การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

โดย

นายรัฐภูมิ เทพพิทักษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

โดย

นายรัฐภูมิ เทพพิทักษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

The Interpretation and Application of The National Treatment Standard in International Trade and International Investment Law

BY

MR. RATTHAPHUM THEPPITAK

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

INTERNATIONAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายรัฐภูมิ เทพพิทักษ์

เรื่อง

การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วิสูตร ตุวยานนท์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ _____
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นาถนิรันดร์ จันทร์งาม)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(ศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ถิระวัฒน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(อาจารย์ ดร. จารุประภา รักพงษ์)

คณบดี _____
(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ
ชื่อผู้เขียน	นายรัฐภูมิ เทพพิทักษ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นาถนิรันดร์ จันทร์งาม)
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment standard) ถือได้ว่ามีความสำคัญทั้งในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่ว่า มาตรฐานนี้มีจุดประสงค์เพื่อขจัดการเลือกประติบัติใดๆที่จะมีขึ้นโดยมีพื้นฐานมาจากเรื่องความแตกต่างของสัญชาติ ไม่ว่าจะเป็นสัญชาติของการลงทุนหรือนักลงทุนรวมถึงต้นกำเนิดของสินค้าที่มีความแตกต่างกัน

แนวคิดของมาตรฐานนี้สามารถย้อนกลับไปได้ตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 12-13 ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีไว้เพื่อปกป้องพ่อค้าที่จะต้องไปทำการค้าที่ต่างเมืองโดยมีเจตนาเพื่อที่จะให้พ่อค้าได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับคนชาติแต่แนวคิดที่ถือว่าเป็นแนวคิดของมาตรฐานปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในยุคสมัยใหม่เกิดขึ้นจากแนวความคิดของผู้พิพากษาชาวอาร์เจนติน่าที่ชื่อว่า คาร์ลอส คาร์โว ที่ได้เสนอหลักการไว้ว่า ชาวต่างชาติควรจะได้รับการปฏิบัติดังเช่นที่บุคคลสัญชาตินั้นได้รับ และหากชาวต่างชาติได้รับผลกระทบก็จะต้องนำเอาข้อพิพาทนั้นฟ้องต่อศาลภายในเท่านั้น โดยไม่มีสิทธิที่จะนำไปฟ้องในศาลระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ต่อมาเมื่อมีหลักการในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ (international minimum standard) ก็ส่งผลให้หลักการคาร์โวนี้คลายความแข็งกร้าวลง

ในปัจจุบันมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้ถูกบัญญัติไว้ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade of 1994 : GATT 1994) โดยมีสาระสำคัญคือ การห้ามภาคีของ GATT 1994 เก็บภาษีภายใน

หรือค่าสัมภาระใดๆกับสินค้าที่ถูกนำเข้ามามากกว่าสินค้าชนิดเดียวกันกับที่ถูกผลิตในประเทศ รวมทั้งการเก็บภาษีหรือค่าสัมภาระใดๆในลักษณะที่เป็นการปกป้องการผลิตภายในประเทศ และไม่ใช่เฉพาะกับมาตรการทางการเงินเท่านั้น มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติใน GATT 1994 ยังรวมไปถึงมาตรการที่ไม่ใช่ทางการเงินอันได้แก่ การห้ามการเลือกประติบัติใดๆที่จะทำให้สินค้าที่ถูกนำเข้ามาได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าในเรื่องกฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับอีกด้วย โดย GATT 1994 ก็ได้มีข้อยกเว้นที่ใช้เฉพาะกับมาตรฐานปฏิบัติเยี่ยงคนชาติว่า การเลือกประติบัติระหว่างสินค้าที่ผลิตภายในประเทศกับสินค้าที่ถูกนำเข้าสามารถทำได้ หากว่าเป็นไปเพื่อเป็นการออกกฎหมายเพื่อจัดซื้อจัดจ้างภายในรัฐ หรือเป็นการจ่ายเงินอุดหนุนโดยตรงให้กับผู้ผลิตสินค้าภายในประเทศ

ในยุคแรกของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสามารถค้นพบการบัญญัติมาตรฐานปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ในสนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ ที่เป็นสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติไม่ใช่แต่เฉพาะเรื่องการลงทุนเท่านั้นแต่รวมถึงการคุ้มครองการค้า การเดินเรือ และสิทธิมนุษยชนอีกด้วย แต่หลังจากการจบลงของสงครามโลกครั้งที่ 2 ก็ไม่มีการทำสนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรืออีกต่อไป โดยรัฐต่างๆหันไปเจรจาเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศในลักษณะเฉพาะมากขึ้น ซึ่งสนธิสัญญาที่เป็นแนวหน้าในการปกป้องการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุนก็คือ สนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคี (bilateral investment treaty) และในสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีแทบจะทั้งหมดก็มีการบัญญัติมาตรฐานปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ด้วย ถึงแม้ว่าอาจจะมีเทคนิคในการใช้หลักภาษาที่อาจจะแตกต่างกันบ้าง แต่สาระสำคัญของมาตรฐานนี้ที่มีไว้เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนโดยมีพื้นฐานมาจากเรื่องสัญชาติก็คือเป็นการห้ามรัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาใดๆให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ เมื่อเปรียบเทียบกับการลงทุนหรือนักลงทุนที่เป็นของรัฐผู้รับการลงทุน ในสถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกัน

คำสำคัญ: มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ, การขจัดการเลือกประติบัติ, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, กฎหมายการลงทุนระหว่างปร

Thesis Title	The Interpretation and Application of The National Treatment Standard in International Trade and International Investment Law
Author	Mr. Ratthaphum Theppitak
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Nartnirun Junngam, J.S.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

The national treatment standard is considered a crucial context of international trade law as well as International investment law. The standard is to eliminate race-based discrimination on nationalities including foreign investment, foreign investors, or origin of goods.

The standard's concept can be traced back since the 12th – 13rd century, where it had been subjected to protect foreign investors' rights in foreign countries. However, the concept of present national treatment standard was introduced when Carlos Calvo, an Argentinean judge proposed that foreigners should receive treatment equally as the state's citizen, and all disputes involving foreigners should take place in jurisdiction of the host state, and shall not in any way be brought to the international court. Nevertheless, the existence of international minimum standard raised the doubt on Calvo Doctrine.

The present national treatment standard of international trade law has been stated in General Agreement on Tariffs and Trade of 1994 with the core principle of prohibiting member states to discriminate internal taxes or internal charges between imported goods and domestic goods of like product including relevant taxes or internal charges to protect domestic production. The national treatment standard does not

only apply to monetary policy, but also applies to other non-monetary policy including discrimination that may cause less favorable treatment on laws, regulations or requirements. According to GATT, specific exception is applied to national treatment standard by allowing discrimination of imported goods for the purpose of government procurement or direct monetary subsidy to domestic producers.

The national treatment standard can be founded in the introductory era of international investment law as a part of Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation. Other than investment relevance, the standard also stated protection of marine commerce and human rights.

However, after the end of World War II, Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation were abandoned as many states have increasingly initiated specialized international agreements which provide protection for foreign investors in the state, called Bilateral Investment Treaty. Most of Bilateral Investment Treaty comprises of national treatment standard as to eliminate the state's racial discrimination. On the other hand, to prohibit member state treating foreign investor or investment less favorably in comparison to the state's investors in like circumstances or like situations.

Keywords: national treatment standard, non-discrimination, international trade law, international investment law

กิตติกรรมประกาศ

ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะสำเร็จไปไม่ได้หากไม่ได้รับความเมตตาจากอาจารย์ที่ปรึกษาวิยานิพนธ์ ผู้เขียนขอขอบคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นาถนิรันดร์ จันทร์งาม เป็นอย่างสูง ที่ได้ให้แนวคิดเพื่อนำมาปรับใช้การในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้ให้ความเมตตาในการรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอขอบคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อันประกอบไปด้วย ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วิสูตร ตุวยานนท์ ท่านศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ถิระวัฒน์ และท่านอาจารย์ ดร. จารุประภา รักพงษ์ ที่ได้ให้ความเมตตา และให้ข้อเสนอแนะเพื่อนำมาปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อน ๆ ในสาขากฎหมายระหว่างประเทศ ที่ได้ช่วยให้กำลังใจรวมถึงให้แนวคิดในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวที่ได้เป็นกำลังหลักเบื้องหลังที่สำคัญ ที่ช่วยกระตุ้นเตือนผู้เขียนเสมอมาให้สามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

สุดท้ายนี้ หากมีข้อผิดพลาดประการใดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอแสดงความรับผิดชอบไว้แต่เพียงผู้เดียว และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านไม่มากก็น้อย

นายรัฐภูมิ เทพพิทักษ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	3
1.2 วัตถุประสงค์	6
1.3 ขอบเขตการศึกษา	7
1.4 สมมติฐานการศึกษา	7
1.5 วิธีการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
บทที่ 2 ความทั่วไปว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ	9
2.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์	10
2.1.1 สนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ (friendship, commerce and navigation treaty (FCN))	12
2.1.2 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ	14
2.1.3 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ	17
2.1.3.1 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏอยู่โดยลำพัง (standing alone)	18
(ก) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในการปฏิบัติต่อทั้งการลงทุนและนักลงทุน	18
ข) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏ	19

ในการปฏิบัติต่อการลงทุน
2.1.3.2 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏอยู่พร้อมกัน กับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง 19
(ก) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏพร้อมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งที่บัญญัติถึงการปฏิบัติต่อการลงทุนเพียงอย่างเดียว 20
ข) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏพร้อมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่บัญญัติการปฏิบัติต่อทั้งนักลงทุนและการลงทุน 20
2.1.3.3 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏอยู่พร้อมกันกับกับมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม 21
2.2 ข้อพิจารณาของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 23
2.2.1 วัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 24
2.2.2 สถานะของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 24
2.2.3 เหตุผลในการดำรงอยู่ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 28
2.2.3.1 เหตุผลทางด้านการเมือง 28
2.2.3.2 เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ 29
2.2.4 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานอื่น 29
2.2.4.1 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured nation treatment) 30
2.2.4.2 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) 31
2.2.4.3 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ (international minimum standard) 32
2.3 การทำงานและขอบเขตของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 34
2.3.1 การทำงานของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 34
2.3.2 ข้อจำกัดของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 35
2.3.3 ข้อยกเว้นของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 36
2.3.4 การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในศาลระหว่างประเทศ 38

2.3.4.1 ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 38
2.3.4.2 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 40

บทที่ 3 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ 44

3.1 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก 46
3.1.1 สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) 46
3.1.2 ภาษีหรือค่าสัมภาระ 52
3.1.3 ภาษีจะต้องไม่เกินไปกว่า (Taxes in excess of) 53
3.2 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง 53
3.2.1 สินค้าที่เป็นคู่แข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง 54
3.2.2 เก็บภาษีต่างกัน 57
3.2.3 เป็นการปกป้องสินค้าที่ผลิตในประเทศ 58
3.3 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า มาตรา 3 วรรค 4 60
3.3.1 กฎหมาย ระเบียบ ข้อกำหนด 61
3.3.2 สินค้าชนิดเดียวกัน 63
3.3.3 การปฏิบัติที่ด้อยกว่า 65
3.4 ข้อยกเว้นของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ข้อกำหนดของ GATT 68
3.4.1 ข้อยกเว้นตามมาตรา 3 วรรค 8 ของ GATT 68
3.4.2 ข้อยกเว้นตามมาตรา 20 ของ GATT 69

บทที่ 4 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ 73

4.1 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกัน (like circumstance or like situation) 74

4.1.1 การลงทุนหรือนักลงทุนต้องอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน (same business sector) 75

4.1.2 การลงทุนหรือนักลงทุนต้องอยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน (same economic sector) 77

4.1.3 การลงทุนหรือนักลงทุนต้องอยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันทุกประการ (identical) 78

4.1.4 การเปรียบเทียบสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันกับสินค้าชนิดเดียวกัน 82

4.1.4.1 ความแตกต่างกันของวัตถุที่ใช้เปรียบเทียบ 82

4.1.4.2 ความแตกต่างกันของวัตถุประสงค์ 82

4.1.4.3 ความแตกต่างกันของการปรากฏตัวในสนธิสัญญา 84

4.2 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่า (less favourable treatment) 86

4.2.1 การมีอยู่ของความแตกต่าง (the existence of a differentiation) 86

4.2.2 การพิจารณาถึงเจตนาของรัฐในการออกมาตรการ (discrimination intent) 88

4.2.2.1 รัฐไม่จำเป็นที่จะต้องมีเจตนา 88

4.2.2.2 รัฐจำเป็นต้องมีเจตนา 91

4.2.3 การเปรียบเทียบการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ 91

4.3 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องเหตุผลของความแตกต่าง (Justification of differentiation) 92

4.4 4.4 อิทธิพลของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มีต่อคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ 94
4.4.1 คณะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับยอมรับแนวทางของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO 95
4.4.2 คณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่ยอมรับแนวทางของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ 97

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 101

5.1 บทสรุป 101
5.2 ข้อเสนอแนะ 107

บรรณานุกรม 111

ประวัติผู้เขียน 118

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment standard) เป็นมาตรฐานสำคัญในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ เป็นมาตรฐานที่ใช้เพื่อขจัดการเลือกประติบัติของรัฐผู้รับการลงทุนจากการออกมาตรการใดๆของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อไม่ให้มีผลเป็นการเลือกประติบัติระหว่างการลงทุนหรือนักลงทุนสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน กับการลงทุนหรือนักลงทุนสัญชาติของรัฐต่างชาติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เฉพาะในประเด็นเรื่องมาตรฐานปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ คือการเลือกประติบัติที่อาจจะเกิดขึ้นนั้นจะต้องไม่มีต้นเหตุมาจากพื้นฐานทางด้านสัญชาติของการลงทุนหรือนักลงทุน หรือต้นกำเนิดของสินค้า

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้รับการพัฒนามาอย่างช้านาน โดยในช่วงแรก ยังไม่มีการแบ่งแยกโดยชัดเจนระหว่างการตีความและการปรับใช้ในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ แต่เมื่อเวลาผ่านไป การพัฒนาหลักกฎหมายทั้งจากผู้เชี่ยวชาญและการตีความและปรับใช้โดยคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ (คณะอนุญาโตตุลาการ) ศาลระหว่างประเทศ คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก ทำให้เป็นที่ยอมรับกันในสังคมระหว่างประเทศว่า การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของทั้งสองบริบททางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีมาตรฐานที่ใช้เป็นพื้นฐานในการพิจารณาที่แตกต่างกัน แต่ก็มีความใกล้ชิดกันอย่างมาก

หากย้อนไปในสมัยที่มีการประกาศความเป็นอิสรภาพทางด้านการเงินของประเทศในแถบลาตินอเมริกา และมีการเวนคืนทรัพย์สินของชาวต่างชาติ ทำให้เกิดหลักการทางกฎหมายที่เรียกว่า หลักการ Calvo (Calvo doctrine) ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของการใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยจะถูกใช้ไปในแนวทางที่ตรงกันข้ามกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในปัจจุบันเป็นอย่างมาก กล่าวคือ การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยมีพื้นฐานจากหลักการ Calvo นั้น เป็นการปรับใช้เพื่อให้การลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติ ได้รับการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างไปจากการลงทุนหรือนักลงทุนสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งในกรณีนี้คือไม่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองใดๆจากกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่นปัจจุบัน ด้วยเห็นดังที่กล่าวมาแล้ว จึงทำให้หลักการ Calvo เป็นหลักการที่ใช้จำกัดการเรียกร้องสิทธิใดๆของนักลงทุนต่างชาติไว้ให้เท่ากับสิทธิของนักลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน จึงเป็นการใช้ในลักษณะเชิงป้องกันการเรียกร้อง และการได้รับความคุ้มครองทางการทูตของการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติ

อย่างไรก็ดี การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงอีกครั้ง เมื่อมีการพัฒนาหลักมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ (international minimum standard) ขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของรัฐต่างชาติที่ได้เข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้น แม้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะให้การคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติเท่าเทียมกันกับคนชาติตน แต่ความคุ้มครองนั้นเป็นการให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่ามาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศก็จะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศในทันที

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในสนธิสัญญาทางการลงทุนซึ่งเป็นหลักที่ใช้พิจารณาการปฏิบัติระหว่างการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ กับการลงทุนและนักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนเอง เช่น ในสนธิสัญญาการลงทุนของยุโรป (European BITs) นั้น ได้ระบุว่านักลงทุนและการลงทุนของต่างชาติจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนและการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนเอง โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่แสดงบทบาทที่แตกต่างในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อนักลงทุนต่างชาติ ทั้งในทางกฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ และเพื่อที่จะให้นักลงทุนต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมหรืออย่างน้อยก็ต้องไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนเอง ซึ่งการที่จะพิจารณานั้นจะไม่มุ่งพิจารณาไปที่แบบพิธีของการปฏิบัติ แต่มุ่งประสงค์ดูที่สาระหรือผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนต่างชาติ[1] สำหรับในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ก็เป็นการตีความและการปรับใช้ลักษณะที่คล้ายกัน กล่าวคือ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะให้ความคุ้มครองสินค้าที่ผ่านชายแดนเข้ามาในประเทศแล้ว ว่าจะต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่ไม่ด้อยไปกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ทั้งในด้านภาษีหรือค่าสัมภาระ รวมไปถึงกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับที่ใช้กับสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) นั้น โดยในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติยังสามารถพบได้ในความตกลงอื่น เช่น ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้กล่าวถึงแต่เฉพาะปัญหาในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.1994 (General Agreement on Tariffs and Trade of 1994: GATT 1994) เท่านั้น

ในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก ยังคงประสบปัญหากับการตีความและปรับใช้คำว่าสินค้าชนิดเดียวกัน ว่ามีความหมายอย่างไร โดยคณะพิจารณาเองก็ได้มีคำตัดสินออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางในการพิจารณาแบบดั้งเดิม ซึ่งประกอบไปด้วยการ

---

[1] Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Edition 2, (Oxford : Oxford University Press, 2012), p.198.

พิจารณาในเรื่อง ลักษณะทางกายภาพของสินค้า รสนิยมของผู้บริโภค ลักษณะการใช้งานของสินค้า และอัตราภาษีศุลกากร กับอีกแนวทางหนึ่งมุ่งพิจารณาถึงผลกระทบทางการค้าที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ถูกนำมาเปรียบเทียบ และเนื่องจากในมาตรา 3 ของ GATT 1994 มีคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันที่จะต้องพิจารณาอยู่ใน 3 ลักษณะ คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์จึงต้องพิจารณาถึงความแตกต่างหรือความเหมือนกันของสินค้าชนิดเดียวกัน ซึ่งปรากฏอยู่ต่างที่กันในบทบัญญัติ อีกทั้งยังต้องพิจารณาอีกว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเป็นการละเมิดซึ่งมีพื้นฐานมาจากมาตรการทางการเงิน หรือว่าเป็นมาตรการอื่นๆ โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้วิเคราะห์ถึงแต่ละปัญหาของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก

ในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกันกับในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งยังคงประสบปัญหาอยู่มาก เนื่องจากแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการยังมีแนวปฏิบัติที่ไม่แน่นอนชัดเจน ยังคงต้องอาศัยการใช้การตีความในลักษณะเป็นรายข้อพิพาทไป (case by case) จึงทำให้นโยบายของรัฐที่จะออกมายังคงมีความสุ่มเสี่ยงที่อาจจะละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้เสมอ โดยการตีความและการปรับใช้ของมาตรฐานนี้ จะเป็นการเปรียบเทียบระหว่างการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติ กับการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งจะต้องมีสิ่งหนึ่งที่เกี่ยวโยงกัน กล่าวคือ การลงทุนหรือนักลงทุนจะต้องอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (like situations) หรือสภาวการณ์เดียวกัน (like circumstances)[2]

อย่างไรก็ดี ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงปัญหาในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ปัญหาหลัก กล่าวคือ ปัญหาแรก คณะอนุญาโตตุลาการประสบปัญหาในการตัดสินว่า การปฏิบัติที่ด้อยกว่า หรือการปฏิบัติที่นักลงทุนจากต่างชาติกล่าวอ้างว่าด้อยกว่าการปฏิบัติที่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนได้รับ จะต้องอาศัยเจตนาของรัฐผู้ออกมาตรการ ในการพิจารณาเพื่อจะตัดสินได้ว่ามีการปฏิบัติที่ละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ และในปัญหาที่ 2 คณะอนุญาโตตุลาการต้องประสบปัญหาในการตีความเรื่อง สถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกันว่าในลักษณะใดถึงจะเป็นสถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกัน ในอันที่จะเป็นพื้นฐานของการพิจารณาว่าการปฏิบัติใดของรัฐผู้การลงทุนเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

สำหรับปัญหาแรกที่เกี่ยวข้องกับเจตนาของรัฐผู้ออกมาตรการ ในข้อพิพาทที่ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ในแนวแรกมีความเห็นว่าจะต้องพิจารณาถึงเจตนาของรัฐผู้ออกกฎหมายหรือนโยบายที่ทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันด้วย เช่น ในข้อพิพาท *Methanex v. United States*

---

[2] *Ibid*. p.199.

ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัท Methanex สัญชาติแคนาดา ผู้ผลิตแอลกอฮอล์ประเภทเททานอล เพื่อนำไปใช้ผสมกับน้ำมันเชื้อเพลิง ได้ร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวหาว่า มลรัฐแคลิฟอร์เนียของสหรัฐอเมริกาได้ออกมาตรการโดยเป็นการเลือกประติบัติ ระหว่างบริษัท Methanex กับนักลงทุนของรัฐตนเองที่ผลิตแอลกอฮอล์ประเภทเอทานอล ทำให้บริษัท Methanex ได้รับความเสียหาย ข้อพิพาทนี้คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นในกรณีนี้ว่าจำเป็นหรือไม่ที่แคลิฟอร์เนียจะต้องมีเจตนาที่จะเลือกประติบัติว่า บริษัท Methanax จะต้องแสดงให้เห็นว่า แคลิฟอร์เนียมีเจตนาที่จะปฏิบัติต่อนักลงทุนของรัฐตนดีกว่าบริษัท Methanax[3] แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางที่สองก็มีความเห็นโดยคณะอนุญาโตตุลาการว่า ไม่จำเป็นต้องอาศัยเจตนาของรัฐผู้รับการลงทุนในการพิจารณาว่ามีการเลือกประติบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ เช่น ในข้อพิพาท *SD Myers v. Canada* ซึ่งมีข้อเท็จจริงในข้อพิพาทว่า แคนาดาได้ห้ามส่งออกผลิตภัณฑ์ที่ทำจาก PCB เพื่อนำไปทำลายภายนอกดินแดนของแคนาดา ทำให้บริษัท SD Myers ผู้กำจัดผลิตภัณฑ์ที่ทำจาก PCB รายใหญ่ในแคนาดา ซึ่งมีสัญชาติสหรัฐอเมริกา ร้องเรียนต่อคณะคณะอนุญาโตตุลาการว่า การที่แคนาดาปิดพรมแดนไม่ให้ส่งออกผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ทำให้บริษัท SD Myers ได้รับความเสียหาย และเป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือบริษัทแคนาดาในกิจการการกำจัดผลิตภัณฑ์ที่ทำจาก PCB ในข้อพิพาทนี้ คณะอนุญาโตตุลาการ มีความเห็นว่า โดยปกติเจตนานั้นสำคัญในการพิจารณาว่ามีการกระทำที่ละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ แต่เจตนาเพื่อปกป้องธุรกิจสัญชาติของตนนั้นไม่สามารถที่จะเป็นตัวตัดสินได้ว่ามีการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้ว[4] ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาถึงผลกระทบที่เป็นรูปธรรมมากกว่าเจตนาของรัฐผู้รับการลงทุน [5]

สำหรับในปัญหาที่ 2 ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความและการปรับใช้เรื่อง สถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกันนั้น เนื่องจากกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความเกี่ยวพันกันในหลายมิติ จึงทำให้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศต้องมี

---

[3] *Methanax v. Mexico,* Final Award 3 August 2005 Part IV Ch B para 12 :

"In order to sustain its claim under 1102 (3), Methanex must demonstrate, cumulatively, that California intended to favour domestic investors by discriminating against foreign investors and the Methanex and the domestic investor supposedly being favored by California are in like circumstances."

[4] *SD Myers v. Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, Para 254 :

"Intent is important, but protectionist intent is not necessarily decisive on its own..."

[5]Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Supra Note 1*, p.203-204.

ความเกี่ยวพันกับ GATT 1994 ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดความสัมพันธ์กันทางการค้าโดยปริยาย และทั้ง 2 บริบททางกฎหมาย ก็มีการบัญญัติเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในความตกลงด้วยเช่นกัน จึงทำให้มีการนำการตีความและการปรับใช้ของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกที่จะต้องรับหน้าที่ในการตีความคำว่า “like product” ตาม GATT 1994 มาเป็นแนวทางในการตีความคำว่า “like circumstance” หรือ “like situation” ในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีความใกล้เคียงกันก็ตามแต่ก็ยังมีความแตกต่างอยู่เนื่องจากกฎหมายการค้าระหว่างประเทศนั้นมีความมุ่งหมายที่จะทำให้โอกาสในตลาดของทั้งสินค้าที่มีต้นกำเนิดจากต่างประเทศและสินค้าที่มีต้นกำเนิดในประเทศนั้นมีการแข่งขันที่เป็นธรรมผ่านการลดภาษีศุลกากร แต่ในมุมของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเป็นการขจัดการเลือกประติบัติที่มีพื้นฐานจากสัญชาติของการลงทุนหรือนักลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน

จากความแตกต่างกันของ 2 บริบทในทางระหว่างประเทศ กล่าวคือ การค้าระหว่างประเทศและการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ก็มีความใกล้เคียงกันอย่างมาก คณะอนุญาโตตุลาการได้มีแนวคำตัดสินในเรื่องการพิจารณาคำว่า “like circumstance” ออกเป็น 2 แนว กล่าวคือแนวที่หนึ่งซึ่งใช้แนวคำตัดสินของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก เป็นแนวทางในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เช่น ข้อพิพาทของ *SD Myers v. Canada* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้นำแนวคำตัดสินในเรื่องของ “ความเหมือน (likeness)” ที่ว่า ไม่มีการพิจารณาเรื่องความเหมือนใดๆที่สามารถนำไปใช้ได้ทุกบริบท หากแต่จะต้องใช้การตีความโดยการพิจารณาถึงบริบทของกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกรณี[6] ซึ่งในข้อพิพาทนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้นำการตีความ “ความเหมือน” ของ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) ซึ่งทั้งแคนาดาและสหรัฐอเมริกาเป็นสมาชิกอยู่มาตีความ โดยพิจารณาว่าการลงทุนใดๆที่จะนำมาเปรียบเทียบกันนั้นจะต้องอยู่ในภาคธุรกิจหรือภาคเศรษฐกิจเดียวกัน ส่วนในแนวที่สอง คณะอนุญาโตตุลาการไม่ยอมรับที่จะเอาแนวคำตัดสินของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก มาเป็นแนวทางในการตีความและการปรับใช้ในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น ข้อพิพาท *Occidental v Ecuador* เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT) ของบริษัท Occidental ซึ่งเป็นบริษัทผู้ส่งออกน้ำมัน ซึ่งบริษัทได้รับผลกระทบจากการที่ประเทศเอกวาดอร์ได้ออกมาตรการห้ามขอคืน VAT ในธุรกิจการส่งออกน้ำมัน โดยในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้นำแนวการตีความและการปรับใช้ว่า ในเรื่องของสินค้าชนิดเดียวกันตามคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกมาเป็นแนวทาง โดยในกรณีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินโดยให้เหตุผลว่า ในสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศ

[6] *SD Mayers v. Canada*, Partial award para. 244-245.

สหรัฐอเมริกาและเอกวาดอร์นั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบบริษัท Occidental กับผู้ส่งออกทุกรายที่เป็นนักลงทุนสัญชาติเอกวาดอร์ ในกรณีนี้เป็นการเปรียบเทียบการส่งออกน้ำมันกับการส่งออกดอกไม้ในฐานะที่เป็นผลิตภัณฑ์จากธรรมชาติเช่นเดียวกัน[7] โดยให้เหตุผลว่าในขณะที่มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติใน WTO มุ่งประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงผลกระทบจากการปฏิบัติของสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ถูกผลิตในประเทศ แต่ในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้นเป็นการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติที่จะทำให้ผู้ส่งออกเสียเปรียบในตลาดต่างประเทศจากการต้องจ่ายภาษีทางอ้อมในรัฐที่เป็นต้นทางของการส่งออก[8]

จากความแตกต่างกันของการใช้การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการใน 2 กรณีข้างต้น ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นไปที่การศึกษาหลักการและวิเคราะห์ถึงปัญหาของการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะต้องมีเจตนาที่จะทำให้การลงทุนหรือนักลงทุนสัญชาติของรัฐอื่นได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าโดยมีพื้นฐานมาจากสัญชาติของการลงทุนหรือนักลงทุนหรือไม่ รวมไปถึงการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนว่าสามารถนำแนวคำตัดสินของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกมาเป็นแนวในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนได้หรือไม่

1.2 วัตถุประสงค์

1) เพื่อศึกษาความทั่วไปของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และความเกี่ยวข้องกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หลักความเท่าเทียมและเป็นธรรมและมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ

2) เพื่อศึกษาหลักการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ)

3) เพื่อศึกษาการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยศึกษาจากการใช้การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ

---

[7] Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment treaties : Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?,” The American Journal of International Law, Vol 102, No.1, p.73-74 (Jan 2008).

[8] Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, *Supra Note 1*, p.205.

4) เพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมของการนำการใช้และการตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มาใช้เป็นแนวทางในการใช้และการตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

1.3 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment standard) ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก และคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อที่จะทำให้เห็นความแตกต่างระหว่างการใช้การตีความของทั้ง 2 บริบทของกฎหมาย และทำให้เห็นความแตกต่างของแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศในการพิจารณาการปฏิบัติที่ขัดกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยอาศัยพื้นฐานจากความแตกต่างกันของสัญชาติของการลงทุนและนักลงทุนในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

1.4 สมมติฐานการศึกษา

การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ สามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้เท่าที่บริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจะเอื้ออำนวย

1.5 วิธีการศึกษา

ศึกษาโดยใช้การวิจัยทางเอกสาร (documentary research) โดยอาศัยข้อมูลจากหนังสือ บทความ ผลงานวิจัย วิทยานิพนธ์ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ แนวคำตัดสินของ คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก และรวมไปถึงข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ที่เชื่อถือได้ทั้งในและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) เพื่อให้ทราบถึงความทั่วไป และหลักการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และความเกี่ยวข้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และหลักความเท่าเทียมและเป็นธรรม

2) เพื่อให้ทราบถึงหลักการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ เพื่อที่จะสามารถเปรียบเทียบได้ว่า มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเหมาะสมหรือไม่ที่จะใช้เป็นแนวทางในการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

3) เพื่อให้ทราบถึงหลักการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความมุ่งหมายของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ และสามารถพิจารณาได้ว่า สถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกันตามความมุ่งหมายของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเป็นอย่างไร

บทที่ 2
ความทั่วไปว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment standard) เป็นหนึ่งในมาตรการปฏิบัติที่สำคัญที่สุดของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งเป็นหนึ่งในมาตรฐานที่มีไว้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการขจัดการเลือกประติบัติ โดยทำหน้าที่ร่วมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured nation standard) ซึ่งทั้งสองมาตรฐานนี้มีการใช้อย่างแพร่หลายมาเป็นเวลานานแล้ว[1] โดยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติพร้อมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งมีขึ้นมาเพื่อเป็นการขจัดการเลือกประติบัติที่อาจจะเกิดขึ้นไม่ว่าจะในทางพฤตินัยหรือในทางนิตินัย (*de facto* or *de jure*) โดยกำหนดให้รัฐผู้ได้รับการลงทุน (Host State) ปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างสัญชาติไม่ด้อยไปกว่าการลงทุนหรือนักลงทุนสัญชาติเดียวกับรัฐผู้ได้รับการลงทุน แต่การลงทุนใดที่จะนำมากล่าวอ้างเพื่อเปรียบเทียบการได้รับการปฏิบัตินั้น จะต้องเป็นการลงทุนที่อยู่ใน “สภาวการณ์ที่เหมือนกัน (in like circumstances)” ดังนั้น หากการลงทุนใดหรือนักลงทุนใด แม้ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า (less favourable) โดยอาศัยหลักสัญชาติก็ตาม แต่อยู่ในสภาวการณ์ที่ไม่เหมือนกันก็จะไม่เป็นการได้รับการปฏิบัติที่ละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ [2] หรือหากเป็นในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันก็จะมีการบัญญัติหลักการนี้ไว้ในมาตรา 3 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade of 1994 : GATT 1994) ซึ่งจะมีหลักการที่คล้ายกันกับในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเป็นการเปรียบเทียบสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) แทน ซึ่งในมาตรา 3 ของ GATT 1994 ได้แบ่งออกเป็นการไม่เลือกประติบัติทั้งทางด้านภาษีภายในและภาระอื่นๆ รวมไปถึงด้านกฎหมาย ข้อบัญญัติ และข้อบังคับ โดยมีพื้นฐานมาจากความแตกต่างของแหล่งกำเนิดของสินค้าที่มีอยู่ในตลาดของสินค้าชนิดเดียวกันนั้น

ถึงแม้ว่ามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะเป็นหนึ่งในมาตรฐานที่มีความสำคัญและมีการใช้กันอย่างแพร่หลายแทบจะในทุกสนธิสัญญาด้านการค้าการลงทุนระหว่างประเทศก็ตาม

---

[1] Jian Zhou, “National Treatment in Foreign Investment Law: A Comparative Study From A Chinese Perspective,” Touro International Law Review, Vol. 10, p.82 (2000).

[2] Andrea K. Bjorklund, “National Treatment,” Standards of Investment Protection, ed. August Reinsch (Oxford : Oxford University Press, 2008), p.30.

แต่ก็ไม่มีรัฐใดที่จะเปิดให้ลงทุนได้ครบทุกด้าน แม้แต่สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศที่เปิดเสรีทางด้านการลงทุนมากที่สุดในโลก ก็ยังคงสงวนสิทธิการลงทุนในการเหมืองแร่และพลังงาน การสื่อสารมวลชน การเดินทางเลียบชายฝั่ง การธนาคาร บริษัทการลงทุน การเดินทางโดยอากาศยานในประเทศ เทคโนโลยีทางการทหาร และการลงทุนด้านอื่นๆที่จะเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ[3] ไว้

สำหรับในบทที่ 2 นี้ จะเป็นบทที่กล่าวถึงลักษณะของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในลักษณะทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของที่มาทางประวัติศาสตร์ เหตุผลในการมีขึ้นและคงอยู่ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ข้อจำกัด ข้อยกเว้น ลักษณะการปรากฏตัว รวมไปถึงแนวความคิดของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) รวมไปถึงความสัมพันธ์กับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ

2.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติสามารถพบได้ในสนธิสัญญาสันนิบาตฮันซีติก (Hanseatic League treaties) ตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 12-13 ซึ่งได้บัญญัติรวมไปถึง มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most favoured nation standard) และมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติ (minimum standard of treatment)[4]ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ใช้ไปในทางที่ปกป้องการค้าการลงทุนของพ่อค้าต่างชาติ ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายกันกับการใช้การตีความในปัจจุบัน

แต่ในสมัยศตวรรษที่ 19 ประเทศแถบลาตินอเมริกาได้เริ่มใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติซึ่งมีแนวคิดในทางกลับกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแต่ดั้งเดิม โดยมีชื่อเรียกว่า “หลักการCalvo (Calvo Doctrine)” ซึ่งมีจุดกำเนิดมาจากแนวคิดของผู้พิพากษา คาร์ลอส คาร์โว (Carlos Calvo) ชาวอาร์เจนติน่า ได้พัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อเป็นการต่อต้านการเอารัดเอาเปรียบจากชาวต่างชาติเพื่อแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติของภูมิภาคในแถบลาตินอเมริกา[5] โดยรัฐต่างชาติจะเข้ามาแทรกแซงกิจการต่างๆภายในรัฐแถบลาตินอเมริกาเพื่อที่จะปกป้องการลงทุนของรัฐตน และเพื่อเป็นการจำกัดการได้รับการเยียวยาของนักลงทุนต่างชาติในข้อพิพาททาง

---

[3] Jian Zhou, *supra note 1,* p.84.

[4] August Reinisch, *supra note 2,* p.31.

[5] Jian Zhou, *supra note 1*, p.85.

การลงทุนให้อยู่แต่ในเขตอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน[6] ซึ่งหลักการCalvoประกอบไปด้วยหลักการที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก ชาวต่างชาติไม่ควรที่จะได้รับสิทธิและสิทธิพิเศษใดๆที่มากกว่าสิทธิและสิทธิพิเศษที่สอดคล้องกับชาติผู้รับการลงทุน และชาวต่างชาติควรที่จะแก้ไขความขัดข้องของตัวเองโดยอยู่ในบังคับของกฎหมายภายในประเทศผู้รับการลงทุนตามลำดับชั้นศาล

ประการที่สอง รัฐต่างชาติไม่สามารถที่จะบังคับใช้สิทธิของเอกชนของพลเมืองของตนเองไม่ว่าจะโดยทางการทูตหรือการแทรกแซงทางกายภาพ โดยละเมิดเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน[7]

ในทางทฤษฎี หลักการCalvoนี้นั้นมีเป้าหมายที่สำคัญคือ หากนักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐผู้ได้รับการลงทุนนั้นไม่ได้รับการปกป้องใดๆ การลงทุนหรือนักลงทุนต่างสัญชาตินั้นก็จะไม่ได้รับ การปกป้องใดๆ ด้วยเช่นกัน แต่ถึงอย่างไรก็ตามรัฐผู้รับการลงทุนก็จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติ อันเป็นพื้นฐานของการปกป้องการค้าการลงทุนโดยไม่ต้องคำนึงว่าจะต้องนำไปเปรียบเทียบความเกี่ยวข้องแต่ประการใด[8]กับการลงทุนหรือนักลงทุนสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน รวมไปถึงไม่ต้องคำนึงถึงต้นกำเนิดของสินค้า

ถึงแม้ว่าหลักการ Calvo และมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จะต้องมีการเปรียบเทียบการปฏิบัติกับความเป็นคนชาติ แต่สิ่งที่แตกต่างกันก็คือ การปรับใช้หลักการ Calvo จะเป็นการปรับใช้ในลักษณะที่ไม่ต้องการให้นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ดีไปกว่าที่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนได้รับ แต่ในมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะเป็นไปในลักษณะที่นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติจะต้องไม่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน

ขอบเขตของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับแต่ละสนธิสัญญาที่จะเขียนระบุ ในบางสนธิสัญญานั้นจะบังคับใช้เฉพาะหลังจากที่ได้มีการอนุญาตให้ลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว แต่ในบางสนธิสัญญาโดยเฉพาะสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาและแคนาดา[9] เป็นภาคีก็จะปกป้องไปถึงสิทธิในการเข้ามาลงทุน การเข้าถึงตลาดด้วย บางสนธิสัญญาให้การปกป้องเฉพาะการลงทุน แต่ขณะเดียวกันในบางสนธิสัญญาให้การปกป้องรวมไปถึงนักลงทุนด้วย

---

[6] *Ibid.,* p.86.

[7] *Ibid.,* pp.85-86.

[8] August Reinisch, *supra note 2,* p.31.

[9] Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Edition 2, (Oxford : Oxford University Press, 2012), p.199.

สนธิสัญญาทางการลงทุนแบบทวิภาคีในลักษณะที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ มุ่งหมายที่จะปกป้องและมีวัตถุประสงค์เฉพาะเกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรง รัฐต่างๆได้บรรลุข้อตกลงทั้งหมดถึง 2,928 ฉบับ และยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันถึง 2,281 ฉบับ[10] แต่ก่อนที่จะมีการทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า และสนธิสัญญาทางการลงทุนแบบทวิภาคีอย่างมากมายนั้น ในยุคที่การค้า และการพาณิชย์ ยังคงอาศัยการขนส่งทางเรือเป็นหลัก และมุ่งเน้นไปที่การปกป้องคุ้มครองการเดินเรือ และการเก็บภาษีของสินค้าเป็นหลัก รัฐต่างๆได้มีการทำสนธิสัญญาในอีกลักษณะหนึ่งที่มีความคล้ายคลึงกัน คือ สนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ (friendship, commerce and navigation treaty)

2.1.1 สนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ (friendship, commerce and navigation treaty (FCN))

สนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ เนื้อหาของสนธิสัญญาจะเน้นไปที่การอำนวยความสะดวกในเรื่องการเดินเรือ และการขนส่งสินค้า แต่ในบางสนธิสัญญาก็อาจจะมีการบัญญัติถึงความสามารถของคนชาติหนึ่งในการไปทำธุรกิจหรือเป็นเจ้าของทรัพย์สินในอีกรัฐหนึ่ง[11]

สนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือเป็นสนธิสัญญาที่จะให้การรับประกันสิทธิในทางกฎหมายและสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่งการที่จะให้การรับประกันในสิทธิต่างๆได้จึงมักประกอบด้วยหลักการปฏิบัติไว้อย่างน้อย 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกคู่สัญญาจะได้รับสิทธิที่คู่สัญญาได้ทำการตกลงกัน ซึ่งในบางครั้งอาจจะได้รับสิทธิบางประการที่ไม่ได้ให้แก่พลเมืองของชาติตน ประการถัดมาคู่สัญญาจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบางด้าน และประการสุดท้ายคู่สัญญาจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นไปตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง[12]

---

[10] United Nations Conference on Trade and Development, สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2559, จากhttp://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA

[11] Jeswald W. Salacuse, “BIT by BIT : The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Country,” The International Lawyer, p.656 (Fall 1990).

[12] John F Coyle, “The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era” Columbia Journal of Transnational Law 302, p.311 (September 2012).

สิทธิที่คู่สัญญาจะได้รับจากสนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์และการเดินเรือ สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 หมวด ได้แก่ สิทธิในการเดินเรือ (navigation rights), สิทธิในการค้า (trading right), สิทธิในการเข้าไปและก่อตั้งกิจการ (right of entry and establishment), สิทธิมนุษยชน (human right)[13]

ก) สิทธิในการเดินเรือ เป็นสิทธิในการที่เรือจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นพิเศษ โดยจะต้องไม่มีการปฏิบัติใดๆที่เป็นลักษณะการเลือกประติบัติทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อเรือที่ชักธงต่างชาติในการแล่นเข้าสู่น่านน้ำและท่าเรือของคู่สัญญา เพื่อเป็นการส่งเสริมการค้าและการพาณิชย์ โดยเป็นการรับประกันถึงการได้รับการปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานต่อเรือที่ชักธงของต่างชาติ[14]

ข) สิทธิในการค้า เป็นสิทธิที่กล่าวถึงการเก็บภาษีศุลกากรต่อสินค้าที่จะนำเข้ามาสู่ดินแดนของรัฐคู่สัญญา โดยจะได้รับการคุ้มครองและใช้บังคับผ่านทางการบัญญัติถึงหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง[15]

ค) สิทธิในการเข้าไปและก่อตั้งกิจการ เป็นสิทธิที่จะให้บุคคลสัญชาติของคู่สัญญาสามารถที่จะเข้าไปก่อตั้งกิจการ ซึ่งสิทธินี้จะถูกบัญญัติผ่านทางมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยชาวต่างชาติจะได้รับสิทธิในทางบัญชี การบริหาร ที่ปรึกษาทางกฎหมาย และสิทธิพิเศษอื่นๆ[16]

ง) สิทธิมนุษยชน จะเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องในลักษณะปัจเจกบุคคล เช่น สิทธิในการนับถือศาสนา สิทธิในการเดินทางโดยอิสระ สิทธิที่จะได้รับค่าเสียหาย สิทธิที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรม เป็นต้น[17]

สิทธิที่ได้รับจากสนธิสัญญาทั้ง 4 หมวดนั้น จะบัญญัติ โดยให้ความคุ้มครองอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง[18]

ในปัจจุบันไม่พบว่ามีการเจรจา สนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ อีกแล้ว แม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาเองที่เป็นผู้ส่งออกเงินทุนหลักของโลกเอง ก็ยังไม่มีเจรจาสนธิสัญญาประเภทนี้มาเป็นเวลามากกว่า 50 ปีแล้ว โดยเนื้อหาในสนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ ได้ถูกกระจายออกไปเป็นสนธิสัญญาประเภทอื่นที่มีความเฉพาะเจาะจง

---

[13] *Ibid.,* p.312.

[14] *Ibid.,* p.312.

[15] *Ibid.,* p.312.

[16] *Ibid.,* p.313.

[17] *Ibid.,* p.314.

[18] โปรดดู US-Japan Friendship commerce and navigation treaty.

มากกว่า ได้แก่สนธิสัญญาอันเกี่ยวกับการค้า ซึ่งในปัจจุบันอยู่ในบริบทของ GATT 1994 ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ก็ครอบคลุมในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเดิมที่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือ และสุดท้ายสนธิสัญญาทางการลงทุนระหว่างประเทศแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty) ก็ครอบคลุมโดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการปกป้องและคุ้มครองการลงทุนของชาวต่างชาติ[19] ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงแต่เฉพาะความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า และสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีเท่านั้น

2.1.2 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (international trade law)

เดิมก่อนที่จะมีการใช้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 ประเทศต่าง ๆ พยายามทำทุกวิถีทางที่จะทำให้ตนเองกลายเป็นผู้นำทางเศรษฐกิจไม่ว่าจะเป็นการกีดกันทางการค้า ใช้อุปสรรคทั้งที่เป็นภาษีและที่ไม่ใช่ภาษี ทำให้สินค้าไม่สามารถที่จะเข้ามาสู่ประเทศได้ หรือถ้าเข้ามาได้ก็จะมีราคาสูงมาก จนทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน เมื่อเป็นเช่นนี้ ประเทศต่าง ๆ จึงเริ่มเกิดแนวความคิดที่จะจัดระเบียบการค้าของโลกขึ้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1942 ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาได้บรรลุข้อตกลงร่วมกันโดยมีหลักการว่าหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ระเบียบการค้าจะต้องอยู่บนพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ต่อมาในปี ค.ศ. 1946 คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติได้มีมติให้มีการจัดการประชุมระหว่างประเทศเพื่อก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์การนี้กำกับดูแลเรื่องความสัมพันธ์และระเบียบการค้าโลก อย่างไรก็ดี จากการที่สหรัฐอเมริกาไม่สามารถที่จะให้สัตยาบันในการก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศได้ จึงทำให้อังกฤษซึ่งรอดูท่าทีของสหรัฐอเมริกาอยู่ก็ไม่ให้สัตยาบันเช่นกัน เมื่อเป็นเช่นนี้ ประเทศอื่น ๆ ก็ดำเนินรอยตามประเทศมหาอำนาจทั้งสอง การก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศจึงล้มเหลวลง

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศจะไม่สำเร็จ แต่ในการประชุมเมื่อ ค.ศ. 1947 ซึ่งมีการจัดทำความตกลงไว้ 3 ส่วน กล่าวคือ ในส่วนแรกเป็นการร่างกฎบัตรเพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ ส่วนที่สอง เป็นการเจรจาการค้าแบบพหุภาคีเพื่อจัดทำความตกลงเกี่ยวกับการลดภาษีศุลกากร และส่วนที่สาม เป็นการร่างบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับพันธกรณีทางภาษีศุลกากร จึงทำให้ความตกลงในส่วนที่สอง และส่วนที่สามข้างต้น ได้กลาย

---

[19] John F Coyle, “The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era” Columbia Journal of Transnational Law 302, p.304 (September 2012).

มาเป็นความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.1947 ซึ่งไม่มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ และมีส่วนสำคัญในการควบคุมการค้าระหว่างประเทศเรื่อยมา[20]

โดยในระหว่างการบังคับใช้ความตกลงฉบับ ค.ศ. 1947 ก็มีปัญหามากมายหลายประการ เช่น ความไม่ชัดเจนและความคลุมเครือของบทบัญญัติต่างๆ การตีความที่ต่างฝ่ายต่างก็ตีความเพื่อประโยชน์แก่ตน การใช้ข้อยกเว้นมากกว่าหลัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความล้มเหลวของกระบวนการระงับข้อพิพาท

อย่างไรก็ดี เมื่อสิ้นสุดการเจรจารอบ Uruguay ที่เป็นรอบการเจรจารอบที่ 8 ของ GATT 1947 ซึ่งเริ่มตั้งแต่ ค.ศ.1986 จนถึง ค.ศ.1993 ประเทศที่เข้าร่วมเจรจาต่างเห็นพ้องกันว่าควรจะมีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศด้านการค้าขึ้นมาอย่างจริงจังแทนที่ GATT 1947 ซึ่งเป็นเพียงความตกลงระหว่างประเทศที่ใช้มาอย่างช้านาน โดยในเดือนเมษายน 1994 ได้มีการลงนามในกรรมสารสุดท้ายเพื่อก่อตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ที่เป็นการรวบรวมผลของการเจรจาในรอบ Uruguay ไว้ โดยในกรรมสารสุดท้ายมี 4 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 ความตกลง Marrakech เพื่อก่อตั้งองค์การการค้าโลก ส่วนที่ 2 เป็นคำตัดสินและปฏิญญาของรัฐมนตรี ส่วนที่ 3 เป็นความเข้าใจเกี่ยวกับข้อผูกพันของการค้าบริการด้านการเงิน และส่วนที่ 4 เป็นความตกลง GATT 1947 จำนวน 38 มาตรา[21]

อนึ่ง ความตกลง GATT 1994 ภายใต้องค์การการค้าโลก สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ส่วน กล่าวคือ ส่วนที่ 1 ประกอบไปด้วยมาตรา 1 และ 2 อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับพันธะหน้าที่ของรัฐภาคี ส่วนที่ 2 ประกอบไปด้วยมาตรา 3 ถึง 23 อันเกี่ยวกับมาตรการที่จะก่อให้เกิดการค้าเสรี ส่วนที่ 3 ประกอบไปด้วยมาตรา 24-35 เกี่ยวข้องกับกระบวนการใช้และแก้ไขความตกลง ส่วนที่ 4 ประกอบด้วยมาตรา 36 ถึง 38 เกี่ยวกับการค้าและการพัฒนา[22]

โดยบทบัญญัติที่ว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตาม GATT 1994 ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 3 ซึ่งเป็นการบัญญัติโดยไม่ได้มีการบัญญัติรวมกันไปกับมาตรฐานอื่นๆ จึงทำให้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติใน GATT 1994 เป็นการปรากฏตัวในลักษณะอยู่โดยลำพัง (standing alone) โดยในมาตรา 3 ของ GATT 1994 นี้ เป็นการกำหนดการไม่เลือกประติบัติเมื่อสินค้าได้ผ่านพรมแดนเข้ามาแล้ว หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการไม่เลือกประติบัติต่อสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ กับสินค้าที่ผลิตจากต่างประเทศหรือสินค้าที่ถูกนำเข้ามา โดยมีหลักการทั่วไปบัญญัติ

---

[20] ทัชมัย (ฤกษะสุต) ทองอุไร, <u>กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป,</u> พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556), น.28-30.

[21] *เพิ่งอ้าง*, น.33.

[22] *เพิ่งอ้าง*, น.30.

อยู่ในมาตรา 3 วรรค 1[23] ซึ่งสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ห้ามประเทศภาคีสมาชิกใช้มาตรการภาษีอากร และหรือกฎเกณฑ์ต่างๆต่อสินค้าใดๆในลักษณะที่จะเป็นการคุ้มครองต่อการผลิตภายในประเทศ เช่น การเก็บภาษีการขายของสินค้าต่างประเทศสูงกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ หรือกฎเกณฑ์การบรรจุหีบห่อ การห้ามใช้สื่อทางการค้า การโฆษณาต่างๆซึ่งอาจเป็นประโยชน์แก่การขายของสินค้าที่ผลิตภายในประเทศได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการคุ้มครองการผลิตภายในประเทศ โดยในมาตรา 3 นี้เองได้แบ่งการไม่เลือกประติบัติต่อสินค้าออกเป็น 2 กรณี ดังต่อไปนี้

ก) การไม่เลือกประติบัติทางด้านภาษี และสัมภาระ ตามมาตรา 3 วรรค 2 เป็นการบัญญัติถึงมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ห้ามการเลือกประติบัติระหว่างสินค้าที่นำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ในเรื่องภาษีและค่าสัมภาระ โดยห้ามประเทศภาคีสมาชิกจัดเก็บภาษีอากรภายใน หรือค่าธรรมเนียมต่างๆต่อสินค้าเกินไปกว่าที่เก็บต่อสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ

ข) การไม่เลือกประติบัติทางด้านกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ตามมาตรา 3 วรรค 4 เป็นการบัญญัติถึงมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ห้ามการเลือกประติบัติระหว่างสินค้าที่นำเข้า กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ในเรื่อง กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 4 นี้เป็นการบัญญัติให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติต่อสินค้าในประเทศไม่ด้อยไปกว่าสินค้าที่เหมือนกันซึ่งผลิตภายในประเทศ[24] ซึ่งรายละเอียดของการตีความและการปรับใช้ของมาตรา 3 วรรค 2 และมาตรา 3 วรรค 4 จะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 3

ส่วนในวรรคอื่นๆของมาตรา 3 จะเป็นการขยายความ มาตรา 3 วรรค 4 เช่น มาตรา 3 วรรค 5 ถึงวรรค 7 เป็นเรื่องกฎเกณฑ์ข้อบังคับของรัฐ เกี่ยวกับการผสมหรือ

---

[23] GATT 1994, Article III Paragraph 1 “The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.”

[24] บุชยา แก้วศรีวงศ์, “การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ : ศึกษาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.15.

กระบวนการผลิต มาตรา 3 วรรค 9 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมราคา และมาตรา 3 วรรค 10 เป็นเรื่องเกี่ยวกับฟิล์มภาพยนตร์ซึ่งบัญญัติให้นำมาตรา 3 วรรค 4 มาใช้[25]

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ นอกจากจะสามารถพบได้ใน GATT 1994 แล้ว ยังสามารถพบได้ในมาตรา 17 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ในมาตรา 2 ของข้อตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า เป็นต้น โดยในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมักจะปรากฏตัวอยู่โดยลำพัง

2.1.3 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (international investment law)

ยุครุ่งเรืองของสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคี เริ่มหลังจากการจบลงของสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อเยอรมนีซึ่งเป็นชาติที่พ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 จำเป็นที่จะต้องปกป้องทรัพย์สินและการลงทุนของคนชาติตนในดินแดนของชาติอื่น ประเทศเยอรมนีจึงได้ริเริ่มทำสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีขึ้นเป็นฉบับแรกในปี 1959 กับประเทศปากีสถาน

เนื่องด้วยรูปแบบการลงทุนในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีรูปแบบในการลงทุนที่หลากหลายมากขึ้น เช่น การนำเงินเข้าไปลงทุนโดยตรง หรือโดยผ่านทางการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร และในบางครั้งอาจจะมีการก่อตั้งกิจการ ซื้อทรัพย์สิน หรือก่อสร้างใดๆที่ไม่สามารถที่จะเคลื่อนย้ายได้ ทำให้นักลงทุนต้องการการปกป้องที่มากกว่ากฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งสนธิสัญญาทางการลงทุนแบบทวิภาคีเป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐ ไม่ใช่กรณีที่รัฐออกกฎหมายมาเพื่อคุ้มครองการลงทุนโดยตรงเอง จึงเป็นผลให้ไม่มีรัฐใดที่สามารถจะแก้ไขสนธิสัญญา หรือแก้ไขกฎหมายระหว่างประเทศได้แต่ฝ่ายเดียว ดังนั้น สนธิสัญญาจึงให้ความคุ้มครองที่แน่นอนมากกว่า[26]

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าในปัจจุบันสนธิสัญญาทางการลงทุนแบบทวิภาคีจะได้มีการจัดทำขึ้นเป็นจำนวนหลายพันฉบับก็ตาม แต่เนื้อหาโดยแก่นแท้ของสนธิสัญญาแทบทุกฉบับจะมีเนื้อหาอยู่ 5 เรื่อง กล่าวคือ คำนิยามของการลงทุนและนักลงทุน การเข้าไปลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต่อนักลงทุน ค่าเสียหายในกรณีที่มีการเวนคืนกิจการ และวิธีการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท สนธิสัญญาทางการลงทุนส่วนใหญ่ถูกออกแบบให้ขยายมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม การได้รับการปกป้องและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง และมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยมุ่งเน้นไปที่การปกป้องการลงทุนจากการเวนคืนและการปฏิบัติใดๆที่ผิดโดยไม่มีการจ่าย

---

[25] *เพิ่งอ้าง,* น.16.

[26] Surya P Subedi, International Investment Law : Reconciling Policy and Principle, (Hart Publishing : Oregon : 2008), p. 83.

ค่าเสียหาย และให้การเยียวยาทางกฎหมายไม่เฉพาะแต่ข้อพิพาทระหว่างรัฐเท่านั้นแต่ยังรวมไปถึงข้อพิพาทระหว่างเอกชนนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนอีกด้วย[27]

การปรากฏตัวของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ก็เช่นเดียวกันกับในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศจะต้องมีการบัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศถึงจะสามารถใช้บังคับได้ โดยในสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีสามารถแยกการปรากฏตัวของมาตรการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติออกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

2.1.3.1 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏอยู่โดยลำพัง (standing alone)

เป็นรูปแบบที่มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ถูกบัญญัติไว้โดยไม่ได้ถูกรวมไปกับมาตรฐานการปฏิบัติอื่นๆในข้อความเดียวกัน แต่อาจจะถูกบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกันได้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

(ก) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในการปฏิบัติต่อทั้งการลงทุนและนักลงทุน

เช่น ใน United States of America Model BIT (2004) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 3[28] เรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

จากบทบัญญัติในมาตรา 3 ของ US Model BIT สามารถแบ่งออกเป็น 2 วรรคโดยวรรค 1 นั้นจะเป็นการกล่าวถึงมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่จะให้ความคุ้มครองต่อ

---

[27] *Ibid.,* p.84.

[28] Article 3 : National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The Treatment to accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means,...

นักลงทุน กล่าวโดยสรุปคือ ภาคีแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนอีกฝ่ายไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ตนให้กับนักลงทุนของรัฐตนในสภาวการณ์เดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นส่วนที่เป็นการก่อตั้ง การครอบครอง การขยายตัว การจัดการ จรรยาบรรณ การปฏิบัติการ และการขาย หรือการกำหนดแนวทางการลงทุนอื่นๆ

ในวรรคที่ 2 เป็นมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่จะให้ความคุ้มครองต่อการลงทุนของนักลงทุน กล่าวโดยสรุปคือ ภาคีแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้กับการลงทุนของนักลงทุนของตนภายในเขตแดนของตนในสภาวการณ์เดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นส่วนที่เป็นการก่อตั้ง การครอบครอง การขยายตัว การจัดการ จรรยาบรรณ การปฏิบัติการ และการขาย หรือการกำหนดแนวทางการลงทุนอื่นๆ

ลักษณะของการบัญญัติมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามแบบของ USA Model BIT (2004) มีปรากฏให้เห็นใน เช่น Rwanda-United State of America BIT (2008), United State of America – Uruguay BIT (2005)

การปรากฏตัวในลักษณะโดยลำพังนอกจากจะพบใน BIT แล้วยังสามารถพบได้สนธิสัญญาในลักษณะพหุภาคีอื่น เช่น ในมาตรา 1102 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement: NAFTA) โดย ในวรรค 1 จะเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองนักลงทุน และในวรรค 2 จะเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองการลงทุน เป็นต้น

(ข) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในการปฏิบัติต่อการลงทุน

เช่น ใน China Model BIT (1997) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ถูกบรรจุอยู่ในมาตรา 3 ในเรื่องการปฏิบัติต่อการลงทุน ดังนี้

มาตรา 3 วรรค 2 ของ China Model BIT[29] ได้บัญญัติถึงมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ โดยอยู่ในมาตราเดียวกันกับหลักการปฏิบัติต่อการลงทุนของภาคี

---

[29] China Model BIT (1997) : Article 3 Treatment of Investment

1. Investments of investors of each Contracting Party shall all the time be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.

2. Without prejudice to its law and regulations, each Contracting Party shall accord to investments and activities associated with such investments by investors of the other Contracting Party treatment not less favorable than that accorded to the investments and associated activities by its own investors.

ในคู่สนธิสัญญาในลักษณะอื่น โดยไม่ได้แยกออกไปเป็นบทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่างหากดังเช่นใน USA Model BIT (2004) ซึ่งสามารถกล่าวโดยสรุปคือ วรรค 2 โดยไม่มีอคติใดๆต่อกฎหมายและข้อบังคับ ภาคีของคู่สัญญาจะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนและกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้นของนักลงทุนของอีกชาติของคู่ภาคี โดยไม่ด้อยไปกว่าที่ได้ให้แก่การลงทุนหรือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของชาติตน

โดยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตาม China Model BIT มีปรากฏอยู่ใน เช่น China – Korea, Dem. People's Rep of. BIT (2005)

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งใน USA Model BIT และใน China Model BIT นั้นสิ่งที่เห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนประการหนึ่งคือ ใน USA Model BIT บัญญัติให้ความคุ้มครองทั้งนักลงทุนและการลงทุน ในขณะที่ China Model BIT บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะการลงทุนและกิจกรรมที่เกี่ยวเนื่องกับการลงทุนของนักลงทุน และอีกประการหนึ่งที่สำคัญคือ ใน USA Model BIT ให้ความคุ้มครองไปถึงสิทธิในการก่อตั้งการลงทุนซึ่งจะต้องได้รับการปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่าการก่อตั้งการลงทุนของนักลงทุนสัญชาติผู้รับการลงทุนด้วย

2.1.3.2 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏอยู่พร้อมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง

ในหัวข้อนี้ก็เช่นเดียวกันกับหัวข้อ 4.2.1 บทบัญญัติในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ถูกบัญญัติรวมไปพร้อมกันกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะในรูปแบบที่คล้ายกันกับหัวข้อ 4.2.1 ดังนี้

(ก) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏพร้อมกันกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่บัญญัติถึงการปฏิบัติต่อการลงทุนเพียงอย่างเดียว

เช่น ใน Turkey Model BIT (2000) ซึ่งบัญญัติในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในมาตรา 3 วรรค 2 ในเรื่อง การปฏิบัติต่อการลงทุน (treatment of investments)

มาตรา 3 วรรค 2[30] ของ Turkey Model BIT สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ภาคีของสนธิสัญญาแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนเมื่อได้ก่อตั้งขึ้นแล้วในสถานการณ์ที่

---

[30] Turkey Model BIT (2000) : Article III

1. Each Party...

2. Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments

คล้ายกันโดยจะต้องไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้ต่อการลงทุนของนักลงทุนของรัฐตนเอง หรือการลงทุนของนักลงทุนจากรัฐที่สามใดๆ แล้วแต่ว่าอย่างใดจะให้การปฏิบัติที่ดีที่สุด

(ข) มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏพร้อมกันกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่บัญญัติการปฏิบัติต่อทั้งนักลงทุนและการลงทุน

เช่น ใน Germany Model BIT (2005) ซึ่งบัญญัติในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในมาตรา 3 เรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง

มาตรา 3 ของ Germany Model BIT[31] ได้แยกมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ออกเป็น 2 วรรค โดยบัญญัติเรื่องการปฏิบัติต่อการลงทุนไว้ในวรรค 1 และนักลงทุนไว้ในวรรค 2 ดังสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

วรรค 1 วางหลักไว้ว่า ไม่มีรัฐภาคีของสนธิสัญญาใดในดินแดนของตนที่จะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนที่นักลงทุนของอีกภาคีของสนธิสัญญาหนึ่งเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจบังคับบัญชา ที่ด้อยไปกว่าที่ให้กับการลงทุนของนักลงทุนของตน หรือที่ให้กับการลงทุนของนักลงทุนของรัฐที่สามใดๆ

วรรค 2 วางหลักไว้ว่า ไม่มีรัฐภาคีของสนธิสัญญาใดในดินแดนของตนที่จะให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนของอีกภาคีของสนธิสัญญาหนึ่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ที่ด้อยไปกว่าที่ให้กับนักลงทุนของตนหรือที่ให้กับนักลงทุนของรัฐที่สามใดๆ

---

of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable.

[31] Germany Model BIT (2005) : Article 3 National and most-favoured-national treatment

1. Neither Contracting State shall in its territory subject investment owned or controlled by investors of the other Contracting State to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State

2. Neither Contracting State shall in its territory subject investors of the other Contracting State, as regards their activity in connection with investments, to treat less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State....

การบัญญัติมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในรูปแบบของ Germany Model BIT สามารถพบได้ใน เช่น Afghanistan-Germany BIT (2005), Bahrain-Germany BIT (2007)

2.1.3.3 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏอยู่พร้อมกันกับกับหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏพร้อมกันกับหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) เช่น ใน Netherlands Model BIT (1997) การปฏิบัติต่อการลงทุนของภาคีของสนธิสัญญาได้ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 3 โดยมีหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมอยู่ในวรรคที่ 1 และมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอยู่ในวรรค 2 พร้อมด้วยหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง กล่าวคือ

มาตรา 3 วรรคแรกของ Netherland Model BIT[32] บัญญัติไว้ถึงว่า ภาคีแต่ละฝ่ายของสนธิสัญญารับรองว่าการลงทุนของภาคีสนธิสัญญาอีกฝ่ายจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และจะไม่ทำทำลายการปฏิบัติการ การจัดการ การบำรุงรักษา การใช้ ความสงบสุข หรือการกำจัดการลงทุนของอีกฝ่ายหนึ่งของคู่สัญญาโดยไม่มีเหตุผล หรือโดยมาตรการที่มีการเลือกประติบัติ และภาคีแต่ละฝ่ายจะให้ความปลอดภัยและการป้องกันอย่างเต็มที่ต่อการลงทุนเช่นว่านั้น

มาตรา 3 วรรค 2 ของ Netherlands Model BIT สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ยิ่งไปกว่านั้น ภาคีของสนธิสัญญาแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนในกรณีใดๆไม่ด้อยไป

---

[32] Netherland Model BIT (1997) : Article 3

1. Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investment of nationals of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those nationals. Each Contracting Party shall accord to such investments full physical security and protection.

2. More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments treatment which in any case shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own nationals or to investments of nationals of any third State, whichever is more favourable to the national concerned.

กว่าที่คู่สัญญาได้ให้แก่การลงทุนของชาติตนหรือให้แก่การลงทุนของรัฐที่สามใดๆ อย่างใดอย่างหนึ่งที่จะได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า

จากบทบัญญัติใน Netherland Model BIT สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วรรค ซึ่งวรรคแรกเป็นการยืนยันว่าภาคีของสนธิสัญญาจะได้รับความเป็นธรรมและเท่าเทียม และจะต้องไม่ได้รับการปฏิบัติอันเป็นการเลือกประติบัติและไม่มีเหตุผล ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 3 วรรค 1 นั้นเป็นพื้นฐานของการปฏิบัติต่อกันของภาคีของสนธิสัญญา และในบทบัญญัติของสนธิสัญญายังได้ยืนยันเพิ่มเติมต่อไปอีกตามมาตรา 3 วรรค 2 ซึ่งได้มีการรวมเอามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ต้องให้การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าการลงทุนของสัญชาติตน (investments of its own nationals) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่ให้ปฏิบัติโดยไม่ด้อยไปกว่าการลงทุนของรัฐที่สามใดๆ (investments of nationals of any third State) ว่า หากรัฐผู้รับการลงทุนให้การปฏิบัติต่อการลงทุนของรัฐตนดีกว่ารัฐที่สามใดๆ ภาคีของสนธิสัญญาก็จะได้รับการปฏิบัติเช่นนั้น ซึ่งในทางกลับกันหากรัฐภาคีของสนธิสัญญาให้การปฏิบัติที่ดีกว่าต่อรัฐที่สามใดๆ ภาคีอีกฝ่ายของสนธิสัญญาก็จะได้รับการปฏิบัติตามนั้น ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในข้อความสุดท้ายว่าจะได้รับการปฏิบัติอย่างใดจะขึ้นอยู่กับว่าการปฏิบัติอย่างใดจะได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า(whichever is more favourable to the national concerned)

สนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคี ในลักษณะที่เป็นไปตาม Netherland Model BIT สามารถพบได้ใน เช่น Malawi-Netherlands BIT (2003), Cambodia-Netherlands BIT (2003)

โดยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินอกจากจะพบได้ในสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีแล้ว ก็ยังสามารถพบได้ในสนธิสัญญาการลงทุนแบบพหุภาคี เช่น สามารถพบได้ใน มาตรา 1102 ของเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ หรือในมาตรา 5 ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน

2.2 ข้อพิจารณาของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1 เมื่อทราบที่มาทางประวัติศาสตร์และการปรากฏตัวของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในสนธิสัญญาต่างๆแล้ว ในหัวข้อเรื่อง ข้อพิจารณาของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ นี้ จะได้กล่าวถึง หลักการพื้นฐานของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในลักษณะที่เป็นความเข้าใจพื้นฐาน ทั้งเรื่องวัตถุประสงค์ สถานะ และเหตุผลในการดำรงอยู่ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ รวมถึงความสัมพันธ์กับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศอื่นๆ

2.2.1 วัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

วัตถุประสงค์หลักของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้น มีเป้าหมายเดียวกันคือ ขจัดการเลือกประติบัติใดๆ อันมีพื้นฐานมาจากสัญชาติที่ต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมีจุดประสงค์เพื่อบังคับให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่กระทำการในแง่ลบใดๆอันเป็นการสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นระหว่างการลงทุนและนักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนเอง กับการลงทุนและนักลงทุนของรัฐต่างชาติที่เข้ามาลงทุนเมื่อรัฐแสดงบทบาทหรือบังคับใช้กฎหมายของตน และอีกประการที่สำคัญคือเป็นการส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับนักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นเอง[33]

ในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของ GATT ก็เป็นการขจัดการเลือกประติบัติใดๆที่จะมีขึ้นระหว่างสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) โดยอาศัยความแตกต่างของต้นกำเนิดของสินค้า กล่าวคือ ระหว่างสินค้าที่ผลิตจากต่างประเทศหรือสินค้าที่ถูกนำเข้ามา กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ โดยผ่านการใช้มาตรการภายในต่างๆของรัฐไม่ว่าจะเป็นภาษีภายใน หรือค่าภาระอื่นๆ รวมไปถึงกฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับต่างๆ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้รัฐกระทำการใดๆอันเป็นการปกป้องการผลิตสินค้าภายในของรัฐนั้นเอง[34]

2.2.2 สถานะของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นมาตรฐานที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่เป็นความตกลงทางด้านการค้าและการลงทุน ซึ่งมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะถูกปรับใช้เมื่อภาคีของสนธิสัญญาประสงค์ที่จะให้มีการรวมหลักการนี้เพื่อให้ความคุ้มครองภาคีของสนธิสัญญาเท่านั้น ในสนธิสัญญาบางฉบับ เช่น ของอินโดนีเซีย สิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ หรือในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศของจีนบางฉบับก็ไม่ได้มีการรวมเอามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในสนธิสัญญาที่ตนเองเป็นภาคีไว้ด้วย[35] รวมถึงในบางสนธิสัญญา ก็มีการบรรจุมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้โดยมีข้อแม้ว่า จะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของคู่สัญญา ซึ่งจะเป็นผล

---

[33] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *supra note 9,* p.198.

[34] Stéphanie Cartier, DISPUTE SETTLEMENT, (New York :United Nation), pp.19-20.

[35] David Collins, “National treatment in emerging market investment treaties,” in The Principle of National Treatment in International Economic Law, (Glos : Edward Elgar Publishing Limited, 2014), 173.

ให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถเลือกประติบัติต่อนักลงทุนต่างชาติได้โดยมีพื้นฐานจากกฎหมายภายในของรัฐนั้น[36] ซึ่งก็สอดคล้องกับในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ถูกบัญญัติไว้ใน GATT เช่นเดียวกัน

จากการที่มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มีการบัญญัติไว้โดยมีเงื่อนไขอยู่หลายประการขึ้นอยู่กับภาคีของสนธิสัญญา รวมทั้งในบางกรณีก็ยังไม่มีการบัญญัติเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ จึงแสดงให้เห็นว่า ถึงแม้จะมีการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกันอย่างกว้างขวาง แต่ก็ยังขาดองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ ความเชื่อว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมาย (*opinio juris*) จึงทำให้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มีสถานะเป็นกฎหมายที่มีพื้นฐานจากสนธิสัญญา (treaty law) ไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international customary law)

จากที่ได้อธิบายไปแล้วมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากสนธิสัญญา จึงทำให้จะต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเกี่ยวกับการปรับใช้การตีความสนธิสัญญา ซึ่งในปัจจุบัน กฎหมายหลักที่เป็นแนวทางในการปรับใช้สนธิสัญญาคือ มาตรา 31[37] ของอนุสัญญา

---

[36] *ibid.,* p.172.

[37] Article 31 of Vienna Convention on The Law of Treaties: General rule of interpretation :

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

กรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยมีหลักการ กฎเกณฑ์ และเทคนิคการตีความที่พอจะสรุปได้ กล่าวคือ

ก) หลักการ ในมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ได้กำหนดว่าการตีความสนธิสัญญาจะต้องใช้หลักสุจริต และให้คำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคี ซึ่งจะทำให้เกิดความเป็นเอกภาพของกฎหมายระหว่างประเทศ

ข) กฎเกณฑ์ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ได้กำหนดกฎเกณฑ์โดยให้ตัวอย่างไว้ว่าจะต้องใช้ความหมายปกติของถ้อยคำโดยพิจารณาวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกรรมสารที่เกี่ยวข้อง และระบุเพิ่มเติมไว้อีกว่าให้เลือกถ้อยคำที่มีความหมายพิเศษเฉพาะเมื่อพิสูจน์ได้ว่ารัฐภาคีเจตนาที่จะใช้ความหมายพิเศษเช่นว่านั้นเท่านั้น โดยกฎเกณฑ์นี้เป็นการประนีประนอมหลักการตีความทั่วไป อันได้แก่ การตีความตามตัวอักษร ซึ่งเน้นที่การแสดงออกอย่างเป็นทางการของบทบัญญัติในสนธิสัญญา การตีความตามเจตนาเพื่อแสวงหาเจตนารมณ์ร่วมกันของรัฐภาคี และการตีความตามวัตถุประสงค์ที่ให้ความสำคัญกับเป้าหมายของกฎเกณฑ์ โดยในมาตรา 32 ยังได้ให้ทางเลือกเพิ่มเติมไว้ว่าหากการตีความตามมาตรา 31[38] แล้วยังคงทำให้มีความหมายที่คลุมเครือหรือผลของการตีความเห็นได้ชัดว่าไม่น่าจะเป็นไปได้หรือไม่ชอบด้วยเหตุผล อาจจะใช้ข้อวิธีประกอบในการตีความ รวมถึงงานเอกสารในขั้นเตรียมการทำสนธิสัญญานั้นได้

ค) เทคนิค เป็นขั้นตอนที่ผู้ตีความจะต้องปฏิบัติตาม เช่น การวิเคราะห์ทางไวยากรณ์ หรือการค้นความจากงานเตรียมร่าง ซึ่งมักจะสอดคล้องกับสุภาษิตภาษาลาตินจากกฎหมายโรมันที่ใช้นำทางผู้ตีความ เช่น การให้ความหมายกับทุกถ้อยคำเพื่อให้มีผลเต็มที่หรือการให้ตัวอย่างโดยไม่ระบุไว้ในทางตรงกันข้ามต้อถือว่าเป็นการจำกัด เป็นต้น

สำหรับในกรณีของประเทศไทย การที่จะนำข้อบทในสนธิสัญญาใดมาปรับใช้ภายในประเทศได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 23[39] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

[38] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550), น.54.

[39] มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 : พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

(ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งมีหลักการเช่นเดียวกันกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้หนังสือสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของไทย ที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวางจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสียก่อน

โดยในส่วนของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ หรือกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือจะต้องลงนามในสนธิสัญญาจะต้องมีการออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมที่มีใช้อยู่แล้ว จึงทำให้จะต้องผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสียก่อนโดยจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญา (implementation) นั้น

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายหลักในปัจจุบันในสังคมระหว่างประเทศ คือ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 และมีองค์การการค้าโลกที่มีหน้าที่ในการช่วยทำให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปด้วยความคล่องตัว นั้น ประเทศไทยได้มีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การการค้าโลก พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นการบัญญัติให้การรับรององค์การการค้าโลกให้เป็นนิติบุคคล และให้เอกสิทธิ์ต่างๆแก่การดำเนินงานหรือบุคลากรขององค์การการค้าโลก และมีการแก้ไขกฎหมายรวมถึงออกกฎหมายใหม่เพื่อเป็นการอนุวัติการให้ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างได้ โดยกระทรวงการต่างประเทศได้ยื่นสัตยาบันสารเพื่อให้ไทยมีสถานะเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกในวันที่ 28 ธันวาคม 2537

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย มีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออก พระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคม ของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

อนึ่ง ในส่วนของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันจะอยู่ในรูปของสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีเสียเป็นส่วนใหญ่ ก็จะต้องใช้หลักการเดียวกัน กล่าวคือหากสนธิสัญญาการลงทุนที่ไทยจะลงนามนั้นมีลักษณะที่มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 บัญญัติไว้ ก็จะต้องมีการพิจารณาโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อให้เป็นการอนุวัติการตามกฎหมาย เช่น ในการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ประเทศไทยจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่สำคัญหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 และต้องมีการตรากฎหมายใหม่ เช่น กฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ กฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเล กฎหมายว่าด้วยสัญญาของนักลงทุนอาเซียน[40]จึงทำให้การที่ประเทศไทยจะสามารถปฏิบัติให้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนได้จึงต้องมีการผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสียก่อน

2.2.3 เหตุผลในการดำรงอยู่ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ดังที่ได้แสดงให้เห็นแล้วว่า มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีการใช้มาอย่างยาวนานแล้ว จากการศึกษา สามารถอธิบายเหตุผลในการดำรงอยู่ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ออกได้เป็น 2 เหตุผล กล่าวคือ

2.2.3.1 เหตุผลทางด้านการเมือง

กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งสองบริบททางกฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของการค้าการลงทุนในโลก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันทางด้านอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งรัฐทุกรัฐจะมีความเท่าเทียมกันในประชาคมระหว่างประเทศ โดยไม่เกี่ยวโยงกับความแตกต่างทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง รัฐจึงมีสถานะเท่าเทียมกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศ[41] แต่เนื่องจากมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นเป็นหลักการที่เกิดขึ้นจากความตกลงกันของรัฐ มิใช่เกิดจากกฎหมายจารีต

---

[40] ปวริศร เลิศธรรมเทวี, “การอนุวัติกฎหมายไทยตามกรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยการลงทุน,” ปีที่ 13 ฉบับที่ 2, วารสารสถาบันพระปกเกล้า, เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558, น.152-154.

[41] Thomas Cottier and Lena Schneller, “The Philosophy of non-discrimination in international trade regulation,” in The Principle of National Treatment in International Economic Law, (Glos : Edward Elgar Publishing Limited, 2014), p.5.

ประเพณีระหว่างประเทศ จึงทำให้รัฐทุกรัฐจำเป็นต้องยินยอมในอันที่จะลดอำนาจอธิปไตยของตนเอง โดยใช้หลักสนธิสัญญา ซึ่งมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้เป็นการที่รัฐยอมที่จะจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนในอันที่จะสามารถเลือกประติบัติใด ๆ ภายในรัฐของตน และยินยอมในการที่จะให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ระหว่างความเป็นต่างชาติทั้งในด้านบุคคลที่เข้ามาลงทุนและสินค้าที่ถูกนำเข้ามา กับความเป็นบุคคลภายในหรือสินค้าภายในของรัฐเอง[42] ผ่านทางสนธิสัญญาที่รัฐได้เข้าไปเป็นภาคี และเมื่อสนธิสัญญาก็เป็นหลักต่างตอบแทน ดังนั้น การที่รัฐใดจะปกป้องการลงทุนหรือสินค้าของตนที่ได้ส่งออกไปสู่รัฐอื่นก็จำเป็นที่จะต้องกระทำผ่านทางสนธิสัญญาที่รัฐนั้นๆจะเข้าเป็นภาคี โดยการยินยอมให้มีการบัญญัติเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเข้าไว้ด้วย

2.2.3.2 เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ

จากความเป็นจริงที่รัฐนั้นมีอำนาจอธิปไตยในอันที่จะออกกฎหมายใดๆที่อาจจะทำให้เกิดการเลือกประติบัติได้ จึงทำให้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหลักการที่เป็นเครื่องมือช่วยสร้างความเท่าเทียมกันในการแข่งขันระหว่างสินค้าที่ผลิตภายในประเทศกับสินค้าที่ได้ถูกนำเข้ามาในประเทศ[43]รวมไปถึงทำให้นักลงทุนหรือการลงทุนนั้นสามารถแข่งขันกันได้อย่างเป็นธรรม โดยไม่มีการเลือกประติบัติใดๆอันจะเกิดขึ้นโดยมีพื้นฐานมาจากความเป็นต่างชาติ ทำให้นักลงทุนหรือการลงทุนได้รับการปฏิบัติในระดับเดียวกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนที่เป็นของชาตินั้นเอง[44]

2.2.4 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานการปฏิบัติอื่นๆ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการปรากฏตัวของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีการบัญญัติทั้งที่เป็นลักษณะโดยลำพัง หรือรวมกันกับมาตรฐานอื่นจึงทำให้การให้ความคุ้มครองการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ไม่สามารถที่จะใช้มาตรฐานใดเพียงอย่างเดียวในการคุ้มครองได้ จำต้องให้ความคุ้มครองโดยให้ความคุ้มครองโดยหลายมาตรฐานควบคู่กันไป โดยเป็นไปตามสนธิสัญญาที่บัญญัติให้ความคุ้มครอง ซึ่งใน GATT 1994 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกใช้อย่างแพร่หลายในการคุ้มครองและส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ก็ได้มีการบัญญัติมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้โดยทำงานควบคู่กันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง ในส่วนของการคุ้มครองการลงทุนหรือหรือนักลงทุน สนธิสัญญาการลงทุนไม่ว่าจะเป็นแบบทวิภาคีหรือแบบพหุภาคีก็

---

[42] *Ibid.,* p.6.

[43] *Ibid.,* p.12.

[44] David Collins, “National treatment in emerging market investment treaties,” in The Principle of National Treatment in International Economic Law, (Glos : Edward Elgar Publishing Limited, 2014), p.162.

ได้มีการบัญญัติในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้เช่นเดียวกัน โดยจะทำงานร่วมไปพร้อมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มาตรฐานความเป็นธรรมและเท่าเทียม รวมไปถึงจะต้องถูกควบคุมด้วยมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ โดยในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานต่างๆที่เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ

2.2.4.1 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured nation treatment)

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง อาจสามารถย้อนไปไกลถึงยุคที่เมืองมานโตวา (Mantova) ในประเทศอิตาลีในปัจจุบัน ได้รับคำมั่นสัญญาจากจักรพรรดิแห่งโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ว่า เมืองมานโตวา (Mantova) จะได้รับประโยชน์เท่าเทียมเมืองอื่นๆที่จักรวรรดิโรมันฯมอบประโยชน์ให้เสมอ แต่ก็มีนักวิชาการบางท่าน ได้อ้างว่ามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง สามารถเห็นได้ครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 ในสนธิสัญญาระหว่างสหราชอาณาจักรและสวีเดน เมื่อปี 1654[45]

โดยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งมักจะถูกกล่าวถึงพร้อมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอยู่บ่อยครั้ง เนื่องจากเป็นมาตรฐานที่เป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการขจัดการเลือกประติบัติใดๆที่จะมีขึ้น โดยเป็นการบังคับให้รัฐคู่ภาคีในสนธิสัญญาปฏิบัติกับรัฐอีกฝ่ายอย่างน้อยเท่าเทียมกับที่ปฏิบัติกับรัฐที่สามที่ไม่ใช่ภาคีในสนธิสัญญา[46] ซึ่งมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งเป็นมาตรฐานเชิงสัมพันธ์ (relative standard) เช่นเดียวกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยจะต้องมีการเปรียบเทียบการปฏิบัติที่ดีกว่ากับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ซึ่งจะแตกต่างจากหลักปฏิบัติอื่นๆที่เป็นมาตรฐานแบบสมบูรณ์ (absolute standard) เช่น หลักความเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) ที่สามารถจะตีความได้โดยตัวของมาตรฐานนั้นเอง

ใน GATT 1994 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งจะถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1 โดยเป็นการให้ผลประโยชน์ใดๆแก่ภาคีของ GATT 1994 ซึ่งไม่ได้ตกลงกันไว้ก่อนในอันที่จะทำให้เกิดการค้าเสรีในลักษณะเดียวกับที่อยู่ในสนธิสัญญากับรัฐที่สาม[47] โดยมีการบัญญัติไว้แบบอยู่โดยลำพัง (standing alone) ไม่ได้บัญญัติควบคู่ไปกับมาตรฐานอื่นๆในมาตราเดียวกัน ส่วนการบัญญัติมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งในกฎหมายการลงทุน

---

[45] August Reinisch, *supra note 2,* p.61.

[46] *Ibid.,*p.206.

[47] Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, *supra note 9,* p.207.

ระหว่างประเทศ รัฐผู้ทำสนธิสัญญาอาจจะเลือกที่จะรวมบทบัญญัติของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งไว้ในบทบัญญัติมาตราเดียวกันได้ เช่น ในแบบสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีของเนเธอร์แลนด์ (Netherland Model BIT)[48]

อย่างไรก็ดี การปรับใช้มาตรฐานนี้ในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะปรับใช้ได้โดยตรงเหมือนในบริบทของ GATT 1994 เนื่องจากในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้นไม่สามารถที่จะปรับใช้โดยดูแต่เพียงการได้รับการปฏิบัติระหว่างรัฐภาคีกับรัฐที่สามว่าแตกต่างกันอย่างไรเพียงอย่างเดียว เนื่องจากในสนธิสัญญาการลงทุนเป็นการเจรจาตกลงกันในหลายเรื่อง ซึ่งในบางเรื่องภาคีของสนธิสัญญาก็อาจจะสงวนสิทธิใดๆ ไว้[49]จึงทำให้จะต้องพิจารณาถึงข้อสงวนของรัฐภายใต้สนธิสัญญาที่บังคับใช้ด้วย โดยการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งจะมีความคล้ายคลึงกันกับการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ที่จะต้องมีจุดร่วมที่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ กล่าวคือ ในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศจะต้องมีการเปรียบเทียบในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ส่วนในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจะต้องมีการเปรียบเทียบในเรื่องสถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกัน (like situation or like circumstances) แต่สิ่งที่แตกต่างกันก็คือในมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งจะเป็นการเปรียบเทียบกับรัฐที่สามที่ได้รับการปฏิบัติที่ดีที่สุด แต่ในมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะเป็นการเปรียบเทียบกับคนในชาติหรือในตลาดที่ถูกสินค้านำเข้าไป

2.2.4.2 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment)

มาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นมาตรฐานที่จะถูกกล่าวถึงโดยไม่จำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนที่มีต่อการลงทุนหรือตัวตนอื่นๆ ว่ามีความแตกต่างกันอย่างไรหรือไม่ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งการที่จะพิจารณาในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไม่จำเป็นที่จะต้องมีการเปรียบเทียบกับการกระทำที่รัฐให้กับคนชาติของตนดังเช่นในมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และไม่จำเป็นที่จะต้องมีการเปรียบเทียบกับรัฐที่สามใดๆดังเช่นในมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง[50] โดยมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมมีจุดประสงค์เพื่ออุดช่องว่างของมาตรฐานอื่นๆที่มีความเฉพาะเจาะจงกว่า เช่น

---

[48] August Reinisch, *supra note 2,* p.60.

[49] *Ibid.,* p.207.

[50] United Nation Conference on Trade and Development, Fair and Equitable Treatment, (Geneva : United Nation, 2012), p.5.

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง เพื่อให้เป็นที่แน่ใจได้ว่านักลงทุนต่างชาติจะได้รับการคุ้มครองตามเจตนารมณ์ความตกลงระหว่างประเทศนั้นๆ และการพิจารณาในเรื่องความเป็นธรรมและเท่าเทียมจะต้องพิจารณาโดยควบคู่กันไปไม่สามารถที่จะแยกการพิจารณาออกเป็นหลักความเป็นธรรมหลักหนึ่ง และความเท่าเทียมอีกหลักหนึ่งได้[51] อีกทั้งยังต้องอาศัยการพิจารณาเป็นข้อเท็จจริงแล้วต่อกรณีไป จึงเห็นได้ว่ามาตรฐานนี้มีความยืดหยุ่นค่อนข้างสูงและต้องถูกปรับใช้กับสภาวการณ์ของแต่ละข้อพิพาท โดยการฝ่าฝืนมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมอาจจะเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการก็ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาในภาพรวมอาจจะกล่าวได้ว่ามาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมสามารถถูกนำไปปรับใช้ในบริบทที่เกี่ยวข้องกับ ความโปร่งใส เสถียรภาพและการคุ้มครองความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติ การปฏิบัติตามพันธกรณีตามสัญญา ความเหมาะสมในทางวิธีพิจารณาและวิถีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมาย ความสุจริต และเสรีภาพจากการข่มขู่และการล่วงละเมิด อย่างไรก็ดี ถึงแม้การกระทำดังกล่าวข้างต้น จะไม่เป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง ก็อาจจะเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมได้

2.2.4.3 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ (international minimum standard)

ในสนธิสัญญาทางไมตรี การพาณิชย์ และการเดินเรือของสหรัฐตั้งแต่ ค.ศ. 1796 ได้มีการกล่าวถึงการปกป้องทรัพย์สินของชาวต่างชาติ ว่าจะต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศในการปกป้อง และยังได้กล่าวยืนยันด้วยว่าไม่มีกฎหมายภายในใดๆที่จะให้การปกป้องทรัพย์สินของชาวต่างชาติได้หากไม่คำนึงถึงการต้องกระทำทุกอย่างในเขตอำนาจของรัฐตนเพื่อที่จะปกป้องทรัพย์สินของชาวต่างชาติ แต่ต่อมาการปกป้องทรัพย์สินของชาวต่างชาติก็ได้เปลี่ยนทิศทาง โดยหันมาเห็นว่า การปกป้องทรัพย์สินของชาวต่างชาติจะไม่ใช้กฎหมายระหว่างประเทศในการปกป้อง แต่จะใช้กฎหมายภายในของรัฐที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ ซึ่งหากรัฐที่ทรัพย์สินของต่างชาติตั้งอยู่ได้ให้การปกป้องที่เท่าเทียมกันกับการให้การปกป้องทรัพย์สินของรัฐตนก็เป็นการเพียงพอแล้ว[52]สอดรับกับหลักการCalvo ที่เป็นงานเขียนของผู้พิพากษาชาวอาร์เจนตินา ในปี ค.ศ. 1868 ว่า กฎหมายระหว่างประเทศควรจะยอมรับได้ว่า รัฐสามารถที่จะลดการปกป้องทรัพย์สินของชาวต่างชาติลงได้หากว่ารัฐก็ได้ลดการปกป้องทรัพย์สินของคนชาติรัฐตนลงเช่นเดียวกัน ซึ่งหลักการนี้เป็นการรับประกันว่าทรัพย์สินของชาวต่างชาติจะได้รับการปกป้องที่เท่าเทียมกันกับทรัพย์สินของคนชาติของรัฐนั้นๆ แต่

---

[51] Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, *supra note 9,* pp.122-123.

[52] *Ibid.,* p.11.

ในขณะเดียวกันก็อาจจะไม่ได้รับการปกป้องใดๆเลยหากรัฐนั้นไม่ให้การปกป้องใดๆกับทรัพย์สินของคนชาติรัฐตนซึ่งในการปฏิวัติรัสเซีย และการปฏิรูปเม็กซิโกโดยการเวนคืนทรัพย์สินของสหรัฐในดินแดนของเม็กซิโก โดยปรับใช้หลักการCalvo จึงทำให้ทรัพย์สินของชาวต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับทรัพย์สินของคนชาติรัสเซียและเม็กซิโก ซึ่งในกรณีนี้คือไม่ได้รับการปกป้องใดๆจากกฎหมายภายในรัฐนั้นเลย[53]

มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศซึ่งมีที่มาทางประวัติศาสตร์ในอันที่จะต่อต้านการที่รัฐจะใช้แต่กฎหมายตนเองที่ไม่มีความแน่นอนในการปกป้องสถานะของชาวต่างชาติ จึงประกอบไปด้วยสิทธิในกระบวนการทางกฎหมายอาญา สิทธิที่จะได้รับการพิพากษาโดยศาล สิทธิในกฎหมายแพ่ง และสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลของคนต่างชาติ[54] จึงอาจจะกล่าวได้ว่ามาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศคือ พื้นฐานของการปฏิบัติใดๆที่คนชาวต่างชาติจะได้รับในการเข้าไปลงทุนในต่างแดนไม่ว่าจะเป็นในทางทรัพย์สิน สิทธิส่วนบุคคลทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยมาตรฐานนี้เป็นมาตรฐานที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้ว่าในความตกลงระหว่างประเทศจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้ก็จะต้องถูกนำมาปรับใช้เพื่อเพื่อคุ้มครองการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ

ถึงแม้ว่าในปัจจุบันคำนิยามและเนื้อหาของมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศยังขาดความชัดเจนอยู่ แต่ก็สามารถพิจารณาได้จากความเป็นมาของมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศที่ได้กล่าวไปข้างต้นได้ว่า การปรับใช้นั้นมีความใกล้เคียงอย่างมากกับการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากหากปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในแนวทางเดียวกันกับหลักการCalvo ก็จะทำให้การลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติอาจจะได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่ามาตรฐานในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อนำมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศมาปรับใช้ร่วมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะสามารถอุดช่องว่างของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ กล่าวคือนอกจากรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่รัฐให้กับการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐตนแล้ว การให้การปฏิบัติดังกล่าวจะต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศด้วย

ความสัมพันธ์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง มาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ สามารถใช้ควบคู่กันไปได้โดยเป็นการควบคุมมิให้รัฐผู้รับการลงทุนหรือรัฐที่สินค้าถูกส่งเข้าไปปฏิบัติต่อความเป็นต่างชาตินั้นในทางที่เสียหาย โดยหากรัฐผู้รับการลงทุนหรือ

---

[53] *Ibid.,* p.13.

[54] *Ibid.,* p.14.

รัฐที่สินค้าถูกส่งเข้าไปปฏิบัติต่อการลงทุนหรือสินค้าโดยไม่ถูกต้องตามมาตรฐานระหว่างประเทศ รัฐหรือนักลงทุนได้รับความเสียหายก็สามารถที่จะเรียกร้องให้คณะอนุญาโตตุลการ หรือองค์กรระงับข้อพิพาทของ WTO ตัดสินได้ โดยไม่จำเป็นที่การปฏิบัติของรัฐนั้นๆจะเป็นการละเมิดมาตรฐานใดได้เพียงมาตรฐานเดียวเท่านั้น

2.3 การทำงานและขอบเขตของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ดังที่ได้อธิบายเรื่องที่มา รวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในลักษณะทั่ว ๆ ไปแล้ว ในหัวข้อ 2.3 นี้จะได้อธิบาย ถึงการทำงาน (operation) รวมถึงข้อจำกัดและข้อยกเว้นของการใช้งานมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และการแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยศาลระหว่างประเทศที่ผ่านมา

2.3.1 การทำงานของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (operation)

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะถูกปรับใช้เมื่อรัฐที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติใดๆของรัฐผู้รับการลงทุนหรือรัฐที่นำเข้าสินค้าจากต่างชาติกล่าวอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าการปฏิบัติใดๆที่รัฐผู้รับการลงทุนหรือรัฐที่นำเข้าสินค้าปฏิบัติให้กับการลงทุนหรือสินค้าของรัฐนั้นๆ

การทำงานของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศนั้น จะถูกปรับใช้เมื่อสินค้าหรือการบริการถูกนำเข้ามาสู่ตลาดของประเทศปลายทางแล้วเท่านั้น โดยหากสินค้าชนิดเดียวกันที่มีต้นกำเนิดต่างกัน แต่ได้รับการปฏิบัติที่ต่างกันโดยไม่มีข้อยกเว้นตามกฎหมายจะเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งต่างจากความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) โดยถึงแม้ว่าจะเป็นการบริการประเภทเดียวกัน หากสมาชิกไม่ได้ให้ความตกลงไว้ในตารางความผูกพันแล้วก็จะยังไม่ถือเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ[55]

อย่างไรก็ตาม การทำงานของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยทั่วไปจะเริ่มมีการคุ้มครองเมื่อมีการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนแล้ว ซึ่งลักษณะนี้จะได้รับความนิยมในสนธิสัญญาทางการลงทุนแบบทวิภาคีที่ทำโดยประเทศกำลังพัฒนาเสียเป็นส่วนใหญ่ [56] แต่ก็มีในบางสนธิสัญญาทางการลงทุนที่ให้ความคุ้มครองไปถึงก่อนการเข้ามาลงทุน โดยเมื่อรัฐให้การปฏิบัติใดๆในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันต่อการลงทุนหรือนักลงทุน

---

[55] *Ibid.,* p.23.

[56] *Ibid.,* p.20.

ของรัฐตนเองดีกว่าการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐอื่นที่เข้ามาลงทุน โดยไม่มีข้อยกเว้นหรือเหตุผลอันจะสามารถอ้างได้ก็จะเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

2.3.2 ข้อจำกัดของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งถูกบรรจุอยู่ในสนธิสัญญาทางการลงทุน โดยส่วนใหญ่จะถูกจำกัดอยู่เฉพาะกับการลงทุนที่นักลงทุนต่างชาติได้เข้าไปลงทุนและดำเนินกิจการในประเทศผู้รับการลงทุนแล้วเท่านั้น เนื่องจากรัฐผู้รับการลงทุนโดยส่วนใหญ่ ยังคงประสงค์ที่จะสงวนไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยที่จะอนุญาตให้มีเฉพาะการลงทุนที่เหมาะสมกับเศรษฐกิจ หรือสังคมของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะในสนธิสัญญาที่มีภาคีของสนธิสัญญาเป็น สหรัฐอเมริกา และแคนาดา ซึ่งทั้งคู่นี้เป็นภาคีของ NAFTA มักจะบรรจุมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้โดยให้ครอบคลุมถึงสิทธิในการเข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนโดยจะต้องให้การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้ต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐตน[57]

เช่นเดียวกันกับในการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ก็จะถูกปรับใช้เมื่อสินค้าได้ผ่านชายแดนของรัฐนั้นๆเข้ามาสู่ตลาดภายในแล้วเท่านั้น โดยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะถูกปรับใช้แต่กับเฉพาะมาตรการภายในของรัฐ(internal measures) เท่านั้น โดยไม่รวมถึงมาตรการชายแดนของรัฐ (border measures)[58]

ทั้งสองบริบททางกฎหมายยังมีข้อจำกัดที่มีพื้นฐานที่คล้ายกันก็คือ ความเหมือน (likeness) ซึ่งจำเป็นที่จะต้องใช้วัตถุในการเปรียบเทียบ ดังนั้น จึงทำให้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีข้อจำกัดในการคุ้มครองการขจัดการเลือกประติบัติ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อในกิจการนั้นๆ หรือสินค้านั้นๆ ไม่มีวัตถุภายในของรัฐให้เปรียบเทียบ มาตรฐานนี้ก็อาจจะไม่ได้ทำหน้าที่ขจัดการเลือกประติบัติได้

ข้อจำกัดประการสุดท้าย เกิดจากการที่บทบัญญัติจะต้องใช้ไปในลักษณะที่ให้ประโยชน์ในลักษณะเดียวกันกับที่กล่าวถึงเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักในเรื่อง *ejusdem generis* กล่าวอีกนัยหนึ่ง สาระสำคัญหรือประเภทของสาระสำคัญต้องเหมือนกัน[59] เช่น รัฐให้การคุ้มครองตาม

---

[57] David Collins, *supra note 44*, p.169.

[58] Peter Van den Bossche, The Law and Policy of the World Trade organization TEXT, CASES AND MATERIALS, (Cambridge : Cambridge University Press : 2005), p.329.

[59] นาถนิรันดร์ จันทร์งาม, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2559), น.215.

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเฉพาะในเรื่องการขายสินค้าเท่านั้น ดังนั้น นักลงทุนจึงไม่สามารถกล่าวอ้างให้รัฐให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานเยี่ยงคนชาติในเรื่องการทำเกษตรกรรมได้ เป็นต้น

2.3.3 ข้อยกเว้นของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อรัฐกระทำการเลือกประติบัติใดๆโดยมีพื้นฐานมาจากสัญชาติแล้ว ก็จะเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในทันที แต่ถ้าการปฏิบัติใดๆของรัฐที่ให้ การปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐต่างชาติ และสินค้าที่นำเข้ามาด้อยกว่าการปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐตน รวมไปถึงสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจะเป็นการละเมิดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทุกกรณีก็จะทำให้เป็นการยากที่รัฐจะออกนโยบายใดๆเพื่ออำนวยความสงบสุขและสร้างเสริมเศรษฐกิจ รวมถึงส่งเสริมการผลิตภายในของรัฐได้ ดังนั้น ทั้งใน GATT และในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนจึงได้บรรจุข้อยกเว้นไว้ด้วย

โดยในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ สามารถเห็นได้จากใน GATT ที่ได้มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นในการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในมาตรา 3 วรรค 8 ซึ่งข้อยกเว้นนี้จะเป็นการบัญญัติห้ามการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ที่มิใช่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อนำไปจำหน่ายหรือเพื่อผลิตสำหรับจำหน่ายในเชิงพาณิชย์ และจะไม่ถูกปรับใช้กับการให้การอุดหนุนโดยตรงแก่ผู้ผลิตภายในประเทศ[60] และในมาตรา 20 ที่เป็นข้อยกเว้นทั่วไปของการปรับใช้ GATT ซึ่งถูกนำไปปรับใช้ในมาตรา 3 เรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติด้วย

ในการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่มีบทบัญญัติต่างๆเป็นการเฉพาะของตนเอง และในบางครั้งก็อาจจะให้สิทธิประโยชน์ใดๆที่มากกว่าที่สมาชิกอาเซียนจะให้กับชาตินอกสมาชิกอาเซียน ซึ่งอาจจะเป็นการละเมิดบทบัญญัติของ GATT ได้ อย่างไรก็ดี ในมาตรา 24 ของ GATT ก็ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นในเรื่องการอนุญาตให้จัดตั้งสหภาพศุลกากร (customs union) หรือก่อตั้งเขตการค้าเสรี (free trade area) ได้ โดยมีเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติตาม 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกกำแพงภาษีที่ภายนอกประเทศจะต้องไม่เพิ่มขึ้น ประการต่อมา อัตราภาษีศุลกากรและข้อห้ามทางการค้าอื่นๆภายในเขตการค้าเสรีหรือสหภาพศุลกากรนั้นๆจะต้องถูกกำจัดอย่างเป็นรูปธรรมภายในเวลาอันสมควร และประการสุดท้ายจะต้องมีการแจ้งไปยัง WTO เพื่อพิจารณาว่า

---

[60] สิทธิกร นิพภยะ, “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination Principle),” ใน กฎกติการ WTO เล่มที่หนึ่ง : กฎกติกาทั่วไป, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก), กฎกติกา WTO, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดสามลดา, 2552), น.85-86.

เงื่อนไขต่างๆนั้นเหมาะสมหรือไม่ ด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 24 ดังกล่าว จึงทำให้ประเทศไทยสามารถเข้าเป็นภาคีของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้โดยไม่ละเมิดบทบัญญัติของ GATT[61]

สำหรับในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศมีมากมายหลายฉบับ แต่สามารถที่จะสรุปได้ว่า การยกเว้นกิจการ กิจกรรม หรืออุตสาหกรรมบางประเภทจากการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ สามารถแยกออกได้เป็น 3 ประเภท

1) ข้อยกเว้นโดยทั่วไป (general exception) จะมีพื้นฐานอยู่ในเรื่องสาธารณสุข (public health) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (order and moral) และความมั่นคงของชาติ (national security) ซึ่งข้อยกเว้นทั้ง 3 ลักษณะข้างต้นนี้จะถูกบรรจุไว้ในแทบทุกความตกลงทางการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น ในมาตรา 17 ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนได้มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นทั่วไปไว้ โดยเกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน การคุ้มครองชีวิตของคน สัตว์ หรือพืช การคุ้มครองทรัพย์สมบัติของชาติ เป็นต้น และในมาตรา 18 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับเรื่องความมั่นคงโดยเฉพาะ

2) ข้อยกเว้นโดยเฉพาะเจาะจง (subject-specific exception) ความตกลงจะระบุประเด็นที่ไม่รวมในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ภาษีในความตกลงทางด้านภาษีแบบทวิภาคี มาตรการทางด้านการเงินบางประการ หรือการปกป้องเศรษฐกิจมหภาคชั่วคราว เช่น ในมาตรา 9 วรรค 5 ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน เป็นการละเว้นให้ชาติภาคีไม่ต้องปฏิบัติในการให้สิทธิใดๆภายใต้กฎหมายไทยเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา อันได้แก่ สิทธิในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การบังคับใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิในการโอนทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่นักลงทุนของประเทศชาติสมาชิกอาเซียนอื่นให้เท่าเทียมกับที่ให้สิทธิกับนักลงทุนไทย[62] ซึ่งมาตรา 9 วรรค 5 นี้แสดงให้เห็นถึงการยกเว้นการให้การปฏิบัติตามมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอย่างชัดเจน

3) ข้อยกเว้นโดยการสงวนสิทธิของรัฐ (country-specific exception) จะเป็นการที่รัฐสงวนสิทธิในการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนของชาติตัวเอง

---

[61] Core WTO Agreements: Trade in Goods and Services and Intellectual Property Arvind Panagariya, Retrieved from www.columbia.edu/~ap2231/Policy%20Papers/wto-overview.doc.

[62] ธัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.119.

ภายใต้กฎหมายภายในของตน ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับกิจการบางประเภทอันเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจของประเทศหรือนโยบายทางสังคม[63] เช่น ในมาตรา 9 วรรค 2 ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน บัญญัติให้ชาติสมาชิกยื่นรายการข้อสงวนต่อเลขาธิการอาเซียนภายใน 6 เดือน โดยสำหรับประเทศไทยการดำเนินกิจการของคนต่างด้าวที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นไปตามบัญชีแนบท้ายทั้ง 3 บัญชี ได้ระบุเหตุผลไว้ กล่าวคือ ในบัญชีที่ 1 เป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำด้วยเหตุผลพิเศษ เช่น การทำหนังสือพิมพ์ การทำไร การทำนา เป็นต้น ในบัญชีที่ 2 เป็นธุรกิจเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ เช่น การผลิต จำหน่าย ซ่อมบำรุง อาวุธปืนหรืออุปกรณ์สงคราม เป็นต้น ในบัญชีที่ 3 เป็นธุรกิจที่คนไทยยังพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เช่น การสีข้าว เป็นต้น

2.3.4 การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในศาลระหว่างประเทศ

ศาลระหว่างประเทศได้เคยมีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งในสมัยที่เป็นสันนิบาตชาติ (League of Nations) ซึ่งเป็นศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice: PCIJ) และในสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีการก่อตั้งสหประชาชาติแล้วในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International court of Justice: ICJ) โดยทั้ง 2 ศาลได้มีแนวคิดเกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อพิพาทระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวกับการลงทุนในต่างชาติของนักลงทุน ดังนี้

2.3.4.1 ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice: PCIJ) ได้เคยมีคำตัดสินในเรื่องเกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในคดี *The Oscar Chin case*[64] โดยสามารถสรุปข้อเท็จจริงได้ดังนี้

เมื่อ ค.ศ.1925 บริษัท Union nationale des transports fluviaux (Unatra) ได้ถูกก่อตั้งขึ้นในอาณานิคมคองโกของเบลเยี่ยม โดยมีรัฐบาลเบลเยี่ยมเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ดำเนินกิจการการขนส่งทางน้ำในแม่น้ำคองโก

ต่อมาในปี ค.ศ. 1929 Mr. Oscar Chin ได้ก่อตั้งบริษัทการขนส่งทางน้ำในแม่น้ำคองโกเช่นเดียวกันกับบริษัท Unatra โดยเมื่อเกิดวิกฤติของเศรษฐกิจโลก (The great depression) ในปี ค.ศ. 1930 – 1931 ราคาของวัตถุดิบที่มีต้นกำเนิดจากประเทศอาณานิคมก็ได้

---

[63] United Nation Conference on Trade and Development, National Treatment, (Geneva : United Nation, 1999), p.12.

[64] Case concerning Oscar Chin, *United Kingdom v Belgium*, Permanent court of international justice, judgment of 12 December 1934.

ตกต่ำลงไปด้วย บริษัท Unatra จึงได้ ร้องขอให้รัฐบาลเบลเยี่ยมลดราคาของค่าขนส่งลง และโดยจดหมายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอาณานิคม เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 1931 ได้อนุญาตให้มีการลงราคาของค่าขนส่งลงโดยมีระยะเวลา 3 เดือน และสามารถที่จะขยายออกไปได้ โดยรัฐบาลเบลเยี่ยมจะเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายหรือชดเชยกำไรที่ขาดหายไปให้บริษัท Unatra แต่การชดเชยนี้ก็ไม่ได้ให้กับบริษัทเอกชนอื่นๆทั้งที่เป็นเอกชนที่มีสัญชาติเบลเยี่ยมเอง หรือสัญชาติอื่นๆ

อย่างไรก็ดี จากการที่รัฐบาลเบลเยี่ยมจ่ายค่าใช้จ่ายและชดเชยกำไรให้กับบริษัท Unatra ทำให้บริษัทเอกชนอื่นๆไม่สามารถที่จะแข่งขันกับบริษัท Unatra ได้ เมื่อเป็นเช่นนั้นบริษัทอื่นๆจึงได้ทำการฟ้องศาลเพื่อขอให้ศาลให้ความคุ้มครองและให้รัฐบาลเบลเยี่ยมจ่ายค่าความเสียหายให้ โดยอ้างถึงอนุสัญญา Saint-Germain แต่ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ก็ได้ยกฟ้องของบริษัทต่างๆที่ได้ยื่นฟ้องไป ซึ่งรวมถึงคำฟ้องของ Mr.Oscar Chin ด้วย ทำให้เขาร้องขอให้รัฐบาลอังกฤษให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งรัฐบาลอังกฤษและรัฐบาลเบลเยี่ยมก็ได้เจรจาเพื่อหาข้อสรุปนี้ แต่ก็ไม่เป็นผล ทำให้ทั้ง 2 รัฐบาล ตกลงกันที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยรัฐบาลอังกฤษได้กล่าวหาว่ารัฐบาลเบลเยี่ยมได้ละเมิดอนุสัญญา Saint-Germain และหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ (General Principle of International Law)

สำหรับข้อกล่าวหาของอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้น อังกฤษกล่าวหาว่า รัฐบาลเบลเยี่ยมได้กระทำการอันเป็นการเลือกประติบัติซึ่งขัดกับหลักการของอนุสัญญาในเรื่องความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติ (equality of treatment) โดยรัฐบาลของภาคีของอนุสัญญาจะต้องให้ความเท่าเทียมกันในการแข่งขันทางการค้า รวมไปถึงรับรองว่าคนชาติของภาคีอนุสัญญาจะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันและได้รับสิทธิเดียวกันที่ภาคีของอนุสัญญาได้ให้กับคนสัญชาติตน ยิ่งไปกว่านั้นรัฐบาลของภาคีในอนุสัญญายังต้องปกป้องและอนุเคราะห์โดยไม่ขึ้นอยู่กับความแตกต่างทางด้านสัญชาติ ศาสนา ความเชื่อ

ศาลได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วเห็นว่า การปฏิบัติที่ได้ให้แก่บริษัท Unatra นั้น อยู่บนพื้นฐานของสถานะพิเศษซึ่งเป็นบริษัทที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลเบลเยี่ยม ประโยชน์และเงื่อนไขพิเศษใดๆที่ได้รับจากมาตรการของวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 1931 ได้รับจากการที่เป็นบริษัทภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลเบลเยี่ยม มิใช่ได้รับจากการที่เป็นบริษัทสัญชาติเบลเยี่ยม มาตรการนั้นจะไม่ได้รับการปรับใช้หากไม่ใช่บริษัทภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นบริษัทที่มีสัญชาติเบลเยี่ยมหรือไม่ การกล่าวอ้างว่าไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันตามอนุสัญญานี้จะกล่าวอ้างได้กับเฉพาะบริษัทที่มีสถานะเดียวกันกับบริษัท Unatra ซึ่งบริษัทของ Mr.Oscar Chin ไม่ได้อยู่ในสถานะเดียวกันกับบริษัท Unatra จากแนวคิดของศาลในเรื่องนี้ทำให้ศาลตัดสินว่า จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏเพียงแค่ว่า บริษัทของ Mr.Oscar Chin ทำกิจการเกี่ยวกับการขนส่งในแม่น้ำคองโกเช่นเดียวกันกับบริษัท Unatra ยังไม่เป็นการทำให้บริษัททั้งสองอยู่ในสถานะเดียวกัน

และศาลยังได้ชี้ให้เห็นอีกว่า บริษัทของ Mr.Oscar Chin นั้นไม่ได้อยู่ในสถานะที่ดีกว่าหรือแย่กว่าบริษัทอื่นๆที่ไม่ได้อยู่ในสถานะที่ถูกกำกับดูแลโดยรัฐบาล

จากคำตัดสินของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศอาจจะทำให้พิจารณาได้ว่า หลักการปฏิบัติที่ห้ามการเลือกประติบัติโดยมีพื้นฐานมาจากสัญชาตินั้น จำเป็นที่จะต้องได้รับการเปรียบเทียบโดยวัตถุที่ใช้ในการเปรียบเทียบจำเป็นที่จะต้องอยู่ในสถานะเดียวกัน ซึ่งจากคำพิพากษาอาจจะทำให้เข้าใจได้ว่า แนวความคิดในเรื่องสถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกันของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องเป็นไปโดยอยู่ในสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกันทุกประการ (identical) โดยสังเกตได้จากศาลเห็นว่าบริษัทของ Mr.Oscar Chin ไม่ได้อยู่ในสถานะที่ดีกว่าหรือแย่กว่าบริษัทอื่นๆทั้งที่มีหรือไม่มีสัญชาติเบลเยี่ยม ซึ่งไม่ได้อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐบาล

2.3.4.2 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) ได้เคยมีคำตัดสินเกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ ในคดี Elettronica Sicula s.p.A. (ELSI)[65] ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้กล่าวหาว่าอิตาลีได้ละเมิดหน้าที่ตามกฎหมาย โดยมีสรุปข้อเท็จจริงดังนี้

บริษัท ELSI มี Raytheon เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ 99.16% และ Machlett ถือหุ้นอยู่ 0.84% ประกอบธุรกิจเป็นโรงงานผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าในเมืองปาเลโม่ (Palermo) มีพนักงานประมาณ 900 คน นับตั้งแต่ปี 1964 ถึง 1966 บริษัท ELSI ประกอบธุรกิจได้กำไร แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะสามารถชำระหนี้ได้

ตั้งแต่เดือนกุมภาพันธ์ 1967 ถึงเดือนมีนาคม 1968 Raytheon ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัท ได้เจรจากับหน่วยงานราชการของอิตาลีรวมถึงบริษัทอิตาลีหลายครั้งเพื่อที่จะหาบริษัทอิตาลีที่มีศักยภาพมาเป็นหุ้นส่วนกัน และพยายามหาการสนับสนุนจากหน่วยงานราชการของอิตาลี

เมื่อเป็นที่ชัดเจนว่าการเจรจาข้างต้นนั้นไม่สามารถที่จะนำไปสู่ข้อตกลงที่เป็นที่พอใจได้ Ratheon และ Machlett จึงวางแผนที่จะปิดกิจการและชำระบัญชีของบริษัท ELSI โดยเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 1968 บริษัทก็ได้ตัดสินใจที่จะหยุดการทำงาน แต่หน่วยงานราชการของอิตาลีได้กดดัน ELSI ไม่ให้ปิดกิจการและไม่ให้เลิกจ้างพนักงาน

ในวันที่ 1 เมษายน 1968 นายกเทศมนตรีของปาเลโม่ได้ออกคำสั่งเพื่อให้กระทำการใดๆเกี่ยวกับโรงงานและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเป็นเวลา 6 เดือน โดยให้มีผลในทันที

---

[65] Case concerning elettronica sicula S.p.A. (ELSI), United State of America v. Italy, International court of justice, judgement of 20 july 1989.

ต่อมาเมื่อวันที่ 19 เมษายน 1968 บริษัท ELSI ได้ยื่นเรื่องต่อฝ่ายบริหารเพื่ออุทธรณ์คำสั่งของนายกเทศมนตรีของปาเลโม่

ในวันที่ 26 เมษายน 1968 บริษัท ELSI ได้ยื่นเรื่องเพื่อขอให้บริษัทล้มละลาย และบริษัทได้รับการประกาศให้ล้มละลายเมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 1968

จนเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 1969 ผู้ว่าการของเมืองปาเลโม่จึงได้ออกคำสั่งให้ คำสั่งที่ห้ามบริษัท ELSI กระทำการใดๆกับโรงงานและทรัพย์สินอื่นๆนั้นเป็นโมฆะ

ในคดีนี้สหรัฐอเมริกาได้กล่าวหาว่าอิตาลี ได้ละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรีการพาณิชย์ และการเดินเรือ ดังนี้

1. อิตาลีได้ละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายเมื่อได้ออกคำสั่งห้ามกระทำการใดๆต่อบริษัท ELSI เมื่อวันที่ 1 เมษายน 1968 ซึ่งทำให้บริษัท ELSI ไม่สามารถที่จะชำระบัญชีได้

2. อิตาลีได้ละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายเมือได้อนุญาตให้พนักงานองบริษัท ELSI เข้าไปในโรงงาน

3. อิตาลีได้ละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายเมื่อได้ตัดสินถึงคำสั่งห้ามกระทำการใดๆที่บริษัท ELSI ได้อุทธรณ์ต่อฝ่ายบริหารอย่างล่าช้าโดยไม่มีเหตุผล ซึ่งเป็นเวลาถึง 16 เดือน

4. อิตาลีได้ละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายเมื่อเข้ามาก้าวก่ายกระบวนการล้มละลายของบริษัท ELSI

สำหรับในข้อกล่าวหาของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติคือ การที่อิตาลีได้ปล่อยให้คนงานเข้าไปทำงานในโรงงานของบริษัท ELSI และดำเนินการล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลในการตัดสินให้คำสั่งของนายกเทศมนตรีปาเลโม่เป็นโมฆะ

ปัญหาแรกที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องตัดสินคือคำว่าทรัพย์สิน เนื่องจากอิตาลีโต้แย้งว่า ตามสนธิสัญญานั้นทรัพย์สินจะต้องเป็นของสหรัฐอเมริกาในฐานที่เป็นคู่สัญญา แต่ในกรณีนี้บริษัท ELSI นั้นมีสัญชาติอิตาลี สหรัฐอเมริกาได้โต้ตอบอิตาลีว่า บริษัท ELSI นั้นคือทรัพย์สินของ Raytheon และ Machlett และอิตาลีมีหน้าที่จะต้องปกป้องตัวตนของบริษัท ELSI ทั้งหมด ซึ่งศาลได้ให้ความเห็นว่าในกรณีนี้ทรัพย์สินที่จะต้องได้รับการปกป้องตามสนธิสัญญาคือตัวตนของบริษัท ELSI ไม่ใช่โรงงานหรืออุปกรณ์[66]

จากการที่โรงงานได้ถูกพนักงานของบริษัทเข้าควบคุมนั้น อิตาลีมีข้อโต้แย้งว่าการควบคุมโรงงานของพนักงานนั้นเป็นไปอย่างสงบและยังมีการทำงานในการผลิตสินค้า

---

[66] *Ibid.,* para.106.

และคงเป็นการยากที่จะกล่าวว่าการควบคุมโรงงานของพนักงานทำให้บริษัท ELSI ได้รับความเสียหาย สหรัฐอเมริกาได้ยืนยันว่าการทำงานที่เกิดขึ้นนั้นเป็นไปอย่างจำกัดและเทียบไม่ได้กับการทำงานอย่างเต็มประสิทธิภาพของโรงงาน ในการนี้ศาลของปาเลโม่ได้ตัดสินว่าไม่มีความเสียหายใดต่อโรงงานที่เกิดขึ้นจากการที่พนักงานเข้าควบคุมโรงงาน[67]

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินต่อปัญหาข้างต้น โดยเริ่มจากการให้ความเห็นว่าการที่จะเลิกจ้างงานพนักงานกว่า 800 คนนั้นคงเป็นไปไม่ได้ที่จะไม่มีเหตุการณ์ความวุ่นวายเกิดขึ้น และเพิ่มเติมต่อไปอีกว่าการเสื่อมสภาพของโรงงานและเครื่องจักรนั้นเนื่องจากสาเหตุของการเข้าควบคุมโรงงานของพนักงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถที่จะเข้าไปปกป้องโรงงานได้ การปกป้องโรงงานซึ่งได้รับจากเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ต่ำกว่าหลักการป้องกันและความปลอดภัยภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หรือต่ำกว่ามาตรฐานคนชาติหรือมาตรฐานของรัฐที่สาม โดยเพียงแค่ข้อเท็จจริงที่ว่าศาลอุทธรณ์ของปาเลโม่ได้ตัดสินว่าการเข้าควบคุมโรงงานของพนักงานนั้นเป็นไปอย่างผิดกฎหมายจะเป็นเหตุผลให้การปกป้องนั้นต่ำกว่ามาตรฐานของคนชาติตามสนธิสัญญา ซึ่งปัญหาในเรื่องนี้คือ กฎหมายภายในทั้งในตัวบทและการปรับใช้นั้นได้ปฏิบัติต่อสัญชาติสหรัฐอเมริกาต่ำกว่าสัญชาติของอิตาลี ซึ่งตามความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นยังไม่มีการปฏิบัติที่ต่ำกว่าเกิดขึ้น[68]

ในปัญหาถัดไปที่เกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในคดีนี้คือ การที่ฝ่ายบริหารของอิตาลีใช้เวลาถึง 16 เดือนในการออกคำสั่งให้คำสั่งห้ามกระทำการของนายกเทศมนตรีของปาเลโม่เป็นโมฆะ ซึ่งในมุมมองของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มีความเห็นว่าระยะเวลา 16 เดือนนั้นเป็นเวลาที่ค่อนข้างยาวนาน และก็มีความเห็นไปในทางที่ไม่เห็นด้วยกับอิตาลีที่ว่าระยะเวลา 16 เดือนเป็นระยะเวลาปกติในการออกคำสั่ง แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้เสริมในมุมนี้ว่า ตามกฎหมายของอิตาลีนั้น หากมีการยื่นคำร้องต่อฝ่ายบริหารแล้วและเมื่อพ้นระยะเวลา 120 วัน หลังจากยื่นคำร้อง ผู้ยื่นคำร้องมีสิทธิที่จะข้อให้ฝ่ายบริหารมีคำสั่งภายใน 60 วันได้ ซึ่งจากข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่า ผู้จัดการทรัพย์สินก็ได้ยื่นคำร้องนั้น และฝ่ายบริหารก็ได้ออกคำสั่งหลังจากนั้นไม่นาน[69] ซึ่งจากมุมมองของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น อิตาลีมีหน้าที่จะต้องปกป้องบริษัท ELSI จากผลกระทบที่เป็นภัย ซึ่งหนึ่งในวิธีที่อิตาลีจะละหน้าที่นี้ก็คือการที่ไม่สามารถที่จะให้วิธีการที่เหมาะสมให้การที่จะให้การยกเลิกคำสั่งห้ามการกระทำใดๆต่อทรัพย์สิน[70]

---

[67] *Ibid.,* para.107.

[68] *Ibid.,* para.108.

[69] *Ibid.,* para.109.

[70] *Ibid.,* para.110.

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงมีคำตัดสินว่า แม้ว่าตามข้ออ้างของสหรัฐอเมริกาว่าความล่าช้าดังกล่าวต่อบริษัท ELSI จะเป็นความล่าช้าที่มากกว่าการที่บริษัทสัญชาติอิตาลีเคยได้รับ จึงทำให้อิตาลีละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และก็ไม่ได้เชื่อตามข้ออ้างของอิตาลีเสียทีเดียวว่าระยะเวลาดังกล่าวเป็นไปตามปกติ แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มีคำตัดสินว่าจากข้อเท็จจริงข้างต้นนั้นยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าอิตาลีได้ละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ[71]

กล่าวโดยสรุปในบทที่ 2 มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีการบัญญัติมาหลายศตวรรษแล้วโดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้มีการตัดสินข้อพิพาทระว่างประเทศโดยมีพื้นฐานมาจากหลักการนี้ โดยสามารถเห็นจากคำตัดสินได้ว่ามาตรการของรัฐอาจจะเป็นการให้การสนับสนุนกิจการภายในของรัฐ และไม่เป็นการละเมิดสนธิสัญญาได้ ซึ่งแตกต่างจากในยุคก่อนหน้าที่หลักการ Calvo ถูกใช้อย่างแพร่หลายในลาตินอเมริกาที่ห้ามบุคคลสัญชาติอื่นได้รับประโยชน์ใดๆในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยที่มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีข้อจำกัดในเรื่องจะต้องมีวัตถุในการเปรียบเทียบระหว่างความเป็นต่างชาติกับความเป็นสัญชาติภายใน ทำให้หลักการนี้อาจจะไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร แต่ก็ได้มีมาตรฐานความเป็นธรรมและเท่าเทียมเข้ามาเพื่อเป็นการอุดช่องว่างในข้อจำกัดนี้ไว้แล้ว

มาตรการของรัฐที่ทำให้เกิดความแตกต่าง ในบางครั้งรัฐก็อาจจะอ้างเหตุได้ว่าเข้าข้อยกเว้นในความตกลง หรือในสนธิสัญญา ซึ่งใน GATT 1994 ก็มีข้อยกเว้นบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรค 8 และในมาตรา 20 ส่วนในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ภาคีของสนธิสัญญาก็มักจะกำหนดข้อยกเว้นในการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ด้วยเช่นกัน

โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้เคยมีคำตัดสินในประเด็นเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งสามารถเห็นได้จากคำตัดสินของศาล PCIJ ว่า การที่จะต้องพิจารณาเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะต้องมีการพิจารณาเรื่อง สถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกันของการลงทุนเสียก่อนดังเช่นในปัจจุบัน ซึ่งจากคำตัดสินที่ได้กล่าวมาข้างต้นอาจจะทำให้เข้าใจได้ว่าสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันในแนวคิดของศาล PCIJ จะต้องเป็นไปในลักษณะเหมือนกันทุกประการ ส่วนในคำตัดสินของศาล ICJ แสดงให้เห็นว่า การที่รัฐจะให้การปฏิบัติใดๆที่เป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จะต้องพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการลงทุนหรือนักลงทุนได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ซึ่งก็เป็นแนวคิดที่เป็นเช่นเดียวกันกับการพิสูจน์เรื่องการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในปัจจุบัน

---

[71] *Ibid.,* para.112.

บทที่ 3
การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 3 (Article III) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ตั้งแต่ ค.ศ.1947 ซึ่งได้ถูกยืนยันอีกครั้งหนึ่งเมื่อมีการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) และใช้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 โดยเป็นหลักเกณฑ์การไม่เลือกประติบัติระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศโดยจะต้องไม่มีการเลือกประติบัติในสินค้าประเภทเดียวกันระหว่างสินค้าที่นำเข้าและสินค้าที่ผลิตในประเทศ ทั้งในเรื่องของการไม่เลือกประติบัติทางด้านภาษีและค่าสัมภาระ และการไม่เลือกประติบัติทางด้านกฎหมาย ระเบียบ และข้อกำหนด[1] หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 3 ของ GATT 1994 ถูกบัญญัติเพื่อทำให้เกิดสภาพแห่งความเท่าเทียมในการแข่งขันระหว่างสินค้าที่ถูกนำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ[2] โดยองค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Japan-Alcoholic Beverages II* ได้กล่าวยืนยันไว้ในคำวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติในมาตรา 3 เรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นเป็นข้อห้ามทั่วไปของการใช้ภาษีภายในและมาตรการบังคับภายในอื่นใดที่เป็นไปในลักษณะปกป้องผลิตภัณฑ์ภายในประเทศ”[3]

ในข้อพิพาท *Italy-Agricultural Machinery* ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการที่กฎหมายภายในของอิตาลีให้สิทธิพิเศษบางประการกับการซื้อสินค้าที่เป็นเครื่องจักรทางการเกษตรที่ถูกผลิตภายในอิตาลี มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ขัดต่อความมุ่งหมายของความตกลง ที่ต้องการให้มีการปฏิบัติต่อสินค้าที่ถูกนำเข้าในแบบเดียวกันกับที่ปฏิบัติกับสินค้าชนิดเดียวกันที่ถูกผลิตภายในประเทศเมื่อสินค้าที่ถูกนำเข้าได้ผ่านพิธีการทางศุลกากรเข้ามาแล้ว โดยหากมีการปฏิบัติที่

---

[1] บุชยา แก้วศรีวงศ์, “การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ : ศึกษาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.13-16.

[2] Appellate Body Report, *Japan-Tax on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 4 October 1996, pp.16.

[3] *Ibid.,* p.17. “The Article III national treatment obligation is a general prohibition on the use of internal taxes and other internal regulatory measures so as to afford protection to domestic production”

แตกต่างกันก็อาจจะทำให้เกิดการปกป้องสินค้าภายในแบบทางอ้อมได้[4] อนึ่ง ขอบเขตของการใช้มาตรา 3 นี้ไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เฉพาะสินค้าที่เป็นเรื่องของสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีภายใต้มาตรา 2 ของ GATT เท่านั้น[5]

อย่างไรก็ดี มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 3 ของ GATT 1994 จะถูกปรับใช้กับเฉพาะกับมาตรการภายใน (internal measures) เท่านั้น ซึ่งต่างกับบทบัญญัติในมาตราอื่นๆ ของ GATT 1994 เช่น มาตรา 2 เรื่องสิทธิประโยชน์ด้านภาษี (tariff concession) หรือมาตรา 11 เรื่องการจำกัดปริมาณ ซึ่งทั้ง 2 มาตรานี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับมาตรการ ณ ชายแดน (border measures) เนื่องจากความแตกต่างของทั้งสองมาตรการดังกล่าว ทำให้จะต้องพิจารณาว่ามาตรการใดเป็นมาตรการภายใน และมาตรการใดเป็นมาตรการ ณ ชายแดน ซึ่งจะเป็นการยากเมื่อมาตรการนั้นๆ ถูกใช้บังคับ ณ จุดที่มีการนำเข้าสินค้า[6] แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่มีการกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างมาตรการภายในกับมาตรการ ณ ชายแดน

โดยในบทนี้จะได้กล่าวถึงการใช้การตีความมาตรา 3 ของ GATT 1994 โดยเริ่มตั้งแต่การใช้การตีความมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน รวมไปถึงมาตรการนั้นเป็นมาตรการทางภาษีหรือการเก็บค่าสัมภาระที่เกินกว่าที่กำหนดหรือไม่ ในหัวข้อถัดไปเป็นการใช้การตีความมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง ซึ่งก็มีประเด็นที่มีความใกล้เคียงกันคือจะต้องตีความในเรื่องสินค้าที่ถูกนำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศว่าเป็นสินค้าที่อยู่ในความหมายของมาตรา 3 วรรคแรกหรือไม่ และการเก็บภาษีในวรรคนี้จะต้องไม่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตสินค้าภายในประเทศ ในหัวข้อถัดมาจะเป็นเรื่องการใช้การตีความในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันของมาตรา 3 วรรค 4 และในหัวข้อสุดท้ายจะเป็นการอธิบายถึงข้อยกเว้นตามมาตรา 3 วรรค 8 และมาตรา 20

---

[4] Peter Van den Bossche, The Law and Policy of the World Trade organization TEXT, CASES AND MATERIALS, (Cambridge : Cambridge University Press : 2005), p.328.

[5] Appellate Body Report, *supra note 2*, pp.17.

[6] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.329.

3.1 การใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก

มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก[7] บัญญัติว่า

“บรรดาผลิตภัณฑ์ของอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาใดซึ่งนำเข้ามาในอาณาเขตภาคีคู่สัญญาอื่นใด จะไม่ถูกเรียกเก็บภาษีภายในหรือค่าระวางภายในไม่ว่าจะในรูปแบบใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเกินกว่าที่ใช้บังคับอยู่แก่ผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันภายในประเทศไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม”[8]

จากบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติใดของรัฐจะเป็นการละเมิดบทบัญญัติในมาตรานี้จะต้องพิจารณาใน 2 หัวข้อดังต่อไปนี้

1) สินค้าทั้งที่นำเข้าจากต่างประเทศและที่ผลิตในประเทศจะต้องเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน

2) การเก็บภาษีหรือค่าสัมภาระสินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศจะต้องมากกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ

3.1.1 สินค้าชนิดเดียวกัน (like product)

เนื่องจากความหมายของสินค้าชนิดเดียวกันที่จะใช้สำหรับเป็นหลักในการตีความนั้น ไม่ได้ถูกระบุไว้ใน GATT 1994 อีกทั้ง GATT 1994 ก็ไม่ได้มีแนวทางในการตีความใดๆของสินค้าชนิดเดียวกันไว้ด้วย[9] ดังนั้น การตีความในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันจึงต้องอาศัยการพิจารณาของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์เป็นรายคดีไป โดยจากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO สามารถแบ่งหลักการสำหรับการใช้ตีความเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวที่ใช้หลักการตีความแบบดั้งเดิม (The traditional

---

[7] GATT 1994, Article III Paragraph 2 “The Products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, direct or indirect, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products....”

[8] กรมเศรษฐกิจและการพาณิชย์, คำแปลกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย, กรุงเทพมหานคร, น.742-743

[9] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.334.

approach) และแนวทางที่ใช้หลักการตีความโดยพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The aim and effect approach)[10]

ก) ใช้หลักการตีความแบบดั้งเดิม (The traditional approach)

การตีความแบบดั้งเดิมเป็นการตีความจาก 4 หลักเกณฑ์ คือ ลักษณะทางกายภาพของสินค้า ลักษณะการใช้สินค้า รสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค และอัตราการเก็บภาษี[11]

ในข้อพิพาท *Japan – Alcoholic Beverages II* ซึ่งเป็นกรณีที่ญี่ปุ่นเก็บภาษีวอดก้า (vodka) ทั้งที่ผลิตในประเทศและที่นำเข้าจากต่างประเทศในอัตราที่สูงกว่าที่จัดเก็บภาษีโชจู (shochu) ที่ผลิตในประเทศและที่นำเข้าจากต่างประเทศ จึงทำให้เกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ทั้งวอดก้าและโชจูนั้น เป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่ ซึ่งหากพบว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทั้ง 2 ประเภทนั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน ก็สมควรที่จะต้องเก็บภาษีในอัตราที่เท่ากัน[12]

ในข้อพิพาทนี้ ญี่ปุ่นได้ชี้ให้องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าในการตีความมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก จะต้องพิจารณาถึงหลักวัตถุประสงค์และผลกระทบ (aim and effect test)

องค์กรอุทธรณ์ ในข้อพิพาท *Japan – Alcoholic Beverages II* พิจารณาเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน โดยชี้ว่า ในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกนั้น จะต้องตีความอย่างแคบ เนื่องจากว่า ในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สองนั้น ได้กล่าวถึง กรณีสินค้าที่เป็นคู่แข่งขันโดยตรงหรือสินค้าที่ทดแทนกันได้ไว้[13] องค์กรอุทธรณ์จึงใช้แนวทางการตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน ของรายงานของคณะทำงานในการปรับปรุงภาษีชายแดน ค.ศ. 1970 (report of working group on border tax adjustments)

เนื่องจากว่า วัตถุในการตีความนั้นหรือในกรณีนี้คือ สินค้าที่จะนำมาพิจารณามีความแตกต่างกัน จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเป็นรายข้อพิพาทไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละข้อพิพาท ซึ่งอาจจะพิจารณาในเรื่องการใช้ขั้นสุดท้าย พฤติกรรมหรือรสนิยมของผู้บริโภค สรรพคุณของสินค้า ธรรมชาติหรือคุณภาพของสินค้า[14]

โดยคำวินิจฉัยของข้อพิพาทนี้ องค์กรอุทธรณ์ของ WTO ได้พิจารณา ว่าทั้งโซจูและวอดก้า มีลักษณะที่เหมือนกัน ตามการตีความอย่างแคบ ซึ่งความแตกต่างของเครื่องดื่ม

---

[10] *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1,* น.24.

[11] *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1,* น.25.

[12] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.334.

[13] *Ibid.,* p.334.

[14] *Ibid.,* p.335.

แอลกอฮอล์ของทั้ง 2 ชนิดต่างกันเพียงมีการกรองหรือไม่กรองเท่านั้น[15] จึงทำให้การเก็บภาษีในสินค้าชนิดเดียวกันตามความมุ่งหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก แตกต่างกันอันเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่บัญญัติอยู่ใน GATT 1994

ในคำวินิจฉัยข้อพิพาท *Canada-Periodical* (1997) ขององค์กรอุทธรณ์ในคดีนี้เห็นด้วยกับวิธีการในการทดสอบเพื่อพิจารณาเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันที่ใช้ในคดี *Japan-Alcoholic Beverages II* ที่กล่าวว่าการพิจารณาเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันจะต้องพิจารณาอย่างแคบ โดยพิจารณาเป็นแต่ละข้อพิพาทไปซึ่งการพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆนี้จะรวมไปถึง ลักษณะของสินค้าในตลาด รสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค ประเภท และคุณภาพของสินค้า

จากข้อพิพาทที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงทำให้เห็นว่าการใช้การตีความในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันตามแนวทางแบบดั้งเดิม จะต้องมีการพิจารณาถึงลักษณะทางกายภายของสินค้า (physical characteristics) ลักษณะการใช้สินค้า (product's end users) รสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค (consumer's tastes and habits) และอัตราการเก็บภาษี (tariff classification)[16]

1) การพิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพของสินค้า (physical characteristics) จะต้องไม่เป็นการพิจารณาที่แคบเกินไปถึงขนาดที่ว่า เพียงแค่ความแตกต่างเพียงเล็กน้อยของลักษณะทางกายภาพของสินค้าจะเป็นการทำให้สินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ใช่สินค้าชนิดเดียวกัน ดังเช่นในข้อพิพาท *Philippines-Distilled Spirits* ซึ่งฟิลิปปินส์ได้อุทธรณ์ว่า สุราที่มีการกลั่นโดยมีน้ำตาลเป็นพื้นฐานมีความแตกต่างจนทำให้ไม่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับสุราที่มีการกลั่นโดยไม่มีน้ำตาลเป็นพื้นฐาน

องค์กรอุทธรณ์ได้ชี้ให้เห็นว่า การพิจารณาว่าสินค้าชนิดใดจะเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน ในบางครั้งสินค้าที่มีความแตกต่างทางกายภาพเพียงเล็กน้อยก็อาจจะไม่เป็นสินค้าชนิดเดียวกัน และในทางกลับกัน แม้ว่าสินค้าอาจจะมีความแตกต่างภายนอกที่อาจจะเห็นได้ชัดเจน ก็อาจจะถูกตีความว่าเป็นสินค้าชนิดเดียวกันได้ หากความแตกต่างทางกายภาพนั้นมีผลกระทบเพียงเล็กน้อยกับความสัมพันธ์ของการแข่งขันของสินค้านั้น[17]

ด้วยเหตุดังกล่าว องค์กรอุทธรณ์จึงไม่เห็นด้วยกับการตีความของฟิลิปปินส์ในเรื่องของความแตกต่างในการกลั่นของสุรา ระหว่างสุราที่มีพื้นฐานเป็นน้ำตาลกับสุราที่ไม่มีพื้นฐานเป็นน้ำตาลจนทำให้สุราทั้งสองประเภทไม่เป็นสินค้าชนิดเดียวกัน องค์กรอุทธรณ์ยังได้ชี้ย้ำลงไปอีกว่า

---

[15] *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 1, น.37.

[16] Appellate body report, *supra note 2,* pp.20-21.

[17] Appellate Body Report, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits,* WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R, para.120.

ในการตีความสินค้าชนิดเดียวกันตามความหมายของมาตรา 3 ของ GATT 1994 นั้นจะต้องไม่ตีความโดยถูกจำกัดว่าจะต้องเป็นสินค้าที่เหมือนกัน (identical) [18]เท่านั้น

2) การพิจารณาถึงรสนิยมของผู้บริโภค (consumer's taste and habit) หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การที่ผู้บริโภคมีความต้องการที่จะใช้ผลิตภัณฑ์ที่ต่างกันในการทำกิจกรรมเดียวกัน[19] ซึ่งตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก เกี่ยวกับสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงและสามารถทดแทนกันได้ในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง ต่างก็ต้องใช้การวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของการแข่งกันระหว่างสินค้าที่ถูกนำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ อย่างไรก็ดี ตามความเห็นขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Philippines-Distilled Spirits* เห็นว่า ความเหมือนกัน (likeness) นั้น มีความหมายที่แคบกว่า สินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงและสามารถทดแทนกันได้ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงระดับของการแข่งขันและการทดแทนกันได้ของสินค้า จึงเป็นผลให้สินค้าที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก ต้องมีระดับของการแข่งขันและการทดแทนกันได้ที่สูงกว่าในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง[20]

ตามแนวการวินิจฉัยเดิมในข้อพิพาท *Canada-Periodicals* ที่องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาว่า การทดแทนกันโดยไม่สมบูรณ์จะอยู่ในความมุ่งหมายตามมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง และการทดแทนกันได้โดยสมบูรณ์จะตกอยู่ในความมุ่งหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก และในข้อพิพาท *Korea-Alcoholic Beverages* องค์กรอุทธรณ์ก็มีความเห็นในแนวทางที่ว่า สินค้าชนิดเดียวกันนั้นเป็นเซตย่อยของสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันและทดแทนกันได้โดยตรง จึงทำให้สินค้าที่สามารถทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์จะตกอยู่ในความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกและสินค้าที่ไม่สามารถทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์จะอยู่ในความมุ่งหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง[21]

อย่างไรก็ดี องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Philippines-Distilled Spirits* ได้ปฏิเสธการวิเคราะห์ในลักษณะเดิมนี้ โดยอธิบายเหตุผลไว้ว่า การตีความความเหมือนในข้อพิพาท *Canada-Periodicals* และข้อพิพาท *Korea-Alcoholic Beverages* จะทำให้ความหมายของสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกจะต้องเป็นสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้โดยสมบูรณ์เท่านั้น (perfectly substitutable) อันจะเป็นผลให้ผลของการตีความนั้นแคบเกินไปจน สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) จะต้องเป็นสินค้าที่เหมือนกัน (identical) โดยองค์กรอุทธรณ์เห็นว่าสินค้าที่

---

[18] *Ibid.,* p.48.

[19] *Ibid.,* p.61.

[20] *Ibid.,,* p.56.

[21] *Ibid.,* pp.56-57.

มีความใกล้เคียงกับการทดแทนกันได้โดยสมบูรณ์จะเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) และสินค้าที่มีระดับของการทดแทนกันได้น้อยกว่าจะเป็นสินค้าที่อยู่ในความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง[22]

3) การพิจารณาเรื่องของลักษณะการใช้สินค้า (product's end use) จะเป็นการพิจารณาในเรื่องวิธีการใช้งานสินค้าของผู้บริโภค โดยในข้อพิพาท *Philippines-Distilled spirit* ซึ่งคณะพิจารณาได้หยิบยกการวินิจฉัยในเรื่องลักษณะของการใช้สินค้าขึ้นมาพิจารณาด้วยนั้น ได้ให้ความเห็นไว้ในข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับการเก็บภาษีสุรากลั่นแต่ละชนิดไม่เท่ากันว่า สุราแต่ละชนิดนั้นมีลักษณะการใช้เดียวกันหรือคล้ายกัน กล่าวคือ การดับกระหาย การเข้าสังคม การผ่อนคลาย และทำให้มีความสุขจากความมึนเมา ยิ่งไปกว่านั้นสุราแต่ละชนิดอาจจะดื่มพร้อมกับน้ำแข็งหรือไม่ก็ได้ หรืออาจจะใช้ผสมกับน้ำอัดลม หรือเป็นส่วนผสมในค๊อกเทล ซึ่งลักษณะการใช้งานของสุราแต่ละชนิดไม่ได้ขึ้นอยู่กับต้นกำเนิดของสินค้าว่าเป็นสินค้าที่ผลิตจากในประเทศหรือนำเข้ามา หรือเป็นสุราที่ผลิตจากวัตถุดิบต่างชนิดกัน

4) การพิจารณาโดยใช้อัตราภาษีศุลกากรของสินค้า (tariff classification) เป็นเพียงแค่เครื่องมือที่ช่วยในการพิจารณาว่าสินค้าแต่ละชนิดนั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่เท่านั้น ซึ่งการพิจารณาโดยใช้อัตราภาษีศุลกากรจำเป็นที่จะต้องมีรายละเอียดที่พอสมควร[23] เนื่องจากความผูกพันทางด้านภาษีนั้นมีอย่างกว้างขวาง จนบางครั้งอาจจะไม่ได้บ่งถึงความคล้ายคลึงกันของสินค้าโดยอัตราภาษีศุลกากรจะค่อนไปทางที่เป็นเครื่องยืนยันของการเจรจาการยอมรับกันเรื่องภาษีระหว่างสมาชิก WTO เสียมากกว่า[24]

สำหรับการตีความโดยใช้วิธีการแบบดั้งเดิม (The traditional approach) นั้นสามารถพบได้อีกในคดีส่วนใหญ่ที่จำเป็นจะต้องตีความในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน เช่น *Korea-Alcoholic Beverages (1999), Chile-Alcoholic Beverages (2000), EC-Asbestos (2011)*

ข) ใช้หลักการตีความแบบพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The aim and effect approach)

การพิจารณาตามหลักวัตถุประสงค์และผลกระทบ เป็นการคำนึงว่ามาตรการที่นำมาใช้นั้นมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการผลิตสินค้าภายในประเทศหรือไม่ กล่าวคือ หากพบว่ามาตรการนั้นมีลักษณะที่เห็นว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสินค้าภายในประเทศ และการมีมาตรการ

---

[22] *Ibid.,* para.149.

[23] Appellate body report, *supra note 2,* p.21.

[24] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.336.

เช่นนั้นส่งผลกระทบต่อสินค้านำเข้าแล้วก็จะถือว่าเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน[25] โดยในข้อพิพาท *US-Malt Beverages*[26] คณะพิจารณาได้มีแนวความคิดว่า การพิจารณาเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 2 จะต้องคำนึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติด้วย ซึ่งในที่นี้คือ ไม่ได้เป็นการขัดขวางชาติสมาชิกในการออกมาตรการใดๆทั้งเรื่องการเงินหรือเรื่องอำนาจของรัฐที่ไม่ได้เป็นการปกป้องการผลิตภายในประเทศ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง ในการที่จะพิจารณาว่าสินค้าใดเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่ จะต้องพิจารณาด้วยว่าความแตกต่างของมาตรการนั้นเป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตในประเทศหรือไม่[27]

แนวทางการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบ ได้ถูกนำมาใช้อีกครั้งข้อพิพาท *US-Automobiles*[28] ซึ่งคณะพิจารณาจะต้องพิจารณาว่า รถยนต์ที่มีมูลค่ามากกว่า 30,000 เหรียญสหรัฐ กับรถยนต์ที่มีมูลค่าต่ำกว่า 30,000 เหรียญสหรัฐนั้นเป็นรถยนต์ที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่ ซึ่งในข้อพิพาทนี้ ประชาคมยุโรป (EC) ได้ชี้แจงว่า ความเหมือนกันนั้นจะต้องดูที่ปัจจัย เช่นลักษณะการใช้ของสินค้า ลักษณะทางกายภาพ และอัตราภาษีศุลกากร หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจะต้องพิจารณาในลักษณะแบบดั้งเดิม แต่สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าความเหมือนกันจะต้องพิจารณาด้วยว่าเป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศ หรือจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบด้วย ซึ่งสุดท้ายแล้วคณะพิจารณาก็มีความเห็นว่า การพิจารณาว่าเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่จะต้องพิจารณาถึงว่ามาตรการใดๆที่ออกมาเป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศด้วย ทำให้ในกรณีนี้รถยนต์ที่มีมูลค่ามากกว่า 30,000 เหรียญสหรัฐ ไม่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับรถยนต์ที่ไม่มูลค่าน้อยกว่า 30,000 เหรียญสหรัฐ[29]

อย่างไรก็ตาม ต่อมาแนวทางการตีความแบบวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The aim and effect approach) ได้ถูกปฏิเสธด้วยคณะพิจารณาและถูกยืนยันอีกครั้งในองค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท Japan-Alcoholic Beverages II เมื่อปี ค.ศ. 1996 โดยให้เหตุผลว่า วิธีการแบบที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบนั้นไม่ตรงกับบทบัญญัติที่ระบุในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก เนื่องจากพื้นฐานของการใช้วิธีที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบนั้นถูกพบได้จากบทบัญญัติที่ว่า

---

[25] *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1,* น.27-28.

[26] GATT Panel Report, *United States-Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages,* DS23R-39S/206, adopted 19 June 1992.

[27] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.336.

[28] GATT Panel Report, *United States-Taxes on Automobiles,* Circulated 11 October 1994.

[29] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.336.

เป็นไปเพื่อปกป้อง (so as to afford) ซึ่งมีอยู่ในมาตรา 3 วรรค 1 โดยมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ดังเช่นในมาตรา 3 วรรค 1 เลยแม้แต่น้อย[30]

3.1.2 ภาษีหรือค่าสัมภาระ

ภาษีหรือค่าสัมภาระตาม GATT 1994 สามารถเป็นได้ทั้งภาษีและหรือค่าสัมภาระทั้งทางตรงและทางอ้อมโดยอาจจะรวมไปถึง ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีการขาย ภาษีสรรพสามิต แต่ไม่รวมถึงภาษีเงินได้ และภาษีศุลกากร เนื่องจากภาษีศุลกากรไม่ใช่ภาษีภายในตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 สำหรับภาษีทางอ้อมนั้น เป็นภาษีที่จัดเก็บจากกระบวนการผลิตสินค้า[31] โดยมีตัวอย่างของคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ ดังนี้

ในข้อพิพาท *EEC-Animal Feed Proteins* คณะพิจารณาของ GATT เห็นว่าเงินมัดจำไม่เป็นมาตรการทางการเงิน ถึงแม้ว่าจะเป็นการทำให้เงินนั้นคงค้างอยู่ที่ประชาคมยุโรปก็ตาม และเห็นว่าเงินมัดจำและค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องอื่นใดเป็นเพียงกลไกที่ใช้บังคับสำหรับการจัดซื้อเท่านั้น[32]

ในข้อพิพาท *US-Tobacco* มีประเด็นให้คณะพิจารณาได้วินิจฉัยว่า จากการที่กฎหมายของสหรัฐในเรื่องการลงโทษอันประกอบไปด้วยการประเมินการตลาดที่ไม่สามารถเรียกคืนได้และข้อกำหนดให้ซื้อยาสูบภายในประเทศเพิ่มเติม เป็นภาษีหรือค่าสัมภาระภายในตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกหรือไม่ โดยคณะพิจารณาเห็นว่า ข้อบัญญัติเรื่องการลงโทษนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับใช้ข้อบัญญัติเรื่องการใช้ยาสูบที่ผลิตภายในประเทศ ไม่ใช่ภาษีหรือค่าสัมภาระภายในไม่ว่ารูปแบบใดๆตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก[33]

ในข้อพิพาท *Argentina – Hides and Leather* เมื่ออาร์เจนตินาบังคับให้มีการจ่ายภาษีล่วงหน้าสำหรับสินค้านำเข้า คณะพิจารณาของ GATT พบว่า การเรียกเก็บภาษีล่วงหน้าดังกล่าวนั้นไม่ใช่มาตรการที่ทำให้การเก็บภาษีมีประสิทธิภาพ แต่เป็นค่าธรรมเนียมภายในที่ถูกเก็บกับผลิตภัณฑ์ และอยู่ในความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก[34]

อนึ่ง การทำตามวัตถุประสงค์ของรัฐโดยการใช้มาตรการทางภาษีภายใน ไม่ใช่ประเด็นสำหรับการพิจารณาว่ามาตรการนั้น เป็นภาษีภายในตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2

---

[30] *Ibid.,* p.336.

[31] *Ibid.,* p.332.

[32] *Ibid.,* p.332.

[33] *Ibid.,* p.332.

[34] Stéphanie Cartier, DISPUTE SETTLEMENT, (New York :United Nation), p.23.

หรือไม่ โดยในข้อพิพาท *Japan-Alcoholic Beverages II* องค์กรอุทธรณ์ได้ชี้ให้เห็นว่ารัฐสามารถใช้มาตรการทางภาษีใดๆก็ได้เพื่อทำตามวัตถุประสงค์หรือนโยบายของรัฐ แต่มาตรการนั้นๆจะต้องไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 2[35]

3.1.3 ภาษีจะต้องไม่เกินไปกว่า (Taxes in excess of) [36]

มาตรฐานในการตีความภาษีจะต้องไม่เกินไปกว่านั้น องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Japan-Alcoholic Beverages II* ได้สร้างมาตรฐานสำหรับการพิจารณาการเก็บภาษีที่เกินไปกว่าตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกไว้ว่า “แม้จะเป็นปริมาณที่น้อยที่สุดก็ถือว่ามากเกินไป”[37]

อย่างไรก็ดี การพิจารณาเรื่องการมากเกินไปของการเก็บภาษีนั้น จะไม่ได้ใช้หลักผลกระทบทางการค้า (Trade and effect test) ในการพิจารณา ถึงแม้ว่าความแตกต่างของปริมาณการนำเข้าจะมีน้อยมากหรือไม่มีเลยก็ตาม เนื่องจากในเรื่องนี้นั้น เป็นการปกป้องความคาดการณ์ได้ ซึ่งไม่ใช่เรื่องของปริมาณการค้า แต่เป็นความเท่าเทียมในการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายใน[38] แม้ว่าบางครั้งจะมีการเรียกเก็บภาษีในอัตราที่สูงกว่า และเก็บภาษีในอัตราที่ต่ำกว่าในสถานการณ์อื่นๆ เพื่อที่จะทำให้ผลรวมออกมาเท่ากัน ก็เป็นการปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักการในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สองแล้ว[39]

3.2 การใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง

มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง[40] บัญญัติว่า

“ยิ่งไปกว่านั้นภาคีคู่สัญญาไม่อาจเรียกเก็บภาษีภายในหรือค่าระวางภายในอื่นๆจากผลิตภัณฑ์นำเข้าหรือผลิตภัณฑ์ภายในประเทศในลักษณะที่ขัดแย้งกับหลักการที่ระบุไว้ในวรรค 1”

---

[35] *Ibid.,* p.23.

[36] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.338.

[37] Appellate body report, *supra note 2,* p.23.

[38] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.338.

[39] *Ibid.,* p.339.

[40] GATT 1994, Article III Paragraph 2 “...Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1”

ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก และมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคสอง คือ หากพบว่าสินค้าที่ถูกนำมาเปรียบเทียบกันเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน และสินค้าชนิดเดียวกันซึ่งเป็นสินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศได้รับการเก็บภาษีที่มากกว่าสินค้าภายในประเทศ ก็จะเป็นการละเมิดต่อมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก แต่หากค้นพบว่าสินค้าที่ถูกนำมาเปรียบเทียบไม่ใช่สินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้านั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกันแต่ไม่ได้เก็บภาษีของสินค้าที่ถูกนำเข้ามากกว่าก็อาจจะเป็นไปได้ว่ามีการละเมิดมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง[41] ซึ่งจากบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สองจะเห็นได้ว่า จะต้องคำนึงไว้ตลอดเวลาที่จะตีความการใช้ประโยคที่สองว่า ภาษีหรือค่าสัมภาระอื่นๆที่ถูกเรียกเก็บจะต้องเป็นการเก็บในลักษณะที่ขัดแย้งกับหลักการที่ระบุไว้ในมาตรา 3 วรรค 1[42] ดังนั้น การเก็บภาษีหรือเรียกเก็บค่าสัมภาระใดๆจะเก็บในลักษณะที่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในของประเทศไม่ได้

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถแบ่งสิ่งที่ใช้พิจารณาการเลือกประติบัติออกเป็น 3 ประการ (three tier test) กล่าวคือ

1) สินค้าทั้งที่นำเข้าจากต่างประเทศและที่ผลิตในประเทศเป็นสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงหรือสามารถทดแทนกันได้หรือไม่

2) สินค้าทั้งที่นำเข้าจากต่างประเทศและที่ผลิตภายในประเทศมีการเก็บภาษีที่ไม่เหมือนกัน

3) การเก็บภาษีที่ไม่เหมือนกันนั้นอยู่บนพื้นฐานของการปกป้องสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือไม่[43]

3.2.1 สินค้าที่เป็นคู่แข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง

สินค้าที่เป็นคู่แข่งกันหรือทดแทนกันได้โดยตรงตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้โดยสมบูรณ์ เพราะหากเป็นเช่นนั้น สินค้าชนิดที่สามารถทดแทนกันได้โดยสมบูรณ์จะเป็นสินค้าชนิดเดียวกันตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก ดังนั้นสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันหรือทดแทนกันได้โดยตรงจะต้องมีความหมายที่กว้างกว่าสินค้าชนิดเดียวกัน[44] ซึ่งการพิจารณาถึงสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันหรือทดแทนกันได้

---

[41] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* pp.340-341.

[42] Appellate body report, *supra note 2,* p.23.

[43] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.341.

[44] Stéphanie Cartier, *supra note 34*, p.29.

โดยตรงจะต้องพิจารณาถึง ลักษณะทางกายภาพของสินค้า ลักษณะการใช้สินค้า และอัตราภาษีศุลกากร[45]เช่นเดียวกันกับมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก

ก) ศักยภาพของการแข่งขัน (potential competition)[46]

ในข้อพิพาท *Korea-Alcoholic Beverages* องค์กรอุทธรณ์ของ WTO ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าชนิดเดียวกัน กับสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงหรือสินค้าที่ทดแทนกันได้ว่า สินค้าชนิดเดียวกันนั้นเป็นเซตย่อยของสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงหรือทดแทนกันได้ ดังนั้นสินค้าชนิดเดียวกันทุกชนิดจะเป็นสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงหรือสินค้าที่ทดแทนกันได้ แต่ไม่ใช่สินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงหรือสินค้าที่ทดแทนกันได้จะเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน ดังนั้นในการพิจารณาว่าสินค้าใดเป็นสินค้าชนิดเดียวกันจะต้องพิจารณาอย่างแคบ ในทางกลับกันหากจะพิจารณาว่าสินค้าใดเป็นคู่แข่งกันโดยตรงหรือสินค้าที่ทดแทนกันได้จะต้องพิจารณาอย่างกว้างกว่า[47]

จากคำว่า “สามารถแข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง” (directly competitive or substitutable) สามารถอธิบายถึงลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ของสินค้าที่นำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ซึ่งใจความสำคัญของประโยคนี้คือ สินค้านั้นเป็นสินค้าที่แข่งขันกัน (...are in competition) และสิ่งที่จะจำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาคือตลาดของสินค้า เนื่องจากสิ่งนี้เป็นสิ่งที่ผู้บริโภคจะเลือกระหว่างสินค้าที่ต่างชนิดกัน โดยสภาพการแข่งขันในตลาดนั้นจะเปลี่ยนแปลงและพัฒนาอยู่เสมอทำให้ไม่สามารถที่จะพิจารณาเพียงสภาพปัจจุบันได้อย่างเดียว และสินค้าที่สามารถแข่งกันหรือทดแทนกันได้โดยตรงไม่จำเป็นที่จะต้องทดแทนกันได้จริง แต่จะต้องเป็นสินค้าที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถทดแทนสินค้าอีกชนิดได้[48] หรือสินค้านั้นจะต้องเป็นสินค้าที่เป็นทางเลือกสำหรับการทำให้เกิดความพึงพอใจในความต้องการหรือรสนิยมเฉพาะ[49] และเนื่องจากสินค้าที่สามารถแข่งกันหรือทดแทนกันจะต้องเป็นไปในลักษณะโดยตรง (directly) จึงทำให้ระดับของการทดแทนกันหรือการแข่งกันได้จะต้องมีความใกล้ชิดกัน[50] โดยจะต้องพิจารณาจากทั้งความต้องการที่มีอยู่และความต้องการที่ถูกซ่อนเร้นไว้[51]ซึ่งจะต้องพิจารณาจากพื้นฐานของสภาพทาง

---

[45] Appellate body report, *supra note 2*, p.25.

[46] Appellate Body Report, *Korea-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopted 18 January 1999, p.32.

[47] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.342.

[48] Appellate Body Report, *supra note 46*, para.114.

[49] *Ibid.*, para.115.

[50] *Ibid.*, para.116.

[51] Stéphanie Cartier*, Supra note 34,* p.30.

กายภาพของสินค้า ลักษณะการใช้ของสินค้า อัตราภาษีศุลกากร ธรรมชาติของสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบ และเงื่อนไขของการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง[52]

เนื่องจากมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง จะต้องพิจารณาว่า สินค้าชนิดที่ถูกนำมาเปรียบเทียบกันนั้น สามารถเป็นคู่แข่งกันได้หรือทดแทนกันได้โดยตรงหรือไม่ ตกอยู่ในความหมายของมาตรา 3 วรรคแรก ว่าภาษีหรือสัมภาระใดๆที่เรียกเก็บจะต้องไม่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศ ดังนั้น การพิจารณาหาความสามารถในการแข่งขันหรือทดแทนกันได้จะต้องไม่จำกัดอยู่แค่เพียงทางเลือกของผู้บริโภคที่ปรากฏหรือเกิดขึ้นมาแล้วเท่านั้น มิฉะนั้น จุดประสงค์ของการขจัดการเลือกประติบัติตามมาตรา 3 วรรค 2 ก็จะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้

ในข้อพิพาท *Philippines-Distilled spirits* อันเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสุรากลั่นแต่ละชนิด ทั้งที่นำเข้าและผลิตภายในประเทศ ซึ่งจากการที่สุราที่นำเข้าถูกเก็บภาษีสรรพสามิตมากกว่าสุราที่ผลิตในประเทศ 10 ถึง 40 เท่า อาจจะทำให้หลักฐานของการแข่งขันที่เกิดขึ้นจริงนั้นไม่สามารถเห็นได้ชัดเจน เนื่องจากอัตราภาษีสรรพสามิตอาจจะทำให้เกิดผลของการเอนเอียงที่จะใช้สินค้าภายในประเทศมากกว่า ดังนั้น ในการจะพิจารณาจึงไม่สามารถที่จะละเลยความต้องการที่ถูกซ่อนเร้นไปได้ ซึ่งลักษณะของความซ่อนเร้นนี้มักจะถูกพบในสินค้าที่เกิดจากประสบการณ์การใช้ เช่น สุรา ซึ่งผู้บริโภคมักจะจัดหามาเนื่องจากความเคยชินและไม่เคยที่จะได้มีโอกาสใช้สินค้าชนิดอื่นๆ[53]

ข) ธรรมชาติของการแข่งขัน (nature of competition)

การวิเคราะห์ในเชิงปริมาณอาจจะเป็นส่วนที่ช่วยในการพิจารณาว่า สินค้าที่กำลังพิจารณาอยู่ เป็นสินค้าที่สามารถแข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง แต่ในบางครั้งอาจจะไม่จำเป็น เนื่องจากมาตรการของรัฐที่เกิดขึ้นอาจจะทำให้ขอบเขตของปริมาณที่อาจจะเป็นสิ่งช่วยในการพิจารณานั้นถูกบิดเบือนไป และยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาถึงความสามารถในการแข่งขันและทดแทนกันได้โดยตรงโดยวิเคราะห์เชิงปริมาณเพียงอย่างเดียวอาจจะทำให้การวิเคราะห์เชิงปริมาณเป็นส่วนหนึ่งของการทดสอบโดยผลกระทบทางการค้า (trade effects test) เมื่อเป็นเช่นนั้น การวิเคราะห์ระดับของการแข่งขันก็จะต้องพิจารณาถึงปริมาณของความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งในบางครั้งผลกระทบนั้นอาจจะไม่สามารถพบได้เนื่องจากมาตรการของรัฐนั้นเอง[54]

---

[52] *Ibid.,* p.30.

[53] Appellate Body Report, *supra note 17,* para.226.

[54] Panel Report, *Korea-Taxes on Alcoholic Beverages,* WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 September 1998, para.10.42.

นอกจากนี้ มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง ยังปกป้องทั้งการแข่งขันที่เกิดขึ้นแล้วและความสามารถที่จะแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ทำให้ในกรณีที่ไม่สามารถหาคู่แข่งขันที่เกิดขึ้นจริงได้ ยังสามารถแสดงให้เห็นว่าสินค้าใด ๆ นั้น มีศักยภาพเพียงพอที่จะเป็นคู่แข่งขันในตลาดได้[55]

ความสัมพันธ์ของการแข่งขันอาจจะใช้วิธี cross-price elasticity ซึ่งเป็นวิธีการทางเศรษฐศาสตร์โดยอาศัยการวิเคราะห์จากปริมาณและราคาสินค้าในอดีต แต่วิธีการนี้ก็เป็นเพียงตัวช่วยในการหาระดับของการทดแทนกันได้เท่านั้น แม้ว่าผลลัพธ์ของการวิเคราะห์จะแสดงให้เห็นว่าสินค้านั้นสามารถทดแทนกันได้ ก็ไม่ได้เป็นผลสรุปสุดท้ายว่าสินค้านั้นสามารถทดแทนและแข่งขันกันได้โดยตรง[56]

3.2.2 เก็บภาษีต่างกัน

ในขณะที่มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกจะต้องพิจารณาถึงการเก็บภาษีของสินค้านำเข้าจากต่างประเทศไม่เกินกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ แต่มาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง จะต้องพิจารณาถึงการเก็บภาษีที่ต่างกัน จึงทำให้การที่จะให้ความหมายที่ชัดเจนของความแตกต่างในเรื่องภาษีตามมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก ซึ่งการเก็บภาษีจะต้องไม่มากไปกว่า (taxed not in access of) และมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง เป็นการเก็บภาษีในลักษณะไม่ใช่ภาษีที่คล้ายกัน (not similarly taxed) นั้น จะต้องไม่พิจารณาไปในลักษณะที่ว่า ภาษีที่แตกต่างกันนั้นจะต้องเป็นการเก็บภาษีที่มากกว่าอย่างเดียว มิเช่นนั้น จะทำให้ความหมายของทั้งสองคำนั้นมีผลลัพธ์ที่เหมือนกัน ดังนั้น การพิจารณาในเรื่องนี้จึงจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรฐานที่ต่างกัน[57]

โดยเมื่อพิจารณาจากความหมายที่แตกต่างกันของสินค้าชนิดเดียวกัน ที่ปรากฏในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก และสินค้าที่สามารถแข่งขันกันและสามารถทดแทนกันได้โดยตรงตามความหมายในบทเพิ่มเติม (Ad Article) ของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง หากการเก็บภาษีจะต้องไม่มากไปกว่าในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก กับ การเก็บภาษีในลักษณะที่ไม่คล้ายกันตามความหมายของบทเพิ่มเติมของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง เป็นสิ่งที่มีความหมายเหมือนกัน ก็จะทำให้สินค้าชนิดเดียวกันและสินค้าที่แข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรงมีความหมายเดียวกันด้วย ซึ่งในบทบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น[58] ฉะนั้น การที่จะพิจารณาว่าเก็บภาษีไม่มากไปกว่ากับ

---

[55] Panel Report*, Philippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/R, WT/DS403/R, para.7.106.

[56] *Ibid.*, para.7.108.

[57] Appellate body report, *supra note 2,* p.26.

[58] *Ibid.*, p.26.

เก็บภาษีที่ไม่คล้ายกันเป็นสิ่งเดียวกันก็จะเป็นการปฏิเสธความแตกต่างของบทบัญญัติใน 2 วรรค ดังกล่าว[59]ไปโดยปริยาย

โดยองค์กรอุทธรณ์ของ WTO ในข้อพิพาท *Japan – Alcohol Beverage II* ได้พิจารณาถึงการเก็บภาษีที่ต่างกันกับการเก็บภาษีที่เกินกว่าไว้ว่า หากจะตีความการเก็บภาษีที่เกินกว่ากับการเก็บภาษีที่ต่างกันให้เหมือนกัน คงเป็นการตีความโดยปฏิเสธถึงความแตกต่างกันของมาตรา 3 วรรค 2 ทั้ง 2 ประโยค ในบางกรณีอาจจะมีการเก็บภาษีในสินค้านำเข้าจากต่างประเทศที่มากกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ แต่การเก็บภาษีที่มากกว่านั้นอาจจะไม่เพียงพอที่จะตัดสินได้ว่าเป็นการเก็บภาษีที่ต่างกันตามความมุ่งหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในบางครั้งอาจจะมีการเก็บภาษีส่วนเกินในสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันโดยตรงหรือทดแทนกันได้ แต่ก็ไม่เพียงพอที่จะตัดสินได้ว่าเป็นการเก็บภาษีที่ต่างกันตามความมุ่งหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง โดยการที่จะมีการเก็บภาษีที่ต่างกันนั้น ภาระภาษีของสินค้านำเข้าจากต่างประเทศจะต้องมีมากกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศที่เป็นคู่แข่งขันกันโดยตรงหรือทดแทนกันได้ และภาระนั้นจะต้องมากกว่าปริมาณอันน้อยนิด (*de minimis*) ในทุกกรณี[60]

จากคำตัดสินของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ ทำให้เห็นได้ว่าตามความมุ่งหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง การพิจารณาการเก็บภาษีที่แตกต่างกัน ถึงแม้จะมีปริมาณเพียงเล็กน้อยก็อาจจะไม่เพียงพอที่จะเป็นการละเมิดมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง ซึ่งต่างจากมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกที่แม้มีการเก็บภาษีที่มากกว่าเพียงเล็กน้อยก็เป็นการละเมิดมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกแล้ว

3.2.3 เป็นการปกป้องสินค้าที่ผลิตในประเทศ

ในการที่จะตัดสินว่าการใช้มาตรการทางภาษีใดเป็นไปเพื่อปกป้องสินค้าภายในประเทศ จะพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์การใช้ โครงสร้างของภาษี การปรับใช้โดยรวม เช่น การใช้มาตรการภาษี การเก็บภาษีที่ครอบคลุมในหมวดสินค้าที่ผลิตจากต่างประเทศสูงกว่าการเก็บภาษีที่ครอบคลุมในหมวดสินค้าที่ผลิตในประเทศ กรณีเช่นนี้ จะเป็นการใช้มาตรการเพื่อที่จะปกป้องสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ[61]

การเก็บภาษีที่เป็นไปเพื่อการปกป้องสินค้าที่ผลิตในประเทศ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีเจตนาการปกป้องการผลิตภายในประเทศ[62] เนื่องจากการที่จะหาเหตุผลในการที่รัฐออกมาตรการใดๆ

---

[59] *Ibid*., p.27.

[60] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.346.

[61] *Ibid.,* p.347.

[62] Appellate body report, *supra note 2*, p.27.

ออกมาว่าเป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องการผลิตภายในประเทศคงเป็นการยาก อีกทั้งเมื่อมาตรการใดที่ออกโดยรัฐเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักการในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สองแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้ร่างหรือผู้ออกมาตรการนั้นมีเจตนาที่จะปกป้องการผลิตภายในประเทศ[63]หรือไม่ ดังนั้น ในการที่จะพิจารณาว่าการเก็บภาษีที่ต่างกันเป็นไปเพื่อปกป้องสินค้าในประเทศนั้น จะต้องพิจารณาโดยใช้การวิเคราะห์ที่ครอบคลุมและเป็นภาวะวิสัยของโครงสร้าง และการใช้มาตรการเพื่อที่จะพิจารณาความแตกต่างของสินค้านำเข้าจากต่างประเทศและสินค้าที่ผลิตในประเทศ[64] โดยอาจจะพิจารณาจากการออกแบบ สถาปัตยกรรม และโครงสร้างที่ปรากฏให้เห็น[65] ซึ่งขนาดของความแตกต่างของภาษีอาจจะเป็นหลักฐานของการใช้ที่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตในประเทศ แต่ในหลายกรณีก็จำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการอื่นๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาวการณ์ของกรณีนั้น[66]

ในข้อพิพาท *Korea-Alcoholic Beverages* จากระบบภาษีของเกาหลีที่ทำให้สินค้า แต่ละชนิดที่สามารถแข่งขันกันได้หรือทดแทนกันได้โดยตรงถูกเก็บภาษีในอัตราที่ต่างกันมาก จึงเป็นหลักฐานที่แสดงถึงการเก็บภาษีที่อาจจะเป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศ แต่คณะพิจารณาก็ได้พิจารณาถึงโครงสร้างและการออกแบบภาษีด้วย ซึ่งจากความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในข้อพิพาทนี้เนื่องจากไม่มีสุราชนิดโซจู (soju) ที่ถูกนำเข้าเลย ดังนั้น จึงเป็นผลให้ระบบของภาษีเป็นไปในลักษณะที่อัตราภาษีต่ำจะถูกเก็บจากสินค้าที่ถูกผลิตในประเทศเท่านั้น และสินค้าที่มีอัตราภาษีที่สูงจะถูกเก็บจากสินค้าที่ถูกนำเข้าเท่านั้น[67]

ในข้อพิพาท *Philippines-Distilled spirits* ก็มีลักษณะที่คล้ายกันกับข้อพิพาท *Korea-Alcoholic Beverages* เนื่องจากวัตถุดิบเฉพาะที่ใช้กลั่นสุราเฉพาะนั้นถูกปลูกเฉพาะในฟิลิปปินส์และสุรากลั่นของฟิลิปปินส์ก็ใช้วัตถุดิบจากวัตถุดิบเฉพาะเท่านั้น ซึ่งต่างจากสุรากลั่นที่นำเข้าที่ไม่ได้ถูกผลิตโดยวัตถุดิบเฉพาะ จึงทำให้สุราที่ผลิตภายในประเทศถูกเก็บภาษีในอัตราที่ต่ำ ซึ่งตรงกันข้ามกับสุราที่ถูกนำเข้าที่ถูกจัดเก็บภาษีในอัตราที่สูงกว่า[68]

กล่าวโดยสรุป มาตรการที่เป็นไปเพื่อการปกป้องการผลิตภายในประเทศจะต้องพิจารณาโดยเป็นภาวะวิสัย และไม่ต้องคำนึงถึงเจตนาของรัฐผู้ออกหรือใช้มาตรการนั้นว่ามีเจตนาที่จะ

---

[63] *Ibid.*, pp.27-28.

[64] *Ibid.*, p.29.

[65] Panel report, *supra note 55,* para.7.180.

[66] Appellate body report, *supra note 4,* p.29.

[67] Appellate body report, *supra note 46*, para.150.

[68] Appellate body report, *supra note 17,* para.255.

ปกป้องการผลิตภายในประเทศหรือไม่ เพียงแค่มาตรการที่ออกมานั้นมีผลทำให้การเก็บภาษีโดยรวมในสินค้าที่ผลิตภายในประเทศมีน้อยกว่าสินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศก็เป็นการเพียงพอแล้ว หรืออาจจะพิจารณาจากว่า เมื่อใช้มาตรการทางภาษีนั้นแล้วกลับทำให้สินค้าที่ผลิตภายในประเทศเท่านั้นที่ได้รับประโยชน์จากการเก็บภาษีที่ต่ำดังกล่าว ในลักษณะเช่นนี้ก็เป็นการใช้มาตรการในลักษณะที่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศแล้ว

3.3 การใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า มาตรา 3 วรรค 4

มาตรา 3 วรรค 4[69] บัญญัติว่า“บรรดาผลิตภัณฑ์ของอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาใด ซึ่งนำเข้ามาในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอื่นใด จะได้รับการปฏิบัติซึ่งไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกันซึ่งมีแหล่งกำเนิดภายในชาติในเรื่องทั้งปวงที่เกี่ยวกับกฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนดซึ่งกระทบต่อการขายภายใน การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจำหน่าย หรือการใช้ บทบัญญัติของวรรคนี้จะไม่ห้ามการใช้บังคับค่าระวางในการขนส่งภายในที่แตกต่างกันซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานโดยเฉพาะของการดำเนินงานทางเศรษฐกิจของวิธีการขนส่งและมิใช่บนพื้นฐานของสัญชาติของผลิตภัณฑ์”

องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Thailand-Cigarettes* ได้กล่าวถึงมาตรา 3 วรรค 4 ไว้ว่า มาตรา 3 วรรค 4 เป็นส่วนของรูปแบบที่มาจากกรอบที่กว้างกว่าในมาตรา 3 วรรค 1 กล่าวคือเป็นบทบัญญัติที่ทำให้มั่นใจว่าสมาชิกจะอำนวยให้เกิดเงื่อนไขแห่งการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างสินค้าที่นำเข้ามาในประเทศและสินค้าที่ผลิตจากต่างประเทศ ดังเช่นในวรรคอื่นของมาตรา 3 หน้าที่ของรัฐที่ถูกระบุในมาตรา 3 วรรค 4 ถูกตีกรอบโดยบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 3 วรรค 1 ซึ่งมาตรการภายในไม่ควรที่จะถูกใช้โดยเป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศ กล่าวคือ ในบริบทของมาตรา

---

[69] GATT 1994, Article III Paragraph 4 “The products 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 requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provision of this paragraph shall not prevent the application of differential of internal transportation changes which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product”

3 วรรค 4 เมื่อใดที่มีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อสินค้าที่นำเข้ามา เมื่อนั้นจะเป็นการแสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติที่เป็นการปกป้องการผลิตภายในประเทศ[70]

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 3 วรรค 4 ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับภาษี แต่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ระเบียบ และข้อกำหนด ของการปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกันที่จะต้องปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าจากต่างประเทศไม่ด้อยกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ

ในการพิจารณาว่ามีการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความมุ่งหมายของมาตรา 3 วรรค 4 จะต้องพิจารณาใน 3 ประเด็น กล่าวคือ

1) มาตรการนั้นเป็นกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อกำหนดที่ครอบคลุมตามความมุ่งหมายของมาตรานี้

2) สินค้าทั้งที่เป็นสินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศและสินค้าที่ผลิตในประเทศจะต้องเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน และ

3) สินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า

3.3.1 กฎหมาย ระเบียบ ข้อกำหนด

คณะพิจารณาในข้อพิพาท *Italy-Agricultural Machinery* มีความเห็นว่ากฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนดที่มีผลกระทบต่อการขายภายใน การซื้อ หรือการกระทำอื่นๆที่ได้กล่าวไว้ในมาตรา 3 วรรค 4 ทำให้เห็นได้ว่าผู้ร่างต้องการให้ครอบคลุมไม่เพียงเฉพาะกฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนดที่ครอบคลุมเงื่อนไขหรือสภาพแวดล้อมการขายหรือการซื้อขายโดยตรง แต่รวมถึงกฎหมายหรือระเบียบใดๆซึ่งอาจจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพการแข่งขันระหว่างสินค้าที่ถูกนำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ[71]

ต่อมาในข้อพิพาท *US-Section337* ก็ได้เดินตามแนวทางการตีความในเรื่องกฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนด ในข้อพิพาท Italy-Agricultural Machinery ซึ่งต้องตีความโดยคำนึงถึงการที่กฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนดนั้น ทำให้สภาพของการแข่งขันเปลี่ยนไประหว่างสินค้าที่ผลิตภายในประเทศและสินค้าที่นำเข้าหรือไม่ โดยคณะพิจารณาในคดี *US-Section337* เห็นว่ากฎหมายวิธีสบัญญัติไม่สามารถแยกออกจากกฎหมายสารบัญญัติได้ เนื่องจากหากกฎหมายวิธีสบัญญัติไม่ถูกครอบคลุมโดยมาตรา 3 วรรค 4 ก็จะทำให้สมาชิกสามารถที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิบัติ

---

[70] Appellate body report, *Thailand — Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS372?AB/R, circulated 17 June 2011, para126.

[71] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.350.

ตามมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ โดยใช้กฎหมายสารบัญญัติให้สอดคล้องกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 3 และใช้กฎหมายสบัญญัติในลักษณะที่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 3[72]

ก่อนที่จะทำการก่อตั้ง WTO คณะพิจารณาได้ตัดสินไว้ในหลายกรณีอันเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ข้อบัญญัติ และข้อบังคับตามมาตรา 3 วรรค 4 เช่น ข้อพิพาท *Canada-Provincial Liquor Boards (US)* เกี่ยวกับข้อกำหนดราคาขั้นต่ำที่ใช้กับเบียร์ที่นำเข้าและที่ผลิตภายในประเทศ และการจำกัดการบรรจุเบียร์ที่นำเข้าให้เป็นขนาด 6 แพ็ค, การจำกัดจุดสำหรับการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่นำเข้าในข้อพิพาท *Canada-Provincial Liquor Boards (EEC)* ข้อกำหนดที่ให้ไวน์และเบียร์ที่นำเข้าขายได้เฉพาะในร้านขายส่งของรัฐหรือคนกลางอื่น ในข้อพิพาท *US-Malt Beverages* การห้ามโฆษณาบุหรี่ในข้อพิพาท *Thailand-Cigarettes*[73]

กฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับไม่จำเป็นที่จะต้องทำให้มีการเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจของเอกชนในการซื้อผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าในขณะที่มาตรการนั้นถูกใช้ เพียงแค่มีผลต่อ (affecting) การขายภายในหรือการใช้ผลิตภัณฑ์ก็เป็นการเพียงพอแล้ว ดังในข้อพิพาท *Canada-Autos* คณะพิจารณาชี้ให้เห็นว่า คำว่ามีผลต่อ ในมาตรา 3 วรรค 4 จะต้องถูกตีความให้ครอบคลุมกฎหมายหรือกฎระเบียบซึ่งอาจจะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการแข่งขันระหว่างสินค้าภายในกับสินค้าที่นำเข้า[74]ถึงแม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มีผลกระทบเกิดขึ้นแล้วก็ตาม

ในข้อพิพาท *Canada-FIRA* คณะพิจารณาได้วินิจฉัยไว้ โดยไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดของแคนาดาที่ว่า ข้อบังคับ (requirement) ควรจะพิจารณาในลักษณะเป็นการทั่วไป โดยได้ชี้ให้เห็นว่า ข้อบังคับไม่สามารถที่จะพิจารณาในลักษณะทั่วไปได้ เนื่องจากในบทบัญญัติมีการบัญญัติไว้ รวมถึงคำว่า ข้อบัญญัติ (regulation) ไว้แล้วดังนั้น จึงต้องตีความคำว่าข้อบัญญัติกับข้อบังคับในลักษณะที่ไม่เหมือนกัน ดังนั้น คณะพิจารณาจึงสรุปว่า มาตรการใดที่จะเป็นการละเมิดมาตรา 3 วรรค 4 ไม่ใช่เรื่องของมาตรการที่มีผลเป็นการทั่วไป หรือมาตรการที่มีผลเป็นการเฉพาะเนื่องจาก หากตีความโดยให้มีผลเฉพาะแต่กรณีเป็นการทั่วไปโดยไม่สนใจมาตรการที่มีผลเป็นการเฉพาะก็จะเป็นการทำให้จุดประสงค์ของมาตรา 3 นั้นไม่ประสบความสำเร็จ[75]

กฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ ในมาตรา 3 วรรค 4 ก็ไม่ได้จำกัดเฉพาะอยู่แต่ที่เป็นมาตรการที่ออกโดยรัฐเท่านั้น เนื่องจากใน ข้อพิพาท *Canada-Auto* คณะพิจารณาได้ชี้ให้เห็นว่าการกระทำของเอกชนสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นข้อบังคับจะมีขึ้นได้ แต่จะต้องเป็นการกระทำที่มี

---

[72] *Ibid.,* p.350.

[73] *Ibid.,* p.351.

[74] *Ibid.,* p.351.

[75] *Ibid.,* p.352.

ความใกล้ชิดระหว่างการกระทำของเอกชนและการกระทำของรัฐ และรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวเองด้วย[76]

3.3.2 สินค้าชนิดเดียวกัน

เนื่องจากในมาตรา 3 ในวรรค 2 ประโยคแรก และมาตรา 3 วรรค 4 จะต้องมีการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกัน จึงทำให้คณะพิจารณาของ WTO จะต้องวินิจฉัยว่า ความหมายของสินค้าชนิดเดียวกันในทั้งสองวรรคของมาตรา 3 นั้น เป็นความหมายเดียวกันหรือเป็นความหมายที่จะต้องตีความแตกต่างกัน

ก) ขอบเขตของสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4

การตีความสินค้าชนิดเดียวกันตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 4 นั้น เนื่องจากคำว่า สินค้าชนิดเดียวกันปรากฏอยู่ในหลายมาตราของ GATT 1994 ดังนั้นในการตีความจึงต้องตีความโดยพิจารณาถึงเงื่อนไขของคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันที่ได้บัญญัติไว้ โดยต้องคำนึงถึงบริบทของบทบัญญัติ พร้อมกับวัตถุประสงค์และเป้าหมายของมาตรานั้น รวมถึงความตกลงที่คำว่าสินค้าชนิดเดียวกันปรากฏอยู่[77]และถึงแม้ว่าคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันในมาตรา 3 วรรค 4 ในบทบัญญัติของ GATT 1994 และในความตกลงอื่นๆอาจจะเป็นบริบทที่เกี่ยวข้องกับการตีความมาตรา 3 วรรค 4 ก็ตาม แต่ความหมายของสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4 ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นแบบเดียวกันกับกับความตกลงอื่นๆ[78]

1) ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 3 วรรค 1 กับมาตรา 3 วรรค 4

มาตรา 3 วรรค 1 ซึ่งเป็นการกำหนดหลักการทั่วไป (general principle) ของมาตรา 3 ทั้งหมดนั้น ในข้อพิพาท *Japan-Alcoholic Beverages II* ได้อธิบายตีความหมายไว้อย่างชัดเจนว่า หลักการสำคัญของมาตรา 3 ก็คือหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการทั้งทางภาษีภายในและมาตรการทางข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นการปกป้อง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การทำให้เป็นที่แน่ใจว่ามาตรการภายในจะไม่ถูกใช้ไปในลักษณะเป็นการปกป้องการผลิตภายในประเทศ ดังนั้น สมาชิกมีหน้าที่จะต้องสร้างความเท่าเทียมกันในการแข่งขันระหว่างสินค้าที่ผลิตภายในประเทศและสินค้าที่ถูกนำเข้า ซึ่งรัฐต่างๆมีอิสระที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายภายในของประเทศตนผ่านทางมาตรการทางภาษี

---

[76] *Ibid.,* p.353.

[77] Appellate body report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Product*, WT/DS135/AB/R, adopted 12 March 2001, para.88.

[78] *Ibid.*, para.89.

ภายในหรือมาตรการภายในอื่นๆ เท่าที่ไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 3[79] ดังนั้น การตีความสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4 จะต้องตีความโดยอยู่ในกรอบและความหมายของหลักการทั่วไปนี้[80]

2) ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก กับมาตรา 3 วรรค 4

เนื่องจากมาตรา 3 วรรค 2 ก็มีความจำเป็นที่จะต้องตีความเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน และมาตรา 3 วรรค 4 ก็ต้องตีความเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันบัญญัติอยู่ต่างวรรคกัน จึงเป็นผลให้การตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันนั้นแตกต่างกัน ในมาตรา 3 วรรค 2 นั้น ประกอบด้วยสองประโยค จึงทำให้การตีความจึงต้องสอดคล้องกัน การตีความสินค้าชนิดเดียวกันในประโยคแรก จะส่งผลกระทบต่อการตีความสินค้าทีแข่งขันกันได้หรือทดแทนกันได้โดยตรงในประโยคที่สองด้วย[81] กล่าวคือ สินค้าชนิดเดียวกันในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกจะต้องตีความอย่างแคบ เนื่องจากในประโยคหลังได้กล่าวถึงสินค้าที่เป็นคู่แข่งกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง แต่ในการตีความสินค้าชนิดเดียวกันในมาตรา 3 วรรค 4 ซึ่งกล่าวถึงเพียงสินค้าชนิดเดียวกันเท่านั้น จึงไม่สามารถตีความในลักษณะของมาตรา 3 วรรค 2 ที่ต้องตีความเพื่อให้สอดคล้องกันทั้งสองพันธกรณี ดังนั้นการตีความสินค้าชนิดเดียวกันของทั้งสองวรรคจึงไม่เหมือนกัน[82]

ในข้อพิพาท *EC – asbestos* เนื่องจาก การพิจารณาเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4 โดยหลักแล้วจะเป็นการพิจารณาถึงลักษณะและขอบเขตของการแข่งขันระหว่างผลิตภัณฑ์ ซึ่งการแข่งขันและการทดแทนกันมีระดับของความสัมพันธ์อยู่มาก ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะระบุลงไปว่าระดับของการแข่งขันใดถึงจะเป็นความเหมือนกันภายใต้มาตรา 3 วรรค 4 องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาทนี้ยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า ขอบเขตของสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4 ไม่ใช่ความหมายร่วมกันระหว่างสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก และมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2 แต่ก็มีความใกล้ชิดกันอย่างมาก ดังนั้น องค์กรอุทธรณ์จึงสรุปว่าขอบเขตของสินค้าตามมาตรา 3 วรรค 4 นั้นกว้างกว่าสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก แต่ไม่มากกว่าความหมายที่ร่วมกันของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันและมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สองในเรื่องสินค้าที่แข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง

ข) การทดสอบเพื่อหาสินค้าชนิดเดียวกัน

---

[79] Appellate body report, *supra note 4.*

[80] Appellate body report, *supra note 77*, para98.

[81] *Ibid.*, para.95.

[82] *Ibid.*, para.96.

การทดสอบเพื่อหาสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 2 การทดสอบเพื่อหาสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4 จะต้องทำโดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งวิธีการที่ได้รับการยอมรับจากคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ในหลายข้อพิพาทคือ รายงานของคณะทำงานเรื่องการปรับภาษีชายแดน (the report of the working party on Border Tax Adjustments) ที่ได้กล่าวถึงวิธีการทดสอบเพื่อหาว่าสินค้าที่ถูกนำเข้ามาและที่ผลิตภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาใน 4 หัวข้อ กล่าวคือ ลักษณะ คุณสมบัติ และคุณภาพของผลิตภัณฑ์ ลักษณะการใช้ของผลิตภัณฑ์ รสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค อัตราภาษีศุลกากรของผลิตภัณฑ์[83] โดยการทดสอบนั้นจะต้องพิจารณาใน 4 หัวข้อนั้นไปทีละหัวข้ออย่างละเอียดรวมทั้งอาจจะใช้หลักฐานทางด้านอื่นด้วย เพื่อที่จะได้ชั่งน้ำหนักว่าสินค้าที่กำลังทดสอบความเหมือนอยู่นั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่[84]

องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *EC – asbestos* ได้ชี้ให้เห็นว่า ลักษณะ คุณสมบัติ และคุณภาพของผลิตภัณฑ์ จะรวมไปถึงคุณภาพทางด้านกายภาพและลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์[85] ที่อาจจะมีอิทธิพลต่อความสัมพันธ์ทางด้านการแข่งขันในตลาด[86]

สำหรับการทดสอบโดยพิจารณาถึงลักษณะการใช้ของผลิตภัณฑ์ เพื่อพิจารณาถึงขอบเขตของผลิตภัณฑ์ที่สามารถใช้การได้โดยวิธีเดียวกันหรือวิธีที่คล้ายกัน และรสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภคที่จะแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของผู้บริโภคที่ประสงค์จะใช้ผลิตภัณฑ์เพื่อใช้การนั้น ทั้งสองกรณีข้างต้น จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ในการแข่งขันด้วย เมื่อไม่มีการแข่งขันหรืออาจจะไม่มีการแข่งขันระหว่างผลิตภัณฑ์ รัฐก็จะไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงผ่านทางมาตรการหรือภาษีภายในเพื่อจะปกป้องการผลิตภายในประเทศได้ ดังนั้น เมื่อมีหลักฐานว่าผลิตภัณฑ์นั้นมีขอบเขตที่สามารถใช้การได้โดยวิธีการเดียวกัน และมีขอบเขตว่าผู้บริโภคอยากจะหรือเชื่อได้ว่าอยากจะเลือกผลิตภัณฑ์ชนิดหนึ่งแทนผลิตภัณฑ์อีกชนิดหนึ่ง เพื่อใช้การโดยวิธีการเดียวกัน ดังนี้ อาจจะทำให้เห็นได้ว่าผลิตภัณฑ์เหล่านั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน[87]

3.3.3 การปฏิบัติที่ด้อยกว่า

เมื่อสามารถพิจารณาได้แล้วว่า มาตรการที่ถูกกล่าวอ้างนั้นเป็น กฎหมายระเบียบ ข้อบังคับตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 4 และ เป็นสินค้าชนิดเดียวกันในบริบทของ

---

[83] *Ibid.,* para.101.

[84] *Ibid.,* para.109.

[85] *Ibid.,* para.110.

[86] *Ibid.,* para.114.

[87] *Ibid.,* para.117.

มาตราเดียวกัน ก็ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากจะต้องมีการพิจารณาถึงการทดสอบสุดท้ายว่า การปฏิบัติที่สินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศได้รับจะต้องด้อยกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือไม่

จากการที่ข้อตกลง GATT บัญญัติให้จะต้องปฏิบัติต่อสินค้าที่นำเข้าไม่ด้อยไปกว่าแทนการบัญญัติว่าให้ปฏิบัติต่อสินค้าทั้งที่นำเข้าและผลิตในประเทศให้เหมือนกัน เนื่องจาก ถึงแม้จะมีการบัญญัติให้ปฏิบัติเหมือนกัน ก็ไม่ได้เป็นการรับประกันว่าสินค้าทั้ง 2 ประเภท ทั้งที่ได้นำเข้ากับที่ผลิตในประเทศจะได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่ไม่มีการเลือกประติบัติ อีกทั้งในบางครั้งถึงแม้จะไม่มีการเลือกประติบัติในทางนิตินัย (*de jure*) ก็อาจจะมีการเลือกประติบัติในทางพฤตินัย (*de facto*) ก็ได้ อีกทั้ง คงจะเป็นไปได้ยากหากจะทำให้การปฏิบัติต่อสินค้าที่นำเข้าเหมือนกันกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ[88]

ก) ความเท่าเทียมกันของการแข่งขัน

เนื่องจากหลักการในเรื่องการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่านั้น ถูกพบอยู่โดยทั่วไปใน GATT 1994 และการเจรจาตกลงในภายหลัง หลักนี้จึงสะท้อนหลักการของความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติต่อสินค้าที่ถูกนำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ดังนั้น การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าในบริบทของมาตรา 3 วรรค 4 จึงต้องมีความเท่าเทียมกันอย่างมีประสิทธิภาพ ของโอกาสในการแข่งขันสำหรับสินค้าที่ถูกนำเข้ามา ทั้งในเรื่องของการใช้กฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนดที่มีผลกระทบต่อการขาย การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจัดจำหน่าย หรือการใช้ผลิตภัณฑ์ หลักการนี้จึงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อสินค้าที่ถูกนำเข้ามาอย่างชัดเจน ซึ่งการที่รัฐใช้กฎหมายต่างกันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ถูกผลิตในประเทศอาจจะเป็นการทำให้สินค้าที่ถูกนำเข้าได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าก็เป็นไปได้ แต่ในบางครั้ง ถึงแม้ว่าจะมีการใช้บทบัญญัติทางกฎหมายเดียวกันต่อสินค้าที่ถูกนำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ แต่ในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ก็อาจจะทำให้เกิดการปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อสินค้าที่ถูกนำเข้า รัฐดังกล่าวจึงอาจจะต้องมีบทบัญญัติที่ปฏิบัติต่อสินค้าที่ถูกนำเข้าเพิ่มเติม เพื่อไม่ให้สินค้าที่ถูกนำเข้าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ดังนั้นจึงต้องมีการประเมินว่าความแตกต่างทางด้านกฎหมายนั้นทำให้สินค้าที่ได้ถูกนำเข้ามาได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าหรือไม่[89] ซึ่งจากข้อพิพาท *US-Section337* ที่ตีความเรื่องการปฏิบัติไม่ด้อยกว่านั้น จะต้อง

---

[88] สิทธิกร นิพภยะ, “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination Principle),” ใน กฎกติการ WTO เล่มที่หนึ่ง : กฎกติกาทั่วไป, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก), กฎกติกา WTO, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดสามลดา, ๒๕๕๒), น.78.

[89] GATT Panel Report, *US-Section337,* para.5.11.

พิจารณาถึงความเท่าเทียมกันในการแข่งขัน ทำให้คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ในภายหลังก็ได้ยึดหลักการนี้ในการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่า[90]

ต่อมา องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Korea-Various Measures on Beef* ได้กลับคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาในเรื่องของการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ที่ได้กล่าวไว้ว่า ข้อบังคับใดๆที่มีความแตกต่างอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสัญชาติหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า เป็นข้อบังคับที่ไม่สอดคล้องกับหลักการในมาตรา 3 โดยชี้ให้เห็นว่า ถึงแม้จะมีความแตกต่างอย่างเป็นทางการในข้อบังคับก็ไม่ได้ทำให้ความแตกต่างนั้นเป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่า หากแต่สินค้าที่ถูกนำเข้าจะได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเมื่อได้พิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของสภาพของการแข่งขันในตลาดของสินค้าชนิดนั้น[91]

องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Thailand-Cigarettes* ได้ให้ความเห็นในเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่าว่า คำว่าปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าในมาตรา 3 วรรค 4 ได้ถูกตีความไว้ในคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในหลายข้อพิพาทก่อนหน้านี้ เช่น ในข้อพิพาท *Korea-Various Measures on Beef* องค์กรอุทธรณ์ได้อธิบายว่า สินค้าที่ถูกนำเข้ามาจะได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเมื่อมาตรการนั้นปรับเปลี่ยนสภาพของการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องที่ทำให้สินค้าที่ถูกนำเข้าได้รับความเสียหาย อีกทั้งความแตกต่างที่ชัดเจนของการปฏิบัติระหว่างสินค้าที่ถูกนำเข้ากับสินค้าที่ถูกผลิตภายในประเทศไม่ใช่ทั้งสิ่งที่จำเป็นและเป็นการเพียงพอที่จะแสดงถึงการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 4 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เพียงแค่ข้อเท็จจริงที่สมาชิกออกข้อบังคับที่แตกต่างกันในสินค้าชนิดเดียวกันระหว่างสินค้าที่ถูกนำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ยังไม่เพียงพอที่จะสามารถตัดสินได้ว่าสินค้าที่ถูกนำเข้าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศตามความหมายของมาตรา 3 วรรค 4 แต่สิ่งที่จะเป็นสิ่งตัดสินว่ามีการละเมิดหลักการในบทบัญญัติมาตรา 3 วรรค 4 คือ มาตรการที่แตกต่างเหล่านั้นทำให้เกิดความเสียหายต่อสภาพการแข่งขันของสินค้าที่นำเข้า และเมื่อเป็นเช่นนั้นมาตรการดังกล่าวก็จะเป็นมาตรการที่ละเมิดต่อบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 4[92]

ข) การปรับสมดุลของการปฏิบัติที่ด้อยกว่า (Balancing less favourable)

ในข้อพิพาท *US-Gasoline* สหรัฐอ้างว่า การปฏิบัติต่อน้ำมันที่ถูกนำเข้านั้นโดยรวมแล้วไม่ได้เป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่าการปฏิบัติต่อน้ำมันที่ถูกผลิตภายในประเทศ จึงไม่เป็นการ

---

[90] Peter Van den Bossche, *supra note 4,* p.361.

[91] Appellate body Report, *Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef,* WT/DS161?AB/R, circulated 11 December 2000, paras.137-138.

[92] Appellate body report, *supra note 70,* Para.128.

ปฏิบัติที่ขัดต่อมาตรา 3 วรรค 4 แต่คณะพิจารณาเห็นว่า การปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันโดยวิธีการเฉลี่ยเป็นการโต้แย้งเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่าว่า สามารถชดเชยกันได้โดยการให้การปฏิบัติที่มากกว่าต่อสินค้าชนิดอื่นแทน[93] ในการปฏิเสธข้อโต้แย้งของสหรัฐ คณะพิจารณาได้ยกคำวินิจฉัยในข้อพิพาท *US-Section337* ที่ชี้ให้เห็นว่า การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าตามมาตรา 3 วรรค 4 จะต้องใช้ต่อสินค้าแต่ละชนิดโดยแยกกัน คณะพิจารณาปฏิเสธแนวความคิดของการปรับสมดุลการปฏิบัติที่ด้อยกว่าด้วยการให้การปฏิบัติที่ดีกว่าในสินค้าชนิดอื่น เพื่อทำให้ไม่เกิดการปฏิบัติที่ด้อยกว่า เนื่องจากหากมีการปรับสมดุลด้วยวิธีนี้ ก็จะทำให้รัฐสามารถที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิบัติที่ด้อยกว่าในกรณีหนึ่งด้วยการให้การปฏิบัติที่ดีกว่าในกรณีอื่น ซึ่งการทำเช่นนั้นจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนในสภาพของการแข่งขันและเป็นการทำให้จุดประสงค์ของมาตรา 3 นั้นเสียไป[94]

3.4 ข้อยกเว้นของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ข้อกำหนดของ GATT[95]

ข้อยกเว้นของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ภายใต้ข้อกำหนดของ GATT ถูกระบุไว้ในมาตรา 3 วรรค 8 และมาตรา 20 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นทั่วไป

3.4.1 ข้อยกเว้นตามมาตรา 3 วรรค 8 ของ GATT[96]

มาตรา 3 วรรค 8 (a) บัญญัติว่า “บทบัญญัติในมาตรานี้จะไม่ใช้บังคับกับกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อกำหนดของรัฐ ซึ่งใช้ในกรณีที่เป็นการซื้อโดยรัฐบาลเพื่อใช้ในกิจการของรัฐบาล และไม่ใช่เพื่อประโยชน์ในการขายต่อที่เป็นการค้าหรือใช้ในการผลิตเพื่อการค้า”

---

[93] *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 88*, น.82-83.

[94] Panel Report, *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline,* WT/DS2/R, circulated 24 January 1996, para.6.14.

[95] *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1,* น.16-21.

[96] GATT article III 8 (a) (b) :

(*a*) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.

(*b*) The provisions of this Article shall not prevent the payment of subsidies exclusively to domestic producers, including payments to domestic

มาตรา 3 วรรค 8 (b) บัญญัติว่า “บทบัญญัติในมาตรานี้จะไม่ห้ามการจ่ายเงินอุดหนุน โดยเฉพาะแก่ผู้ผลิตภายในประเทศ ซึ่งได้มาจากรายได้ของภาษีหรือค่าสัมภาระภายใน ซึ่งใช้บังคับโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรานี้ และการอุดหนุนสินค้าที่ผลิตภายในประเทศโดยการจัดซื้อของรัฐบาล”

ข้อยกเว้นในมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐสามารถสร้างงานให้กับประชาชน หรือรัฐอาจมีความจำเป็นต้องแก้ไขสภาพการขาดดุลการค้าและดุลการชำระเงิน และประการสุดท้ายให้สิทธิที่จะพิจารณาซื้อสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ในกรณีที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ โดยอนุญาตให้รัฐบาลยกเว้นมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหากเป็นการซื้อโดยรัฐบาลเพื่อใช้ในกิจการของรัฐบาลเอง และไม่ใช่เพื่อประโยชน์ในการขายต่อที่เป็นการค้าหรือใช้ในการผลิตเพื่อการค้า และรัฐบาลสามารถจ่ายเงินอุดหนุน โดยเฉพาะแก่ผู้ผลิตสินค้าภายในประเทศ ซึ่งได้มาจากรายได้ของภาษีหรือค่าสัมภาระภายใน ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 3 ดังนั้นจึงไม่ใช่เป็นการยกเว้นมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยอำเภอใจของรัฐ โดยเฉพาะการจ่ายเงินอุดหนุนให้กับผู้ผลิตภายในประเทศ จะต้องทำโดยอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 3

3.4.2 ข้อยกเว้นตามมาตรา 20 ของ GATT

เป็นข้อยกเว้นทั่วไปของ GATT ที่อนุญาตให้รัฐสมาชิกสามารถฝ่าฝืนหลักการของ GATT ได้ ซึ่งในกรณีนี้รวมไปถึงฝ่าฝืนต่อมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติด้วย โดยกำหนดไว้ในส่วน Introduction Clause หรือ Chapeau ของรายละเอียดข้อยกเว้นจำนวน 10 ข้อ ว่า ภายใต้ข้อบังคับของข้อกำหนดที่ว่ามาตรการดังต่อไปนี้จะไม่ใช้ในลักษณะที่จะก่อให้เกิดการเลือกประติบัติตามอำเภอใจหรืออย่างไม่มีเหตุผลระหว่างประเทศ ที่อยู่ในสภาพการณ์เดียวกันหรือก่อให้เกิดการจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าระหว่างประเทศ จึงเป็นการควบคุมไม่ให้รัฐใช้ข้อยกเว้นในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนกลไกการตลาดหรือเป็นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20 ของ GATT คณะพิจารณาได้วินิจฉัยไว้ว่า การที่จะพิจารณาว่าการปฏิบัติใดเข้าข้อยกเว้นหรือไม่ จะต้องพิจารณาให้ได้ก่อนว่าเข้า 1 ใน 10 ของข้อยกเว้นซึ่งเป็นรายละเอียดการปฏิบัติที่สามารถฝ่าฝืนหลักการของ GATT ได้ หากพิจารณาแล้วว่าสามารถปฏิบัติได้โดยเข้าหนึ่งในข้อยกเว้น จึงจะมาพิจารณาต่อว่า การปฏิบัตินั้นๆ เข้าเงื่อนไขของ Introduction Clause หรือ Chapeau หรือไม่ แต่หากพิจารณาแล้วว่า การปฏิบัติใดๆไม่เข้า

---

producers derived from the proceeds of internal taxes or charges applied consistently with the provisions of this Article and subsidies effected through governmental purchases of domestic products.

ข้อยกเว้น 1 ใน 10 ของข้อยกเว้นแล้ว ก็จะไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นนั้นเพื่อละเมิดต่อหลักการที่กำหนดของ GATT ได้

โดยข้อยกเว้นเฉพาะตามมาตรา 20 ของ GATT ทั้ง 10 ข้อ มีดังต่อไปนี้

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(a) จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(b) จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(c) เกี่ยวข้องกับการนำเข้าหรือการส่งออกทองคำหรือเงิน

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(d) จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อกำหนด ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้ ตลอดจนนำกฎหมาย ระเบียบ และข้อกำหนด ที่เกี่ยวกับการบังคับทางศุลกากร การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดตลาดภายใต้วรรค 4 ของมาตรา 2 และมาตรา 17 การคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ และการป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการฉ้อฉล

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(e) เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ที่ใช้แรงงานของนักโทษ

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(f) ถูกกำหนดขึ้นเพื่อการคุ้มครองสมบัติแห่งชาติซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(g) เกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถใช้หมดไปได้ หากมาตรการเช่นว่านั้นใช้ควบคู่ไปกับการจำกัดการผลิต หรือการบริโภคภายในประเทศอย่างมีประสิทธิผล

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(h) เป็นการดำเนินการตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงโภคภัณฑ์ใดในระหว่างรัฐบาล ซึ่งสอดคล้องกับเกณฑ์ที่เสนอต่อที่ประชุมใหญ่ภาคีคู่สัญญา และได้รับความเห็นชอบโดยที่ประชุมใหญ่ภาคีคู่สัญญา หรือซึ่งได้เสนอและได้รับความเห็นชอบดังกล่าวแล้ว

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(i) เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดการส่งออกวัสดุภายในประเทศที่จะเป็นเพื่อประกันถึงปริมาณที่จำเป็นของวัสดุดังกล่าวนั้น ต่ออุตสาหกรรมผู้ผลิตภายในประเทศระหว่างช่วงเวลาที่ราคาภายในประเทศของวัสดุนั้นต่ำกว่าราคาตลาดโลก โดยเป็นส่วนหนึ่งของแผนการทำให้มีเสถียรภาพของรัฐบาล ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่า ข้อจำกัดนั้นจะต้องไม่ดำเนินการไปเพื่อเพิ่มการส่งออกหรือเพื่อการปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศ และจำต้องไม่เบี่ยงเบนไปจากบทบัญญัติของความตกลงนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการไม่เลือกประติบัติ

ข้อยกเว้นตามมาตรา 20(j) จำเป็นต่อการได้มาหรือการจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ซึ่งขาดแคลนโดยทั่วไปภายในประเทศ หรือในท้องถิ่น โดยมีเงื่อนไขว่ามาตรการใดๆดังกล่าวนั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักการที่ว่าภาคีคู่สัญญาทุกภาคีมีสิทธิในส่วนแบ่งที่เป็นธรรมของอุปทานระหว่าง

ประเทศของผลิตภัณฑ์นั้น และมาตรการใดๆดังกล่าวนั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นๆของความตกลงนี้ จะต้องยุติลงทันทีที่เงื่อนไขที่ก่อให้เกิดมาตรการนั้นได้สิ้นสุดลงที่ประชุมใหญ่ภาคีคู่สัญญาจะพิจารณาทบทวนความจำเป็นสำหรับอนุวรรคนี้ ไม่เกินวันที่ 30 มิถุนายน 1960

ในคำวินิจฉัยข้อพิพาท *US-Shrimp*[97] ซึ่งสหรัฐได้ห้ามนำเข้ากุ้งจากประเทศที่ไม่มีอุปกรณ์ในการปล่อยเต่าออก (TEDs) โดยสหรัฐได้ต่อสู้ว่า มาตรการของสหรัฐนั้นเป็นมาตรการที่เป็นธรรมตามข้อยกเว้นในมาตรา 20 (g)

องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาในชั้นแรกว่ามาตรการของสหรัฐนั้นเข้ากันได้กับเงื่อนไขของมาตรา 20 (g) ทั้ง 3 ประการ โดยวินิจฉัยว่า (1) เต่าทะเลเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป (2) การใช้มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งมีเป้าหมายหลักคือ การอนุรักษ์เต่าทะเล (3) มีการออกกฎหมายภายในของสหรัฐกำหนดให้ชาวประมงต้องติดเครื่องแยกเต่าตั้งแต่ปี ค.ศ.1991 โดยหลังจากนั้นองค์กรอุทธรณ์ก็ได้นำเอาบทนำมาใช้วิเคราะห์เป็นขั้นตอนสุดท้าย

โดยองค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่า แม้ว่ามาตรการของสหรัฐจะเข้าเงื่อนไขทั้ง 3 ประการของมาตรา 20 (g) ก็ตาม แต่มาตรการนั้นก็เป็นการขัดกับเงื่อนไขทั่วไปในบทนำ เพราะ (1) สหรัฐให้เวลาประเทศในแถบคาริบเบียนปรับตัว 3 ปี แต่ให้เวลาประเทศผู้ร้องเรียน (อินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทย) เพียงแค่ 6 เดือน มาตรการดังกล่าวจึงปราศจากเหตุผลที่สามารถอธิบายได้ (2) กระบวนการภายในของสหรัฐเอง ไม่มีความโปร่งใสและเป็นธรรมในด้านกระบวนการพิจารณา เนื่องจากไม่เปิดโอกาสให้ประเทศที่ถูกห้ามส่งกุ้งเข้าไปในสหรัฐได้อุทธรณ์ใดๆได้เลย ดังนั้นมาตรการของสหรัฐจึงเป็นการเลือกประติบัติต่อประเทศที่มีลักษณะเหมือนกันโดยกระทำตามอำเภอใจ ซึ่งเป็นการละเมิดบทบัญญัติของความตกลง GATT[98]

กล่าวโดยสรุป การใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบทบัญญัติมาตรา 3 นั้น มีการบัญญัติถึงการห้ามเลือกประติบัติในเรื่องภาษีหรือค่าสัมภาระใดๆไว้ในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก โดยคณะพิจารณา และองค์กรอุทธรณ์จำเป็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่อง สินค้าชนิดเดียวกัน ระหว่างสินค้าที่ผลิตในประเทศกับสินค้าที่นำเข้า โดยการทดสอบเพื่อหาความเหมือนกันสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 วิธีคือ (1) วิธีแบบดั้งเดิม ซึ่งต้องพิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพของสินค้า รสนิยมของผู้บริโภค ลักษณะการใช้สินค้า และอัตราภาษีศุลกากร (2) วิธีพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบ โดยเมื่อสามารถพิจารณาได้แล้วว่าสินค้ามีความเหมือนกัน ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าภาษี

---

[97] Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, DS58, adopted 6 November 1998.

[98] *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1,* น.21-22.

หรือค่าสัมภาระที่เก็บกับสินค้าที่นำเข้ามีมากกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ โดยแม้เพียงมีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยก็เป็นการละเมิดมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกแล้ว

บทบัญญัติมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง ก็มีการปรับใช้ที่มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่ในวรรคที่สองนี้จะต้องพิจารณาถึงสินค้านั้นสามารถแข่งกันหรือทดแทนกันได้ แทนการพิจารณาถึงสินค้าชนิดเดียวกัน และต้องพิจารณาเพิ่มเติมต่อไปอีกว่าภาษีหรือค่าสัมภาระที่เก็บจะต้องไม่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศ ดังนั้น ภาษีหรือค่าสัมภาระในวรรคนี้อาจจะมีความแตกต่างได้เล็กน้อย ซึ่งหากยังไม่แตกต่างถึงขนาดเป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตในประเทศก็จะยังไม่เป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง

ในมาตรา 3 วรรค 4 เป็นการห้ามการเลือกประติบัติในมาตรการที่ไม่ใช่มาตรการทางการเงิน กล่าวคือ กฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ ซึ่งจะต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตในประเทศกับที่นำเข้ามาว่า สินค้าที่ถูกนำเข้ามาได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าในด้านกฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ โดยอาจจะพิจารณาจากความเท่าเทียมกันในการแข่งขันเมื่อมาตรการนั้นๆถูกใช้ โดยในมาตรานี้ก็ต้องตีความในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันเช่นเดียวกัน แต่ในมาตรานี้สินค้าชนิดเดียวกันมีความหมายกว้างกว่าสินค้าชนิดเดียวกันในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก แต่ไม่ถึงกับกว้างเท่ามาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สองเรื่องสินค้าที่สามารถแข่งกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง โดยในมาตรานี้เป็นเรื่องของมาตรการทางกฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ ของรัฐโดยรวมถึงกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยต้องตีความรวมไปถึงกฎหมายที่ทำให้เงื่อนไขของการแข่งขันเปลี่ยนไปด้วย และการที่รัฐจะออกกฎหมายเพื่อให้ประโยชน์กับสินค้าภายในประการหนึ่งและใช้กฎหมายอีกฉบับเพื่อให้ประโยชน์กับสินค้าที่นำเข้า โดยนำเอาผลกระทบจากกฎหมายทั้งสองฉบับมาเปรียบเทียบกัน จากคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ทำให้เห็นว่าไม่สามารถที่จะทำได้

แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้รัฐจะออกมาตรการใดๆไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางการเงินหรือไม่ก็ตาม แต่รัฐก็สามารถอ้างได้ว่าการกระทำของรัฐไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของ GATT 1994 หากมาตรการนั้นสามารถที่จะปรับใช้ได้กับข้อยกเว้นทั้งในมาตรา 3 วรรค 8 และในมาตรา 20

บทที่ 4
การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

ในบทที่ 4 จะเป็นการศึกษาการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งคงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องศึกษาจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ (คณะอนุญาโตตุลาการ) โดยในปัจจุบันมีอยู่หลายสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือหลายระเบียบที่ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินเกี่ยวกับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น สถาบัน International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) หรือระเบียบของ The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) โดยในบทนี้จะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาของการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยศึกษาจากการตีความข้อพิพาทอันมีที่มาจากสนธิสัญญาการลงทุนโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

หลักการเบื้องต้นในการที่นักลงทุนใดจะกล่าวอ้างว่าการกระทำใดของรัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติโดยละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะต้องมีการพิจารณาอยู่ 3 ขั้นตอน เพื่อที่จะทำให้เห็นว่าการปฏิบัตินั้นเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ กล่าวคือ ในขั้นตอนแรกจะต้องพิจารณาว่าการลงทุนหรือนักลงทุนนั้นอยู่ในสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกัน (like situation or like circumstance) กับนักลงทุนหรือการลงทุนที่ได้รับการเปรียบเทียบ ในขั้นต่อมาจะต้องพิจารณาว่าการได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น เป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่า (less favorable) การปฏิบัติที่นักลงทุนหรือการลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนได้รับหรือไม่ และประเด็นสุดท้ายเมื่อพิจารณาแล้วว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า จะต้องพิจารณาต่อไปด้วยการความแตกต่างที่เกิดขึ้นเป็นความแตกต่างที่เป็นธรรมหรือไม่[1]

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม ทุกคณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าสภาวการณ์หรือสถานการณ์ที่สนธิสัญญาได้บัญญัติไว้ว่ามีความหมายเช่นไรในข้อพิพาทนั้น และจะต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่าการปฏิบัติที่อยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันนั้นมีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าหรือไม่ และถึงแม้ว่ามีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติ คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการปฏิบัติ

---

[1] Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Edition 2, (Oxford : Oxford University Press, 2012), p.199.

นั้นเป็นธรรมหรือไม่ แต่เนื่องจากในทุกสนธิสัญญาก็ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ถึงวิธีการในการพิจารณาว่ามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะต้องใช้การทดสอบโดยวิธีใดจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการบางคณะหันไปใช้แนวทางการตีความของคณะพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) โดยการยอมรับว่าสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางได้ แต่ในทางกลับกันก็มีคณะอนุญาโตตุลาการบางคณะที่ไม่เห็นด้วยและได้อธิบายถึงเหตุผลว่าเพราะเหตุใดจึงไม่สามารถที่จะใช้แนวทางของ WTO ได้

โดยที่การลงทุนระหว่างประเทศและการค้าระหว่างเทศมักจะเกี่ยวข้องกัน แต่อย่างไรก็ดี กิจกรรมของการค้าระหว่างประเทศและกิจกรรมของการลงทุนระหว่างประเทศก็มีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด โดยในการค้าระหว่างประเทศมักจะเป็นการแลกเปลี่ยนสินค้าเพื่อเงินซึ่งเมื่อการแลกเปลี่ยนนั้นเสร็จสมบูรณ์แล้วก็จะไม่มีผลทางกฎหมายระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายอีกต่อไป ซึ่งแตกต่างกันกับการลงทุนระหว่างประเทศที่มักจะใช้เวลาที่ยาวกว่าและเมื่อได้ก่อตั้งกิจการเสร็จสิ้นแล้วก็จะมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างนักลงทุนและการลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนต่อไปอีก ทั้งนี้เนื่องจากการลงทุนระหว่างประเทศเป็นการเข้าไปก่อตั้งกิจการในดินแดนต่างชาติ ดังนั้น ทรัพย์สินที่นักลงทุนต่างชาติเป็นเจ้าของในดินแดนต่างชาติจึงอยู่ภายในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนนั้น และยังมีความเสี่ยงในเรื่องทางด้านการเมืองที่อาจจะเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุนอีกเช่นกัน ซึ่งลักษณะเช่นนี้จะไม่พบในการค้าระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าการค้าระหว่างประเทศและการลงทุนระหว่างประเทศจะมีความแตกต่างกัน แต่ก็อาจจะมีความเกี่ยวข้องกันได้ เนื่องจากในการลงทุนระหว่างประเทศอาจจะเป็นไปเพื่อที่จะค้าขายสินค้าระหว่างประเทศก็เป็นได้ เช่น นักลงทุนของรัฐ A เข้าไปลงทุนผลิตสินค้าในรัฐ B เพื่อส่งออกไปสู่รัฐ C ด้วยเหตุผลที่ว่าค่าแรงรวมไปถึงค่าใช้จ่ายในการผลิตสินค้าชนิดนั้นถูกกว่าที่จะผลิตในรัฐ A เอง เป็นต้น

ในบทนี้จะได้วิเคราะห์ให้เห็นถึงแนวทางการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่อง สถานการณ์เดียวกันหรือสภาวการณ์เดียวกัน ถัดไปจึงเป็นหัวข้อในเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ซึ่งจะมีประเด็นในเรื่องความจำเป็นที่รัฐจะต้องมีเจตนาหรือไม่จึงจะทำให้เป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่า และในหัวข้อถัดไปจะเป็นความแตกต่างที่เป็นธรรมในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และในหัวข้อสุดท้ายจะเป็นการวิเคราะห์ถึงการรับเอาแนวทางการตีความและการใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของ WTO

4.1 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องสภาวการณ์เดียวกันหรือสถานการณ์เดียวกัน

การที่รัฐภาคีของสนธิสัญญาใดจะถูกตัดสินว่าละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้นั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีการพิจารณาเปรียบเทียบก่อนว่า การลงทุนหรือนักลงทุนที่กล่าวอ้างนั้นอยู่ในสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกันกับการลงทุนหรือนักลงทุนที่ถูกเปรียบเทียบหรือไม่[2] ซึ่งจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องของสถานการณ์และสภาวการณ์เดียวกันว่าจะต้องเปรียบเทียบกันอย่างไรหรือจะต้องมีความเหมือนกันมากน้อยขนาดไหนจึงจะเรียกว่าอยู่ในสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกัน จากการศึกษาสามารถแบ่งแนวทางการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้ 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกการลงทุนหรือนักลงทุนนั้นทำกิจการอยู่ในหมวดหมู่เดียวกัน ประการที่สองเป็นการลงทุนหรือนักลงทุนอยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน และในประการสุดท้ายการลงทุนหรือนักลงทุนอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือสภาวการณ์เดียวกันทุกประการ

4.1.1 การลงทุนหรือนักลงทุนต้องอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน (same business sector)

การลงทุนหรือนักลงทุนใดที่จะใช้ในการเปรียบเทียบในการกล่าวอ้างการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยทั่วไปคณะคณะอนุญาโตตุลาการ มักจะต้องเริ่มวินิจฉัยว่าการลงทุนหรือนักลงทุนจะต้องอยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกัน[3]เสียก่อน มิเช่นนั้น หากการลงทุนหรือนักลงทุน ที่ถูกกล่าวอ้างไม่ใช่สิ่งที่สามารถนำมากล่าวอ้างเปรียบเทียบกันแล้ว ก็จะไม่เป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเสียตั้งแต่ต้น โดยในการพิจารณาถึงคู่เปรียบเทียบในหัวข้อนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่าการลงทุนหรือนักลงทุนทั้งที่เป็นสัญชาติต่างชาติและของรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน ซึ่งจะต้องประกอบธุรกิจเดียวกัน เช่น จะต้องผลิตสินค้าประเภทเดียวกัน หรือทำกิจการประเภทเดียวกัน เป็นต้น

---

[2] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Supra Note 1*, p.200.

[3] Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment treaties : Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?,” The American Journal of International Law, Vol 102, No.1, p.73-74 (Jan 2008), p.80.

ในข้อพิพาท *SD Myers v. Canada* บริษัท SD Myers ผู้นำในการจำกัดสาร Polychlorinated biphenyl (PCB) ซึ่งเป็นสารที่ใช้ในการป้องกันอุปกรณ์จากความร้อนเกินขนาด จากสหรัฐอเมริกา เรียกร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการว่า การที่แคนาดาห้ามการส่งออกผลิตภัณฑ์ PCB นั้น เป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทสัญชาติแคนาดา

แคนาดาโต้แย้งว่าคำสั่งห้ามส่งออกนั้นเป็นคำสั่งที่กระทำโดยทั่วไป และได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน โดยไม่มีบริษัทใดที่สามารถส่งออก PCB ได้ ดังนั้นจึงไม่มีการเลือกประติบัติเกิดขึ้น

บริษัท SD Myers ได้อ้างต่อไปอีกว่า มาตรา 1102 ของ NAFTA ได้ถูกละเมิด เนื่องจากการห้ามการส่งออก PCB นั้นไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตเพื่อปกป้องสุขภาพและสิ่งแวดล้อม แต่เป็นไปเพื่อปกป้องส่วนแบ่งในตลาดของผู้ผลิตสัญชาติแคนาดา และผู้ที่จะทำงานในแคนาดาเสียมากกว่า[4]

คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาถึงการตีความในเรื่องสภาวการณ์เดียวกันว่าจะต้องคำนึงหลักการทั่วไปซึ่งเกิดขึ้นจากบริบททางกฎหมายของ NAFTA โดยรวมทั้งเรื่องทางสิ่งแวดล้อมและจำเป็นที่จะต้องหลีกเลี่ยงจากความต้องการในการบิดเบือนการค้าซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางสิ่งแวดล้อม การตีความเรื่องสภาวการณ์เดียวกันจะต้องคำนึงถึงสภาวการณ์ที่เป็นไปอย่างเป็นธรรมต่อข้อบังคับของรัฐบาลซึ่งอาจจะทำให้เกิดความแตกต่าง เพื่อเป็นไปในการที่จะปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ ในแนวคิดของสภาวการณ์เดียวกันทำให้จะต้องพิจารณาว่าการกล่าวอ้างของนักลงทุนที่ไม่ใช่บุคคลสัญชาติเดียวกันกับรัฐผู้รับการลงทุนว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านักลงทุนสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นอยู่ในหมวดหมู่เดียวกันหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำว่าหมวดหมู่ (sector) นั้นมีความหมายแฝงอยู่ ซึ่งรวมไปถึงแนวคิดในเรื่องหมวดหมู่ทางเศรษฐกิจ และหมวดหมู่ทางธุรกิจ[5]

จากมุมมองทางด้านธุรกิจ เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่า บริษัท SDMI และ บริษัท Myers Canada นั้นอยู่ในสภาวการณ์เดียวกันกับผู้ประกอบธุรกิจของแคนาดา เช่น บริษัท Chem-Security and Cintec เนื่องจากบริษัททั้งหมดให้บริการการกำจัด PCB โดยเฉพาะบริษัท SDMI นั้นอยู่ในสถานะที่สามารถจูงใจลูกค้าได้มากกว่า เนื่องจากสามารถให้ราคาที่ดีกว่าอีกทั้งยังมีประสบการณ์และมีความน่าเชื่อถือมากกว่า จึงเป็นที่แน่ชัดว่าบริษัท SDMI นั้นอยู่ในสถานะที่สามารถเอาชนะคู่แข่งสัญชาติแคนาดาได้ โดยเห็นได้จากการที่บริษัท Chem-Security and Cintec ได้ทำการกดดันให้

---

[4] *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Partial Award, 13 November 2000, para.241

[5] *Ibid.,* para.250.

รัฐมนตรีกระทรวงการสิ่งแวดล้อมประกาศห้ามการส่งออก PCB เมื่อสหรัฐอเมริกาได้เปิดชายแดนเพื่อนำเข้าสาร PCB[6]

โดยในข้อพิพาทนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอ้างถึงบริษัทเพียงหนึ่งเดียวของแคนาดาว่าอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน และได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าบริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกา โดยตัดสินว่าบริษัทสัญชาติแคนาดาอยู่ในสภาวการณ์เดียวกันกับบริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกานั้น

ในข้อพิพาท *Pope & Talbot v. Canada* บริษัท Pope & Talbot ซึ่งมีโรงงานเลื่อยไม้ 3 แห่งอยู่ในมลรัฐบริติชโคลัมเบีย ประเทศแคนาดา ได้กล่าวอ้างว่า การบังคับใช้ความตกลง US/Canada Softwood Lumber Agreement ของแคนาดานั้น เป็นการทำให้บริษัท Pope & Talbot ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านักลงทุนรายอื่นที่มีสัญชาติแคนาดาซึ่งในธุรกิจเดียวกันกับบริษัท อนึ่ง ความตกลงดังกล่าว เป็นการที่แคนาดายินยอมที่จำกัดโควตาการส่งออกไม้เนื้ออ่อนจากมลรัฐอัลเบอร์ต้า บริติชโคลัมเบีย ควีเบค และออนตาริโอ้ โดยมีการกำหนดว่าจะมีการเก็บภาษีไม้ในส่วนที่เกินกว่าการได้รับโควตา[7]

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า บริษัท Pope & Talbot ผู้กล่าวอ้างการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า บริษัท Pope & Talbot นั้นอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกันกับบริษัทที่ทำกิจการโรงเลื่อยอื่น แต่แคนาดาก็สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า มาตรการของแคนาดานั้นเป็นมาตรการที่ถูกกฎหมาย เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่เคยที่จะเก็บภาษีนำเข้าจากไม้เนื้ออ่อนที่มาจากรัฐอื่นๆนอกจากรัฐที่ถูกจำกัดโควต้า[8] ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่า Pope & Talbot ไม่ได้อยู่ในสภาวการณ์หรือบริบทเดียวกันกับนักลงทุนของแคนาดาที่มีโรงงานเลื่อยไม้อยู่นอกเหนือจากรัฐทั้งสี่ซึ่งถูกจำกัดโควต้า[9]

4.1.2 การลงทุนหรือนักลงทุนต้องอยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน (same economic sector)

การพิจารณาว่าการลงทุนหรือนักลงทุนต้องอยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน จะเป็นการพิจารณาว่า นักลงทุนหรือการลงทุนที่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นไม่จำกัดอยู่เพียงว่านักลงทุนหรือการลงทุนจะต้องประกอบธุรกิจเดียวกัน เช่น ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน แต่ในการพิจารณาเรื่องนี้จะมองไปถึงว่า ถึงแม้ว่าจะผลิตสินค้าต่างชนิดกันแต่มีการดำเนินธุรกิจที่มีกิจกรรมหลักเหมือนกันก็อาจจะอยู่ในความหมายของการลงทุนหรือนักลงทุนต้องอยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกันได้

---

[6] *Ibid.,* para.251.

[7] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Supra Note 1*, p.41.

[8] *Ibid.,* p.42.

[9] Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, *supra note 3*, p.73.

ในข้อพิพาท *Occidental v. Ecuador* ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่บริษัท Occidental ผู้ผลิตและส่งออกน้ำมันสัญชาติสหรัฐอเมริกา ต้องการที่จะเรียกคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากน้ำมันที่บริษัทได้ส่งออกไปจากประเทศเอกวาดอร์ โดยกฎหมายภายในของเอกวาดอร์ไม่อนุญาตให้ผู้ส่งออกน้ำมันสามารถเรียกคืนภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่อนุญาตให้ผู้ผลิตสินค้าซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์จากธรรมชาติอื่นเพื่อส่งออก เช่น การส่งออกดอกไม้ การส่งออกอาหารทะเล สามารถเรียกคืนภาษีมูลค่าเพิ่มได้เท่านั้น[10]

เอกวาดอร์ได้อ้างว่า สถานการณ์เดียวกัน (like situations) สามารถพิจารณาได้อย่างเดียวว่าบริษัททั้งหมดที่อยู่ในภาคธุรกิจเดียวกันจะได้ต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน และสิ่งนี้แสดงให้เห็นว่าในภาคธุรกิจการผลิตน้ำมันก็เป็นเช่นนั้น สิ่งที่ใช้เปรียบเทียบไม่สามารถที่จะขยายไปสู่หมวดหมู่อื่นๆได้ เนื่องจากจุดประสงค์ของนโยบายเรื่องภาษีมูลค่าเพิ่มนี้ก็คือเพื่อทำให้เป็นที่แน่ใจว่าสภาพของการแข่งขันจะไม่เปลี่ยนแปลง[11]

เอกวาดอร์ยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า การปฏิบัติต่อบริษัทที่มีคนต่างชาติเป็นเจ้าของกับบริษัทที่มีคนเอกวาดอร์เป็นเจ้าของนั้นไม่มีความต่างกัน เนื่องจากบริษัท Petroecuador เองก็ไม่ได้รับการคืนภาษีมูลค่าเพิ่มเช่นเดียวกัน ดังนั้น นโยบายของเอกวาดอร์จึงไม่มีการเลือกประติบัติระหว่างบริษัทต่างชาติกับบริษัทของเอกวาดอร์ ส่วนบริษัทต่างชาติอื่นๆที่ส่งออกสินค้าเหมือนกัน เช่น ผู้ส่งออกดอกไม้นั้น ได้รับการคืนภาษีเนื่องจากว่ากฎหมายและนโยบายสามารถให้ขอคืนได้[12]

คณะอนุญาโตตุลาการได้มีมุมมองต่อการพิจารณาเรื่องสถานการณ์เดียวกันว่าสถานการณ์เดียวกันไม่สามารถที่จะตีความในลักษณะแคบแบบที่เอกวาดอร์เสนอมาได้ เนื่องจากจุดประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นเป็นไปเพื่อปกป้องนักลงทุนต่างชาติซึ่งจะต้องนำไปเปรียบเทียบกับผู้ผลิตท้องถิ่น เมื่อเป็นเช่นนั้นจึงไม่สามารถที่จะทำได้โดยการเปรียบเทียบเฉพาะกับหมวดหมู่ที่มีกิจกรรมเดียวกัน หรืออีกนัยหนึ่งคืออยู่ในภาคธุรกิตเดียวกันเท่านั้นได้[13]

คณะอนุญาโตตุลาการยังชี้ให้เห็นอีกว่าวัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศหรือ GATT นั้น มีความแตกต่างจากในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยจุดประสงค์ของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้นเป็นการหลีกเลี่ยงกรณีที่ผู้ส่งออกจะตกอยู่ในสถานการณ์ที่เสียเปรียบในตลาดการค้าของต่างประเทศเนื่องมาจากภาษี

---

[10] *Ibid.,* p.74.

[11] *Occidental v. Ecuador,* London Court of Arbitration Administered cases, no. UN3467, final award, 1 July 2004, para.171.

[12] *Ibid.,* para.172.

[13] *Ibid.,* para.173

ทางอ้อมที่เสียให้กับประเทศต้นทาง (รัฐผู้รับการลงทุน) ส่วนในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศนั้นมีจุดประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงกรณีของสินค้าที่ถูกนำเข้าจะได้รับผลกระทบจากการถูกรบกวนการแข่งขันกับสินค้าที่คล้ายกันซึ่งผลิตในประเทศที่สินค้าถูกนำเข้านั้น โดยผลของภาษีและข้อบัญญัติอื่นๆในประเทศปลายทาง[14]

ดังนั้น จึงไม่ควรที่จะมีผู้ส่งออกรายใดตกอยู่ในสถานการณ์ที่เสียเปรียบเมื่อจะต้องเปรียบเทียบกับผู้ส่งออกรายอื่น[15] ทำให้ในข้อพิพาทนี้ บริษัท Occidental จึงอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับผู้ส่งออกผลิตภัณฑ์อื่นๆจากประเทศเอกวาดอร์

ในข้อพิพาทนี้ทำให้เห็นได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการเลือกที่จะพิจารณาว่าสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันจะต้องเป็นการพิจารณาอย่างกว้าง โดยพิจารณาถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่บริษัทที่ใช้เป็นคู่เปรียบเทียบกันนั้นทำด้วย มิใช่พิจารณาแต่เพียงว่าสินค้าที่บริษัทนั้นผลิตหรือก่อขึ้นเป็นสิ่งเดียวกันอย่างเดียว

4.1.3 การลงทุนหรือนักลงทุนจะต้องอยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันทุกประการ (identical)

โดยที่เป็นการจำกัดความหมายของสถานการณ์หรือสภาวการณ์ให้แคบลงจากการพิจารณาในลักษณะว่าจะต้องอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน ในหัวข้อนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้มีความเห็นว่า การลงทุนหรือนักลงทุนนอกจากจะต้องประกอบธุรกิจในภาคเดียวกัน และอยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกันแล้ว ยังจำเป็นที่จะต้องมีความเหมือนกันมากขึ้นไปอีก โดยถึงแม้จะเป็นความแตกต่างกันเพียงเล็กน้อย คณะอนุญาโตตุลาการก็มีความเห็นว่า ความแตกต่างนั้นเป็นผลให้การลงทุนหรือนักลงทุนที่นำมาเปรียบเทียบกันไม่ได้อยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกัน

ในข้อพิพาท *Methanex v. US* โดยบริษัท Methanax เป็นบริษัทสัญชาติแคนาดา ซึ่งทำการตลาดและกระจายสินค้าประเภทเมทานอล ที่เป็นส่วนผสมในการผลิต MTBE ที่ใช้ในการผสมกับน้ำมันเชื้อเพลิง โดยบริษัท Methanax อ้างว่าได้รับผลกระทบจากมาตรการที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียห้ามการใช้สาร MTBE โดยให้เหตุผลว่าสาร MTBE ทำให้เกิดมลพิษในน้ำทั้งบนพื้นผิวดินและใต้ดิน แต่บริษัท Methanax ได้อ้างว่าการห้ามใช้สาร MTBE ไม่ได้มีสาเหตุมาจากความกังวลเรื่องสิ่งแวดล้อมแต่เป็นเรื่องทางเศรษฐกิจและการเมืองเสียมากกว่า[16]

---

[14] *Ibid.,* para.175.

[15] *Ibid.,* para.176.

[16] Leila Choukroune, “National treatment in international investment law and arbitration: A relative standard for autonomous public regulation and sovereign

ในการพิจารณาข้อพิพาทนี้ว่า สหรัฐโดยมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 1102 ของ NAFTA หรือไม่นั้น บริษัท Methanax ได้อ้างว่าจะต้องพิจารณาเป็น 3 ขั้นตอน โดยขั้นตอนแรกคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินก่อนว่าอุตสาหกรรมเอธานอลของสหรัฐอยู่ในสภาวการณ์เดียวกัน และการลงทุนของบริษัท Methanax หรือไม่ ซึ่งขั้นตอนต่อไปหากสิ่งที่ใช้เปรียบเทียบตามขั้นตอนแรกอยู่ในสภาวการณ์เดียวกัน คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินว่ามีอุตสาหกรรมเอธานอลภายในนั้นได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าบริษัท Methanax และการลงทุนของบริษัทหรือไม่ และในขั้นตอนสุดท้าย หากคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่าบริษัท Methanax ไม่ได้รับการปฏิบัติที่ดีที่สุด เมื่อนั้นภาระในการพิสูจน์จะตกไปอยู่ที่สหรัฐอเมริกาว่าการให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นสามารถทำได้[17]

แต่สหรัฐอเมริกาได้โต้แย้งว่า การใช้การตีความของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้จะต้องชี้ให้เห็นถึงการเลือกประติบัติโดยมีพื้นฐานมาจากสัญชาติของนักลงทุน ซึ่งสามารถทำได้โดยเปรียบเทียบการปฏิบัติต่อบริษัทต่างชาติกับการปฏิบัติที่ให้กับบริษัทสัญชาติตนเองซึ่งอยู่ในสภาวการณ์ที่คล้ายกันที่สุด ซึ่งในสภาวการณ์ที่คล้ายกันที่สุดจะต้องเปรียบเทียบนักลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนของต่างชาติ กับนักลงทุนภายในหรือการลงทุนของคนภายในซึ่งเหมือนกันในทุกมุมมองที่เกี่ยวข้อง โดยมีความแตกต่างกันเพียงแค่เรื่องสัญชาติเท่านั้น เมื่อความแตกต่างข้างต้นเหลือแต่เพียงเรื่องสัญชาติเท่านั้น การเปรียบเทียบนั้นก็จะทำให้เห็นว่าการปฏิบัตินั้นได้รับความแตกต่างโดยมีพื้นฐานมาจากสัญชาติหรือไม่[18] ซึ่งจากการโต้แย้งกันของคู่กรณีดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่ามีความแตกต่างกันอยู่เพียงอย่างเดียวก็คือวิธีการเลือก คู่เปรียบเทียบ (comparator) สำหรับการพิจารณาสภาวการณ์เดียวกัน โดยบริษัท Methanax เริ่มจากการสมมติว่าคู่เปรียบเทียบคืออุตสาหกรรมเอทานอล แต่สหรัฐเริ่มจากการพิจารณาหาว่าบริษัทภายในใดที่มีความเหมือนหรือในกรณีที่ไม่เหมือนจะต้องมีความใกล้เคียงเพียงพอ[19]

คณะอนุญาโตตุลาการ ได้วินิจฉัยว่า จากข้อโต้แย้งของคู่พิพาททั้งสองทำให้จำเป็นที่จะต้องตอบคำถามที่สำคัญก็คือ ใครหรืออะไรที่เป็นคู่เปรียบเทียบที่เหมาะสม โดยนำเอา

---

development," in The Principle of National Treatment in International Economic Law, (Glos : Edward Elgar Publishing, 2014), pp.211-212.

[17]*Methanex corporation v. United State of America*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merit, 3 august 2005, Part IV Chapter B para.13.

[18] *Ibid.,* para.14.

[19] *Ibid.,* para.16.

วัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 1102 ของ NAFTA มารวมกันกับความยืดหยุ่นที่บทบัญญัตินั้นอนุญาตในการนำมาพิจารณาเรื่องสภาวการณ์เดียวกัน ซึ่งคงจะเป็นการแปลกหากจะเพิกเฉยต่อคู่เปรียบเทียบที่มีความเหมือนกัน (identical) โดยหันไปพิจารณาแต่เพียงคู่เปรียบเทียบที่มีความเหมือนกันน้อยกว่า และในทางเดียวกันก็คงเป็นการแปลกหากจะเพิกเฉยต่อการพิจารณาหาคู่เปรียบเทียบที่มีความเหมือนกันน้อยกว่าเมื่อไม่สามารถหาคู่เปรียบเทียบที่เหมือนกัน (identical) ได้[20] โดยในกรณีนี้คู่เปรียบเทียบที่เหมือนกันในมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการก็คือบริษัทของสหรัฐที่ทำกิจการเกี่ยวกับเมทานอลเช่นเดียวกันกับบริษัท Methanax เนื่องจากในสหรัฐเองก็มีผู้ผลิตและทำการตลาดที่เป็นสัญชาติสหรัฐถึงร้อยละ 47 ในอุตสาหกรรมเมทานอลที่บริษัท Methanax ประกอบกิจการอยู่ และบริษัทสหรัฐเหล่านั้นก็ได้รับผลกระทบจากมาตรการของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเช่นเดียวกัน[21] โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างว่าวิธีการเช่นนี้ได้รับการปฏิบัติมาแล้วในข้อพิพาท *Pope & Talbot v. Canada* ซึ่งในข้อพิพาทนั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้คู่เปรียบเทียบที่มีความเหมือนกันมากที่สุด และปฏิเสธการใช้คู่เปรียบเทียบที่เหมือนกันน้อยกว่า ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำตัดสินในเรื่องสภาวการณ์เดียวกันว่า บริษัท Methanax อยู่ในสภาวการณ์เดียวกันกับบริษัทที่ผลิตเมทานอลอื่นๆที่มีสัญชาติสหรัฐ ไม่ใช่บริษัทที่ผลิตเอทานอล[22]

ในข้อพิพาทนี้ทำให้เห็นได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธการตีความสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันอย่างกว้าง รวมไปถึงการพิจารณาโดยดูถึงการแข่งขันกันได้ของสินค้า โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีจำเป็นที่จะต้องตีความสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันโดยใช้คู่เปรียบเทียบที่มีความเหมือนกัน (identical) เมื่อยังสามารถที่จะหาได้

ในข้อพิพาท *Bayindir v. Pakistan* ซึ่งเป็นการที่นักลงทุนต่างชาติกล่าวอ้างว่าปากีสถานละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จากกรณีของการสร้างทางหลวง โดยในปี ค.ศ. 1997 บริษัท Bayindir ได้ทำการต่อสัญญาซึ่งได้ทำมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 กับการทางหลวงของปากีสถานเพื่อที่จะได้ทำการก่อสร้างทางหลวงระหว่างเมืองอิสลามาบัด (Islamabad) กับเปชวอร์ (Peshawar) โดยเมื่อการก่อสร้างไม่เป็นไปตามกำหนดการการทางหลวงของปากีสถานจึงได้ยกเลิกสัญญากับบริษัท Bayindir และได้ตกลงจ้างบริษัท PMC-JV ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติปากีสถานแทน[23]

---

[20] *Ibid.,* para.17.

[21] *Ibid.,* para.18.

[22] *Ibid.,* para.19.

[23] August Reinisch, “National Treatment Bayindir v. Pakistan, ICSID Casr No. ARB/03/29,” in Building International Investment Law, (The Netherlands : Kluwer Law International, 2016), p.391.

โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า ทั้งบริษัท Bayindir ที่ได้รับสัญญาก่อนกับบริษัท PMC-JV นั้น อยู่ในภาคธุรกิจเดียวกันกล่าวคือ เป็นการรับเหมาก่อสร้างถนนเหมือนกัน แต่คณะอนุญาโตตุลาการก็มีความเห็นต่อไปว่าถึงแม้ทั้งสองบริษัทจะอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน แต่ทั้งสองบริษัทก็ไม่ได้อยู่ในสภาวการณ์เดียวกันเนื่องจาก เมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางสัญญาจะทำให้เห็นว่าทั้งสองบริษัทมีความแตกต่างกัน เช่น การได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันในเรื่องเงื่อนไขทางการเงิน ประสบการณ์และความชำนาญการซึ่งทั้งสองบริษัทเกี่ยวข้อง โดยเงื่อนไขทางการเงินที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนคือเรื่องส่วนประกอบของสกุลเงินและการชำระเงินล่วงหน้า และยังค้นพบต่อไปอีกว่าบริษัท PMC-JV ตกลงที่จะสร้างถนน 6 เลน แต่บริษัท Bayindir ตกลงที่จะสร้างเพียง 4 เลน ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่า เพียงแค่ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัททั้งสองทำกิจการอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกันยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าทั้งสองบริษัทอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน[24]

4.1.4 การเปรียบเทียบสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันกับสินค้าชนิดเดียวกัน

จากที่ได้อธิบายไปแล้วในเบื้องต้นถึงความแตกต่างของการค้าระหว่างประเทศและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยที่นักลงทุนจะต้องแบกรับภาระที่มากกว่าทั้งทางด้านกฎหมายภายในและเรื่องการเมืองภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ในเรื่องการพิจารณาเรื่องสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

4.1.4.1 ความแตกต่างกันของวัตถุที่ใช้เปรียบเทียบ

สินค้าชนิดเดียวกันเป็นการปรับใช้โดยใช้วิธีการทดสอบใน 4 เรื่อง กล่าวคือ ลักษณะทางกายภาพ ลักษณะการใช้งานของผลิตภัณฑ์ รสนิยมของผู้บริโภค และอัตราภาษีศุลกากร โดยในการพิจารณาเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันจะพิจารณาจาก 4 เรื่องนี้เท่านั้น แต่ในการพิจารณาเพื่อหาว่าการลงทุนหรือนักลงทุนใดจะอยู่ในสภาวการณ์เดียวกัน จะต้องพิจารณาโดยองค์ประกอบโดยรวมถึงความเกี่ยวพันกันในทุกบริบทในทุกด้านจะต้องใช้การพิจารณาในมุมมองที่มีมากกว่า เนื่องจากนักลงทุนจะต้องผูกพันมากกว่าการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศทั่ว ๆ ไป การพิจารณาโดยนำการทดสอบสินค้าชนิดเดียวกันมาใช้จึงไม่สามารถนำมาใช้ได้

4.1.4.2 ความแตกต่างกันของวัตถุประสงค์

ความแตกต่างกันของวัตถุประสงค์ของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าลักษณะของการค้าระหว่างประเทศและการลงทุนระหว่างประเทศแตกต่างกัน ดังนั้น วัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

---

[24] *Ibid.,* p.393.

ในทั้ง 2 บริบทของกฎหมายจึงแตกต่างกัน เช่น ในข้อพิพาท *Occidental v. Ecuador* คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธที่จะใช้แนวทางการตีความเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันของ GATT 1994 เพื่อใช้สำหรับการพิจารณาเรื่องสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุผลของความแตกต่างกันของวัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า สินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของ GATT 1994 จะต้องตีความอย่างแคบและเกี่ยวข้องกับแนวคิดในเรื่องสินค้าที่แข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง[25]อีกทั้งวัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อพิพาทนี้ก็ตรงกันข้ามกับจุดประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติใน GATT 1994 กล่าวคือ จุดประสงค์ของมาตรฐานเยี่ยงคนชาติในข้อพิพาทนี้เป็นการหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้ส่งออกตกอยู่ในสภาวะเสียเปรียบจากการได้รับการปฏิบัติจากภาษีทางอ้อมในประเทศต้นกำเนิด ซึ่งในกรณีนี้คือประเทศผู้รับการลงทุน ส่วนวัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของ GATT 1994 ก็เป็นเรื่องของการที่ไม่ต้องการให้สินค้าชนิดเดียวกันได้รับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในตลาดของผู้นำเข้าจากภาษีภายในหรือข้อบัญญัติอื่นๆ[26]โดยในกรณีของผู้ส่งออกนั้น ไม่ควรที่จะมีผู้ส่งออกรายได้จะต้องตกอยู่ในสภาวะที่เสียเปรียบกว่าผู้ส่งออกรายอื่นซึ่งตรงกันข้ามกับแนวคิดของ GATT 1994 ที่เป็นการเปรียบเทียบกันของการปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกันไม่ใช่ในกรณีทั่วไปของการประกอบธุรกิจ จึงทำให้การตีความสถานการณ์เดียวกันในข้อพิพาทนี้ แตกต่างจากการตีความสินค้าชนิดเดียวกันของ GATT 1994 เนื่องจากสถานการณ์เดียวกันสามารถเกี่ยวข้องได้กับผู้ส่งออกทั้งหมดที่อยู่ในเงื่อนไขเดียวกัน แต่สินค้าชนิดเดียวกันนั้นจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการแข่งขันหรือการทดแทนกันได้ของสินค้าเท่านั้น[27] ด้วยความแตกต่างกันของวัตถุประสงค์ดังที่ได้อธิบายไปจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

4.1.4.3 ความแตกต่างกันของการปรากฏตัวในสนธิสัญญา

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2 ว่ามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติสามารถปรากฏได้ทั้งแบบโดยลำพัง หรือปรากฏร่วมกันกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง หรือมาตรฐานอื่นๆ ดังนั้น ด้วยวิธีการบัญญัติของผู้ร่างกฎหมายจึงสามารถทำให้เห็นได้ว่า ผู้ร่างมีวัตถุประสงค์ที่จะต้องการให้อิทธิพลของหลักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมามีอิทธิพลในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ เช่น ในข้อพิพาท *Methanex*

---

[25] *Occidental v. Ecuador, supra note 11,* para.174.

[26] *Ibid.,* para.175.

[27] *Ibid.,* para.176.

v. USA คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธที่จะใช้แนวทางการใช้การตีความของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO มาเป็นแนวทางในการใช้การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการ

บริษัท Methanex อ้างว่า ผู้ผลิตเมทานอล และเอทานอลเป็นผู้ผลิตที่อยู่ในสภาวการณ์เดียวกันตามหลักกฎหมายของ WTO เนื่องจาก ทั้งเมทานอล และเอทานอลเป็นสารที่ใช้เติมออกซิเจนในน้ำมันเชื้อเพลงภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ทั้งบริษัท Methanex และผู้ผลิตเมทานอลรายอื่นๆ จึงอยู่ในสภาวการณ์เดียวกันกับผู้ผลิตเอทานอล และด้วยเหตุที่ว่าทั้งคู่ต่างผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน จึงทำให้ทั้งคู่เป็นคู่แข่งขันกันโดยตรงในตลาดของสารเติมออกซิเจน[28]

สหรัฐอเมริกาให้การต่อสู้ว่า ทั้งเมทานอล และเอทานอลเป็นสารเคมีต่างชนิดกัน และยืนยันว่าผลิตภัณฑ์ทั้งสองชนิดมีการใช้ที่ต่างกัน โดยมีเพียงแค่เอทานอลเท่านั้นที่ใช้สำหรับเป็นสารเพิ่มออกซิเจน ส่วนเมทานอลไม่ได้ใช้สำหรับเพิ่มออกซิเจนในน้ำมันเชื้อเพลิง ยิ่งไปกว่านั้น การใช้เมทานอลเป็นสารเพิ่มออกซิเจนยังผิดกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอีกด้วย ในกรณีที่มีการใช้เมทานอลในการเพิ่มออกซิเจนในน้ำมันเชื้อเพลิงนั้น สหรัฐอเมริกาได้อธิบายว่า มีเพียงการใช้เมทานอลเป็นสารพื้นฐานในการผลิต MTBE เท่านั้น ซึ่ง MTBE นี้เองที่ใช้เป็นสารในการเพิ่มออกซิเจนของน้ำมันเชื้อเพลิง สหรัฐอเมริกายังได้โต้แย้งเพิ่งเติมอีกว่าทั้งเมทานอล และเอทานอลไม่ได้อยู่ในอัตราภาษีเดียวกันในระบบฮาโมไนซ์ (Harmonized system of Tariff) จึงไม่สามารถใช้การทดสอบโดยดูที่การบริโภคได้ เนื่องจากผลิตภัณฑ์ทั้งสองชนิดไม่ใช่คู่แข่งขันกัน[29] สหรัฐอเมริกายังเสริมต่อไปอีกว่าหากผู้ร่าง NAFTA ตั้งใจที่จะใช้คำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ผู้ร่างก็สามารถทำได้ แต่การที่ผู้ร่างจงใจใช้คำว่า สภาวการณ์ที่เหมือนกัน (like circumstance) แสดงให้เห็นว่ามีความแตกต่างกันระหว่างคำสองคำนั้น

คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า จากการที่ NAFTA เป็นสนธิสัญญา จึงจำเป็นที่จะต้องตีความสนธิสัญญาให้เป็นไปตามมาตรา 31 และ 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา[30] ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการจึงเริ่มต้นการพิจารณาโดยใช้ความหมาย

---

[28] *Methanex corporation v. United State of America*, *supra note 17,* para.23.

[29] *Ibid.,* Part IV Chapter B para.24.

[30] อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 :
มาตรา 31 กฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969

1. สนธิสัญญานั้นให้ตีความด้วยความสุจริตตามความหมายสามัญของถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบทและพิจารณาถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้น

พื้นฐานและตามธรรมชาติของตัวบทในมาตรา 1102 วรรค 1, 2 และ 3 ซึ่งกำหนดให้ภาคีของสนธิสัญญาให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของภาคีคู่สัญญาอื่นไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐตนในสภาวการณ์เดียวกัน ซึ่งบทบัญญัตินี้ไม่ได้ใช้ศัพท์ซึ่งใช้ในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน (like product)” และยิ่งไปกว่านั้น ไม่มีการใช้คำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน ในบทบัญญัติใดๆของ NAFTA บทที่ 11 เลย[31]

---

2. คำว่า บริบทที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการตีความสนธิสัญญานั้น นอกจากตัวบทแล้วให้รวมถึงอารัมภบท และบทผนวกของ :

ก. ความตกลงใดๆเกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งมวลที่เกี่ยวเนื่องกับการทำสนธิสัญญานั้น

ข. เอกสารใดๆ ของภาคีฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญานั้นและได้รับการยอมรับโดยภาคีอื่นๆว่าเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา

3. ให้คำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ร่วมกันไปกับบริบท

ก. ความตกลงใดๆในภายหลังระหว่างภาคีเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญานั้นหรือการใช้ปฏิบัติของบทบัญญัติสนธิสัญญาดังกล่าว

ข. ทางปฏิบัติใดๆภายหลังในการใช้ปฏิบัติสนธิสัญญาซึ่งแสดงถึงความตกลงของภาคีเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา

ค. กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องใดๆของกฎหมายระว่างประเทศที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างภาคี

4. ให้ถือความหายพิเศษเฉพาะแก่ถ้อยคำ ถ้าปรากฏว่าภาคีมีความตั้งใจเช่นนั้น

มาตรา 32 ข้อวิธีที่ใช้ประกอบการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

เพื่อเป็นการยืนยันความหมายอันเป็นผลจากการใช้ปฏิบัติมาตรา 31 หรือเพื่อกำหนดความหมายเมื่อมีการตีความมาตรา 31

ก. ความหมายยังคลุมเครือหรือไม่แจ้งชัด หรือ

ข. ผลของการตีความนั้นเห็นได้ชัดว่าเกินวิสัยที่จะเชื่อว่าเป็นไปได้ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผล

อาจใช้ข้อวิธีประกอบในการตีความ รวมถึงเอกสารทานในขั้นเตรียมการทำสนธิสัญญาและสภาวะแวดล้อมในการทำสนธิสัญญานั้น

[31] *Methanex corporation v. United State of America*, *supra note 17,* Part IV Chapter B para.29.

จึงสามารถเห็นได้ผู้ร่าง NAFTA นั้นมีความระวังและแม่นยำในการเลือกคำและตำแหน่งที่อยู่ของคำในแต่บริบท และ คำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน ก็ไม่ปรากฏอยู่ในระบบของการลงทุนของบทที่ 11 และคำว่าสภาวการณ์ที่เหมือนกันก็ใช้ในกรณีที่ใกล้ที่สุดในเรื่องของมาตรการซึ่งอาจจะทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้าบริการเท่านั้น[32]

คณะอนุญาโตตุลาการ จึงตัดสินว่า ข้อเรียกร้องของบริษัท Methanex ที่กล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาได้ละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นตกไป การที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียห้ามการใช้ MTBE ไม่ได้ทำให้ผู้ผลิต MTBE ทั้งที่เป็นสัญชาติของอเมริกาและต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ต่างกัน รวมไปถึงผู้ผลิตเมทานอลทั้งที่เป็นสัญชาติอเมริกาและต่างชาติก็ไม่ได้รับการปฏิบัติที่ต่างกัน[33]

4.2 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่า (less favorable treatment)

หลังจากที่สามารถพิจารณาได้แล้วว่า การลงทุนหรือนักลงทุนที่ถูกนำมาเปรียบเทียบกันอยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันหรือไม่แล้ว ปัญหาถัดไปที่ไม่ได้แสดงออกโดยบทบัญญัติของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก็คือ มาตรการของรัฐแบบไหนที่เป็นการปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติด้อยกว่าการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐตน โดยมีปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นแตกต่างกันว่า รัฐผู้ออกมาตรการจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีเจตนาในการออกมาตรการ หรือเป็นการจำเป็นหรือไม่ที่ผู้เรียกร้องจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการที่ผู้เรียกร้องได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นมาจากการเลือกประติบัติที่มีพื้นฐานมาจากสัญชาติ[34]

4.2.1 การมีอยู่ของความแตกต่าง (The existence of a differentiation)

ความแตกต่างของมาตรการของรัฐในบางครั้งก็ไม่สามารถมองได้แต่เพียงกฎหมายที่ออกโดยรัฐเท่านั้น เนื่องจากในบางครั้งแม้ว่ากฎหมายที่ออกมาจะถูกใช้บังคับเหมือนกันแต่ผลของกฎหมายหลังจากถูกใช้บังคับแล้วกลับเป็นการเลือกประติบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุน

---

[32] *Ibid.,* Part IV Chapter B para.33.

[33] *Ibid.,* Part IV Chapter B para.38.

[34] *Occidental v. Ecuador, supra note 11,* p.48.

ต่างชาติ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในบางครั้งการปฏิบัตินั้นไม่เป็นการเลือกประติบัติในทางนิตินัย (*de jure*) แต่เป็นการเลือกประติบัติในทางพฤตินัย (*de facto*) แทน

ในข้อพิพาท *ADF v. United States* บริษัท ADF Group สัญชาติแคนาดา ผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการออกแบบ การก่อสร้างโครงสร้างที่ทำจากเหล็ก ได้ยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวหาว่า กฎหมายของสหรัฐที่บังคับให้การสร้างถนนภายในสหรัฐจำเป็นที่จะต้องใช้เฉพาะเหล็กที่ถูกผลิตในสหรัฐเท่านั้นเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำถามที่จะต้องตอบคือ มีการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันของสหรัฐต่อบริษัท ADF กับบริษัทผู้ผลิตเหล็กสัญชาติสหรัฐเห็นได้ชัดหรือไม่ และมีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าในทางพฤตินัยหรือไม่ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนี้ที่ความแตกต่างระหว่างเหล็กของบริษัท ADF กับเหล็กของบริษัทอื่นๆที่ผลิตในสหรัฐมีเพียงอย่างเดียวคือ สถานที่ตั้งของโรงงานผลิตเท่านั้น อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการก็มีความเห็นว่า จำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นหลักฐานแห่งการเลือกประติบัติด้วย เช่น สถานการณ์เฉพาะที่แสดงให้เห็นถึงการแข่งขันกันทางเศรษฐกิจ รวมไปถึงราคาสำหรับการถลุงเหล็กในแคนาดาว่าต่ำกว่าในสหรัฐมากหรือไม่ หรือเกิดการขาดแคลนกำลังการผลิตในสหรัฐ หรือค่าขนส่งในแคนาดาถูกกว่าจนทำให้เห็นความแตกต่างได้ ซึ่งหลักฐานเหล่านี้อาจจะเกี่ยวข้องในการตัดสินใจของคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นการตอบปัญหาข้างต้น สหรัฐสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าในขณะนั้นกำลังการผลิตของสหรัฐไม่ได้มีปัญหา และถึงแม้จะมีถ้อยคำของพยานที่แสดงให้เห็นว่าราคาค่าถลุงเหล็กในสหรัฐแพงขึ้นอย่างมาก แต่คณะอนุญาโตตุลาการก็เห็นว่าหลักฐานเพียงจำกัดเท่านี้ไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องโดยทั่วไปของการแข่งขันระหว่างโรงงานถลุงเหล็กของแคนาดากับสหรัฐ หรือไม่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นการเปรียบเทียบของราคาการถลุงเหล็กในสหรัฐและแคนาดา กล่าวโดยสรุปก็คือ บริษัท ADF ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามาตรการของสหรัฐไม่ว่าจะเป็นทั้งทางนิตินัยและพฤตินัยให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อบริษัท ADF เมื่อเปรียบเทียบกับโรงงานถลุงเหล็กอื่นๆที่มีสัญชาติสหรัฐในสถานการณ์เดียวกัน[35]

ในข้อพิพาท *Corn Products v. Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวไว้เพียงสั้นๆว่า โดยที่คู่พิพาทเห็นพ้องต้องกันว่ามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการก็เห็นด้วยกับแนวความคิดของคู่พิพาทนี้[36]

---

[35] *ADF Group Inc. v. United States of America,* ICSID case no. ARB(AF)/00/1, para.157.

[36] *Corn Product International INC. v. The United Mexican States,* ICSID case no. ARB(AF)/04/01, para.115.

4.2.2 การพิจารณาถึงเจตนาของรัฐในการออกมาตรการ (Discrimination intent)

ข้อพิพาทที่ถูกตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการก็ยังคงแบ่งออกเป็น 2 แนวทางว่ารัฐที่ออกมาตรการจำเป็นที่จะต้องมีเจตนาเลือกประติบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติหรือไม่จำเป็นที่จะต้องมีเจตนาในการเลือกประติบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติ

4.2.2.1 รัฐไม่จำเป็นที่จะต้องมีเจตนา

ในข้อพิพาท *SD Myers v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าในการจะที่ประเมินว่ามาตรการใดที่จะเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มีปัจจัยที่จะต้องนำมาพิจารณาอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

1) ผลกระทบในทางกายภาพของมาตรการที่ทำให้เกิดความไม่สมส่วนและเป็นการให้ประโยชน์แก่บริษัทสัญชาติตนมากว่าบริษัทของสัญชาติอื่น

2) ปรากฏว่ามาตรการนั้นให้การปฏิบัติที่ดีกว่าต่อบริษัทสัญชาติตนมากกว่าบริษัทที่มีสัญชาติอื่น

คณะอนุญาโตตุลาการ ได้กล่าวไว้ว่า เจตนานั้นมีความสำคัญ แต่เจตนาที่จะปกป้องไม่ใช่จุดแน่ชัดในตัวของมันเอง เจตนาที่ปรากฏออกมาว่ามีการให้การปฏิบัติต่อบริษัทสัญชาติตนดีกว่าบริษัทที่ไม่ใช่สัญชาติตนจะไม่ทำให้เกิดการละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หากว่ามาตรการนั้นไม่ได้สร้างผลกระทบต่อบริษัทที่ไม่ใช่สัญชาติที่มีการลงทุนเกิดขึ้น ซึ่งจากคำว่า การปฏิบัติ (treatment) นั้น ทำให้เห็นได้ว่าจำเป็นต้องใช้ผลกระทบทางกายภาพในการที่จะทำให้เกิดการละเมิดมาตรา 1102 ไม่ใช่ใช้เพียงแค่แรงจูงใจหรือเจตนาที่จะทำให้เกิดการละเมิดหมวดที่ 11 ได้ [37]

ในข้อพิพาทนี้ จากการที่แคนาดาต้องการที่จะคงความเข้มแข็งของอุตสาหกรรมของตนเองหรือในกรณีนี้คือความต้องการที่จะคงความสามารถในการจัดการ PCB ไว้ในแคนาดา ซึ่งเป็นไปตามความประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมายและตรงกันกับอนุสัญญาบาเซิล (Basel Convention) อย่างไรก็ดี ในการที่จะประสบความสำเร็จตามความประสงค์ดังกล่าวสามารถทำได้หลายวิธี และการห้ามการส่งออก PCB เพื่อเข้าสู่กระบวนการทำลายในสหรัฐอเมริกาของบริษัท SDMI ก็ไม่ใช่หนึ่งในวิธีนั้น เจตนาโดยอ้อมสามารถทำให้เข้าใจได้แต่เพียงวิธีการของแคนาดานั้นฝ่าฝืนต่อพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้ NAFTA[38]

ในประเด็นเกี่ยวกับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ เห็นว่าไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยการพิสูจน์ว่ามีเจตนาที่จะปกป้องการ

---

[37] *SD Myers v. Canada, supra note 4,* para.254.

[38] *Ibid.,* para.255.

ลงทุนในประเทศของตน เพื่อจะกล่าวอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าโดยอาศัยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ[39]

ในข้อพิพาท *Feldman v. United Mexican States* เป็นกรณีผลกระทบของการใช้กฎหมายภาษีของเม็กซิโกที่มีต่อบริษัท CEMSA ซึ่งจดทะเบียนตามกฎหมายเม็กซิโก แต่มี Mr. Marvin Roy Feldman Karpa ผู้มีสัญชาติอเมริกาเป็นเจ้าของและผู้บริหาร ประกอบกิจการส่งออกยาสูบ โดยบริษัท CEMSA ได้กล่าวหาว่า เม็กซิโกได้ละเมิดบทบัญญัติในบทที่ 11 ของ NAFTA จากกรณีที่เม็กซิโกปฏิเสธการขอคืนภาษีสรรพสามิตของบริษัท CEMSA หลังจากที่บริษัทได้ส่งออกบุหรี่ไปแล้ว

คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า การมีอยู่ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏทั้งใน NAFTA และความตกลงอื่นๆเป็นไปเพื่อขจัดการเลือกประติบัติที่มีพื้นฐานมาจากสัญชาติ และก็เป็นการเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่านักลงทุนต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านักลงทุนในชาติที่อยู่ในสภาวการณ์เดียวกัน ซึ่งจากหลักฐานที่อยู่ในข้อพิพาทนี้มีเพียงบริษัท CEMSA ซึ่งเจ้าของไม่ได้มีสัญชาติเม็กซิโกที่กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และมีบริษัทสัญชาติเม็กซิโกอีกอย่างน้อยหนึ่งบริษัทที่ได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า โดยจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏเพียงเท่านี้คณะอนุญาโตตุลาการก็สันนิษฐานแล้วว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเป็นผลมาจากสัญชาติของบริษัท CEMSA[40]

คณะอนุญาโตตุลาการยังชี้ให้เห็นเพิ่มไปอีกว่า หากจะให้บริษัทต่างชาติพิสูจน์ว่าการเลือกประติบัตินั้นมีพื้นฐานมาจากความแตกต่างของสัญชาติคงจะเป็นการยากต่อบริษัทต่างชาติมากจนเกินไป เนื่องจากหลักฐานต่างๆอาจจะอยู่กับรัฐบาล ซึ่งในกรณีอย่างนั้นยิ่งเป็นกรณีที่เป็นไปไม่ได้ที่นักลงทุนต่างชาติจะสามารถทำให้เห็นว่าการเลือกประติบัติของรัฐบาลนั้นมาจากความแตกต่างทางด้านสัญชาติ ยิ่งไปกว่านั้นหากเป็นอย่างเช่นที่เม็กซิโกโต้แย้งว่าแรงจูงใจของรัฐเป็นสิ่งที่ไม่ควรจะต้องพิจารณา ก็จะไม่มีทางใดๆเลยที่บริษัทต่างชาติหรือคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาถึงการเลือกประติบัติของรัฐนั้นว่าเกิดขึ้นจากความเป็นต่างชาติของนักลงทุน หากการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะเกิดขึ้นได้แต่เพียงมีการเลือกประติบัติที่ชัดเจนหรือเป็นเพียงทางนิตินัยเท่านั้นก็จะทำให้ประสิทธิผลของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีอยู่อย่างจำกัดมาก ในข้อพิพาทนี้จึงสามารถสรุปได้ว่า การได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้น รัฐไม่จำเป็นต้องมีเจตนาที่จะให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่า

---

[39] Andrea K. Bjorklund, “National Treatment,” Standards of Investment Protection, ed. August Reinsch (Oxford : Oxford University Press, 2008), p.49.

[40] *Marvin Feldman v. Mexico,* ICSID Case no. ARB(AF)/99/1, para.181.

ในข้อพิพาท *Corn Products v. Mexico* บริษัท Corn Products International (CPI) สัญชาติสหรัฐ ได้ยื่นข้อพิพาทโดยอ้างว่าการลงทุนของบริษัทในกิจการผลิตน้ำเชื่อมข้าวโพดฟรุ๊กโตสสูง (high fructose corn syrup: HFCS) ได้รับผลกระทบจากภาษีที่เก็บจาก HFCS โดยบริษัท Corn Products อ้างว่า การเก็บภาษีนั้นเป็นไปเพื่อการปกป้องกิจการผลิตน้ำตาลของเม็กซิโกและเป็นการผลักดันให้ HFCS ออกจากตลาดของเครื่องให้ความหวานในน้ำอัดลม[41]

ในข้อพิพาทนี้เม็กซิโกได้อ้างว่า การเก็บภาษีนั้นไม่ได้มีเจตนาเพื่อจะใช้เพิ่มรายได้แต่อย่างใด แต่เป็นการให้ความช่วยเหลือกิจการน้ำตาลของเม็กซิโกในช่วงเวลาวิกฤติ และเพื่อเป็นการตอบโต้ในสิ่งที่เม็กซิโกพิจารณาว่าเป็นการที่สหรัฐละเมิดบทบัญญัติใน NAFTA[42]

โดยในข้อพิพาทนี้ คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินในข้อพิพาท *Methanex v. USA* และ *GAMI v. Mexico* ว่ารัฐที่ออกมาตรการจำเป็นที่จะต้องมีเจตนาและยังไม่อาจจะถือได้ว่าพยานซึ่งเป็นสมาชิกสภาของเม็กซิโกที่บริษัท CPI นำมาใช้อ้างถึงเจตนาในการออกข้อบัญญัติเป็นการแสดงถึงเจตนาของสมาชิกสภาทั้งหมด แต่ถึงอย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการก็มีความเห็นว่ามาตรการตอบโต้ของเม็กซิโกนั้นมีความสำคัญที่จะพิจารณาถึงแม้จะไม่จำเป็นก็ตาม เนื่องจากหากว่าภาษีที่เก็บกับ HFCS เป็นมาตรการตอบโต้ที่มีเป้าหมายที่สหรัฐ มันก็จะต้องทำให้ผลประโยชน์ของสหรัฐได้รับผลกระทบ ซึ่งในจุดนี้มาตรการของเม็กซิโกที่มีเป้าหมายที่บริษัทผู้ผลิต HFCS ก็เนื่องจากว่าบริษัทผู้ผลิต HFCS มีความเกี่ยวข้องกับสหรัฐ[43]

จากข้อเท็จจริงข้างต้นคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า เป็นการเพียงพอแล้วที่จะถือว่ามาตรการของเม็กซิโกมีเจตนามาจากความแตกต่างของสัญชาติ ถึงแม้ว่าในการพิจารณาการละเมิดการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 1102 ของ NAFTA จะไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้ได้ว่ามีเจตนาก็ตาม แต่เมื่อมีการแสดงออกว่ามีเจตนาก็ถือว่าเป็นการให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อการลงทุนของต่างชาติแล้ว อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ย้ำให้เห็นชัดไปอีกว่าถึงแม้ว่าจะไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาในการเลือกประติบัติก็ตาม แต่เพียงแค่ข้อเท็จจริงที่ว่าภาษีที่เม็กซิโกเรียกเก็บมีผลแต่กับผู้ผลิต HFCS ซึ่งทั้งหมดเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ และให้ประโยชน์แต่กับผู้ผลิตน้ำตาลซึ่งส่วนใหญ่เป็นการลงทุนนักลงทุนของเม็กซิโกเอง ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะถือว่ามีการให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่าซึ่งละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้ว[44]

---

[41] http://www.state.gov/s/l/c11548.htm, ค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2559.

[42] *Corn Product International INC. v. The United Mexican States*, *supra note 43,* para.119.

[43] *Ibid.,* para.137.

[44] *Ibid.,* para.138.

4.2.2.2 รัฐจำเป็นที่จะต้องมีเจตนา

ในข้อพิพาท *Methanex v. USA* คณะอนุญาโตตุลาการ มีความเห็นว่า ในการที่บริษัท Methanex จะกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ บริษัท Methanex จำเป็นจะต้องแสดงให้เห็นว่า มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีเจตนาที่จะให้การปฏิบัติที่ดีกว่าต่อบริษัทท้องถิ่น โดยหากบริษัท Methanex สามารถแสดงให้เห็นได้ บริษัท Methanex และบริษัทท้องถิ่นที่คาดว่าจะได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าจากมลรัฐแคลิฟอร์เนียถึงจะอยู่ในสภาวการณ์เดียวกัน[45] แต่คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ ก็ไม่ได้มีการวิเคราะห์และชี้ให้เห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีเจตนาอย่างชัดเจน เนื่องจาก คณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินไปก่อนแล้วว่า บริษัท Methanex ไม่ได้อยู่ในสภาวการณ์เดียวกันกับผู้ผลิตแอลกอฮอล์ประเภทเอธานอล

ในข้อพิพาท *Genin v. Estonia*[46] เมื่อ Mr.Genin บุคคลสัญชาติสหรัฐเจ้าของ 2 บริษัทในประเทศเอสโตเนีย ได้นำคดีไปสู่คณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่าเอสโตเนียได้ละเมิดสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและเอสโตเนีย จากการที่ธนาคารกลางเอสโตเนียปฏิเสธการให้ใบอนุญาตประกอบกิจการของธนาคารอินโนเวชั่น (Innovation Bank) ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเอสโตเนียและ Mr.Genin เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในนั้น

โดยคณะอนุญาโตตุลาการ *Genin v. Estonia* นี้ มีความเห็นต่อเรื่องการเลือกประติบัติระหว่างนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนว่า มาตรา II(2)(b) ของ BIT อาจจะทำให้เข้าใจได้ว่ามีความจำเป็นที่รัฐจะต้องมีเจตนาในการออกมาตรการที่เป็นการเลือกประติบัติ โดยคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า “ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เรียกร้องไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าการถอนใบอนุญาต EIB นั้นเป็นการกระทำที่มีเจตนาจะทำความเสียหายต่อธนาคารหรือผู้เรียกร้องอื่นในข้อพิพาทนี้ หรือปฏิบัติต่อผู้เรียกร้องทั้งหมดในลักษณะการเลือกประติบัติ”[47]

---

[45] *Metahnex corporation v. United State of America*, *supra note 17,* para12.

[46] *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia,* ICSID case No.ARB/99/2.

[47] *Genin v. Estonia para 369 :* Moreover, Claimants have failed to prove that the withdrawal of EIB’s license was done with the intention to harm the Bank or any of the Claimants in this arbitration, or to treat them in a discriminatory way.

4.2.3 การเปรียบเทียบการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 ว่า มาตรการของการเก็บภาษีที่ต่างกันจะต้องไม่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศนั้น มาตรการดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยเจตนาของรัฐผู้ออกมาตรการ ดังเช่น ในข้อพิพาท *Philippines-Distilled spirits* เนื่องจากวัตถุดิบเฉพาะที่ใช้กลั่นสุราเฉพาะนั้นถูกปลูกเฉพาะในฟิลิปปินส์และสุรากลั่นของฟิลิปปินส์ก็ใช้วัตถุดิบจากวัตถุดิบเฉพาะเท่านั้น ซึ่งต่างจากสุรากลั่นที่นำเข้าที่ไม่ได้ถูกผลิตโดยวัตถุดิบเฉพาะ จึงทำให้สุราที่ผลิตภายในประเทศถูกเก็บภาษีในอัตราที่ต่ำ ซึ่งตรงกันข้ามกับสุราที่ถูกนำเข้าที่ถูกจัดเก็บภาษีในอัตราที่สูงกว่า โดยการบัญญัติอัตราภาษีดังกล่าว ไม่ได้เป็นการบัญญัติโดยเลือกประติบัติ แต่เนื่องจากผลของกฎหมายดังกล่าวทำให้เป็นการเลือกประติบัติ คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์จึงเห็นว่ามาตรการที่เป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่าสามารถเป็นได้ทั้งนิตินัยและพฤตินัย (*de jure* and *de facto*) โดยในเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่าในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเป็นไปในทางเดียวกันกับในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่การได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าสามารถเป็นได้ทั้งการเลือกประติบัติในทางนิตินัยและพฤตินัย (*de jure* and *de facto*) เช่น ในข้อพิพาท *Corn Products v. Mexico* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวไว้เพียงสั้น ๆ และอย่างชัดเจนว่า โดยที่คู่พิพาทเห็นพ้องต้องกันว่ามาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย รวมไปถึงในข้อพิพาท *ADF v. United States*

ในประเด็นเรื่องเจตนาก็เช่นเดียวกัน คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ก็ได้มีความเห็นเป็นไปในทางเดียวกันกับคณะอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาททางการลงทุนว่ารัฐที่ออกมาตรการหรือเก็บภาษี ไม่จำเป็นที่จะต้องมีเจตนาเพื่อทำให้เกิดความแตกต่าง เช่น ในข้อพิพาท *Philippines-Distilled spirits* อีกเช่นเดียวกัน

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น ในเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่าว่ารัฐจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีเจตนา หรือในกรณีที่การเลือกประติบัติสามารถเป็นไปได้ทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย ดังนั้น ในเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่าในหัวข้อนี้ แนวทางการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศสามารถนำมาเป็นแนวทางในการตีความและการปรับใช้ในกฎหมายการลงทุนระหว่าประเทศได้

4.3 การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเรื่องเหตุผลของความแตกต่าง (Justification of differentiation)

เมื่อสามารถพิสูจน์ได้แล้วว่านักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐต่างชาติอยู่ในสภาวการณ์เดียวกันหรือสถานการณ์เดียวกันกับการลงทุนหรือนักลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน และนักลงทุนหรือการลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าแล้วก็ตาม ก็ยังอาจจะถือว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่ละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากยังมีการพิจารณาในกรณีสุดท้าย กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่ามาตรการที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปโดยไม่มีเหตุแห่งความเป็นธรรมที่สามารถจะปฏิบัติได้ จึงจะถือว่า มาตรการของรัฐนั้นเป็นมาตรการที่ละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ในข้อพิพาท *Thunderbird v. Mexico* เมื่อบริษัท International Thunderbird Gaming Corporation ได้ยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวหาว่า เม็กซิโกได้ละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจากการที่กฎหมายและเจ้าหน้าที่ของเม็กซิโกซึ่งมีหน้าที่ได้เข้าทำการปิดสิ่งอำนวยความสะดวกในกิจการที่เกี่ยวกับการพนันที่บริษัทฯ เป็นเจ้าของอยู่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่าบริษัท Thunderbird มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าในสภาวการณ์เดียวกันเมื่อเปรียบเทียบระหว่างบริษัท Thunderbird กับการลงทุนหรือนักลงทุนของเม็กซิโก[48] โดยไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นแยกต่างหากว่าการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเกิดจากความแตกต่างของสัญชาติ จากตัวบทบัญญัติเองจะเห็นได้ว่าต้องพิจารณากรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านักลงทุนภายในเท่านั้น[49]โดยในข้อพิพาทนี้บริษัท Thunderbird ไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยไปกว่านักลงทุนหรือการลงทุนสัญชาติเม็กซิโกแต่อย่างใด[50]

อย่างไรก็ดีในข้อพิพาทนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ให้เห็นว่า ถึงแม้ว่าบริษัท Thunderbird จะสามารถที่จะแสดงให้เห็นโดยไม่มีข้อโต้แย้งใดๆก็ตามได้ว่าการปฏิบัติของเม็กซิโกต่อกิจการการพนันจะไม่เป็นแบบเดียวกันทั้งหมดหรือไม่คงเส้นคงวาก็ตาม แต่ก็คงไม่สามารถมองข้ามข้อเท็จจริงที่ว่าการพนันเป็นสิ่งผิดกฎหมายในเม็กซิโกไปได้ ดังนั้น คงจะเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมอย่างยิ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการจะปล่อยให้ภาคีของ NAFTA ต้องแสดงเหตุผลโต้แย้งในสิ่งที่ไม่สามารถ

---

[48] *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States,* UNCITRAL (NAFTA), para.176.

[49]*Ibid.,* para.177.

[50]*Ibid.,* para.178.

บังคับได้เนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในประเทศนั้นตามบทบัญญัติมาตรา 1102 ของ NAFTA[51] กล่าวโดยสรุปจากข้อพิพาทนี้คือ นักลงทุนต่างชาติไม่สามารถอ้างความเท่าเทียมกันในสิ่งที่ผิดกฎหมายได้ภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ[52]

ในข้อพิพาท *GAMI v. Mexico* บริษัท GAMI investment สัญชาติสหรัฐ ได้กล่าวหาว่าจากการที่เม็กซิโกได้ออกกฎหมายเพื่อจะสร้างความเข้มแข็งให้กับอุตสาหกรรมน้ำตาลในประเทศ จึงทำให้มีมีการเวนคืนกิจการโรงงานน้ำตาลซึ่งมีลักษณะของการเลือกประติบัติ โดยกิจการโรงงานน้ำตาลที่ถูกเวนคืนไปนั้นมีโรงงานที่บริษัท GAMI ลงทุนรวมอยู่ด้วย

มาตรการเวนคืนโรงงานมีที่มาจากการที่เม็กซิโกเห็นว่า โรงงานน้ำตาลเกือบครึ่งหนึ่งของประเทศควรที่จะถูกเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งไม่ได้เป็นไปเพื่อความรุ่งเรืองหรือความโลภของรัฐบาลแต่อย่างใด แต่เกิดจากการที่รัฐบาลเม็กซิโกเข้าใจว่าการดำเนินงานของโรงงานเหล่านั้นอาจจะเกิดการล้มละลายจนทำให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจส่วนใหญ่ของประเทศได้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า มาตรการของเม็กซิโกอาจจะเกิดจากความเข้าใจผิดซึ่งเป็นเรื่องของการเมืองและนโยบายได้ อีกทั้งรัฐบาลอาจจะผิดพลาดในการพิจารณาถึงการแบ่งระหว่างการเวนคืนโดยสมัครใจกับการเวนคืนโดยไม่สมัครใจก็ได้ หรือความเข้าใจถึงสถานะทางการเงินของบริษัทโดยรัฐบาลอาจจะบกพร่องไปก็ได้ แต่อย่างไรก็ดีความไม่มีประสิทธิภาพของรัฐบาลก็ไม่ใช่สิ่งเดียวกับการเลือกประติบัติ ซึ่งจากเหตุผลของมาตรการของเม็กซิโกเองก็ไม่ใช่เหตุผลของการเลือกประติบัติ อีกทั้งเหตุผลนั้นยังเป็นเรื่องนโยบายที่ถูกกฎหมายอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้นมาตรการของรัฐบาลก็ยังถูกใช้โดยไม่มีลักษณะของการเลือกประติบัติหรือเป็นเรื่องของการกีดกันทางอ้อมเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเท่าเทียม[53]

4.4 อิทธิพลของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มีต่อคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เนื่องจากหลักกฎหมายของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ และกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความใกล้เคียงกันอย่างมาก โดยในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศจำเป็นที่จะต้องตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกัน จึงทำให้อาจจะ

---

[51] *Ibid.,* para.183.

[52] Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, *supra note 1,* para.203.

[53] *GAMI Investment INC v. The Government of The United Mexican States,* UNCITRAL (NAFTA), para.114.

นำมาใช้เป็นแนวทางในการช่วยการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในกฎหมายการลงทุนได้ โดยจากการศึกษาหลักการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรกนั้นเห็นว่าสามารถที่จะใช้แนวทางการตีความของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO มาเป็นแนวทางในการช่วยตีความของคณะอนุญาโตตุลาการได้ แต่ขณะเดียวกันในแนวทางที่สอง ก็มีความเห็นว่าไม่สามารถที่จะใช้แนวทางการตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO มาเป็นแนวทางของคณะอนุญาโตตุลาการได้ โดยในเบื้องต้นจะต้องทำความเข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างการค้าระหว่างประเทศกับการลงทุนระหว่างประเทศเสียก่อน

เนื่องจากความใกล้ชิดกันระหว่างการค้าระหว่างประเทศและการลงทุนระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงทำให้การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยคณะอนุญาโตตุลาการในบางกรณีอาจจะได้รับอิทธิพลของการตีความและการปรับใช้ของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO มาได้ แต่ในขณะเดียวกันด้วยเหตุแห่งความแตกต่างที่มี คณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนก็อาจจะปฏิเสธที่จะนำเอาแนวทางการตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO มาใช้ จึงทำให้สามารถแบ่งแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการออกได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

4.4.1 คณะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับยอมรับแนวทางของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

ในข้อพิพาท *SD Myers v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการ ได้กล่าวไว้ว่า สภาวการณ์ที่เหมือนกันตามมาตรา 1102(1) และมาตรา 1102(2) เปิดโอกาสให้สามารถที่จะตีความได้ทั้งในแนวทางที่เป็นนามธรรมและในบริบทของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น[54]

คณะอนุญาโตตุลาการ ได้กล่าวไว้ว่า คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก จำเป็นที่จะต้องมีการตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกันอยู่บ่อยครั้ง และจากคำตัดสินของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ก็ได้เน้นให้เห็นว่าการตีความคำว่า เหมือนกัน (like) จะต้องขึ้นอยู่กับสภาวการณ์ทั้งหมดในแต่ละกรณี และจะต้องพิจารณาอย่างใกล้ชิดในบริบททางกฎหมายที่คำว่าเหมือนกันปรากฏขึ้น เนื่องจากคำว่า เหมือนกัน อาจจะมีความหมายที่ต่างกันในบทบัญญัติของ GATT โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยในข้อพิพาท *Japan-Alcoholic Beverages* ว่าการตีความเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึง

[54] *SD Myers v. Canada, supra note 4,* para.243.

ลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์อย่างรอบด้านเพื่อที่จะทำให้ได้คำตัดสินที่เหมาะสม[55]ดังนั้น ในการพิจารณาความหมายของสภาวการณ์ที่เหมือนกัน ภายใต้มาตรา 1102 ของ NAFTA ก็เป็นความจำเป็นที่คล้ายกันที่ต้องคำนึงอยู่เสมอถึงบริบททางกฎหมายทั้งหมดซึ่งคำว่าสภาวการณ์ได้ปรากฏขึ้น[56]

คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาต่อไปอีกว่า จากบริบทของ GATT การพิจารณาในเบื้องต้นถึงการเลือกประติบัติในกรณีที่เหมือนกันจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของ GATT ทั้งหมดซึ่งรวมไปถึงในมาตรา 20 ในเรื่องการยกเว้นทั่วไปด้วย เพียงแค่การหาความหมายของความเหมือนกัน (likeness) ไม่ได้เป็นการทำให้การพิจารณาข้อพิพาทจบสิ้นไป ในบางครั้งการพิจารณาอาจจะนำไปสู่มาตรการที่ถูกต้องตามกฎหมาย แม้ว่าจะพบว่าการได้รับการปฏิบัติที่ต่างกันของการลงทุนหรือนักลงทุนอยู่ในสถานการณ์ที่พบว่าเหมือนกันก็ตาม[57]

จากแนวความคิดในการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO ที่คำนึงถึงบริบททางกฎหมายทั้งหมดที่คำว่าสภาวการณ์ที่เหมือนกันได้ปรากฏขึ้น และจะต้องพิจารณาถึงบริบททางกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่อไปอีกว่า บริบททางกฎหมายของมาตรา 1102 นั้นยังรวมไปถึงบทบัญญัติต่างๆของ NAFTA ซึ่งในกรณีนี้รวมไปถึง NAAEC[58] และหลักการที่ได้รับการรับรองโดย NAAEC

ยิ่งไปกว่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการยังได้นำแนวทางการตีความของ OECD ซึ่งได้แนะนำการตีความ สถานการณ์ที่เหมือนกัน ว่าจะต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างกิจการที่ถูกควบคุมโดยต่างชาติและกิจการในชาติ และจะถือว่าการเปรียบเทียบนั้นเป็นสถานการณ์ที่เหมือนกันได้ในกรณีที่ทั้งสองกิจการที่ถูกเปรียบเทียบปฏิบัติการอยู่ในหมวดหมู่เดียวกัน[59]

ในข้อพิพาท *Feldman v. Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือการห้ามเลือกประติบัติเป็นรากฐานของบทที่ 11 ซึ่งแนวคิดเรื่อง

---

[55] *Ibid.,* para.244.

[56] *Ibid.,* para.245.

[57] *Ibid.,* para.246.

[58] NAAEC : The North American Agreement on Environmental Co-operation เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งมีประเทศแคนาดา เม็กซิโก และสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีของสนธิสัญญา มีจุดประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องสิ่งแวดล้อม และส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืนของสิ่งแวดล้อมของภาคีของสนธิสัญญา

[59] *SD Myers v. Canada, supra note 4,* para.248.

นี้ไม่ใช่สิ่งใหม่ใดๆ ภาษาที่คล้ายคลึงกันในมาตรา 3 ของ GATT ได้รับการปรับใช้ระหว่างสหรัฐและแคนาดาตั้งแต่ ค.ศ.1947 และกับเม็กซิโกตั้งแต่ ค.ศ. 1985 โดยเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าขายสินค้า[60]

ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้นำแนวความคิดในเรื่องภาระการพิสูจน์ที่ได้ถูกวินิจฉัยไว้โดยองค์กรอุทธรณ์ของ WTO มาใช้ โดยในรายงานขององค์กรอุทธรณ์หลายข้อพิพาทได้อธิบายไว้ว่า คณะผู้ตัดสินข้อพิพาทระหว่างประเทศหลายคณะ รวมไปถึงศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเองก็ได้ยอมรับและปรับใช้แนวทางที่ว่า คู่พิพาทฝ่ายใดได้เสนอข้อเท็จจริงอะไรก็มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นเสมอ ซึ่งรวมไปถึงในระบบกฎหมายไม่ว่าจะในซีวิลลอว์หรือในคอมมอนลอว์ก็ใช้หลักการเดียวกันว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายเสนอข้อเท็จจริงก็ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น โดยในรายงานขององค์กรอุทธรณ์ได้มีความเห็นเพิ่มเติมไว้ว่า หากฝ่ายที่ได้เสนอข้อเท็จจริงสามารถเสนอพยานหลักฐานจนสามารถที่จะเชื่อได้ว่าเป็นจริง เมื่อนั้นภาระการพิสูจน์ก็จะกลับไปสู่คู่พิพาทอีกฝ่ายที่จะต้องเสนอพยานหลักฐานมาเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานแรก ซึ่งในข้อพิพาทนี้ฝ่ายผู้เรียกร้องสามารถที่จะเสนอพยานหลักฐานสนับสนุนสันนิษฐานของฝ่ายตนเองว่าเม็กซิโกได้ปฏิบัติต่อผู้เรียกร้องแตกต่างและผู้เรียกร้องได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าตัวแทนจำหน่ายบุหรี่รายอื่นๆที่มีสัญชาติเม็กซิโก และเมื่อใช้แนวทางการพิสูจน์พยานหลักฐานของ WTO ทำให้ฝ่ายเม็กซิโกจะต้องหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น แต่เม็กซิโกก็ไม่สามารถนำเสนอพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือเพื่อทำลายล้างข้อสันนิษฐานนั้นได้[61]

ในข้อพิพาท *Pope & Talbot v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการ ไม่เห็นด้วยกับแคนาดาว่าเมื่อใช้แนวทางการพิจารณาเรื่องการเลือกประติบัติทางพฤตินัยจะเกิดขึ้นได้เมื่อมาตรการที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่การลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาตินั้นไม่ได้สัดส่วนจะทำให้บริษัท *Pope & Talbot* ไม่ได้อยู่ในสภาวการณ์เดียวกันกับบริษัทสัญชาติแคนาดาอื่นๆ ซึ่งหลักการนี้จะไม่พบในบทบัญญัติของ NAFTA แต่จะพบได้แต่เฉพาะในบริบทของ GATT เท่านั้น[62] โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ยกตัวอย่างข้อพิพาทที่ถูกตัดสินโดยองค์กรอุทธรณ์ของ WTO และยกตัวอย่างคดี *SD Myers v. Canada* เพื่อที่จะปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของแคนาดา และตัดสินว่าไม่มีข้อพิพาทใดที่สนับสนุนข้ออ้างของแคนาดาเลย[63]

---

[60] *Marvin Feldman v. Mexico, supra note 47*, para.165.

[61] *Ibid.,* para.177.

[62] *Pope & Talbot INC v. The Government of Canada,* UNCITRAL (NAFTA), para.45.

[63] *Ibid.,* para.67.

4.4.2 คณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่ยอมรับแนวทางของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

ในช่วงหลัง คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำตัดสินในเรื่องของการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุน โดยปฏิเสธที่จะนำเอาแนวทางของ GATT 1994 มาใช้โดยเหตุผลที่ต่างกันอื่น ซึ่งไม่ใช่ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 4.2 และ 4.3 ความแตกต่างกันของภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริง[64] เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะนำเอาแนวทางการตีความและการปรับใช้ของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์มาใช้ในการตัดสินข้อพิพาททางการลงทุน

เนื่องจากในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมีระเบียบสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศภาระการพิสูจน์เหตุผลที่ถูกต้องของกฎหมายจากการให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นจะตกเป็นของผู้ถูกกล่าวหา โดยผู้กล่าวหาเพียงแค่ต้องแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่เกิดขึ้นเท่านั้น[65] แต่ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ผู้กล่าวหาจะต้องแสดงให้เห็นไม่เพียงแค่ความแตกต่างที่เกิดขึ้นยังต้องแสดงให้เห็นถึงด้วยอีกว่าความแตกต่างนั้นเป็นความแตกต่างที่ละเมิดสนธิสัญญา ซึ่งในกรณีนี้ก็คือได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า

ด้วยเหตุดังกล่าว ในข้อพิพาท *Thunderbird v. Mexico*[66] จากการที่บริษัท Thunderbird กล่าวอ้างว่าประเทศเม็กซิโกได้ให้การปฏิบัติที่เป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของ NAFTA มาตรา 1102 โดยให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบริษัท Tunderbird กับบริษัทสัญชาติเม็กซิโก จากการที่รัฐบาลเม็กซิโกเข้าทำการปิดกิจการเนื่องจากเครื่องจักรในกิจการนั้นผิดกฎหมาย โดยเม็กซิโกได้ปฏิเสธว่าบริษัท Thunderbird ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการเลือกประติบัติเกิดขึ้นกับบริษัท Thunderbird เนื่องจากเม็กซิโกเห็นว่ามาตรา 1102 ของ NAFTA ภาระการพิสูจน์ว่าเม็กซิโกจะได้มีการให้การปฏิบัติที่ละเมิดต่อมาตรา 1102 หรือไม่ตกอยู่กับบริษัท Thunderbird

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า ภาระการพิสูจน์จะต้องตกอยู่กับบริษัท Thunderbird โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีเห็นว่า ในการพิจารณามาตรา 1102 ของ NAFTA คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าถ้อยคำในบทบัญญัติเป็นการบังคับให้รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องไม่ปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนโดยเป็นการเลือกประติบัติ ดังนั้น นักลงทุนจะต้องพิสูจน์ให้ได้เสียก่อนว่าตนเอง

---

[64] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Supra Note 1*, p.184-185.

[65] *Ibid.,* p.184.

[66] *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States,* UNCITRAL (NAFTA), Arbitral Award, 26 January 2006.

ได้รับการปฏิบัติที่เป็นการเลือกประติบัติ[67] ด้วยเหตุนี้ ตามมาตรา 24(1) ของระเบียบของ UNCITRAL บริษัท Thunderbird จะต้องพิสูจน์ให้ได้เสียก่อนว่าบริษัทตนเองได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านักลงทุนของเม็กซิโกในสภาวการณ์เดียวกันจากการปฏิบัติของประเทศเม็กซิโก[68]โดยในข้อพิพาทนี้ บริษัท Thunderbird ไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้แม้เพียงเล็กน้อยว่าในสภาวการณ์เดียวกันกับบริษัทสัญชาติเม็กซิโก บริษัท Thunderbird ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า[69]

ในข้อพิพาท *Bayindir v. Pakistan* คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นยืนยันว่าการใช้การตีความกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะไม่นำเอาแนวคิดของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาเป็นแนวทางในการตีความ โดยอธิบายเพียงสั้นๆ ว่าเห็นด้วยกับแนวคำตัดสินเกี่ยวกับความเกี่ยวข้องกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศในข้อพิพาท *Occidental v. Ecuador Methanex v. USA* และ *Thunderbird v. Mexico* [70]

ในบทที่ 4 สามารถสรุปได้ว่า จากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการทำให้เห็นได้ว่าการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาให้ได้เสียก่อนว่า การลงทุนหรือนักลงทุนที่กล่าวอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าอันเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นอยู่ในสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกันกับการลงทุนหรือนักลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน โดยสามารถแบ่งสถานการณ์เดียวกันหรือสภาวการณ์ออกได้เป็น 3 ลักษณะ กล่าวคือ ในลักษณะที่อยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน ในลักษณะที่อยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน และต้องอยู่ในลักษณะเดียวกันทั้งหมด ในขั้นถัดไปเมื่อสามารถหาข้อสรุปได้แล้วว่าการลงทุนหรือนักลงทุนนั้นอยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกัน ก็จะต้องพิจารณาว่ามาตรการหรือผลกระทบใดๆที่นักลงทุนหรือการลงทุนได้รับเป็นการปฏิบัติที่ถือได้ว่าด้อยกว่าการปฏิบัติที่รัฐให้การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐตนหรือไม่ โดยอาจจะต้องพิจารณาถึงเจตนาของรัฐที่ออกมาตรการว่ามีความจงใจที่จะก่อให้เกิดการเลือกประติบัติหรือไม่ โดยลักษณะของการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นมีทั้งลักษณะที่เป็นทั้งนิตินัยและพฤตินัย และในประการสุดท้ายถึงแม้จะมีการเลือกประติบัติก็ตามแต่ในบางครั้งมาตรการที่ออกโดยรัฐก็อาจจะมีเหตุผลทางกฎหมายที่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นให้การปฏิบัติที่แตกต่างอันเป็นธรรมในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ไม่สามารถนำมาใช้ได้ในเรื่อง การพิจารณาถึงความเหมือน เนื่องจาก ใน

---

[67] *Ibid.,* para.175.

[68] *Ibid.,* para.176.

[69] *Ibid.,* para.178.

[70] August Reinisch, *supra note 23.,* p.392.

กฎหมายการค้าระหว่างประเทศเป็นการพิจารณาถึงสินค้าชนิดเดียวกันโดยใช้ การทดสอบ 4 แบบ ส่วนในกฎหมายการลงทุนเป็นการพิจารณาถึงสถานการณ์หรือสภาวการณ์ที่เหมือนกันซึ่งมีความขอบเขตมากกว่า รวมถึงการบัญญัติความตกลงที่มีความแตกต่างกัน จึงทำให้การตีความเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันไม่สามารถนำมาเป็นแนวทางได้ ในประเด็นถัดไปเรื่องการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเพื่อให้การคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนเป็นไปได้อย่างรอบด้านและครบถ้วน จึงสามารถนำเอาแนวทางของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาปรับใช้ได้ เนื่องจากทั้ง 2 บริบทของกฎหมายจะไม่พิจารณาถึงเจตนาของรัฐผู้ออกมาตรการ รวมถึงความแตกต่างสามารถเป็นไปได้ทั้งทางนิตินัยและพฤตินัย

การตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศอาจจะได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายการค้าระหว่างประเทศก็เป็นได้ ซึ่งนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนก็ได้อ้างถึงหลักการในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศอยู่บ่อยครั้ง และมีทั้งคณะอนุญาโตตุลาการที่ทั้งยอมรับและปฏิเสธการรับเอาอิทธิพลของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาใช้เป็นแนวทางในการช่วยตัดสินข้อพิพาทดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้น

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ได้ผ่านการใช้การตีความทั้งจากคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO และรวมไปถึงคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันวิธีการที่ใช้สำหรับทดสอบเพื่อหาว่ามีการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะยังไม่คงเส้นคงวา แต่ก็เริ่มมีความแน่นอนมากขึ้น ทั้งการทดสอบเพื่อหาสินค้าชนิดเดียวกัน การพิจารณาถึงการได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของ GATT 1994 ทั้งในเรื่องภาษีและค่าสัมภาระ รวมถึงกฎหมาย โดยคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO ในภายหลังก็ได้เดินตามแนวทางของการตัดสินที่มีมาก่อนมากขึ้น ในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศที่ต้องตัดสินว่าการปฏิบัติของรัฐนั้นสอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาทางการลงทุนหรือไม่ก็เริ่มมีการเดินตามแนวทางของคำตัดสินที่มีมาก่อนเช่นเดียวกัน ซึ่งมีข้อสรุปและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหลักที่สามารถค้นพบได้ย้อนไปหลายร้อยปี แต่หลักการนี้เริ่มที่จะมีความสำคัญในระดับสากลในช่วงศตวรรษที่ 19 เมื่อชาติตะวันตกเริ่มใช้นโยบายเรือปืน ทำให้รัฐอื่นๆที่มีความเข้มแข็งทางการทางทหารน้อยกว่าจำเป็นต้องหามาตรการในทางกฎหมายระหว่างประเทศมาต่อต้านนโยบายของรัฐมหาอำนาจ จึงทำให้เกิดหลักการ Calvo ขึ้นมา โดยหลักการนี้มีสาระสำคัญดังนี้ (1) ชาวต่างชาติไม่ควรได้รับสิทธิพิเศษใดๆที่มากกว่าสิทธิที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้แก่ชนชาติตนเอง และต้องใช้สิทธิทางศาลภายใต้ขอบอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน (2) รัฐต่างชาติไม่สามารถบังคับสิทธิของพลเมืองตนเองผ่านทางการแทรกแซงทางการทูตและทางกายภายต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน แต่หลักการนี้ไม่ได้มีจุดประสงค์ดังเช่นในปัจจุบันเพื่อปกป้องคุ้มครองการลงทุนของชาวต่างชาติ ดังนั้น จึงทำให้รัฐผู้ส่งออกเงินทุนได้รับความเสียหายอย่างมากจากการที่ประเทศแถบลาตินอเมริกาอ้างหลักการนี้ขึ้นมาเพื่อเวนคืนกิจการของชาวต่างชาติ จนต่อมาได้มีการพัฒนาหลักการเรื่องมาตรขั้นต่อระหว่างประเทศ จึงทำให้การลงทุนของชาวต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ดีขึ้น

ในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีจุดประสงค์เพื่อขจัดการเลือกประติบัติใดๆที่เกิดขึ้นโดย

มีพื้นฐานมาจากสัญชาติที่แตกต่างกัน โดยหากจะกล่าวให้ชัดเจนก็คือ ในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ สินค้าชนิดเดียวกัน ไม่ควรที่จะได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าทั้งทางด้านมาตรการทางการเงิน และมาตรการที่ไม่ใช่ทางการเงิน เพื่อให้สินค้าชนิดเดียวกันนั้นมีความสามารถในการแข่งขันได้ หรือในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศก็เป็นไปเพื่อไม่ให้รัฐผู้รับการลงทุนให้การปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันด้อยกว่าการลงทุนหรือนักลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน โดยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศจะถูกปรับใช้เมื่อสินค้าได้ผ่านพิธีการของการนำเข้าแล้วเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นเรื่องของมาตรการภายใน ไม่ใช่มาตรการ ณ ชายแดน เช่นเดียวกันกับในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะถูกปรับใช้เมื่อนักลงทุนได้ทำการลงทุนแล้วในรัฐผู้รับการลงทุน แต่ก็มีบางครั้งเช่นในสนธิสัญญาของ NAFTA ที่คุ้มครองไปถึงสิทธิในการก่อตั้งการลงทุนด้วย โดยในสนธิสัญญาทางการลงทุนส่วนใหญ่จะมีการบัญญัติถึงหลักการปฏิบัติที่เป็นไปเพื่อการคุ้มครองการลงทุนไว้ 3 หลักการ กล่าวคือ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และหลักความเป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งมีไว้เพื่ออุดช่องว่างของสองหลักการข้างต้น

คำตัดสินของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก็สามารถแสดงให้เห็นในคดี *The Oscar Chin case* ว่า การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในสมัยนั้นถึงแม้จะยังไม่มีการบัญญัติเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเช่นถ้อยคำในปัจจุบัน ศาลก็จำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่าง นักลงทุนที่กล่าวอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยว่ากับการลงทุนหรือนักลงทุนที่ถูกกล่าวหาว่าได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า ซึ่งต่อมา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้มีคำตัดสินไว้ในคดี *Elettronica Sicula s.p.A.* ว่าจำเป็นที่จะต้องแสดงความเชื่อมโยงระหว่างการลงทุนของสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนกับการลงทุนของรัฐต่างชาติเช่นเดียวกัน โดยการศึกษาในเรื่องการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสรุปออกได้เป็น 2 ประการ ได้แก่ (1) การใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (2) การใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งสามรถสรุปได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ สามารถแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ดังนี้

(1) การกล่าวอ้างมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก มีประเด็นที่จะต้องวิเคราะห์อยู่ 3 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรก สินค้าชนิดเดียวกัน จากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะพิจารณา และองค์กรอุทธรณ์ สามารถเห็นได้ว่ามีแนวทางในการพิจารณาเพื่อหาว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่อยู่ 2 วิธี คือ ก) วิธีแบบดั้งเดิม โดยวิธีนี้จำเป็นที่จะต้อง

พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ ลักษณะทางกายภาพของสินค้า (physical characteristic) ลักษณะการใช้สินค้า (product's end use) รสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค (consumer's taste and habit) และอัตราการเก็บภาษี (tariffs classification) ซึ่งเห็นได้จากข้อพิพาท *Japan-Alcoholic Beverages* และข้อพิพาทโดยส่วนใหญ่ที่ตัดสินโดยคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO ข) วิธีพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบ จะต้องวิเคราะห์ว่ามาตรการนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการผลิตสินค้าภายในประเทศหรือไม่ และการมีอยู่ของมาตรการนั้นส่งผลกระทบต่อสินค้านำเข้าเมื่อเปรียบเทียบกับสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตภายในประเทศ ซึ่งวิธีการนี้ไม่เป็นที่นิยม โดยเห็นว่ามีเพียงในข้อพิพาท *US-Malt Beverages* และข้อพิพาท *US-Automobiles* เท่านั้นที่ใช้แนวทางการตีความวิธีนี้ ประเด็นที่สองเรื่องภาษีหรือค่าสัมภาระ สามารถเป็นทั้งภาษีทางตรงและภาษีทางอ้อม โดยภาษีทางตรงรวมไปถึงภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีการขาย ภาษีสรรพสามิต แต่ไม่รวมถึงภาษีเงินได้ และภาษีศุลกากร และภาษีทางอ้อมที่เก็บจากกระบวนการผลิตสินค้า ประเด็นที่สามเรื่องภาษีจะต้องไม่เกินไปกว่า โดยในข้อพิพาท *Japan-Alcoholic Beverage II* ได้ตัดสินไว้ว่า การเก็บภาษีที่แตกต่างกันแม้เพียงเล็กน้อยก็ถือว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรกแล้ว เนื่องจากมาตรานี้เป็นการปกป้องความคาดการณ์ได้ จึงไม่สามารถนำเรื่องผลกระทบทางการค้ามาพิจารณาได้

(2) การกล่าวอ้างมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง มีประเด็นที่จะต้องวิเคราะห์อยู่ 3 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรกเรื่องสินค้าที่สามารถแข่งกันหรือทดแทนกันได้นั้น สินค้าไม่จำเป็นที่จะต้องทดแทนกันได้จริง แต่สินค้าจะต้องมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถทดแทนสินค้าอีกชนิดได้ หรือสินค้านั้นจะต้องเป็นทางเลือกสำหรับการทำให้เกิดความพอใจในความต้องการหรือรสนิยมเฉพาะ ดังเช่นที่องค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Korea-Alcoholic Beverages* ได้ตัดสินไว้ ประเด็นที่สองเรื่องเก็บภาษีต่างกัน ซึ่งแตกต่างจากในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก เนื่องจากหากการเก็บภาษีไม่มากไปกว่าในประโยคแรกมีลักษณะการใช้เช่นเดียวกันกับการเก็บภาษีที่ต่างกัน ก็จะทำให้การพิจาราสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าที่แข่งกันหรือทดแทนกันได้เป็นสิ่งเดียวกันด้วยเช่นกัน ซึ่งจะเป็นการตีความโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของการบัญญัติกฎหมาย โดยตามการใช้การตีความของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ยอมให้มีการเก็บภาษีที่แตกต่างกันได้ และประการสุดท้ายเรื่องเป็นการปกป้องสินค้าที่ผลิตในประเทศ ทำให้มีการอนุญาตในการเก็บภาษีที่ต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม การเก็บภาษีนั้นจะต้องไม่เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศ ซึ่งจะต้องพิจารณาแบบภาวะวิสัยโดยไม่ต้องคำนึงว่ารัฐผู้ออกมาตรการมีเจตนาที่จะปกป้องการผลิตสินค้าในประเทศด้วย มิเช่นนั้นก็จะเป็นการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง

(3) การกล่าวอ้างมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามมาตรา 3 วรรค 4 มีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์อยู่ 3 ประเด็น คือ ประเด็นแรกเรื่องกฎหมาย ระเบียบ ข้อกำหนด ซึ่งจะต้องรวมไปถึง

กฎหมายที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของการแข่งขันระหว่างสินค้าที่ถูกนำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศด้วย มิใช่เฉพาะกฎหมายที่ครอบคลุมเงื่อนไขหรือสภาพแวดล้อมการขายเท่านั้น จึงทำให้กฎหมาย ระเบียบ ข้อกำหนด ไม่ได้ครอบคลุมเฉพาะกฎหมายสารบัญญัติแต่รวมไปถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย ดังที่คณะพิจารณาในคดี *US-Section337* ได้ตัดสินไว้ ประเด็นที่สองเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน จากตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ทำให้เห็นได้ว่าความหมายของสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4 จะกว้างกว่าความหมายของมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก เนื่องจากว่าจากการบัญญัติกฎหมายเองนั้น ในมาตรา 3 วรรค 2 มีการบัญญัติไว้สองประโยค ดังนั้นการตีความของสินค้าชนิดเดียวกันในประโยคแรกจะต้องตีความเผื่อให้สามารถตีความเรื่องสินค้าที่แข่งกันหรือทดแทนกันได้ไว้ด้วย แต่ในมาตรา 3 วรรค 4 ไม่ได้มีการบัญญัติเช่นนั้น องค์กรอุทธรณ์ในคดี *EC-asbestos* ได้ให้ความหมายในเรื่องของของสินค้าชนิดเดียวกันไว้ว่า ขอบเขตของสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรา 3 วรรค 4 จะกว้างกว่ามาตรา 3 วรรค 2 ประโยคแรก แต่จะไม่กว้างกว่าสินค้าที่แข่งกันหรือทดแทนกันได้โดยตรงในมาตรา 3 วรรค 2 ประโยคที่สอง โดยใช้การทดสอบจะประกอบไปด้วยการคำนึงถึงเรื่อง ลักษณะ คุณสมบัติ และคุณภาพของสินค้า ลักษณะการใช้ของสินค้า รสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค และอัตราภาษีศุลกากร ประเด็นที่สามเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่า จะต้องพิจารณาจากการทดสอบความเท่าเทียมกันในการแข่งขันว่ากฎหมาย ข้อบัญญัติ ข้อบังคับนั้นต้องไม่มีผลกระทบต่อการขาย การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจัดจำหน่าย หรือการใช้ผลิตภัณฑ์ เนื่องจากหากจะตัดสินจากข้อเท็จจริงเพียงว่ามีการบังคับกฎหมายกันคนละฉบับเท่านั้นอาจจะไม่เพียงพอ เพราะในบางครั้งการใช้กฎหมายเดียวกันก็อาจจะทำให้สินค้าที่ถูกนำเข้าได้รับผลกระทบในทางที่ด้อยกว่าก็เป็นไป ซึ่งแนวทางนี้ได้นับการสนับสนุนจากองค์กรอุทธรณ์ในหลายข้อพิพาท เช่น *Thailand-Cigarettes* ที่ได้สนับสนุนแนวคิดขององค์กรอุทธรณ์ในข้อพิพาท *Korea-Various Measures on Beef*

(4) การกล่าวอ้างข้อยกเว้นของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยการพิจารณาว่าข้อยกเว้นที่รัฐใดๆกล่าวอ้างว่าไม่ได้มีการปฏิบัติที่ขัดแย้งกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรกเรื่องข้อยกเว้นตามมาตรา 3 วรรค 8 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเฉพาะมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่อนุญาตให้รัฐสามารถใช้กฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับที่แตกต่างได้หากเป็นการทำไปเพื่อซื้อสินค้าที่ใช้ในกิจการของรัฐบาล และรัฐสามารถจ่ายเงินอุดหนุนให้กับผู้ผลิตสินค้าในประเทศได้ จากเงินที่มาจากภาษีหรือค่าสัมภาระ ซึ่งการจ่ายนั้นจะต้องจ่ายโดยตรงกับผู้ผลิตสินค้า ประเด็นที่สองเรื่องข้อยกเว้นทั่วไปของ GATT 1994 ซึ่งจะต้องถูกนำมาปรับใช้กับมาตรา 3 เรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติด้วย โดยรัฐที่จะกล่าวอ้างข้อยกเว้นเพื่อกระทำการไม่สอดคล้องกับมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะต้องแสดงให้เห็นว่ามาตรการของรัฐนั้นมาจากข้อยกเว้นใดซึ่งใน มาตรา 20 มีทั้งหมด 10 ข้อยกเว้น จากนั้น จะต้องพิจารณาจากข้อยกเว้นที่

ได้อ้างไว้นั้นว่า การใช้ข้อยกเว้นนั้นจะต้องไม่เป็นไปโดยอำเภอใจหรืออย่างไม่มีเหตุผล รวมทั้งก่อให้เกิดการจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าระหว่างประเทศด้วย หากสามารถอ้างได้เช่นนั้น มาตรการนั้นก็จะไม่ละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ประการที่สอง มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบันส่วนใหญ่จะมีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาทางการลงทุนแบบทวิภาคี (bilateral investment treaty : BIT) ที่มีถึงเกือบ 3,000 ฉบับ โดยความตกลงทุกฉบับอาจจะมีการบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำหรือหลักทางภาษาที่แตกต่างกัน แต่สามารถแบ่งบทบัญญัติที่มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติปรากฏอยู่ได้ 3 ลักษณะ คือ (1) ปรากฏอยู่แบบลำพัง (2) ปรากฏอยู่กับการการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (3) ปรากฏอยู่กับหลักความเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงทางการลงทุนส่วนใหญ่จะใช้บังคับเมื่อนักลงทุนได้เข้าไปก่อตั้งการลงทุนแล้วเท่านั้นโดยจะไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องสิทธิในการเข้าไปลงทุนเอาไว้ แต่ก็มีในบางสนธิสัญญาที่ให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก่อนการเข้าไปลงทุนด้วยซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นความตกลงที่มีสหรัฐหรือแคนาดาเป็นภาคี โดยการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ สามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วน

(1) การตีความเรื่องสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกัน เนื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติห้ามการเลือกประติบัติระหว่างการลงทุนหรือนักลงทุนในประเทศกับการลงทุนหรือนักลงทุนต่างประเทศ จึงทำให้นักลงทุนหรือการลงทุนจะต้องอยู่ในสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกัน โดยสามารถแบ่งการทดสอบออกได้เป็น 3 วิธี กล่าวคือ วิธีแรกเป็นวิธีการทดสอบโดยการลงทุนหรือผู้ลงทุนจะต้องอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกัน (same business sector) จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการลงทุนหรือนักลงทุนที่กล่าวอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ประกอบกิจการอยู่ในภาคธุรกิจเดียวกันกับการลงทุนหรือนักลงทุนสัญชาติรัฐผู้รับการลงทุน วิธีที่สองเป็นวิธีการทดสอบโดยการลงทุนหรือผู้ลงทุนจะต้องอยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน (same economic sector) ซึ่งมีที่มาจากจุดประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่เป็นไปเพื่อปกป้องนักลงทุนที่จะต้องนำไปเปรียบเทียบกับผู้ผลิตท้องถิ่น เมื่อเป็นเช่นนั้น จึงไม่สามารถที่จะทำได้โดยการเปรียบเทียบเฉพาะหมวดหมู่ของภาคธุรกิจที่มีกิจกรรมเดียวกันได้ วิธีที่สามเป็นวิธีการทดสอบโดยการลงทุนหรือนักลงทุนจะต้องอยู่ในสภาวการณ์เดียวกันหรือสถานการณ์เดียวกันทุกประการ (identical) ซึ่งจากข้อพิพาท *Methanex v. US* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคงจะเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมหากจะหันไปพิจารณาคู่เปรียบเทียบที่มีความเหมือนกันน้อยกว่า ดังนั้น ในแนวคิดนี้จึงเห็นว่า นักลงทุนหรือการลงทุนที่ใช้ในการเปรียบเทียบจะต้องมีความเหมือนกันทุกอย่าง

(2) การพิจารณาเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่า สามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 3 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรกการปรากฏตัวของความแตกต่าง ซึ่งในประเด็นนี้เป็นที่ยอมรับกันใน

ทุกคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนว่า ความแตกต่างสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งที่เป็นความแตกต่างทางพฤตินัยและทางนิตินัย (*de facto* and *de jure*) ประเด็นที่สองในเรื่องเจตนาของรัฐ ในเรื่องนี้สามารถแยกได้ออกเป็น 2 แนวทาง คือแนวทางแรกเห็นว่ารัฐไม่จำเป็นที่จะต้องมีเจตนา เนื่องจากในบทบัญญัติจะใช้คำว่าการปฏิบัติ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบทางกายภาพไม่ใช่พิจารณาไปถึงแรงจูงใจในการออกมาตรการ และหากจะให้นักลงทุนที่กล่าวอ้างว่าได้รับการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของรัฐก็คงจะเป็นเรื่องที่ยากจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ ในแนวทางที่สองเห็นว่ารัฐจำเป็นที่จะต้องมีเจตนา โดยผู้กล่าวอ้างจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารัฐมีเจตนาที่จะให้การปฏิบัติที่ดีกว่าต่อนักลงทุนหรือการลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐตน หรือรัฐนั้นจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนหรือนักลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐอื่น ประเด็นที่สามเรื่องการพิสูจน์ถึงเหตุผลของความแตกต่าง รัฐผู้รับการลงทุนสามารถจะออกมาตรการซึ่งเป็นไปตามนโยบายของตน หากว่ามาตรการนั้นถูกบังคับใช้กับนักลงทุนหรือการลงทุนเท่าทียมกันทั้งที่เป็นของสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนเองกับการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติ เช่น ในข้อพิพาท *ADF v United States* ที่มาตรการของสหรัฐบังคับให้การก่อสร้างถนนต้องใช้เหล็กที่มีต้นกำเนิดจากภายในสหรัฐเท่านั้น ซึ่งมาตรการนี้ใช้บังคับกับทั้งนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนสัญชาติสหรัฐเอง หรือการออกมาตรการของรัฐที่อาจจะเกิดจากการออกนโยบายหรือเข้าใจกลไกการตลาดผิด ก็ไม่ทำให้มาตรการเหล่านั้นเป็นการให้การปฏิบัติที่ด้อยกว่า และประการที่สำคัญที่สุด นักลงทุนไม่สามารถกล่าวอ้างว่ารัฐผู้รับการลงทุนละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ หากการลงทุนนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายภายในประเทศของผู้รับการลงทุน ถึงแม้การบังคับใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนจะไม่คงเส้นคงวาก็ตาม

(3) การใช้แนวทางการตีความของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติขององค์การการค้าโลกในการตัดสินข้อพิพาททางการลงทุน เนื่องในบริบทขององค์การการค้าโลก มีข้อพิพาทที่เกิดจากการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมากมาย และสถาบันที่ตัดสินข้อพิพาทเหล่านั้นก็เป็นสถาบันเดียวกันจึงทำให้แนวทางในการตัดสินค่อนข้างที่จะแน่นอนแล้ว ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนจึงอาจจะนำเอาแนวคิดในการตีความของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์มาเป็นแนวทางในการสนับสนุนการตีความของตน โดยสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก ยอมรับเอาแนวทางการตัดสินของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์มาปรับใช้ โดยเห็นว่าเนื่องจากคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์จะต้องพิจารณาความหมายของสินค้าชนิดเดียวกันอยู่บ่อยครั้ง จึงทำให้สามารถที่จะนำเอาแนวคิดในการตีความสินค้าชนิดเดียวกันที่ว่าต้องดูบริบททั้งหมดที่คำว่าสินค้าเดียวกันปรากฏอยู่มาใช้วิเคราะห์ด้วย มาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาเรื่องสภาวการณ์ที่เหมือนกันได้ โดยในข้อพิพาท *Pope & Talbot v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการได้นำเอาหลักการพิจารณาการเลือกประติบัติทางพฤตินัยมาใช้ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับว่าเป็น

แนวคิดที่มาจากบริบทของ GATT 1994 และไม่มีแนวคิดนี้อยู่ในกฎหมายการลงทุนเลย และคณะอนุญาโตตุลาการยังได้นำหลักการเรื่องภาระการพิสูจน์ของ GATT 1994 ที่ว่า หากผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นจริงตามที่กล่าวอ้างนั้น ภาระการพิสูจน์จะกลับไปสู่คู่พิพาทอีกฝ่ายในอันจะต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น โดยหากไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ ข้อสรุปก็จะเป็นดังที่สันนิษฐานตั้งแต่แรก แนวทางที่สอง ไม่ยอมรับเอาแนวทางการตัดสินของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์มาปรับใช้ โดยเห็นว่าการที่พิสูจน์ว่าสินค้าชนิดใดเป็นสินค้าชนิดเดียวกันตามบริบทของ GATT 1994 ทำให้ต้องตีความอย่างแคบและต้องเกี่ยวข้องกับการแข่งกันหรือทดแทนกันได้โดยตรง อีกทั้งในบริบทของ GATT 1994 เป็นการไม่ต้องการให้สินค้าที่นำเข้าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ แต่ในทางกลับกันบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเป็นเรื่องของการไม่ต้องการให้ผู้ผลิตสินค้าในประเทศที่มีไม่ได้มีสัญชาตินั้นได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ผลิตสินค้าที่มีสัญชาตินั้น และยิ่งไปกว่าเนื่องจากการบัญญัติความตกลงทางการลงทุนผู้ร่างสามารถที่จะเลือกใช้คำได้อย่างเหมาะสมตามเจตนารมณ์ของความตกลงได้ และจากการที่ไม่มีคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน ปรากฏในที่ใดๆเลยของความตกลง NAFTA ทำให้เห็นว่าไม่สามารถที่จะนำเอาแนวทางในการตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องหลักการใช้การตีความมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า สิ่งที่เป็นที่ยุติแน่นอนแล้วสำหรับบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศคือในเรื่อง เจตนาของรัฐว่ารัฐที่ออกมาตรการหรือมีการปฏิบัติใดๆต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติจำเป็นที่จะต้องมีเจตนาในการปกป้องการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐตนหรือมีเจตนาที่จะปกป้องการผลิตภายในประเทศของรัฐตนว่า การที่จะพิสูจน์ถึงการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเจตนาของรัฐเนื่องจากการที่จะหาเหตุผลในการที่รัฐออกมาตรการใดๆออกมาว่าเป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องการผลิตภายในประเทศคงเป็นการยากที่จะทำได้ และหากจะจำกัดอยู่แต่เพียงว่าการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจำเป็นที่จะต้องมีเจตนาเท่านั้น ก็จะเป็นการทำให้การขัดการเลือกประติบัติซึ่งเป็นเป้าหมายหลักทำได้อยู่แต่เพียงทางนิตินัย (*de jure*) เท่านั้น ซึ่งจะทำให้การบรรลุเป้าหมายของการขจัดการเลือกประติบัติเป็นไปได้ยากมากขึ้น

ในประเด็นเรื่องสถานการณ์เดียวกันหรือสภาวการณ์เดียวกัน ตามที่ได้นำเสนอไปแล้วว่าสามารถแบ่งวิธีการทดสอบออกได้เป็น 3 วิธี ซึ่งผู้เขียนเสนอว่าวิธีการที่ดีที่สุดในการพิจารณาสถานการณ์เดียวกันหรือสภาวการณ์เดียวกันคือ ใช้วิธีการทดสอบเรื่องภาคธุรกิจเดียวกันตามที่ได้ใช้ในข้อพิพาท *SD Myers v. Canada* และข้อพิพาท *Pope & Talbot v. Canada* เนื่องจากในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจะต้องเป็นการปกป้องนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนที่ได้เข้าไปลงทุน ดังนั้น หากจะใช้การพิจารณาว่า จะต้องใช้วิธีการทดสอบแบบภาคเศรษฐกิจเดียวกันอย่างเช่นในข้อพิพาท *Occidental v. Ecuador* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีความเห็นว่าบริษัทที่ส่งออกน้ำมันกับบริษัทที่ส่งออกดอกไม้นั้นอยู่ในสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันก็จะเป็นการกว้างไปซึ่งจะทำให้รัฐผู้รับการลงทุนได้รับการเอาเปรียบ เนื่องจากในบางกิจกรรมทางเศรษฐกิจรัฐก็ควรที่จะสามารถสงวนสิทธิบางประการได้ โดยเฉพาะในข้อพิพาทนี้ซึ่งบริษัทน้ำมันอื่นๆที่มีสัญชาติเอกวาดอร์ก็ไม่ได้รับการคืนภาษีมูลค่าเพิ่มเช่นเดียวกัน ส่วนในวิธีการทดสอบโดยการลงทุนหรือนักลงทุนจะต้องอยู่ในสถานการณ์เดียวกันทั้งหมด (identical) ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการทดสอบที่แคบเกินไป ดังเช่นในข้อพิพาท *Methanex v. USA* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมองว่า ผู้ผลิตเอธานอลกับเมธานอลไม่ได้อยู่สภาวการณ์เดียวกัน ซึ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการเลือกใช้แนวทางนี้เป็นแนวทางหลักก็จะทำให้การปกป้องคุ้มการลงทุนหรือผู้ลงทุนตามเป้าหมายของหลักการขจัดการเลือกประติบัติสามารถเป็นไปได้ยาก เนื่องจากแม้ความแตกต่างเพียงเล็กน้อยของผลิตภัณฑ์ก็สามารถทำให้การลงทุนหรือผู้ลงทุนที่กล่าวอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าไม่ได้รับการคุ้มครอง โดยในการตีความลักษณะนี้เป็นการตีความที่คล้ายกันกับการตีความในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันในบริบทข อง GATT 1994 ซึ่งจะต้องตีความสินค้าชนิดเดียวกันให้มีความแคบเพื่อที่สินค้าที่ถูกนำมาเปรียบเทียบจะได้อยู่ในความหมายของสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) อย่างแท้จริง

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของ GATT 1994 เป็นการปกป้องสินค้าที่นำเข้ามาสู่ชายแดนของภาคีของรัฐใดๆไม่ให้ถูกเลือกประติบัติทั้งในด้านภาษี ค่าสัมภาระ หรือกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับใดๆ ซึ่งระดับของความเกี่ยวพันของสินค้าที่นำเข้ามาตามความหมายของ GATT 1994 กับสภาวการณ์หรือสถานการณ์ตามความหมายของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน ด้วยเหตุที่ว่าใน GATT 1994 มุ่งคุ้มครองสินค้าที่ผ่านชายแดนซึ่งโดยจะเป็นความผูกพันระยะสั้นในลักษณะผู้ซื้อกับผู้ขาย แต่ในกฎหมายการลงทุนมุ่งคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนที่จะได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติใดๆที่การลงทุนหรือผู้ลงทุนของรัฐนั้นๆได้รับ ความผูกพันจึงฝังรากลงไปลึกมากกว่า ผู้ลงทุนจะต้องมีการตั้งกิจการ จ้างแรงงาน ทำให้ผู้ลงทุนจึงต้องการความแน่นอนของรัฐผู้รับการลงทุนมากกว่า จากความแตกต่างของกิจกรรมทางเศรษฐกิจของการค้าระหว่างประเทศ และการ

ลงทุนระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงเสนอว่าการที่จะนำเอาแนวคิดการปรับใช้การตีความของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาใช้ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสามารถทำได้เท่าที่บริบทจะเอื้ออำนวยเท่านั้น โดยแนวคิดที่กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจะสามารถนำมาปรับใช้ได้คือประการแรกแนวคิดในเรื่องวัตถุประสงค์ทั่วไปของมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่มุ่งไปที่การขจัดการเลือกประติบัติใดๆที่อาจจะเกิดขึ้นโดยมีพื้นฐานมาจากสัญชาติที่แตกต่างกัน ซึ่งในบริบทของกฎหมายทั้งสอง สิ่งที่เห็นได้ชัดว่ามีการปรับใช้ที่เหมือนกันโดยอาจจะเป็นการได้รับอิทธิพลจากกันและกันคือ การขจัดการเลือกประติบัตินั้นจะไม่จำกัดอยู่เฉพาะการเลือกประติบัติในทางนิตินัยเท่านั้น แต่จะรวมไปถึงการขจัดการเลือกประติบัติในทางพฤตินัยด้วย ในประการต่อมา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายการลงทุนมุ่งคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนที่จะไม่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการยังสามารถที่จะนำเอาแนวคิดในเรื่องการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติที่ด้อยกว่าได้ เนื่องจากแนวคิดของการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าจะต้องเกิดจากการเปรียบเทียบกันของการปฏิบัติที่ได้รับระหว่างความเป็นตัวตนต่างชาติกับความเป็นตัวของรัฐที่สินค้าถูกนำเข้าไปหรือรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้น การที่จะนำเอาแนวคิดของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศว่าการได้รับการปฏิบัติอย่างไรเป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่ามาปรับใช้กับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศยิ่งจะทำให้การคุ้มครองการลงทุนและการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการขจัดการเลือกประติบัติสามารถเป็นไปได้มากยิ่งขึ้น

สำหรับในเรื่องที่บริบทไม่เอื้ออำนวยนั้น ผู้เขียนเสนอว่าไม่สามารถที่จะนำแนวคิดการใช้การตีความในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันมาเป็นแนวทางในการใช้การตีความสภาวการณ์หรือสถานการณ์เดียวกันจึงไม่เหมาะสม โดยผู้เขียนเห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาท *Occidental v. Ecuador* ที่ได้ปฏิเสธที่จะใช้แนวทางการตีความเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันของ GATT 1994 เพื่อใช้สำหรับการพิจารณาเรื่องสถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากสินค้าชนิดเดียวกันตามมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริบทของ GATT 1994 จะต้องตีความอย่างแคบและเกี่ยวข้องกับแนวคิดในเรื่องสินค้าที่แข่งขันกันหรือทดแทนกันได้โดยตรงอีกทั้งแนวคิดของ GATT 1994 ก็เป็นเรื่องของการที่ไม่ต้องการให้สินค้าชนิดเดียวกันได้รับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในตลาดของผู้นำเข้าจากภาษีภายในหรือข้อบัญญัติอื่นๆโดยแนวคิดของ GATT 1994 นี้เป็นการเปรียบเทียบกันกับสินค้าชนิดเดียวกันไม่ใช่ในกรณีทั่วไป จึงทำให้การตีความสถานการณ์เดียวกันในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศแตกต่างจากการตีความสินค้าชนิดเดียวกันใน GATT 1994 เนื่องจากสถานการณ์สามารถเกี่ยวข้องได้กับสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกันทั้งหมดซึ่งอยู่ในเงื่อนไขเดียวกัน ส่วนสินค้านั้นจะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการแข่งขันหรือการทดแทนกันได้ของสินค้า

อย่างไรก็ดี GATT 1994 ในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไม่ได้มีแต่เฉพาะในเรื่อง สินค้าชนิดเดียวกันเท่านั้น แต่มีในเรื่องสินค้าที่สามารถทดแทนหรือแข่งขันกันได้โดยตรงอีกด้วย

โดยสำหรับในเรื่องสินค้าที่สามารถทดแทนหรือแข่งขันกันได้โดยตรง ผู้เขียนเสนอว่าไม่สามารถที่จะเอาแนวคิดในเรื่องนี้มาปรับใช้ในบริบทของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้ ถึงแม้ว่าการตีความในเรื่องสินค้าที่สามารถทดแทนหรือแข่งขันกันได้โดยตรงจะถูกตีความโดยกว้างกว่าสินค้าชนิดเดียวกันก็ตาม แต่การตีความสินค้าที่สามารถทดแทนหรือแข่งขันกันได้โดยตรงก็ยังต้องยึดโยงกับเรื่องสินค้าชนิดเดียวกัน ซึ่งต้องพิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพของสินค้า ลักษณะการใช้งานของสินค้า รสนิยมของผู้บริโภค อัตราภาษีศุลกากร เช่นเดียวกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าเหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาท *Occidental v. Ecuador* ที่ได้ปฏิเสธที่จะใช้แนวทางในเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันมาเป็นแนวทางในการพิจารณาเรื่องสภาวการณ์หรือสถานการณ์ที่เหมือนกันสามารถใช้ได้กับการปฏิเสธที่จะใช้แนวทางในเรื่องสินค้าที่สามารถทดแทนหรือแข่งขันกันมาเป็นแนวทางการตีความเรื่องสถานการณ์หรือสภาวการณ์เดียวกันได้ด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

กรมเศรษฐกิจและการพาณิชย์, คำแปลกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย, กรุงเทพมหานคร.

จตุรนต์ ถิระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

ทัชชมัย ฤกษะสุต. แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO). พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

นาถนิรันดร์ จันทร์งาม. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559.

พรเทพ เบญญาอภิกุล. เอกสารวิชาการหมายเลข 21 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก). GATS ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าการบริการ.กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

พิมพ์ชนก วอนขอพร. เอกสารวิชาการหมายเลข 3 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก). การเจรจาการค้าบริการใน WTO. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

สิทธิกร นิพภยะ. “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination Principle).” ในกฎกติการ WTO เล่มที่หนึ่ง : กฎกติกาทั่วไป. จัดพิมพ์โดยโครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก). กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดสามลดา, 2552.

วิทยานิพนธ์

ธัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์. “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2554.

บดีศร ทังปริยานนท์. “การเปิดเสรีการค้าบริการการศึกษาภายใต้ข้อตกลง GATS ขององค์การการค้าโลก(WTO).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.

บุชยา แก้วศรีวงศ์. “การปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ : ศึกษาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

วารสาร

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. “การอนุวัติกฎหมายไทยตามกรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยการลงทุน.” ปีที่ 13 ฉบับที่ 2, วารสารสถาบันพระปกเกล้า. เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558,

Books

Aaron Cosbey, Howard Mann, Luke Eric Peterson, Konrad von Moltke. Investment and Sustainable Development : A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements. Manitoba. 2004.

Andrea K. Bjorklund. “National Treatment.” Standards of Investment Protection. ed. August Reinsch. Oxford : Oxford University Press, 2008.

Gaëtan Verhoosel. National Treatment and WTO dispute settlement *Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*. Oregon : Hart Publishing, 2002.

Herbert and Rose Rubin. International Economic Law. Oxford : Oxford University Press, 2002.

Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, and Petros C. Mavroidis. The World Trade organization *Law, Practice, and Policy*. Oxford : Oxford University Press, 2003.

Peter Van den Bossche. The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer. Principles of International Investment Law. Edition 2. Oxford : Oxford University Press, 2012.

Surya P Subedi. International Investment Law : Reconciling Policy and Principle. Oregon : Hart Publishing, 2008.

Articles

A Center for International Environmental Law. “International Law on Investment : The Minimum Standard of Treatment.” A Center for International Environmental Law Issue Brief, 2003.

Andreas F. Lowenfeld. “Investment Agreements and International Law.” Columbia Journal of Transitional Law. Vol.42. 2003.

August Reinisch. “National Treatment Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29.” Building International Investment Law.

Barton Legum. “The Innovation of Investor-State Arbitration Under NAFTA.” Harvard I nternational Law Journal. Vol.43. No.2 2002.

Charles H. Brower II. “S.D. Myers, Inc. v. Canada and Attorney General of Canada v. S.D.Myers, INC.” The American Journal of International Law. Vol.98. No.2 2004.

David A. Gantz. “Pope & Talbot, Inc. v. Canada.” The American Journal of International Law. Vol.97. No.4 2003.

Daniel M. Price. “An Overview of the NAFTA Investment Chapter : Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement.” The International Lawyer. Vol.27. No.3 1993.

Don Wallace, Jr. & David B. Bailey. “The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions.” Cornell International Law Journal. Vol.31. 1998.

Gilbert Gagne and Sean-Frédéric Morin. “The Evolving American Policy on Investment Protection : Evidence From Recent FTAs and The 2004 Model BIT.” Journal of International Economic Law. Vol.9. No.2 2006.

Glen Kelly. “Multilateral Investment Treaties : A Balanced Approach to Multinational Corporations.” Columbia Journal of Transitional Law.” Vol.39. 2000-2001.

Gloria L. Sandrino. “The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico : A Third World Perspective.” Vanderbilt Journal of Transitional Law. Vol.27. No.2 1994.

Jennifer A. Heindl. “Toward A History of NAFTA’s Chapter Eleven.” Berkeley Journal of International Law. Vol.24. No.2 2006.

Jeswald W. Salacuse. “BIT by BIT : The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Country.” The International Lawyer. Vol.24. No.3 1990.

_____, Nicholas P. Sullivan. “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain.” Harvard International Law Journal. Vol.46. No.1 2005.

Jian Zhou. “National Treatment in Foreign Investment Law: A Comparative Study From A Chinese Perspective.” Touro International Law Review. Vol. 10, 2000.

John F. Coyle. “The Treaty of Friendship, Commerce and Navogation in Modern Era.” Columbia Journal of Transitional Law. Vol.51. 2012-2013.

Jύrgen Kurtz. “WTO Norms as Relevent Rules of International Law in Investor-State Arbitration.” American Society of International Law. Vol.108. 2014.

K. Scott Gudgeon. “United States Bilateral Investment Treaties: Comments on their Origin, Purposes and General Treatment Standard.” International Tax & Business Law.” Vol.4. No.105 1986.

Kathryn Gordon, Joachim Pohl. “Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in Changing World” OECD Working Papers on International Investment 2015/02.” 2015.

Kenneth J. Vandevelde. “The Political Economy of Bilateral Investment Treaty.” The American Journal of International Law. Vol.92. No.4 1998.

_____. “A Brief History of International Investment Agreements.” 12 U.C.-Davis Journal Law and Policy. Vol.12. No.157 2005.

_____. “The Bilateral Investment Treaty Program of the United States.” Cornell International Law Journal. Vol.21. 1988.

Leila Choukroune, “National treatment in international investment law and arbitration: A relative standard for autonomous public regulation and sovereign development,” The Principle of National Treatment in International Economic Law.

Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn. “Nondiscrimination in Trade and Investment treaties : Worlds Apart ot Two Sides of the Same Coin?.” The American Journal of International Law. Vol 102. No.1, 2008.

Sanford E. Gaines. “Methanex Corp. v. United States.” The American Journal of International Law. Vol.100. No.3 2006.

Shivam Bhardwaj. “National Treatment Clause in an International Investment Agreement : Determination the Standard of Enforcement.” SPILL International Law Journal. 2014.

Stephen J. Canner. “The Multilateral Agreement on Investment.” Cornell International Law Journal. Vol.31. 1998.

Thomas Cottier and Lena Schneller. “The Philosophy of non-discrimination in international trade regulation.” in The Principle of National Treatment in International Economic Law. 2014

United Nation Conference on Trade and Development. “National Treatment” UNCTAD series on issue in international investment agreements. Vol.4. 1999.

Other Materials

ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID case no. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID case No.ARB/99/2, Award, 25 June 2001.

Appellate body report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Product*, WT/DS135/AB/R, adopted 12 March 2001.

Appellate Body Report, *Japan-Tax on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 4 October 1996.

Appellate Body Report, *Korea-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopted 18 January 1999.

Appellate body Report, *Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef,* WT/DS161/AB/R, circulated 11 December 2000.

Appellate Body Report, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits,* WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R.

Appellate body report, *Thailand — Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS372?AB/R, circulated 17 June 2011.

Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, DS58, adopted 6 November 1998.

Case concerning elettronica sicula S.p.A. (ELSI), United State of America v. Italy, judgment of 20 july 1989.

Case concerning Oscar Chin, United Kingdom v Belgium, Permanent court of international justice, judgment of 12 December 1934.

Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States, ICSID case No. ARB(AF)/04/01, Decision on Responsibility, 15 January 2008.

GATT Panel Report, *United States-Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages,* DS23R-39S/206, adopted 19 June 1992.

International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexico States, UNCITRAL (NAFTA), Award, 26 January 2006.

Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case no. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3 August 2005.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration, Arbitral Award, 1 July 2004.

Panel Report, *Korea-Taxes on Alcoholic Beverages,* WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 September 1998.

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Interim Award, 26 June 2000.

Rudolf Dolzer. “National Treatment : New Developments.” Symposium co-organization by ICSID, OECD and UNCTAD. OECD Headquarters Paris, 2005.

S.D.Myers, Inc. v.Goverment of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Partial Award, 12 November 2000

Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory opinion of 4 January 1932, Permanent Court of International Justice.

World Trade Organization. “Member and Observer.” https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm, 1 ธันวาคม 2558.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย รัฐภูมิ เทพพิทักษ์
วันเดือนปีเกิด	วันที่ 30 มีนาคม พ.ศ.2532
ตำแหน่ง	ทนายความ สำนักงานคำนวณ ชโลปถัมภ์ทนายความ
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ.2558 ทนายความ สำนักงานคำนวณ ชโลปถัมภ์ทนายความ