Tuna-Dolphin II, para. 5.19.

⁹¹Aaditya Mattoo and Petros C. Mavroidis, *International Trade Law and The Evolution of the GATT/WTO Dispute Settlement System*, pp. 329-332.

⁹²Article 30 : Application of successive treaties relating to the same subject-matter...

(3) When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is no terminated or suspend in operation under article 3, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the late treaty....

(4) When the parties to the later treaty do not induce all the parties to the earlier one :

(a) As between states parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3,

(b) As between a state party to both treaties and a state party to only one of the treaties, the treaty to which both states are parties governs their mutual might and obligation...."

น้อย เพราะฉะนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงตีความเฉพาะบทบัญญัติเกณฑ์เท่านั้น เพราะเรื่อง ทรัพยากรร่วมของโลกในขณะนั้นยังไม่มีปรากฏอยู่ที่อื่น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงไม่สามารถตีความ กว้างรวมถึง MEAs ได้ด้วย

ต่อมาในคดีสหรัฐฯห้ามนำเข้ากุ้งทะเลจากประเทศที่ไม่มีโครงการอนุรักษ์ เต่าทะเล องค์การอุทธรณ์ได้อาศัย MEAs และ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลมาใช้ในการตีความ ซึ่งแตกต่าง จากคดี Tuna-Dolphin ที่ปฏิเสธการนำ MEAs มาใช้ ถึงแม้ว่าคำตัดสินคดีกุ้งทะเลจะมุ่งเน้นไปที่เรื่องการใช้ มาตรการฝ่ายเดียว แต่คำตัดสินก็ให้ความสำคัญแก่ MEAs ด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้ว่า MEAs เข้ามามีผล ต่อตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นการยืนยันว่า MEAs มีความ สำคัญในการแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อม คำตัดสินนี้เป็นนิมิตหมายอันดีสำหรับการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง ระหว่าง MEAs กับเกณฑ์⁹⁶

ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า การเข้าร่วมดำเนินการใน MEAs ของภาคีเกณฑ์ อาจทำให้เกิดการบังคับใช้กฎเกณฑ์ตาม MEAs มาสร้างน้ำหนักให้แก่การใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองทรัพยากร ร่วมของโลก เช่น ปลาโลมา ชั้นบรรยากาศ เต่าทะเล ได้มากขึ้น ซึ่งหมายความว่าภาคีเกณฑ์สามารถออก กฎหมายอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตของรัฐตนได้ หากกฎหมายดังกล่าวตั้งอยู่บนหลักกฎหมาย ที่กำหนดไว้ใน MEAs และถือว่าเป็นวิธีที่เคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ๆ เพราะ MEAs เกิดขึ้นจาก ความร่วมมือระหว่างประเทศมิใช่มาตรการที่เกิดจากประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามก็เกิดปัญหา ตามมาสำหรับกรณีที่ว่าหากประเทศหนึ่งเป็นภาคี MEAs ฉบับหนึ่งแต่อีกประเทศหนึ่งมิได้เป็นภาคี ดังนี้ ประเทศที่เป็นภาคี MEAs ฉบับนั้นย่อมไม่สามารถนำมาตรการตาม MEAs มาใช้กับประเทศที่มีใช่ภาคีได้ เพราะเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น และในทำนองเดียวกันประเทศที่ไม่ใช่ภาคีย่อมไม่สามารถอ้าง MEAs มาเป็นพื้นฐานสำหรับตนในการใช้มาตรการตาม MEAs ได้ เนื่องจากเป็นไปตามหลักกฎหมายสนธิ สัญญาที่ว่าสนธิสัญญาผูกพันเฉพาะกับภาคีสัญญา และจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ภายใต้สนธิสัญญา สำหรับรัฐที่มีได้เป็นภาคี

⁹⁶Jill Lynn, "Achieving a Balance Between Trade and the Environment : The Need to Amend the WTO/GATT to GATT to include Multilateral Environmental Agreements," *Law and Policy International Business*, 901 (1997) cited in Joseph Robert Berger, "Unilateral Trade Measures to conserve the World's Living Resources : An Environmental Breakthrough for the GATT In the WTO Sea Turtle Case," *Columbia Journal of Environmental Law*, 24,355 (1999) : 370.

ง. ความแตกต่างในการตีความมาตรา XX ของคดี Tuna-Dolphin I และ II

ถึงแม้ว่าคดี Tuna-Dolphin I และ II จะมีผลคำตัดสินออกมาเหมือนกันก็ตาม แต่ก็มีเหตุผลของคำตัดสินแตกต่างกัน⁹⁷ ดังนี้

1) Tuna-Dolphin II กลับคำตัดสินของ Tuna-Dolphin I ในประเด็นการตีความมาตรา XX จากที่ Tuna-Dolphin I ตีความว่าข้อยกเว้นมาตรา XX ไม่สามารถใช้กับมาตรการการค้าเพื่อคุ้มครองสุขภาพหรือชีวิต สัตว์ มนุษย์ พืชนอกเขตอำนาจรัฐได้ แต่ใน Tuna-Dolphin II ตีความว่ามาตรา XX สามารถใช้กับมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตของรัฐได้ การตีความขยายความเช่นนี้เป็นการเปิดโอกาสให้สหรัฐสามารถใช้มาตรการฝ่ายเดียวเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของโลกได้ง่ายขึ้น แต่ Tuna-Dolphin II ยังคงปฏิเสธที่จะนำ MEAs เข้าพิจารณาในการตีความเกณฑ์

2) Tuna-Dolphin II วางหลักเกณฑ์ในการตีความมาตรา XX (b) (g) เป็นขั้นตอนที่ละเอียดและชัดเจนกว่า Tuna-Dolphin I โดยแบ่งขั้นตอนในการพิจารณาออกเป็นสามขั้นตอน ดังที่กล่าวมาแล้วในคำตัดสินคดี Tuna-Dolphin II

3) รายงานคดี Tuna-Dolphin II เน้นไปที่มาตรการกฎหมายของสหรัฐ ที่บังคับให้ประเทศอื่นเปลี่ยนแปลงนโยบายอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ดังจะเห็นได้จากการตีความมาตรา XX (b) (g) โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตีความคำว่า "relating to" และ "conjunction with" มาตรา XX (g) ว่าหมายถึงวัตถุประสงค์หลัก (primarily aimed at) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเห็นว่ามาตรการ MMPA ที่บังคับให้ประเทศอื่นเปลี่ยนแปลงนโยบายของตนมิใช่วัตถุประสงค์หลักในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สูงลิ้นได้ ส่วนมาตรา XX(b) Tuna-Dolphin II เห็นด้วยกับการตีความของ Tuna-Dolphin I ที่ตีความคำว่า "จำเป็น" หมายถึงไม่มีทางเลือกอื่นใดอีกแล้ว (no alternative measure) หากภาคีไม่มีมาตรการใดที่สอดคล้องกับเกณฑ์แล้ว ภาคีต้องใช้มาตรการที่ขัดต่อเกณฑ์น้อยที่สุด แต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ได้ชี้ให้เห็นว่ามาตรการใดที่สามารถใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล และขัดต่อเกณฑ์น้อยกว่าเพื่อให้สหรัฐบรรลุวัตถุประสงค์ของ MMPA ได้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาแต่เพียงว่ามาตรการที่บังคับให้ประเทศอื่นเปลี่ยนแปลงนโยบายและจุดมุ่งหมายของตนเพื่อให้ MMPA เกิดประสิทธิภาพมิใช่มาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (b)

⁹⁷Donal M Goldberg, "GATT Tuna-Dolphin II : Environmental Protection Continues to Clash with Free Trade," Center for International Environmental Law (June,1994) (available from www.econet.apc.org/ciel/dgdiio.html).



ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างคดี Tuna-Dolphin I และ II

ประเด็น	Tuna-Dolphin I	Tuna-Dolphin II
1. การตีความมาตรา XX	พิจารณาจากประวัติการร่าง	ประวัติการร่างและอนุสัญญากรุงเวียนนา
2. มาตรา XX (b) "necessary"	No alternative measures Least GATT inconsistent	No alternative measures Least GATT inconsistent
3. มาตรา XX (g) "relating to" "exhaustible"	Primarily aimed at ไม่ได้ตัดสินประเด็นนี้ไว้	Primarily aimed at ไม่ได้ตัดสินประเด็นนี้ไว้
4. extraterritorial	ห้ามใช้นอกเขตอำนาจรัฐ extra-jurisdictionality ⁹⁸	ใช้นอกอาณาเขตของรัฐได้ extra-territorial ⁹⁹
5. มาตรา III หรือ XI	มาตรา III ใช้กับ Product เท่านั้น นั้นไม่รวมถึง PPMs	มาตรา III ใช้กับ Product เท่านั้น นั้นไม่รวมถึง PPMs
6. ประเด็นเรื่อง MEAs	มีการอ้างถึงอนุสัญญาไซเตส แต่ ปลาโลมามีได้อยู่ในสายพันธุ์ตาม ภาคผนวกของอนุสัญญา	มีการอ้างถึงอนุสัญญาสิ่งแวดล้อม ล้อมหลายฉบับ แต่ Panel ปฏิเสธที่จะนำมาประกอบการ พิจารณาคดี

3.4.2 การใช้มาตรการทางการค้าโดยฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลก

การเลือกปฏิบัติของสหรัฐฯตามบทบัญญัติของ MMPA ต่อประเทศอื่นแสดงให้เห็นถึงกระบวนการทางการเมืองของสหรัฐฯ (Political Process)¹⁰⁰ ว่าอุตสาหกรรมทูน่าของสหรัฐฯและองค์กร

⁹⁸Tuna-Dolphin I, para. 5.26.

⁹⁹Tuna-Dolphin II, para. 5.20.

¹⁰⁰ตัวอย่างเช่นการจูงใจขององค์กรสิ่งแวดล้อมที่มีอิทธิพลต่อนโยบายของรัฐบาลสหรัฐฯโดยมีการโฆษณาเต็มหน้ากระดาษถึงองค์กรสิ่งแวดล้อม 15 องค์กรเตือนว่าเกดดีท์ทำลาย "Dolphin safe" ของสหรัฐฯ และทำลายกฎหมายควบคุมยาฆ่าแมลง ทั้งนี้ยังกระตุ้นให้ประชาชนเขียนหนังสือไปยัง Capital Hill, ทำเนียบขาวและประธานาธิบดีของ EC และเพื่อแสดงการต่อต้าน อีกทั้งเป็นข้อเสนอในการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย "Sabotage of American's Health, Food Safety and Environmental Laws," *Wash. Post* (22 April 1992) : A18 (Dorothy J. Black, "International Trade V. Environmental Protection : The case

สิ่งแวดลอมต่างเข้าไปมีอิทธิพลเหนือสมาคมเกรส กล่าวคือ แม้สมาคมเกรสจะออกกฎหมาย MMPA มาบังคับใช้แล้วก็ตามชาวประมงยังคงใช้วิธีจับปลาในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกตะวันออกเขตร้อนอยู่ ซึ่งขัดต่อบทบัญญัติของ MMPA ที่ทำให้ปลาโลมาถูกฆ่ามากกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ กลุ่มสิ่งแวดลอมซึ่งเรียกว่า Earth Island Institute จึงนำคดีมาฟ้องศาล¹⁰¹ ศาลรัฐบาลกลางจึงมีคำสั่งห้ามนำเข้าปลาทูน่าและผลิตภัณฑ์ทูน่าจากเม็กซิโกและผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าเข้าไปขายในตลาดสหรัฐฯได้ เม็กซิโกจึงนำข้อพิพาทมาให้แกดต์ช่วยตัดสิน¹⁰²

มาตรการทางการค้าที่สหรัฐฯห้ามนำเข้าปลาทูน่านั้นเป็นมาตรการจำกัดการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดลอมที่เป็นทรัพยากรร่วมของโลก ซึ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงนโยบายทางสิ่งแวดลอมของประเทศที่ก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดลอม จึงทำให้รัฐบาลเม็กซิโกต้องยอมเปลี่ยนแปลงวิธีการในการประมงหรือหยุดใช้อวนล้อมจับในบริเวณ ETP เนื่องจากสหรัฐฯเป็นประเทศที่มีอำนาจมากในทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะเป็นคู่ค้าที่สำคัญของเม็กซิโก ประเด็นปัญหาสำคัญทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศของกรณีพิพาทนี้คือการใช้มาตรการฝ่ายเดียวทางการค้าของสหรัฐฯที่อ้างว่าเป็นการกระทำเพื่อคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลกมาตรการดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติของแกดต์หรือไม่

คำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin I และ II ต่างตัดสินว่าสหรัฐฯไม่สามารถใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลกได้ ซึ่งก็หมายความว่ามาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าที่จับโดยวิธีประมงที่ทำให้ปลาโลมาติดอวนตายมากเกินไปเกินมาตรฐานที่กฎหมาย MMPA กำหนดไม่เข้าข่ายได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX ทำให้คำตัดสินถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงในหน้าหนังสือพิมพ์โดยนักอนุรักษ์สิ่งแวดลอมและกลุ่มผลประโยชน์ในสหรัฐฯ¹⁰³

of the U.S. Embargo on Mexican Tuna," *Law and Policy in International Business* 24 (1992) : 145).

¹⁰¹ Earth Island V. Mosbacher 746 F. Supp.946.

¹⁰² Daniel C. Esty, *Greening the GATT : Trade, Environment and The Future* (Institute for International Economics, 1994), p.30.

¹⁰³ ตัวอย่างเช่น Stuart Auerbach, "Raising a Roar over a Ruling," *Wash. Post* (1 October 1991) : D1.

Lori Wallad, " Sorry, Flipper, Your life is Suddenly a Net Loss," *N.Y. Newsday* (13 October 1991) : 18 cited in Matthew Hunter Hurlock, *The GATT, US law and The Environment : A proposal to Amend the GATT in light of The Tuna-Dolphin Decision,* *Columbia law Review* 92(1992) : 2130.

โดยในคดี Tuna-Dolphin I ตัดสินว่าการใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยการจำกัดการค้านอกเขตอำนาจของรัฐขัดต่อหลักของแกตต์ ศาสตราจารย์ Jackson ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายการค้ามีความเห็นว่าการไม่เคยตีความมาตรา XX ของแกตต์เพื่อให้รัฐภาคีสามารถออกกฎหมายไปคุ้มครองชีวิตและอนามัยของมนุษย์ สัตว์หรือพืชซึ่งอยู่นอกอาณาเขตของรัฐ ปัญหาเรื่องการตีความมาตรา XX เป็นปัญหาที่ผิดพลาดและเกิดอันตรายได้ง่าย โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงปัญหาที่ว่ารัฐภาคีที่เข้มแข็งและร่ำรวยมากกว่าประเทศที่จะให้รัฐภาคีอื่นรับเอาความคิดเห็นเกี่ยวกับนโยบายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือนโยบายทางสังคมไปใช้ในรัฐภาคีที่กำลังพัฒนาและอ่อนแอกว่า¹⁰⁴ ซึ่งประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างเกรงกลัวต่อลัทธิกีดกันการค้าที่มาในรูปแบบของมาตรการทางการค้าฝ่ายเดียวของสหรัฐฯ โดยเฉพาะเมื่อมาตรการของสหรัฐฯได้รับการสนับสนุนให้เข้มแข็งมากขึ้น¹⁰⁵ ยิ่งภายหลังคำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin II ได้ผ่อนคลายความเข้มงวดของมาตรา XX ลงไปโดยตัดสินว่าทรัพยากรธรรมชาติตามมาตรา XX(g) ไม่จำเป็นต้องอยู่ในอาณาเขตของรัฐภาคีที่อ้างมาตรา XX(g)¹⁰⁶ ทำให้เปิดโอกาสกับประเทศมหาอำนาจในการใช้มาตรการฝ่ายเดียวได้ง่ายมากขึ้น จนกระทั่งคดีพิพาทเรื่องสหรัฐฯห้ามนำเข้ากุ้งทะเลและผลิตภัณฑ์กุ้งทะเลจากประเทศที่ไม่มีโครงการอนุรักษ์เต่าทะเลเทียบเท่าสหรัฐฯ โดยองค์การอุทธรณ์ตัดสินผ่อนคลายความเข้มงวดลงมาอีกโดยเห็นว่าควรตีความมาตรา XX (g) ในลักษณะร่วมสมัย ดังนั้นทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไปได้จึงไม่จำกัดอยู่เฉพาะทรัพยากรที่ไม่มีชีวิตแต่รวมถึงทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิตด้วยและไม่จำกัดว่าต้องเป็นทรัพยากรในอาณาเขตของรัฐ¹⁰⁷ ผลของคำตัดสินดังกล่าวย่อมเปิดช่องให้แก่สหรัฐฯในการใช้มาตรการการค้าโดยฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองทรัพยากรร่วมของโลกเป็นเครื่องมือในการบีบบังคับประเทศที่มีอำนาจต่อน้อยกว่าจำต้องปฏิบัติตามกฎหมายของตนได้อย่างชอบธรรมในอนาคต

ผลของคำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin I และ II แสดงให้เห็นว่าแกตต์ไม่ปรารถนาให้มีลัทธิเอกภาคินิยม (Unilateralism) กล่าวคือ หากแกตต์ยินยอมให้ภาคีใช้มาตรการฝ่ายเดียวโดยการจำกัด

¹⁰⁴John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, "GATT and The Environment" Legal Problem of international Economic Relations Case Material and Text, pp. 559-594.

¹⁰⁵เมื่อสภาองเกรสแก้ไขกฎหมายมาตรา 301 ของพระราชบัญญัติทางการค้าเป็นกฎหมายการค้าฉบับใหม่เรียกว่า "The Omnibus Trade and Competitive Act" โดยมีบทบัญญัติให้ฝ่ายบริหารดำเนินการกับประเทศคู่ค้าตั้งแต่ปี 1984 เป็นต้นมา ผู้แทนการค้าสหรัฐฯ (USTR) ได้จัดทำรายงานและระบุรายละเอียดว่าประเทศคู่ค้าของสหรัฐฯรายใดบ้างกำลังทำความผิดตามมาตรา 301 และเรียกร้องให้แก้ไขการกระทำดังกล่าวให้ถูกต้อง หากไม่ยอมทำตามก็จะถูกตอบโต้จากฝ่ายบริหารของสหรัฐฯ

¹⁰⁶Tuna-Dolphin II, para 5.20.

¹⁰⁷United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp products, WT/DS58/AB/R ,12 October 1998.

การค้าซึ่งไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับกฎหมายของตนภายในเขตอำนาจภาคีและมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับใช้มาตรฐานที่กำหนดโดยกฎหมายของตนเพื่อบังคับประเทศอื่นยอมทำให้เกิดความวุ่นวายทางการค้าโดยไม่มีที่สิ้นสุดและเป็นการทำลายความร่วมมือระหว่างประเทศ จึงมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าลัทธิเอกภาคีนิยมของสหรัฐเป็นลัทธิการค้าอาณานิคมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Imperialism)¹⁰⁸ และการใช้มาตรการฝ่ายเดียวของสหรัฐถูกประณามอย่างรุนแรงว่าสหรัฐ ทำตัวเป็นผู้ชี้ขาดทางสิ่งแวดล้อมของโลก (Environmental Dictator)¹⁰⁹ คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมุ่งที่จะใช้วิธีการเจรจาหรือความร่วมมือระหว่างประเทศมากกว่าการใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพราะเกรงว่าหากปล่อยให้มีการใช้มาตรการฝ่ายเดียวโดยประเทศใดประเทศหนึ่งก็จะทำให้เป็นการทำลายความร่วมมือระหว่างภาคีของแกตต์ที่ต้องการรักษาการเปิดตลาดและการใช้มาตรการฝ่ายเดียวยังทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเพราะประเทศเพียงบางประเทศที่มีอำนาจสามารถกระทำการได้ตามที่ตนต้องการ

ถึงแม้ว่าประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจะเห็นว่าการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องที่จำเป็นและเร่งด่วน แต่การรีบแก้ไขปัญหาสีเขียวโดยไม่พิจารณาให้รอบคอบเสียก่อนอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากแก่ระบบการค้าพหุภาคีได้ การที่นำมาตรการทางการค้าเช่นการจำกัดการค้าโดยฝ่ายเดียวมาแก้ไขปัญหาสีเขียวเพราะเห็นว่ามาตรการทางการค้าเป็นเครื่องมือที่มีอยู่พร้อมแล้วและทำให้เกิดผลเสียน้อยเป็นสิ่งที่ง่ายเกินไป¹¹⁰ เพราะการใช้มาตรการฝ่ายเดียวไม่ได้เป็นเครื่องมือที่เหมาะสมที่สุดในการแก้ไขปัญหาสีเขียว สิ่งที่ควรคำนึงถึงคือกฎหมายของแกตต์ ตามบทบัญญัติแกตต์ แกตต์มิได้จำกัดอำนาจของรัฐสมาชิกในการออกกฎหมายหรือนโยบายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐตนให้ปลอดภัยจากความเสียหายที่เกิดจากการผลิตสินค้าภายในประเทศหรือการบริโภคสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือนำเข้าจากต่างประเทศ แต่ในกรณีปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการผลิตหรือการบริโภคในรัฐอื่น กฎของแกตต์ยังไม่ยินยอมให้มีการใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อบังคับให้ประเทศอื่นเปลี่ยนแปลงนโยบายสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นได้ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าสิ่งที่กฎเกณฑ์แกตต์จำกัดไม่ให้กระทำคือความพยายามของสหรัฐเพียงประเทศเดียวที่จะครอบงำนโยบายทางสิ่งแวดล้อมของรัฐสมาชิกอื่นโดยไม่ได้ใช้วิธีการเจรจาหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ แกตต์จำกัดการใช้มาตรการฝ่ายเดียวของสหรัฐ ที่ทำให้สินค้านำเข้าจาก

¹⁰⁸Financial Times (12 February, 1992) : 3 cited in Daniel C. Esty, Greening the GATT : trade, Environment, and the Future (Institute of International Economics, July 1994), p 143.

¹⁰⁹New York Times (3 May 1992) Section 3 หน้า 7 cited in Daniel C. Esty, Greening the GATT : Trade, Environment, and the Future, 143.

¹¹⁰Jonh H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Legal Problem of International Economic Relations Case Material and Text, p. 566.

ภาคีที่มีนโยบายสิ่งแวดล้อมแตกต่างจากตนเข้าถึงตลาดภายในของตนลดลงและเป็นข้ออ้างในการลดการแข่งขันจากการนำเข้า

โดยตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาสหรัฐฯได้ดำเนินนโยบายฝ่ายเดียวแบบก้าวร้าว (Aggressive Unilateralism)¹¹¹ โดยเฉพาะเรื่องของการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ¹¹² และกลุ่มสิ่งแวดล้อมของสหรัฐฯยังคงว่าการใช้มาตรการฝ่ายเดียวของสหรัฐฯว่าเป็นวิธีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสามารถสนับสนุนความพยายามของพวกเขาในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมในอนาคตได้ นอกจากนี้การดำเนินมาตรการฝ่ายเดียวของสหรัฐฯมักจะได้รับ การสนับสนุนจากภาคการเมืองและธุรกิจที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง

กล่าวโดยสรุปปัญหามาตรการฝ่ายเดียวเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อระบบการค้าพหุภาคีอย่างมาก การที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่าการใช้มาตรการฝ่ายเดียวของสหรัฐฯขัดต่อบทบัญญัติของแกตต์ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำตัดสินที่ชอบแล้วเพราะในปัจจุบันประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐฯได้ดำเนินนโยบายโดยฝ่ายเดียวโดยนำเรื่องสิ่งแวดล้อมและนโยบายทางสังคมมาเป็นข้ออ้างในการจำกัดการค้า อย่างเช่นที่ประเทศไทยเคยถูกจำกัดการค้ามาด้วยเหตุผลว่ามีการคุ้มครองทรัพยากรทางปัญญาไม่เพียงพอมาแล้ว และในอนาคตยังมีแนวโน้มว่าสหรัฐฯจะนำนโยบายทางสังคม เช่น เรื่องแรงงาน สิทธิมนุษยชนมาเป็นข้ออ้างเพิ่มขึ้นในอนาคต ฉะนั้นหากแกตต์ตัดสินว่าสหรัฐฯสามารถใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนอกอาณาเขตของรัฐได้แล้วยอมทำให้สหรัฐฯมีข้ออ้างสำคัญเพิ่มขึ้นอีกในการตอบโต้หรือบีบบังคับประเทศคู่ค้าทั้งนี้ประเทศต่างๆ ต่างตระหนักถึงปัญหาทรัพยากรร่วมของโลกว่าเป็นปัญหาสำคัญและเร่งด่วนแต่การแก้ปัญหาด้วยการใช้มาตรการฝ่ายเดียวเป็นเรื่องที่ง่ายเกินไป และเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น

¹¹¹Jagdish Bhagwati, Aggressive Unilateralism : An Overview, in Aggressive Unilateralism : America's 301, Trade Policy and The World Trading System 1. Restatement (Third) of Foreign Relations Law (1987) cited in Stanley M. Spracker David C. Lundsgaard, "Dolphin and Tuna : Renewed Attention on the Future of Free trade and Protection of The Environment," Columbia Journal of Environmental Law 21 (1993) : 408.

¹¹²Ted L. McDorman, "The GATT Consistency of U.S. Fish Import Embargoes to Stop Driftnet Fishing and Save Whales, Dolphins and Turtles," George Washington Journal of International Law and Economics 477,523 (1991) : 478-525.

3.4.3 การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตของรัฐในกรอบของอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล

ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเลกับการค้าระหว่างประเทศเห็นได้ชัดจากการใช้บังคับรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเลของสหรัฐอเมริกา นอกอาณาเขตของรัฐ หากการห้ามนำเข้าตามกฎหมาย MMPA ใช้บังคับภายในอาณาเขตของสหรัฐฯ หรือกับคนชาติของตนย่อมไม่เกิดปัญหาความขัดแย้งดังกล่าวขึ้น เพราะทุกประเทศต่างยอมรับว่ารัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐได้และรัฐอาจใช้เขตอำนาจของตนเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่มีสัญชาติของรัฐตนได้ไม่ว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ที่ใดก็ตามตามหลักการใช้เขตอำนาจของรัฐ¹¹³ ผลจากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก่อให้เกิดคำถามสำคัญขึ้นมาว่า ภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันรัฐสมาชิกถูกจำกัดอำนาจในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองหรืออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกเขตอำนาจอย่างไรบ้าง

จากถ้อยคำในกฎหมาย MMPA ที่เกี่ยวกับการห้ามนำเข้าและประวัติการร่างกฎหมายฉบับนี้มีหลักฐานยืนยันอย่างหนักแน่นว่ากองเกรสมุ่งหมายจะควบคุมอัตราการตายของปลาโลมาในบริเวณ ETP ทั้งที่อยู่ในน่านน้ำอาณาเขตของรัฐอธิปไตยอื่นและบริเวณทะเลหลวงอย่างจริงจัง¹¹⁴ ตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดกลไกในการบังคับใช้การห้ามนำเข้าสินค้าประมงในเชิงพาณิชย์ (Commercial Fish) ซึ่งใช้กับประเทศต่างๆ ทุกประเทศที่มีอัตราการตายของปลาโลมาจากการประมงเพื่อการพาณิชย์เกินมาตรฐานที่สหรัฐฯ กำหนด¹¹⁵ กฎหมาย MMPA กำหนดให้มีความเข้มงวดกับการประมงปลาทูน่าในบริเวณ ETP มากขึ้นโดยมีมาตรฐานเดียวกันกับการประมงปลาทูน่าในน่านน้ำของสหรัฐฯ¹¹⁶ เนื่องจากพื้นที่ส่วนใหญ่ในบริเวณ ETP เป็นน่านน้ำอาณาเขตของรัฐอธิปไตยอื่นและปลาทูน่าที่ถูกห้ามนำเข้ามักจะมาจากน่านน้ำดังกล่าว บทบัญญัติของ MMPA จึงมีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศอื่น

¹¹³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2539), หน้า 255.

¹¹⁴ Dorothy J. Black, "International Trade V. Environmental Protection : The Case of the U.S. Embargo on Mexican Tuna, " *Law and Policy in International Business* 24(1992) : 139.

¹¹⁵ มาตรา 1371(a)(2) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเล

¹¹⁶ มาตรา 1371(a)(2)(B) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเล

นอกจากนี้ประวัติการวางกฎหมาย MMPA ยังชี้ให้เห็นความมุ่งมั่นของสภาคองเกรสที่จะลดอัตราการตายของปลาโลมาจากการประมงที่ใช้วนล้อมจับของเรือประมงต่างชาติในบริเวณ ETP เนื่องจากในบริเวณดังกล่าวมีวิธีการประมงที่ทำลายปลาโลมาในอัตราที่สูงตามตารางข้างล่างนี้

ตารางแสดงจำนวนสัตว์น้ำที่ถูกจับขึ้นมาและถูกทิ้งจากการประมงทวนบริเวณ ETP¹¹⁷

By catch	School sets*	Log sets**	Dolphin sets***
Dolphin	8	31	4,500
Juvenile Tuna	5,230,000	128,700,000	833,000
Mahi Mahi	1,811	402,577	628
Sharks	17,832	133,920	5,104
Sea turtles	471	617	143
Bill fish	2349	9,105	759
Other large fish	1,151	8,611	0
Trigger fish	283	34,938	0
Wahoo	208	52,469	13
Rainbow Runners	255	42,068	0
Other small fish	1,708	10,123	523

ฉะนั้นตามกฎหมาย MMPA กำหนดห้ามนำเข้าสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเลนอกน่านน้ำสหรัฐฯ และบังคับใช้การลงโทษทางการค้าออกอาณาเขตของรัฐ โดยสภาคองเกรสได้ให้อำนาจในการห้ามนำเข้าไว้ในมาตรา 1371 ของ MMPA โดยมีได้กำหนดขอบเขตทางภูมิศาสตร์ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ภายใต้กฎหมายสหรัฐฯ สภาคองเกรสย่อมมีอำนาจในการออกกฎหมายที่จะบังคับใช้ในเขตแดนของสหรัฐฯ เอง เพราะ

¹¹⁷ ตารางแสดงจำนวนสัตว์น้ำที่ถูกจับขึ้นมาและถูกทิ้งจากการประมงทวนด้วยวิธีต่าง ๆ ในบริเวณ ETP โดยการประมาณจาก 10,000 กลุ่ม

* school sets กลุ่มประมงที่จับปลาทวนโดยวิธีการหาตำแหน่งได้นำโดยการส่งคลื่นเสียง (sonar) หรือการวางจุดที่จะจับฝูงปลาทวน

** log sets กลุ่มที่จับปลาทวนโดยอาศัยท่อนสูงท่อนไม้เนื่องจากทวนและสัตว์น้ำอื่น ๆ มักอาศัยอยู่ใต้ท่อนสูง

***dolphin sets กลุ่มที่จับปลาทวนโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างปลาทวนและปลาโลมาในการดำรงชีวิตอย่างใกล้ชิดกัน โดยใช้วนล้อมรอบปลาโลมาเพื่อให้ได้ปลาทวนที่ว่ายอยู่ใต้ปลาโลมา (The National Wildlife Federation, Trade and Environment Program.(Tuna-Dolphin) available from www.nwf.org.)

การออกกฎหมายไปบังคับนอกอาณาเขตของรัฐจะมีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศอื่น ซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ผลของคำตัดสินต่อการอนุรักษ์ปลาโลมาในบริเวณ ETP ดูเหมือนว่าจะมีผลในเชิงลบต่อเม็กซิโก กล่าวคือ รายงานคดีนี้ไม่ได้รับการรับรอง (adopt) ทำให้สหรัฐามีได้ผ่อนคลายการจำกัดการค้า¹¹⁸ ศาลยังคงมีคำสั่งให้การจำกัดการนำเข้ามีผลใช้บังคับอยู่และศาลยังมีคำสั่งห้ามนำเข้าจากประเทศที่สาม อีกทั้งคณะรัฐบาลของประธานาธิบดีบุช ได้เสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติ MMPA เข้าสู่สภาองเกรสของสหรัฐฯ และสภาองเกรสเห็นชอบด้วยและได้อนุมัติร่างกฎหมายดังกล่าวให้ผ่านได้ กฎหมายดังกล่าวมีชื่อว่า "รัฐบัญญัติอนุรักษ์ปลาดูโลมาระหว่างประเทศ" (International Dolphin Conservation Act : IDCA) ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีต่างประเทศไปทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเพื่อจำกัดการจับปลาทูน่าที่ใช้ฉนวนล้อมจับซึ่งทำให้ปลาดูโลมาตายมากเกินไปมีจำนวนลดน้อยลงเรื่อย ๆ (maratorium)¹¹⁹ ผลของการกีดกันของสหรัฐฯ จึงมีการเจรจาพหุภาคีเกี่ยวกับปลาดูโลมาในบริเวณ ETP ในฤดูร้อน ปี 1992 เม็กซิโกและเวเนซุเอล่าตกลงทำสนธิสัญญากับสหรัฐฯ เกี่ยวกับการห้ามใช้ฉนวนล้อมจับที่ทำให้ปลาดูโลมาตายมากเกินไปภายใต้การดูแลของ Inter-American Tropical Tuna Commission (IATTC)¹²⁰ ดังนั้นรายงานของคดีนี้ดูเหมือนจะไม่มีผลต่อสหรัฐฯ เท่าใดนัก

เมื่อนำมาตรการตามกฎหมาย MMPA มาพิจารณาภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลเกิดปัญหาว่ารัฐต่าง ๆ จะถูกจำกัดอำนาจในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาตินอกเขตอำนาจของตนอย่างไร ผู้เขียนขอแยกพิจารณาออกเป็นสองประเด็น ดังนี้

¹¹⁸Stanley M Spracker and David C Lundsgaard, "Dolphin and Tuna : Renewed Attention on the Future of Free Trade and Protection of The Environment," *Columbia Journal of Environmental Law* 21 (1993) : 4.02-403.

¹¹⁹Steve Charnovitz, "Environmentalism Confronts GATT Rules-Recent Development and New Opportunities," *Journal of World Trade* 27 (1993) : 37-53.

¹²⁰โดยข้อตกลงดังกล่าวมีหลักการสำคัญสามประการคือ

- 1) การกำหนดลดอัตราการตายของปลาดูโลมาลงทุก ๆ ปีต่อเรือประมงหนึ่งลำ
- 2) มีผู้ตรวจตราเรือประมงทูน่าที่ใช้ฉนวนลากทุก ๆ ลำ
- 3) สร้างโครงการวิจัยเพื่อพัฒนาเครื่องมือประมงใหม่ ๆ และเทคนิคการจับปลาที่จะเป็นการลดอัตราการตายของปลาดูโลมา (Report on Environmental Issues, The NAFTA Expanding U.S. Exports, Jobs and Growth (26 Feb, 1993), p.144).

ก. สิทธิ เขตอำนาจและหน้าที่ของรัฐชายฝั่งในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ มาตรา 56 ได้กำหนดสิทธิ เขตอำนาจและหน้าที่ของรัฐชายฝั่ง (Coastal States) ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone : EEZ) ว่ารัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตย (sovereign right)¹²¹ ในการสำรวจ (exploration) การแสวงประโยชน์ (exploitation) การอนุรักษ์ (conservation) และการจัดการ (management) ทรัพยากรธรรมชาติไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรที่มีชีวิตหรือไม่มีชีวิตก็ตาม ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะซึ่งกำหนดความกว้างไว้ไม่เกิน 200 ไมล์ทะเลโดยวัดจากเส้นฐานซึ่งใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขต ถึงแม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลจะมีผลบังคับแล้วเมื่อวันที่ 17 พ.ย. 1994 แต่สหรัฐายังไม่ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังนี้ เนื่องจากอนุสัญญากฎหมายทะเลไม่ได้รับการเห็นชอบจากสภาสูง (senate)¹²² เพราะสมาชิกของสภาเกรงว่าอำนาจอธิปไตยของตนจะถูกลดลง¹²³ อย่างไรก็ตามอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มาเป็นกฎเกณฑ์ในการควบคุมกฎหมายทะเล

ตามมาตรา 56 กำหนดให้รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตยในการอนุรักษ์และจัดการ ทรัพยากรที่มีชีวิต และไม่มีชีวิตในบริเวณ EEZ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 61 และ 62 โดยมาตรา 61 กำหนดเกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรที่มีชีวิต ให้รัฐชายฝั่งประกันว่าจะชำระรักษาทรัพยากรที่มีชีวิตใน EEZ ไม่ให้ได้รับ

¹²¹ คำว่า "สิทธิอธิปไตย" ในที่นี้แตกต่างจากคำว่า "อำนาจอธิปไตย" (Sovereignty) กล่าวคือสิทธิอธิปไตยมีลักษณะที่จำกัดกว่าอำนาจอธิปไตยทั้งในแง่เนื้อหาของสิทธิและบริเวณที่ใช้บังคับ ในขณะที่อำนาจอธิปไตยของรัฐครอบคลุมทุกเรื่อง ทุกสถานที่ เว้นแต่กรณีที่ถูกกฎหมายระหว่างประเทศห้ามไว้ แต่การใช้สิทธิอธิปไตยจะครอบคลุมเพียงบางเรื่องบางสถานที่เท่าที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง (จุมพต สายสุนทร. ธิปไตยกฎหมายทะเลอาณาเขตทางทะเล (สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 80).

¹²² อนุสัญญากฎหมายทะเลเปิดให้ลงนามตั้งแต่ปี 1982 และมีผลบังคับใช้เมื่อปี 1994 โดย Clinton ได้ลงนามในปีดังกล่าว ดูใน Lakshmann Guruswamy, "The Promise of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) : Justice in Trade and Environment Disputes," *Ecology Law Quarterly* 25 (1998) : 189-227.

¹²³ สหรัฐอเมริกากลุ่มที่มีอำนาจในกระบวนการทางการเมืองภายใน (domestic political process) ที่เชื่อว่าการจำกัดการค้าโดยฝ่ายเดียวเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการบังคับให้ต่างชาติยอมรับมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อมที่เข้มงวดกว่า กลุ่มอำนาจเหล่านี้เห็นว่าหากสหรัฐฯ เข้าเป็นภาคีของ UNCLOS จะเป็นการลดความมีอิสระของสหรัฐฯ ในการลงโทษทางเศรษฐกิจฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองทรัพยากรทางทะเล จึงอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้สภา Senate ปฏิเสธที่จะให้สัตยาบัน (ratification) UNCLOS เมื่อเหตุผลในการปฏิเสธของสหรัฐฯ เป็นไปเพื่อปกป้องนโยบายทางการค้าฝ่ายเดียวของตน จึงเกิดความไม่พึงพอใจจากสังคมระหว่างประเทศโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา (Richard J. McLaughlin, "UNCLOS and The Demise of the United States's Use of Trade Sanctions To Protect Dolphin, Sea Turtles, Whales, and Other International Marine Living Resource," *Ecology Law Quarterly* 21 (1994) : 76).

อันตรายจากการแสวงประโยชน์เกินควร โดยคำนึงถึงหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รวมทั้งอาศัยมาตรการอนุรักษ์ และจัดการที่เหมาะสม¹²⁴ ส่วนมาตรา 62 กำหนดถึงการใช้อยู่อาศัยจากทรัพยากรมีชีวิต ฉะนั้นหากพิจารณาตามอนุสัญญากฎหมายทะเลจะเห็นได้ว่า สหรัฐมีความชอบธรรมตามกฎหมายที่จะออกข้อกำหนดกำหนด อัตราการตายของปลาโลมาตาม MMPA ได้ภายในเขต EEZ ของตน รัฐอื่นสามารถเข้ามาจับปลาในปริมาณที่ สหรัฐกำหนดปริมาณปลาที่อนุญาตจับได้ แต่ก็ต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์ของรัฐชายฝั่งในเรื่องเครื่องมือ ขนาด อวนในการทำประมง แต่สหรัฐไม่มีสิทธิอธิปไตยที่จะไปออกกฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ปลาโลมาไปบังคับใน เขต EEZ ของเม็กซิโกหรือบริเวณทะเลหลวง และในมาตรา 65¹²⁵ กำหนดให้รัฐร่วมมือกันเพื่อการอนุรักษ์สัตว์ ทะเลที่เสี่ยงสูญพันธุ์ ซึ่งในสังคมาระหว่างประเทศยังไม่ยอมรับกับมาตรฐานการคุ้มครองปลาโลมาตาม กฎหมาย MMPA สหรัฐ เมื่อวิเคราะห์ถึงการใช้อยู่อาศัยเดี่ยวของสหรัฐเพื่อคุ้มครองทรัพยากรที่มี ชีวิตในทะเล การที่สหรัฐใช้มาตรการค้าเพื่อบังคับให้ประเทศอื่นยกเลิกการใช้สิทธิอธิปไตยของตนในการ แสวงประโยชน์จากทรัพยากรที่มีชีวิตทางทะเลในบริเวณ EEZ หรือในทะเลหลวงย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการ กระทำของสหรัฐขัดต่อสิทธิหรือหน้าที่ภายใต้ UNCLOS

ข. การอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรมีชีวิตในทะเลหลวง

ตามอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล มาตรา 116 กำหนดให้รัฐมีสิทธิเพื่อให้ตนชาติ ของตนทำการประมงในทะเลหลวงได้ แต่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน (a)-(c)¹²⁶ และยังมีข้อกำหนดเกี่ยวกับสัตว์ เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเลไว้ใน มาตรา 120 โดยให้นำมาตรา 65 ที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และจัดการสัตว์เลี้ยงลูก

¹²⁴Article 61(2)

¹²⁵มาตรา 65 : ไม่มีส่วนใดในภาค 5 จำกัดสิทธิของรัฐชายฝั่งหรือความสามารถขององค์การระหว่าง ประเทศ แล้วแต่ความเหมาะสมในการห้าม จำกัด หรือออกข้อบังคับในเรื่องการแสวงประโยชน์จากสัตว์เลี้ยง ลูกด้วยนมในทางทะเลให้เข้มงวดกว่าที่กำหนดไว้ในภาคนี้ ให้รัฐร่วมมือกันเพื่ออนุรักษ์สัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมใน ทะเล...

Article 65 : Nothing in this Part restricts the right of a coastal State or the competence of an international organization, as appropriate, to prohibit, limit or regulate the exploitation of marine mammals more strictly than provide for in this part. States shall co-operate with a view to the conservation of marine mammals and ...

¹²⁶ในบางครั้ง UN เข้ามามีบทบาทในการจัดการการประมงในทะเลหลวงด้วย เช่น การออก UN Resolution ห้ามใช้อวนลอยเกิน 1.5 ตารางกิโลเมตร เนื่องจากการใช้อวนลอยยาวมาก ๆ จะทำให้ปลาที่มีใช่ กลุ่มเป้าหมาย (non-target) ติดขึ้นมาด้วย ทำให้ชาวประมงทิ้งปลาเป็นจำนวนมากเพราะชาวประมงจะจับ เฉพาะปลาที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการสูญเสียทางด้านทรัพยากรธรรมชาติ แต่ Resolution ของ UN ก็ไม่มีผลทางกฎหมายเป็นเพียงการให้ recommendation

ด้วยนมในทะเลใน EEZ มาใช้ในทะเลหลวงด้วย การนำมาตรา 65 มาใช้ไม่ได้หมายความว่ารัฐชายฝั่งจะมีอำนาจจัดการและอนุรักษ์สัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมเหมือนใน EEZ จากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐชายฝั่งไม่มีอำนาจโดยฝ่ายเดียวที่จะห้ามการให้ทรัพยากรมีชีวิตในทะเลหลวง เนื่องจากห้าม จำกัด หรือออกข้อบังคับในเรื่องการแสวงประโยชน์จากสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเลให้รัฐร่วมมือกันเพื่อการอนุรักษ์ แต่มาตรการตาม MMPA ของสหรัฐมิได้ดำเนินการสอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าว

ประกอบกับในมาตรา 118 กำหนดถึงความร่วมมือของรัฐในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรมีชีวิต ให้รัฐซึ่งคนชาติของตนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรประเภทเดียวกันหรือต่างประเภทในบริเวณเดียวกันเจรจาเพื่อหามาตรการที่จำเป็นสำหรับการอนุรักษ์ ฉะนั้นการที่สหรัฐฯ บังคับใช้กฎหมายของตนโดยฝ่ายเดียว ห้ามนำเข้าสินค้าประมงจากประเทศที่มีวิธีการประมงไม่ได้มาตรฐานในบริเวณ ETP (ย่อมรวมถึงทะเลหลวงด้วย) จึงไม่สอดคล้องกับมาตรา 118¹²⁷ หากสหรัฐฯ ต้องการอนุรักษ์ทรัพยากรในทะเลหลวง มาตรการของสหรัฐฯ ต้องสอดคล้องต่อมาตรา 118 และมาตรา 119 ที่กำหนดถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรมีชีวิตในทะเลหลวงให้รัฐใช้มาตรการที่กำหนดขึ้น โดยอาศัยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุด (best scientific evidence available) เพื่อธำรงและฟื้นฟูประชากรพันธุ์ที่ถูกจับ โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อม และเศรษฐกิจ รวมทั้งความต้องการของประเทศกำลังพัฒนา และยังคงคำนึงถึงมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศที่เสนอแนะกันโดยทั่วไป (generally recommended international minimum standard) ไม่ว่าจะระดับภูมิภาคหรือระดับโลก ปรากฏว่าในกรณีของ ETP สหรัฐฯ ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนว่าจำนวนปลาโลมากำลังลดลงหรืออยู่ในภาวะอันตราย¹²⁸ ฉะนั้นมาตรการของสหรัฐฯ ย่อมไม่สอดคล้องต่อบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล

¹²⁷พระราชบัญญัติภายในประเทศสหรัฐฯหลายฉบับยินยอมให้รัฐบาลใช้มาตรการการค้าฝ่ายเดียว จึงมีผู้เห็นว่าการห้ามนำเข้าเป็นวิธีที่ใช้เพื่อบีบบังคับให้ประเทศต่าง ๆ เข้ามาร่วมเจรจาข้อตกลงกับสหรัฐฯ (Matthew Hunter Hurlock, "The GATT, US Law and The Environment : A Proposal to Amend the GATT in light of Tuna-Dolphin Decision," *Columbia Law Review*, 92(1992) : 225).

¹²⁸สหรัฐฯยอมรับว่าไม่มีหลักฐานที่หนักแน่นมาสนับสนุนว่าจำนวนประชากรปลาโลมาใน ETP กำลังจะสูญพันธุ์หรือลดลง ในทางตรงกันข้ามจากการศึกษาโดย Inter-American Tropical Tuna Association, NMFs และสภาวิจัยแห่งชาติ ชี้ว่าจำนวนปลาโลมาใน ETP ไม่ได้อยู่ในภาวะอันตราย ดูใน Jeffrey L. Dunoff, "Reconciling International Trade with Preservation of the Global Commons : Can We Prosper and Protect?," *Washington and Lee Law Review* 1407, 1451 (1992) cite in Richard Mclaughlin, "UNCLOS and the Demise of The United States' Use of Trade Sanctions to Protect Dolphin, Sea Turtles, Whales and The Other International Marine Living Resources," *Ecology Law Quarterly* 21 (1994).

ในอนุสัญญากฎหมายทะเล ยังมีกลไกระงับข้อพิพาทของตนเอง ดังเช่น WTO จึงมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าเมื่อ WTO ไม่ประสบความสำเร็จในการระงับข้อพิพาททางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม กระบวนการระงับข้อพิพาทของอนุสัญญากฎหมายทะเล อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว¹²⁶ หากสหรัฐทำให้สัตยาบันกลายเป็นภาคีของอนุสัญญากฎหมายทะเล รัฐบาลอื่นของอนุสัญญาอาจใช้บังคับข้อกำหนดการระงับข้อพิพาทของอนุสัญญา เพื่อปกป้องสหรัฐจากการใช้มาตรการฝ่ายเดียวต่อประเทศภาคีนั้น ๆ ได้ แต่เนื่องจากปัจจุบันอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลยังไม่ได้รับการรับรองจากสภาสูง ประเทศกำลังพัฒนาจึงยังไม่สามารถอาศัยอนุสัญญาดังกล่าวมาเป็นกลไกที่จะช่วยปกป้องประเทศตนจากการใช้มาตรการฝ่ายเดียว

นอกจากนี้อนุสัญญากฎหมายทะเล 1982 ได้ให้สิทธิแก่รัฐในการทำประมงทั้งในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและในทะเลหลวง ในขณะเดียวกันก็กำหนดหน้าที่ในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรประมงไว้เช่นกัน อีกทั้งประเทศต่าง ๆ ยังมองเห็นประโยชน์ร่วมกันในหลักการที่จะให้มีการอนุรักษ์ทรัพยากรประมงโดยอาศัยกฎเกณฑ์ข้อบังคับระหว่างประเทศ และความร่วมมือนานาชาติ โดยเฉพาะการอนุรักษ์ประชากรสัตว์น้ำชนิดพันธุ์ที่เคลื่อนย้ายถิ่นอยู่ระหว่างเขตทะเลและประชากรสัตว์น้ำชนิดพันธุ์ที่อพยพย้ายถิ่นไกล เช่น ปลาหูฉลาม ปลาโลมา จึงเกิดข้อตกลงเพื่ออนุรักษ์สัตว์น้ำชนิดพันธุ์ที่อพยพย้ายถิ่นอยู่ระหว่างเขตทะเลเกี่ยวกับการอนุรักษ์และจัดการประชากรของสัตว์น้ำชนิดพันธุ์ที่อพยพย้ายถิ่นอยู่ระหว่างเขตทะเล และประชากรของสัตว์น้ำชนิดพันธุ์ที่อพยพถิ่นไกล (The Agreement for the Implementation of the Law of the Sea on 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling fish stocks and Highly Migratory Fish Stocks)

เนื่องจากปลาหูฉลามและปลาโลมาเป็นมวลสัตว์น้ำที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ซึ่งคร่อมอยู่ระหว่างน่านน้ำหลายประเทศหลังจากที่อนุสัญญากฎหมายทะเลได้ให้สิทธิแก่รัฐในการทำประมงทั้งใน EEZ และทะเลหลวง หากมีการประมงที่สูงเกินกว่าอัตราการเกิดของทรัพยากรประมงในทะเลหลวงย่อมทำให้ทรัพยากรประมงในน่านน้ำสากร่อยพรอได้ ดังนั้นการใช้มาตรการอนุรักษ์ของรัฐต่าง ๆ จึงต้องมีการประสานกันเพื่อให้บรรลุผลแห่งความยั่งยืนของชนิดพันธุ์ การประมงในน่านน้ำที่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐชายฝั่งหรือในน่านน้ำที่มีได้้อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐใดก็ตามจะต้องมีการทำประมงในลักษณะยั่งยืน กล่าวคือ ต้องเปิดโอกาสให้ทรัพยากรประมงเหล่านั้นสามารถแพร่พันธุ์ต่อไปได้ นอกจากนี้ยังเน้นในด้านเครื่องมือประมงที่จะต้อง

¹²⁶Richard Mclaughlin, "Setting Trade-Related Disputed Over the Protection of Maine Living Resources : UNCLOS or the WTO? Georgetown International Environmental Law Review. 29, 31, 36 (1997) cited in Joseph Robert Berger, "Unilateral Trade Measures to Conserve the World's Living Resources : An Environmental Breakthrough For the GATT in the WTO Sea Turtle Case," Columbia Journal of Environmental Law 355(1999) : 391.

ควบคุม และยังต้องกำหนดให้ศึกษาถึงวัฏจักรชีวิตสัตว์น้ำเพื่อให้ทราบว่าจะฤดูใดเป็นฤดูวางไข่ก็จะละเว้นไม่จับในช่วงดังกล่าว

นอกจากนี้ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของข้อตกลงนี้รัฐมีหน้าที่จะต้องใช้มาตรการที่มีลักษณะให้ความระมัดระวังโดยการป้องกันล่วงหน้า (precautionary approach) สำหรับการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรประมงที่เกี่ยวข้องในเขตทะเลทั้งใน EEZ และทะเลหลวง ซึ่งหลักการนี้มีการอ้างอิงอยู่ในหลักการข้อ 16 ปฏิญญาโรโอ

ถึงแม้ว่าข้อตกลง 1995 นี้จะถือว่าอยู่ในระดับ *lex ferenda* หรือ *soft law* ซึ่งเป็นหลักการอันพึงปรารถนาในสายตาสงครามของประชาชาติทั้งปวง หลักกฎหมายเหล่านี้ก็สามารถมีผลในทางปฏิบัติได้¹³⁰ ตามแนวคิดของมาตรฐานสากลขั้นต่ำ (Universal Minimum Standard) ที่ประเทศมหาอำนาจต่างก็พยายามบีบบังคับให้ประเทศอื่น ๆ ปฏิบัติตาม และลงโทษประเทศที่มีทางปฏิบัติซึ่งอยู่ในระดับต่ำกว่า¹³¹ ในทำนองเดียวกันกับการที่สหรัฐฯ มักใช้เขตอำนาจบีบบังคับทั้งทางตรงและทางอ้อมให้ประเทศอื่น ต้องถือปฏิบัติตามและในกรณีของสหรัฐฯ ถึงกับมีกฎหมายมาตรา 301 ของ Omnibus Trade Act ซึ่งให้อำนาจสหรัฐฯ ลงโทษทางเศรษฐกิจกับประเทศที่ไม่ถือปฏิบัติตามได้ด้วย กล่าวคือ ภายใต้กฎหมายของสหรัฐฯ จะมีการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ประมงเมื่อกิจกรรมต่างประเทศมีผลกระทบต่อโครงการอนุรักษ์ระหว่างประเทศ ผวนกับความกดดันระดับการทูต อันเป็นผลทำให้ประเทศดังกล่าวต้องหยุดกิจกรรมดังกล่าว เช่น การใช้ แท อวน ที่ไม่ได้มาตรฐานระหว่างประเทศในทะเลหลวง¹³² อีกทั้งสหรัฐฯ ยังบีบบังคับประเทศต่าง ๆ โดยผ่านระบบการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรด้วยการตัดสิทธิ GSP ต่อประเทศที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำในสายตาสหรัฐฯ ได้

ฉะนั้น หากมีการใช้เครื่องมือที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัตินี้อาจจะนำมาซึ่งการใช้มาตรการกดดันและลงโทษจากประชาคมระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้มีแนวโน้มว่าสหรัฐฯ จะนำเรื่องการอนุรักษ์

¹³⁰ จตุรงค์ ธีระวัฒน์. อาณาเขตทางทะเลของประเทศไทย ปัญหากฎหมายในทางปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศเพื่อนบ้านและประภคอระหว่างประเทศ (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541) หน้า 160.

¹³¹ กอบชัย เจริญวิมลกุล, "Unilateral Act as a New Source of International Law," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 20 (มิถุนายน 2533) : 299-237.

¹³² Ted L McDorman, The Impact of International Trade Ideology on Fishing and Shipping draft paper for SEAPOL Tri-Regional Conference on Current Issues in Ocean Law, Policy and Management : Southeast Asia, North Pacific and Southeast Pacific, Bangkok, December 13-16, 1994, p. 10-12 อ้างถึงในจตุรงค์ ธีระวัฒน์, อาณาเขตทางทะเลของประเทศไทย ปัญหาทางกฎหมายในทางปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศเพื่อนบ้านและประภคอระหว่างประเทศ, หน้า 160-162.

ทรัพยากรธรรมชาติมาใช้เป็นมาตรการที่เข้มงวดเพื่อบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ โดยเกี่ยวข้องกับเรื่องการค้า แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในขณะที่มีข้อพิพาท Tuna-Dolphin ยังไม่มีข้อตกลง 1995 มีเพียงมติขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการเก็บมิให้ใช้แหวนบางประเภทในทะเลหลวง โดยไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งสถานะทางกฎหมายของมติดังกล่าวก็ยังไม่ชัดเจน ทำให้น้ำหนักในเรื่องการอนุรักษ์ปลาโลมาซึ่งเป็นสัตว์ที่ว่ายไปมากในน่านน้ำหลายประเทศจึงยังมีไม่มากนัก ทำให้มาตรการของสหรัฐฯที่เป็นมาตรการฝ่ายเดียวยังไม่มีเหตุผลเพียงพอในการจะใช้มาตรการนั้นนอกอาณาเขตของรัฐเพื่อไปจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากมาตรการของสหรัฐฯอยู่บนพื้นฐานของความร่วมมือระหว่างประเทศแล้ว อาจทำให้สหรัฐฯสามารถใช้กฎหมายอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตของรัฐตนได้

กล่าวโดยสรุปตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐย่อมมีอำนาจเหนือดินแดนและการกระทำของคนชาติตน ตามทฤษฎีนี้เกิดปัญหาขึ้นว่าในบริเวณที่เป็นดินแดนระหว่างประเทศ เช่น ทะเลหลวง ซึ่งยังไม่มีมติชัดเจนในเรื่องอำนาจ ประกอบกับการขาดกฎหมายที่จะควบคุมทรัพยากรร่วมของโลก เวลาเกิดข้อพิพาทรัฐจึงมีสองทางเลือก ประการแรกคือใช้วิธีการเจรจาแก้ปัญหา หรือทำสนธิสัญญากับชาติอื่น ๆ เพื่อสร้างความตกลงร่วมกันซึ่งสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ และอีกประการหนึ่งคือการใช้มาตรการฝ่ายเดียวหรือการลงโทษทางการค้า ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายแอกต์

จากคำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin จะเห็นได้ว่าการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่นอกอาณาเขตของรัฐหรือทรัพยากรร่วมของโลกยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากยังไม่มีองค์การและกลไกทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในการคุ้มครองปลาโลมาที่ชัดเจนในขณะที่เกิดข้อพิพาท ประกอบกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควรเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศซึ่งมีหลักกฎหมายระหว่างประเทศและองค์การมาควบคุมอย่างเด่นชัด¹³³ แต่ในขณะนั้นพอจะมีหลักเกณฑ์ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศคือปฏิญญาสต็อกโฮล์มและปฏิญญาริโอ ซึ่งเป็นเอกสารที่กำหนดถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รวมถึงการปกป้องการทำลายทรัพยากรที่มีชีวิตและทรัพยากรในทะเล แต่อย่างไรก็ตามปฏิญญาทั้งสองไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยละเอียดแต่กำหนดหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ และไม่ได้กำหนดอำนาจในการบังคับใช้ว่าเป็นลักษณะใด เป็นแต่เพียงเอกสารที่ประเทศต่าง ๆ ต่างยอมรับว่าเป็นความรับผิดชอบร่วมกันที่จะต้องปกป้องสิ่งแวดล้อมไว้สำหรับคนรุ่นต่อไป ดังนั้นการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตของรัฐ ระบบพหุภาคีจะมีความเหมาะสมในการสร้างน้ำหนักให้แก่การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกอาณาเขตของรัฐได้มากกว่าการใช้มาตรการฝ่ายเดียว เพราะไม่เพียง

¹³³Ernst-Ulrich Petersmann, International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round (Kluwer law international, 1995), pp. 1-8.

แต่จะเป็นวิธีที่เคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยแล้ว หากมองในระยะยาวยังเป็นวิธีที่จะประสบความสำเร็จมากกว่า

3.4.4 การใช้มาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกระบวนการผลิต

จากคำตัดสินคดี Tuna-Dolphin I และ II บทบัญญัติมาตรา III : 1, III : 4 และ Note Ad มาตรา III คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีความเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับตัวสินค้า (product) โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่า บทบัญญัติของ MMPA ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสินค้าปลาทูน่านำเข้าจากเม็กซิโกนั้นไม่ใช่มาตรการภายใน (internal measures) ตามความหมาย Note Ad มาตรา III เพราะบทบัญญัตินี้ไม่ได้มีผลบังคับต่อปลาทูน่าในฐานะที่เป็นผลิตภัณฑ์ (did not affect the tuna as a product)¹³⁴ จากข้อสรุปดังกล่าวเห็นได้ว่าสหรัฐฯ ไม่ได้ออกกฎหมาย MMPA มาเพื่อกำหนดเรื่องปลาทูน่าแต่เป็นกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับวิธีการจับปลาทูน่า จึงไม่ได้นำกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องตัวมาตรฐานสินค้ามาปรับใช้ (to apply) ณ เขตแดนตาม Note Ad มาตรา III การที่แกตต์ตีความไม่อนุญาตให้ภาคีจำกัดการนำเข้าสินค้าบนพื้นฐานว่าสินค้าเหล่านั้นมีกระบวนการผลิตอย่างไร ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักอนุรักษสิ่งแวดล้อมว่าในปัจจุบันกระบวนการผลิตสินค้าเป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมและสร้างความเสี่ยงต่อโรคมะเร็งให้แก่สิ่งแวดล้อม แต่แกตต์ยังไม่สามารถตอบสนองแก่ประเด็นนี้ได้ จึงมีข้อที่ควรพิจารณาดังนี้

1) แนวความคิดเรื่องสินค้าที่เหมือนกัน (like product)

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมองว่าสหรัฐฯ กำลังแยกสินค้าที่เหมือนกันทุกประการโดยเอามาตรฐานกระบวนการผลิตมาเป็นตัวแยกความแตกต่างระหว่างปลาทูน่าที่ถูกจับโดยเรือประมงพาณิชย์เม็กซิโกกับปลาทูน่าที่ถูกจับโดยเรือประมงพาณิชย์สหรัฐฯ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าจะนำ Note Ad มาตรา III มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงนี้ไม่ได้ เท่าที่ผ่านมาก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่อง "like product" ไว้ แต่แกตต์มีแนวทางในการตีความในเรื่อง like product อย่างจำกัดโดยพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป (case-by-case)¹³⁵ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น โดยมีแนวทางวิเคราะห์ว่าสินค้าที่นำเข้ากับที่ผลิตขึ้นในประเทศเหมือนกันหรือไม่โดยมุ่งเน้นที่คุณลักษณะคุณสมบัติทางกายภาพ (physical characteristics)¹³⁶

¹³⁴ Tuna-Dolphin I , p. 5.14.

¹³⁵ WTO, GATT analytical Index, Guide to GATT Law and Practice vol. 1 (Geneva : Bernan Press, 1995), p.155.

¹³⁶ ตัวอย่างเช่นในคดี Canada/Japan: Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber, GATT BISD, 36th. Supp. 167 (1989), para. 5.14.

end-use characteristics¹³⁷ และสภาพของผลิตภัณฑ์หรือแกตต์อาจพิจารณาว่าเป็นสินค้าที่สามารถแข่งขันเองได้โดยตรงหรือใช้ทดแทนกันได้โดยตรงหรือไม่ (directly competitive so substitutable)¹³⁸ แต่แกตต์จะไม่วิเคราะห์ว่าสินค้านำเข้านั้นมีการรวมวิธีหรือกระบวนการผลิตหรือส่วนประกอบเดียวกันกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือไม่¹³⁹ ยกเว้นในกรณีที่ความแตกต่างในกระบวนการผลิตมีผลทำให้ผลิตภัณฑ์นั้นผิดแผกออกไปมีผลกระทบต่อคุณลักษณะเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติต่าง ๆ ในการใช้ผลิตภัณฑ์นั้น ๆ ฉะนั้นความแตกต่างของ PPMs ไม่มีความเกี่ยวข้องในการกำหนดว่าสินค้านั้นเหมือนหรือแตกต่างกันหรือไม่ เพราะแกตต์ยังไม่เคยใช้ PPMs มาเป็นหลักการเพื่อสนับสนุนว่าสินค้านั้นไม่เหมือนกัน (unlikeness)¹⁴⁰

¹³⁷EEC-Measures on Animal Feed Proteins, GATT, BISD 2s th Supp. 49, para 4.2 (1979) cited in Thomas J. Scheoenbaum, "Agora : Trade and Environment," American Journal of International Law 86(1992) : 700-735.

¹³⁸ Edmond Mc. Govern, International Trade Regulation : GATT, the U.S. and the E.C. (Exeter Globeffield Press, 1986), pp.243-248.

¹³⁹ในคดี US Measures Affecting Alcoholic And Malt Beverage รายงานคดีดังกล่าว การกำหนด like product ในมาตรา III ไม่เพียงแต่จะพิจารณาคุณลักษณะทางกายภาพของผลิตภัณฑ์ว่าเหมือนกันหรือไม่ แต่ยังพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของมาตรา III ซึ่งเป็นหลักประกันว่าสินค้านำเข้าประเทศจะไม่ถูกเรียกเก็บภาษีภายในประเทศหรือค่าภาระอื่นๆ เกินกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ผลิตภายในประเทศ มาตรา III นี้ ไม่ใช่มาตราที่มีวัตถุประสงค์ที่จะประสานภาษีภายในประเทศและข้อกำหนดของภาคีซึ่งแตกต่างจากประเทศอื่น บทบัญญัติเกี่ยวกับ like product จะต้องไม่ถูกใช้ไปในทางใด ๆ ที่เป็นการล่วงล้ำต่อนโยบายภายในประเทศภาคีโดยไม่จำเป็น ดังนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเห็นว่าเบียร์ที่มีระดับแอลกอฮอล์ต่ำและสูง ถึงแม้ว่าจะมีคุณลักษณะทางกายภาพเหมือนกัน แต่ก็ไม่ควรนำมาพิจารณาว่าเป็นสินค้าเหมือนกัน เพราะกฎหมายสหรัฐามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสุขภาพมนุษย์ ตัวอย่างเช่น การส่งเสริมให้บริโภคเบียร์ที่มีแอลกอฮอล์ต่ำ และยังไม่มียืนยันว่าความแตกต่างของระดับแอลกอฮอล์ของเบียร์นั้นมีวัตถุประสงค์หรือมีผลทำให้ผลิตภัณฑ์เบียร์ภายในประเทศได้รับความนิยมมากกว่าผลิตภัณฑ์เบียร์ต่างชาติ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแกตต์ขยายขอบเขตให้วัตถุประสงค์ทางนโยบายเพื่อสุขภาพ วัตถุประสงค์ของนโยบายสำหรับผู้บริโภค และวัตถุประสงค์ทางนโยบายสิ่งแวดล้อมสามารถมีอิทธิพลในการกำหนดเรื่อง like product แต่แกตต์ก็ยังไม่ยินยอมที่จะนำ PPMs มาแยกความแตกต่างระหว่างสินค้า (Ernst-Ulrich Petersmann, "International Trade Law and International Environmental Law," Journal of World Trade 27 (1993) : 64).

¹⁴⁰Michael J. Reiterer, "The International Legal Aspects of Process and Production Method," World Competition Law and Economics 17,4 (1994) : 111.

เมื่อเห็นค่าตัดสินเกี่ยวกับประเด็น PPMs ในคดี Tuna-Dolphin แล้ว เห็นได้ว่า แกตตีใช้แนวทางตัดสินคล้าย ๆ กับคดี Belgian Allowance ที่ตัดสินว่าระบบ family allowance ขัดต่อ แกตตีมาตรา I : 1 และ III : 2 เพราะระบบดังกล่าวที่จัดเก็บภาษีจากสินค้านำเข้าหากประเทศผู้ส่งออกไม่มี ระบบ family allowance เหมือนประเทศเบลเยียม กฎหมายภายในของประเทศเบลเยียมและสหรัฐาก็เกี่ยวกับวิธีจับปลาทำไม่สามารภมีผลต่อผลิตภัณฑ์ใด ๆ

2) ในประเด็นเรื่องกระบวนการผลิต (Product Process Methods : PPMs) ในคดี Tuna-Dolphin หลักเสียงที่จะอธิบายถึงปัญหาเรื่อง product กับ PPMs โดยหันไปใช้เหตุผลว่ามาตรการของ สหรัฐฯ ขัดกับมาตรา XX เพราะเป็นการบังคับให้ประเทศอื่นต้องเปลี่ยนนโยบายและกฎหมายให้เหมือนกับ กฎหมายภายในของสหรัฐฯ แทน แกตตีไม่ได้วิเคราะห์ว่าการจำกัดการค้าไม่สามารถทำได้บนพื้นฐานของ กระบวนการผลิต เมื่อประเมินค่าตัดสินของคดีในเรื่องความแตกต่างระหว่างมาตรฐานผลิตภัณฑ์กับมาตรฐาน PPMs ที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์และไม่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ (product-related and non product-related PPM standards)¹⁴¹ กำลังกลายเป็นปัญหาว่ากระบวนการผลิตสินค้าควรจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญในการ กำหนดว่าผลิตภัณฑ์นั้นเหมือนกันหรือต่างกันหรือไม่ มุมมองของนักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมมองว่าการที่แกตตี ไม่ยินยอมให้ใช้มาตรฐาน PPMs ทางสิ่งแวดล้อมของประเทศตนนอกเขตอำนาจของรัฐ หรือปัญหา

¹⁴¹ เพื่อให้เข้าใจถึงมาตรการทางการค้าบนพื้นฐานของกระบวนการผลิต OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) ได้แบ่งประเภทของ PPM ออกเป็นสองประเภท โดยแยก ความแตกต่างของผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมจากกระบวนการผลิตในระหว่างการบริโภคและระหว่างการผลิต สินค้า ประเภทแรกคือ กระบวนการผลิตที่มีผลเกี่ยวข้องกับคุณลักษณะผลิตภัณฑ์ (product-related PPMs) คือผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นมา มีลักษณะหรือสภาพของผลิตภัณฑ์ที่จะทำให้เกิดมลพิษหรือสร้างความเสื่อมโทรมให้ แก่สิ่งแวดล้อมได้เมื่อผลิตภัณฑ์นั้นถูกใช้หรือบริโภค PPMs ประเภทนี้จะเป็นสาเหตุของผลกระทบภายนอก จากการบริโภค (consumption externalities) วิธีการผลิตสินค้าเป็นวิธีที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสิ่งแวดล้อม ภายในประเทศ ผู้นำเข้าสินค้าเมื่อได้มีการใช้หรือบริโภคสินค้าดังกล่าว PPMs ประเภทนี้มีความยุ่งยากน้อยกว่าประเภทที่สอง เพราะมีกฎเกณฑ์ครอบคลุมเรื่องดังกล่าวแล้วในกระบวนการของ WTO คือ ข้อตกลง TBT และ SPS ส่วนประเภทที่สองคือกระบวนการผลิตที่ไม่เกี่ยวข้องกับตัวผลิตภัณฑ์ (Non Product-Related PPMs) คือกระบวนการผลิตสินค้านั้นเป็นตัวส่งผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมโดยไม่มีผลต่อคุณ ลักษณะทางกายภาพของผลิตภัณฑ์ ซึ่ง PPMs ประเภทนี้อาจนำไปสู่ผลกระทบภายนอกที่เกิดจากการผลิต (production externalities) ในประเทศผู้ผลิตและประเทศอื่น ๆ หากประเทศที่สามต้องได้รับความเสียหาย จากผลกระทบภายนอกจากการผลิต กฎเกณฑ์ของ GATT/WTO ห้ามใช้การจำกัดการค้าบนพื้นฐานของ PPMs ประเภทนี้ ดูรายละเอียดใน Candice Stevens, "Synthesis Report : Trade and Environment : PPM Issues," *Ib Trade and Environment : Process and Production Methods*. (OECD Document, 1994), pp.7-22.

สิ่งแวดล้อมที่มีความเกี่ยวพันหลายประเทศไม่ว่าปัญหามลพิษข้ามแดน การทำลายทรัพยากรร่วมของโลก ปัญหาดังกล่าวล้วนแต่เกิดจากกระบวนการผลิตสินค้าที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การที่ประเทศต่าง ๆ ต้องการอนุรักษ์รักษาทรัพยากรร่วมของโลกจึงเป็นที่มาของมาตรฐานกระบวนการผลิตที่ไม่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้า เพราะแต่ละประเทศต่างกังวลว่าปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในดินแดนของประเทศหนึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาหรือส่งผลกระทบต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมของประเทศตนได้ แต่กฏตย์ยังไม่ยินยอมให้ใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อคุ้มครองทรัพยากรที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกระบวนการผลิตที่ไม่เกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของตัวสินค้า

3) ปัญหา PPMs ในเนื้อหาทางการค้า

จริงอยู่ PPMs เป็นสิ่งที่สามารถตอบรับกับปัญหาการเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม และข้อกำหนดเกี่ยวกับ PPMs ในตัวมันเองไม่ขัดต่อกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ แต่ความขัดแย้งเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการควบคุมกระบวนการผลิตที่ทำลายสิ่งแวดล้อมโดยวิธีการใช้มาตรการการค้า¹⁴² เพราะมาตรา I และ III ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของภาคีครอบคลุมเฉพาะเรื่องตัวสินค้าเท่านั้นไม่รวมถึงกระบวนการผลิต

นอกจากนี้การนำเรื่อง PPMs มาใช้ในเรื่องการค้า อาจเกิดปัญหาในเรื่องความได้เปรียบในการแข่งขัน เพราะในปัจจุบันมีปัจจัยมากมายที่กำหนดความได้เปรียบในการแข่งขัน อาทิเช่น ความได้เปรียบที่เกิดจากต้นทุนทางเทคโนโลยี ความได้เปรียบในเรื่องที่ตั้งของฐานการผลิต เป็นต้น ซึ่งความแตกต่างทางข้อกำหนดสิ่งแวดล้อมก็เป็นปัจจัยหนึ่งในเรื่องความได้เปรียบในการแข่งขัน เพราะฉะนั้นการกำหนดว่าสินค้านั้นผลิตหรือมีส่วนประกอบอย่างไร มีอิทธิพลสำคัญต่อต้นทุนการผลิตและส่งผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขัน¹⁴³ ฉะนั้นความแตกต่างของข้อกำหนดเกี่ยวกับ PPMs อาจเกิดการใช้มาตรฐานทาง PPMs ของตนบังคับประเทศอื่นโดยฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นการทำลายระบบการค้าพหุภาคีและส่งผลกระทบต่อรูปแบบทางการค้า เนื่องจากหากกฏตย์ยินยอมให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตมาเป็นเหตุที่จะจำกัดการค้าได้ ต่อไปก็จะทำให้ประเทศต่าง ๆ สามารถนำเรื่องทางสังคม วัฒนธรรม มาเป็นข้ออ้างต่อไปได้เรื่อย ๆ ซึ่งเท่ากับเป็นการทำลายระบบการค้าและเปิดช่องกว้างแก่การกีดกันทางการค้า

¹⁴²William J. Snape and Naomi B Lefkowitz, "Searching for GATT's Environmental Miranda : Are "Process Standard" Getting "Due Process"?", *Cornell International Law Journal* 27 (1994) : 779-780.

¹⁴³Robertson, *Trade and the Environment : Harmonization and Technical Standards*, cited in Patrich Low. *International Trade and The Environment*. World Bank Discussion Papers 159. (The World Bank, Washington, D.C. 1992), P. 316.

ดังนั้นภายใต้ข้อตกลงแกตต์บทบัญญัติของแกตต์จะใช้บังคับเฉพาะกับสินค้า (product) เท่านั้นไม่รวมถึงกระบวนการผลิตสินค้า สินค้าที่เหมือนกันจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติ ส่วนข้อตกลงปลีกย่อยอื่นของ WTO หากจะใช้กับกระบวนการผลิตก็จะมีกรรมวิธีโดยชัดแจ้งในข้อตกลงนั้น ๆ เช่นข้อตกลงเกี่ยวกับสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS) 1994 ดังนั้นหากในคดี Tuna-Dolphin ตัดสินทำให้สินค้าที่เหมือนกันอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้หากมีกระบวนการผลิตที่แตกต่างกันอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายต่อระบบการค้าพหุภาคีของ WTO ได้ในอนาคต นอกจากนี้เรื่อง PPMs ยังเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหวในทางการเมืองภายใต้กฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ¹⁴⁴ ฉะนั้นคำตัดสินของคดีนี้ที่แยกความแตกต่างระหว่างสินค้าที่นำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศตน โดยดูที่ตัวสินค้า ไม่ได้นำตัว PPMs มาแยก ย่อมถูกต้องแล้วตามหลักกฎหมายของแกตต์มาตรา III และ Note Ad มาตรา III

3.4.5 กลไกรับข้อพิพาทของแกตต์ต่อข้อพิพาททางการค้าและสิ่งแวดล้อม

คำตัดสินของคดี Tuna-Dolphin ที่ไม่ได้ให้ความชัดเจนแก่ประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม ทำให้กลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมไม่ค่อยพอใจประกอบกับกลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเห็นว่ากระบวนการและกลไกในการรับข้อพิพาทที่มีอยู่ไม่สามารถรองรับข้อพิพาททางการค้าที่มีประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งมีแนวโน้มที่จะมีมากขึ้นในอนาคต ทั้งในด้านของความเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับไว้วางใจแก่คู่กรณี เนื่องจากข้อพิพาททางการค้าและสิ่งแวดล้อมมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศอื่น ๆ โดยทั่วไป การวินิจฉัยจะต้องพิจารณาข้อมูลเฉพาะด้านทางเทคนิคและวิทยาศาสตร์สิ่งแวดล้อมแขนงต่าง ๆ นอกเหนือไปจากกฎหมาย การค้าและเศรษฐกิจ ฉะนั้นจึงมีข้อเสนอให้แกตต์ควรมีคณะกรรมการรับข้อพิพาทที่ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทางสิ่งแวดล้อมที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมอย่างมีอิสระและเป็นกลางในกระบวนการและกลไกรับข้อพิพาทของแกตต์

จากแง่มุมของคดี Tuna-Dolphin ซึ่งให้เห็นประเด็นปัญหาหลายประการที่สำคัญแสดงให้เห็นว่าแกตต์ไม่มีกฎเกณฑ์เพียงพอเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อม หนึ่งในนั้นคือองค์การรับข้อพิพาทของแกตต์ เนื่องจากกระบวนการรับข้อพิพาทของแกตต์ไม่มีความเปิดเผย (openness) และขาดความโปร่งใสในการตัดสิน¹⁴⁵ ไม่มีการกล่าวถึงนโยบายทางสิ่งแวดล้อม การขาดผู้เชี่ยวชาญทางสิ่งแวดล้อมจึงทำให้ยากแก่

¹⁴⁴Markus Schlagenhof, "Trade Measures Based on Environmental Process and Production Methods," *Journal of World Trade* 29 (1995) : 130.

¹⁴⁵Konrad Von Moltke, "Dispute resolution and Transparency In the greening of world trade," *Environmental Protection Agency Report* (100-R-93-002.Washington D.C. Government Printing office, 1993) : 123.

การเข้าใจถึงปัญหาสิ่งแวดล้อมทำให้ระบบการพิจารณาจึงเป็นระบบปิดและผู้ตัดสินก็ไม่สามารถทราบได้ว่าควรทำและแก้ไขอย่างไร เท่าที่ผ่านมากการมีคำสั่งหรือคำแนะนำจะมีวิธีการที่ค่อนข้างเป็นความลับ ซึ่งเมื่อรัฐผู้ถูกบังคับตามคำสั่งหรือคำแนะนำนั้นต้องการที่จะทราบเหตุผลที่ใช้ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งหรือคำแนะนำมักจะไม่ได้เหตุผลชี้แจงอย่างเพียงพอ ถึงแม้ว่ามาตรา 13.2 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎและกระบวนการที่ใช้กับการระงับข้อพิพาท¹⁴⁶ จะให้อำนาจแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในการปรึกษาขอข้อมูลต่าง ๆ จากผู้เชี่ยวชาญ แต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ได้ให้ความสำคัญแก่กลุ่มสิ่งแวดล้อมเท่าที่ควร

จากคดีพิพาทเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการค้าที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 และ 3 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมักจะตัดสินว่ามาตรการการค้าที่เลือกปฏิบัติขัดต่อแกตตและไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์ พืช หรือสัตว์ตามมาตรา XX (b) อีกทั้งไม่ใช่มาตรการที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สูงขึ้นไปได้ตามมาตรา XX (g) โดยรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททุกคดีจะย้ำว่า มาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่อ้างขึ้นมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางสิ่งแวดล้อมโดยการบีบบังคับให้ประเทศเปลี่ยนแปลงนโยบายของตนขัดต่อหลักของแกตต กฎหมายที่เกิดจากคดี (GATT case law) แสดงให้เห็นว่าลัทธิกีดกันการค้าโดยนำเรื่องสิ่งแวดล้อมมาอ้าง (green protectionism) และลัทธิล่าอาณานิคมทางสิ่งแวดล้อม (green imperialism) กำลังเข้ามาคุกคามต่อการค้าเสรีและสวัสดิการของผู้บริโภค แต่จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทของแกตต/WTO ยังสามารถรักษาหน้าที่ตามบทบัญญัติ (constitutional function) เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ผู้บริโภค และหลักนิติธรรม (rule of law) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁴⁷

ฉะนั้นหากแกตตยังคงต้องดำรงอยู่ในสังคมระหว่างประเทศเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางการค้าและสิ่งแวดล้อมไปพร้อม ๆ กัน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขกระบวนการระงับข้อพิพาท จุดอ่อนและข้อบกพร่องของกลไกระงับข้อพิพาทของแกตตคือการให้ความสำคัญแก่การค้ามากกว่าสิ่งแวดล้อม ตัวอย่างเช่น มาตรการของภาคีที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX นั้นภาคีนั้นก็มิภาวะในการพิสูจน์ว่ามาตรการของตนเข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นหรือไม่ กรณีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญทางการค้าและเศรษฐกิจมากกว่านักสิ่งแวดล้อม และอีกเช่นกันคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมุ่งเน้นที่จะใช้บทบัญญัติของแกตตในการตัดสินโดยไม่ให้ความสำคัญกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ มาประกอบการตัดสิน¹⁴⁸

¹⁴⁶Article 13.2....., a panel may request an advisory report in writing from an expert review group....

¹⁴⁷Ernst-Ulrich Petersmann, International and European Trade and Environmental Law after Uruguay Round (Kluwer Law International, 1995).

¹⁴⁸Alison Riana Ferrante, "The Dolphin/Tuna Controversy and Environmental issues : will the World Trade Organization's 'Arbitration court' and the International Court of

เมื่อมีการก่อตั้ง WTO ในอารัมภบทของข้อตกลงมาดริด WTO ได้กล่าวถึงความสำคัญของสิ่งแวดล้อม¹⁴⁰ แต่ไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเป็นสาระบัญญัติ วัตถุประสงค์ของ WTO ยังคงมุ่งเน้นไปที่ประเด็นการค้าเรื่องสิ่งแวดล้อมยังคงเป็นเรื่องรองลงมา อย่างไรก็ตามเมื่อสิ้นสุดการเจรจารอบอุรุกวัยได้มีการจัดทำ "ความเข้าใจว่าด้วยกฎและกระบวนการที่ใช้กับการระงับข้อพิพาท" (Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes) ภายใต้ข้อตกลงจัดตั้ง WTO โดยพยายามแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ของการระงับข้อพิพาทแกตต์ 1947 ที่ผ่านมา ระบบการระงับข้อพิพาทของ WTO ได้เปิดกว้างมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากคดีสหรัฐทำมาเข้ากึ่งทะเล คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีอำนาจที่จะรับข้อมูลที่ไม่ได้ร้องขอจาก NGOs ได้ เพราะเนื่องจากในอดีต NGOs โจมตีระบบการระงับข้อพิพาทของแกตต์ว่าให้ความสำคัญกับการค้าเสรีมากเกินไป ทำให้ การตัดสินใจขององค์กรอุทธรณ์ดังกล่าวทำให้ข้อมูลขององค์กรอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมที่ถูกรณพิพาทแนบมาหัยคำฟ้องมามีอิทธิพลต่อการตัดสินใจคดีมากขึ้น

ปัจจุบันปัญหาสิ่งแวดล้อมได้กลายมาเป็นปัญหาสำคัญอย่างยิ่ง แกตต์จึงควรจะต้องตั้งข้อสังเกตจากข้อพิพาท Tuna-Dolphin และข้อพิพาททางการค้าและสิ่งแวดล้อมในอดีตที่ผ่านมาเพื่อนำมาแก้ไขใน WTO แต่อย่างไรก็ตาม WTO ยังคงไม่ได้กำหนดให้ต้องขอความเห็นหรือปรึกษากับผู้เชี่ยวชาญทางสิ่งแวดล้อม (หรือผู้เชี่ยวชาญอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท เช่นผู้เชี่ยวชาญทางด้านแรงงาน ผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน เป็นต้น) กลไกระงับข้อพิพาทไม่ได้สร้างความมั่นใจให้กับนักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ซึ่งข้อบกพร่องดังกล่าวก็ยังคงเป็นข้อบกพร่องของ WTO อยู่ถึงแม้ว่ากลไกระงับข้อพิพาทของ WTO จะยินยอมให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหาข้อมูลต่าง ๆ ได้จากแหล่งข้อมูลข้างนอกก็ตามแต่ก็ยังไม่มีการกำหนดว่าจะต้องนำข้อมูลที่ได้มานำมาใช้ คือ คำแนะนำหรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไม่ผูกพัน คณะกรรมการเพียงแต่จะนำมาประกอบการพิจารณาหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้การระงับข้อพิพาทของแกตต์ยังเป็นกระบวนการที่ไม่เปิดเผย (closed process) ข้อต่อสู้ของคู่กรณีและรายงานการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็เป็นความลับ (confidential) ส่งผลให้สาธารณชนไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับคำตัดสิน

Justice's Chamber for Environmental Matters Assist the United States and the World in Furthering Environmental Goals?," *Journal of Transnational Law and Policy* (Spring 1996) : 279-313.

¹⁴⁰General Agreement on Tariffs and Trade. Multilateral Trade Negotiations (The Uruguay Round) : Agreement Establishing the Multilateral Trade Organization (WTO), Dec.15, 1993, 33 I.L.M. กำหนดว่า "...optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different level of economic development..."

ฉะนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นองค์ประกอบสำคัญของแกตต์และ WTO เพราะเป็นกลไกที่จะช่วยยุติความแตกต่างที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้งของการตีความบทบัญญัติแกตต์และเป็นส่วนช่วยพัฒนากฎหมายจากคดี (GATT case law) ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ต้องศึกษาต่อไปว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ที่แก้ไขข้อบกพร่องของแกตต์ 1947 นั้นสามารถตอบสนองต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมได้ดีเพียงใด

กล่าวโดยสรุป ถึงแม้ว่าคำตัดสินของคดีนี้จะไม่ได้รับการรับรองแต่หลักกฎหมายจากคดี (case law) ก็สามารถเป็นแนวทางในการตีความบทบัญญัติแกตต์ในคดีการค้าและสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ในอนาคต นอกจากนี้เมื่อนำคำตัดสินคดี Tuna-Dolphin มาวิเคราะห์แล้วยังแสดงให้เห็นว่า แกตต์จะตีความมาตรา XX อย่างจำกัด เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคงจะคำนึงถึงเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทั้งนี้หากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตีความมาตรา XX อย่างกว้างย่อมมีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นได้ รวมทั้งการที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทปฏิเสธการนำ MEAs มาใช้เพื่อขยายความมาตรา XX จนสามารถใช้นอกอาณาเขตของรัฐได้นั้น ก็เพราะเหตุว่าในขณะที่มีการตัดสินคดีนี้น้ำหนักของความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทรัพยากรร่วมของโลกยังมีอยู่น้อย จึงทำให้แกตต์มีเพียงแต่บทบัญญัติแกตต์ในการตัดสินคดีเท่านั้น ทำให้คำตัดสินของคดีนี้ถูกโจมตีจากกลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมในหลาย ๆ ประเด็นที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎเกณฑ์ของแกตต์ที่มีอยู่ในขณะนั้นขัดแย้งหรือไม่สามารถตอบสนองต่อความพยายามในการอนุรักษ์ทรัพยากรร่วมของโลกได้ดีเท่าที่ควร โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงจุดอ่อนของโลกแกตต์ และแนวทางแก้ไขปัญหาในบทต่อไป

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย