

บทที่ 4

ปัญหาและแนวทางในการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำ ละเมิด

เนื่องจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อรักษาความสมดุลในผลประโยชน์ของภาคี และทำให้ภาคีมั่นใจว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาจะไม่ถูกทำลายไปโดยการใช้อนุสัญญาที่สอดคล้องกับความตกลงของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง และเพื่อที่จะให้การคุ้มครองผลประโยชน์ที่สมาชิกได้มาภายใต้ความตกลงเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดจึงต้องมีการกำหนดไว้อย่างกว้างให้ครอบคลุมสถานการณ์ทุกสถานการณ์ที่อาจจะเป็นการทำลายผลประโยชน์ที่สมาชิกได้มา และการที่มีการกำหนดบทบัญญัติไว้อย่างกว้างทำให้สมาชิกกังวลว่าจะมีการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดอย่างไม่ถูกต้อง และมีการตีความอย่างไม่ชอบเขต อย่างไรก็ตามจากการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในช่วงที่ผ่านมาแม้บทบัญญัติจะมีขอบเขตที่ไม่ชัดเจนแต่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทก็ปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดด้วยความระมัดระวัง ประกอบกับการที่มีกระบวนการพิจารณาที่กำหนดให้มีการรับรองคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทด้วยฉันทามติทำให้ในช่วงที่ผ่านมาภายใต้ GATT ยังไม่มีปัญหาในการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

อย่างไรก็ตามปัญหาที่เกี่ยวกับการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดปรากฏใน TRIPs เนื่องจากสมาชิกไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะนำคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมาใช้กับความตกลง TRIPs หรือไม่และใช้อย่างไร ในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติ และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นถ้าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมาปรับใช้กับความตกลง TRIPs

นอกจากนั้นเนื่องจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมีการกำหนดไว้อย่างกว้างทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์และขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด โดยในบทนี้จะกล่าวถึงแนวทางในการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดโดยพิจารณาจากหลักปฏิบัติที่ผ่านมาของคณะกรรมการระงับข้อพิพาท

4.1 ปัญหาของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นถูกนำเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายของ GATT จากความพยายามทางการทูตด้วยวัตถุประสงค์ที่จะแก้ไขความไม่สมดุลที่อาจเกิดขึ้นต่อผลประโยชน์ของรัฐที่ได้รับมาจากความตกลง ดังนั้นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดจึงเป็นอำนาจทางกฎหมายที่เป็นแนวคิดทางการทูต¹ โดยผู้ร่างตั้งใจที่จะให้บทบัญญัติมีขอบเขตที่กว้างขวางเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ที่สมาชิกได้มาได้อย่างเต็มที่ ปัญหาของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดจึงเกิดจากการที่บทบัญญัตินั้นถูกกำหนดไว้อย่างกว้างขวางทำ และเนื่องจากในช่วงที่ผ่านมาในระบบกฎหมายของ GATT ได้มีความพยายามที่จะจำกัดขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด ทำให้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมีขอบเขตชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่สำคัญเกิดขึ้นเมื่อภาคีไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะนำคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมาใช้กับ TRIPs หรือไม่ และใช้อย่างไร เนื่องจาก TRIPs มีลักษณะที่แตกต่างจาก GATT ในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเมื่อคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดถูกนำไปใช้กับ TRIPs

4.1.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติ

บทบัญญัติของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง โดยคำว่า “ผลประโยชน์” “มาตรการ” “การทำให้เสียไปหรือเสียหาย” ในบทบัญญัติไม่ได้มีการกำหนดให้ชัดเจน ทำให้สามารถตีความบทบัญญัติได้หลายนัย

จากช่วงที่ผ่านมาคณะกรรมการระดับข้อพิพาท GATT พยายามที่จะจำกัดขอบเขตของคดีประเภทที่ไม่มีการกระทำที่ละเมิดโดยนำหลักเกณฑ์ทั่วไปบางประการมาปรับใช้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำที่ละเมิดโดยการเน้นถึงความเชื่อมโยงระหว่างข้อตกลงหย่อนทางภาษี (tariff concession) และความคาดหวังอันสมเหตุสมผล (reasonable expectation) อย่างไรก็ตามจากคำตัดสินเหล่านั้นก็ยังไม่มีความชัดเจนว่าขอบเขตของความคาดหวังอันสมเหตุสมผลต่อคุณค่าในข้อตกลงหย่อนทางภาษีจะไม่ได้รับผลกระทบนั้นแค่ไหนถึงจะเป็นการชอบด้วยกฎหมายในคดีประเภทที่ไม่

¹ Robert E. Hudec, Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System. (1993). p. 7.

มีการกระทำละเมิด นอกจากนั้นยังมีปัญหาว่าความคาดหวังเหล่านั้นวางอยู่บนหลักต่างตอบแทน หรือความสมดุลของข้อลดหย่อนทางภาษีสองฝ่าย นั้นควรจะนำมาใช้กับภาคีฝ่ายที่สามที่ไม่ได้เจรจาข้อลดหย่อนทางภาษีด้วยอย่างแท้จริงกับผู้ยื่นคำร้องหรือไม่² เนื่องจากมีนักวิจารณ์บางส่วน ยังเห็นว่าทบัญญัติ มาตรา XXIII: 1 (บี) และมาตรา 26 ของ DSU ไม่ได้กำหนดห้ามไม่ให้ผู้นำคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดผลประโยชน์ในลักษณะอื่นที่นอกเหนือจากข้อลดหย่อน

นอกจากนั้นเนื่องจากคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นมีจำนวนน้อยและมีเพียงไม่กี่คดีที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้อธิบายขอบเขตและหลักเกณฑ์ในการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด ประกอบกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT ส่วนใหญ่เป็นปัญหาเรื่องข้อลดหย่อนทางภาษี และข้อลดหย่อนทางภาษีเป็นผลประโยชน์ประการเดียวที่ที่ประชุมใหญ่รับรอง ทำให้แนวคำตัดสินที่สามารถนำมาปรับใช้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในปัจจุบันมีอยู่อย่างจำกัด อย่างไรก็ตามนักวิจารณ์บางท่าน เชื่อว่าแนวทางในการปรับใช้คำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิดที่ผ่านมา และหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีการนำมาปรับใช้ในช่วงที่ผ่านมาจะสามารถนำไปใช้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้

4.1.2 ปัญหาของการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดกับ TRIPs

สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในความตกลง TRIPs นั้นได้กำหนดให้มีการเลื่อนระยะเวลา (moratorium) ในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามมาตรา XXIII: 1 (บี) กับความตกลง TRIPs และกำหนดให้คณะมนตรีพิจารณาขอบเขตและรูปแบบ (scope and modality) ของคำร้องประเภทนี้ในช่วงระยะเวลา 5 ปีแรก ซึ่งได้สิ้นสุดไปแล้วเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 1999 และคณะมนตรีจะต้องเสนอข้อเสนอแนะของตนให้ที่ประชุมคณะรัฐมนตรี (Ministerial Conference) เพื่อพิจารณาอนุมัติ³ แต่เนื่องจากรูปแบบ และขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดที่จะมีการนำมาใช้ภายใต้ความตกลง TRIPs นั้น คณะมนตรี TRIPs ยังไม่สามารถที่จะให้คำแนะนำต่อคณะรัฐมนตรีได้ภายในกำหนดเวลา

² Sunjoon Cho, "GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement?," *Harvard International Law Journal*, 39, 2 (1999).

³ Article 64 (2) and (3) of TRIPs.

ประกอบกับความล้มเหลวของการประชุมรัฐมนตรีที่ซีแอตเทิล (Seattle Ministerial) ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเลื่อนระยะเวลาในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดอยู่ในปัจจุบัน

มีการให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับสถานะของการเลื่อนระยะเวลาในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำที่ไม่ละเมิดออกไปหลายความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไป และจากข้อเสนอแนะที่มีการยื่นให้กับคณะมนตรี TRIPs ดูเหมือนว่าจะมีอยู่เพียงประเทศเดียวที่สนับสนุนให้มีการใช้มาตรการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการละเมิดภายใต้ TRIPs โดยที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาขอบเขตหรือรูปแบบที่ชัดเจนเสียก่อน โดยสหรัฐอ้างว่าการเลื่อนระยะเวลาได้สิ้นสุดลงแล้วดังนั้นมาตรการเยียวยาต้องถูกนำมาใช้กับความตกลง TRIPs นอกจากนี้สหรัฐยังอ้างว่าระยะเวลาในการปรึกษาหารือเกี่ยวกับขอบเขตและรูปแบบของคำร้องก็ได้สิ้นสุดไปแล้วและก็ไม่มียุทธศาสตร์ใด ๆ ที่จำเป็นจะต้องปรึกษาหารือในเรื่องนี้อีกต่อไป⁴

ประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศได้ยอมรับความคิดเห็นที่ว่าระยะเวลาที่เลื่อนออกไปนั้นได้สิ้นสุดไปแล้ว แต่ยังมีข้อกังวลที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการเยียวยานี้ต่อความตกลง TRIPs นอกจากนี้ประเทศเหล่านี้เห็นว่าคณะมนตรีไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่มีความรับผิดชอบในการที่จะพิจารณาขอบเขตและรูปแบบของคำร้อง และการที่ไม่มีแนวทางในการปรับใช้ที่ชัดเจนอาจจะนำไปสู่สถานการณ์ที่ต้องมีการพิจารณากระบวนการในการระงับข้อพิพาทเป็นกรณีกรณีไป และอาจมีความเสียหายที่ชัดเจนและสามารถจะคาดหมายได้ตามมาในภายหลัง⁵ บางประเทศก็เห็นว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดนั้นได้รับการพัฒนาขึ้นมาในบริบทที่เกี่ยวกับการรับประกันการเข้าสู่ตลาดซึ่งแตกต่างความตกลง TRIPs การที่จะนำมาตราการเยียวยานี้มาใช้ใน TRIPs นั้นไม่เหมาะสมกับบริบทของทรัพย์สินทางปัญญาและจะนำมาซึ่งมาตรการที่ไม่แน่นอนและเป็นอันตรายต่อความตกลง นอกจากนี้ยังจะเป็นการบีบบังคับสมาชิกไม่ให้นำมาตรการใหม่ และสำคัญต่อสังคมที่เกี่ยวกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สุขอนามัย สิ่งแวดล้อม และวัฒนธรรมมาใช้ เนื่องจาก

⁴ Communication from the U.S., "Scope and Modalities of Non-Violation Complaints Under the TRIPS Agreement", (IP/C/W/194).

⁵ Communication from Australia, "Non-Violation Complaints under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual property Rights 9TRIPS), at p 1 (IP/C/W/212).

มาตรการดังกล่าวอาจจะได้รับการตีความว่าเป็นการปฏิเสธผลประโยชน์ภายใต้ความตกลง TRIPS⁶

สำหรับประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่ามาตรการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการละเมิดนั้นไม่ควรจะนำมาใช้ในความตกลง TRIPS เนื่องจากมาตรการนี้ไม่มีความจำเป็นและไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของสมาชิก ผลประโยชน์ที่ได้จากความตกลง TRIPS สามารถได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอโดยการปรับใช้ตัวบทของความตกลงภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับโดยไม่ต้องใช้แนวคิดที่ไม่มีความแน่นอนทางกฎหมายอย่างเช่นมาตรการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการละเมิดมาใช้⁷

เนื่องจากแนวคิดที่ให้มีการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดนั้นถูกมองว่าเป็นแนวคิดที่มีปัญหา โดยสมาชิกกังวลว่าการขยายขอบเขตของคำร้องไปใน TRIPS จะทำให้เกิดความไม่สมดุลในการบังคับใช้ความตกลง TRIPS ซึ่งปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใน TRIPS มีดังต่อไปนี้

4.1.2.1 ความแตกต่างในแนวคิดพื้นฐานของ GATT และ TRIPS

ตามแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมาย ความตกลง TRIPS นั้นมีสาระสำคัญที่แตกต่างจาก GATT และ GATS พันธกรณีของสมาชิก WTO ที่กำหนดให้สมาชิกมีสิทธิยื่นคำร้องถ้านโยบายภายในของสมาชิกก่อให้เกิดผลเสียหายต่อข้อตกลงพหุภาคีหรือข้อผูกพันในการค้าบริการนั้นเป็นสิ่งที่ควบคู่กันกับความมีอิสระที่สมาชิกได้รับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนโยบายเหล่านั้น แต่ความตกลง TRIPS ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะปล่อยสมาชิก WTO ให้มีอิสระในนโยบายของตน (policy autonomy) ในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่จำเป็นจะต้องได้รับการชดเชยตามมาตรา XXIII: 1 (บี) วัตถุประสงค์หลักของความตกลง TRIPS ก็คือการรับประกันว่านักเขียน นักแสดง นักประดิษฐ์ และอื่น ๆ จะได้รับการยอมรับให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะห้ามหรือให้อำนาจ

⁶ Communication from Canada, "Further Consideration of Non-Violation Nullification or Impairment under the Agreement on trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", at p. 9(IP/C/W/249).

⁷ Proposal from Cuba, the Dominican republic, Egypt, Indonesia, Malaysia and Pakistan, non-Violation or Impairment under the Agreement on trade related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), at para 4, (IP/C/W/141).

ผู้อื่นใช้งานของตน วัตถุประสงค์นี้จะสำเร็จได้โดยการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs ด้วยความสุจริต ไม่มีความเข้าใจที่เป็นการทั่วไประหว่างผู้เจรจาว่าความตกลงนี้จะก่อให้เกิดความคาดหวังที่ชอบ โดยกฎหมายในผลประโยชน์ที่อยู่นอกเหนือไปจากการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และไม่มีความเข้าใจที่เป็นการทั่วไปว่าความตกลงนี้มีเป้าหมายที่จะคุ้มครองการหาประโยชน์ทางการค้า (commercial exploitation) จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย⁸ ดังนั้นนักเขียนที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิก WTO สามารถคาดหวังได้โดยชอบด้วยกฎหมายว่าหนังสือของตนจะไม่ถูกทำซ้ำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในเขตอำนาจของประเทศสมาชิก WTO อย่างไรก็ตามความตกลง TRIPs ไม่ได้ให้การรับประกันว่านักเขียนนั้นจะขายหนังสือของตนได้ในเขตอำนาจของประเทศสมาชิก

4.1.2.2 ความไม่แน่นอนในขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ TRIPs

คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นตั้งอยู่บนหลักที่ว่าภาคีสามารถยื่นคำร้องต่อมาตรการของรัฐนั้นได้แม้จะไม่มีการกระทำละเมิด และเนื่องจากลักษณะที่พิเศษของมาตรการเยียวยานี้ทำให้คณะกรรมการระงับข้อพิพาท GATT ตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ไม่ละเมิดนี้ค่อนข้างจำกัด และคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนี้ก็ไม่ค่อยได้มีการนำมาใช้บ่อยมากนักจึงทำการตีความบทบัญญัติที่สามารถจะนำมาใช้ได้เป็นแนวทางมีอยู่อย่างจำกัด⁹

สมาชิกหลายประเทศเห็นว่าความตกลง TRIPs นั้นแตกต่างจากความตกลงอื่นภายใต้ WTO และความแตกต่างนั้นทำให้เกิดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับวิธีที่มาตรา XXIII: 1 (บี) จะนำมาใช้ในความตกลง TRIPs นอกจากนั้น TRIPs ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับปัญหาในการเข้าสู่ตลาด และความตกลง TRIPs ก็ไม่มีข้อผูกพันในระดับที่แน่นอนของการเข้าสู่ตลาด ไม่มีการแลก

⁸ Frieder Roessler, "The concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the WTO" in International Trade Law and the GATT/ATO Dispute Settlement System, (1997), p.136.

⁹ Communication from Canada, "Further Consideration of Non-Violation Nullification or Impairment under the Agreement on trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights".

เปลี่ยนสิทธิและพันธกรณีดังเช่น GATT และ GATS แต่ความตกลง TRIPs เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าสมาชิก WTO ทุกประเทศจะปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำที่เป็นหนึ่งเดียวในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากนี้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็น "สิทธิในทางปฏิเสธ" (Negative Right) ที่ให้สิทธิกับเจ้าของที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลที่สามารถกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับสิทธินั้นโดยไม่ได้รับอนุญาต สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สิทธิในการเข้าสู่ตลาด (market access right) ซึ่งแตกต่างจาก GATT

ความยุ่งยากในการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในความตกลง TRIPs นั้นเพิ่มมากขึ้นเมื่อพิจารณาแนวคิดของคำว่า "ผลประโยชน์" เนื่องจากผลประโยชน์ที่สมาชิกจะได้รับจากความตกลง TRIPs เป็นสิทธิที่ให้กับกับผู้ถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จะห้ามไม่ให้มีการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตนโดยไม่ได้รับอนุญาตมากกว่าจะเป็นการปฏิบัติต่อสินค้าหรือบริการ นอกจากนี้แม้ว่าจะเป็นเรื่องธรรมดาที่การตีความพันธกรณีนี้อาจจะแตกต่างกันแต่ในกรณีนี้การขาดแนวคิดที่เป็นหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับองค์ประกอบที่สำคัญของมาตรการเยียวยานี้ทำให้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใน TRIPs เป็นคำร้องที่ไม่สามารถคาดหมายได้¹⁰

4.1.2.3 การลดอำนาจในทางกฎหมายของรัฐ

การที่ไม่สามารถกำหนดขอบเขตอันแน่นอนของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดในเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาทำให้รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ พบว่าตัวเองถูกอาจจะถูกจำกัดการพัฒนานโยบายภายในของตน การใช้อำนาจของรัฐโดยทั่วไปนั้นบ่อยครั้งที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาวะทางเศรษฐกิจ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนั้นอาจจะก่อให้เกิดการลดคุณค่าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การมีคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมาใช้ในความตกลง TRIPs จะมีผลกระทบต่ออิสระของรัฐในการใช้อำนาจ และเนื่องจากการที่รัฐสามารถรับรู้ได้ถึงพันธกรณีที่ชัดเจนที่ตนได้ให้การยอมรับของตนนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญมาก ดังนั้นพันธกรณีต่าง ๆ จึงควรจะได้รับกำหนดไว้อย่างชัดเจนไม่ใช่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของบทบัญญัติที่ไม่สามารถคาดเห็นถึงพันธกรณีของตนได้

¹⁰ Communication from Canada, "Further Consideration of Non-Violation Nullification or Impairment under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights".

4.1.2.4 ปัญหาต่อระบบของ WTO

ประการแรกคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดอาจจะก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องระหว่างความตกลง WTO ก็คือมาตรการที่สอดคล้องกับความตกลงเช่นมาตรการทางภาษีหรือข้อกำหนดในการโฆษณา ก็อาจจะถูกอ้างว่าทำให้เสียหายต่อผลประโยชน์ตามความตกลง TRIPs ภายใต้คำร้องประเภทนี้ได้ ดังนั้นจึงเป็นปัญหาว่าสมาชิก WTO ควรจะปล่อยให้มีความเลือกแก่สมาชิกที่จะยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ความตกลง TRIPs หรือไม่¹¹ ถ้ามาตรการนั้นสอดคล้องกับความตกลงอื่น ๆ ของ WTO ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดปัญหาของความไม่สอดคล้องกันเองของความตกลงต่าง ๆ นประเด็นนี้สหรัฐโต้แย้งว่ามาตรา 3.2 ของ DSU จะป้องกันไม่ให้องค์กรระงับข้อพิพาทเปลี่ยนแปลงสิทธิและพันธกรณีภายใต้ความตกลง WTO ในปัจจุบันที่ถือเป็นการกำหนดมูลเหตุในการฟ้องร้องคดีขึ้นมาใหม่¹²

คำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดอาจจะมีผลเป็นการก่อให้เกิดความรับผิดชอบใหม่ที่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของการเจรจา¹³ ซึ่งไม่เหมือนกับข้อผูกพันทางภาษี เนื่องจากพันธกรณีภายใต้ความตกลง TRIPs นั้นไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เฉพาะระหว่างภาคีแต่ละฝ่าย ดังนั้นมาตรการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการละเมิดเป็นการยอมให้สมาชิกที่อ้างถึงการกระทำที่ไม่มีการละเมิดนั้นที่จะแสดงให้สมาชิกที่ทำให้เสียหายเห็นถึงการคุกคามของการที่เป็นการตอบโต้ที่เท่าเทียมกับในกรณีที่มีการกระทำละเมิดความตกลง TRIPs ถ้ามาตรการที่ทำให้เสียไปนั้นไม่ถูกเพิกถอน¹⁴ นอกจากนั้นภายใต้ความตกลง TRIPs มาตรการเยียวยาในกรณีที่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นจะไม่ทำหน้าที่ดังเช่น *Clausula rebus sic stantibus* (พันธกรณีที่ให้มีการเจรจาตก

¹¹ Ibid.

¹² Communication from the United States of America. "Scope and Modalities of Non-Violation Complaints Under the TRIPS Agreements.", IP/C//194, (17 July 2000)

¹³ Frieder Rossler, "The concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World trade Organization," p. 78.

¹⁴ Matthew Stilwell and Elizabeth Turek, "Non-Violation Complaints and The TRIPs Agreement: Some Considerations for Members," p. 4.

ลงกันใหม่) แต่จะเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สามารถก่อให้เกิดผลประโยชน์ใหม่ และความรับผิดชอบใหม่ ๆ ที่ไม่รับรู้มาก่อนด้วย¹⁵ ดังนั้นการก่อให้เกิดความรับผิดชอบที่ไม่มีการเจรจาตกลงกันจึงไม่สอดคล้องกับมาตรา 3.2 ของ DSU

นอกจากนั้นคำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดอาจจะมีผลเป็นการจำกัดพันธกรณีที่มีอยู่แล้วในความตกลง TRIPs และความตกลงอื่นของ WTO จากประสบการณ์ที่เกิดขึ้นภายใต้ GATT แสดงให้เห็นว่าในกรณีที่มาตราการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการละเมิดถูกนำมาใช้ คณะกรรมการระงับข้อพิพาทอาจจะตีความพันธกรณีที่มีอยู่ให้แคบลงและหันมาใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดละเมิดแทน ในกรณีของความตกลง TRIPs นั้นก็อาจจะมีผลเป็นการลดประสิทธิภาพของพันธกรณีที่เป็นเครื่องมือในการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้น้อยลงได้

4.1.2.5 ผลกระทบต่อสมาชิก WTO โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา

การขยายขอบเขตของมาตราการเยียวยาในกรณีที่ไม่มีการกระทำละเมิดอาจจะเป็นการเพิ่มความยุ่งยากให้กับประเทศกำลังพัฒนาเมื่อต้องโต้แย้งต่อคำร้องของประเทศสมาชิกอื่น เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนานั้นไม่มีทุนหรือกำลังสนับสนุนที่จะนำมาใช้ในการต่อสู้เพื่อปกป้องสิทธิของตนในคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน อย่างเช่นคดีประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดและโดยเฉพาะต้องต่อสู้กับประเทศมหาอำนาจ นอกจากนี้ในกรณีที่มีการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดควบคู่ไปกับคำร้องประเภทที่มีการกระทำละเมิดเพื่อเป็นทางเลือกอีกทางนั้น ประเทศกำลังพัฒนาก็จะถูกบังคับให้ต้องพยายามหาหนทางเพื่อมาใช้ในการต่อสู้กับข้ออ้างที่เพิ่มขึ้นและไม่ชัดเจน ซึ่งจะมีผลทำให้ค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีสูงเพิ่มขึ้น

ประเทศกำลังพัฒนานั้นกำลังอยู่ภายใต้ช่วงระยะเวลาในการปรับเปลี่ยนที่เป็นช่วงเวลาที่ให้โอกาสประเทศกำลังพัฒนาประเมินการบังคับใช้ภายใต้ความตกลง TRIPs ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนารวมทั้งประเทศที่ด้อยพัฒนาจะไม่สามารถประเมินการปรับใช้คำร้องประเภท

¹⁵ Frieder Rossler, "The concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World trade Organization," p. 179.

ที่ไม่มีการละเมิดในความตกลง TRIPS ได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁶ ซึ่งประเด็นนี้เป็นที่กังวลมากสำหรับประเทศกำลังพัฒนา

นอกจากนั้นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดอาจจะมีคำรณามาปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และเนื่องจากความตกลง TRIPS กำหนดแค่ให้มีมาตรการเยียวยาที่เพียงพอและก็ปล่อยให้สมาชิกใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาระดับของมาตรการเยียวยาที่เหมาะสม¹⁷ สมาชิกอาจจะถูกกล่าวอ้างว่าทำให้เสียหายต่อผลประโยชน์เนื่องจากขาดมาตรการที่เข้มงวดเพียงพอในการบังคับใช้ แม้ว่าความตกลงจะไม่ได้กำหนดให้สมาชิกจัดทำหรือบังคับใช้รูปแบบในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่การกล่าวอ้างว่าการไม่ขยายความคุ้มครองที่เพียงพอซึ่งเป็นการทำให้เสียไปและเสียหายตามมาตรา XXIII: 1 (บี) ก็อาจจะถูกนำมาใช้เป็นมูลเหตุในการยื่นคำร้องได้ ซึ่งคำร้องประเภทนี้จะเป็นคำร้องที่ใช้กับประเทศกำลังพัฒนามากที่สุด

4.1.2.6 ปัญหาเกี่ยวกับสุขอนามัยของประชาชน

จากประวัติศาสตร์การเจรจา วรรค 2 และวรรค 3 ของมาตรา 64 ซึ่งให้เห็นว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปัญหาสุขอนามัยของประชาชน ผู้แทนบางคนสนับสนุนว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดควรจะนำมาปรับใช้กับความตกลง TRIPS ด้วยจุดมุ่งหมายที่จะป้องกันสมาชิกอื่น ๆ ไม่ให้ใช้มาตรา 8.1 ของความตกลง TRIPS ซึ่งยอมให้มีการกฎหมายหรือข้อบังคับของภาคีเพื่อที่จะใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณสุข โดยมีเงื่อนไขว่ามาตรการนั้นต้องสอดคล้องกับความตกลง TRIPS

เนื่องจากการระบาดของโรคเอดส์อย่างรุนแรงในปี 1997 รัฐบาลออฟริกาใต้ได้แก้ไขพระราชบัญญัติการควบคุมยาและสารที่เกี่ยวข้อง (Medicine and related Substance

¹⁶ Proposal from Cuba, the Dominican Republic, Egypt, Indonesia, Malaysia and Pakistan, non-Violation or Impairment under the Agreement on trade related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), at para 4.

¹⁷ Frederick M. Abbot, "Non-Violation Nullification or Impairment Causes of Action under the TRIPS Agreement and the Fifth Ministerial Conference: A Warning and Reminder," p. 2.

Control Act) เพื่อที่จะเพิ่มปริมาณยารักษาโรคเอดส์โดยอนุญาตให้มีการนำเข้าซ้อน (parallel imports) และให้มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยบังคับ (compulsory license) นอกจากคำร้องที่ยื่นโดยกลุ่มบริษัทผู้ผลิตยา รัฐบาลสหรัฐได้ยื่นคำร้องภายใต้ความตกลง TRIPS ว่าการแก้ไขกฎหมายของอาฟริกาใต้ละเมิดมาตรา 27.1 และมาตรา 28 ของ TRIPs ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิ่งซึ่งมีสิทธิบัตรได้ และสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร นอกจากนี้สหรัฐก็ได้อ้างมาตรา XXIII: 1 (บี) ของ GATT ว่าการแก้ไขกฎหมายของอาฟริกาใต้ในขณะที่สอดคล้องกับความตกลงนั้นได้ทำให้เกิดผลเสียหายต่อผลประโยชน์ที่สหรัฐสามารถจะคาดหวังได้ตามกฎหมายภายใต้ความตกลง ในการโต้ตอบคำร้องของสหรัฐนั้นอาฟริกาใต้อ้างมาตรา 8.1 เนื่องจากการกระทำของตนเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของสังคม และเนื่องจากไม่สามารถตกลงกันให้เป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่ายได้สหรัฐจึงได้ขอให้ DSB ตั้งคณะกรรมการระดับข้อพิพาท และในขณะเดียวกันสมาชิกต่าง ๆ ได้ยื่นข้อเสนอดต่อคณะมนตรี TRIPs เพื่อคัดค้านการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดใน TRIPs ¹⁸

จากคดีดังกล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องง่ายที่จะมีการใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการละเมิดเพื่อคัดค้านสมาชิกประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการนำเข้าซ้อนและการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยบังคับซึ่งเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับความตกลง TRIPs และก็สามารถคาดเห็นได้ว่าสมาชิกโดยการกระทำแทนเจ้าของสิทธิบัตรอาจจะอ้างว่าการควบคุมราคานั้นเป็นการถดถอนสิทธิของตนในการได้รับผลประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิบัตร แม้ว่าข้ออ้างดังกล่าวไม่น่าจะประสบผลสำเร็จเนื่องจากอาจจะอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 8.1 ของความตกลง TRIPs ประกอบกับการควบคุมราคาก็มีการใช้กันในหลายประเทศช่วงที่มีการเจรจาความตกลง TRIPs จึงเป็นสิ่งที่สมควรจะคาดเห็นได้ อย่างไรก็ตามก็มีความเป็นไปได้มากที่จะยังมีคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นเกี่ยวกับประเด็นนี้¹⁹ ดังนั้นถ้าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมีการนำมาปรับใช้กับความตกลง TRIPs สมาชิกที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาจะต้องเผชิญกับความยากลำบากในการบังคับใช้นโยบายที่เกี่ยวกับสุขภาพภายในประเทศ

¹⁸ Haochen Sun, "TRIPS and Non-Violation Complaints," From a Public Health Prospective (2002), p. 2.

¹⁹ Frederick M. Abbot, "Non-Violation Nullification or Impairment Causes of Action under the TRIPS Agreement and the Fifth Ministerial Conference: A Warning and Reminder," p. 2.

4.1.3 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดใน TRIPs

TRIPs นั้นมีลักษณะที่แตกต่างจาก GATT และ GATS เนื่องจาก TRIPs ไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อที่จะให้มีการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อลดหย่อน หรือข้อผูกพัน (commitment) เพิ่มเติมจากสิทธิและพันธกรณีโดยทั่วไปภายใต้ความตกลง จึงมีคำถามว่าอะไรคือผลประโยชน์ที่ได้มาภายใต้ TRIPs นอกจากนี้ยังมีปัญหาว่ามาตรการเยียวยาประเภทใดเป็นมาตรการเยียวยาที่เหมาะสมสำหรับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดเนื่องจากภาคีไม่มีพันธกรณีที่จะต้องเพิกถอนมาตรการที่สอดคล้องกับความตกลง และก็ไม่มีความเสียหายของประเทศที่ได้รับผลกระทบที่จะเพิกถอนหรือระงับข้อลดหย่อนภายใต้ TRIPs ด้วย

แต่เนื่องจากภาคีไม่สามารถตกลงกันได้และก็มีความเป็นไปได้ที่ภาคีบางประเทศ เช่น สหรัฐจะไม่ยอมให้มีการยกเลิกการนำคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมาใช้ใน TRIPs ดังนั้นแนวทางแก้ไขปัญหาคำร้องที่เป็นไปได้ก็คือ คณะมนตรี TRIPs ต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับ ขอบเขต (Scope) และรูปแบบ (Modality) ของคำร้องที่จะนำมาใช้ที่ชัดเจนเสียก่อนที่จะมีการยอมรับให้นำคำร้องประเภทนี้มาใช้

4.2 แนวทางในการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

เนื่องจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นเป็นบทบัญญัติที่มีขอบเขตกว้างและสามารถตีความได้หลายนัย และเนื่องจากความตกลง WTO นั้นมีลักษณะที่ซับซ้อน และประกอบไปด้วยความตกลงแนบท้ายหลายความตกลง WTO จึงมีความแตกต่างจาก GATT อย่างไรก็ดีตามการที่จะกำหนดให้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นมีความชัดเจนเป็นเรื่องที่ยากลำบากเนื่องจากวัตถุประสงค์ของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นต้องสามารถนำไปใช้ได้กับสถานการณ์ทุกสถานการณ์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของภาคี

ในกรณีนี้ Petersmann เห็นว่าหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) และหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุสมผล (Protection of reasonable expectation) ประกอบกับหลักการตีความให้มีผลบังคับใช้ได้ (Principle of Effectiveness) สามารถนำมาปรับใช้กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดภายใต้ GATS ซึ่งอยู่นอกเหนือจากแนวคำตัดสินที่เกี่ยวกับคำร้องประเภทที่

ไม่มีการกระทำละเมิดที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายของ GATT²⁰ เนื่องจากหลักเกณฑ์สามประการนี้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่นำไปใช้ได้กับทุกสถานการณ์และยังเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับว่าทำให้ขอบเขตของคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น หลักเกณฑ์ทั้งสามประการนี้เป็นหลักทั่วไปที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทนำมาปรับใช้ในคดีที่ผ่านมา ดังนั้นการที่จะเข้าใจขอบเขตและแนวทางในการปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดจึงควรพิจารณาหลักเกณฑ์สามประการนี้

4.2.1 แนวคิดของหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) กับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด

แนวคิดของการทำให้เสียไปหรือเสียหายนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากประเทศต่าง ๆ ต้องการที่จะปกป้องผลประโยชน์ที่ได้จากการลดอัตราภาษีที่มีการเจรจาตกลงกัน (agreed tariff reduction) และความสมดุลของของชดเชยอื่นที่มีการแลกเปลี่ยนกัน หลักต่างตอบแทนจึงเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ก่อให้เกิดคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิด และการที่ถือว่าผลประโยชน์ที่ได้มาถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายโดยไม่มีกรกระทำละเมิดได้นั้นผลประโยชน์ดังกล่าวต้องเป็นผลประโยชน์ที่ภาคีมีเหตุผลอันสมควรว่าจะได้มา และการที่ภาคีจะความคาดหวังอันสมควรในผลประโยชน์นั้นได้ผลประโยชน์นั้นก็ควรจะเป็นผลประโยชน์ที่มีการให้แลกเปลี่ยนกัน คำร้องประเภทที่ไม่มีกรกระทำละเมิดจึงมีขึ้นเพื่อสนับสนุนให้มีการเคารพและยึดมั่นในหลักต่างตอบแทน ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายและคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทหลายท่านดังจะกล่าวต่อไป

4.2.1.1 ความหมายของหลักต่างตอบแทน

หลักต่างตอบแทนเป็นการ ปฏิบัติทางการค้าซึ่งบางครั้งเรียกว่านโยบายการค้าที่เป็นธรรม (fair trade) ซึ่งหมายถึงการที่ประเทศต่าง ๆ แลกเปลี่ยนชดเชยอื่นทางการค้าระหว่างกันในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศเพื่อลดอุปสรรคทางการค้า ประเทศหนึ่งจะลดอุปสรรคทางการค้าลงเมื่อได้รับผลตอบแทนซึ่งอีกประเทศหนึ่งยินยอมที่จะลดอุปสรรคทางการค้าอื่น ๆ ลงมา

²⁰ Ernst –Ulrich Petersmann, "The GATTWTO Dispute Settlement System:

ด้วย การให้และรับแบบต่างตอบแทนนี้นักเจรจาการค้าหมายถึงการได้รับผลประโยชน์ร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน (Quid Pro Quo)

หลักการต่างตอบแทนเป็นอีกหลักหนึ่งที่ได้กล่าวไว้ในคำปรารภของ GATT โดยให้การค้าขายมีลักษณะต่างตอบแทนกันและได้ประโยชน์ที่เท่าเทียมกันทั้งสองฝ่าย (reciprocal and mutually advantageous arrangements) เพื่อมุ่งหมายให้มีการลดกำแพงภาษีศุลกากรและการยกเลิกการเลือกปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ

ลักษณะของหลักการต่างตอบแทน คือ เมื่อประเทศหนึ่งให้ประโยชน์แก่อีกประเทศหนึ่ง ประเทศที่ได้รับประโยชน์จะทำการเสนอประโยชน์ในลักษณะที่คล้ายกัน หรือใกล้เคียงกันเป็นการตอบแทน การที่ GATT กำหนดหลักการต่างตอบแทนไว้ เนื่องจากเห็นว่าไม่ควรมีประเทศใดที่เป็นผู้ให้หรือผู้รับแต่ฝ่ายเดียวโดยไม่มีการตอบแทน ซึ่งวิธีเช่นนี้จะสร้างความเป็นธรรมให้แก่ประเทศทั้ง 2 ฝ่าย

4.2.1.2 การปรับใช้คำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดตามหลักต่างตอบแทน

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดส่วนมากจะเป็นคดีที่มีการอ้างผลประโยชน์ที่ได้มาจากข้อลดหย่อนตามมาตรา II²¹ ซึ่งผลประโยชน์ภายใต้ข้อลดหย่อนทางภาษีนี้เป็นผลประโยชน์ที่ภาคีเจรจาแลกเปลี่ยนกัน เหตุผลที่ต้องนำหลักต่างตอบแทนมาปรับใช้ก็เนื่องจากคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นไม่ควรจะได้รับการตีความด้วยถ้อยคำที่ไม่เหมาะสมและไม่ชอบเขตจำกัด

คดี EEC- Citrus ซึ่งสหรัฐยื่นคำร้องว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มาตามหลัก MFN ถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายจากการที่ประชาคมให้สิทธิพิเศษทางภาษีแก่ประเทศเมดิเตอร์เรเนียน โดยคดีนี้เป็นเพียงคดีเดียวที่คณะกรรมการระดับข้อพิพาทเห็นว่าผลประโยชน์ภายใต้ GATT นั้นรวมถึงถึงผลประโยชน์ที่สมาชิกได้มาตามหลัก MFN ด้วย คำตัดสินในคดีนี้ไม่ได้รับการรับรองจากที่

²¹ Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, Treatment by German Import of Sardines ; EEC-Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed Related Animal-Feed Proteins.

ประชุมใหญ่โดยประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเห็นว่ามาตรา XXIII: 1 (บี) นั้นนำมาปรับใช้กับเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อผูกพันทางภาษี (tariff binding) เท่านั้น

นอกจากนั้น Petersmann ก็เห็นด้วยกับข้อคัดค้านของประชาคมยุโรปโดยเห็นว่าคำตัดสินในคดี EEC-Citrus ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่ได้มานอกเหนือจากข้อผูกพันทางภาษีนั้นเป็นคำตัดสินที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unpersuasive)

Frieder Roessler เห็นว่าเมื่อไม่มีข้อลดหย่อนที่ให้แลกเปลี่ยนกันแล้วสิทธิพิเศษทางภาษีของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความสมดุลในพันธกรณี (balance of obligation) ระหว่างประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และสหรัฐได้อย่างไร

นอกจากนั้นหลังจากที่มีการเจรจาจัดตั้ง WTO แล้ว GATS ก็ได้รับเอาหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดมาบัญญัติไว้ในมาตรา XXIII: 3 ของ GATS โดยกำหนดให้ภาคีที่เห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนคาดหวังว่าจะได้มาอย่างสมเหตุสมผลภายใต้ข้อผูกพันเฉพาะ (specific commitment) นั้นถูกทำให้เสียไปหรือเสียหายหายโดยการใช้อนุสัญญาของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นภาคีฝ่ายที่เสียหายสามารถยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดได้

การกำหนดให้ภาคีที่ได้ผลประโยชน์มาจากข้อผูกพันเฉพาะเท่านั้นที่จะสามารถยื่นคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดได้ภายใต้ GATS เป็นการสนับสนุนแนวคิดที่ว่าคำร้องประเภทที่ไม่มีการกระทำละเมิดนั้นควรจะถูกคุ้มครองสมาชิกที่ได้ผลประโยชน์มาภายใต้หลักต่างตอบแทนเท่านั้น

4.2.2 หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุสมผล (Protection of Reasonable Expectation)

ปัจจัยพื้นฐานในการพิสูจน์ความเสียหายหรือสูญเสียไปหรือเสียหายนั้นมีความสำคัญมากที่สุด ซึ่งเป็นการตีความที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการทำลายความคาดหวังอันสมเหตุสมผลของสมาชิกที่ยื่นคำร้อง

ตัวบทของมาตรา XXIII:1 (บี) นั้นเพียงแต่กล่าวถึงผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมภายใต้ความตกลงนี้โดยที่ไม่ได้อธิบายหรือให้คำจำกัดความว่าผลประโยชน์ชนิดใดที่ต้องการจะให้ครอบคลุมถึง ดังนั้นเมื่อมีการอ้างถึงผลประโยชน์ที่นอกเหนือจากข้อลดหย่อนทางภาษี การพิจารณาว่าผลประโยชน์นั้นเสียไปหรือเสียหายหรือไม่นั้นสามารถพิจารณาได้จากว่าผลประโยชน์นั้นสมาชิกมีความคาดหวังอันสมเหตุสมผลว่าได้มาแล้วจะไม่ถูกทำลายไปหรือไม่

ในระบบการค้าระหว่างประเทศภายใต้ GATT กระบวนการในการระบับข้อพิพาทนั้นได้รับเอาหลักในการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุสมผลไว้เป็นองค์ประกอบในการพิจารณาว่าคดีนั้นมี

มูลของการทำให้เสียไปหรือเสียหายหรือไม่ โดยเฉพาะความจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการที่มีการกล่าวอ้างนั้นไม่สามารถคาดเห็นได้อย่างแท้จริง (objectively unforeseeable) ในขณะที่มีการเจรจาตกลงกันนั้นหรือไม่ ซึ่งทำให้เกิดการยอมรับหลักในการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุสมผลว่าเป็นส่วนสำคัญในการตัดสินว่ารัฐสามารถอ้างว่ามีการทำให้เสียไปหรือเสียหายได้หรือไม่

หลักความคาดหวังตามกฎหมายหรือหลักความคาดหวังอันสมเหตุสมผลนั้นไม่ได้มีอยู่ในบทบัญญัติของGATTหรือมาจากการตีความบทบัญญัติใดเลย GATT พยายามที่จะเปิดเสรีทางการค้าเนื่องจากเป็นวิธีการที่จะบรรลุมาตรฐานของการดำรงชีวิตที่สูงกว่า มีการจ้างงานและการแบ่งสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อผลประโยชน์เหล่านี้สภาวะของการแข่งขันสำหรับอุตสาหกรรมในการลงทุนและขยายการผลิตที่มีเสถียรภาพและความมั่นคงจึงเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ ซึ่งหลักความคาดหวังอันสมเหตุสมผลนี้ก็ถูกนำมาปรับใช้เพื่อให้ประสบความสำเร็จตามเป้าหมายดังกล่าว และการนำหลักความคาดหวังอันสมเหตุสมผลมาใช้บ่อยครั้งในการตัดสินคดีของGATTทำให้หลักดังกล่าวจึงไม่ใช่แค่วิธีการลำดับรองในการเติมช่องว่างในGATTอีกต่อไป แต่เป็นหลักที่ได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญที่มีการใช้เป็นการทั่วไปในความตกลงGATT²²

ภายใต้กรอบของGATTนั้นคณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้อ้างถึง “ความคาดหวังอันสมเหตุสมผล” อยู่บ่อยครั้งโดยมีการนำมาปรับใช้ครั้งแรกในคดี Australian Subsidy ซึ่งเป็นคดีระหว่างชิลีกับออสเตรเลียโดยชิลีได้ยื่นคำร้อง ชิลียื่นคำร้องต่อคณะทำงานอ้างว่าการเปลี่ยนแปลงนโยบายของออสเตรเลียในการให้การอุดหนุนผลิตภัณฑ์ปุ๋ยสองชนิดที่แข่งขันกัน (competing fertilize products) โดยการยกเลิกการอุดหนุนปุ๋ยไซเดียมไนเตรดที่นำเข้ามาในขณะที่ยังคงให้การอุดหนุนปุ๋ยแอมโมเนียมซัลเฟตที่ผลิตในประเทศนั้นก่อให้เกิดความเสียไปหรือเสียหายต่อข้อลดหย่อนทางภาษีสำหรับผลิตภัณฑ์ไซเดียมไนเตรดที่ออสเตรเลียได้ให้กับชิลีในปี 1947

คณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี Australian Subsidy ได้พิจารณาถึงความเสียไปหรือเสียหายตามมาตรา XXIII โดยนำหลักความคาดหวังอันสมเหตุสมผลมาปรับใช้โดยไม่ได้ระบุถึงแหล่งที่มาหรือเหตุผลของหลักการนี้ ซึ่งหลักการนี้ไม่มีปรากฏอยู่ในตัวบทของGATTหรือในบันทึกการตีความที่ได้รับการรับรองโดยสมาชิก หลัก “ความคาดหวังอันสมเหตุสมผล” นั้นจากความพยายามของคณะทำงานที่จะอธิบายความหมายของคำว่า “ผลประโยชน์ที่สมาชิกได้มาภายใต้

²²Andrian T.L. Chua, “Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence”, p. 28

ความตกลง”²³ ในกรณีที่เป็นข้อลดหย่อนทางภาษี (tariff concession) ลักษณะของผลประโยชน์นั้นก็คือเหมือนว่าจะเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางกรค่าที่จะได้มาจากพันธกรณีตามกฎหมายในการจำกัดอัตราภาษีของสมาชิก รัฐบาลเพียงแค่สัญญาว่าจะไม่คิดภาษีสูงกว่าอัตราที่กำหนดไว้ และผลประโยชน์ที่ได้จากพันธกรณีตามกฎหมายในลักษณะนี้ก็คือการลดระดับของข้อเสียเปรียบทางการค้าที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ (level of artificial commercial disadvantages) สำหรับผลิตภัณฑ์ที่นำเข้า ดังนั้นมาตรการใหม่ ๆ ที่มีผลเป็นการก่อให้เกิดข้อเสียเปรียบทางการค้าที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติก็คือได้ว่าเป็นการทำให้เสียหายต่อผลประโยชน์ แต่คณะทำงานในคดีนี้กำหนดหลัก “ความคาดหวังอันสมเหตุสมผล” ซึ่งเป็นการพิจารณาคดีโดยตีความหมายของการทำให้เสียไปหรือเสียหายให้แคบลง โดยมองว่าการที่จะมีการทำให้เสียหายได้นั้นต้องเป็นกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องมีเหตุผลอันสมควรที่ไม่สามารถคาดหมายได้ถึงข้อเสียเปรียบนั้น²⁴

ความหมายตามธรรมดาของ “ความคาดหวังอันสมเหตุสมผล” นั่นก็คือความสามารถในการคาดหมายได้อย่างแท้จริง (actual predictability) วัตถุประสงค์ของมาตรการเยียวยาในกรณีที่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายก็คือการรักษาความความสมดุลของสิ่งที่มีค่าที่แลกเปลี่ยนกันในครั้งแรก ถ้ามาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียเปรียบทางการค้าสามารถคาดหมายได้ในเวลาที่มีการเจรจาตกลง ประเทศที่ได้รับข้อลดหย่อนก็สามารถกำหนดได้ล่วงหน้าที่จะให้สิ่งแลกเปลี่ยนที่มีค่าน้อยกว่าสำหรับข้อลดหย่อนที่ได้รับผลกระทบ และถ้าเป็นเช่นนั้นความเสียเปรียบที่คาดเห็นได้ก็จะไม่ทำลายความสมดุลในสิ่งที่ได้มีการพิจารณากันมาก่อนหน้านี้แล้ว ในทางตรงกันข้ามถ้าข้อเสียเปรียบทางการค้านั้นไม่สามารถคาดเห็นได้สมาชิกที่ได้รับข้อลดหย่อนก็จะให้สิ่งแลกเปลี่ยนอย่างเต็มที่และก็จะได้รับความเสียหายจากความไม่สมดุลเมื่อข้อได้เปรียบทางการค้านั้นต่อมาถูกทำให้ลดน้อยลงไป

ในการพิจารณาว่ามีการทำลายความคาดหวังอันสมเหตุสมผลหรือไม่ นั้นหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาที่ได้จากคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทดังต่อไปนี้

4.2.2.1 สิ่งที่ได้รับควบคุมครองตามหลักความคาดหวังอันสมเหตุสมผล

แม้ว่าหลักในการคุ้มครองความคาดหวังอันสมเหตุสมผลจะมีต้นกำเนิดมาจากหลักสุจริต แต่หลักนี้ภายใต้ GATT และ WTO ก็มีความแตกต่างจากหลักสุจริตในกฎหมายระหว่าง

²³ Robert E. Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, p. 162

²⁴ *Ibid.*, p. 163

ประเทศ หลักสุจริตที่ใช้กับความสัมพันธ์ของสนธิสัญญาโดยทั่วไปนั้นคุ้มครองความเชื่อมั่นอันสมเหตุสมผลที่รัฐหนึ่งวางอยู่บนคำสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หลักความคาดหวังตามกฎหมายหรือชอบด้วยเหตุผลของ GATT และ WTO นั้นคุ้มครองระดับของผลประโยชน์ที่แตกต่างกันโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. หลักนี้ให้การคุ้มครองการมีผลบังคับได้ตามกฎหมายของข้อสันนิษฐานจากการกระทำของรัฐ ซึ่งข้อสันนิษฐานเหล่านี้จะมีลักษณะที่แตกต่างกัน จากรายงานของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทในคดีก่อน ๆ จะสันนิษฐานว่าความคาดหวังที่ว่านโยบายทางการค้าที่มีอยู่ นั้นจะยังคงนำมาปรับใช้ในอนาคตเว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น²⁵
2. คุณค่าหลักของข้อลดหย่อนทางภาษีก็คือการรับประกันการเข้าสู่ตลาดที่ดีกว่าผ่านการแข่งขันด้านราคา ซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่อาจจะถูกทำลายไปโดยอัตโนมัติเนื่องจากมาตรการของรัฐ เช่น มาตรการอุดหนุนการผลิตผลิตภัณฑ์ภายในประเทศ การเพิกถอนการอุดหนุนสินค้านำเข้า การปฏิบัติที่แตกต่างกันทางด้านภาษีศุลกากรของสินค้าชนิดเดียวกัน และข้อกำหนดในการอนุญาตการนำเข้า โดยหลักในการคาดหวังอันสมเหตุสมผลนั้นคุ้มครองคุณค่าของสิทธิประโยชน์ที่สร้างขึ้นระหว่างการเจรจาทางการค้าโดยการคุ้มครองโอกาสในการแข่งขันที่ดีขึ้นซึ่งสามารถคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผลจากสิทธิประโยชน์ดังกล่าว²⁶
3. หลักนี้เป็นหลักที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปของการปฏิบัติต่างตอบแทน ซึ่งคุ้มครองความสมดุลของผลประโยชน์และการแลกเปลี่ยนพันธกรณีและผลประโยชน์ซึ่งกันและกันภายใต้ GATT และ WTO²⁷ วัตถุประสงค์โดยทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังการคุ้มครองผลประโยชน์ทั้งสามประการที่แตกต่างกันนี้ก็คือการสร้างความมั่นคงและ

²⁵ Treatment by German Import of Sardine, para 16.

²⁶ Australian -Subsidy , Germany -Sardines, EEC- Canned Fruits, EEC-Oilseeds, U.S. – Restriction on Import of Sugar.

²⁷ Ibid.

ความมีลักษณะที่สามารถคาดหมายได้ในความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ

4.2.2.2 ที่มาของความคาดหวังอันสมเหตุสมผล

ความคาดหวังอันสมเหตุสมผลตามที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้ตัดสินไว้ในคดีก่อน ๆ นั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากปัจจัยหลายประการดังนี้

(1) การรับรองและถ้อยแถลงที่เพิ่มขึ้นในการเจรจา

ความคาดหวังสามารถเกิดขึ้นได้จากถ้อยแถลงหรือคำมั่นที่ไม่ได้มีอยู่ในตารางสิทธิประโยชน์หรือเอกสารที่เป็นข้อผูกพันอื่น ๆ ตัวอย่างของความคาดหวังที่เกิดจากถ้อยแถลงหรือคำรับรองที่มีการให้โดยผู้แทนระหว่างการเจรจาทางการค้าก็คือคดี Germany - Sardines ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับความคาดหวังที่เกิดจากการเจรจาระหว่างเยอรมันและนอร์เวย์ ซึ่งตกลงว่าปลาชาร์ดินที่มีการนำเข้ามาในเยอรมันสองชนิดจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน²⁸ และ ในคดี German Import Duties on Starch คณะกรรมการระงับข้อพิพาทตัดสินว่าคำมั่นที่ว่าจะมีการเจรจากันเพิ่มเติมระหว่างเยอรมันและเบลเยียมก็ก่อให้เกิดความคาดหวังแก่เบลเยียมว่าเยอรมันจะทำการเจรจาเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาท²⁹

มีปัญหาสองประการที่เกิดจากความคาดหวังอันสมเหตุสมผลในถ้อยแถลงและการรับรองที่เพิ่มขึ้นในระหว่างการเจรจา นั่นก็คือ

ประการแรกในคำตัดสินคดีที่ผ่านมาของ ICJ นั้นถือว่าถ้อยแถลงหรือข้อเสนอที่เพิ่มขึ้นในระหว่างการเจรจาโดยไม่ได้ทำเป็นความตกลงที่สมบูรณ์นั้นไม่ถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย³⁰ ด้วยเหตุผลที่ว่าถ้าสมาชิกต้องการที่จะผูกพันตามถ้อยแถลงของตนถ้อยแถลงนั้นก็ควรจะได้รับรวบรวมเป็นความตกลงที่สมบูรณ์ ความขัดแย้งนี้ก่อให้เกิดการปรับใช้หลัก

²⁸ Treatment by Germany Import of Sardines, paras 2-3 .

²⁹ German Import Duties on Starch and Potato Flour, paras 2-3.

³⁰ G. Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice , Grotius, cambridge, (1983) p. 177.

กฎหมายระหว่างประเทศในคำตัดสินของคณะกรรมการระดับข้อพิพาทยังขาดความชัดเจน รวมถึงความสัมพันธ์ที่เพิ่มมากขึ้นระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปและระบบกฎหมายของ GATT และขอบเขตทางกฎหมายซึ่ง GATT มีอยู่นั้นยังไม่ชัดเจนด้วย แต่อย่างไรก็ตามองค์กรอุทธรณ์ได้ก็ยอมรับว่าบทบัญญัติของ GATT นั้นจะไม่ถูกต้องที่ความแตกต่างหากจากกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป³¹

ประการที่สอง มาตรฐานของการพิสูจน์ในเนื้อหาและแนวทางของถ้อยแถลงที่มีการยึดมั่นนั้นไม่ชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น ในคดี German Import Duties on Starch แสดงให้เห็นว่าการรับรองที่สร้างขึ้นในระหว่างการเจรจาได้รับการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรในภายหลังโดยสมาชิกทั้งสองฝ่าย และสมาชิกทั้งสองฝ่ายก็เห็นชอบกับเนื้อหาของคำรับรองนั้น³² แต่ในทางตรงกันข้าม คดี Treatment by Germany of Imports of Sardines ไม่มีหลักฐานที่แน่นอนเกี่ยวกับขอบเขตและแนวทางของคำรับรอง คณะกรรมการระดับข้อพิพาทจึงอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่าแนวทางในการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันนั้นได้มีการทำขึ้นระหว่างการเจรจาและถ้อยแถลงนั้นอาจจะเกิดขึ้นหรือได้เกิดขึ้นในระหว่างการเจรจาด้วยเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่น่าเสนอโดยคู่กรณี³³

(2) ความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่เกิดขึ้นจากหลักปฏิบัติในการเจรจา

ความคาดหวังอันสมเหตุสมผลไม่จำเป็นจะต้องเกิดขึ้นจากถ้อยแถลงหรือคำรับรองที่ชัดเจน แต่อาจจะเกิดจากการกระทำของสมาชิก รวมถึงการละเว้นหรือการนิ่งเฉยเมื่อสมาชิกอีกฝ่ายแสดงว่าตนคาดหวังในถ้อยแถลงนั้นอย่างสมเหตุสมผล ยกตัวอย่างในคดี EEC – Oilseeds คณะกรรมการระดับข้อพิพาทกล่าวว่า ความคาดหวังสามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำในหลักปฏิบัติของการเจรจาที่ผ่านมา โดยคณะกรรมการระดับข้อพิพาทยอมรับข้อโต้แย้งที่ว่าลักษณะและการกระทำของการเจรจาที่ผ่านมาก่อให้เกิดความคาดหวังอันสมเหตุสมผลว่าประชาคมเศรษฐกิจ

³¹ United States – Standard for Reformulated and Conventional Gasoline, Appellate Body Report Adopted 20 May 1996, WT/DS2/AB/R, at 17; India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Appellate Body Report issued 19 December 1997, WT/DS50/AB/R, para. 46 and 65.

³² German Import Duties on Starch and Potato Flour, para 3.

³³ Treatment by Germany of Imports of Sardine.

ยุโรปได้เสนอให้มีข้อผูกพันด้านภาษีอย่างต่อเนื่อง ไม่ใช่ข้อเสนอใหม่ที่เป็นการเปลี่ยนแปลงความสมดุลของสิทธิประโยชน์ที่ได้มาก่อนหน้านี้³⁴

(3) ความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำตามนโยบายของรัฐ

นอกจากถ้อยแถลงหรือคำรับรองอันชัดเจนที่สามารถก่อให้เกิดความคาดหวังอันสมเหตุสมผลแล้ว ความคาดหวังอันสมเหตุสมผลยังสามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำตามนโยบายของรัฐ เช่นในคดี Australian subsidy คณะกรรมการระงับข้อพิพาทตัดสินว่าการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันของออสเตรเลียต่อปุ๋ยสองชนิดนั้นทำลายความคาดหวังของซีลีที่เกิดจากการกระทำตามนโยบายของออสเตรเลีย และเนื่องมาจากการปฏิบัติที่เหมือนกันก่อนหน้านี้ทำให้ซีลีมีเหตุผลที่จะสันนิษฐานได้ว่าการอุดหนุนจะยังคงมีใช้สำหรับปุ๋ยทั้งสองชนิดตราบเท่าที่ยังมีการขาดแคลนปุ๋ยภายในประเทศ³⁵

(4) ความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของ GATT

มาตรา XIII วรรค 2(ดี) กำหนดว่า สมาชิกอาจจะแสวงหาข้อตกลงที่เกี่ยวกับการจัดสรรโควตากับสมาชิกอื่นๆ ที่มีผลประโยชน์อันสำคัญในการจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง และเมื่อการแบ่งสรรนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้อย่างสมเหตุสมผล การแบ่งสรรก็จะขึ้นอยู่กับสัดส่วนของการนำเข้าโดยสมาชิกนั้นในระหว่างช่วงเวลาที่ผ่านมา (previous representative period) ดังนั้น บทบัญญัติของ GATT ที่กล่าวถึงดุลพินิจที่ขึ้นอยู่กับความพอใจในเงื่อนไขที่มีมาก่อนของสมาชิกหนึ่งที่มีต่ออีกฝ่ายหนึ่งนั้นอาจจะก่อให้เกิดความคาดหวังอันสมเหตุสมผลว่าจะมีการเจรจาตกลงเกิดขึ้น ถ้ามีการแสดงให้เห็นเป็นที่พอใจว่ามีเงื่อนไขที่มีมาก่อนนั้น และข้อสรุปนี้ได้รับการสนับสนุนจากคดี India – Patent Protection ซึ่งยอมรับว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญาสามารถเป็นที่มาของความคาดหวังอันสมเหตุสมผลได้ โดยคณะกรรมการระงับข้อพิพาทกล่าวว่า “ความคาดหวังที่ชอบโดยกฎหมายของสมาชิกนั้นสามารถสะท้อนให้เห็นได้จากถ้อยคำของสนธิสัญญาเอง หน้า

³⁴ EEC- Payment and Subsidies Paid to Processors and Processors of Oilseed Related Animal-Feed Proteins, para 153.

³⁵ Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, para 12.

ที่ของผู้ตีความสนธิสัญญาก็คือการพิจารณาถ้อยคำของสนธิสัญญาเพื่อหาเจตจำนงของสนธิสัญญา³⁶

(5) ความคาดหวังที่เกิดขึ้นจากสภาวะในการแข่งขันที่มีมาก่อน

การแสดงถึงสภาวะทางการแข่งขันบางประการที่มีอยู่ในช่วงเวลาหนึ่งอาจจะก่อให้เกิดความคาดหวังอันสมเหตุสมผลว่าสภาวะนั้นจะยังคงมีอยู่ต่อไป ซึ่งสมาชิกจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่จะเปลี่ยนแปลงสภาวะการณโดยปราศจากการเจรจากันก่อนว่าจะมีการลดความคาดหวังอันสมเหตุสมผลของสมาชิกอีกฝ่ายหนึ่ง³⁷ ในคดี Germany - Sardines คณะกรรมการระงับข้อพิพาทอ้างถึงความคาดหวังอันสมเหตุสมผลในการปฏิบัติต่อปลาซาร์ดีนประเภทต่าง ๆ โดยเท่าเทียมกันซึ่งมีมาประมาณ 25 ปีก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นการทำลายความคาดหวังอันสมเหตุสมผลของนอร์เวย์ และคณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี EEC – Panel on Newsprint เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงตารางสิทธิประโยชน์ของสมาชิกที่อาจจะกระทบต่อสิทธิของสมาชิกอื่นนั้นไม่สามารถทำได้โดยไม่มีการเจรจาสิทธิประโยชน์กันใหม่³⁸

4.2.2.3 แนวทางในการพิสูจน์ความคาดหวังอันสมเหตุสมผล

ความแตกต่างของความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทอ้างถึงนั้นแสดงให้เห็นว่าความคาดหวังประเภทต่าง ๆ อาจเกิดขึ้นใหม่ได้อีกโดยไม่ถูกปิดกั้น ดังนั้นการยกตัวอย่างหลักในการวิเคราะห์ประเภทของความคาดหวังอันสมเหตุสมผลนั้นจะเป็นประโยชน์เนื่องจากหลักดังกล่าวอาจจะช่วยให้มีการพัฒนาหลักการใหม่ ๆ ที่เพิ่มขึ้นอย่างเหมาะสม ซึ่งหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้จะเป็นแนวทางในการพิจารณาความคาดหวังตามกฎหมายหรือความคาดหวังอันสมเหตุสมผล

³⁶ India –Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Appellate Body issued 19 December 1997. WT/DS50/AB/R, para 45.

³⁷ Treatment by German Import of Sardines.

³⁸ EEC – Panel on Newsprint, adopted 20 November 1984, BISD 31S/114, para 50.

1. ความคาดหวังไม่จำเป็นจะต้องเกิดจากถ้อยแถลงหรือการรับประกันอย่างชัดแจ้ง แต่ความคาดหวังนั้นอาจจะขึ้นอยู่กับกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง จากบทบัญญัติของGATT หรือจากสถานะที่เคยมีอยู่ก่อนหน้านั้น
2. ถ้อยแถลงหรือการกระทำที่อีกฝ่ายหนึ่งยึดมั่นนั้นจะต้องเป็นปัจจัยสำคัญของความคาดหวังอันสมเหตุสมผลนั้นต้องออกมาจากสมาชิกฝ่ายที่ถูกยื่นคำร้อง แต่ไม่จำเป็นต้องทำขึ้นโดย หรือเกี่ยวข้องกับผู้เรียกร้อง
3. ถ้อยแถลงหรือการกระทำที่อีกฝ่ายหนึ่งยึดมั่นนั้นจะต้องเกี่ยวกับลักษณะทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งผู้ยื่นคำร้องมีผลประโยชน์ ผู้ยื่นคำร้องนั้นไม่สามารถยึดมั่นได้อย่างสมเหตุสมผลในถ้อยแถลงหรือการกระทำที่เกี่ยวกับเรื่องของผู้ยื่นคำร้องนั้นไม่มีผลประโยชน์ทางการค้าโดยตรง

4.2.3 หลักการตีความให้มีผลบังคับได้ (Principle of Effectiveness)

หลักการตีความให้มีผลบังคับได้หมายความว่าสนธิสัญญาต้องได้รับการตีความตามวัตถุประสงค์และเป้าหมายที่มีการประกาศออกมาและปรากฏอยู่ในขณะนั้น และบทบัญญัติเฉพาะในสนธิสัญญาจะต้องได้รับการตีความเพื่อที่จะให้บทบัญญัตินั้นมีผลบังคับได้อย่างเต็มที่ (fullest effect) โดยสอดคล้องกับเหตุผลโดยทั่วไปของถ้อยคำ และตัวบททั้งหมด หรือกล่าวอย่างง่าย ๆ ก็คือการที่ภาคีทำสนธิสัญญาระหว่างกันนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง และนั่นก็เป็นหน้าที่ของผู้ตัดสินคดีที่จะค้นหาวัตถุประสงค์ของภาคี และทำหน้าที่ของตนให้ดีที่สุดที่จะทำให้วัตถุประสงค์นั้นมีผล หลักนี้จะช่วยทำให้การตีความของคณะกรรมการระบับข้อพิพาทไม่ไปลดสิทธิหรือพันธกรณีของภาคี

ในคดี US- Gasoline ระหว่างสหรัฐและบราซิล ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์ภายในของสหรัฐเพื่อควบคุมสารพิษและมลภาวะที่เกิดจากก๊าซโซลีนที่นำเข้ามาในสหรัฐ ในคดีนี้องค์กรอุทธรณ์ได้นำเอาหลักในการตีความให้มีผลบังคับได้โดยเห็นว่าผู้ตีความไม่ได้มีอิสระที่จะรับเอาการตีความที่จะมีผลเป็นการลดข้อกำหนด หรือเนื้อหาของสนธิสัญญาให้เป็นอันไร้ผล และคณะกรรมการระบับข้อพิพาทในคดี Japan –Film เห็นว่ามาตรา 30 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ที่กำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาของความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญาที่ทำขึ้นต่อเนื่องกันในประเด็นเรื่องเดียวกันนั้นไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีนี้ได้เนื่องจากข้อลดหย่อนที่ให้ในการเจรจาแตกต่าง ๆ ไม่มี

อะไรที่ขัดแย้งกัน ความขัดแย้งจะเกิดขึ้นเมื่อข้อลดหย่อนที่ให้ในภายหลังนั้นน้อยกว่าที่เคยให้ก่อนหน้านั้น แต่ในกรณีนี้ข้อลดหย่อนที่ให้มีการปรับปรุงให้ดีขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งการตีความผลประโยชน์ก็สามารถที่จะทำในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ (harmony) โดยวิธีการนี้เป็นไปตามหลักการตีความสนธิสัญญาให้มีผลบังคับได้ (Principle of Effectiveness)

