



ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้
บทบัญญัติมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไป
ว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

โดย

นางสาวปรางค์สิริณนทร์ เอนกสุวรรณกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้
บทบัญญัติมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไป
ว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

โดย

นางสาวปราศรัยศิริณนทร์ เอนกสุวรรณกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



CONSIDERATION CRITERIA OF THE NECESSITY PRINCIPLE
(NECESSITY TEST) UNDER THE PROVISION OF ARTICLE XX
(A)(B)(D) OF THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE
(GATT 1994)

BY

Ms. Prangsirin Aneksuwanakul

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

นางสาวปรางค์สิริณนทร์ เอนกสุวรรณกุล

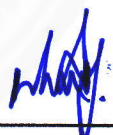
เรื่อง

ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา XX (a)(b)(d)
ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

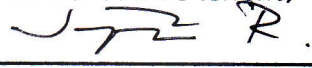
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



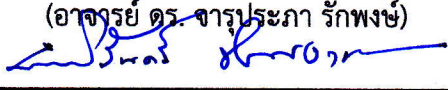
(ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. จารประภา รักพงษ์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



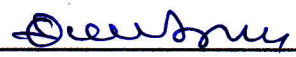
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นานิรัตน์ จันทร์งาม)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. ไกรจักร ชีรตยาคินันท์)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อดุม รัธอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง ทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994
ชื่อผู้เขียน	นางสาวปรางค์สิริณนทร์ เอนกสุวรรณกุล
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	อาจารย์ ดร. จารุประภา รักพงษ์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

องค์การการค้าโลก (WTO) เป็นองค์การระหว่างประเทศ ที่ควบคุมดูแลและส่งเสริมให้มีการเปิดเสรีทางการค้าในระหว่างประเทศสมาชิก โดยมีความมุ่งหมายในการลดและขจัดอุปสรรคที่เป็นกีดกันทางการค้าให้มากที่สุด เพื่อให้ทุกประเทศมีโอกาสในทางการค้าอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 (ความตกลง GATT) เป็นความตกลงหลักที่กำหนดพันธกรณีเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดี WTO ได้ตระหนักว่า ในบางกรณีภาคีสมาชิกอาจมีเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องละเมิดพันธกรณีตามความตกลง GATT เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ เช่น รัฐมีความจำเป็นจะต้องปกป้องศีลธรรมอันดี มีความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์พืช มีความจำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายภายใน เป็นต้น จึงได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไป (general exceptions) ไว้ในมาตรา XX ของความตกลง GATT

ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX มีอนุมาตราย่อย 10 อนุมาตรา ที่ได้บัญญัติถึง วัตถุประสงค์ของรัฐที่สำคัญที่รัฐสามารถอ้างเพื่อข้อยกเว้นพันธกรณีของความตกลง GATT ได้ ทั้งนี้ ในการอ้างข้อยกเว้นทั่วไป ภาคีสมาชิกจะต้องผ่านการพิสูจน์ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ในอนุมาตราย่อยนั้น ๆ ซึ่งเงื่อนไขตามมาตรา XX อนุมาตรา (a) (b) (d) คือ มาตรการที่ละเมิดความตกลง GATT จะต้องเป็น “มาตรการที่จำเป็น” ในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ ดังนั้น การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) จึงเป็นหัวใจสำคัญในการตรวจสอบการอ้างข้อยกเว้นของภาคีสมาชิกตามอนุมาตราย่อยเหล่านี้

การตีความพิจารณาความจำเป็นภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลง GATT ในระยะแรก ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) มาเป็น หลักกฎหมายพื้นฐานในการตีความพิจารณาความจำเป็น คล้ายคลึงกับการพิจารณาความจำเป็น ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

ในเวลาต่อมา องค์การการค้าโลก (WTO) ได้พัฒนาแนวทางการตีความพิจารณาความ จำเป็นภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลง GATT จนมีลักษณะเฉพาะตัว ทำให้ เหมาะสมกับบทบาทหน้าที่ขององค์การการค้าโลกที่ต้องรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรีอำนาจ อธิปไตยของภาคีสมาชิก และการพัฒนาด้านอื่น ๆ ตามวัตถุประสงค์ขององค์การ

คำสำคัญ: ข้อพิจารณาความจำเป็น, ข้อยกเว้นทั่วไป, องค์การการค้าโลก, หลักความได้สัดส่วน



Thesis Title	CONSIDERATION CRITERIA OF THE NECESSITY PRINCIPLE (NECESSITY TEST) UNDER THE PROVISION OF ARTICLE XX (A)(B)(D) OF THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT 1994)
Author	Ms. Prangsirin Aneksuwanakul
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Ajarn Jaruprapa Rakpong Dr.,Ph.D.
Academic Year	2015

ABSTRACT

The World Trade Organization is the international organization which has crucial role to reduce trade related barriers among member states. The objective of WTO is to provide a fair platform for its member states to help in services like exports, imports and conduct their business in peaceful manner by implementing the General Agreement on Tariff and Trade (GATT). Through the agreement, WTO members operate a non- discriminatory trading system that spells out their rights and obligations.

However, in certain circumstances, WTO has realized that member states may be exempted from GATT rules.

Article XX of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) entitles Members of the World Trade Organization (WTO) to adopt WTO-inconsistent measures, provided that they fall into one of the categories listed therein, each related to a different policy objective, and they are applied in a non-discriminatory way. In particular, exceptions designed to promote public morals, human (and

animal and plant) health, and compliance with GATT-consistent national norms must be 'necessary' to achieve the sought objective.

To be justified under Article XX, a member must perform to meet two cumulative requirements. Firstly, that its measure falls under at least one of ten exceptions under Article XX. Secondly, that the measure satisfied the requirements of introductory paragraph (the "chapeau" of Article XX). Additionally, for paragraph (a) (b) and (d), the measure which may be justified under Article XX must be the necessary measure to accomplish the policy objective of member states. So that determining whether a measure is "necessary" (Necessity Test) is the key to examine justification of member states to invoke Article XX.

The interpretation of necessity factor under Article XX of GATT on General Exceptions has been developing. At first, the principle of proportionality was used to determine such necessity factor which was used in determining such factor in European law as well.

After period of time, WTO has developed an approach specifically deployed to determine necessity under Article XX, GATT on General Exceptions. The developed approach has specific characteristic which best suits the function of WTO dealing with balancing between free trade and state sovereignty and materializing other objectives of the organization.

Keywords: Necessity Test, General Exceptions, WTO, the principle of proportionality

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณอาจารย์ ดร. จารุประภา รักพงษ์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ เป็นอย่างยิ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ของผู้เขียนสำเร็จลุล่วงด้วยดีเพราะได้รับความกรุณา ความเมตตา ความทุ่มเท เสียสละ และเพราะได้รับคำแนะนำที่มีค่ายิ่งของอาจารย์ที่ปรึกษา ผู้เขียนจึงใคร่ขอกราบ ขอบพระคุณอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร และกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นาถนรินทร์ จันทร์งาม และอาจารย์ ดร. ไกรจักร ธีรตยาศินันท์ ที่ท่านได้โปรดชี้แนะและให้คำแนะนำในการทำ วิทยานิพนธ์ จนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสิ้นไปด้วยดี

นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลงได้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาศิริตัน ที่ท่านได้ให้คำแนะนำความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครอง ตลอดจนผู้เขียน ขอขอบคุณนางสาวธัญญากาญจน์ แดงสุภา กัลยาณมิตรของข้าพเจ้า ที่ได้ให้กำลังใจในการเรียน ปริญญาโท การทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนเป็นผู้แปลบทความของวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นภาษาอังกฤษ ให้ผู้เขียน

และผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนาจิตรา สายสุนทร ผู้เป็นแรงบันดาลใจที่ทำให้ผู้เขียนสนใจกฎหมายระหว่างประเทศ จนกระทั่งได้สอบเข้ามาศึกษาต่อใน ระดับชั้นปริญญาโท สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณครอบครัว ที่เป็นผู้สนับสนุนในการศึกษาปริญญาโท ตลอดจนการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ทั้งกำลังทรัพย์ กำลังกาย และกำลังใจ จนกระทั่งวิทยานิพนธ์ ของผู้เขียนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี หากปราศจากการสนับสนุน ความเสียสละของคุณแม่ และครอบครัว ของผู้เขียน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจสำเร็จลุล่วงลงได้ และผู้เขียนขอขอบคุณกำลังใจจากเพื่อน พี่ น้อง ทุกคนที่ได้ให้กำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนกระทั่งบัดนี้ วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนได้ สำเร็จเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้เขียนจึงขอบพระคุณทุกท่านมา ณ โอกาสนี้

นางสาวปรางค์สิริณนทร์ เอนกสุวรรณกุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญภาพ	(10)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.4 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.5 วิธีการศึกษา	5
1.6 ถ้อยคำที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์	6
บทที่ 2 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็น	7
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (Necessity)	7
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (Necessity) และหลักความได้สัดส่วน (Proportionality)	10
2.2.1 หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน	12
2.2.1.1 บ่อเกิดและพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน	15
2.2.1.2 สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน	17
(1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability)	18
(2) หลักความจำเป็น (the principle of necessity)	19

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense)	20
2.2.1.3 การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน	21
2.2.2 หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป	23
2.2.2.1 หลักความได้สัดส่วนในสถานะหลักกฎหมายทั่วไปในระบบ กฎหมายสหภาพยุโรป	23
2.2.2.2 หลักความได้สัดส่วนในสถานะหลักกฎหมายภายใต้ข้อยกเว้น การจัดอุปสรรคการค้าเคลื่อนย้ายสินค้าเสรีของสินค้าของ สหภาพยุโรป (free movement of goods)	31
2.3 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็น (necessity) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994	56
2.3.1 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี	59
2.3.2 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพ ของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช	61
2.3.3 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT	63
บทที่ 3 บทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ความตกลงทั่วไป ว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994	67
3.1 ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994	67
3.1.1 แนวคิดพื้นฐานของข้อยกเว้นทั่วไป	72
3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX กับความตกลงทั่วไป ว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994	73
3.1.3 บทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX	73
3.1.3.1 บทนำของมาตรา XX	74
3.1.3.2 อนุมาตราย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX	75
(1) อนุมาตราที่ใช้คำว่า “มาตรการที่จำเป็นเพื่อ...”	75
(2) อนุมาตราที่ใช้คำว่า “มาตรการที่เกี่ยวข้องกับ...”	75
(3) อนุมาตราที่ใช้ถ้อยคำอื่นๆ	76

บทที่ 4 ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994	80
4.1 บทบาทของความได้สัดส่วนในการตรวจสอบมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX	80
4.2 ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) การปรับใช้ หลักความได้สัดส่วนภายใต้มาตรา XX	84
4.2.1 ช่วงที่ 1 ระยะเวลาก่อนการก่อตั้งองค์การการค้าโลก ค.ศ. 1990- ค.ศ. 2000	85
4.2.1.1 Thailand-Cigarettes (The old cigarette case) (1990)	85
4.2.1.2 Tuna-Dolphin I (1991)	90
4.2.1.3 Tuna – Dolphin II (1994)	92
4.2.1.4 US-Gasoline (1996)	97
4.2.2 ช่วงที่ 2 ค.ศ. 2000 – ค.ศ. 2001	102
4.2.2.1 Korea- Various Measures on beef (2000)	102
4.2.3 ช่วงที่ 3 ค.ศ. 2001 – ค.ศ. 2004	106
4.2.3.1 EC-Asbestos (2001)	106
4.2.4 ช่วงที่ 4 ค.ศ. 2004 – ค.ศ. 2007	110
4.2.4.1 US-Gambling (2004)	111
4.2.4.2 Dominican Republic-import and sale of cigarettes (2004)	119
4.2.4.3 Mexico-Taxes on Soft Drinks (2005)	124
4.2.5 ช่วงที่ 5 ค.ศ. 2007 – ค.ศ. 2015	126
4.2.5.1 Brazil retreaded Tyres (2007)	126
4.2.5.2 US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive (2008)	132
4.2.5.3 The China-Publications and Audiovisual Products (2009)	137
4.2.5.4 China - Raw Materials (2012)	145
4.2.5.5 EC-Seal Products (2013)	153
4.2.6 ช่วงที่ 6 ค.ศ. 2015 – ปัจจุบัน	156
4.2.6.1 Argentina – beef (2015)	156
4.3 พัฒนาการของข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ มาตรา XX (a)(b)(d) GATT และหลักเกณฑ์การตีความในปัจจุบัน	160

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	172
5.1 สรุปผล	172
5.2 ปัญหาของข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity test) ภายใต้ มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและ การค้า ค.ศ. 1994 และข้อเสนอแนะ	178
5.3 ข้อเสนอแนะ	181
รายการอ้างอิง	183
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก	187
The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)	
ภาคผนวก ข	188
THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE	
ภาคผนวก ค	190
Table of Cases (European Court Reports)	
ภาคผนวก ง	192
Table of Cases (WTO CASE) (Panel Report, Appellate Body Report)	
ประวัติผู้เขียน	194

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
4.1 พัฒนาการการตีความความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d)	159
4.2 ลำดับพัฒนาการของข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test)	162
4.3 การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ในปัจจุบัน	164



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สังคมระหว่างประเทศในปัจจุบันมีการพัฒนาความร่วมมือระหว่างกันหลายด้าน ความร่วมมือทางเศรษฐกิจเป็นกลไกประการหนึ่งที่สามารถขับเคลื่อนให้ทุกประเทศมีการพัฒนาทางเศรษฐกิจ ความเป็นอยู่ของประชากรและพัฒนาขีดความสามารถทางการค้า ตลอดจนนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนไปพร้อม ๆ กัน ในสังคมเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้อง มีหน่วยงานกลางซึ่งทำหน้าที่ในการควบคุมดูแล สร้างกฎกติกาและส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันของโอกาสในทางการค้าระหว่างสมาชิก ปัจจุบันนี้องค์การระหว่างประเทศที่ทำหน้าที่ดูแลควบคุม สร้างความเป็นธรรมในสังคมการค้าระหว่างประเทศ คือ องค์การการค้าโลก (World Trade Organization; WTO) โดยมีความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 (The General Agreement on Tariffs and Trade; GATT 1994) เป็นสนธิสัญญาหลักซึ่งกำหนดพันธกรณีของภาคีสมาชิกเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายในการเปิดเสรีทางการค้า ลดและขจัดมาตรการของภาคีสมาชิกที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าทั้งที่เป็นภาษีศุลกากร (Tariff) และมีใช้ภาษีศุลกากร (Non-Tariff Barriers; NTBs) นอกจากนี้ยังมุ่งหมายให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนในทุก ๆ ด้าน คำนึงถึงความเป็นอยู่ของมนุษย์ สิ่งแวดล้อม การพัฒนาทางสังคมวัฒนธรรม ฯลฯ ควบคู่ไปกับการพัฒนาทางด้านการค้า

ภายใต้พันธกรณีของความตกลง GATT ซึ่งสมาชิกต่าง ๆ เข้าผูกพันเพื่อมุ่งหมายให้เกิดการค้าเสรีและลดอุปสรรคทางการค้า ความตกลงดังกล่าวมีข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) อยู่ในมาตรา XX ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รักษาสสมดุลกันระหว่างแนวความคิดเรื่องการเปิดเสรีทางการค้ากับแนวความคิดเรื่องการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ เช่น การปกป้องการสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม การรักษาไว้ซึ่งศีลธรรมอันดี เป็นต้น กล่าวคือ แม้วางค์การการค้าโลกมีวัตถุประสงค์ให้เกิดการค้าเสรีอย่างไรก็ดี หากภาคีสมาชิกมีเหตุผลความจำเป็นในการปกป้องคุณค่าหรือประโยชน์บางประการที่อาจสำคัญกว่าแนวคิดเรื่องการค้าเสรี ภาคีสมาชิกสามารถอ้างใช้ข้อยกเว้นเพื่อไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงเพื่อเป็นการรักษาคุณค่าหรือประโยชน์นั้นไว้ได้ ทั้งนี้ การอ้างข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อให้การละเมิดพันธกรณีตามความตกลง GATT ไม่เป็นความผิดได้นั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามมาตรา XX

คุณค่าหรือประโยชน์ที่มีความสำคัญและสามารถอ้างเป็นเหตุผลในการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ตามมาตรา XX ของความตกลง GATT กำหนดไว้อย่างชัดเจนเพียง 10 กรณีเท่านั้น (อนุมาตราย่อย a - j)¹ เช่น เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี เป็นต้น เมื่อสามารถ

¹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่หัวข้อ 3.1.2.2

พิจารณาว่ามาตรการของภาคีสมาชิกตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุมาตราย่อยใดแล้ว ต้องมีการพิจารณาตามเงื่อนไขของบทบัญญัติในอนุมาตราย่อยนั้น ๆ ซึ่งอาจมีระดับการพิจารณาที่เคร่งครัดหรือยืดหยุ่นแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติ

เมื่อได้พิจารณาการอ้างข้อยกเว้นตามอนุมาตราย่อยของมาตรา XX แล้ว จากนั้นจึงตรวจสอบมาตรการของภาคีสมาชิกที่ละเมิดพันธกรณีนั้น ๆ ตามบทนำของมาตรา XX (Chapeau) ที่บัญญัติว่า “มาตรการดังต่อไปนี้จะไม่ถูกปรับใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ หรือการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผล ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกัน หรือก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง”² เป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นได้ว่า แม้ภาคีสมาชิกอาจมีเหตุผลความจำเป็นในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างใดก็ดี การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นต้องมีเหตุอันสมควร และมีใช่เป็นการอ้างข้อยกเว้นไปในทางที่ผิดเพื่อการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง ซึ่งเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ขององค์การการค้าโลกอย่างยิ่ง

จากอนุมาตราย่อย 10 อนุมาตรา สามารถแบ่งระดับของความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์จากถ้อยคำที่เป็นเงื่อนไขได้ 3 กลุ่ม³ คือ คำว่า “จำเป็น”, “เกี่ยวข้องกับ” และถ้อยคำอื่น ๆ ในการพิจารณาตรวจสอบมาตรการตามอนุมาตราย่อยที่ใช้ถ้อยคำว่า “เกี่ยวข้องกับ” ไม่เป็นการยากต่อการพิจารณา เนื่องจากเป็นคำที่มีระดับความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์ในระดับที่ไม่มากนัก เพียงแค่มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องคุณค่านั้น ๆ ก็ผ่านการประเมินตามอนุมาตราดังกล่าว แต่คำที่มีประเด็นในเรื่องการตีความที่เข้มข้นขึ้น คือ ถ้อยคำว่า “จำเป็น” ซึ่งเป็นคำที่มีระดับของความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์ที่เข้มข้น การพิจารณามาตรการตามอนุมาตราย่อยที่ใช้คำดังกล่าว มีเงื่อนไขในการตรวจสอบว่า มาตรการที่ภาคีสมาชิกเลือกใช้ต้องเป็น “มาตรการที่จำเป็น” เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายเท่านั้น ดังนั้น การพิจารณา “มาตรการที่จำเป็น” จึงมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่เคร่งครัดและมีรายละเอียดที่ซับซ้อน

ในการตรวจสอบการอ้างใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX โดยเฉพาะอนุมาตราย่อย (a)(b)(d) ซึ่งกำหนดเงื่อนไขว่ามาตรการของภาคีสมาชิกต้องเป็น “มาตรการที่จำเป็น” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ในการตรวจสอบการอ้างข้อยกเว้นทั่วไปในอนุมาตราย่อยดังกล่าว การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ของมาตรการ เป็นหัวใจสำคัญของการพิสูจน์ตามอนุมาตราย่อยเหล่านี้

² จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.113.

³ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่หัวข้อ 3.1.2.2

การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT ได้มีการพัฒนาตีความโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) มาอย่างต่อเนื่อง จนมีหลักเกณฑ์เป็นบรรทัดฐานในปัจจุบันซึ่งมีรูปแบบเฉพาะตัวและมีการพิจารณาโดยละเอียดรอบด้าน สร้างความเป็นธรรมให้แก่ภาคีสมาชิกที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการที่ละเมิดพันธกรณีดังกล่าว ตลอดจนภาคีสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อต่อสู้ตามข้อพิพาทอีกด้วย โดยหลักกฎหมายที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ นำมาเป็น “พื้นฐานในการตีความ” พิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT คือ หลักความได้สัดส่วน⁴ (The principle of proportionality)⁵ อย่างไรก็ตาม ข้อพิจารณาความจำเป็นในบริบทของความตกลง GATT มีลักษณะเฉพาะ มีหลักเกณฑ์ขั้นตอนแตกต่างไปจากข้อพิจารณาความจำเป็นและการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทอื่น ๆ

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทดังกล่าวนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาหลักความได้สัดส่วน (The principle of proportionality) และหลักการย่อยประการต่าง ๆ ของหลักกฎหมายดังกล่าวให้ครบถ้วน ตลอดจนศึกษาข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทอื่น ๆ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในการตีความและปรับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้ในภาพรวมและสามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT ได้

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 หรือความตกลง GATT จากการศึกษาแนวทางการวินิจฉัยคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel Report) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body Report)⁶ เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์และแนวทางการตีความข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

⁴ Meinhard Hilf , “Power, Rule and Principles –which orientation for WTO/GATT LAW?,” Journal of International Economic Law 111, Volume 4, Issue 1, P.120 (2001).

⁵ Axel Desmedt, “Propotionality in WTO Law,” Journal of International Economic Law 441, Volume 4, Issue 3, p.462 (2001).

⁶ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel Report) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body Report) มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนากฎหมายขององค์การการค้าโลก (WTO) และทำให้พันธกรณีระหว่างประเทศที่อยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร (static written code) มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดูเพิ่ม จารุประภา รักพงษ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.15.

ค.ศ. 1994 และเปรียบเทียบข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในบริบทองค์การการค้าโลกดังกล่าวนี้ กับข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทอื่น ๆ เช่น หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ในฐานะต้นกำเนิดของหลักความได้สัดส่วน และหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนภายใต้การขจัดอุปสรรคการค้าเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า (free movement of goods) ของสหภาพยุโรป เพื่อให้ทราบความเหมือนและความแตกต่าง ตลอดจนวิเคราะห์ลักษณะเฉพาะข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

1.2 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตของการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 (ความตกลง GATT) ผ่านแนวทางการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์รวมทั้งสิ้น 15 คดี⁷ และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง รวมถึงศึกษาบทบาทและวัตถุประสงค์ขององค์การการค้าโลก บทบาทของพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ศึกษาเจตนารมณ์ บทบาทและแนวทางการตีความข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX และศึกษาการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานในการตีความข้อพิจารณาในบริบทนี้ นอกจากนี้ยังได้ศึกษาเปรียบเทียบข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX กับการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน ข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปในสถานะที่เป็นกฎหมายทั่วไปของประชาคม และเป็นกฎหมายตรวจสอบการขจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า (free movement of goods) ของสหภาพยุโรป

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวทางการตีความข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ว่ามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร และมีแนวโน้มการพิจารณาไปในทิศทางใด

⁷ มาตรา XX ความตกลง GATT อนุมาตรา (a) 3 คดี, อนุมาตรา (b) 8 คดี, อนุมาตรา (d) 4 คดี

2. เพื่อศึกษาการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานในการตีความข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

3. ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการตีความข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทขององค์การการค้าโลก ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน และระบบกฎหมายสหภาพยุโรป เพื่อให้เห็นมุมมองการตีความข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในภาพรวม และเปรียบเทียบความเหมือนความแตกต่างและลักษณะเฉพาะข้อดีของการปรับใช้ตีความขององค์การการค้าโลก

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

การตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลง GATT ในระยะแรก ได้นำหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) มาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานในการตีความพิจารณาความจำเป็น คล้ายคลึงกับการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

ในเวลาต่อมา องค์การการค้าโลก (WTO) ได้พัฒนาแนวทางการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลง GATT จนมีลักษณะเฉพาะตัว ทำให้เหมาะสมกับบทบาทหน้าที่ขององค์การการค้าโลกที่ต้องรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรี อำนาจอธิปไตยของภาคีสมาชิก และการพัฒนาด้านอื่น ๆ ตามวัตถุประสงค์ขององค์การ

1.5 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาค้นคว้าวิจัยในเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษารวบรวมข้อมูลการตีความจากการวินิจฉัยคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel Report) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body Report) ศึกษาจากความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 (ความตกลง GATT) จากกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของต่างประเทศ กฎหมายสหภาพยุโรป แนวทางการวินิจฉัยคดีขององค์กรที่เกี่ยวข้อง หนังสือ บทความวิเคราะห์ วารสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานต่างๆ รายการวิจัย บทความ วิทยานิพนธ์ ทั้งจากแหล่งที่มาในประเทศและต่างประเทศ

1.6 ถ้อยคำที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์

หลักความได้สัดส่วนที่ปรากฏอยู่ในหนังสือกฎหมายในตำราทางวิชาการของประเทศไทย และบทความต่าง ๆ นั้นมีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไป เช่น หลักแห่งความได้สัดส่วน หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักสัดส่วน ซึ่งแปลมาจากคำว่า the principle of proportionality หรือ the proportionality principle ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “หลักความได้สัดส่วน” ยกเว้นกรณีที่มีการอ้างอิงเป็นการเฉพาะว่าในตำราหรือบทความดังกล่าวใช้ถ้อยคำใดก็จะใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการเฉพาะ

หลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นประกอบไปด้วยสามหลักการย่อย ซึ่งอาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกัน หลักการย่อยประการแรก คือ “หลักความเหมาะสม” หรือในบางตำราจะเรียกว่า “หลักความสัมฤทธิ์ผล” อันเป็นหลักการเดียวกัน แปลมาจากภาษาอังกฤษว่า “the principle of suitability” ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า หลักความสัมฤทธิ์ผล และ หลักการย่อยประการที่สอง คือ หลักความจำเป็น แปลมาจากคำว่า “the principle of necessity” และหลักการย่อยประการสุดท้ายคือ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ แปลมาจากภาษาอังกฤษ คำว่า “the principle of proportionality in strict sense”

ในการเรียกชื่อความตกลงระหว่างประเทศ “The General Agreement on Tariffs and Trade : GATT 1994” แปลเป็นภาษาไทยว่า “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะใช้ชื่อเต็มภาษาไทยของความตกลง หรือ เรียกโดยย่อว่า “ความตกลง GATT” และใช้คำว่า “มาตรา XX” ซึ่งแปลจาก “Article XX” ซ้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงดังกล่าว และใช้คำว่า “บทนำของมาตรา XX” ซึ่งแปลจากคำว่า “Article XX Chapeau”

และคำศัพท์ในบริบทของการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ คำว่า “necessity test” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้คำว่า “การพิจารณาความจำเป็น” คำว่า “weighting and balancing” ใช้คำว่า “ชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล” คำว่า “the challenged measure” ใช้คำว่า “มาตรการที่ถูกโต้แย้ง”

บทที่ 2

ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็น

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity)

กรณีที่มีความจำเป็น (necessity) คือกรณีที่รัฐหรือบุคคลมีเหตุผลความจำเป็นหรือตกอยู่ในสถานการณ์บังคับที่จะต้องกระทำการบางอย่างเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์บางประการ ซึ่งมีลักษณะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ หรือไม่มีทางเลือกอื่นในการบรรลุวัตถุประสงค์

แนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ในระบบกฎหมายมีอยู่ในหลายบริบท เช่น ในบริบทกฎหมายปกครอง กฎหมายเศรษฐกิจและการค้า กฎหมายมนุษยธรรม กฎหมายอาญา เป็นต้น และแนวคิดดังกล่าวมีอยู่ทั้งในระบบกฎหมายภายในและระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและเกิดขึ้นจากแนวทางการตีความวินิจฉัยคดีของศาล และปรากฏตัวทั้งในสถานะกฎหมายทั่วไปและข้อยกเว้นของกฎหมาย

กฎหมายที่บัญญัติแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) เป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่น มาตรา XX ของความตกลง GATT ซึ่งเป็นแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ว่าด้วยการปกป้องวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ เช่น การปกป้องศีลธรรมอันดี การปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศ เป็นต้น มาตรา 67 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ว่าด้วยการกระทำผิดกฎหมายในกรณีที่ตกอยู่ในบังคับที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้หรือเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึง เป็นต้น

ตัวอย่างแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ที่เกิดขึ้นจากแนวทางการตีความวินิจฉัยคดีของศาล เช่น หลักความจำเป็น (the principle of necessity) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) ที่เกิดขึ้นจากการตีความสร้างหลักเกณฑ์การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยศาลปกครองสูงสุดปารีส¹, การตีความสถานการณ์ที่มี “ความจำเป็นอย่างยิ่งยวด” ซึ่งเป็นเงื่อนไขของสิทธิในการป้องกันตนเอง (Self-Defense) โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice; ICJ), หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) จากคดี *Cassis de Dijon*²

¹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.156.

² Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECJ.

ซึ่งเป็นแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ว่าด้วยการปกป้องประโยชน์สาธารณะ ที่เกิดขึ้นจากตีความของศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice; ECJ) เป็นต้น

แนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ในแต่ละบริบทย่อมมีเหตุผลและพื้นฐานของเรื่องที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของกฎหมายในบริบทนั้น ๆ ดังนั้นแนวทางการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในบริบทที่แตกต่างกันจึงมีลักษณะการตีความที่เคร่งครัดหรือยืดหยุ่นต่างกันไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ ตัวอย่างการตีความและนิยามความหมายของ “ความจำเป็น (necessity)” ในบริบทต่าง ๆ มีดังนี้

ในบริบทกฎหมายปกครองแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) สะท้อนอยู่ใน “หลักความจำเป็น (the principle of necessity)” ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) ที่เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ตรวจสอบและจำกัดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐที่เป็นการก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ประชาชนในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะตามนโยบายของรัฐ ถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายอนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถกระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุและต้องกระทำเท่าที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เท่านั้น³

หลักความจำเป็น (the principle of necessity) ในระบบกฎหมายปกครอง หมายความว่า กรณีที่รัฐไม่มีทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่ามาตรการที่เลือกใช้เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายสาธารณะ หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด (ดังที่จะอธิบายในรายละเอียดต่อไปหัวข้อ 2.2.1.2 (2))

ในบริบทของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) สะท้อนหลัก “ความจำเป็นอย่างยิ่งยวด (necessity)” ซึ่งเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการใช้สิทธิป้องกันตนเอง (Self-Defense) ภายใต้มาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นหลักการห้ามใช้กำลังทางทหารที่อนุญาตให้รัฐสามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ในกรณีที่มีสถานการณ์เฉพาะ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice; ICJ) วินิจฉัยว่าหลักว่า⁴ การใช้สิทธิป้องกันตนเองจะกระทำได้อาจต้องมีเงื่อนไขว่า รัฐจะต้องมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวด และการใช้กำลังทางทหารจะต้องได้สัดส่วนในการโจมตี และเป็นไปอย่างฉับพลันโดยไม่รีรอ

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), น.57.

⁴ คดีคาโรไลน์

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice; ICJ) ได้ตีความคำว่า “จำเป็นอย่างยิ่ง (necessity)” ว่าหมายถึง กรณีที่ไม่มีเวลาที่จะเจรจาหรือกัน ไม่มีทางระงับข้อพิพาทโดยสันติ หรือวิธีอื่นใดได้เลยนอกจากการใช้กำลัง⁵

หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) จากคดี *Cassis de Dijon* เป็นหลักการที่อนุญาตให้สมาชิกสหภาพยุโรปสามารถใช้กฎหมายภายในที่เป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสหภาพยุโรปได้ เมื่อสมาชิกมีความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) จะต้องปกป้องประโยชน์สาธารณะประการต่าง ๆ

ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice; ECJ) ได้ตีความพิจารณาว่ามาตรการที่จำเป็น (necessity) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) คือ มาตรการที่เหมาะสมสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะได้⁶ เป็นมาตรการที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าน้อยที่สุดในการบรรลุวัตถุประสงค์⁷ โดยการพิจารณาในหลายคดีนั้นศาลยุติธรรมยุโรปได้นำหลักการข้างต้นมาพิจารณาประกอบกัน แต่ในบางคดีศาลยุติธรรมยุโรปได้นำหลักการเพียงบางประการมาพิจารณาเท่านั้น ทั้งนี้การเลือกใช้หลักการพิจารณาในข้อใดย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี

หลักความจำเป็นหรือการกระทำโดยจำเป็นในระบบกฎหมายอาญา เป็นข้อยกเว้นความรับผิดเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายอาญาเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำไปโดยมีความจำเป็นจะส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษจากการกระทำผิดนั้น⁸ ซึ่งการกระทำโดยจำเป็น ตามมาตรา 67 ประมวลกฎหมายอาญา คือการกระทำเพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.522-523. อ้างถึงใน เต็มศิริ เอื้อวิเศษวัฒนา, “หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีการใช้กำลังทางทหาร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.85.

⁶ หลักความสัมฤทธิ์ผล เป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน เรียกร้องว่า มาตรการของรัฐจะต้องเหมาะสม และก่อให้เกิดประสิทธิผลทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการได้

⁷ หลักความจำเป็น เป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน เรียกร้องว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบน้อยที่สุด ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการดังกล่าวในการบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐอยู่อีกแล้ว

⁸ การกระทำโดยจำเป็นส่งผลให้การกระทำนั้นยังคงเป็นความผิดอยู่ แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษแตกต่างจากการกระทำโดยการป้องกัน จะส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญาเลย ดูเพิ่มเติมที่ มาตรา 67 และ มาตรา 68 ประมวลกฎหมายอาญา

เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้เมื่ออันตรายนั้นตนมิได้ก่อขึ้นเพราะความผิดของตน

ในบริบทของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลง GATT เป็นข้อยกเว้นให้ภาคีสมาชิกสามารถดำเนินมาตรการที่ขัดกับพันธกรณีของความตกลงได้ ในกรณีที่สมาชิกมีเหตุผลความจำเป็นในการปกป้องวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย (policy objectives) ในด้านต่าง ๆ ที่อาจมีความสำคัญยิ่งไปกว่าหลักการเปิดเสรีทางการค้า เช่น การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม การรักษาสถิติทางวัฒนธรรม การปกป้องชีวิตและสุขภาพของประชากร หรือการบังคับใช้กฎหมาย⁹ เป็นต้น ซึ่งการพิจารณาความจำเป็นภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT ในปัจจุบัน มาตรการที่จำเป็น คือ มาตรการที่ผ่านการประเมินเมื่อพิจารณาแบบองค์รวมโดยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ตามปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ความสำคัญของวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย (policy objectives), ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย และการกีดกันทางการค้าของมาตรการ นอกจากนี้ต้องไม่ปรากฏว่ามีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่า มาตรการที่เลือกใช้ในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย (policy objectives) ในระดับที่ภาคีสมาชิกต้องการอีกด้วย

จากการอธิบายและยกตัวอย่างแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ในบริบทกฎหมายต่าง ๆ ในภาพรวม จะเห็นได้ว่าแม้ว่าพื้นฐานของเรื่องและความจำเป็น (necessity) ในแต่ละบริบทจะมีแง่มุมและเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป แต่ก็สามารถสรุปได้ในเบื้องต้นว่า ลักษณะของความจำเป็น (necessity) ที่มีลักษณะร่วมกัน คือ กรณีที่ไม่มีทางเลือกอื่นอยู่ในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการหรือภาวะที่ตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ อย่างไรก็ตามข้อสรุปดังกล่าวนี้เป็นเพียงข้อสรุปในเบื้องต้นเท่านั้น ในบางบริบทแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) และการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) มีลักษณะเฉพาะที่ไม่สามารถพบได้ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในบริบทอื่น ๆ ซึ่งบริบทที่มีการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในลักษณะพิเศษในที่นี้ คือ การพิจารณาความจำเป็นภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT ดังที่จะได้อธิบายในลำดับต่อไป

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) และหลักความได้สัดส่วน (proportionality)

จากแนวคิดเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ในบริบทและระบบกฎหมายต่าง ๆ ดังที่ได้อธิบายไปในหัวข้อที่ 2.1 ข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า แนวทางการพิจารณาความจำเป็น (necessity) โดยส่วนใหญ่

⁹ จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.1.

คือการพิจารณาว่าไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นเหลืออยู่อีกแล้วในการบรรลุวัตถุประสงค์ สอดคล้องตามนิยามของหลักความจำเป็น (the principle of necessity) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) แต่ในบางบริบทการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาจำกัดอยู่เพียงหลักความจำเป็น (the principle of necessity) เท่านั้น แต่ได้มีข้อพิจารณาอื่น ๆ รวมถึงได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนและหลักการย่อยประการอื่น ๆ ของหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) มาใช้ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) อีกด้วย ตัวอย่างเช่น การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT

ดังนั้น ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT หลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) จึงมีความสัมพันธ์กับแนวคิดที่ว่าด้วยความจำเป็น (necessity) และการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในฐานะที่หลักความได้สัดส่วนเป็น“หลักกฎหมายพื้นฐาน”ที่ใช้ในการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) นั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาหลักความได้สัดส่วน รวมทั้งศึกษาหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนให้ครบทั้งสามหลักการ ตลอดจนศึกษาความเป็นมา เจตนารมณ์และแนวทางการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าว เพื่อที่จะสามารถเข้าใจถึงแนวทางการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในบริบทต่าง ๆ และเพื่อทำความเข้าใจการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT ที่เป็นวัตถุประสงค์ในการศึกษาครั้งนี้

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญทั้งในระบบกฎหมายภายในของรัฐและระบบกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นหลักกฎหมายที่มีหลายบทบาท เช่น บทบาทในการตรวจสอบการกระทำของรัฐ บทบาทในการรักษาสมดุลระหว่างคุณค่าประการต่าง ๆ บทบาทในการกำหนดค่าเสียหาย และบทบาทในการกำหนดโทษตามกฎหมายอาญาให้เหมาะสมกับการกระทำความผิด เป็นต้น

โดยที่บทบาทในการตรวจสอบการกระทำของรัฐและการรักษาสมดุลนั้นระหว่างคุณค่าประการต่าง ๆ นั้น หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมาย เพื่อพิสูจน์ว่าวิธีการที่เลือกใช้นั้นมีความได้สัดส่วนพอเหมาะพอสมควรเพื่อการบรรลุเป้าหมายหรือไม่ โดยคำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนประโยชน์ของปัจเจกและประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งได้สะท้อนให้เห็นในหลายบริบท เช่น ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน หลักความได้สัดส่วนทำหน้าที่ในการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตรวจสอบให้การใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นไปอย่างได้สัดส่วนในการบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ ในระบบกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หลักความได้สัดส่วนทำหน้าที่ในการรักษาสมดุลระหว่างความจำเป็นทางทหารกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสงคราม และเป็นกลไกในการตรวจสอบเงื่อนไขก่อนและระหว่างการทำสงคราม

เพื่อให้การบรรลุเป้าหมายทางการทหารเกิดขึ้นโดยมีความเสียหายให้น้อยที่สุด ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป เป็นหลักกฎหมายที่ตรวจสอบการกระทำของรัฐสมาชิกและรักษาสันติภาพระหว่างการใช้อำนาจของรัฐสมาชิกกับ สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน นอกจากนี้ยังมีบทบาทในบริบทด้านเศรษฐกิจของสหภาพยุโรป และบทบาทใน บริบทการค้าระหว่างประเทศอีกด้วย

อาจกล่าวได้ว่าได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานประการหนึ่งในการ ตรวจสอบการกระทำของรัฐและใช้ในถ่วงดุลคุณค่าประการต่าง ๆ ในระบบกฎหมายต่าง ๆ อย่างเป็นที่ แพร่หลาย โดยที่หลักกฎหมายดังกล่าวนี้มีต้นกำเนิดครั้งแรกในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งผู้ศึกษา จะได้อธิบายในรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 2.2.1

2.2.1 หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

รัฐสมัยใหม่ที่ปกครองโดยกฎหมาย (นิติรัฐ) และเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ย่อมเป็นที่ ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า มนุษย์แต่ละคนเกิดมาอย่างมีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัว มาแต่กำเนิดนั้น ย่อมแสดงออกโดยการที่บุคคลนั้นสามารถแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างเสรี โดยที่รัฐไม่เข้ามาก้าวล่วงแทรกแซง หลักการที่ยอมรับ “แดนอำนาจของเอกชน” (private autonomy) เป็น หลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายเอกชน อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นข้อห้ามไว้ บุคคลย่อมสามารถกระทำในสิ่งที่ตนต้องการได้”¹⁰

หากแต่ในระบบกฎหมายปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ เป็นไปโดยที่รัฐมีอำนาจ เหนือกว่า หลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายปกครองจึงมีความแตกต่างออกไป ในระบบกฎหมายปกครอง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการต่าง ๆ ได้เป็นเพราะระบบกฎหมายนั้น ๆ ได้ให้อำนาจไว้ในการกระทำการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกครองซึ่งมุ่งประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ สาธารณะเป็นสำคัญได้ ด้วยเหตุดังกล่าวหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอันหนึ่งอันใดที่ ก้าวล่วงไปกระทบสิทธิของเอกชนแล้ว จะต้องตรวจสอบเสมอว่า มีกฎหมายให้อำนาจตนกระทำการเช่นนั้น หรือไม่ ซึ่งอาจกล่าวเป็นหลักได้ว่าในระบบกฎหมายปกครอง “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ องค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้”¹¹

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในนิติรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายปกครอง เพื่อให้การกระทำทางปกครองนั้น ชอบด้วยกฎหมาย เช่น หลักความชัดเจนแน่นอนของการกระทำทางปกครอง หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดย

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.45.

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.15.

อำเภอใจ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความได้สัดส่วน หรือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ¹²

หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุมีต้นกำเนิดจากระบบกฎหมายเยอรมัน¹³ ซึ่งหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนี้ มีลักษณะที่มีความชัดเจนมากที่สุด ทั้งในการวินิจฉัยคดีของศาลและในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันครั้งแรกเมื่อปลายศตวรรษที่ 19 ในกฎหมายของตำรวจ โดยการปรับใช้หลักการดังกล่าวเป็นไปเพื่อตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐมิให้มีมาตรการที่เกินไปกว่าการดำเนินการในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ¹⁴

โดยที่ความสำคัญของหลักกฎหมายดังกล่าวมีพัฒนาการมาจากการขยายตัวของการใช้อำนาจรัฐในช่วงระยะเวลาต่าง ๆ และมีผลให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขององค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรนิติบัญญัติ¹⁵ ซึ่งการกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ หลักการพื้นฐานนี้เป็นหลักการที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครอง

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.57-68.

¹³ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.156.

หลักความได้สัดส่วน หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักกฎหมายที่มีการใช้อย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายภายในหลายประเทศ เช่น ระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศเยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ ออสเตรีย ระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศฝรั่งเศส อิตาลี สเปน ระบบกฎหมายสหราชอาณาจักร เป็นต้น ซึ่งรายละเอียดของเนื้อหาและพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในแต่ละระบบกฎหมายก็อาจมีลักษณะเฉพาะตัวที่มีความแตกต่างกันไปบ้างเล็กน้อย

เมื่อศึกษาถึงการริเริ่มการใช้และพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวพบว่า ระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาหลักความได้สัดส่วนอย่างเป็นระบบ ชัดเจนและต่อเนื่องยาวนาน เริ่มปรากฏหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาศาลปกครองตั้งแต่สมัยปรัสเซียช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ส่วนหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเริ่มเป็นที่รู้จักและยอมรับในระบบกฎหมายตั้งแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบระยะเวลาเริ่มต้นที่มีการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวแล้วระบบกฎหมายเยอรมันจึงเป็นระบบกฎหมายที่มีการใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นครั้งแรก... ดูเพิ่ม ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.154-171.

¹⁴ Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*, (London: Sweet and Maxwell Limited, 1992), p.685.

¹⁵ ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.7.

ต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพข้อเท็จจริง¹⁶ หลักการนี้เรียกร่องว่า วิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้น จะต้องเหมาะสม จำเป็น อีกทั้งมาตรการที่ใช้ต้องได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ¹⁷

หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐ¹⁸ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ทั่วไป และใช้ทั้งกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครอง ดังนั้น การตรารัฐบัญญัติที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเคารพหลักความได้สัดส่วน โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม และหลักการกระทำทางปกครองที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹⁹

และในการพิจารณาว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ และวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้น มาตรการทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ก็คือ มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นซึ่งอาจเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “กฎ” ก็ได้ ส่วนวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นย่อมเห็นได้จากบริบทของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้²⁰ และจะต้องมีการตรวจสอบการกระทำทางปกครองกับหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนทั้ง 3 หลักการ เรียงเป็นลำดับขึ้นไป (รายละเอียดในหัวข้อ 2.2.1.3)

นอกจากหลักความได้สัดส่วนจะใช้ในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว ในเวลาต่อมา การใช้หลักกฎหมายดังกล่าวได้แพร่หลายไปยังระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ภาษาเยอรมันหรือภาษาที่ใกล้เคียงกับภาษาเยอรมัน เช่น เนเธอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ ออสเตรีย หลังจากนั้น ความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) ได้รับการยอมรับโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และศาลประชาคมยุโรป เมื่อคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลระดับยุโรปได้ยอมรับกฎหมายดังกล่าวแล้ว จึงเป็นธรรมดาที่ประเทศภาคพื้นยุโรปที่เหลือและประเทศกลุ่มแองโกลแซกซอนต้องยอมรับบังคับใช้ตาม²¹

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.57.

¹⁷ กมลชัย รัตนสากววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.263.

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.58.

¹⁹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.157.

²⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.59.

²¹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.154.

2.2.1.1 บ่อเกิดและพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน

หลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ : Uebermassverbot) ในระบบกฎหมายเยอรมันมีรากฐานที่มาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigkeit) ที่คำนึงถึงหลักความยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของสังคมโดยรวม รวมถึงหลักความยุติธรรมในลักษณะของการตอบแทนและความยุติธรรมในลักษณะของการแบ่งส่วน นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังมีที่มาจากความคิดที่ว่ากฎหมายย่อมมีความมุ่งหมายเพื่อรับใช้ประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์ส่วนรวม วัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นตัวกำหนดการดำเนินการของกฎหมาย ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีขึ้นเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย²²

พัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันเริ่มต้นในปลายศตวรรษที่ 19 โดยศาลปกครองสูงสุดแห่งปรัสเซีย (Prussian Supreme Administrative Court) ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดี *Kreuzberg*²³ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจ ในคดีนี้ศาลได้ตรวจสอบว่ามาตรการที่ตำรวจนำมาใช้นั้นมีความรุนแรงเกินกว่าความจำเป็นที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นหรือไม่ โดยศาลได้นำมาตรา 10 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของกฎหมายตำรวจ (Polizeirecht) มาวินิจฉัยคดีนี้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดว่า เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ต้องใช้มาตรการตามกฎหมายเท่าที่จำเป็นที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้น เพราะฉะนั้น มาตรการใดที่ไม่จำเป็นจะไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตำรวจ²⁴ การที่หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายตำรวจของปรัสเซีย นั้น ถือว่าเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดอำนาจของตำรวจในการแทรกแซงหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคล²⁵

นอกจากการปรากฏหลักความได้สัดส่วนให้เห็นในคำพิพากษาศาลปกครองแล้ว ได้มีการพัฒนาหลักความได้สัดส่วนในทางตำราให้เป็นระบบนำโดย Otto Mayer และ Walter Jellinek²⁶

²² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.15.

²³ Decision of June 14, 1882, PrOVG9, 353. อ้างใน Jurgen Schwarze, *supra note 14*, p.685.

²⁴ Jurgen Schwarze, *Ibid*, p.687. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 22*, น.20.

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 1, ฉบับที่ 2, น.40 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542) อ้างใน ดิเรก สุขสว่าง, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.11.

²⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.155.

Otto Mayer เห็นว่ามาตรการตำรวจทางปกครองมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจปกครอง ทั้งนี้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองย่อมออกมาตราการตำรวจทางปกครองได้ แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุผลของกฎธรรมชาติ การเรียกร้องความพอสมควรแก่เหตุ (ความได้สัดส่วน) ของมาตรการตำรวจทางปกครองจึงเป็นเรื่องชอบธรรม มาตรการเหล่านั้นต้องพอรับได้ แม้ว่ามาตรการเหล่านั้นจะเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย แต่ก็ต้องพอสมควรแก่เหตุ หากกล่าวให้ชัดเจน Otto Mayer เห็นว่า การรักษาระเบียบต้องกระทำโดยวิธีการที่เบาที่สุด หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้วิธีการที่รุนแรงที่สุดเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ย่อมถือว่าเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขต²⁷

Walter Jellinek อธิบายไปไกลและเป็นระบบมากขึ้น เขาจำแนกประเภทการใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยโดยมิชอบ เป็น 4 รูปแบบ ได้แก่ การใช้อำนาจเกินขอบเขต การใช้อำนาจไม่เหมาะสมหรือไม่บรรลุวัตถุประสงค์ การใช้อำนาจไม่เพียงพอ และการใช้อำนาจที่ทำให้เกิดอันตราย Walter Jellinek อธิบายว่า การใช้อำนาจเกินขอบเขต เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเกินความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เช่น เจ้าหน้าที่สั่งให้รื้อทำลายบ้านที่มีลักษณะทรุดโทรมจนอาจพังทลายได้ ทั้ง ๆ ที่พิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วยังคงสามารถซ่อมแซมบ้านหลังนั้นได้ หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่สั่งให้ทำลายกำแพงทั้งหมด ทั้ง ๆ ที่กำแพงนั้นทรุดโทรมเฉพาะบางจุดเท่านั้น²⁸

Fritz Fleiner อธิบายหลักความจำเป็นว่า “เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองในการรักษาความสงบเรียบร้อยได้โดยต้องเลือกใช้มาตรการที่จำเป็นเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่เกินความจำเป็น เจ้าหน้าที่ต้องไม่ใช่ปืนใหญ่เพียงเพื่อไปยังนกระจอก ตัวอย่างเช่น ร้านขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในใบอนุญาต เจ้าหน้าที่ไม่อาจใช้มาตรการรุนแรงที่สุดอย่างการสั่งปิดร้านได้ ในขณะที่ยังมีมาตรการอื่น ๆ ที่เบากว่าและพอจะบังคับร้านขายเครื่องดื่มนั้นให้ปฏิบัติตามข้อตกลงอยู่ วิธีการต่างๆที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ต้องอยู่ภายใต้เหตุผล การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ต้องเหมาะสมกับสถานการณ์และข้อเท็จจริง และต้องพอสมควรแก่เหตุ”²⁹

จากการเริ่มต้นปรากฏตัวของหลักความได้สัดส่วนครั้งแรกในสถานะกฎหมายตำรวจ ซึ่งศาลปกครองได้นำมาปรับใช้เพื่อตรวจสอบมาตรการตำรวจทางปกครองเท่านั้น จากนั้นภายหลังการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน 1949 (รัฐธรรมนูญ) หลักความได้สัดส่วนก็ถูกปรับเปลี่ยนมิติไป³⁰ เป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้ใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ต้องกระทำเท่าที่

²⁷ เฟ็งอ้วง, น.155.

²⁸ เฟ็งอ้วง, น.156.

²⁹ เฟ็งอ้วง, น.156.

³⁰ เฟ็งอ้วง, น.156.

จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวอีกนัยหนึ่ง โดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับเสมอไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้ชัดเจนหรือไม่ก็ตาม³¹ และต้องนำไปใช้กับทุกกิจกรรมของฝ่ายปกครอง รวมทั้งทั้งนำไปใช้กับการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอีกด้วย³²

Ernst Forsthoff อธิบายไว้ในตำรากฎหมายปกครองของเขาว่าตั้งแต่สมัยปรัสเซียแล้วที่ศาลปกครองสูงสุดปรัสเซียได้ตรวจสอบว่ามาตรการทางตำรวจทางปกครองนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ การควบคุมของศาลปกครองดังกล่าวไม่ใช่เป็นเพียงประเด็นปัญหาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเข้าไปออกมาตรการเหล่านั้นได้หรือไม่ แต่ยังเป็นประเด็นปัญหาว่า มาตรการที่เจ้าหน้าที่เลือกใช้นั้นพอสมควรแก่เหตุ เมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายหรือไม่ เพื่อให้หลักความพอสมควรแก่เหตุ (หลักความได้สัดส่วน) มีผลเป็นการทั่วไปและใช้บังคับกับทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครอง หลักการดังกล่าวจึงควรมีสถานะในระดับรัฐธรรมนูญ³³

ปัจจุบัน หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาจนเป็นระบบสมบูรณ์ ประกอบไปด้วย 3 หลักการย่อย ได้แก่ 1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) 2) หลักความจำเป็น (the principle of necessity) 3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense) และมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ เป็นหลักกฎหมายที่มีสถานะในระดับรัฐธรรมนูญ เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ทั่วไป ทั้งกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครอง

2.2.1.2 สารสำคัญของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้พัฒนาหลักความได้สัดส่วนจากหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผลที่ได้รับ (means and ends) หรือความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (cause and effect) โดยในระยะแรกของการพัฒนา ได้เรียกร้องให้มาตรการที่รัฐนำมาใช้ ต้องก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ (suitable means) มากที่สุด แต่มาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์มากที่สุดนั้น อาจไม่ใช่มาตรการที่ลวงละเมิดหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด ศาลจึงเพิ่มองค์ประกอบข้อที่สองว่า ในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์นั้น องค์การของรัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลน้อยที่สุด หลังจากนั้น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลได้พัฒนาองค์ประกอบข้อที่สาม ซึ่งเรียกร้องว่าการก้าวล่วงต่อสิทธิของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนที่เหมาะสมกับผลที่เกิดขึ้น³⁴

³¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.58.

³² ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.156.

³³ *เพ็งอ้าง*, น.156.

³⁴ ดิเรก สุขสว่าง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.17.

นิยามของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้คำจำกัดความหลักความได้สัดส่วนว่า “การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและมีความจำเป็นเท่าที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลขึ้นมาได้ บุคคลจะต้องไม่มีภาระหน้าที่ซึ่งมากเกินไปกว่าความจำเป็น (excessive burden) และบุคคลจะได้รับผลกระทบจากภาระหน้าที่นั้นแต่พอสมควร (reasonable)”³⁵

จากคำจำกัดความดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้แบ่งแยกองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนและนำมาวินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมใช้มาตรการในการตรวจสอบจดหมาย การติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ และการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการจำกัดการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย ทางไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล ฉบับลงวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 1968 ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ตามหลักความได้สัดส่วนนั้น มาตรการตรวจสอบดังกล่าวต้อง “มีผลสัมฤทธิ์” เพื่อให้มาตรการในการแทรกแซงสิทธิในการติดต่อสื่อสารสามารถคุ้มครองต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองได้ กล่าวคือ การรับรู้และค้นพบอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเยอรมันอันเนื่องมาจากการโจมตีทางอาวุธได้ทันเวลา นอกจากนี้ มาตรการตรวจสอบดังกล่าวต้อง “มีความจำเป็นด้วย” หากมีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยกว่าและเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ มาตรการตรวจสอบตามกฎหมายนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่มีความจำเป็น และมาตรการดังกล่าวจะต้อง “สอดคล้องกับ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” กล่าวคือ ผลประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการตรวจสอบนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมกับผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล³⁶

จากแนวคำพิพากษาและการพัฒนาหลักความได้สัดส่วนโดยฝ่ายตุลาการ หลักความได้สัดส่วนแบ่งได้เป็นหลักการย่อย 3 ประการ ดังนี้

(1) หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม (the principle of suitability, means and ends, cause and effect)

หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม อันเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นหลักการที่เรียกร้องว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น จะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้

³⁵ Jurgen Schwarze, *supra* note 14, p.687. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 15, น.12.

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 22, น.305. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 15, น.11”

กล่าวคือ เมื่อรัฐนำมาตรการใดมาบังคับใช้ ต้องปรากฏว่ามาตรการนั้นจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เกิดขึ้นหรือทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้³⁷ ซึ่งความหมายเดิมของหลักความสัมฤทธิ์ผลที่ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษา จะมุ่งพิจารณาว่ามาตรการนั้นจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้หรือไม่ หากมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้เป็นไปอย่างยากลำบาก มาตรการนั้นย่อมเป็นมาตรการที่ไม่สัมฤทธิ์ผล³⁸

ความหมายของหลักความสัมฤทธิ์ผลตามแนวใหม่ มีการอธิบายว่าหลักความสัมฤทธิ์ผล หมายถึงสภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยรัฐต้องคำนึงถึงว่ามาตรการนั้น ๆ ต้องอยู่บนสมมติฐานที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว³⁹ หลักความสัมฤทธิ์ผลจึงเป็นหลักที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการ (means and ends)⁴⁰

(2) หลักความจำเป็น (the principle of necessity)

หลักความจำเป็นเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน มาตรการที่จำเป็น คือ มาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยการที่จะพิจารณาหลักความจำเป็นได้นั้น มาตรการดังกล่าวจะต้องผ่านการตรวจสอบจากหลักความสัมฤทธิ์ผลเสียก่อน กล่าวคือ มาตรการนั้น ๆ จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ฝ่ายปกครองต้องการได้ แล้วจึงพิจารณาว่าดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการอื่น ๆ ที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองได้เช่นเดียวกัน

อาจกล่าวได้ว่าหลักความจำเป็น คือหลักที่ว่าด้วยการใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด (the principle of mildest means) โดยเรียกร้องว่าในบรรดามาตรการหลายมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลสำเร็จ จะมีเพียงมาตรการเดียวที่ควรปฏิบัติตาม คือมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลน้อยที่สุด และเป็นมาตรการที่ทำให้สังคมสูญเสียประโยชน์น้อยที่สุด⁴¹ ดังนั้น มาตรการที่รัฐนำ

³⁷ Jurgen Schwarze, *supra* note 14, p.688. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.13.

³⁸ บรรณเจติ สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 22*, น.306. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.14.

³⁹ *เพิ่งอ้าง*, น.14.

⁴⁰ *เพิ่งอ้าง*, น.14.

⁴¹ Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 2nd edition, (Berlin: Springer, 2001), p.164. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.18.

ความได้สัดส่วนได้ หากปรากฏว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้ขัดต่อหลักความจำเป็น⁴² เมื่อเปรียบเทียบกับ มาตรการอื่น ๆ ที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นกัน

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense)

การตรวจสอบมาตรการของฝ่ายปกครองโดยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะที่ได้รับจากมาตรการ กับสิทธิเสรีภาพรวมถึงผลกระทบที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการดำเนินมาตรการดังกล่าว หากมาตรการนั้น ก่อให้เกิดผลเสียกับปัจเจกชนเกินกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ มาตรการดังกล่าวย่อมไม่อาจใช้บังคับได้

โดยที่หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องว่า ความรุนแรงของการที่รัฐใช้อำนาจแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับน้ำหนักของเหตุผลในการใช้มาตรการแทรกแซงนั้นจะต้องได้สัดส่วนเหมาะสมซึ่งกันและกัน อีกทั้งความเสียหายที่ปัจเจกบุคคลได้รับกับผลประโยชน์ของสังคมอันเกิดจากการใช้มาตรการของรัฐ จะต้องได้ดุลยภาพที่เหมาะสมกัน⁴³ การกระทำที่ขององค์กรของรัฐใด ๆ ที่ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่ได้สัดส่วนนั้นควรได้รับการโต้แย้งคัดค้านเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในการใช้มาตรการใด ๆ ที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลควรจะต้องได้รับการตรวจสอบเป็นกรณี ๆ ไป และต้องประเมินถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย⁴⁴

เมื่อระบบกฎหมายของเยอรมันเรียกร้องให้กระบวนการต่าง ๆ ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของบุคคลและผลประโยชน์ของสังคม เพื่อกำหนดความเหมาะสมหรือสัดส่วนระหว่างความสูญเสียของฝ่ายหนึ่งและผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง องค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อคู่กรณีบุคคลที่สาม ซึ่งผลของการไม่ปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ นอกจากจะทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่มีผลบังคับใช้แล้ว ยังเป็นรากฐานของการเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหายให้กับบุคคล ถ้าองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องรู้หรือควรรู้ว่าการกระทำของตนละเมิดต่อหลักนี้⁴⁵

⁴² ศรีรัตน์ งามนิสัย, *เพ็งอ้วง*, น.18.

⁴³ Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law* (London: Kluwer Law International, 1996), pp.32. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *เพ็งอ้วง*, น.22.

⁴⁴ *Ibid*, p.32.

⁴⁵ ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.25.

2.2.1.3 การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

ในการพิจารณาว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ จำเป็นต้องวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ และวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้น มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ก็คือ มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นซึ่งอาจเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “กฎ” วัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นย่อมเห็นได้จากบริบทของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้

การพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการอันสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ มีการพิจารณา 4 ขั้นตอน⁴⁶ คือ

(1) การค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง ซึ่งในหลายกรณีวัตถุประสงค์ของการกระทำย่อมเห็นได้จากมาตรการนั่นเอง เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะระบุไว้ในคำสั่งดังกล่าวว่า ตนออกกฎนั้นเพื่ออะไร หรือ อาจค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองได้จากบริบทแวดล้อมของมาตรการนั้น

เมื่อทราบวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองแล้ว ย่อมต้องตรวจสอบว่า วัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้น เป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีที่เห็นได้ชัดว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่ต้องพิจารณาในประเด็นอื่นอีกต่อไป

(2) การวิเคราะห์ว่า มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือก เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้หรือไม่

เป็นการพิจารณาตาม “หลักความสมฤทธิ์ผล” กล่าวคือ มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น จะต้องเป็นมาตรการที่พิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้ว สามารถนำไปสู่ผลที่ฝ่ายปกครองต้องการได้ มาตรการใดที่เห็นได้ชัดว่าไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการได้อย่างแน่แท้ มาตรการนั้นย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่มีมาตรการซึ่งอาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการได้หลายมาตรการ มาตรการเหล่านั้นย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักความสมฤทธิ์ผลทั้งสิ้น ถึงแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเหมาะสมน้อยกว่ามาตรการอีกมาตรการหนึ่งก็ตาม กรณีนี้ต้องถือว่าเป็นดุลพินิจโดยแท้ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่องค์กรอื่นของรัฐ (โดยเฉพาะองค์กรตุลาการ) ต้องเคารพ จะเข้าไปทบทวนหรือกำหนดแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

⁴⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 2*, น.59.

(3) การพิเคราะห์ว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองต้องการนั้น เป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่

การพิจารณาในขั้นตอนนี้เป็นการพิจารณาตาม “หลักความจำเป็น” หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้อยให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเปรียบเทียบมาตรการซึ่งอาจบรรลุผลที่ต้องการได้หลาย ๆ มาตรการว่า มาตรการเหล่านั้นกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนรุนแรงมากน้อยเพียงใด มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ย่อมถือเป็นมาตรการที่จำเป็น หากปรากฏว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่รุนแรงน้อยกว่าและเป็นมาตรการที่อาจทำให้วัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการบรรลุผลลงได้ ดังนั้นแล้ว หากว่ายังมีมาตรการอื่น ๆ ที่รุนแรงน้อยกว่าและได้ผลอย่างเดียวกันกับมาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ มาตรการนั้นย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น ทำให้มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) การพิเคราะห์ว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการและจำเป็นนั้น เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่

การพิจารณาในขั้นตอนนี้ซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้าย เป็นการพิจารณาตาม “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” กล่าวคือ ในการใช้อำนาจปกครองดำเนินการออกมาตรการใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นกับประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไป หากการใช้มาตรการดังกล่าวรุนแรงเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ และผลกระทบหรือผลร้ายที่ปัจเจกชนได้รับมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะได้รับ ฝ่ายปกครองก็ย่อมใช้มาตรการดังกล่าวไม่ได้

โดยสรุปแล้ว หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทในการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมายของมาตรการทางปกครองที่รัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะให้เป็นไปอย่างได้สัดส่วนและพอสมควรแก่เหตุ หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันได้รับการพัฒนาจนกระทั่งสามารถจำแนกได้อย่างชัดเจนเป็นสามหลักการย่อย คือ หลักความสมเหตุสมผล (the principle of suitability) หลักความจำเป็น (the principle of necessity) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense) และเนื่องด้วยหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ และมีความสำคัญยิ่งในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐและฝ่ายนิติบัญญัติ

ดังนั้น การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันจึงต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด โดยต้องปรับใช้หลักความได้สัดส่วนให้ครบทั้งสามหลักการย่อยเป็นลำดับขั้นไป

2.2.2 หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

2.2.2.1 หลักความได้สัดส่วนในสถานะกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

แนวคิดในการก่อตั้งสหภาพยุโรปเกิดขึ้นจากความพยายามที่จะสร้างสันติภาพในทวีปยุโรปไม่ให้ประเทศในยุโรปใช้ทรัพยากรในประเทศของตนทำสงครามระหว่างกัน ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494) ประเทศในทวีปยุโรป 6 ประเทศ ได้แก่ เบลเยียม เยอรมันตะวันตก ลักเซมเบิร์ก ฝรั่งเศส อิตาลี และเนเธอร์แลนด์ จึงรวมตัวกันก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กยุโรป (The European Coal and Steel Community - ECSC) ขึ้น ให้มีอำนาจตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับเหล็กและถ่านหินของประเทศสมาชิก การจัดตั้ง ECSC ประสบความสำเร็จอย่างมาก ประเทศสมาชิกจึงมีความคิดที่จะขยายความร่วมมือระหว่างกันมากขึ้น⁴⁷

การรวมตัวเป็นสหภาพยุโรปในปัจจุบันนี้ เกิดจากการรวมตัวกันขององค์การระหว่างประเทศสามแห่ง ได้แก่ (1) ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (The European Coal and Steel Community - ECSC) ก่อตั้งโดยสนธิสัญญากรุงปารีส ใน ค.ศ. 1951 (2) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community - EEC) ก่อตั้งโดยสนธิสัญญากรุงโรม ใน ค.ศ. 1957 และ (3) ประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรป (The European Atomic Energy Community - EAEC) ก่อตั้งโดยสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 องค์การระหว่างประเทศทั้งสามแห่งได้รวมตัวกันเป็นประชาคมยุโรป (European Community - EC) โดยสนธิสัญญาบรัสเซลส์ ในปี ค.ศ. 1967 ซึ่งในขณะนั้นประกอบด้วยประเทศสมาชิก 12 ประเทศ การรวมตัวดังกล่าวมีผลให้ฝ่ายบริหาร (คณะมนตรี) ขององค์การระหว่างประเทศทั้งสามแห่งได้รวมเป็นคณะมนตรีชุดเดียวกัน ต่อมาใน ค.ศ. 1991 รัฐบาลของประเทศสมาชิกทั้ง 12 ประเทศได้ร่วมกันลงนามในสนธิสัญญา Maastricht (The Maastricht Treaty) เพื่อก่อตั้งสหภาพยุโรป และได้เปลี่ยนสถานะภาพของประชาคมยุโรปมาเป็นสหภาพยุโรป ซึ่งในปัจจุบันโครงสร้างของสหภาพยุโรปประกอบด้วยสถาบันหลัก 5 สถาบัน ได้แก่⁴⁸

(1) คณะมนตรียุโรป (The European Council) มีหน้าที่ในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ และกำหนดแนวนโยบายความสัมพันธ์กับประเทศนอกกลุ่มสมาชิก

(2) สภารัฐมนตรี (The Council of Ministers) มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจและทำหน้าที่ด้านนิติบัญญัติร่วมกับสภายุโรป โดยการออกกฎหมายหรือข้อบังคับต่าง ๆ ของสหภาพยุโรป

⁴⁷ รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ “โครงการเตรียมการรองรับการเคลื่อนย้ายของแรงงานสู่การเป็นประชาคมอาเซียน ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2558, http://www.mol.go.th/sites/default/files/downloads/pdf/8._bththii_4_wiekhraaheching_eprriybethiiyb_AC_kab_EU.pdf

⁴⁸ ศรีรัตน์ งามนิตย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.61.

(3) คณะกรรมาธิการยุโรป (The European Commission) มีอำนาจหน้าที่ในการเสนอกฎหมาย และรับผิดชอบการดำเนินงานให้เป็นไปตามกฎหมายของสหภาพยุโรป อีกทั้งยังมีหน้าที่ในการควบคุมดูแลงบประมาณและโครงการต่าง ๆ ที่ได้รับความเห็นชอบโดยสภายุโรปและสภารัฐมนตรีของสหภาพยุโรป

(4) สภายุโรป (The European Parliament) มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลการบริหารงานของคณะกรรมาธิการยุโรปโดยการตั้งกระทู้ถาม และมีอำนาจตัดสินใจร่วมกับสภารัฐมนตรีในการเห็นชอบกฎและข้อบังคับต่าง ๆ

(5) ศาลยุติธรรมยุโรป (The Court of Justice of the European Union) ก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1951 โดยสนธิสัญญากรุงปารีส ที่ก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป ต่อมาสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติให้ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรปอยู่ภายใต้ศาลยุติธรรมเดียวกัน

ศาลยุติธรรมยุโรปมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ระหว่างองค์กรของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิก โดยศาลยุติธรรมยุโรปประกอบด้วยศาลสูงสุดแห่งสหภาพยุโรปหรือศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (The European Court of Justice) และศาลชั้นต้น (The General Court)⁴⁹

ที่มาของกฎหมายสหภาพยุโรปที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ได้แก่ สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคม (Treaties establishing the Communities) ความตกลงระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป อนุสัญญาระหว่างประเทศสมาชิก กฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) เช่น ระเบียบ (regulations) ข้อกำหนด (directives) คำสั่ง (decisions) นอกจากนี้กฎหมายของสหภาพยุโรปยังรวมถึงกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) และแนวจารีตทางกฎหมาย (legal custom) อีกด้วย⁵⁰ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นผลจากการนำหลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับในรูปแบบเดียวกันกับปัญหาต่าง ๆ ที่มีความแน่นอน หรือปัญหาที่มีลักษณะเหมือนกัน และการบังคับใช้หลักเกณฑ์เหล่านั้นยังผลให้การให้เหตุผลของกรณีต่าง ๆ มีลักษณะที่ร่วมกันและเป็นการให้เหตุผลที่เป็นไปตามตรรกะ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปจะผูกพันการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ในการออกกฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) และผูกพันศาลยุติธรรมแห่งยุโรป รวมถึงองค์กรภายในประเทศรัฐสมาชิกในการบังคับใช้กฎหมายของประชาคม การตีความสนธิสัญญา การใช้อำนาจตามกฎหมายลำดับรอง รวมถึงการใช้อำนาจตรากฎหมาย⁵¹

ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป เช่น หลักความเสมอภาค (the principle of equality) หลักความมั่นคงของกฎหมายและหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม

⁴⁹ เฟ็งอ้าง, น.62.

⁵⁰ เฟ็งอ้าง, น.62.

⁵¹ เฟ็งอ้าง, น.62.

ด้วยกฎหมาย (legal certainty and protection of legitimate expectations) สิทธิในการป้องกันตัว (rights of defence) และหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) เป็นต้น⁵²

หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้น มีหลายบทบาทที่แตกต่างกันตามบริบท โดยพื้นฐานแล้วหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายในการตรวจสอบการกระทำของประชาคมและรัฐสมาชิกในการจำกัดการค้าภายในเสรี ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมทั้งมีบทบาทในการประเมินกำหนดการลงโทษ⁵³

(1) บ่อเกิดและพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

ตั้งแต่สมัยที่สหภาพยุโรปยังคงมีสถานะรวมกลุ่มเป็นประชาคมยุโรป หลักความได้สัดส่วนบัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในประชาคม โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 5 EC Treaty ว่า “การกระทำใด ๆ ของประชาคมต้องไม่เกินไปกว่าความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา” โดยมีรายละเอียดกำหนดไว้ในพิธีสาร (protocol) ของสนธิสัญญาต่างหาก และด้วยเหตุนี้ จึงมีการใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นข้อเรียกร้องให้มาตรการของประชาคมยุโรปและมาตรการของรัฐสมาชิกต้องชอบด้วยกฎหมายของประชาคม โดยในการตรวจสอบความได้สัดส่วนโดยทั่วไปแล้วต้องตรวจสอบว่า มาตรการนั้นเหมาะสมในการบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ มาตรการนั้นจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ และมาตรการนั้นเป็นภาระต่อปัจเจกบุคคลมากเกินไปเพื่อความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่⁵⁴ นอกจากนั้น ได้มีการบัญญัติหลักความได้สัดส่วนเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 49 (3) ที่บัญญัติให้ความรุนแรงของโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดอีกด้วย

นอกจากที่หลักความได้สัดส่วนจะปรากฏอย่างชัดเจนในสนธิสัญญาแล้ว ก็ยังปรากฏหลักการดังกล่าวในรูปแบบหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้เป็นพื้นฐานที่ใช้ในการตีความ ดังจะเห็นได้จาก การที่ศาลยุติธรรมยุโรปนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตีความตรวจสอบมาตรการของรัฐภายใต้การเคลื่อนย้ายสินค้าเสรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตีความข้อยกเว้นตามมาตรา 36 สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) (เดิมคือ มาตรา 30 EC Treaty หรือ มาตรา 36 EEC Treaty) เป็นต้น⁵⁵ ดังนั้นบ่อเกิดของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป จึงมี

⁵² เพิ่งอ้าง, น.61.

⁵³ J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven, Europeanisation of Public Law (Europa Law Publishing, 2007), p.146.

⁵⁴ ดิเรก สุขสว่าง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น.52.

⁵⁵ J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven, *supra* note 53, p.147.

ที่มาจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการรับรองในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรป

สำหรับพัฒนาการการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนนั้น ศาลยุติธรรมยุโรปได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เป็นครั้งแรกในคดีเกี่ยวกับมาตรการตามข้อบังคับว่าด้วยตลาด โดยศาลฯ มีวัตถุประสงค์ในการถ่วงดุลผลอันเกิดจากมาตรการตามข้อบังคับว่าด้วยตลาดที่จำกัดเสรีภาพตามสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้ายุโรป ค.ศ. 1951 (ECSC Treaty) คดีดังกล่าวคือคดี 8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1954 to 1956] ECR 245 at p.299⁵⁶ ในคดีนี้ผู้ร้องโต้แย้งว่า ราคาถ่านหินซึ่งกำหนดโดยคำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการทั่วไป (general decision) สูงกว่าราคาถ่านหินของประเทศเบลเยียม ซึ่งคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) อ้างว่าราคาถ่านหินดังกล่าวเป็นราคาที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการเรียกคืนเงินค่าชดเชยจากบริษัทต่าง ๆ ที่ไม่ได้ลดราคาถ่านหินลงอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตาม ศาลได้ปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าว และวินิจฉัยว่า การกระทำของคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูงในการตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเหมาะสม (proportionate) กับผลกระทบของการกระทำนั้น และโดยแท้จริงแล้วหลักความได้สัดส่วนมักจะได้รับอ้างอิงในการอุทธรณ์คดีเกี่ยวกับค่าปรับที่กำหนดโดยคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) หรือคณะกรรมการ (Commission)⁵⁷

ใน ค.ศ. 1970 ศาลได้นำหลักได้สัดส่วนมาปรับใช้อย่างชัดเจนในคดีเกี่ยวกับการเกษตรกรรม คือคดี 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr – und Vorratsstelle Getreid* [1970] ECR 1125⁵⁸ ที่มีการโต้แย้งว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบการวางเงินมัดจำตามเงื่อนไขของใบอนุญาตนำเข้าส่งออกเป็นข้อกำหนดที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน แม้ศาลจะเห็นว่าไม่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักความได้สัดส่วน แต่ในคำวินิจฉัยได้ยืนยันว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักพื้นฐานในการตรวจสอบการใช้อำนาจของประชาคมยุโรป และในคดีนี้ Dutheille de Lamothe ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมาย (Advocate-General) ของศาลยุติธรรมยุโรป (ECJ) ให้ความเห็นว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายประชาคมยุโรปโดยผลของมาตรา 40 (3) ของ EEC Treaty และได้รับการเผยแพร่ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายประชาคมยุโรป อันมีป่อเกิดจากระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก⁵⁹

ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นมีป่อเกิดจากทั้งบทบัญญัติที่ชัดเจนในสนธิสัญญา (express provisions in the Treaty) ป่อเกิดจากหลักนิติรัฐ ป่อเกิดจากหลักกฎหมาย

⁵⁶ ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.63.

⁵⁷ *เพ็งอ้าง*, น.63.

⁵⁸ *เพ็งอ้าง*, น.64.

⁵⁹ *เพ็งอ้าง*, น.65.

ภายในประเทศ (national rules) บ่อเกิดที่อนุমানจากบทบัญญัติของสนธิสัญญา (the proportionality principle as deduced from the treaty provisions) อีกด้วย⁶⁰

(2) สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยชัดแจ้งโดยการวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรมยุโรปว่า หลักการย่อยทั้งสามของหลักความได้สัดส่วนนั้นสามารถแยกออกจากกันได้โดยชัดเจน โดย Van Gerven ที่ปรึกษากฎหมาย (Advocate-General) ของศาลยุติธรรมยุโรป (ECJ) ได้ยืนยันหลักการย่อยทั้งสามประการ ด้วยเช่นกันว่า หลักความได้สัดส่วนประกอบด้วย หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม (suitable) หลักความจำเป็น (necessary) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (proportionality in sensu stricto หรือ proportionality in strict sense)⁶¹

(ก) หลักความเหมาะสม (suitable)

ประการแรก มาตรการของรัฐจะต้องมีความเหมาะสมอย่างแท้จริงในการปกป้องประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการ หลักความเหมาะสม (หลักความสัมฤทธิ์ผล) เรียกร้องว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้จะต้องมีความสัมพันธ์อย่างเป็นเหตุเป็นผลกับวัตถุประสงค์ที่มาตรการนั้นมุ่งหมาย ยิ่งไปกว่านั้น วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate) ดังนั้นในการทดสอบความได้สัดส่วน ในเบื้องต้นศาลจะต้องค้นหาว่าประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ที่แท้จริงที่มาตรการมุ่งหมายนั้นคืออะไร หลังจากนั้นก็พิจารณาว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้นั้นเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้หรือไม่ ซึ่งการผ่านการทดสอบในขั้นตอนประเมินตามหลักความสัมฤทธิ์ผลนั้นไม่เป็นปัญหาเท่าใดนัก⁶²

(ข) หลักความจำเป็น (necessary)

มาตรการที่จำเป็นคือ มาตรการที่ไม่มีมาตรการอื่นใดที่มีผลกระทบน้อยไปกว่ามาตรการดังกล่าว อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม และสามารถปรับใช้ได้จริง เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ หรือกล่าวในอีกนัยหนึ่ง มาตรการที่จำเป็นคือ มาตรการทางเลือกที่มีผลกระทบน้อยที่สุด โดยต้องประเมินความเป็นไปได้ของมาตรการทางเลือกนั้น ๆ ในเบื้องต้นก่อนว่ามาตรการ

⁶⁰ เฟ็งอ้วง, น.69.

⁶¹ J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven, *supra note 53*, p.147.

⁶² *Ibid*, p.149.

ทางเลือกดังกล่าวนั้นสามารถที่จะปกป้องประโยชน์หรือเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพหรือไม่ จากนั้นจึงพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุดหรือไม่⁶³

(ค) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (proportionality in sensu stricto)

หลักการย่อยประการที่สาม คือ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ในความหมายนี้มาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนก็ต่อเมื่อมาตรการดังกล่าวนั้น ส่งผลกระทบบนที่เกินสัดส่วนนอกเหนือไปจากการเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการหรือผลกระทบนั้นมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับ สามารถกล่าวได้ว่าหลักการย่อยนี้คือความหมายของหลักความได้สัดส่วนอย่างแท้จริง ซึ่งการทดสอบความได้สัดส่วนของมาตรการจะต้องประเมินทั้งหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนหากพบว่ามาตรการดังกล่าวนี้ส่งผลกระทบบนเกินกว่าการเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่ได้รับนั้นมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับ⁶⁴

(3) การปรับใช้ตีความหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

1) คดี 66/82 *Fromançais SA v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)* [1983]⁶⁵

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นคดีที่มีการส่งเรื่องให้ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎเลขที่ 1259/72 ที่กำหนดการควบคุมการลดราคาของเนย และกฎเลขที่ 232/75 ที่กำหนดเรื่องการขายเนยที่ลดราคาลงสำหรับทำขนมปังและไอศกรีม โดยผู้ที่ชนะการประมูลราคาซื้อเนยไม่ได้นำเนยไปผลิตอาหารภายในระยะเวลาที่กำหนด จึงถูกริบหลักประกันทั้งหมด ผู้ถูกริบหลักประกันโต้แย้งว่าการริบหลักประกันดังกล่าวเป็นการล่วงละเมิดอย่างร้ายแรง จึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

ศาลวินิจฉัยว่า ในการตรวจสอบว่ากฎหมายของประชาคม (Community law) สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ประการแรก ต้องพิจารณาว่ามาตรการที่ใช้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ โดยสอดคล้องกับสาระสำคัญของวัตถุประสงค์หรือไม่ อันดับที่สอง มีความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่

⁶³ *Ibid*, p.149.

⁶⁴ *Ibid*, p.149.

⁶⁵ Case 66/82 *Fromançais SA v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)*, [1983], E.C.R..

จากการพิจารณาฎีกาเรื่องการควบคุมราคาเนยทั้งสองข้อข้างต้น เห็นว่ามาตรการที่ริบหลักประกันทั้งหมดเมื่อผลิตเกินระยะเวลาที่กำหนดไว้ เป็นไปเพื่อป้องกันมิให้มีการกักตุนสินค้า และเก็งกำไร ส่วนเงื่อนไขที่ให้ผลิตตามระยะเวลาที่กำหนดโดยเคร่งครัดก็เป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่นนี้ การริบหลักประกันทั้งหมดเมื่อผลิตเกินระยะเวลาที่กำหนดไว้ จึงเป็นการได้สัดส่วนกับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎเลขที่ 1259/72 และกฎเลขที่ 232/75 แล้ว⁶⁶

2) คดี 181/84 *The Queen, ex parte E. D. & F. Man (Sugar) Ltd v Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP)*. [1985]⁶⁷

คดีนี้เป็นการส่งเรื่องให้ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับใบอนุญาตส่งออกน้ำตาล ตามกฎของประชาคมที่ 1880/83 มาตรา 6(3) ที่ให้อำนาจคณะกรรมการอนุญาตต่อตุลาการในการออกคำสั่งริบหลักประกันทั้งหมด ซึ่งบริษัท Man (Sugar) Ltd ไม่ได้ยื่นคำขอใบอนุญาตส่งออกภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปวินิจฉัยว่า หน้าที่ของใบอนุญาตส่งออกนั้น ไม่สำคัญเท่ากับหน้าที่ในการส่งออกซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายประชาคม ดังนั้น หน้าที่ในการยื่นคำร้องขอใบอนุญาตส่งออกซึ่งเป็นหน้าที่รองจึงมีความสำคัญน้อยกว่าการส่งออกซึ่งเป็นหน้าที่หลัก ดังนั้นการกำหนดโทษที่มีความรุนแรงกับหน้าที่ซึ่งมิใช่เป็นหน้าที่หลักแต่ประการใด จึงเป็นการรุนแรงเกินกว่าความจำเป็น⁶⁸

3) คดี 49/01 *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*. [2002]⁶⁹

คดีนี้เป็คดีที่มีการส่งเรื่องให้ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ 2001/37 ที่แก้ไขเพิ่มเติมการควบคุมปริมาณสารทาร์ และค่าเตือนบนซองผลิตภัณฑ์ยาสูบ โดยมาตรา 3 ห้ามการจำหน่ายบุหรีที่ไม่ได้ปฏิบัติตามระดับสูงสุดของสารทาร์และนิโคติน มาตรา 5 กำหนดให้เพิ่มเติมเนื้อที่บนซองบุหรีเพื่อระบุข้อความค่าเตือน มาตรา 7 ให้ระบุปริมาณสารทาร์ รวมทั้งค่าเตือนสุขภาพบนซองบุหรี

⁶⁶ ดิเรก สุขสว่าง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.55.

⁶⁷ Case 181/84 *The Queen, ex parte E. D. & F. Man (Sugar) Ltd v Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP)*., [1985], E.C.R..

⁶⁸ ดิเรก สุขสว่าง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.56.

⁶⁹ Case 49/01 *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*., [2002], E.C.R..

ศาลเห็นว่า มาตรา 3 ที่ห้ามการจำหน่ายบุหรี่ที่ไม่ได้ปฏิบัติตามระดับสูงสุดของสารทาร์และนิโคติน รวมทั้งคาร์บอนมอนอกไซด์ เป็นมาตรการที่ป้องกันการผลิตบุหรี่ที่ไม่ได้ปฏิบัติตามระดับสูงสุดของสารพิษและเพื่อคุ้มครองสุขภาพอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายประชาคมและเป็นมาตรการที่ไม่เกินไปกว่าความเป็นจำเป็น ส่วนมาตรา 5 ที่กำหนดให้เพิ่มเติมเนื้อที่บนซองบุหรี่เพื่อระบุข้อความคำเตือน เป็นมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพ และมาตรา 7 ที่ให้ระบุปริมาณสารทาร์รวมทั้งคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพบนซองบุหรี่ เป็นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์สำหรับการคุ้มครองสุขภาพ และเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อที่จะทำให้เกิดความปลอดภัยแก่ผู้บริโภค นอกจากนี้ ประโยชน์ตามมาตรการนี้ยังมีน้ำหนักมากกว่าสิทธิของผู้ผลิตบุหรี่ คดีนี้ศาลได้นำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามหลักมาใช้⁷⁰

4) คดี 41/03 Rica Foods (Free Zone) NV v Commission of the European Communities. [2005]⁷¹

คดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับการส่งเรื่องให้ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่กำหนดโควตารำน้ำเข้าสินค้าประเภทน้ำตาลทรายและส่วนผสมของคณะกรรมการประชาคมแห่งสหภาพยุโรป (Commission of the European Communities) ซึ่งกำหนดให้ประเทศที่ได้รับสิทธิพิเศษสามารถนำเข้าวัตถุดิบที่เป็นแหล่งผลิตในประเทศสมาชิกประชาคมยุโรปได้เสมือนหนึ่งเป็นวัตถุดิบในประเทศได้ โดยกำหนดโควตาไว้ที่ 3,340 ตัน คดีนี้มีประเด็นต่อสู่ประการหนึ่งว่า การกำหนดโควตารำน้ำเข้าน้ำตาลทรายและส่วนผสมซึ่งได้รับสิทธิพิเศษตามจำนวนดังกล่าวฝ่าฝืนต่อหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการทั่วไปหลักการหนึ่งในกฎหมายประชาคม ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้มาตรการที่สมาชิกของประชาคมนำมาใช้ต้องไม่เกินกว่าขอบเขตของความเหมาะสม และความจำเป็นเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และหากต้องเลือกมาตรการที่มีความเหมาะสมหลายประการ ต้องเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระน้อยที่สุด และต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่ได้สัดส่วนตามวัตถุประสงค์นั้น

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปเห็นด้วยกับศาลชั้นต้นที่เห็นว่า การกำหนดโควตารำน้ำเข้าสินค้าประเภทน้ำตาลทรายและส่วนผสมไว้ที่ 3,340 ตัน เป็นโควตาที่มีความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ประกอบการน้ำตาลทรายและโควตาดังกล่าวก็อยู่บนพื้นฐานระดับสูงสุดของการนำเข้าน้ำตาลทรายและส่วนผสม ระหว่างปี ค.ศ. 1996-1998 ในคดีนี้แม้ศาลไม่ได้เขียนคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน แต่ก็เข้าใจได้ว่า

⁷⁰ ดิเรก สุขสว่าง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 25*, น.57.

⁷¹ Case 41/03 Rica Foods (Free Zone) NV v Commission of the European Communities., [2005], E.C.R..

ศาลได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างสิทธิประโยชน์ของผู้ประกอบการน้ำตาลทรายและมาตรการในการจำกัดโควตา อันเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้⁷²

กล่าวโดยสรุป จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป แสดงให้เห็นว่าแม้คดีส่วนใหญ่จะมิได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีครบทั้งสามหลักการย่อยก็ตาม แต่ก็ได้นำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนบางหลักมาวินิจฉัยทั้งนี้ การนำหลักใดมาใช้ในการพิจารณาขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีนั้น ๆ และจะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมยุโรปได้มีการพัฒนาปรับใช้หลักความได้สัดส่วนให้มีลักษณะที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ทำให้การตัดสินคดีเป็นไปโดยอำนวยการความยุติธรรมให้แก่คู่ความในคดีอย่างสูงสุด

2.2.2.2 หลักความได้สัดส่วนในสถานะหลักกฎหมายภายใต้ข้อยกเว้นการขจัดอุปสรรค การเคลื่อนย้ายสินค้าเสรีของสินค้าของสหภาพยุโรป (free movement of goods)

วัตถุประสงค์ทางด้านเศรษฐกิจเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการรวมกลุ่มกันของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป ความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจของสหภาพยุโรปในปัจจุบันมีความมุ่งหมายในการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (Single Market) โดยมีการลงนามสนธิสัญญายุโรปตลาดเดียว (The Single European Act 1986) โดยกำหนดให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในปีค.ศ. 1992 เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เศรษฐกิจมีการพัฒนาอย่างสอดคล้องกัน มีความร่วมมือทางเศรษฐกิจและประสานนโยบายไปในทิศทางเดียวกัน อันเป็นการยกมาตรฐานการครองชีพ และเสริมสร้างศักยภาพทางเศรษฐกิจของสหภาพยุโรป⁷³

หลักการที่สำคัญที่เป็นกลไกในการดำเนินการให้สหภาพยุโรปสามารถบรรลุเป้าหมายในการรวมกลุ่มตลาดภายในของรัฐสมาชิกให้เป็นตลาดเดียว (Single Market) ได้ คือ หลักการเคลื่อนย้ายเสรี ทั้งการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า บริการ แรงงาน และเงินทุน โดยที่แนวความคิดดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญอย่างมากในการขับเคลื่อนการบูรณาการทางเศรษฐกิจของยุโรป ไม่เพียงเฉพาะแต่ในปัจจุบัน แต่มีบทบาทในการขับเคลื่อนการบูรณาการทางเศรษฐกิจของยุโรป ซึ่งเป็นภารกิจและวัตถุประสงค์หลักของสหภาพยุโรป นับตั้งแต่สนธิสัญญาโรม 1957 ก่อตั้งประชาคมยุโรป (European Community : EC) เป็นต้นมา⁷⁴

⁷² ดิเรก สุขสว่าง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.59.

⁷³ พิมพ์มาศ ดวงมี , “การขจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าในตลาดเดียวยุโรป ภายใต้มาตรา 95 แห่งสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรป,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.24.

⁷⁴ ธนพัฒน์ เล็กเกียรติขจร, “หลักการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าภายในสหภาพยุโรป (Free Movement of Goods in European Union),” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2558, lawstudent.bizhat.com/Goods.doc

การเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า เป็นหลักการที่สำคัญในการดำเนินการให้เกิดการรวมตัวแบบตลาดเดียว (Single Market) ขึ้นได้ ความหมายของการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า หมายความว่า เสรีภาพในการเคลื่อนย้าย ซื้อขาย และแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมทุกประเทศ ซึ่งครอบคลุมการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าทุกประเภทในดินแดนของประชาคม⁷⁵

ในการดำเนินการให้หลักการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าสามารถเกิดขึ้นจริงได้อย่างมีประสิทธิภาพ จะต้องมีการขจัดอุปสรรคที่อาจทำให้การเคลื่อนย้ายสินค้าในระหว่างประเทศสมาชิกไม่อาจเป็นไปได้อย่างเสรี ทั้งนี้ อุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

1) อุปสรรคทางภาษี (tariff barriers) ได้แก่ ภาษีศุลกากร ค่าธรรมเนียมอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกันกับภาษีศุลกากร หรือการเลือกปฏิบัติทางภาษีภายใน

2) อุปสรรคที่ไม่มีใช้ภาษี (non – tariff barriers) ได้แก่ การจำกัดปริมาณในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดปริมาณทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณ⁷⁶

บทบัญญัติของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน มีบทบัญญัติห้ามในส่วนของอุปสรรคทางภาษีไว้ อย่างเป็นทางการเด็ดขาดอย่างไม่มีข้อยกเว้น ใดๆ ทั้งสิ้น แม้มีการขจัดอุปสรรคทางภาษีแล้ว รัฐสมาชิกอาจดำเนินมาตรการที่มีใช้มาตรการทางภาษีด้วยวิธีการใช้มาตรการจำกัดปริมาณสินค้านำเข้า หรือส่งออกและมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณ เพื่อเป็นการปกป้องสินค้าภายในประเทศของตน อันเป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าอย่างร้ายแรง เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ในการรวมกันเป็นตลาดเดียวของสหภาพยุโรป

ดังนั้นการขจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขจัดการจำกัดปริมาณสินค้า จึงเป็นหลักการที่สำคัญที่จะสามารถทำให้รัฐสมาชิกในสหภาพยุโรปสมาชิกรวมตลาดภายในเป็นตลาดเดียว (Single Market) ตามที่มุ่งหมายได้

⁷⁵ กมลกานต์ ศรสวรรณ, “มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประชาคมยุโรปกับปัญหาการกีดกันทางการค้า : ศึกษา WEE และ RoHS,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.153.

⁷⁶ พิมพ์มาศ ดวงมี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 73*, น.11.

(1) บทบัญญัติการขจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีที่ไม่ใช่อุปสรรคทางภาษี และข้อยกเว้น

บทบัญญัติของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ที่เกี่ยวข้องกับการห้ามการจำกัดปริมาณ (Quantitative Restriction : QR) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มุ่งหมายขจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าที่ไม่ใช่อุปสรรคทางภาษี อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 34 และมาตรา 35

มาตรา 34⁷⁷ บัญญัติว่า “การจำกัดปริมาณสินค้าในการนำเข้าและมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลเช่นเดียวกันนั้นจะกระทำไม่ได้ในระหว่างรัฐสมาชิก”

มาตรา 35⁷⁸ บัญญัติในทำนองเดียวกันว่า “การจำกัดปริมาณสินค้าในการส่งออกและมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลเช่นเดียวกันนั้นจะกระทำไม่ได้ในระหว่างรัฐสมาชิก ”

โดยที่ความหมายของ “การจำกัดปริมาณสินค้า (Quantitative Restriction : QR)” ไม่มีบทนิยามที่ชัดเจนในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) แต่ได้มีการนิยามโดยการตีความของศาลยุติธรรมยุโรป ในคดี *Riseria Luigi Geddo*⁷⁹ ว่า การจำกัดปริมาณสินค้า (Quantitative Restriction : QR) หมายความว่า “มาตรการใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการนำเข้า ส่งออก หรือ การเคลื่อนย้ายสินค้า ทั้งหมดหรือบางส่วน”⁸⁰ ตัวอย่างการจำกัดปริมาณสินค้า เช่น การห้ามนำเข้า/ส่งออก (Product Ban) การกำหนดโควตาสินค้า (Quotas) การกำหนดราคาขั้นต่ำ (Minimum Price) การจำกัดปริมาณสินค้าส่งออกโดยสมัครใจ (Voluntary Export Restraints) การจำกัดปริมาณสินค้าในตลาด (Quantitative Market Restraints) การขอใบอนุญาตนำเข้า/ส่งออกสินค้า (Import/Export Licences) เป็นต้น⁸¹

⁷⁷ Article 34 (ex Article 28 TEC) “Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States.”

⁷⁸ Article 35 (ex Article 29 TEC) “Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member.”

⁷⁹ Case 2-73 *Riseria Luigi Geddo*, [1973], E.C.R..

⁸⁰ “any measure which amounts to a total or partial restraint on imports, exports or goods in transit” เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหากฎหมายสหภาพยุโรป น.747 การเรียนการสอนบัณฑิตศึกษา สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดย อ.ดร.จารุประภา รักษ์พงษ์ ปีการศึกษา 2557.

⁸¹ เพิ่งอ้าง.

นอกจากบทบัญญัติมาตรา 34 และมาตรา 35 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ได้บัญญัติห้ามการจำกัดปริมาณสินค้า (Quantitative Restriction : QR) แล้ว บทบัญญัตินี้ยังห้ามถึงการใช้มาตรการอื่น ๆ ที่จะ “ส่งผล” เช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณสินค้านำเข้าและส่งออกด้วยเช่นกัน (all measures having equivalent effect) ดังนั้น การห้ามจำกัดปริมาณสินค้าจึงหมายความรวมถึง การห้ามจำกัดปริมาณสินค้าโดยตรง รวมทั้งห้ามการออกมาตรการใดๆ ที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณสินค้าด้วย⁸²

ความหมายของมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณสินค้า (Measures having equivalent effect : MEQR) ไม่มีการนิยามไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) เช่นเดียวกัน หากแต่ความหมายของมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณสินค้า (MEQR) ได้มีการให้คำนิยามผ่านทางกรณีพิพาทของศาลยุติธรรมยุโรป (case law) และมีการออกกฎหมาย Directive 70/50 เพื่อเป็นแนวทางการจำกัดความ “มาตรการอื่น ๆ ที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณสินค้า (MEQR)” ให้แก่ประเทศสมาชิก⁸³ โดยบัญญัติถึงกรณีต่าง ๆ ที่ถือเป็น MEQR เช่น มาตรการในการอุดหนุนสินค้า มาตรการในการกำหนดราคาขั้นสูงและขั้นต่ำ การกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการที่ยุ่งยากหรือเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเพื่อเป็นเงื่อนไขในการนำเข้า เงื่อนไขที่ไม่จำเป็นเกี่ยวกับตัวบรรจุภัณฑ์ ฉลาก ขนาดน้ำหนัก ขนาดและรูปลักษณะของสินค้า การเก็บรักษา เป็นต้น⁸⁴

ตามกฎหมาย Directive 70/50 ได้จำแนก มาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณสินค้า (Measures having equivalent effect : MEQR) ออกเป็น 2 ประเภท⁸⁵ ดังนี้

1) มาตรการที่รัฐใช้โดยเลือกปฏิบัติ (Distinctly applicable measures) คือ มาตรการที่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าภายในกับสินค้านำเข้า โดยปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าด้อยไปกว่าสินค้าภายในโดยการสร้างขั้นตอนที่มีความยุ่งยากและมีค่าใช้จ่ายสูงกว่าสินค้านำเข้า ตัวอย่างเช่น การเรียกร้องให้มีการตรวจสอบความปลอดภัยที่สูงกว่า หรือ มีกฎเกณฑ์พิเศษที่ใช้เฉพาะกับสินค้านำเข้า

2) มาตรการที่รัฐใช้เป็นการทั่วไป (Indistinctly applicable measures) คือ มาตรการที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าโดยใช้กฎเกณฑ์เช่นเดียวกับสินค้าภายในประเทศ แต่มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายส่งผลเป็นการจำกัดปริมาณ เช่น การเปลี่ยนการบรรจุภัณฑ์ (re-packaging)

⁸² ธนวัฒน์ เล็กเกียรติขจร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 74*, น.6.

⁸³ *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80*.

⁸⁴ ธนวัฒน์ เล็กเกียรติขจร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 74*, น.11.

⁸⁵ *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80*.

นอกจากนั้น ศาลได้วางหลักให้คำนิยาม มาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณ (MEQR) ไว้ในคดี *Dassonville Case*⁸⁶ ว่า “กฎระเบียบทางการค้าใด ๆ ก็ตามที่ออกโดยประเทศสมาชิก ซึ่งจะมีผลในการเป็นอุปสรรคต่อการค้าในประชาคมทั้งโดยตรง โดยอ้อม เกิดขึ้นจริงหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตภายในสหภาพ”⁸⁷ จากการตีความให้คำนิยามมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณ (MEQR) ของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี *Dassonville Case* สามารถสังเกตได้ว่า การตีความในคดีดังกล่าวเป็นการตีความอย่างกว้างที่หมายความถึงทุกมาตรการที่อาจมีผลเป็นการจำกัดปริมาณ ให้เป็นมาตรการต้องห้ามตามมาตรา 34 และ 35 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้ การตีความมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณ (MEQR) อย่างกว้างสะท้อนถึงเจตนารมณ์ในการปกป้องและรักษาไว้ซึ่งหลักการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าภายในสหภาพยุโรป ที่เป็นหลักการสำคัญเพื่อให้ประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปสามารถบรรลุเป้าหมายการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (single market) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตัวอย่างการพิจารณาของศาลยุติธรรมยุโรปที่ตัดสินว่ามาตรการของรัฐเป็นมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณ (MEQR) เช่น การกำหนดให้มีการลงทะเบียนก่อนการนำเข้ารถยนต์ซึ่งมีขั้นตอนที่ยู้งยาก⁸⁸ การตรวจสอบการนำเข้าพืชอย่างละเอียดเข้มงวดแตกต่างจากการตรวจสอบสินค้าภายใน⁸⁹ การออกข้อกำหนดให้มีมาตรการตรวจสอบก่อนส่งออกสินค้า แต่ไม่ได้ออกข้อกำหนดดังกล่าวกับสินค้าภายใน⁹⁰ เป็นต้น จะเห็นได้ว่า หากมาตรการส่งผลกระทบต่อปริมาณการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ย่อมถือเป็นการจำกัดปริมาณที่ต้องห้ามมาตรา 34 และ 35 ทั้งสิ้น

⁸⁶ Case 8/74 PROCUREUR DU ROI (Public Prosecutor) V BENOIT AND GUSTAVE DASSONVILLE, [1974], E.C.R., p.852, para.5.

“All trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.”

⁸⁷ อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 80.

⁸⁸ Case 154/85 Commission V Italy, [1987]. อ้างใน ธนวัฒน์ เล็กเกียรติ์ขจร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 74, น.6.

⁸⁹ Case 4/75 Rewe-Zentralfinan V Landwirtschaftskammer, [1975]. อ้างใน ธนวัฒน์ เล็กเกียรติ์ขจร, เพิ่งอ้าง, น.6.

⁹⁰ Case 53/76 Procureue de la République Besançon V Bouheier (Bouhelier Case), [1977]. อ้างใน ธนวัฒน์ เล็กเกียรติ์ขจร, เพิ่งอ้าง, น.6.

อย่างไรก็ดี แม้ว่าแนวความคิดในการขจัดอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีของการเคลื่อนย้ายสินค้าเสรี หรือ การห้ามการจำกัดปริมาณสินค้าในระหว่างประเทศสมาชิกจะมีความสำคัญอย่างยิ่งและเป็นหัวใจสำคัญในการ ขับเคลื่อนให้สหภาพยุโรปรวมตัวกันเป็นตลาดเดี่ยวได้ (single market) ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตาม การห้ามการจำกัดปริมาณตามมาตรา 34 และ 35 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ได้มีการอนุญาตให้สมาชิกสามารถ กระทำได้ เมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) ซึ่งเป็นจากหลักในคดี *Cassis de Dijon*⁹¹ และเมื่อต้องด้วยกรณีที่เป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU)

ข้อยกเว้นตามมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) เป็นข้อยกเว้นที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งยกเว้นให้ การห้ามจำกัดปริมาณตามมาตรา 34 และมาตรา 35 ของสนธิสัญญาดังกล่าวสามารถกระทำได้ เมื่อมี ความจำเป็นและต้องด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่กำหนด โดยบัญญัติว่า “ตามบทบัญญัติมาตรา 34 และ 35 การจำกัดปริมาณการนำเข้า การส่งออก หรือการเคลื่อนย้ายสินค้า สามารถกระทำได้ หากพิสูจน์ ได้ว่าอยู่บนพื้นฐานของ ศีลธรรมอันดี, นโยบายสาธารณะ หรือความปลอดภัยสาธารณะ; การปกป้องสุขภาพ และชีวิตของมนุษย์, สัตว์ หรือ พืช; การปกป้องสมบัติของชาติที่เกี่ยวข้องกับศิลปกรรม ประวัติศาสตร์ หรือ มีคุณค่าทางโบราณคดี; หรือ การปกป้องทรัพย์สินในการอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ต้องไม่ ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือกีดกันทางการค้าอย่างแอมแฝงระหว่างประเทศสมาชิก”⁹² โดย ลักษณะของข้อยกเว้นตามมาตรา 36 นั้น จะมีวัตถุประสงค์เชิงนโยบายที่สามารถอ้างเป็นข้อยกเว้นเพื่อ ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 34 และมาตรา 35 ตามบทบัญญัติดังกล่าวสามารถจำแนกได้ดังนี้

- 1) ศีลธรรมอันดี (public morality)
- 2) นโยบายสาธารณะ หรือความปลอดภัยสาธารณะ (public policy or public security)

⁹¹ Case 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, [1979], E.C.R.

⁹² Article 36 (ex Article 30 TEC) “The provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2559, https://en.wikisource.org/wiki/Consolidated_version_of_the_Treaty

3) การปกป้องสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ สัตว์ หรือ พืช (the protection of health and life of humans, animals or plants)

4) การปกป้องสมบัติของชาติที่เกี่ยวข้องกับศิลปกรรม ประวัติศาสตร์ หรือมีคุณค่าทางโบราณคดี (the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value)

5) การปกป้องทรัพย์สินในการอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ (the protection of industrial and commercial property)

รัฐสมาชิกที่กล่าวอ้างข้อยกเว้นมีภาระในการพิสูจน์ตามบทบัญญัติดังกล่าว⁹³ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์เชิงนโยบายตามข้อยกเว้นมีจำกัดเพียงเท่าที่กฎหมายบัญญัติในกรณีข้างต้นเท่านั้น ไม่สามารถขยายหรือเพิ่มเติมได้ เนื่องจากการตีความข้อยกเว้นจะต้องตีความอย่างแคบ (narrowly)⁹⁴ หลักการอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 36 มีลักษณะคล้ายคลึงกับการอ้างข้อยกเว้นทั่วไปขององค์การการค้าโลก⁹⁵ กล่าวคือ เป็นลักษณะที่จะต้องมีการละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 34 และมาตรา 35 เกิดขึ้นก่อน จากนั้นจึงอ้างใช้ข้อยกเว้นมาตรา 36 ขึ้นกล่าวอ้าง เพื่อให้การละเมิดพันธกรณีไม่เป็นความผิดอีกต่อไป

เมื่อพิสูจน์การอ้างใช้ข้อยกเว้นในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่บัญญัติไว้แล้ว ต้องมีการพิสูจน์ตามวรรคท้ายของมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ที่บัญญัติว่า “...อย่างไรก็ดี ต้องไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือกีดกันทางการค้าอย่างแอมแฝงระหว่างประเทศสมาชิก”⁹⁶ ทั้งนี้ เพื่อให้การอ้างข้อยกเว้นเพื่อไม่ปฏิบัติตามหลักการห้ามจำกัดปริมาณตามมาตรา 34 และมาตรา 35 ของสนธิสัญญาดังกล่าว เป็นไปเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะของประเทศสมาชิกอย่างแท้จริง และเป็นการป้องกันไม่ให้มีการอ้างข้อยกเว้นไปในลักษณะที่ใช้มาตรการจำกัดปริมาณอย่างเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือใช้มาตรการเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอมแฝงระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งทำให้การใช้ข้อยกเว้นเป็นไปอย่างผิดวัตถุประสงค์ และก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อหลักการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าอีกด้วย และจะสามารถสังเกตได้ว่า ข้อความตามวรรคท้ายของมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) มีความคล้ายคลึงกับบทนำของ

⁹³ Paul Craig, *EU Administrative Law*, (New York: Oxford University Press Inc., 2006), p.688.

⁹⁴ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 80.

⁹⁵ เพิ่งอ้าง.

⁹⁶ “...Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.”

มาตรา XX (Chapeau)⁹⁷ ซ้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 เป็นอย่างยิ่ง

หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) เป็นหลักการที่อนุญาตให้รัฐสมาชิกสามารถบังคับใช้กฎหมายภายในที่เป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีได้ ถ้าต้องด้วยกรณีที่เป็นเงื่อนไข หลักดังกล่าวเกิดขึ้นจากการวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] (*Cassis de Dijon*)⁹⁸ ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือบริษัท Rewe ซึ่งเป็นบริษัทผู้นำเข้าสินค้าจากประเทศต่าง ๆ ในประชาคม ได้ขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ของประเทศเยอรมนีในการนำเข้าสินค้าจากประเทศฝรั่งเศสเพื่อการขยายตลาดสินค้าในประเทศเยอรมนี ซึ่งสินค้านั้นรวมถึงสุรา “*Cassis de Dijon*” (ทำจากผลแบล็คเคอแรนท์)⁹⁹ ที่มีระดับปริมาณแอลกอฮอล์ร้อยละ 15-20 ด้วย แต่ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี สุราผลไม้ที่สามารถจำหน่ายในตลาดจะต้องมีปริมาณแอลกอฮอล์ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 25 ดังนั้นบริษัท Rewe จึงไม่สามารถนำเข้าสุราผลไม้ *Cassis de Dijon* มาจำหน่ายในประเทศเยอรมนีได้

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า มาตรการของประเทศเยอรมนีเป็นมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณการนำเข้า (MEQR) โดยเป็นมาตรการที่รัฐใช้เป็นการทั่วไป (Indistinctly applicable measure)¹⁰⁰ และได้วินิจฉัยวางหลักว่า “อุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายในประชาคมซึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างกันของกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องกับการค้า ต้องได้รับการยอมรับทราบเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้รับการรับรองว่า มีความจำเป็น (necessary) เพื่อที่จะบรรลุเหตุที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับ ประสิทธิภาพในการดำเนินการตามนโยบายของรัฐ (the effectiveness of fiscal supervision), การปกป้องสาธารณสุข (the protection of public Health), ความเป็นธรรมในการดำเนินการค้า (the fairness of commercial transactions) และการคุ้มครองผู้บริโภค (the defence of the consumer)”¹⁰¹

⁹⁷ “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:...”

⁹⁸ Case 120/78, *supra* note 91.

⁹⁹ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80. ดูเพิ่ม Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU (The Four Freedoms)*, Third Edition (New York : Oxford University Press Inc., 2010), p.91.

¹⁰⁰ เพิ่งอ้าง.

¹⁰¹ Case 120/78, *supra* note 91, p.662, para.8.

จากการวินิจฉัยคดีดังกล่าว วัตถุประสงค์เชิงนโยบายตามหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) สามารถจำแนกได้ ดังนี้

- 1) ประสิทธิภาพในการดำเนินการตามนโยบายของรัฐ (the effectiveness of fiscal supervision)
- 2) การปกป้องสาธารณสุข (the protection of public Health)
- 3) ความเป็นธรรมในการดำเนินการค้า (the fairness of commercial transactions)
- 4) การคุ้มครองผู้บริโภค (the defence of the consumer)

โดยศาลยุติธรรมยุโรปได้วางหลักเกณฑ์วิธีการอ้างเหตุที่มีความจำเป็น (mandatory requirements) ไว้ในคดี 113/80 *Commission V. Ireland*¹⁰² มีใจความสำคัญว่า การอ้างว่ามาตรการเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามเหตุที่จำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ทำได้เพียงกรณีที่ บทบัญญัติของกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกปรับใช้อย่างไม่เลือกปฏิบัติ (indiscriminately) ระหว่างสินค้าภายในประเทศกับสินค้านำเข้าเท่านั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่กฎหมายเหล่านั้นเลือกใช้เฉพาะกับสินค้านำเข้า และมีลักษณะเลือกปฏิบัติ จะต้องอ้างใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 36 เท่านั้น¹⁰³

จากการวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ในคดีดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่า เมื่อรัฐออกมาตรการที่มีผล เช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณการนำเข้า (MEQR) การอ้างความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) จะสามารถกระทำได้ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายภายในหรือมาตรการของรัฐสมาชิกใช้เป็นการทั่วไป¹⁰⁴ เท่านั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายภายในหรือมาตรการของรัฐใช้โดยเลือกปฏิบัติ¹⁰⁵ ย่อมไม่สามารถอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ได้

“Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer.”

¹⁰² Case 113/80 *Commission V. Ireland*, [1981], E.C.R., 1625.

¹⁰³ *Jurgen Schwarze, supra note 14*, p.685.

¹⁰⁴ Indistinctly applicable measures : มาตรการที่ประตบัติต่อสินค้านำเข้าโดยใช้กฎหมายที่ เช่นเดียวกับสินค้านำเข้าในประเทศ แต่มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายมีผลเป็นการจำกัดปริมาณ

¹⁰⁵ Distinctly applicable measures : มาตรการที่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าในกับสินค้านำเข้า โดยประตบัติต่อสินค้านำเข้าด้อยไปกว่าสินค้านำเข้าในด้วยการสร้างขั้นตอนที่มีความยุ่งยากและมีค่าใช้จ่ายสูงต่อสินค้านำเข้า

หรือในกรณีการจำกัดปริมาณสินค้าโดยตรง (Quantitative Restriction : QR) ก็ย่อมไม่สามารถอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ได้เช่นเดียวกัน แต่กรณีมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณการนำเข้า (MEQR) ที่มีลักษณะที่รัฐใช้โดยเลือกปฏิบัติ (Distinctly applicable measures) และกรณีการจำกัดปริมาณสินค้าโดยตรง (Quantitative Restriction : QR) ถ้าต้องการอ้างข้อยกเว้น จะต้องเป็นไปตามมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) เท่านั้น

โดยที่การอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) นั้น ในกรณีที่รัฐสมาชิกสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความจำเป็น (necessary) ในการใช้กฎหมายภายในหรือมาตรการของรัฐมีผลเป็นการกีดกันการเคลื่อนย้ายเสรี เป็นไปเพื่อบรรลุเหตุที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) จะมีผลทำให้การใช้กฎหมายภายในหรือมาตรการดังกล่าวได้รับการอนุญาตให้สามารถกระทำได้และไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่ละเมิดต่อหลักการห้ามจำกัดปริมาณสินค้าตามมาตรา 34 และมาตรา 35 TFEU แต่อย่างใด ซึ่งมีความแตกต่างจากการอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 36 TFEU กล่าวคือ การอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 36 TFEU ต้องมีมาตรการที่ละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 34 และมาตรา 35 TFEU เกิดขึ้นก่อนแล้ว แต่เมื่อสามารถพิสูจน์ได้ตามข้อยกเว้นมาตรา 36 TFEU ได้มาตรการที่ละเมิดต่อหลักการจำกัดปริมาณดังกล่าว จึงสามารถปฏิบัติได้และไม่เป็นความผิดอีกต่อไป

(2) การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนพิจารณาหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) และข้อยกเว้นหลักการห้ามจำกัดปริมาณมาตรา 36 TFEU)

แม้ว่าหลักการห้ามการจำกัดปริมาณ จะมีหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) และข้อยกเว้นหลักการห้ามจำกัดปริมาณมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ที่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถดำเนินมาตรการที่ละเมิดต่อหลักการห้ามการจำกัดปริมาณและหลักการเคลื่อนย้ายเสรีได้ เมื่อมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญยิ่ง แต่กระนั้นการที่ประเทศสมาชิกจะอ้างใช้หลักการและข้อยกเว้นดังกล่าวก็ไม่อาจกระทำได้อย่างเสรี แต่จะต้องมีการตรวจสอบการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการนำหลักการและข้อยกเว้นดังกล่าวไปอ้างใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์ อีกทั้งเพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งแนวความคิดหลัก คือ แนวคิดเรื่องการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าเพื่อให้สหภาพยุโรปสามารถบรรลุตามความมุ่งหมายในการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (Single Market) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ หลักกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่ศาลยุติธรรมยุโรปได้นำมาปรับใช้ในการตีความเพื่อตรวจสอบการอ้างใช้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) และข้อยกเว้นหลักการห้ามจำกัดปริมาณมาตรา 36 TFEU ของประเทศสมาชิกเพื่อให้สอดคล้องตามวัตถุประสงค์ข้างต้น คือ หลักความได้สัดส่วน (the proportionality principle)

หลักความได้สัดส่วน (the proportionality principle) เป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบการอ้างข้อยกเว้นของรัฐสมาชิก¹⁰⁶ โดยทำหน้าที่ในการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการกับวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย เพื่อให้การใช้มาตรการที่ละเมิดต่อหลักการห้ามการจำกัดปริมาณของรัฐสมาชิกเป็นไปอย่างพอสมควรและเป็นไปเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เพื่อให้มาตรการดังกล่าวกระทบต่อหลักการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ตัวอย่างการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU)

แม้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 36 จะมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่าต้องมีการพิจารณาความได้สัดส่วนในการอ้างใช้ข้อยกเว้นแต่อย่างไร แต่ในการวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรมยุโรป ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นพื้นฐานที่ใช้ในการตรวจสอบการอ้างใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 36 ของรัฐสมาชิกดังตัวอย่างคดีที่ได้ยกมาเป็นกรณีศึกษาดังต่อไปนี้

1) คดี C-272/80 *Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten*¹⁰⁷

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ เป็นกรณีที่บริษัทเอกชนที่มีชื่อว่า Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV ได้โต้แย้งกฎหมาย Bestrijdingsmiddelenwet ว่าด้วยผลิตภัณฑ์ที่ปกป้องพืชของประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้มีการขออนุญาตจำหน่ายหรือขนส่งสินค้าโดยสินค้าที่สามารถจำหน่ายในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ต้องเป็นสินค้าที่ผ่านการทดสอบใหม่อีกครั้ง บริษัทดังกล่าวโต้แย้งว่ากฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์เป็นมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณ (MEQR) ละเมิดต่อหลักการเคลื่อนย้ายเสรี รัฐบาลประเทศเนเธอร์แลนด์ ให้เหตุผลว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องสุขอนามัยพืช¹⁰⁸

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า ในขณะที่ประเทศสมาชิกสามารถมีข้อเรียกร้องต่อสินค้าได้อย่างเสรีอย่างไรก็ดี เจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกก็ต้องให้ความร่วมมือในการคลายการควบคุมที่มีอยู่ภายใต้การค้าระหว่างประเทศสมาชิกในประชาคม ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของประเทศสมาชิกจึงไม่ได้สิทธิในการเรียกร้องให้มีการวิเคราะห์สินค้าทางเทคนิคหรือทางเคมี หรือการทดสอบสินค้าผ่านห้องปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์อย่าง

¹⁰⁶ Jurgan Schwarze, *supra note 14*, p.773.

¹⁰⁷ Case C-272/80 Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten, [1981], E.C.R..

¹⁰⁸ *Ibid*, p.3279.

ไม่จำเป็น ถ้าหากว่าสินค้าที่นำเข้ามาจากอีกประเทศสมาชิกหนึ่งได้มีกระบวนการวิเคราะห์และตรวจสอบ และมีผลการวิเคราะห์ที่ผ่านการทดสอบเช่นว่านั้นในประเทศดังกล่าวแล้ว¹⁰⁹

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศสมาชิกที่กำหนดให้มีกระบวนการขออนุญาต จะต้องประกันว่าจะไม่มีค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นเกิดขึ้น ถ้าหากว่าประเทศต้นทางสินค้าได้มีการควบคุมตรวจสอบและพิสูจน์ได้ว่าสินค้าผ่านการประเมินการปกป้องสุขอนามัยตามที่ประเทศที่นำเข้ามาสินค้ากำหนดแล้ว¹¹⁰

การที่ศาลยุติธรรมยุโรป ตัดสินว่าเจ้าหน้าที่ของประเทศสมาชิกจึงไม่ได้สิทธิในการเรียกร้องให้มีการวิเคราะห์สินค้าอย่างไม่จำเป็น ถ้าหากว่าสินค้าที่นำเข้ามาผ่านกระบวนการวิเคราะห์และในประเทศต้นทางแล้ว ซึ่งจะทำให้มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ส่งผลเสียเกินไปกว่าความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ แสดงให้เห็นว่า ศาล ฯ ได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense) มาใช้ในการพิจารณา

นอกจากนี้ศาลยังได้นำหลักการย่อยอื่น ๆ ของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังตัวอย่างในคดีต่อไป

¹⁰⁹ *Ibid*, para.14.

“Whilst a Member State is free to require a product of the type in question, which has already received approval in another Member State, to undergo a fresh procedure of examination and approval, the authorities of the Member States are nevertheless required to assist in bringing about a relaxation of the controls existing in intra-Community trade. It follows that they are not entitled unnecessarily to require technical or chemical analyses or laboratory tests where those analyses and tests have already been carried out in another Member State and their results are available to those authorities, or may at their request be placed at their disposal.”

¹¹⁰ *Ibid*, para.15.

“For the same reasons, a Member State operating an approvals procedure must ensure that no unnecessary control expenses are incurred if the practical effects of the control carried out in the Member State of origin satisfy the requirements of the protection of public health in the importing Member State.”

2) คดี 40/82 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES V UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND¹¹¹

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ประชาคมยุโรปโต้แย้งสหราชอาณาจักร เนื่องจากสหราชอาณาจักรได้ออกมาตรการห้ามนำเข้าเนื้อและไขของสัตว์ปีกจากประเทศสมาชิก โดยการนำเข้าสินค้าดังกล่าวจะต้องมีใบอนุญาตเป็นการเฉพาะจึงจะสามารถนำเข้าสินค้าได้ แต่ยกเว้นการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเฉพาะกับไอร์แลนด์ทางตอนเหนือ เพื่อป้องกันการแพร่กระจายของโรค Newcastle ซึ่งเป็นโรคติดต่อแพร่กระจายได้ง่ายในสัตว์ปีก¹¹² โดยอ้างว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องชีวิตและสุขอนามัยของสัตว์

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า จะต้องมีการพิจารณาว่ามาตรการที่กำหนดให้มีระบบการออกใบอนุญาตไม่ได้สัดส่วนในการบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ โดยการพิจารณาว่ายังคงมีมาตรการอื่นที่ให้ผลอย่างเดียวกันในการบรรลุวัตถุประสงค์ แต่เป็นมาตรการที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าน้อยกว่าหรือไม่¹¹³ ในท้ายที่สุดในคดีดังกล่าวการที่ระบบการออกใบอนุญาตไม่นำมาใช้กับไอร์แลนด์ทางตอนเหนือทำให้สหราชอาณาจักรไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 36 ได้

การที่ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาว่ายังคงมีมาตรการอื่นที่ให้ผลอย่างเดียวกันในการบรรลุวัตถุประสงค์อยู่หรือไม่ แสดงให้เห็นว่าศาลฯ ได้นำหลักความจำเป็น (the principle of necessity) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา นอกจากนี้ศาลยังได้นำหลักการดังกล่าวนี้มาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทอื่น ๆ ดังเช่นตัวอย่างในคดีต่อไป

3) คดี 124/81 Commission v United Kingdom¹¹⁴

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ประชาคมยุโรปโต้แย้งสหราชอาณาจักร เนื่องจากสหราชอาณาจักรมีกฎหมายที่กำหนดว่า การนำเข้าผลิตภัณฑ์จากสัตว์โดยปราศจากใบอนุญาตแบบทั่วไปหรือแบบเฉพาะไม่สามารถกระทำได้ โดยมีการบัญญัติคำนิยามว่า “ผลิตภัณฑ์จากสัตว์” หมายความว่า ทุกสิ่งทุกอย่างที่มาจากสัตว์ทั้งที่มีชีวิตและสัตว์ที่ตายแล้ว¹¹⁵ จึงหมายความว่ารวมถึงนม UHT ซึ่งเป็นสินค้าที่พิพาทในกรณีนี้ด้วย

¹¹¹Case 40/82 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES V UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND, [1984], E.C.R..

¹¹² ธนวัฒน์ เล็กเกียรติ์ขจร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 74, น.11.

¹¹³ Case 40/82, *supra* note 111, para.24.

“It is therefore necessary to consider whether a licensing system constitutes a measure which is disproportionate to the objective pursued, on the ground that the same result may be achieved by means of less restrictive measures.”

¹¹⁴ Case 124/81 Commission v United Kingdom, [1983], E.C.R..

¹¹⁵ *Ibid*, p.207.

สหราชอาณาจักรอ้างว่า การกำหนดให้มีการขอใบอนุญาตในการนำเข้าเป็นไปเพื่อปกป้องสัตว์และมนุษย์ กล่าวคือ ในการปกป้องสัตว์และสิ่งมีชีวิต รัฐบาลของสหราชอาณาจักรจะต้องมั่นใจได้ว่าจะต้องไม่มีผลิตภัณฑ์จากนมที่มีเชื้อโรคปากเท้าเปื่อย (foot-and-mouth disease) นำเข้ามาในดินแดนของสหราชอาณาจักร ดังนั้นการนำเข้านมจากต่างประเทศจะต้องถูกจำกัดเนื่องจากพาหะนำเชือดังกล่าวมีอันตรายอย่างร้ายแรง จึงต้องมีระบบการออกใบอนุญาตในการนำเข้าเพื่อรับรองว่า บริเวณที่ผลิตนม UHT ปลอดจากเชื้อโรคปากเท้าเปื่อยมาแล้วไม่ต่ำกว่า 12 เดือน จึงสามารถนำนม UHT เข้ามายังสหราชอาณาจักรได้¹¹⁶ และเป็นการปกป้องสุขภาพของมนุษย์ โดยรัฐบาลสหราชอาณาจักรต้องรับรองว่านมดังกล่าวจะต้องเหมาะสมสำหรับผู้บริโภคโดยมีการควบคุมคุณภาพเช่นเดียวกับนมที่ผลิตภายในประเทศ¹¹⁷

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า ในขณะที่การปกป้องสุขภาพของสัตว์จะเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ตามมาตรา 36 แม้กระนั้นก็ตามจะต้องมีการพิสูจน์ว่า มาตรการของสหราชอาณาจักรได้สัดส่วนเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ โดยการพิจารณาว่ามีมาตรการอื่นที่ให้ผลอย่างเดียวกันเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์แต่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าน้อยกว่าหรือไม่¹¹⁸ ซึ่งผลการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการสามารถเกิดขึ้นได้ ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของสหราชอาณาจักรยกเลิกการกำหนดให้มีใบอนุญาต (licence) และใช้มาตรการอื่น ตัวอย่างเช่นการให้ผู้นำเข้าลงนามในประกาศควบคุมไปกับการมีหนังสือรับรอง (certificates) ที่เหมาะสม¹¹⁹

¹¹⁶ *Ibid*, p.217.

¹¹⁷ *Ibid*, p.218.

¹¹⁸ *Ibid*, p.236, para.16.

“Whilst the protection of the health of animals is one of the matters justifying the application of Article 36, it must none the less be ascertained whether the machinery employed in the present case by the United Kingdom constitutes a measure which is disproportionate in relation to the objective pursued, on the ground that the same result may be achieved by means of less restrictive measures, or whether, on the other hand, regard being had to the technical constraints already mentioned, such a system is necessary and hence justified under Article 36.”

¹¹⁹ *Ibid*, p.236, para.18.

“...That result could be achieved if the United Kingdom authorities abandoned the practice of issuing licenses and confined themselves to obtaining the information which is of use to them, for example, by means of declarations signed by the importers, accompanied if necessary by the appropriate certificates.”

ศาลได้พิจารณาว่า มาตรการที่กำหนดให้มีการขอใบอนุญาตนำเข้านม UHT ของ สหราชอาณาจักรไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 36 ได้¹²⁰

การที่ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาว่า ยังคงมีมาตรการอื่นที่ให้ผลอย่างเดียวกันเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์แต่ก็กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าน้อยกว่าหรือไม่ เป็นการที่ศาล ฯ ได้นำหลักความจำเป็น (the principle of necessity) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา

นอกจากนี้ ในบางคดี ศาลไม่ได้นำหลักความจำเป็นมาพิจารณาวินิจฉัยคดีเพียงหลักการเดียว แต่ได้ใช้ควบคู่กับหลักการย่อยอื่น ๆ ของหลักความได้สัดส่วน ดังตัวอย่างในคดีต่อไป

4) คดี 155/82 *Commission v Belgium*¹²¹

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ รัฐบาลประเทศเบลเยียมออกกฎหมายกำหนดห้ามไม่ให้มีการซื้อ ส่งสินค้าจำหน่าย ขนส่ง นำเข้าหรือใช้ ยาของพืช (phyto-pharmaceutical) ซึ่งหมายถึงยากำจัดศัตรูพืชและที่ใช้ในการเตรียมการเพาะปลูก ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากกระทรวงการเกษตร¹²² ประเทศเบลเยียมอ้างว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องสุขภาพของมนุษย์ ไม่ให้เกิดอันตรายจากการสัมผัสยากำจัดศัตรูพืช

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า มาตรการดังกล่าวยังไม่เป็นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องสุขภาพได้ อย่างไรก็ดี มาตรการดังกล่าวจะสามารถอ้างข้อยกเว้นได้เพียงกรณีที่มาตรการดังกล่าวจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสุขภาพตามมาตรา 36 และการปกป้องดังกล่าวไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ด้วยมาตรการอื่นที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าในประชาคมน้อยกว่า มาตรการดังกล่าวได้¹²³

¹²⁰ *Ibid*, para.19.

“It follows from the foregoing considerations that in the present case the requirement of import licences, which is incompatible with Article 30 of the Treaty, is not saved by the exception contained in Article 36.”

¹²¹ Case 155/82 *Commission v Belgium*, [1983], E.C.R..

¹²² *Ibid*, p.533.

¹²³ *Ibid*, para.12.

“The principle behind the arguments put forward by the Belgian Government cannot be disputed, inasmuch as each Member State is entitled to take within its territory, in particular in a sphere in which the objective of the harmonization of health control measures has not yet been achieved, appropriate measures in order to ensure the protection of public health. However, such measures are justified only if it is established that they are necessary in order to attain the objective of protection referred to in Article 36 and

การที่ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวยังไม่เป็นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องสุขภาพได้ แสดงให้เห็นว่าศาล ฯ ได้นำหลักความสมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา และการที่ศาล ฯ พิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวจะสามารถอ้างข้อยกเว้นได้เมื่อการปกป้องสุขภาพดังกล่าวไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ด้วยมาตรการอื่นที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าในประชาคมน้อยกว่ามาตรการดังกล่าวได้ แสดงให้เห็นว่าศาล ฯ ได้นำหลักความจำเป็น (the principle of necessity) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา

ดังนั้น ในคดีนี้ ศาลได้นำหลักความสมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) และหลักความจำเป็น (the principle of necessity) มาพิจารณาการอ้างใช้ข้อยกเว้นของรัฐสมาชิกควบคู่กัน

ตัวอย่างการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนภายใต้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement)

1) คดี 120/78 *Rewe-Zentral AG, having its registered office in Cologne V Bundesmonopolverwaltung für Branntwein: Cassis de Dijon*¹²⁴

บริษัท Rewe ได้ขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ของประเทศเยอรมนีในการนำเข้าสินค้าจากประเทศฝรั่งเศสเพื่อการขยายตลาดสินค้าในประเทศเยอรมนี ซึ่งสินค้านั้นรวมถึงสุรา “Cassis de Dijon” (ทำจากผลแบล็คเคอร์เรนท์)¹²⁵ ที่มีระดับปริมาณแอลกอฮอล์ร้อยละ 15-20 ด้วย แต่ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี สุราผลไม้ที่สามารถจำหน่ายในตลาดจะต้องมีปริมาณแอลกอฮอล์ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 25 ดังนั้นบริษัท Rewe จึงไม่สามารถนำเข้าสุราผลไม้ Cassis de Dijon มาจำหน่ายในประเทศเยอรมนีได้

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า มาตรการของประเทศเยอรมนีเป็นมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณการนำเข้า (MEQR) โดยเป็นมาตรการที่รัฐใช้เป็นกรณีทั่วไป (Indistinctly applicable measure)¹²⁶ และได้วินิจฉัยวางหลักว่า “อุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายในประชาคมซึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างกันของกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องกับจำหน่าย ต้องได้รับการยอมรับทราบเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้รับการรับรองว่า “มีความจำเป็น (necessary)” เพื่อที่จะบรรลุเหตุที่มีความจำเป็น (mandatory requirements) โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับ ประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายของรัฐ (the effectiveness of fiscal supervision), การปกป้องสาธารณสุข (the

that such protection cannot be achieved by means which place less of a restriction on the free movement of goods within the Community.”

¹²⁴ Case 120/78, *supra* note 91.

¹²⁵ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80.

¹²⁶ เพิ่งอ้าง.

protection of public Health), ความเป็นธรรมในการดำเนินการค้า (the fairness of commercial transactions) และการคุ้มครองผู้บริโภค (the defence of the consumer)”¹²⁷

คดีนี้เป็นคดีแรกที่ได้วางหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) ที่อนุญาตให้สมาชิกสามารถใช้กฎหมายภายในที่เป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีได้ ในเวลาต่อมารัฐสมาชิกได้อ้างใช้หลักการดังกล่าวอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้ จะต้องมีการตรวจสอบการอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อหลักการเคลื่อนย้ายเสรีอย่างเกินสมควร ดังจะเห็นได้จากการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปในคดีต่อไป

2) คดี 130/80 Economische Politiechter V FABRIEK VOOR HOOGWAARDIGE VOEDINGSPRODUCTEN KELDERMAN BV: Kelderman Case¹²⁸

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ บริษัท KELDERMAN เป็นบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ประกอบกิจการนำเข้าขนมปังจากประเทศฝรั่งเศส ขนมปังที่นำเข้าหนึ่งนั้น เรียกว่าขนมปัง brioche ที่ขายอย่างแพร่หลายในประเทศเนเธอร์แลนด์ ภายใต้ชื่อ “eierbrood” (ขนมปังที่ทำจากไข่ไก่) ขนมปังดังกล่าวมีน้ำหนักอย่างน้อยที่สุด 400 กรัม โดยที่ 300 กรัมเป็นวัตถุแห้งในอาหาร (dry-matter)

ประเทศเนเธอร์แลนด์มีกฎหมายที่เรียกว่า “Broodbesluit [Bread Order]” ว่าด้วยปริมาณวัตถุแห้งในขนมปัง (dry-matter) ซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดอย่างมาก โดยมาตรา 10 ของกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า วัตถุแห้ง (dry-matter) ที่ผสมในขนมปังจะต้องมีปริมาณไม่เกินที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทำให้บริษัท KELDERMAN ไม่สามารถนำเข้าขนมปังจากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีปริมาณวัตถุแห้งในขนมปัง (dry-matter) ถึง 300 กรัม เข้ามาจำหน่ายในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้¹²⁹ โดย

¹²⁷ Case 120/78, *supra* note 91, p.662, para.8.

“Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer.”

¹²⁸ Case 130/80 Economische Politiechter V FABRIEK VOOR HOOGWAARDIGE VOEDINGSPRODUCTEN KELDERMAN BV, [1981], E.C.R..

¹²⁹ *Ibid*, p.529.

ประเทศเนเธอร์แลนด์อ้างว่าการออกกฎหมาย Broodbesluit เป็นไปเพื่อปกป้องสาธารณสุข (public health) และเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค (protection of consumers)¹³⁰

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า มาตรา 10 ของกฎหมาย Broodbesluit เป็นมาตรการที่มีผล เช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณการนำเข้า (MEQR) และวินิจฉัยว่า การที่ประเทศเนเธอร์แลนด์อ้างว่าการออกกฎหมายเป็นไปเพื่อปกป้องสาธารณสุข (public health) แต่กฎหมาย Broodbesluit เป็นกฎหมายที่กำหนดปริมาณวัตถุแห้งในขนมปัง (dry-matter) เพื่อควบคุมให้ขนมปังมีขนาดตามที่ต้องการ เรื่องดังกล่าวจึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับการปกป้องสุขภาพแต่อย่างใด ดังนั้น ข้อกล่าวอ้างของรัฐบาลประเทศเนเธอร์แลนด์จึงฟังไม่ขึ้น¹³¹ และการที่ประเทศเนเธอร์แลนด์อ้างว่า กฎหมาย Broodbesluit เป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค โดยป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดเรื่องปริมาณของขนมปัง¹³² ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า การบัญญัติกฎหมายกำหนดให้มีการให้ข้อมูลที่เหมาะสมสำหรับผู้บริโภค อาจเป็นมาตรการที่ประกันการคุ้มครองผู้บริโภคได้ง่ายกว่า โดยการใช้มาตรการที่มีความเหมาะสม เช่น การติดฉลากที่แสดงน้ำหนักและส่วนผสมที่กำหนดสำหรับสินค้านำเข้า เป็นต้น สอดคล้องตามข้อเท็จจริงที่ได้มีการเสนอขึ้นสู่ศาลภายในของประเทศเนเธอร์แลนด์¹³³ คดีนี้ประเทศเนเธอร์แลนด์จึงไม่สามารถอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) เพื่อปกป้องสุขภาพและคุ้มครองผู้บริโภคได้

¹³⁰ *Ibid*, p.536, para.8.

¹³¹ *Ibid*, para.10.

“It should be noted in this regard that the sets of limits laid down in the Broodbesluit in regard to dry-matter content are related to the making of bread in specified sizes and thus bring into play a criterion which has no connexion with the protection of health. What is more, during the oral argument the Netherlands Government acknowledged that that was not at stake. Therefore that argument cannot be accepted.”

¹³² *Ibid*, para.11.

“So far as the protection of consumers is concerned, it is claimed that the Broodbesluit introduced a clear delimitation between the various shapes and weights of bread and thus helps to prevent consumers from being misled as to the actual quantity of bread which is being offered to them.”

¹³³ *Ibid*, para.12.

“However, it must be observed in this connexion that the provision of suitable information for consumers may easily be ensured by appropriate means, such as requiring labelling showing, for example, the weight and specific composition of an imported product.

การที่ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาว่า กฎหมาย Broodbesluit ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดปริมาณวัตถุแห้งในขนมปัง (dry-matter) ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องสุขภาพและคุ้มครองผู้บริโภคได้ แต่การให้ข้อมูลที่เหมาะสมกับผู้บริโภคเป็นมาตรการที่สามารถทำให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ แสดงให้เห็นว่า ศาลได้นำหลักความสมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา โดยที่ในบางคดีศาลไม่ได้นำหลักความสมฤทธิ์ผลมาพิจารณาเพียงเท่านั้น แต่ได้พิจารณาควบคู่กับหลักการย่อยประการอื่นของหลักความได้สัดส่วน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในคดีต่อไป

3) คดี 220/81 *Tribunal de Première Instance V TIMOTHY FREDERICK ROBERTSON AND OTHERS: Robertson Case*¹³⁴

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ ประเทศเบลเยียมออกกฎหมายกำหนดให้ผู้ผลิตทองคำ เงิน และทองคำขาว จะต้องประกันปริมาณโลหะเจอปนโดยการประทับตราเครื่องหมายแสดงคุณภาพ (Hallmark) 2 ตรา ตราแรกแสดงเครื่องหมายของผู้ผลิต และตราที่สองแสดงคุณภาพปริมาณโลหะบริสุทธิ์ โดยอ้างว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ซื้อเข้าใจผิดในเรื่องปริมาณโลหะบริสุทธิ์ในสินค้าดังกล่าว¹³⁵ ซึ่งมาตรการดังกล่าวส่งผลเป็นการห้ามการนำเข้าสินค้าทองคำ เงิน และทองคำขาวจากประเทศสมาชิกอื่นที่ไม่ได้ผ่านกระบวนการประทับตราเครื่องหมายแสดงคุณภาพ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวทำให้การนำเข้าสินค้าจากประเทศสมาชิกอื่นทำได้ยากกว่าและมีค่าใช้จ่ายสูง¹³⁶

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า กฎหมายของประเทศเบลเยียม ว่าด้วยการประทับตราเครื่องหมายแสดงคุณภาพทองคำ เงิน และทองคำขาว เป็นมาตรการที่มีผลเช่นเดียวกับการจำกัดปริมาณการนำเข้า (MEQR)¹³⁷ ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาว่า ในกรณีนี้จะต้องพิจารณาภายใต้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) จากคดี *Cassis de Dijon* เท่านั้น เนื่องจากกรณีดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตข้อยกเว้นตามมาตรา 36 EEC Treaty (ปัจจุบันมาตรา 36 TFEU)¹³⁸

That has also been stated in regard to the facts of the dispute submitted to the national court.”

¹³⁴ Case 220/81 *Tribunal de Première Instance V TIMOTHY FREDERICK ROBERTSON AND OTHERS*, [1982], E.C.R..

¹³⁵ *Ibid*, p.2350, para.1.

¹³⁶ *Ibid*, p.2361, para.10.

¹³⁷ *Ibid*, p.2359, para.6.

¹³⁸ *Ibid*, p.2360, para.8.

โดยศาลฯ ได้อ้างอิงการพิจารณาจากคดี *Cassis de Dijon* ว่าจะต้องมี “ความจำเป็น (necessary)” ในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามเหตุที่จำเป็น (mandatory requirements) เช่น การคุ้มครองผู้บริโภค และความเป็นธรรมทางการค้า¹³⁹ และศาลฯ ได้พิจารณาว่า โดยพื้นฐานแล้วสินค้าทองคำ เงินและทองคำขาวซึ่งมีลักษณะเป็นโลหะของแข็งอาจก่อให้เกิดความสับสนในคุณภาพของสินค้าได้ การกำหนดให้ผู้ผลิต หรือผู้นำเข้ามีหน้าที่ในการประทับตราเครื่องหมายแสดงคุณภาพ (Hallmark) ที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ มีลักษณะที่ไม่สามารถลบหรือแยกออกจากสินค้าได้ โดยแสดงปริมาณโลหะบริสุทธิ์พร้อมทั้งชื่อผู้ผลิตบนผิวของสินค้า จะสามารถก่อให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคและก่อให้เกิดการค้าที่เป็นธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ การประทับตราเครื่องหมายแสดงคุณภาพทำให้เกิดการบรรลุวัตถุประสงค์ถึงสองประการ โดยการทำให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลเกี่ยวกับธรรมชาติของสินค้าและคุณภาพของสินค้า และเป็นการแยกแยะสินค้าดังกล่าวจากสินค้าอื่นที่อาจก่อให้เกิดความสับสนได้ นอกจากนั้นการประทับตราผู้ผลิตเป็นการทำให้ผู้ซื้อสามารถทราบได้ว่าสินค้านั้นมาจกแหล่งผลิตใด¹⁴⁰

มาตรการดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคได้ และเป็นมาตรการที่จำเป็นเนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันแต่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีได้น้อยกว่ามาตรการดังกล่าวอีกแล้ว

“The answer to that question can be given only on the basis of Article 30 of the Treaty, to the exclusion of Article 36, since measures such as those provided for by the rules in question do not fall within the scope of the exceptions listed exhaustively in Article 36.”

¹³⁹ *Ibid*, p.2360, para.9.

“...may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating *inter alia* to consumer protection and fair trading.”

¹⁴⁰ *Ibid*, p.2361, para.11.

“It must be recognized, however, that the obligation on the part of the manufacturer or the importer to stamp silver-plated article, which by their very nature are capable of being confused with articles made of solid silver, with special hallmarks which are indelible, inseparable from the article and indicate the quantity of pure silver coating as well as the name of the manufacturer of the article, is in principle capable of affording effective protection to consumers and of promoting fair trading. The hallmark as to weight achieves that twofold objective by enabling the consumer to acquire a sufficiently accurate knowledge of the nature and the quality of the product and to distinguish it from other products with which it might be confused. Moreover, the manufacturer's mark enables the buyer of the article to identify the manufacturer.”

ดังนั้น การที่ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคได้ แสดงให้เห็นว่าศาล ฯ ได้นำหลักความสมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา และการที่ศาล ฯ พิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันแต่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีได้น้อยกว่ามาตรการดังกล่าวอีกแล้ว แสดงให้เห็นว่าศาล ฯ ได้นำหลักความจำเป็น (the principle of necessity) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา

สามารถสรุปได้ว่า ในคดีนี้ศาลได้นำหลักความสมฤทธิ์ผลและหลักความจำเป็นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีควบคู่กัน นอกจากนี้ศาลได้ยืนยันการใช้หลักการดังกล่าวในการวินิจฉัยคดีควบคู่กัน จากตัวอย่างในคดีถัดไป

4) คดี 261/81 *Rau v De Smedt*¹⁴¹

คดีนี้เป็นข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกิจการของประเทศเยอรมนีที่ชื่อว่า “Rau” กับบริษัท De Smedt ซึ่งจัดตั้งภายใต้กฎหมายของประเทศเบลเยียม Rau ตกลงว่าจะจัดหาเนยมาการีน (margarine) ที่บรรจุเป็นรูปทรงกรวย 15,000 กิโลกรัมให้แก่บริษัท De Smedt โดยรับประกันว่าเนยมาการีนดังกล่าวสามารถจำหน่ายได้ตามบทบัญญัติของ EEC Treaty ว่าด้วยการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า แต่กฎหมายของประเทศเบลเยียมที่เกี่ยวข้องกับบรรจุภัณฑ์เนยมาการีนบัญญัติว่า เนยมาการีนที่จะนำเข้ามาเพื่อกักตุนในคลังสินค้าหรือนำเข้ามาขนส่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการจำหน่าย จะสามารถจำหน่ายและส่งมอบสินค้าได้ เพียงแต่เฉพาะเนยที่บรรจุในรูปทรงลูกบาศก์ (cube-shaped blocks) เท่านั้น และต้องมีน้ำหนักสุทธิ 250 กรัม, 500 กรัม, 1 กิโลกรัม หรือ 2 กิโลกรัม โดยบรรจุในบรรจุภัณฑ์ที่ปิดผนึก¹⁴² ประเทศเบลเยียมอ้างว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้สับสนระหว่างเนยแข็ง (butter) กับเนยมาการีน (margarine)

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า กฎหมายดังกล่าวได้ออกแบบมาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้าใจผิดระหว่างเนยกับมาการีน แต่อย่างไรก็ดี การที่ประเทศสมาชิกหนึ่งจะขออนุญาตให้มีการผลิตและจำหน่ายมาการีนได้อย่างถูกกฎหมายในอีกประเทศสมาชิกหนึ่ง ซึ่งกฎหมายของประเทศนั้น ๆ กำหนดให้ผลิตภัณฑ์จะต้องอยู่ในบรรจุภัณฑ์ตามรูปทรงที่กำหนด คือ ทรงลูกบาศก์เท่านั้น เพื่อเป็นการแยกผลิตภัณฑ์ดังกล่าวออกจากผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในบรรจุภัณฑ์รูปแบบอื่นๆ เป็นมาตรการที่เกินไปกว่าเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์อย่างมาก ในความเป็นจริง ผู้บริโภคสามารถได้รับการคุ้มครองอย่าง

¹⁴¹ Case 261/81 WALTER RAU LEBENSMITTELWERKE, Hiltner (Federal Republic of Germany) V DE SMEDT PVBA, Zemst (Belgium), [1982], E.C.R..

¹⁴² *Ibid*, p.3963.

มีประสิทธิภาพจากมาตรการอื่น ๆ ได้ เช่น การออกกฎเกณฑ์ว่าด้วยการติดฉลากสินค้า ซึ่งเป็นวิธีการที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีได้น้อยกว่าอีกด้วย¹⁴³

การที่ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวได้ออกแบบมาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้าใจผิดระหว่างเนยกับมาการีน เป็นการที่ศาลนำหลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) มาใช้ในการพิจารณา และการพิจารณาว่า ผู้บริโภคสามารถได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพจากมาตรการอื่น ๆ ได้ เช่น การออกกฎเกณฑ์ว่าด้วยการติดฉลากสินค้า ซึ่งเป็นวิธีการที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีได้น้อยกว่าอีกด้วย แสดงให้เห็นว่าศาล ฯ ได้นำหลักความจำเป็น (the principle of necessity) มาพิจารณา

ในคดีนี้ศาลได้นำหลักความสัมฤทธิ์ผลกับหลักความจำเป็นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีควบคู่กัน

5) คดี *Case C-317/92 Commission v Germany*¹⁴⁴

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องยาของประเทศเยอรมนี อนุญาตให้แสดงวันหมดอายุของยาได้เพียงแค่วันสองวัน คือวันที่ 30 มิถุนายน และวันที่ 31 ธันวาคม เท่านั้น วัตถุประสงค์ของมาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องสุขภาพ และศาลยุติธรรมยุโรปตัดสินว่า ระบบการจัดการของประเทศเยอรมนีดังกล่าวนี้ ไม่มีประสิทธิภาพและไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องสุขภาพได้

จากคดีดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่า มาตรการที่มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ คือ มาตรการที่มีความเป็นเหตุเป็นผล สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการได้ ถ้ามาตรการใดๆที่ไม่เป็นเหตุเป็นผลและไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ จึงไม่เป็นมาตรการที่เหมาะสมและไม่สามารถพิสูจน์ตามข้อยกเว้นได้ สอดคล้องตามหลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน

¹⁴³ *Ibid*, p.3973, para.17.

“It cannot be reasonably denied that in principle legislation designed to prevent butter and margarine from being confused in the mind of the consumer is justified. However, the application by one Member State to margarine lawfully manufactured and marketed in another Member State of legislation which prescribes for that product a specific kind of packaging such as the cubic form to the exclusion of any other form of packaging considerably exceeds the requirements of the object in view. Consumers may in fact be protected just as effectively by other measures, for example by rules on labelling, which hinder the free movement of goods less.”

¹⁴⁴ Case C-317/92 *Commission v. Germany*, [1994], E.C.R., I-2039. อ้างใน J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven, *supra note 53*, p.153.

(3) สรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาการอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) และข้อยกเว้นหลักการห้ามจำกัดปริมาณมาตรา 36 TFEU

จากการศึกษาแนวทางปรับใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นพื้นฐานในการพิจารณาการอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) และข้อยกเว้นหลักการห้ามจำกัดปริมาณมาตรา 36 TFEU ของศาลยุติธรรมยุโรปในหัวข้อก่อนหน้า มีข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 36 TFEU กับหลักเกณฑ์การพิจารณาหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) มีความแตกต่างกันประการหนึ่ง คือ การพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 36 TFEU ศาลได้นำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นพื้นฐานในการตรวจสอบการอ้างใช้ของสมาชิกครบทั้งสามหลักการย่อย แตกต่างจากการพิจารณาหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ที่ศาลได้นำหลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) และหลักความจำเป็น (the principle of necessity) มาพิจารณาเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense) มาพิจารณาแต่อย่างใด สามารถอภิปรายได้ดังนี้

การพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 36 TFEU ศาลได้นำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นพื้นฐานในการตรวจสอบการอ้างใช้ข้อยกเว้นของสมาชิกครบทั้งสามหลักการย่อย คือ (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) ในคดี 155/82 *Commission v Belgium*¹⁴⁵ เป็นต้น และในคดีอื่น ๆ ที่มีการพิจารณาว่ามาตรการเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ ก็เป็นการพิจารณาด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลทั้งสิ้น (2) หลักความจำเป็น (the principle of necessity) ในคดี 40/82 *COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES V UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND*¹⁴⁶, คดี 124/81 *Commission v United Kingdom*¹⁴⁷, 155/82 *Commission v Belgium*¹⁴⁸ หรือในคดีอื่น ๆ ถ้าหากศาลได้พิจารณาว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้แต่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีน้อยกว่าหรือไม่ หรือกรณีที่ศาลพิจารณาว่ามาตรการที่รัฐเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีน้อยที่สุด ล้วนแต่เป็นการพิจารณาด้วยหลักความจำเป็นทั้งสิ้น (3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense) ในคดี คดี C-272/80 *Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten*¹⁴⁹ เป็นต้น

¹⁴⁵ Case 155/82, *supra* note 121.

¹⁴⁶ Case 40/82, *supra* note 111.

¹⁴⁷ Case 124/81, *supra* note 114.

¹⁴⁸ Case 155/82, *supra* note 121.

¹⁴⁹ Case C-272/80, *supra* note 107.

ถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมยุโรปจะไม่ได้ปรับใช้หลักความได้สัดส่วนครบทุกหลักการภายในคดีเดียว แต่มีการเลือกใช้หลักการย่อยบางประการมาพิจารณาตามบริบทและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องในคดีนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้ว พบว่า ศาลยุติธรรมยุโรปได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ครบทั้งสาม หลักการ หรือการกล่าวได้ว่า การอ้างใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 36 TFEU ของภาคีสมาชิกจะต้องผ่านการพิจารณาโดยหลักความได้สัดส่วน (proportionality test) นั้นเอง

การพิจารณาหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ศาลได้นำหลักความ สมบูรณ์ผล (the principle of suitability) และหลักความจำเป็น (the principle of necessity) มาใช้ในการ พิจารณาเท่านั้น ตัวอย่างการปรับใช้หลักความสมบูรณ์ผลและหลักความจำเป็นในการวินิจฉัยคดีควบคู่กัน เช่น คดี 220/81 *Tribunal de Première Instance V TIMOTHY FREDERICK ROBERTSON AND OTHERS: Robertson Case*¹⁵⁰, คดี 261/81 *Rau v De Smedt*¹⁵¹ เป็นต้น ส่วนคดีที่ได้นำหลักความสมบูรณ์ผล มาพิจารณาเพียงประการเดียว คือ คดี 130/80 *Economische Politiechter V FABRIEK VOOR HOOGWAARDIGE VOEDINGSPRODUCTEN KELDERMAN BV: Kelderman Case*¹⁵² และคดี C-317/92 *Commission v Germany*¹⁵³ เป็นต้น

สามารถสรุปได้ว่าโดยส่วนใหญ่แล้วศาลได้นำหลักการทั้งสองประการข้างต้นมาพิจารณาควบคู่ กันเสมอ ยกเว้นในบางกรณีอาจนำหลักการใดหลักการหนึ่งมาพิจารณา ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับบริบทและข้อเท็จจริงที่ เกิดขึ้นในคดีนั้น ๆ ตัวอย่างจากคดีที่เป็นกรณีศึกษา คดี 130/80 *Economische Politiechter V FABRIEK VOOR HOOGWAARDIGE VOEDINGSPRODUCTEN KELDERMAN BV: Kelderman Case*¹⁵⁴ และคดี C-317/92 *Commission v Germany*¹⁵⁵ ศาลไม่ได้นำหลักความจำเป็นมาพิจารณา เนื่องจากมาตรการของรัฐ ไม่ผ่านการประเมินด้วยหลักความสมบูรณ์ผล ส่งผลให้มาตรการของรัฐย่อมไม่สามารถใช้ได้อย่างแน่นอน โดย มิต้องนำหลักความจำเป็นมาพิจารณาแต่อย่างใด

¹⁵⁰ Case 220/81, *supra* note 134.

¹⁵¹ Case 261/81, *supra* note 141.

¹⁵² Case 130/80, *supra* note 128.

¹⁵³ Case C-317/92, *supra* note 144. อ้างใน J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven, *supra* note 53, p.153.

¹⁵⁴ Case 130/80, *supra* note 128.

¹⁵⁵ Case C-317/92, *supra* note 144. อ้างใน J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven, *supra* note 53, p.153.

ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่สมาชิกจะสามารถอ้างใช้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ได้นั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้มีการวางหลักไว้ในคดี *Cassis de Dijon*¹⁵⁶ ซึ่งมีใจความสำคัญว่า การใช้กฎหมายภายในของรัฐที่เป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรี ต้องเป็นกรณีที่มี “มีความจำเป็น (necessary)” เพื่อที่จะบรรลุเหตุที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ตามวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐประการต่าง ๆ ดังนั้น การพิจารณาการอ้างใช้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) จึงเป็นการพิจารณาว่ามีความจำเป็น (Necessity Test) ในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายที่มีความสำคัญยิ่งหรือไม่ เช่นนี้การที่ศาลนำหลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) และหลักความจำเป็น (the principle of necessity) เพียงสองประการมาใช้ในการพิจารณาเท่านั้น จึงมีความสมเหตุสมผลตามการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) แล้ว เนื่องจากการพิจารณาหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) เป็นการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) มิได้เป็นการพิจารณาความได้สัดส่วน (proportionality test) แต่อย่างใด

และจากการศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 36 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) และหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) สามารถสรุปได้ว่า ศาลยุติธรรมยุโรปได้นำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นพื้นฐานในการตีความพิจารณาหลักความจำเป็นอย่างยิ่งและข้อยกเว้นมาตรา 36 TFEU อย่างเคร่งครัด รัฐสมาชิกจะสามารถผ่านการตรวจสอบตามหลักการและข้อยกเว้นเช่นว่านี้ได้ เมื่อมาตรการของรัฐสมาชิกสามารถก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้¹⁵⁷ และต้องเป็นมาตรการที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีน้อยที่สุดเท่านั้น¹⁵⁸ และในกรณีของข้อยกเว้นมาตรา 36 TFEU มีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีกับผลเสียของมาตรการ มาตรการของรัฐจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมากไปกว่าเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์อีกด้วย¹⁵⁹

เมื่อเปรียบเทียบการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนการพิจารณาข้อยกเว้นมาตรา 36 TFEU หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในสถานะกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปในหัวข้อ 2.2.2.1 (3) กับการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันพบว่า การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันมีความเคร่งครัดมากกว่าการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันจะต้องปรับใช้หลักความได้สัดส่วนให้ครบทั้งสามหลักการย่อยเรียงเป็นลำดับขึ้นไป ส่วนการปรับใช้หลักกฎหมายนี้

¹⁵⁶ Case 120/78, *supra* note 91.

¹⁵⁷ หลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability)

¹⁵⁸ หลักความจำเป็น (the principle of necessity)

¹⁵⁹ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense)

ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 2.2.2 ทั้งหมด พบว่าศาลยุติธรรมยุโรปได้นำหลักการย่อยเพียงบางประการมาวินิจฉัยในแต่ละคดีเท่านั้น ทั้งนี้ การที่ศาลจะเลือกใช้หลักการย่อยใดขึ้นอยู่กับบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาโดยรวมก็ยังสามารถสรุปได้ว่า ถึงแม้ว่าการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีความเคร่งครัดมากกว่า แต่การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปก็มีความเคร่งครัดเช่นเดียวกัน โดยที่ศาลยุติธรรมยุโรปได้ปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นพื้นฐานในการตีความในหลายบริบทอย่างเคร่งครัด เป็นไปเพื่อให้สอดคล้องตามวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐสมาชิกในบริบทกฎหมายปกครองทั่วไปของสหภาพยุโรป และเพื่อให้สหภาพยุโรปสามารถรักษาแนวความคิดในการจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหัวใจสำคัญของการรวมตัวเป็นตลาดเดียว (single market) ของสหภาพยุโรปไว้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตามวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปในด้านเศรษฐกิจ

นอกจากที่มีการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายสหภาพยุโรปแล้ว ยังได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนไปใช้ในระบบกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย โดยผู้ศึกษาจะทำการศึกษาการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในฐานะที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่ใช้ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ต่อไป ในบทที่ 4 ซึ่งการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทดังกล่าวนี้มีลักษณะพิเศษ และในเวลาต่อมาได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์การตีความจนกระทั่งมีลักษณะเฉพาะตัวและมีหลักเกณฑ์ที่เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากหลักความได้สัดส่วนซึ่งใช้เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานในการตีความในบริบทดังกล่าวในระยะแรกอีกด้วย

2.3 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็น (necessity) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

การค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันไม่ได้เกี่ยวข้องกับเฉพาะการเปิดเสรีทางการค้า แต่ยังมี ความเกี่ยวเนื่องไปยังประเด็นอื่น ๆ ที่ไม่ได้เป็นเรื่องทางการค้า (non-trade issues) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นกลไกในการขับเคลื่อนนโยบายต่าง ๆ อาทิ การปกป้องชีวิตและสุขภาพของประชาชนในประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น¹⁶⁰ องค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ควบคุมดูแลและส่งเสริมการเปิดเสรีทางการค้าในระหว่างภาคีสมาชิก ได้ตระหนักถึงความสำคัญของนโยบายต่าง ๆ ที่จะต้องพัฒนาและให้ความสำคัญควบคู่ไปกับนโยบายทางด้านการค้า นอกจากนี้ องค์การการค้าโลกยังได้ตระหนักว่าการส่งเสริมและปกป้องการสาธารณสุข

¹⁶⁰ จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น.1.

ความปลอดภัยของผู้บริโภค สิ่งแวดล้อม การจ้างงาน การพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ และความมั่นคงของชาติ เป็นภารกิจหลักของทุกรัฐบาล ซึ่งในการปกป้องส่งเสริมประโยชน์สาธารณะเหล่านั้น รัฐบาลอาจออกกฎหมาย หรือมาตรการที่กีดกันทางการค้าทั้งโดยเจตนาและไม่ได้เจตนา ภาศีสมาชิกอาจบังคับใช้กฎหมายและ มาตรการเชิงนโยบายที่ละเมิดต่อกฎหมายขององค์การการค้าโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการห้ามเลือก ประติบัติ (non-discrimination) หลักการเข้าถึงตลาด (the rules on market access) เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายขององค์การการค้าโลกจึงมีบทบาทปฏิบัติที่เป็นการรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรีกับคุณค่าหรือ ประโยชน์สาธารณะ¹⁶¹ สอดคล้องตามคำกล่าวของ ดร. ศุภชัย พานิชภักดิ์¹⁶² ในรายงานอนาคตขององค์การ การการค้าโลก (The Future of the WTO) ที่ว่า “องค์การการค้าโลกและความตกลง GATT ต่างก็ควมคุมให้เกิด การค้าเสรี โดยมีความมุ่งหมายในการวางโครงสร้างที่สามารถใช้ได้จริงและมีประสิทธิผลเพื่อควบคุมดูแลและ สร้างความเป็นธรรมในการเปิดการค้าเสรี องค์การการค้าโลกเสนอให้มีกฎเกณฑ์การเข้าถึงตลาดที่มี ความมั่นคงแน่นอนและสามารถคาดหมายได้ แต่กฎเกณฑ์เหล่านั้นนอกจากจะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุม ตรวจสอบภาศีสมาชิกแล้ว ก็ยังมีกฎเกณฑ์ที่รักษาสสมดุลรวมถึงมีกลไกที่สะท้อนให้เห็นว่าแนวนโยบายของรัฐ มีความสำคัญเท่ากับการค้าเสรี ไม่ใช่ว่าองค์การการค้าโลกไม่อนุญาตให้มีการปกป้องนโยบายสาธารณะ รัฐบาลของสมาชิกอาจเลือกใช้การปกป้องเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณค่าที่มีความสำคัญอย่างยิ่งได้ เพียงแต่การปกป้อง ดังกล่าวจะต้องเป็นไปโดยมีกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัด”¹⁶³

นอกจากนี้ องค์การการค้าโลกจะได้ตระหนักถึงความสำคัญของคุณค่าประโยชน์สาธารณะ ประการต่าง ๆ คำนึงถึงอำนาจอธิปไตยและภารกิจของภาศีสมาชิกแล้ว ก็ได้ให้ความสำคัญกับ “การพัฒนา อย่างยั่งยืน” โดยมีการรวมวัตถุประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ในอารัมภบทของความตกลงมาร์ราเกช ซึ่งเป็นความตกลงที่ก่อตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) มีสาระสำคัญว่า ประเทศสมาชิก WTO ต้องคำนึงว่า

¹⁶¹ Peter Van Den Bossche, The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Case and Materials, 2nd edition (Cambridge: the United Kingdom at the University Press, 2008), p.615.

¹⁶² อดีตผู้อำนวยการใหญ่องค์การการค้าโลก ดำรงตำแหน่งตั้งแต่วันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2545 ถึงวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2548 ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง เลขาธิการการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือ อังก์ถัด (UNCTAD) สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2559, th.wikipedia.org/wiki/ศุภชัย_พานิชภักดิ์.

¹⁶³ Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium (the ‘Sutherland Report’) (WTO, 2004), para.39. อ้างถึงใน Peter Van Den Bossche, *supra note 161*, p.615.

การค้าและการเพิ่มขีดความสามารถทางเศรษฐกิจนั้น ควรที่จะดำเนินการไปพร้อม ๆ กับการยกระดับมาตรฐานการดำรงชีวิต เพื่อจะได้เป็นหลักประกันว่าจะเกิดการจ้างงานและการเจริญเติบโตของรายได้ที่แท้จริงอย่างมั่นคง และก่อให้เกิดการขยายตัวในการผลิตสินค้าและบริการ ในขณะที่เดียวกันจะต้องมีการใช้ทรัพยากรของโลกให้เกิดประโยชน์สูงสุดโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยมุ่งที่จะคุ้มครองและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เพื่อแก้ปัญหาของประเทศสมาชิกทั้งหลาย ซึ่งมีระดับการพัฒนาเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน¹⁶⁴ ฯลฯ¹⁶⁵

เพื่อเป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวองค์การการค้าโลก ได้ออกกฎระเบียบขึ้นภายใต้หลักการสำคัญ เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสมาชิก หลักการต่างตอบแทน หลักการมีพันธกรณีที่ผูกพันในทางระหว่างประเทศ หลักความโปร่งใส นอกจากนี้องค์การการค้าโลกยังให้ความสำคัญกับการเคารพอำนาจอธิปไตยของสมาชิก โดยการที่สมาชิกขององค์การการค้าโลก มีสิทธิอันชอบธรรมในการออกกฎเกณฑ์ภายในประเทศเพื่อให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย (policy objectives) ซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยที่องค์การการค้าโลกมุ่งหมายให้สมาชิกคำนึงถึงวัตถุประสงค์อื่น นอกจาก

¹⁶⁴ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization

“The Parties to this Agreement,

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development,

Recognizing further that there is need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development, ...”. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm

¹⁶⁵ ดวงแก้ว นพพรพรหม, “ปัญหาและแนวทางการตีความมาตรา 20(บี) และมาตรา 20(จี) ภายใต้แกตต์/องค์การการค้าโลก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), น.22.

การเปิดเสรีทางการค้า และได้กำหนดข้อยกเว้นต่าง ๆ เพื่อให้สมาชิกได้อ้างใช้ในกรณีมีความจำเป็นต้องยกเว้น การเปิดเสรีทางการค้าอีกด้วย¹⁶⁶

ข้อยกเว้นทั่วไปซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่สมาชิกเพื่อไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเมื่อมีเหตุผล ความจำเป็นในบรรลู่ซึ่งวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย (policy objectives) ได้บัญญัติอยู่ในมาตรา XX ของความตกลง GATT โดยที่ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX นี้ มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสมดุลระหว่าง แนวความคิดเรื่องการค้าเสรีซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักขององค์การการค้าโลก แนวคิดเรื่องการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐ และแนวคิดที่ว่าด้วยความจำเป็นในการปกป้องคุณค่าและประโยชน์สาธารณะประการต่าง ๆ

2.3.1 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี

ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลง GATT ปรากฏอยู่ในอนุมาตราย่อย (a) ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้อง ศีลธรรมอันดี”¹⁶⁷ ข้อยกเว้นทั่วไปตามอนุมาตราย่อยนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ภาคีสมาชิกอ้างใช้ข้อยกเว้นเพื่อ ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลง GATT ได้ เนื่องจากภาคีสมาชิกมีความจำเป็นที่ต้องดำเนิน มาตรการซึ่งละเมิดต่อความตกลงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการ “ปกป้อง ศีลธรรมอันดี”

คำว่า “ศีลธรรม” (Moral) มีความหมายตามพจนานุกรมของ Oxford ว่า “สิ่งที่เกี่ยวข้องกับ หลักความประพฤติดีและชั่ว หรือมาตรฐานความประพฤติ หลักของความถูกต้องและไม่ถูกต้อง”¹⁶⁸ หรืออาจ กล่าวได้ว่า ศีลธรรมเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกสำนึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ รวมทั้งความรู้สึก ซื่นชมสรรเสริญในสิ่งที่ดีงาม เกลียดชังและตำหนิสิ่งชั่วร้ายของคนในสังคมโดยทั่วไป ส่วนรายละเอียดเนื้อหาของ ศีลธรรมแต่ละสังคมย่อมแตกต่างกันไปตามยุคสมัย กฎเกณฑ์ที่เป็นสากลในเรื่องศีลธรรม เช่น ทุกคน จะต้องเคารพในสิ่งที่ เป็นของคนอื่น ได้แก่ ชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน เป็นต้น สิ่งเหล่านี้เป็นกฎเกณฑ์ ความประพฤติที่มนุษยชาติทั่วไปต้องรับรู้เหมือนกัน¹⁶⁹

นอกจากศีลธรรมมีลักษณะเป็นสากล ก็อาจมีศีลธรรมที่มีลักษณะอัตวิสัย (Subjective) กล่าวคือ เป็นศีลธรรมของคนในสังคมที่มีลักษณะเฉพาะตามค่านิยม วัฒนธรรม ของสังคมนั้น ๆ เช่น การยุติ

¹⁶⁶ จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.5.

¹⁶⁷ (a) necessary to protect public morals;

¹⁶⁸ “Definition of moral in English: Concerned with the principles of right and wrong behaviour (adj.), (morals) Standards of behaviour; principles of right and wrong (noun.)” Accessed May 15, 2016, <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/moral>.

¹⁶⁹ สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน), น.50.

การตั้งครุฑในสังคมหนึ่งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีงาม เพราะคนในสังคมนั้นเห็นว่าการทำลายชีวิตทารกในครรภ์มารดาเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง แต่ในอีกสังคมประเทศหนึ่งการยุติการตั้งครุฑเป็นสิทธิอันชอบธรรมของผู้หญิงที่ไม่มีความพร้อมในการตั้งครุฑที่สามารถตัดสินใจยุติการตั้งครุฑได้ เพื่อป้องกันปัญหาสังคมอื่น ๆ ที่ตามมา เป็นต้น หรือในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ มุมมองด้านศีลธรรมของประเทศแถบตะวันตกกับประเทศในแถบตะวันออกที่มีต่อสินค้าสื่อลามกอนาจาร ย่อมแตกต่างกันตามค่านิยม วัฒนธรรมของคนในสังคม ดังนั้น สื่อลามกอนาจารอาจได้รับอนุญาตให้ผลิตและจำหน่ายได้ในประเทศหนึ่ง แต่อาจเป็นเรื่องที่ต้องห้ามและฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีในอีกประเทศหนึ่งก็เป็นได้

การพิจารณาข้อพิพาทที่มีประเด็นเรื่องศีลธรรมอันดี ตามมาตรา XX (a) ของความตกลง GATT มีข้อสังเกตว่า การกำหนดมาตรฐานของศีลธรรมสาธารณะในข้อพิพาทนี้ องค์การอุทธรณ์ได้ยืนยันว่าเป็นเรื่องภายในของสมาชิก WTO ที่จะกำหนดเองได้ โดย WTO จะนำมาตรฐานของศีลธรรมของแต่ละประเทศในแต่ละสถานการณ์มาเปรียบเทียบกันไม่ได้¹⁷⁰

ดังนั้น การที่องค์การการค้าโลกเคารพถึงเหตุผลความจำเป็นในด้านศีลธรรมอันดี ตลอดจนมีความเข้าใจถึงลักษณะของศีลธรรมอันดีที่อาจมีแตกต่างกันขึ้นอยู่กับค่านิยม วัฒนธรรม แนวความคิดของคนในสังคมที่แต่ละประเทศนั้นเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญในการปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน และเป็นการเคารพถึงอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ของภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก

ตัวอย่างศีลธรรมอันดี (public morals) ที่ได้ปรากฏในการวินิจฉัยข้อพิพาทภายใต้อนุมาตรา (a) ของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX เช่น การใช้แรงงานเด็ก เรื่องยาเสพติด¹⁷¹ เรื่องการพนัน¹⁷² เป็นต้น¹⁷³

¹⁷⁰ จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.150.

¹⁷¹ นุจรีย์ แก้วปาน, “พีชตัดแปลงพันธุกรรมกับกฎเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.38.

¹⁷² United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, (WT/DS285/R), (WT/DS285/AB/R), [2004].

¹⁷³ ดร.จารุประภา รักพงษ์ มีความเห็นว่า ถ้าหากมาตรา XX (a) ถูกตีความในลักษณะที่มีวิวัฒนาการเพื่อให้สอดคล้องกับค่านิยมโดยรวมกันของสมาชิกในบุคปัจจุบันแล้ว ข้อยกเว้นดังกล่าวย่อมครอบคลุมถึงประเด็นที่มีความหลากหลายและอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของสมาชิก ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง สวัสดิภาพสัตว์ สวัสดิภาพแรงงาน วัฒนธรรม ค่านิยม และการรักษาอัตลักษณ์ของแต่ละประเทศที่ล้วนเปิดโอกาสให้สมาชิก WTO สามารถอ้างมาตรา XX (a) ได้ทั้งสิ้น ดูเพิ่ม จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.150.

2.3.2 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช

ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลง GATT ได้บัญญัติถึงข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช¹⁷⁴ ไว้ในอนุมาตราย่อย (b) ซึ่งอนุมาตราย่อยดังกล่าวมีที่มาจากข้อเสนอของสหรัฐ ฯ และประเทศอังกฤษในขั้นตอนการร่างมาตรา XX ระหว่างปี ค.ศ. 1946 ถึง ค.ศ. 1948 มาตรา XX (b) มีความมุ่งหมายที่จะใช้ครอบคลุมเรื่องการกีดกันทางการค้าที่เกี่ยวข้องสุขอนามัยเท่านั้น จากประวัติการร่างมาตรา XX (b) แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ในการรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรี อำนาจอธิปไตยของรัฐ และความสำคัญด้านสุขอนามัย¹⁷⁵

จากถ้อยคำตามบทบัญญัติของมาตรา XX อนุมาตราย่อย (b) ได้สะท้อนให้เห็นการให้ความสำคัญกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ กล่าวโดยรวมได้ว่าเป็นเรื่องของมาตรฐานความเป็นอยู่ (standards of living) และมีนัยสำคัญของการตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน (สิทธิในการมีชีวิต, สิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพ)¹⁷⁶ และเป็นการให้ความสำคัญกับมาตรฐานด้านสุขอนามัย นอกจากนี้ยังสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับชีวิตและสุขภาพ (สุขอนามัย) ของสัตว์และพืช ที่กล่าวโดยรวมได้ว่าเป็นเรื่องของสิ่งแวดล้อม (environment)¹⁷⁷ อีกด้วย

¹⁷⁴ (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

¹⁷⁵ ศิริวรรณ อิทธิปัญญาวรกุล, “นัยทางกฎหมายที่สำคัญของกรณีพิพาทเรื่องแร่ใยหินภายใต้องค์การการค้าโลก,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น.24.

¹⁷⁶ สิทธิในการมีชีวิต (Right to Life) วางหลักอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 3 ซึ่งกำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงในตัวบุคคล” และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพ (Right to a standards of living adequate for health) วางหลักอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 25 (1) ซึ่งกำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความผาสุกของตนเองและครอบครัว รวมทั้งการมีอาหาร เครื่องนุ่งห่มและที่อยู่อาศัยและการดูแลสุขภาพทางการแพทย์และบริการสังคมที่จำเป็น และมีสิทธิในความมั่นคงยามว่างงาน เจ็บป่วยพิการ เป็นหม้าย วยชรา หรือขาดอาชีพอื่นในพฤติการณ์ที่นอกเหนืออำนาจของตน” ดูเพิ่ม ดวงแก้ว นพพรพรหม, *อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 165*, น.31-32.

¹⁷⁷ ข้อความคิดว่าด้วยการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX นอกจากจะบัญญัติไว้ใน (b) แล้ว ยังมีอนุมาตราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวโดยตรง คือ มาตรา XX (g) ที่บัญญัติว่า “มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป หากมาตรการดังกล่าวนั้นได้กระทำไปเพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการควบคุมการผลิตหรือการบริโภคภายในประเทศไปพร้อมกัน” (relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption) การตีความเพื่ออนุรักษ์

การให้ความสำคัญกับมาตรฐานความเป็นอยู่ (standards of living) ของมนุษย์ และการปกป้องและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม (to protect and preserve the environment) นอกจากนี้ได้บัญญัติไว้ในข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (b) ของความตกลง GATT แล้ว การให้ความสำคัญกับคุณค่าประการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้นี้ควบคู่ไปกับการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ ยังเป็นวัตถุประสงค์ขององค์การการค้าโลกที่ได้กำหนดไว้ในอารัมภบท (Preamble) ของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก(WTO)¹⁷⁸ อีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น การให้ความสำคัญกับชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ยังได้ปรากฏในความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures; SPS) ภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) ที่มีขอบเขตและมาตรการในการควบคุมกฎระเบียบต่าง ๆ ของสมาชิกที่หลากหลาย มีนัยเกี่ยวเนื่องไปถึงการสาธารณสุข การคุ้มครองสุขภาพและสวัสดิภาพของประชาชนในสมาชิกโดยตรง อีกทั้งยังเชื่อมโยงไปถึงนโยบายด้านการเกษตร การปศุสัตว์ และสิ่งแวดล้อมภายในสมาชิกอีกด้วย¹⁷⁹ โดยที่ความตกลงฉบับนี้มีสถานะเป็นกฎหมายเฉพาะที่ขยายสิทธิและพันธกรณีของสมาชิกภายใต้กรอบของมาตรา XX (b) GATT 1994¹⁸⁰ นั่นเอง

ดังจะเห็นได้ว่า ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช มีความสำคัญในบริบทขององค์การการค้าโลกอย่างมาก การวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวก็ได้มีการตีความไปในแนวทางที่คำนึงถึง

สิ่งแวดล้อมในอนุมาตราย่อย (g) มีแนวทางการตีความบทบัญญัติที่กว้างกว่าและเคร่งครัดน้อยกว่าการตีความเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมในอนุมาตราย่อย (b) ดูเพิ่มเติม จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น.135-150. และดวงแก้ว นพพรพรหม, *เพ็ญอ้าง*.

¹⁷⁸ วัตถุประสงค์ตามความตกลงจัดตั้ง WTO กำหนดไว้ในอารัมภบท (Preamble) ของความตกลงจัดตั้ง WTO ซึ่งระบุว่า ประเทศภาคีความตกลงจัดตั้ง WTO เห็นพ้องต้องกันว่า ในการจัดตั้ง WTO ขึ้นมามีวัตถุประสงค์ดังนี้ คือ เพื่อยกระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ (Standard of Living) เพื่อบรรลุถึงสภาพการณ์ที่ทำให้ทุกคนที่ต้องการงานสามารถหางานได้ (Full Employment) เพื่อเพิ่มรายได้ที่แท้จริง (real income) และเพิ่มปริมาณสินค้าที่จะถูกซื้อในราคาที่มีกำลังเงินพอจะซื้อได้ (effective demand) เพื่อขยายการผลิตและการซื้อสินค้าและบริการ ในการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้น WTO จะต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการรักษาสิ่งแวดล้อมและความต้องการของประเทศที่กำลังพัฒนาด้วย โดยต้องให้ความสำคัญกับการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนและการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนาด้วย ดูเพิ่มเติม ทัชชมัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, *กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ องค์การการค้าโลก (WTO): บททั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.21.

¹⁷⁹ จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น.151.

¹⁸⁰ *เพ็ญอ้าง*, น.156.

ความสำคัญของปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ด้วยเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ในคดี *EC-Asbestos*¹⁸¹ องค์การอุทธรณ์ได้รับรองว่าสมาชิก WTO มีสิทธิในการกำหนดระดับการปกป้องซึ่งสมาชิกได้พิจารณาจากสถานการณ์ได้¹⁸² นอกจากนี้ยังมีการพิจารณาความเสี่ยงต่อสุขภาพโดยอาศัยข้อมูลที่มีความน่าเชื่อถือ ตัวอย่างเช่น คดี *Thai-Cigarette* ได้มีการพิจารณาความจำเป็นด้วยข้อมูลความเสี่ยงต่อสุขภาพที่เกิดขึ้นจากบุหรี่ขององค์การอนามัยโลก (WHO)¹⁸³ และ *EC-Asbestos*¹⁸⁴ ได้มีการพิจารณาความจำเป็นด้วยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ยืนยันว่าแร่ใยหินก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพของมนุษย์จากการศึกษาของสถาบันสุขภาพในประเทศฝรั่งเศส (INSERM)¹⁸⁵ เป็นต้น

2.3.3 ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT ซึ่งในที่นี้รวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยศุลกากรการป้องกันการผูกขาดทางการค้าภายใต้มาตรา II วรรค 4 และมาตรา XVII ของความตกลง GATT กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ หรือกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันการล่อลวงต่าง ๆ¹⁸⁶

ข้อความคิดว่าด้วยความจำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT ฯลฯ นี้ บัญญัติอยู่ในข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (d) ซึ่งอนุมาตราย่อยดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าองค์การการค้าโลกเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐในด้านนิติบัญญัติ

¹⁸¹ European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products, (WT/DS135/R), (WT/DS135/AB/R), [2001].

¹⁸² EC-Asbestos, Appellate Body Report, *ibid*, para.168.

“..., relating to the level of protection, we note that it is undisputed that WTO Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation. ...”

¹⁸³ Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, (DS10/R - 375/200), [1990].

¹⁸⁴ EC-Asbestos, *supra note 181*.

¹⁸⁵ *Ibid*.

¹⁸⁶ (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;

(การออกกฎหมาย) และด้านการบริหาร (การบังคับใช้กฎหมาย) และให้ความสำคัญกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนการป้องกันการล่อลวงทางการค้าต่าง ๆ อีกด้วย

อำนาจอธิปไตยภายในของรัฐโดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติ (การออกกฎหมาย) และอำนาจบริหาร (การบังคับใช้กฎหมาย) มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะสามารถทำให้รัฐมีเสถียรภาพมั่นคงและสามารถดำรงอยู่ได้ นอกจากนี้ยังเป็นเครื่องมือที่ทำให้รัฐบรรลุภารกิจต่าง ๆ ได้ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยและสันติสุขภายในประเทศ การคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของประชาชน การทำให้ประชาชนมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดี ส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนทั้งในด้านสังคมวัฒนธรรมและเศรษฐกิจ เป็นต้น¹⁸⁷ โดยที่อำนาจนิติบัญญัติได้รับการยกย่องว่า เป็นการกำหนดเจตจำนงของประชาชาติ ส่วนอำนาจบริหารมีส่วนสำคัญที่ทำให้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมาสามารถบังคับใช้ได้จริง¹⁸⁸ ดังนั้นหากรัฐปราศจากอำนาจในการออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายได้ย่อมทำให้รัฐไม่สามารถจะบรรลุภารกิจประการต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างแน่นอน อย่างไรก็ตามอำนาจอธิปไตยของรัฐในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นอาจมิได้สมบูรณ์เด็ดขาด ทว่าต้องอยู่ภายใต้กฏกติกาตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย¹⁸⁹ โดยมีมาตรา XX (d) ความตกลง GATT เป็นบทบัญญัติซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าองค์การการค้าโลกก็ได้ตระหนักถึงความจำเป็นของรัฐในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐเป็นอย่างดี

นอกจากนี้ บทบัญญัติอนุมาตราย่อย (d) ของมาตรา XX ได้ให้ความสำคัญกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า และคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือนโยบายการแข่งขัน มีวัตถุประสงค์ในการกำจัดข้อจำกัดต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินการค้า หรือป้องกันมิให้ดำเนินการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อจำกัดหรือลดการแข่งขัน (limit or lessen competition) หรือการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position) การตระหนักถึงความสำคัญในเรื่องดังกล่าวมีมาตั้งแต่ในสมัยที่มีร่างกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ หรือ ITO (International Trade Organization) ที่ได้มีการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยข้อจำกัดในการดำเนินธุรกิจไว้ เนื่องจากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อการค้า ประกอบกับในช่วงปี ค.ศ. 1930 – 1940 ธุรกิจ

¹⁸⁷ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.136-138.

¹⁸⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550). อ้างถึงใน เพ็งอ้วง, น.53.

¹⁸⁹ สมยศ เชื้อไทย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 187, น.130.

ส่วนใหญ่รวมตัวกันเพื่อสร้างข้อจำกัดทางการค้ากันมาก¹⁹⁰ นอกจากนั้นภายใต้ความตกลง GATT 1994 และ องค์การการค้าโลก ได้ตระหนักดีว่า การผูกขาดการนำเข้า (import monopoly) อาจถูกใช้เป็นอุปสรรคทางการค้าเพื่อที่จะกีดกันสินค้านำเข้าและปกป้องอุตสาหกรรมภายในของประเทศได้ โดยในมาตรา II วรรค 4 ของความตกลง GATT ได้จำกัดขอบเขตการกระทำดังกล่าวต่อสินค้าที่ระบุอยู่ในตารางภาษีไว้¹⁹¹ เช่นเดียวกัน

ส่วนแนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา มีความเป็นมาตั้งแต่การเจรจาการค้าพหุภาคี รอบโตเกียว (Tokyo Round) ในปี พ.ศ. 2516-2522 ประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศได้มีความพยายามให้มีการจัดทำประมวลว่าด้วยการต่อต้านสินค้าปลอมแปลง (Anti-Counterfeiting Code) ขึ้น เนื่องจากการปลอมแปลงและลอกเลียนแบบสินค้าในทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดการบิดเบือนและเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรี แต่ความพยายามดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จ ต่อมาในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ในปี พ.ศ. 2529 (ค.ศ. 1986) ประเทศที่พัฒนาแล้วก็ประสบความสำเร็จในการผลักดันประเด็นในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจา ซึ่งการเจรจาในรอบอุรุกวัยในช่วงแรกเป็นไปอย่างยากลำบาก เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนามีความเห็นและแนวคิดที่แตกต่างกัน ส่งผลให้การเจรจาดำเนินไปอย่างล่าช้า จนกระทั่งวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2534 (ค.ศ. 1991) ได้มีการเสนอร่างกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations) หรือ Dunkel Draft และนำไปสู่ข้อสรุปในการเจรจาในรอบอุรุกวัยได้สำเร็จ โดยประเทศภาคีของข้อตกลง GATT 1947 ได้ร่วมกันลงนามรับรองกรรมสารสุดท้ายในวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก และได้เพิ่มเรื่องต่าง ๆ ในประเด็นการเจรจาต่อไปในภาคผนวกของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ซึ่งข้อตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPS) ก็ได้ถูกเพิ่มเข้าเป็นภาคผนวก 1C ของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกดังกล่าว¹⁹² ซึ่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีความสำคัญอย่างยิ่งในการก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เนื่องจากเป็นการประกันการให้ความคุ้มครองการสร้างสรรค์และการประดิษฐ์คิดค้น ให้ผู้ประดิษฐ์สามารถมั่นใจได้ว่า ถ้าหากตนได้คิดค้นสิ่งประดิษฐ์แล้วจะได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่าและเหมาะสม

¹⁹⁰ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), น.9-10.

¹⁹¹ ทัชชมัย (ฤกษ์สุต) ทองอุไร, แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO), พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.52.

¹⁹² นิชฌมาน หัสรังค์, “การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกับการเข้าถึงยารักษาโรคของประเทศไทย ในกรอบของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.14.

ทำให้เกิดแรงจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งต่าง ๆ มากขึ้น ตลอดจนส่งผลให้เกิดการพัฒนาและเกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่อไป¹⁹³



¹⁹³ เฟื่องอ้าง, น.15.

บทที่ 3

บทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ความตกลงทั่วไป ว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

3.1 ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

ประเทศแต่ละประเทศล้วนมีทรัพยากรธรรมชาติที่แตกต่างกันออกไป บางประเทศมีทรัพยากรบางชนิดมากเกินความจำเป็น และในบางประเทศทรัพยากรก็ไม่เพียงพอตามที่ต้องการ นอกจากนี้รสนิยมการบริโภคสินค้าของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันไป สินค้าบางชนิดที่ผลิตในประเทศหนึ่ง ๆ อาจเป็นที่นิยมในประเทศอื่น ๆ มากกว่าภายในประเทศของตนเอง และเนื่องด้วยการผลิตสินค้าชนิดหนึ่งในแต่ละประเทศย่อมมีต้นทุนที่ต่างกัน ประเทศที่มีปัจจัยในการผลิตที่พร้อมมากกว่าย่อมผลิตสินค้าได้ในราคาที่ต้นทุนต่ำกว่า ด้วยเหตุผลประการทั้งปวงจึงก่อให้เกิดการพึ่งพาอาศัยกันในสังคมนระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนสินค้าและการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้แต่ละประเทศสามารถใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ของตนให้เกิดประโยชน์สูงสุด พัฒนาขีดความสามารถในการผลิตสินค้าที่ตนมีความถนัด มีการแข่งขันทางการค้าในการประกอบกิจการทำให้เกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภค มีการนำเข้าสินค้าที่ต้องการ และเป็นการออมการส่งเสริมการลงทุนภายในประเทศ เช่นนี้แล้วการค้าระหว่างประเทศจึงก่อให้เกิดการแบ่งงานกันทำ แบ่งกันผลิตสินค้าไปตามความถนัดของตน ทำให้เกิดความชำนาญพิเศษในการผลิตสินค้า เนื่องจากมีการผลิตสินค้าชนิดนั้น ๆ ต่อเนื่องเป็นเวลานาน จนกระทั่งทำให้การผลิตมีประสิทธิภาพสูงขึ้น ทำให้ทุกประเทศเกิดการพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางการค้าไปพร้อม ๆ กัน¹

ในปัจจุบันคำว่า “โลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจ (Economic globalization)” เป็นคำศัพท์ที่เป็นที่นิยมแพร่หลายอย่างมากศตวรรษนี้ อาชีพทุกสาขาทั้งนักการเมือง คณะรัฐบาล นักธุรกิจ นักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ผู้เชี่ยวชาญทางด้านสุขภาพ นักเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิของกลุ่มประเทศโลกที่สาม นักเศรษฐศาสตร์ รวมทั้งนักกฎหมาย ต่างก็ให้ความสำคัญกับคำว่าโลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจหรือ เศรษฐกิจที่ไร้พรมแดนนี้เป็นอย่างยิ่ง โดยที่ Joseph Stiglitz อดีตประธานนักเศรษฐศาสตร์ประจำธนาคารโลกและผู้ชนะรางวัลโนเบลสาขาเศรษฐศาสตร์ใน ค.ศ. 2001 ได้ให้นิยามของแนวคิดเรื่อง โลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจ ไว้ว่า “โลกาภิวัตน์คือการรวมกลุ่มอย่างผสมผสานใกล้ชิดขึ้นของประเทศต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นโดยการลดมูลค่าต้นทุนของการคมนาคมขนส่ง การสื่อสาร และการทำลายกำแพงอุปสรรคที่มนุษย์สร้างขึ้น เพื่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายของสินค้า บริการ ทุน องค์ความรู้ และแรงงานข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ” โลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจนั้นเป็น

¹ ทัชชัมย์ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO), พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.13.

ปรากฏการณ์ที่มีหลายแง่มุม เป็นการรวมกลุ่มผสมผสานกันที่ละน้อยของเศรษฐกิจภายในประเทศไปสู่ตลาดเศรษฐกิจโลกไร้พรมแดนร่วมกัน ซึ่งครอบคลุมทั้งการค้าเสรีระหว่างประเทศและการไม่จำกัดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ โลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจส่งผลกระทบต่อผู้คนในทั่วทุกแห่ง ทั้งในการดำเนินชีวิตประจำวัน เช่น อาหารที่รับประทาน สุขภาพของทุกคน ส่งผลต่อการศึกษา ตลอดจนส่งผลกระทบต่ออาชีพของทุกคนด้วยเช่นเดียวกัน²

เพื่อประกันว่าการค้าเสรีระหว่างประเทศและการไม่ปิดกั้นลงทุนระหว่างประเทศจากต่างชาติจะสามารถเกิดขึ้นจริงได้ โลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจนี้ต้องมีการจัดการและควบคุมดูแล วางกฎระเบียบในระดับระหว่างประเทศ มิเช่นนั้นแล้วโลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจอาจเป็นหายนะมากกว่าเป็นเรื่องที่ดีต่อมนุษยชาติที่อาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง เกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคม อาจทำให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมสภาพ เกิดการเคลื่อนถิ่นล่มสลายของวัฒนธรรมก็เป็นได้ เช่นนี้แล้วกฎหมายขององค์การการค้าโลกในปัจจุบันจึงมีความปรารถนาอย่างยิ่งในการจัดการและควบคุมดูแลการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามที่องค์การการค้าโลกตั้งปณิธานไว้³

องค์การการค้าโลก (World Trade Organization; WTO) เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปอย่างเสรีปราศจากอุปสรรคและข้อกีดกันทางการค้า เพื่อให้การใช้ทรัพยากรซึ่งมีอยู่อย่างจำกัดเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ⁴ ยกกระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ (Standard of Living) เพื่อให้ทุกคนที่ต้องการงานทำสามารถหางานได้ (Full Employment) เพิ่มรายได้ที่แท้จริง (real income) และเพิ่มปริมาณสินค้าซึ่งมีราคาผู้ซื้อมีกำลังซื้อได้ (Effective demand) เพื่อขยายการผลิตและการซื้อขายบริการ ซึ่งในการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมานั้น WTO จะต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการรักษาสิ่งแวดล้อมและความต้องการของประเทศกำลังพัฒนาด้วย โดยต้องคำนึงถึงความสำคัญกับการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนและการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งวัตถุประสงค์ของ WTO ตามอารัมภบทของความตกลงจัดตั้ง WTO นี้เป็นสิ่งที่มิยิ่งยวดตามกฎหมาย⁵

² Peter Van Den Bossche Peter Van Den Bossche, The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Case and Materials, 2nd edition (Cambridge: the United Kingdom at the University Press, 2008), p.3.

³ *Ibid*, p.3.

⁴ ทัชชฌัย (ฤกษ์ชะสุต) ทองอุไร, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), น.25.

⁵ AGREEMENT ESTABLISHING THE WORLD TRADE ORGANIZATION
The Parties to this Agreement,

การเริ่มต้นก่อนที่จะมีการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ในปัจจุบันนี้ ได้เริ่มต้นมาจากความตกลง GATT 1947 (General Agreement on Tariffs and Trade) ถือกำเนิดขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 อาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำความตกลงร่วมกันด้วยความจำเป็นเนื่องจากประเทศต่าง ๆ ได้ร่วมกันจัดตั้งความตกลง GATT โดยมุ่งหมายให้มีการก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ หรือ ITO (International Trade Organization) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่กำหนดกติกาและควบคุมดูแลการค้าระหว่างประเทศ และทำหน้าที่ประสานงานกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ หรือ IMF (International Monetary and Development) และธนาคารเพื่อการบูรณาการและพัฒนา หรือ IBRD ซึ่งคนรู้จักกันทั่วไปในนามของ ธนาคารโลก (World

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development,

Recognizing further that there is need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development,

Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations,

Resolved, therefore, to develop an integrated, more viable and durable multilateral trading system encompassing the General Agreement on Tariffs and Trade, the results of past trade liberalization efforts, and all of the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations,

Determined to preserve the basic principles and to further the objectives underlying this multilateral trading system,

สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2558 , https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf.

Bank) ทั้งสามองค์การระหว่างประเทศจะทำหน้าที่ร่วมกันในการควบคุมดูแลเศรษฐกิจของโลกภายใต้ระบบ Bretton Woods System⁶

การจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศในด้านการค้าเริ่มต้นมาจากการที่สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่งคือ 1945 Renewal of Reciprocal Trade Agreements ได้เชิญประเทศต่าง ๆ เข้าร่วมเจรจาจัดทำความตกลงพหุภาคี และในเดือนกุมภาพันธ์ 1946 ECOSOC ซึ่งเป็นองค์กรภายใต้องค์การสหประชาชาติ (UN) ได้จัดประชุมเป็นครั้งแรกเสนอให้มีร่างกฎบัตรจัดตั้ง ITO และสหรัฐได้เสนอร่างกฎบัตร ITO ในการประชุมครั้งนี้ด้วย มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างกฎบัตรประชุมกันครั้งแรกที่ London ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1948 และมีการประชุมเพื่อรับรอง (to complete) กฎบัตรจัดตั้ง ITO ที่กรุงฮาวานา ประเทศคิวบา ในปี 1948⁷

อย่างไรก็ดี ITO ไม่สามารถจัดตั้งขึ้นได้ด้วยเหตุผลหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่สหรัฐปฏิเสธที่จะรับรองกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ซึ่งเป็นกฎบัตรในการรับรอง ITO แม้ว่าการจัดตั้ง ITO จะประสบความสำเร็จล้มเหลว ประเทศต่าง ๆ ก็ยังเห็นว่า ควรจะมีการจัดทำกฎระเบียบระหว่างประเทศด้านการค้า จึงใช้กฎระเบียบทางการค้าตามความตกลง GATT เป็นการชั่วคราว⁸

สนธิสัญญา GATT ถูกใช้เป็นการชั่วคราวถึง 46 ปี (ค.ศ. 1948-ค.ศ. 1994) ในระหว่างที่ใช้บังคับ มีปัญหามากมาย ทั้งจากความไม่ชัดเจนคลุมเครือของบทบัญญัติ ต่างฝ่ายก็ต่างตีความในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนเอง รวมทั้งมีความล้มเหลวของการระงับข้อพิพาทด้วยเช่นเดียวกัน จากนั้นเมื่อสิ้นสุดการเจรจา รอบอุรุกวัยซึ่งเป็นการเจรจากรอบที่ 8 ของ GATT ประเทศที่เข้าร่วมเจรจาต่างก็เห็นพ้องว่า ควรมีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศด้านการค้าจริงจึงเสียที่ เมื่อประมาณเดือนเมษายน 1994 ประเทศภาคี GATT ที่สนใจจะเข้าร่วมเป็นสมาชิก WTO ได้เดินทางไปยังกรุง Marrakesh ประเทศ Morocco เพื่อร่วมกันลงนามในกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ซึ่งเป็นความตกลงจัดตั้ง WTO และมีการรวบรวมข้อตกลงต่าง ๆ ที่เป็นผลมาจากการเจรจาอุรุกวัยไว้ด้วยกัน⁹

เมื่อมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก หรือ WTO ขึ้นมาแทน GATT 1947 แล้ว หลักการวัตถุประสงค์ บทบาทหน้าที่ก็ยังคงเป็นเช่นเดียวกับ GATT โดยเฉพาะอย่างยิ่งวัตถุประสงค์ที่ทำให้การค้าของโลกเป็นไปอย่างเสรี มีการแข่งขันที่เป็นธรรม ทุกประเทศอยู่บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน¹⁰ รวมถึงเพื่อให้

⁶ ทักษิณีย์ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.20.

⁷ *เพ็งอ้าง*, น.20.

⁸ *เพ็งอ้าง*, น.20.

⁹ *เพ็งอ้าง*, น.20.

¹⁰ *เพ็งอ้าง*, น.34.

เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามอารัมภบทของ WTO นั้น การบรรลุวัตถุประสงค์ต่างๆของ WTO จะเกิดขึ้นได้ก็โดยหลักการพื้นฐาน หลักกฎหมาย บทบัญญัติของ WTO นั้นเอง

หลักพื้นฐานที่สำคัญของ WTO นั้นมีหลายประการ เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) อันประกอบไปด้วยหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (MFN : Most-Favoured Nation Treatment) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) การเข้าถึงตลาด (market access)¹¹ หลักความโปร่งใส (Transparency)¹² หลักการเคารพอธิปไตยของรัฐสมาชิกภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด (Respect Member States' autonomy (subject non-discrimination principle))¹³ หลักสุจริต (Good faith)¹⁴ และหลักความได้สัดส่วน (Proportionality)¹⁵ เป็นต้น

¹¹ การเข้าถึงตลาดต่างประเทศได้มากและแน่นอนยิ่งขึ้นย่อมเพิ่มปริมาณการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น ความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลกจึงเป็นความตกลงที่มุ่งเน้นการยกเลิกหรือลดอุปสรรคการค้าระหว่างประเทศทางการค้าสินค้าและการค้าบริการ ความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงตลาดอาจจำแนกตามการค้าสินค้าและการค้าบริการออกเป็น 2 กลุ่ม คือความตกลงที่มุ่งเน้นการยกเลิกหรือลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศ ทั้งด้านการค้าสินค้าและค้าบริการ ทั้งในส่วนที่เป็นอุปสรรคด้านภาษีศุลกากร และอุปสรรคที่มิใช่ภาษี , สิทธิกร นิพภยะ, กฎกติกา WTO เล่มที่ 2 การเข้าถึงตลาด, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เฟื่องฟ้า, 2552), น.1.

¹² เพื่อให้การค้ามีความเสรีและมีการแข่งขันที่เป็นธรรม การสร้างความเท่าเทียมกันเกี่ยวกับการได้มาและความเข้าใจซึ่งกฎกติกาที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดหรืออุปสรรคทางการค้าเหล่านี้จึงเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้น มาตรา 10 (Article x) ของ GATT 1994 จึงกำหนดให้ทุกประเทศสมาชิกจะต้องเผยแพร่ทันทีในส่วนที่เป็นกฎระเบียบ คำพิพากษาของศาล คำสั่งทางบริหารที่มีผลต่อการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้ต้องแจ้งรายละเอียดต่อ WTO เพื่อเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกอื่นได้ทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องและทันการณ์ โปรดดู ทัชชฌัย (ฤกษ์สุต) ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ องค์การการค้าโลก (WTO): บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.13.

¹³ เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหากฎหมายสหภาพยุโรป น.747 การเรียนการสอนบัณฑิตศึกษา สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดย อ.ดร.จารุประภา รักรพงษ์ ปีการศึกษา 2557.

¹⁴ Andrew D. Mitchell, Legal Principle in WTO Disputes, (New York : Cambridge University Press, 2008), p.107.

¹⁵ Andrew D. Mitchell, *ibid*, p.177.

บทบาทที่สำคัญประการหนึ่งขององค์การการค้าโลก (WTO) คือการรักษาดุลยภาพระหว่างแนวความคิดเรื่องการค้าเสรีกับแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐและการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้สะท้อนให้เห็นในหลักการพื้นฐานที่สำคัญและได้สะท้อนให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในบทบัญญัติต่าง ๆ ของสนธิสัญญาองค์การการค้าโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความตกลง GATT ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักอันเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์และบทบาทหน้าที่ขององค์การการค้าโลก

แนวความคิดเรื่องการรักษาดุลยภาพระหว่างการค้าเสรีกับอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิก รวมถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืน ได้ปรากฏอย่างชัดเจนในบทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ที่เป็นการคำนึงถึงความจำเป็นของรัฐสมาชิกในการปกป้องคุณค่าประการต่าง ๆ ที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าแนวคิดเรื่องการค้าเสรี อีกทั้งยังเป็นการยืนยันแนวความคิดเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนทางด้านสิ่งแวดล้อม สุขภาวะความเป็นอยู่คุณภาพชีวิตของมนุษย์ อีกด้วย

3.1.1 แนวคิดพื้นฐานของข้อยกเว้นทั่วไป

นอกจากบทบัญญัติความตกลง GATT 1994 ได้บัญญัติกฎระเบียบหลักการให้สมาชิกปฏิบัติตามเพื่อเป็นการบรรลุตามวัตถุประสงค์ของ WTO แล้ว ก็ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไป ในกรณีที่ภาคีสมาชิกมีความจำเป็นเพื่อบรรลุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ (policy objectives) ในการปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าบางประการที่มีความสำคัญ บทบัญญัตินี้สะท้อนให้เห็นถึงการถ่วงดุลระหว่างการค้าเสรีและการเคารพอำนาจอธิปไตยของสมาชิกให้มีความเหมาะสม

ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา XX (Article XX) นี้ มีที่มาจาก International Agreement for the Suppression of Import and Export Prohibitions and Restrictions 1927 ซึ่งรวมอยู่ในร่างข้อยกเว้นทั่วไปในการประชุมเจรจาก่อตั้ง องค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization or ITO) โดยที่ร่างของกฎบัตร ITO นั้น ในส่วนของบทบัญญัติซึ่งเป็นข้อยกเว้นทั่วไปนี้ได้รับการเสนอโดยสหรัฐอเมริกา¹⁶ ซึ่งวัตถุประสงค์ของมาตรา XX นั้นเป็นไปเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของรัฐ เนื่องจากความตกลง GATT เป็นสนธิสัญญาที่ต้องการให้โลกมีการค้าที่เสรี ขณะเดียวกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายของตนได้เพื่อรักษาประโยชน์หรือคุณค่าบางประการที่รัฐจำเป็นต้องปกป้อง ด้วยเหตุนี้ความตกลง GATT จึงต้องบัญญัติข้อยกเว้นขึ้นเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรีและเปิดช่องให้กับการเคารพ

¹⁶ อัจฉริย์ ศุภวรรธนะกุล, “ข้อยกเว้นตามมาตรา 20 (Article XX) และประวัติความเป็นมาของมาตรา 20 (Article XX) ...,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2558, <https://www.gotoknow.org/posts/63490>.

และรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐ¹⁷ อย่างไรก็ตาม การยกข้อยกเว้นขึ้นกล่าวอ้างก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน

3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX กับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 หรือความตกลง GATT 1994 ได้มีการบัญญัติพันธกรณีไว้หลายประการ เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ระเบียบในการที่รัฐสมาชิกปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ประการต่างๆ ของ WTO เช่น การห้ามการเลือกปฏิบัติ การห้ามการจำกัดปริมาณ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความตกลง GATT ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นไว้ในมาตรา XX เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของรัฐ ในกรณีที่รัฐอาจมีเหตุผลในการละเมิดพันธกรณีเพื่อประโยชน์หรือคุณค่าที่รัฐต้องการปกป้องโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ซึ่งในบางกรณีอาจมีน้ำหนักมากกว่าการเปิดเสรีทางการค้า อย่างไรก็ตามก็ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

การอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX จะต้องเป็นกรณีที่เมื่อมีการละเมิดพันธกรณีตามความตกลง GATT เกิดขึ้นเสียก่อน แล้วจึงยกข้อยกเว้นขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้การละเมิดพันธกรณีดังกล่าวไม่เป็นความผิด (an opt-out clause)¹⁸ เช่นนี้รัฐสมาชิกที่ยกข้อยกเว้นขึ้นกล่าวอ้างจึงมีภาระการพิสูจน์ตามที่ตนได้กล่าวอ้าง และเนื่องด้วยการที่มาตรา XX นี้เป็นข้อยกเว้นจึงต้องตีความอย่างแคบ เพื่อมิให้มีการกล่าวอ้างข้อยกเว้นเพื่อละเมิดพันธกรณีของความตกลง GATT ตามอำเภอใจและผิดวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้

3.1.3 บทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX

บทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ประกอบไปด้วยเนื้อหาของบทบัญญัติในสองส่วน กล่าวคือ ส่วนของบทนำของมาตรา XX หรือที่เรียกว่า Chapeau และส่วนที่เป็นอนุมาตราย่อยของมาตรา XX

ในส่วนอนุมาตราย่อยเป็นการบัญญัติกรณีต่างๆ ที่รัฐสมาชิกอาจอ้างเหตุยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลง GATT ได้ มีทั้งสิ้น 10 อนุมาตรา ตั้งแต่ (a) ถึง (j) และในส่วนบทนำเป็นการบัญญัติเงื่อนไขของมาตรการที่รัฐสมาชิกอ้างเหตุผลตามอนุมาตราย่อย ว่าจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามบทนำเช่นเดียวกัน มิฉะนั้นย่อมไม่สามารถกล่าวอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX เพื่อยกเว้นความผิดจากการ

¹⁷ ศิริวรรณ อธิธิปัญญารกุล, “นัยทางกฎหมายที่สำคัญของกรณีพิพาทเรื่องแร่ใยหินภายใต้องค์การการค้าโลก,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น.24.

¹⁸ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13.

ละเมิดพันธกรณีตามความตกลง GATT ได้ ดังนั้น การตรวจสอบมาตรการที่อ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XX จึงต้องตรวจสอบทั้งส่วนอนุมาตราย่อย และส่วนบทนำ ซึ่งการตรวจสอบนี้จะตรวจสอบว่ามาตรการของ รัฐสมาชิกสอดคล้องกับอนุมาตราที่กล่าวอ้างหรือไม่เป็นอันดับแรก จากนั้นจึงตรวจสอบในส่วนบทนำของ ข้อยกเว้น (a two-tier test)¹⁹

3.1.3.1 บทนำของมาตรา XX (Chapeau)²⁰

“มาตรการดังต่อไปนี้จะไม่ถูกปรับใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตาม อำนาจใจ หรือการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผล ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกัน หรือ ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง”²¹

จากบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปนั้น มีถ้อยคำที่มีนัยสำคัญต่อการตีความดังนี้ คือ

(1) จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำนาจใจหรือไม่มีเหตุผล (arbitrary or unjustifiable discrimination) กล่าวคือ แม้ว่าภาคีสมาชิกอาจอ้างข้อยกเว้นเพื่อออกมาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีของ GATT ได้เพื่อรักษาปกป้องประโยชน์ของภาคีสมาชิกต้องการก็ตาม อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวจะต้อง ไม่ถูกนำมาใช้อย่างเลือกปฏิบัติต่อประเทศต่าง ๆ ที่มีสถานการณ์เดียวกัน ซึ่งเป็นการสอดคล้องต่อหลักการ ไม่เลือกปฏิบัติ อันเป็นหลักการพื้นฐานของความตกลง GATT นั่นเอง²²

(2) จะต้องไม่เป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง (a disguised restriction on international trade) ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของความตกลง GATT ที่ต้องการให้มีการค้าเสรี ดังนั้นมาตรการที่ ภาคีสมาชิกเลือกใช้นั้นจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้าอย่างแอบแฝงด้วย เพื่อป้องกันมิให้ภาคีสมาชิก อ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XX ไปใช้ในทางที่ผิดวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าว²³

¹⁹ Peter Van Den Bossche, *supra note 2*, p.620.

²⁰ “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:...”

²¹ จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์ บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.113.

²² ศิริวรรณ อธิธิปัญญาารกุล, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 17*, น.26.

²³ เพ็งอ้าง, น.26.

3.1.2.2 อนุमतรายย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX

(1) อนุมาตราที่ใช้คำว่า “มาตรการที่จำเป็นเพื่อ...”

ได้แก่อนุมาตรา (a) (b) และ (d)

(a) จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี²⁴

(b) จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช²⁵

(d)²⁶ จำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT ซึ่งในที่นี้รวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยศุลกากรการป้องกันการผูกขาดทางการค้าภายใต้มาตรา II วรรค 4 และมาตรา XVII ของความตกลง GATT กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ หรือกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันการล่อลวงต่าง ๆ²⁷

(2) อนุมาตราที่ใช้คำว่า “มาตรการที่เกี่ยวข้องกับ...”

ได้แก่อนุมาตรา (c) (e) และ (g)

(c) เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออกทองคำหรือเงิน²⁸

(e) เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเกี่ยวกับสินค้าราชทัณฑ์²⁹

(g) เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นได้ ถ้าหากว่ามาตรการเช่นว่านั้นได้กระทำไปพร้อมกับการจำกัดการผลิตหรือการบริโภคภายในประเทศด้วย³⁰

²⁴ (a) necessary to protect public morals;

²⁵ (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

²⁶ (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;

²⁷ จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 21*, น.113.

²⁸ (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;

²⁹ (e) relating to the products of prison labour;

(3) อนุมาตราที่ใช้ถ้อยคำอื่นๆ

ได้แก่อนุมาตรา (f) (h) (i) และ(j)

(f) กำหนดเพื่อปกป้องสมบัติด้านศิลปกรรม ประวัติศาสตร์ และโบราณคดีของชาติ³¹

(h) เพื่อเป็นไปตามข้อผูกพันภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสินค้าโภคภัณฑ์ที่ได้รับ การยอมรับจาก GATT³²

(i) เกี่ยวกับการรักษาไว้ซึ่งวัตถุดิบภายในประเทศที่มีความจำเป็นต่อกระบวนการผลิตของ อุตสาหกรรมภายในประเทศ แต่การกีดกันการส่งออกนั้นจะต้องไม่เป็นการเพิ่มการส่งออกหรือเพิ่ม การคุ้มครองให้กับอุตสาหกรรมภายในและจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ³³

(j) สำคัญต่อประโยชน์ในการได้มาหรือจำหน่ายสินค้าที่มีการขาดแคลนภายในประเทศโดย การใช้มาตรการต้องเป็นไปตามหลักการที่ให้ทุกภาคีมีสิทธิได้ส่วนแบ่งที่เป็นธรรมตามอุปทานระหว่าง ประเทศของสินค้านั้น และหากมาตรการนั้นขัดต่อบทบัญญัติของแกตต์ รัฐจะต้องระงับการใช้ทันที ที่สถานการณ์ที่เป็นเหตุให้ใช้มาตรการนั้นสิ้นสุดลง³⁴

³⁰ (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

³¹ (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;

³² (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;*

³³ (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;

³⁴ (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of

จากบทบัญญัติข้างต้น ถ้อยคำที่มีประเด็นเป็นปัญหาในการตีความ อันเป็นวัตถุประสงค์มุ่งหมายในการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้คือ อนุมาตราย่อยที่ใช้คำว่า “มาตรการที่จำเป็น” (necessary) ได้แก่ (a) (b) และ (d) การตีความประเด็นดังกล่าวนี้ค่อนข้างเป็นที่ถกเถียง (controversial) เนื่องจากเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหวเพราะมีความเกี่ยวข้องกับแนวคิดเรื่องสิ่งแวดล้อม สาธารณสุข และอำนาจอธิปไตยของรัฐ³⁵

การตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ตามอนุมาตราย่อยดังกล่าว จะต้องศึกษาจากแนวทางการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ ถึงแม้ว่า ในทางทฤษฎี องค์กรดังกล่าวอาจไม่ได้มีส่วนในการสร้างกฎหมายขององค์การการค้าโลก (WTO) เนื่องจากบทบาสดังกล่าวเป็นของสมาชิก WTO ที่จะตกลงร่วมกัน ยิ่งไปกว่านั้น โครงสร้างของกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO ไม่มีลักษณะเหมือนระบบศาลในคอมมอนลอว์ (common law) หรือ ระบบ Judge-Made Law ที่ศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจในการระงับข้อพิพาทสามารถสร้างกฎหมายผ่านการตีความและให้รายละเอียดแก่บทบัญญัติได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นองค์กรในการระงับข้อพิพาทของ WTO ทั้งองค์กรหลักและองค์กรย่อยต่างมีบทบาทสำคัญยิ่งในการพัฒนากฎหมายของ WTO และทำให้พันธกรณีระหว่างประเทศที่อยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร (static written code) มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น จนในที่สุดกฎหมายดังกล่าวสามารถใช้อ้างอิงได้ มีความน่าเชื่อถือ และสามารถยึดถือเป็นแนวปฏิบัติตามพันธกรณีได้³⁶

โดยหลักกฎหมายที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ นำมาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐาน (underlying) ในการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a) (b) (d) ในระยะแรก คือ หลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) ดังที่ผู้ศึกษาจะอภิปรายรายละเอียดในบทถัดไป

ในบทถัดไปนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 จากแนวทางการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ รวมทั้งสิ้น 15 คดี โดยจำแนกเป็นคดีตามมาตรา XX อนุมาตราย่อย (a) 3 คดี, อนุมาตราย่อย (b) 8 คดี และอนุมาตราย่อย (d) 4 คดี ดังนี้

the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist.

The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.

³⁵ Axel Desmedt, “Proportionality in WTO Law,” Journal of International Economic Law 441, Volume 4, Issue 3, p.462 (2001).

³⁶ จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.17.

(1) มาตรา XX (a) จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี³⁷ 3 คดี ได้แก่

(1.1) *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US-Gambling: 2004)*

(1.2) *The China - Publications and Audiovisual Products (China – Audiovisual Products: 2009)*

(1.3) *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC-Seal Products: 2013)*

(2) มาตรา XX (b) จำเป็นเพื่อปกป้องสุขภาพ คน สัตว์พืช 8 คดี ได้แก่

(2.1) *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (Thailand-Cigarettes (The old cigarette case): 1990)*

(2.2) *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin I: 1991)*

(2.3) *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna – Dolphin II: 1994)*

(2.4) *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline: 1996)*

(2.5) *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products (EC-Asbestos: 2001)*

(2.6) *Brazil – Measures Affecting Import of Retreaded Tyres (Brazil -Retreaded Tyres Case: 2007)*

(2.7) *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China - Raw Materials: 2011)*

(2.8) *United States — Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina (Argentina – beef: 2015)*

³⁷ (a) necessary to protect public morals;

(3) มาตรา XX (d)³⁸ จำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT ซึ่งในที่นี้รวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยศุลกากรการป้องกันการผูกขาดทางการค้าภายใต้มาตรา II วรรค 4 และมาตรา XVII ของความตกลง GATT กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ หรือกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันการล่อลวงต่าง ๆ

4 คดี ได้แก่

(3.1) *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea- Various Measures on beef: 2000)*

(3.2) *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (Dominican Republic-import and sale of cigarettes: 2004)*

(3.3) *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico-Taxes on Soft Drinks: 2005)*

(3.4) *United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand (US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive: 2008)*

โดยที่การศึกษาข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ที่ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาอย่างละเอียดต่อไป ในบทที่ 4 ผู้ศึกษาจะจัดผลเรียงผลการศึกษาคดีที่มีประเด็นในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ข้างต้นนี้ตามลำดับเวลา เพื่อให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจและเห็นถึงพัฒนาการของการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้อย่างชัดเจนขึ้น

³⁸ (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;

บทที่ 4

ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994

4.1 บทบาทของความได้สัดส่วนในการตรวจสอบมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX

เมื่อกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนในบริบทของ WTO นั้น แม้หลักความได้สัดส่วนจะไม่ได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมายของ WTO¹ ก็ตาม² แต่มีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะหลักการพื้นฐานเบื้องหลังระบบการค้าพหุภาคี (The multilateral trading system)³ และเป็นหลักการเบื้องกฎหมายเบื้องหลังของ WTO โดยที่คำที่สะท้อนให้เห็นถึงหลักความได้สัดส่วนในพันธกรณีของ WTO ได้แก่ คำว่า “necessary” “least trade restrictive” “proportionate” เป็นต้น⁴ บทบาทของหลักความได้สัดส่วนมีด้วยกันในสองลักษณะ คือ เป็นหลักในการกำหนดการเยียวยาความเสียหาย (assessing remedies) ซึ่งองค์กรอุทธรณ์ได้ยอมรับหลักความได้สัดส่วนในการกำหนดความเสียหายดังกล่าวเป็นครั้งแรกในคดี US – Cotton Yarn⁵ และบทบาทอีกประการของหลักความได้สัดส่วนคือ เป็นหลักกฎหมายเบื้องหลังที่ใช้ในถ่วงดุลประโยชน์ (balancing competing interests) ซึ่งในบทบาทนี้ หลักความได้สัดส่วนมีความสัมพันธ์อย่างยิ่งกับแนวคิดที่ว่าด้วยความจำเป็นและการถ่วงดุล (The ideas of necessity and balancing)⁶

¹ Axel Desmedt, “Proportionality in WTO Law,” *Journal of International Economic Law* 441, Volume 4, Issue 3, p.479-480 (2001). อ้างใน Andrew D. Mitchell, *Legal Principle in WTO Disputes*, (New York : Cambridge University Press, 2008), p.190.

² ในสถานะของหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายของ WTO นั้น Desmedt มีความเห็นว่าหลักการดังกล่าวควรเกิดเป็นรูปร่างที่ชัดเจนจากการเจรจาตกลงกันของสมาชิก มากกว่าคาดหวังที่จะทำให้หลักการดังกล่าวปรากฏตัวโดยการพิจารณาข้อพิพาทของ WTO โดยที่ Andrew D. Mitchell มีความคิดเห็นว่า หลักความได้สัดส่วนนั้นสามารถสกัดได้จากวัตถุประสงค์ของ WTO และจากความตกลงของ WTO และในความเห็นของเขา หลักความได้สัดส่วนนั้นสะท้อนให้เห็นอยู่ในหลายความตกลงของ WTO และก็ไม่ใช่ว่าเรื่องทั่วไปที่จะทำให้เกิดหลักการนี้โดยคำตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาทของ WTO

³ Hilf, “Power, Rules and Principles,” p.120. อ้างใน Andrew D. Mitchell, *supra note 1*, p.190.

⁴ Hilf, *Ibid*, p.191.

⁵ *Ibid*.

⁶ Mads Andenas and Stefan Zleptnig, “Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective,” *Texas International Law Journal*, p.42, p.371-372 (2007). อ้างใน Andrew D. Mitchell, *supra note 214*, p.184.

มีบทบาทในการเป็นเครื่องมือตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมาย (means and end) โดยหลักความได้สัดส่วนจะเข้ามาตรวจสอบว่า มาตรการที่ภาคีสมาชิกเลือกใช้นั้น มีความได้สัดส่วน มีเหตุผล มีความเพียงพอเหมาะสมเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการหรือไม่

ความตกลงภายใต้ WTO ที่สะท้อนให้เห็นถึงหลักความได้สัดส่วน เช่น ความตกลง GATT มาตรา XX(a), (b), (d) มาตรา 21 (b) Agreement on Safeguards มาตรา 5.1, มาตรา 7.1, 7.2 SPS Agreement ในส่วนอรรถกถา มาตรา 2.1, 2.2, 3.2 เป็นต้น⁷

บทบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX GATT เป็นการที่รัฐสมาชิกสามารถอ้างถึงความจำเป็นของสังคมประเทศในด้านต่างๆ เช่น ในด้านศีลธรรมอันดี (มาตรา XX (a)) ความจำเป็นด้านสุขภาพอนามัย (มาตรา XX (b)) ความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายภายใน (มาตรา XX (d)) ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลง GATT ได้ ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็น “มาตรการที่จำเป็น” (necessary to...) ถึงแม้ว่า ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX จะมีได้บทบัญญัติรับรองหลักความได้สัดส่วนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือได้ยอมรับโดยชัดแจ้งว่าเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติดังกล่าว แต่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญที่ได้นำมาใช้ในตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX และได้รับการรับรองในตำราวิชาการอีกด้วย ถ้าหากได้วิเคราะห์ถึงแนวทางการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX ในระยะแรก จะเห็นได้ว่า ได้มีการนำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาความจำเป็นถึงสองประการ แสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งที่เป็นพื้นฐานสำคัญในการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX ขององค์การการค้าโลกในระยะแรก

ในการศึกษาข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ทั้งสิ้น 15 คดี ดังที่ได้กล่าวไว้ในท้ายบทที่ 3 นั้น ในบทที่ 4 ผู้ศึกษาได้จัดเรียงผลการศึกษาคำวินิจฉัยที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ตามลำดับเวลา เพื่อให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจและเห็นพัฒนาการของการพิจารณาความจำเป็นตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันขององค์การการค้าโลกได้อย่างชัดเจน โดยผู้ศึกษาได้แบ่งพัฒนาการของการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ออกเป็น 6 ช่วงเวลา ตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ดังนี้

1. ช่วงที่ 1 ระยะเวลาก่อนการก่อตั้งองค์การการค้าโลก ค.ศ. 1990 – ค.ศ. 2000

1.1 คดี *Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (Thailand-Cigarettes (The old cigarette case): 1990)* (มาตรา XX (b))

⁷ Andrew D. Mitchell, *supra* note 1, p.177.

1.2 คดี *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin I: 1991)* (มาตรา XX (b))

1.3 คดี *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna – Dolphin II: 1994)* (มาตรา XX (b))

1.4 คดี *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline: 1996)* (ภายใต้ WTO) (มาตรา XX (b))

ในช่วงที่ 1 มีการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาว่ามาตรการที่ถูกต้องได้แย่งได้รับการออกแบบมาเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายหรือไม่ (means – end) และการพิจารณาว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่าอยู่อีกหรือไม่ (alternative) เท่านั้น

2. ช่วงที่ 2 ค.ศ. 2000 – ค.ศ. 2001

2.1 คดี *Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea- Various Measures on beef: 2000)* (มาตรา XX (d))⁸

ในช่วงที่ 2 นอกจากมีการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาว่ามาตรการได้รับการออกแบบมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ (means – end) และการพิจารณาหามาตรการทางเลือกอื่น (alternative) และได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ในบรรดาปัจจัยที่เกี่ยวข้อง

3. ช่วงที่ 3 ค.ศ. 2001 – ค.ศ. 2004

3.1 คดี *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC-Asbestos: 2001)* (มาตรา XX (b))⁹

ในช่วงที่ 3 ได้มีการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาว่ามาตรการได้รับการออกแบบมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ (means – end), การพิจารณาหามาตรการทางเลือกอื่น (alternative), การพิจารณาความจำเป็นด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล

⁸ คำตัดสินคดี *Korea- Various Measures on beef* ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เผยแพร่เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 และองค์การอุทธรณ์เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2000

⁹ คำตัดสินคดี *EC-Asbestos* ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เผยแพร่เมื่อวันที่ 18 กันยายน ค.ศ. 2000 และองค์การอุทธรณ์เมื่อวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 2001

(weighing and balancing) ปัจจัยที่เกี่ยวข้อง และได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การให้สิทธิแก่ภาคีสมาชิกในการกำหนดระดับการปกป้องวัตถุประสงค์เชิงนโยบายได้ (level of protection) อีกด้วย

4. ช่วงที่ 4 ค.ศ. 2004 – ค.ศ. 2007

4.1 คดี *United States – Measures Affecting The Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US-Gambling: 2004)* (มาตรา XX (a))

4.2 คดี *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal sale of Cigarettes (Dominican Republic-import and sale of cigarettes: 2004)* (มาตรา XX (d))

4.3 คดี *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico-Taxes on Soft Drinks: 2005)* (มาตรา XX (d))

ในช่วงที่ 4 นอกจากหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยการพิจารณาว่า มาตรการได้รับการออกแบบมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ (means – end), การพิจารณาว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่น (alternative) อยู่หรือไม่, การพิจารณาความจำเป็นด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ปัจจัยที่เกี่ยวข้อง และการให้สิทธิแก่ภาคีสมาชิกในการกำหนดระดับการปกป้องวัตถุประสงค์เชิงนโยบายได้ (level of protection) แล้ว ยังได้มีการแนะนำให้มีการพิจารณาความจำเป็นเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรกพิจารณาความจำเป็นด้วย กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ปัจจัยที่เกี่ยวข้อง จากนั้น จึงพิจารณาว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สมเหตุสมผลอยู่หรือไม่ (reasonably available alternatives)

นอกจากนี้ ในช่วงที่ 4 ได้มีการกำหนดภาระการพิสูจน์ความจำเป็น (burden of proof) อย่างชัดเจนและแบ่งภาระการพิสูจน์ให้เป็นหน้าที่ของคู่ความทั้งสองฝ่าย อีกทั้ง ได้มีการวางเงื่อนไขเฉพาะ (specific condition) ในการพิจารณามาตรการทางเลือกอื่น (alternatives) ว่าจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) อีกด้วย

5. ช่วงที่ 5 ค.ศ. 2007 – ค.ศ. 2015

5.1 คดี *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Brazil retreaded Tyres Case: 2007)* (มาตรา XX (b))

5.2 คดี *United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand (US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive: 2008)* (มาตรา XX (d))

5.3 คดี *The China - Publications and Audiovisual Products (China – Audiovisual Products: 2009)* (มาตรา XX (a))

5.4 คดี *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China - Raw Materials: 2011)* (มาตรา XX (b))

5.5 คดี *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC-Seal Products: 2013)* (มาตรา XX (a))

การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในช่วงที่ 5 ได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเช่นเดียวกันหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นในช่วงที่ 4 และได้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขเฉพาะ (specific condition) ในการพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการที่ถูกโต้แย้งว่า ประสิทธิภาพของมาตรการไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นอย่างทันทีทันใด และไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งเท่านั้น หากแต่ประสิทธิภาพของมาตรการอาจเกิดขึ้นได้จากมาตรการหลาย ๆ มาตรการที่เกี่ยวข้องกันได้

6. ช่วงที่ 6 ค.ศ. 2015 – ปัจจุบัน

6.1 คดี *United States — Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina (Argentina – beef: 2015)* (มาตรา XX (b))

ในช่วงที่ 6 เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการพิจารณาความจำเป็นตามมาตรา XX (b) ที่มีความสัมพันธ์อย่างยิ่งกับการพิจารณามาตรการดังกล่าวตามความตกลง SPS

4.2 ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) และการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนภายใต้มาตรา XX

การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลง GATT โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกนั้น ได้มีพัฒนาการในการตีความมาอย่างต่อเนื่อง จากที่มีการพิจารณาในระยะเริ่มแรกโดยใช้หลักเกณฑ์เพียงว่า มาตรการที่จำเป็น คือ มาตรการที่ออกแบบมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ และจะต้องเป็นกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่ามาตรการที่ถูกโต้แย้งเหลืออยู่อีกแล้วเท่านั้น ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับหลักความสมฤทธิ์ผล และหลักความจำเป็นในระบบกฎหมายเยอรมัน อีกทั้งยังมีความคล้ายคลึงกับการพิจารณาความจำเป็นตามหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (Mandatory Requirement) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปอีกด้วย

ในเวลาต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ ได้พัฒนาการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่เพิ่มเติมขึ้นเป็นลำดับ ทำให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็น มีความยืดหยุ่น เหมาะสม และสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่พิพาทในคดี

หัวข้อ 4.2 นี้ เป็นเนื้อหาของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) จากกรณีวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีต่าง ๆ ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันรวมทั้งสิ้น 15 คดี โดยแบ่งออกเป็น 6 ช่วงเวลา ตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็น ดังนี้

4.2.1 ช่วงที่ 1 ระยะเวลาก่อนการก่อตั้งองค์การการค้าโลก ค.ศ. 1990 – ค.ศ. 2000

แนวทางการพิจารณาความจำเป็นขององค์การการค้าโลกในช่วงที่ 1 มีตัวอย่างคำวินิจฉัยทั้งสิ้น 4 คดี ได้แก่ คดี *Thailand-Cigarettes* ค.ศ. 1990 (มาตรา XX (b)), คดี *Tuna-Dolphin I* ค.ศ. 1991 (มาตรา XX (b)), คดี *Tuna-Dolphin II* ค.ศ. 1994 (มาตรา XX (b)), คดี *US-Gasoline* ค.ศ. 1996 (ภายใต้ WTO) (มาตรา XX (b)) ซึ่งจากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นในช่วงที่ 1 นี้เป็นไปอย่างเคร่งครัด โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา “มาตรการที่จำเป็น” จะต้องเป็นกรณีที่ไม่ปรากฏว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่ามาตรการที่ภาคีสมาชิกเลือกใช้อยู่อีกแล้วเท่านั้น ดังจะสามารถเห็นได้จากคำวินิจฉัยคดีดังต่อไปนี้

4.2.1.1 *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (Thailand-Cigarettes (The old cigarette case): 1990)*¹⁰

คดี *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* เป็นคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 (the Tobacco Act, 1966) เพื่อจำกัดการนำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศ โดยมาตรา 27 ของพระราชบัญญัตินี้กำหนด¹¹ กำหนดให้การนำเข้าและส่งออกบุหรี่รวมทั้งผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง อาทิ ซิการ์ ไบยาสูบ ต้นยาสูบ ต้องได้รับการอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิตเสียก่อน จึงจะสามารถดำเนินการได้ ในขณะที่บุหรี่ที่ผลิตจากโรงงานยาสูบภายในประเทศสามารถขายได้ตามปกติ ซึ่งจากข้อเท็จจริงพบว่า ในช่วงระยะเวลากว่า 10 ปี นับตั้งแต่พระราชบัญญัติยาสูบฉบับดังกล่าวเริ่มมีผลบังคับ

¹⁰ *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, (DS10/R - 37S/200), [1990].

¹¹ มาตรา 27 “ห้ามมิให้ผู้ใดนำเมล็ดพันธุ์ยาสูบ ต้นยาสูบ ไบยา ยาอัด ยาเส้น หรือ ยาสูบ เข้ามาในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือเจ้าพนักงานที่ได้รับมอบหมายจากอธิบดี

การขออนุญาต การออกใบอนุญาตและเงื่อนไขว่าด้วยการนำสิ่งของตามมาตรานี้เข้ามาในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การขออนุญาตนำสิ่งของตามมาตรานี้เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อเป็นตัวอย่างสินค้า หรือมิใช่เพื่อการค้าตามจำนวนอันสมควร จะขอเมื่อสิ่งของนั้นมาถึงด่านศุลกากรแล้วก็ได้เฉพาะยาเส้นหรือยาสูบให้ปิดแสตมป์ยาสูบตามพระราชบัญญัตินี้ก่อนที่จะรับมอบไปจากเจ้าพนักงานศุลกากร เว้นแต่อธิบดีจะอนุญาตให้ปิดภายหลังตามเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด”

ใช้ อธิปไตยกรรมสรรพสามิตได้อนุญาตการนำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศเพียง 3 ครั้ง ในปริมาณครั้งละไม่มาก และการนำเข้าบุหรี่แต่ละครั้งปรากฏว่ามีผู้นำเข้าเพียงรายเดียวที่ได้รับการอนุญาต ซึ่งก็คือโรงงานยาสูบของประเทศไทย ดังนั้น สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศผู้ผลิตบุหรี่รายใหญ่ของโลกจึงได้เสนอประเด็นข้อพิพาทต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยกล่าวอ้างว่าประเทศไทยได้ทำผิดพันธกรณีในมาตรา XI: 1 GATT ซึ่งประเทศไทยได้อ้างข้อยกเว้นเฉพาะตามมาตรา XI: 2 ขึ้นต่อสู้แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ ประเทศไทยจึงได้อ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX (b) ขึ้นต่อสู้คดีพิพาท¹²

โดยประเทศไทยได้โต้แย้งว่า มาตรการจำกัดการนำเข้าบุหรี่ยังคงกล่าวเป็นไปเพื่อบรรลุมัตถุประสงค์นโยบายด้านสาธารณสุข กล่าวคือ เพื่อเป็นการลดการบริโภคบุหรี่ซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพ เนื่องจากบุหรี่ยังนำเข้าจากสหรัฐฯ มีส่วนประกอบสารปรุงแต่งรสหลายชนิดที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ดังนั้นจึงจำกัดการนำเข้าบุหรี่ยังคงจากสหรัฐฯ ของประเทศไทยจึงเป็นไปตามข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX (b) จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการ“จำเป็น”เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยภายใต้บทบัญญัติมาตรา XX (b) จากความตกลงของภาคีในการเสนอข้อพิพาทและข้อมูลผู้เชี่ยวชาญจากองค์การอนามัยโลก (WHO) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยอมรับว่า การสูบบุหรี่เป็นอันตรายต่อสุขภาพอย่างร้ายแรง มาตรการที่ออกแบบเพื่อลดการบริโภคบุหรี่จึงเป็นมาตรการที่อยู่ภายในขอบเขตของมาตรา XX (b)

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทให้ข้อสังเกตว่า บทบัญญัติมาตรานี้อนุญาตให้ภาคีคู่สัญญา (contracting parties) ให้ความสำคัญกับสุขภาพของมนุษย์อยู่เหนือการค้าเสรีอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม มาตรการที่จะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา XX (b) จะต้องเป็นมาตรการที่“จำเป็น (necessary)”¹³

¹² จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.119.

¹³ Thailand-Cigarettes, Panel Report, *supra note 10*, para.73.

“The Panel then defined the issues which arose under this provision. In agreement with the parties to the dispute and the expert from the WHO, the Panel accepted that smoking constituted a serious risk to human health and that consequently measures designed to reduce the consumption of cigarettes fell within the scope of Article XX(b). The Panel noted that this provision clearly allowed contracting parties to give priority to human health over trade liberalization; however, for a measure to be covered by Article XX(b) it had to be “necessary.”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี *United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930* (ย่อหน้าที่ 5.26) ที่ได้วิเคราะห์ตีความคำว่า “จำเป็น” ตามมาตรา XX (d) ไว้ว่า

“ภาคีสัญญาจะไม่สามารถพิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลง GATT ดังกล่าว เป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX (d) ได้ หากว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้และมาตรการนั้นไม่ขัดต่อความตกลง GATT ในกรณีที่มาตรการที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (not reasonably available) ภาคีสัญญาถูกผูกพันให้ต้องเลือกใช้มาตรการในบรรดามาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล ซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT ในระดับน้อยที่สุด”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่า ไม่มีเหตุผลว่าเหตุใดความหมายคำว่า “จำเป็น” ตามอนุมาตรา (d) จึงควรตีความแตกต่างกับอนุมาตรา (b) กล่าวคือ สองอนุมาตราดังกล่าวอยู่ในขอบข่ายเดียวกันและมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน ในการอนุญาตให้ภาคีสัญญากำหนดมาตรการที่กีดกันทางการค้าอันเป็นการละเมิดความตกลง GATT เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายสาธารณะที่มีความสำคัญยิ่ง เมื่อปรากฏว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ส่วนข้อเท็จจริงที่ว่า อนุมาตรา (d) เป็นไปเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับความตกลง GATT อนุมาตรา (b) เป็นไปเพื่อนโยบายที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพ แต่ในการพิจารณาความหมายของคำว่า “จำเป็น” นั้นไม่มีความแตกต่างกัน¹⁴

¹⁴ *ibid*, para.74.

“The Panel noted that a previous panel had discussed the meaning of the term "necessary" in the context of Article XX(d), which provides an exemption for measures which are "necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent" with the provisions of the General Agreement. The panel had stated that

"a contracting party cannot justify a measure inconsistent with other GATT provisions as "necessary" in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions."(emphasis supplied)

The Panel could see no reason why under Article XX the meaning of the term "necessary" under paragraph (d) should not be the same as in paragraph (b). In both

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่า มาตรการจำกัดการนำเข้าของประเทศไทยจะเป็น มาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (b) ได้เพียงกรณีที่ไม่มีความมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATT หรือไม่มีมาตรการอื่นที่ขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่าในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบาย ด้านสุขภาพ¹⁵ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณามาตรการของประเทศไทยโดยละเอียดดังนี้

ในเชิงคุณภาพ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ตรวจสอบว่ายังคงมีมาตรการอื่นที่สามารถ ปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลและสอดคล้องหรือขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่าอยู่หรือไม่ เป็นที่สังเกตว่า ประเทศอื่น ๆ ได้ให้คำแนะนำเกี่ยวกับบุหรี่อย่างเคร่งครัด มีกฎระเบียบให้ตีฉลากและเปิดเผยส่วนประกอบ ของบุหรี่อย่างไม่เลือกปฏิบัติ ภายใต้การอนุญาตกำกับดูแลของรัฐบาล และมีการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับ บุหรี่ต่อสาธารณะ มีการดำเนินการตามกฎระเบียบในการขอให้เปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่กับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายที่เป็นคนชาติอย่างไม่เลือกปฏิบัติ สอดคล้องตามมาตรา III:4 พร้อมทั้งดำเนินการห้ามสิ่งที่ทำลาย สุขภาพอย่างอื่นควบคู่กันไป การดำเนินการเหล่านี้ เป็นมาตรการทางเลือกซึ่งสอดคล้องกับความตกลง GATT คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่า ประเทศไทยยังสามารถใช้มาตรการที่มีคุณภาพดังกล่าวได้ในการ บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันตามนโยบายห้ามการนำเข้าบุหรี่¹⁶

paragraphs the same term was used and the same objective intended: to allow contracting parties to impose trade restrictive measures inconsistent with the General Agreement to pursue overriding public policy goals to the extent that such inconsistencies were unavoidable. The fact that paragraph (d) applies to inconsistencies resulting from the enforcement of GATT-consistent laws and regulations while paragraph (b) applies to those resulting from health-related policies therefore did not justify a different interpretation of the term "necessary".

¹⁵ *ibid*, para.75.

“The Panel concluded from the above that the import restrictions imposed by Thailand could be considered to be "necessary" in terms of Article XX(b) only if there were no alternative measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives.”

¹⁶ *ibid*, para.77.

“The Panel then examined whether the Thai concerns about the quality of cigarettes consumed in Thailand could be met with measures consistent, or less inconsistent, with the General Agreement. It noted that other countries had introduced strict, non-discriminatory labelling and ingredient disclosure regulations which allowed

ในเชิงปริมาณ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตรวจสอบในเบื้องต้นว่า ประเทศไทยจะสามารถลดความต้องการในการบริโภคบุหรี่ได้ด้วยวิธีการที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ได้อย่างไรบ้าง คณะกรรมการฯ ให้ข้อสังเกตว่า จากข้อมูลขององค์การอนามัยโลก ความต้องการในการบริโภคบุหรี่โดยเฉพาะ ความต้องการบริโภคในเด็กนั้น เกี่ยวข้องกับการโฆษณาบุหรี่ ดังนั้น การห้ามโฆษณาบุหรี่จึงเป็นการลดความต้องการบริโภคบุหรี่ได้¹⁷

ท้ายที่สุด คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงพิจารณาว่า ยังมีมาตรการอื่นๆ ที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ซึ่งเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลในการควบคุมการสูบบุหรี่ ทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณ ในการบรรลุเป้าหมายนโยบายทางสาธารณสุขได้ ดังนั้น มาตรการห้ามการนำเข้าของประเทศไทยจึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นตามความหมายของมาตรา XX (b)¹⁸

governments to control, and the public to be informed of, the content of cigarettes. A non-discriminatory regulation implemented on a national treatment basis in accordance with Article III:4 requiring complete disclosure of ingredients, coupled with a ban on unhealthy substances, would be an alternative consistent with the General Agreement. The Panel considered that Thailand could reasonably be expected to take such measures to address the quality-related policy objectives it now pursues through an import ban on all cigarettes whatever their ingredients.”

¹⁷ *ibid*, para.78.

“The Panel then considered whether Thai concerns about the quantity of cigarettes consumed in Thailand could be met by measures reasonably available to it and consistent, or less inconsistent, with the General Agreement. The Panel first examined how Thailand might reduce the demand for cigarettes in a manner consistent with the General Agreement. The Panel noted the view expressed by the WHO that the demand for cigarettes, in particular the initial demand for cigarettes by the young, was influenced by cigarette advertisements and that bans on advertisement could therefore curb such demand.”

¹⁸ *ibid*, para.81.

“In sum, the Panel considered that there were various measures consistent with the General Agreement which were reasonably available to Thailand to control the quality and quantity of cigarettes smoked and which, taken together, could achieve the health policy goals that the Thai government pursues by restricting the importation of cigarettes inconsistently with Article XI:1. The Panel found therefore that Thailand's practice of

4.2.1.2 United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin I: 1991)¹⁹

คดี *United States – Restrictions on Imports of Tuna 1991* นี้เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศเม็กซิโก ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคือ ศาลการของสหรัฐ ฯ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติอนุรักษ์สัตว์ทะเลที่เลี้ยงลูกด้วยนม (Marine Mammal Protection Act 1988; MMPA) ออกมาตรการห้ามการนำเข้าปลาทูน่าครีบเหลือง (certain yellowfin tuna) และผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากปลาทูน่าครีบเหลือง (certain yellowfin tuna products) ที่มีถิ่นกำเนิดจากประเทศเม็กซิโก ถ้าหากพบว่าเรือประมงของเม็กซิโกใช้ฉนวนล้อมจับปลาทูน่าแล้วส่งผลกระทบต่อโลมาตายเกินกว่าจำนวนที่ MMPA กำหนดไว้ โดยสหรัฐ ฯ อ้างว่ามาตรการดังกล่าวของตนเป็นมาตรการที่เป็นไปตามมาตรา XX (b) เพราะเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของโลมา แม้ว่าการปกป้องโลมาจะอยู่นอกเขตอำนาจของสหรัฐ ฯ ก็ตาม²⁰

หลักการพิจารณามาตรการ “จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทชี้ให้เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา XX (b) อนุญาตให้ภาคีสัญญาสามารถกำหนดมาตรฐานชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืชได้โดยเป็นไปตามเงื่อนไขภายใต้มาตรา XX (b) กล่าวคือ มาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” ไม่เป็นมาตรการที่ “เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล” หรือ “เป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีก่อนหน้าซึ่งได้ตัดสินว่า อนุมาตราย่อยของมาตรา XX มีความมุ่งหมายอนุญาตให้ภาคีสัญญากำหนดมาตรการที่กีดกันทางการค้าซึ่งละเมิดความตกลง GATT เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายสาธารณะที่มีความสำคัญยิ่งกว่า โดยมีเงื่อนไขว่ามาตรการที่ละเมิดความตกลง GATT นั้นเป็นมาตรการที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่า ถ้าหากตีความมาตรา XX (b) กว้างเกินไปตามข้อเรียกร้องของสหรัฐ ฯ จะทำให้ภาคีสัญญาสามารถกำหนดนโยบายเพื่อการปกป้องสุขภาพชีวิตเพียงฝ่ายเดียวได้ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของภาคีอื่นตามความตกลง GATT เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว กรอบ

permitting the sale of domestic cigarettes while not permitting the importation of foreign cigarettes was an inconsistency with the General Agreement not "necessary" within the meaning of Article XX(b).”

¹⁹ United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin I), (DS21/R), [1991].

²⁰ ดวงแก้ว นพพรพรหม, *อ้างอิงแล้ว เชิงอรรถที่ 172*, น.92.

ความตกลงโครงสร้างการค้าพหุภาคีในระหว่างบรรดาภาคีสัญญาทั้งหลายคงจะไม่มีอีกต่อไป แต่จะมีกฎหมายทางการค้าที่เกิดขึ้นจากกฎหมายภายในของภาคีสัญญาเพียงเท่านั้น²¹

คณะกรรมการมีคำวินิจฉัยว่า มาตรการของสหรัฐฯ เป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นตามมาตรา XX (b) เนื่องจากสหรัฐฯ ไม่สามารถพิสูจน์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในฐานะที่เป็นผู้ยกข้อยกเว้นทั่วไปขึ้นกล่าวอ้างได้ว่า ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลและสอดคล้องกับบทบัญญัติความตกลง GATT อีกแล้ว ในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องโลมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีการเปิดการเจรจาความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นวิธีการที่มีประสิทธิผลสอดคล้องตามข้อเท็จจริงที่ว่าโลมา มีการเคลื่อนย้ายถิ่นฐานไปในน่านน้ำหลายประเทศรวมทั้งในทะเลหลวง ยิ่งไปกว่านั้นมาตรการห้ามนำเข้าปลาหูฉลามของสหรัฐฯ เป็นการกำหนดมาตรการเกี่ยวข้องกับโลมาในระดับสูงสุด โดยที่ประเทศเม็กซิโกไม่อาจทราบได้ในเวลาที่มีการกำหนดมาตรการดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงพิจารณาว่า การกีดกันทางการค้าบนพื้นฐานเงื่อนไขที่ไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ ไม่เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องสุขภาพและชีวิตโลมา²²

²¹ Tuna-Dolphin I, Panel Report, *supra note 19*, para.5.27.

“The Panel further noted that Article XX(b) allows each contracting party to set its human, animal or plant life or health standards. The conditions set out in Article XX (b) which limit resort to this exception, namely that the measure taken must be "necessary" and not "constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade", refer to the trade measure requiring justification under Article XX (b), not however to the life or health standard chosen by the contracting party. The Panel recalled the finding of a previous panel that this paragraph of Article XX was intended to allow contracting parties to impose trade restrictive measures inconsistent with the General Agreement to pursue overriding public policy goals to the extent that such inconsistencies were unavoidable. The Panel considered that if the broad interpretation of Article XX (b) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the life or health protection policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement. The General Agreement would then no longer constitute a multilateral framework for trade among all contracting parties but would provide legal security only in respect of trade between a limited number of contracting parties with identical internal regulations.”

²² *Ibid*, para.5.28.

4.2.1.3 *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna – Dolphin II: 1994)*²³

คดี *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna – Dolphin II)* ค.ศ. 1994 เป็นคดีพิพาทระหว่างประชาคมยุโรปและประเทศเนเธอร์แลนด์ พิพาทกับสหรัฐอเมริกา เป็นคดีที่เกี่ยวข้องจากคดี *Tuna – Dolphin I* ประชาคมยุโรปได้แย้งมาตรการของสหรัฐฯ ที่ดำเนินมาตรการตามกฎหมายพระราชบัญญัติอนุรักษ์สัตว์ทะเลที่เสี่ยงลูกด้วยนม (Marine Mammal Protection Act 1988: MMPA) ให้มีการห้ามการนำเข้าปลาหูฉลาม โดยห้ามการนำเข้าจากทั้งประชาคมยุโรปและประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งเป็นประเทศซึ่งเป็นประเทศทางผ่านสินค้าจากประชาคมยุโรปมายังสหรัฐฯ เป็นการละเมิดต่อมาตรา XI หลักการห้ามจำกัดปริมาณ และมาตรา III:2 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ อย่างไรก็ตาม สหรัฐฯ อ้างว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปตามข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (b) เป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้องสุขภาพและชีวิตของโลมา

“The Panel considered that the United States' measures, even if Article XX(b) were interpreted to permit extra jurisdictional protection of life and health, would not meet the requirement of necessity set out in that provision. The United States had not demonstrated to the Panel – as required of the party invoking an Article XX exception - that it had exhausted all options reasonably available to it to pursue its dolphin protection objectives through measures consistent with the General Agreement, in particular through the negotiation of international cooperative arrangements, which would seem to be desirable in view of the fact that dolphins roam the waters of many states and the high seas. Moreover, even assuming that an import prohibition were the only resort reasonably available to the United States, the particular measure chosen by the United States could in the Panel's view not be considered to be necessary within the meaning of Article XX(b). The United States linked the maximum incidental dolphin taking rate which Mexico had to meet during a particular period in order to be able to export tuna to the United States to the taking rate actually recorded for United States fishermen during the same period. Consequently, the Mexican authorities could not know whether, at a given point of time, their policies conformed to the United States' dolphin protection standards. The Panel considered that a limitation on trade based on such unpredictable conditions could not be regarded as necessary to protect the health or life of dolphins.”

²³ *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna – Dolphin II)*, (DS29/R), [1994].

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการ“จำเป็น”เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาเบื้องต้นถึงเนื้อหาของบทบัญญัติของมาตรา XX (b) และส่วนบทนำของมาตราดังกล่าว

“ภายใต้บังคับของข้อกำหนดที่ว่ามาตรการดังต่อไปนี้จะไม่ใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรืออย่างไม่มีเหตุผลระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันนี้ หรือก่อให้เกิดการกีดกันที่แอบแฝงต่อการค้าระหว่างประเทศ จะไม่มีข้อความใดในความตกลงนี้ห้ามภาคีสมาชิก บังคับใช้มาตรการที่ ...

(b) จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทให้ข้อสังเกตว่า จากถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา XX (b) สะท้อนให้เห็นว่าต้องมีการวิเคราะห์ 3 ขั้นตอน (a three-step analysis)

ประการแรก พิจารณาว่า “นโยบาย” ที่อ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XX (b) ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของนโยบายเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพมนุษย์ สัตว์ พืช ตามบทบัญญัตินี้หรือไม่

ประการที่สอง พิจารณาว่า “มาตรการ” ที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไป ซึ่งเป็นมาตรการทางการค้าที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีความตกลง GATT นั้น เป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือไม่

ประการที่สาม พิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทนำของมาตรา XX หรือไม่ กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล ในระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน หรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง²⁴

²⁴ Tuna-Dolphin II, Panel Report, *ibid*, para.5.29.

“The Panel proceeded first to examine the text of Article XX(b), which, together with its preamble, states:

"Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(b) necessary to protect the human, animal, or plant life or health"

The Panel observed that the text of Article XX(b) suggested a three-step analysis:

การพิจารณาขั้นตอนที่สองว่า มาตรการห้ามการนำเข้าปลาทูน่าครีบลีง (yellowfin tuna) จากประเทศต้นทางและประเทศที่เป็นทางผ่านสินค้าของสหรัฐอเมริกา เป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้องสิ่งมีชีวิตตามความหมายมาตรา XX (b) หรือไม่ สหรัฐฯ อ้างว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็น เนื่องจากคำว่า “จำเป็น (necessary)” มีความหมายโดยทั่วไปว่า “จำเป็น, เป็นที่ต้องการ (needed)” ประชาคมยุโรปไม่พ้องเห็นด้วยและโต้แย้งว่า ความหมายโดยทั่วไปของความว่า “จำเป็น” หมายถึง “ซึ่งขาดเสียไม่ได้ (indispensable)” หรือ “ซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (unavoidable)” ยิ่งไปกว่านั้น ประชาคมยุโรปโต้แย้งว่า จากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT จะเป็นมาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (b) ได้ก็ต่อเมื่อ ไม่มีมาตรการอื่นใดที่สอดคล้องกับความตกลง GATT หรือสอดคล้องกับความตกลง GATT ยิ่งกว่า ซึ่งเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบาย²⁵

-- First, it had to be determined whether the *policy* in respect of which these provisions were invoked fell within the range of policies referred to in these provisions, that is policies to protect human, animal or plant life or health;

-- Second, it had to be determined whether the *measure* for which the exception was being invoked - that is the particular trade measure inconsistent with the obligations under the General Agreement - was "necessary" to protect human, animal or plant life or health;

-- Third, it had to be determined whether the measure was applied in a manner consistent with the requirement set out in the preamble to Article XX, namely that the measure not be applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or in a manner which would constitute a disguised restriction on international trade.”

²⁵ *Ibid*, para.5.34.

“The Panel then examined the second of the above three questions, namely whether the primary and intermediary nation embargoes imposed by the United States on yellowfin tuna could be considered to be "necessary" for the protection of the living things within the meaning of Article XX (b). The United States argued that its measures met this requirement, since "necessary" in this sense simply meant "needed". The EEC disagreed, stating that the normal meaning of the term "necessary" was "indispensable" or "unavoidable". The EEC further argued that adopted panel reports had stated that a measure otherwise inconsistent with the General Agreement could only be justified as necessary

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เริ่มการพิจารณาความสัมพันธ์ตามมาตรา XX (b) ระหว่างมาตรการทางการค้ากับนโยบายในการปกป้องสิ่งมีชีวิต ซึ่งความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “จำเป็น (necessary)” หมายถึง การที่ไม่มีทางเลือกอื่นใดเหลืออยู่ (no alternative existed) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีก่อนหน้านี้ (คดี *United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930*: ย่อหน้าที่ 5.26) คดีได้วิเคราะห์ถึงการใช้ถ้อยคำในบริบทเดียวกันกับมาตรา XX (d) ดังนี้

“ภาคีสัญญาจะไม่สามารถพิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลง GATT ดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX (d) ได้ หากว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้และมาตรการนั้นไม่ขัดต่อความตกลง GATT ในกรณีที่มาตรการที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (not reasonably available) ภาคีสัญญาถูกผูกพันให้ต้องเลือกใช้ มาตรการในบรรดามาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล ซึ่งละเมิดความตกลง GATT ในระดับ น้อยที่สุด”

การตีความดังกล่าวยังได้รับการยอมรับโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอีกคดีหนึ่งในการพิจารณามาตรา XX (b) (คดี *Thailand - Restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes*) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นด้วยกับเหตุผลของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีก่อน จากนั้นได้พิจารณาว่า มาตรการห้ามการนำเข้าของสหรัฐฯ เป็นมาตรการที่ “จำเป็น (necessary)” เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของโลมาหรือไม่²⁶

under Article XX (b) if no other consistent measure, or more consistent measure, were reasonably available to fulfill the policy objective.

²⁶ *Ibid*, para.5.35.

“The Panel proceeded first to examine the relationship established by Article XX (b) between the trade measure and the policy of protecting living things. It noted that, in the ordinary meaning of the term, "necessary" meant that no alternative existed. A previous panel, in discussing the use of the same term in Article XX (d), stated that

"a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as "necessary" in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions."

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่า ตามมาตรา XX (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของสัตว์ ควรหมายถึงมาตรการที่ใช้เพื่อบังคับให้ประเทศอื่นๆ เปลี่ยนนโยบายของประเทศเหล่านั้นด้วยอำนาจพิจารณาของประเทศที่ออกมาตรการ และเรียกร้องให้การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ จากถ้อยคำบทบัญญัติมาตรา XX ไม่ได้ให้คำตอบโดยชัดแจ้ง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงอ้างอิงเหตุผลจากการพิจารณาภายใต้มาตรา XX (g) ว่า บทบัญญัติมาตรา XX ในฐานะบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น จะต้องตีความอย่างแคบและต้องตีความในทางที่จะสงวนไว้ซึ่งวัตถุประสงค์พื้นฐานและหลักการของความตกลง GATT หากว่า มาตรา XX (b) ถูกตีความอนุญาตให้ภาคีสัญญาเบี่ยงเบนพื้นฐานพันธกรณีของความตกลง GATT โดยออกมาตรการทางการค้าในการบังคับตามนโยบายด้วยอำนาจพิจารณาของภาคีนั้นๆเอง ซึ่งนโยบายดังกล่าวหมายความรวมถึงนโยบายในการปกป้องสิ่งมีชีวิตด้วย ถ้ามีการตีความอนุญาตให้ภาคีสัญญาให้สามารถกำหนดการกีดกันทางการค้าเพื่อที่จะบังคับให้ประเทศต่าง ๆ ต้องเปลี่ยนนโยบายตามอำนาจพิจารณาของประเทศนั้นๆ โดยเรียกร้องว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หากเป็นเช่นนั้นแล้ว วัตถุประสงค์ของความตกลง GATT จะถูกระทบเสียหายอย่างร้ายแรง²⁷

This interpretation had also been accepted by another panel specifically examining Article XX (b). The Panel agreed with the reasoning of these previous panels. The Panel then proceeded to examine whether the trade embargoes imposed by the United States could be considered to be "necessary" in this sense to protect the life or health of dolphins.”

²⁷ *Ibid*, para.5.38.

“The Panel then examined whether, under Article XX (b), measures necessary to protect the life or health of animals could include measures taken so as to force other countries to change their policies within their own jurisdictions, and requiring such changes in order to be effective. The Panel noted that the text of Article XX is not explicit on this question. The Panel then recalled its reasoning under its examination of Article XX (g) that Article XX, as a provision for exceptions, should be interpreted narrowly and in a way that preserves the basic objectives and principles of the General Agreement. If Article XX (b) were interpreted to permit contracting parties to deviate from the basic obligations of the General Agreement by taking trade measures to implement policies within their own jurisdiction, including policies to protect living things, the objectives of the General Agreement would be maintained. If however Article XX (b) were interpreted to permit contracting parties to impose trade embargoes so as to force other countries to change their policies within their

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่า มาตรการที่ใช้เพื่อบังคับประเทศอื่นในการเปลี่ยนแปลงนโยบายของประเทศเหล่านั้นและนโยบายดังกล่าวจะมีประสิทธิผลก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงเช่นว่าเกิดขึ้นไม่สามารถถูกพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของสัตว์ตามมาตรา XX (b) ได้ เนื่องจากไม่สามารถบรรลุเงื่อนไขสำคัญตามมาตรา XX และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่มีความจำเป็นในการพิจารณาต่อไปว่ามาตรการดังกล่าวของสหรัฐฯ สอดคล้องกับการตรวจสอบขั้นตอนอื่นๆตามมาตรา XX หรือไม่

จากเหตุผลทั้งหมด คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่า การห้ามนำเข้าปลาทูน่าและผลิตภัณฑ์จากปลาทูน่าของสหรัฐฯซึ่งไม่สอดคล้องตามมาตรา XI นั้น ไม่สามารถพิสูจน์ตามมาตรา XX (b) ได้²⁸

4.2.1.4 *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline: 1996)*²⁹

คดี *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*³⁰ เป็นคดีพิพาทระหว่างประเทศเวเนซุเอลาและประเทศบราซิลกับสหรัฐอเมริกา จากการที่สหรัฐฯ ออกกฎหมายพระราชบัญญัติอากาศบริสุทธิ์ (The Clean Air Act 1963: CAA) ควบคุมการปล่อยมลพิษสู่อากาศ กำหนดว่าระดับของมลพิษจากการเผาไหม้เชื้อเพลิงจะต้องไม่เกินระดับที่กำหนดใน CAA เป็นการ

jurisdiction, including policies to protect living things, and which required such changes to be effective, the objectives of the General Agreement would be seriously impaired.”

²⁸ *Ibid*, para.5.39.

“The Panel concluded that measures taken so as to force other countries to change their policies, and that were effective only if such changes occurred, could not be considered "necessary" for the protection of animal life or health in the sense of Article XX (b). Since an essential condition of Article XX (b) had not been met, the Panel did not consider it necessary to examine the further issue of whether the United States measures had also met the other requirements of Article XX. The Panel accordingly found that the import prohibitions on tuna and tuna products maintained by the United States inconsistently with Article XI: 1 were not justified by Article XX (b).

²⁹ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, (WT/DS2/R), [1996].

³⁰ ภายใต้อองค์การการค้าโลก (WTO)

บังคับให้ผู้ผลิตน้ำมัน ผู้กลั่นน้ำมัน และผู้นำเข้าน้ำมันมายังสหรัฐฯ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามกฎหมายของสหรัฐฯ ฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการลดสารพิษในน้ำมัน อันเป็นการกระทบต่อประเทศ เวเนซุเอล่าและประเทศบราซิลที่ได้ส่งออกน้ำมันไปยังสหรัฐฯ

ประเทศเวเนซุเอล่าและประเทศบราซิลได้กล่าวอ้างว่า ตามกฎหมายของสหรัฐฯ มีการกำหนด มาตรฐานสินค้าน้ำมันที่นำเข้าเข้มงวดกว่าน้ำมันที่ผลิตภายในประเทศ มาตรการของสหรัฐฯ จึงเป็นการละเมิด ต่อหลักประติบัติเยี่ยงชาติที่รับอนุเคราะห์ยิ่งและหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ และไม่สอดคล้องตามข้อยกเว้น ทั่วไปมาตรา XX อีกด้วย สหรัฐฯอ้างว่า มาตรการของสหรัฐฯ เป็นไปเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์จาก มลพิษทางอากาศ ซึ่งสภาวะอากาศที่เป็นพิษจะส่งผลให้เกิดโรคมะเร็ง ทำลายเซลล์สมองและระบบประสาทได้ มาตรการดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ ตามมาตรา XX (b) ความตกลง GATT³¹

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการ“จำเป็น”เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่ามาตรการของสหรัฐฯซึ่งไม่สอดคล้องกับมาตรา III:4 สามารถอ้างตามอนุมาตรา (b) มาตรา XX ได้หรือไม่ โดยวางหลักว่า ในฐานะภาคีที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไป สหรัฐฯมีภาระการพิสูจน์ว่ามาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT อยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อยกเว้น โดยสหรัฐฯต้องพิสูจน์ตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

(1) พิสูจน์ว่า “นโยบาย”จากมาตรการที่ได้อ้างข้อยกเว้น อยู่ภายใต้ขอบเขตของนโยบายที่ ได้รับการออกแบบมาเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือไม่

(2) พิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT ที่อ้างข้อยกเว้นนั้น เป็นมาตรการที่ “จำเป็น”เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบาย

(3) พิสูจน์ว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทนำของมาตรา XX

การพิสูจน์ให้เป็นไปตามมาตรา XX (b) ได้นั้น จะต้องพิสูจน์ตามขั้นตอนที่กล่าวมาข้างต้นให้เป็น ที่เพียงพอจนถึงระดับ³²

³¹ ดวงแก้ว นพพรพรหม, “ปัญหาและแนวทางการตีความมาตรา 20(บี) และมาตรา 20(จี) ภายใต้แกตต์/องค์การการค้าโลก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), น.105.

³² US-Gasoline, Panel Report, *supra* note 29, para.6.20.

The Panel proceeded to examine whether the aspect of the baseline establishment methods found inconsistent with Article III:4 could, as argued by the United States, be justified under paragraph (b) of Article XX. ...

สหรัฐฯ ได้แย้งว่า มลพิษทางอากาศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในชั้นบรรยากาศระดับพื้นดินและสารพิษต่าง ๆ นั้นก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช เนื่องจากปริมาณครึ่งหนึ่งของมลพิษดังกล่าวมีสาเหตุมาจากควันที่ปล่อยออกมาจากยานพาหนะ กฎที่เกี่ยวข้องกับน้ำมันเชื้อเพลิงจึงกำหนดลดมลพิษเหล่านี้ กฎเกี่ยวข้องกับน้ำมันเชื้อเพลิงดังกล่าวจึงอยู่ภายในขอบเขตของนโยบายตามมาตรา XX (b) จากข้อโต้แย้งของสหรัฐฯ ดังกล่าว ประเทศเวเนซุเอลากับประเทศบราซิล ไม่เห็นด้วย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นพ้องด้วยกับภาคว่า นโยบายที่ลดมลพิษทางอากาศอันเนื่องมาจากการใช้น้ำมันเชื้อเพลิงเป็นนโยบายในขอบเขตของการปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช ตามมาตรา XX (b)³³

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่า มาตรการของสหรัฐฯ ที่ไม่สอดคล้องตามมาตรา 3: 4 ความตกลง GATT สามารถพิสูจน์ว่าจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของสหรัฐฯ หรือไม่ คณะกรรมการ

... The Panel noted that as the party invoking an exception the United States bore the burden of proof in demonstrating that the inconsistent measures came within its scope. The Panel observed that the United States therefore had to establish the following elements:

(1) that the *policy* in respect of the measures for which the provision was invoked fell within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health;

(2) that the inconsistent measures for which the exception was being invoked were *necessary* to fulfill the policy objective; and

(3) that the measures were applied in conformity with the requirements of the *introductory clause* of Article XX. In order to justify the application of Article XX (b), all the above elements had to be satisfied.”

³³ *Ibid*, para.6.21.

“The Panel noted the United States argument that air pollution, in particular ground-level ozone and toxic substances, presented health risks to humans, animals and plants. The United States argued that, since about one-half of such pollution was caused by vehicle emissions, and the Gasoline Rule reduced these, the Gasoline Rule was within the range of policy goals described in Article XX (b). Venezuela and Brazil did not disagree with this view. The Panel agreed with the parties that a policy to reduce air pollution resulting from the consumption of gasoline was a policy within the range of those concerning the protection of human, animal and plant life or health mentioned in Article XX (b).”

ชี้ให้เห็นว่า คำว่า “จำเป็น” ได้มีการตีความไว้แล้วในบริบทของมาตรา XX (d) โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี *Section 337* ว่า

“ภาคีสัญญาจะไม่สามารถพิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลง GATT ดังกล่าว เป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX (d) ได้ หากว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้และมาตรการนั้นไม่ขัดต่อความตกลง GATT ในกรณีที่มาตรการที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (not reasonably available) ภาคีสัญญาถูกผูกพันให้ต้องเลือกใช้มาตรการในบรรดามาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล ซึ่งละเมิดความตกลง GATT ในระดับน้อยที่สุด”

เช่นเดียวกับเหตุผลที่ได้นำมาพิจารณามาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX (b) โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี 1990 Thai Cigarette คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคดีดังกล่าวไม่เห็นเหตุผลให้มีการตีความคำว่า “จำเป็น” ภายใต้มาตรา XX (b) กับ (d) แตกต่างกัน และพิจารณาว่า

“มาตรการจำกัดการนำเข้าของประเทศไทยจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX (b) เพียงเมื่อปรากฏว่า ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATT หรือขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่าอีกแล้ว ในการที่ประเทศไทยจะบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายสุขภาพได้”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทชี้ให้เห็นว่า ในขณะที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหลายคณะในอดีตพิจารณาประเด็นพิพาทภายใต้มาตรา XX กำหนดแนวทางว่า มาตรการทางเลือกอื่นคือมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลและจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติ GATT อย่างสมบูรณ์ ก็ได้มีการวางแนวทางในคดีอื่นเช่นกันว่า มาตรการทางเลือก คือมาตรการที่ขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่า ได้เช่นเดียวกันด้วย ในการพิจารณาคดีนี้ ถ้าหากว่ามีมาตรการที่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่า ที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลต่อสหรัฐฯ มาตรการดังกล่าวจะไม่ผ่านการพิสูจน์ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นได้³⁴

³⁴ *ibid*, para.6.24.

“The Panel proceeded to examine whether the United States had in fact demonstrated that the inconsistent measures found to violate Article III:4 were necessary to achieve the stated policy objectives of the United States. The Panel noted that the term “necessary” had been interpreted in the context of Article XX(d) by the panel in the *Section 337* case which had stated that:

“a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as “necessary” in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ยอมรับว่า สหรัฐฯ ผ่านการพิสูจน์ว่าไม่มีมาตรการอื่นที่สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา III:4 หรือขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่าที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล³⁵ เช่นนี้มาตรการของสหรัฐฯ ที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา III:4 จึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น ภายใต้มาตรา XX (b) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ได้พิจารณาต่อไปว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้อง ตามบทนำของมาตรา XX หรือไม่³⁶

reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.”

The same reasoning had been adopted by the 1990 *Thai Cigarette* panel in examining a measure under Article XX (b). That panel saw no reason not to adopt the same interpretation of “necessity” under Article XX(b) as under Article XX(d), stating that

“the import restrictions imposed by Thailand could be considered to be “necessary” in terms of Article XX(b) only if there were no alternative measures consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives.”

The Panel also noted that while several past panels examining issues under Article XX had identified alternative measures that were reasonably available and fully consistent with the General Agreement, they had also in other instances identified alternative measures that would be “less inconsistent” with the General Agreement. If there were consistent or less inconsistent measures reasonably available to the United States, the requirement to demonstrate necessity would not have been met.”

³⁵ *Ibid*, para.6.28.

“...the Panel did not accept that the United States had demonstrated that there was no other measure consistent, or less inconsistent, with Article III:4 reasonably available...”

³⁶ *Ibid*, para.6.29.

“In view of the Panel’s finding that the aspect of the baseline establishment methods found inconsistent with Article III:4 was not “necessary” under Article XX(b), the

4.2.2 ช่วงที่ 2 ค.ศ. 2000 – ค.ศ. 2001

การพิจารณาความจำเป็น ในช่วงที่ 2 ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การพิจารณาจากแต่เดิมในช่วงที่ 1 ที่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพียงว่า มาตรการที่จำเป็น คือ กรณีที่ไม่ปรากฏว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่ามาตรการที่ภาคีสมาชิกเลือกใช้อยู่อีกแล้วเท่านั้น ในช่วงที่ 2 นี้ได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น ด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ในบรรดาปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่ต้องการปกป้อง และผลกระทบที่เป็นการกีดกันทางการค้าของมาตรการต่อการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งจะสามารถเห็นได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยคดี *Korea- Various Measures on beef* ค.ศ. 2000 (มาตรา XX(d))

4.2.2.1 Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea- Various Measures on beef: 2000)³⁷

คดี *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* เป็นคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียได้แย้งสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ได้ในเรื่องการออกกฎหมายเพื่อกำหนดระบบการขายเนื้อเป็นช่องทาง (a dual retail system for beef) ว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีความตกลง GATT มาตรา III:4 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากเป็นมาตรการของเกาหลีใต้ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศ

อย่างไรก็ตาม ผู้แทนจากประเทศเกาหลีใต้ได้อ้างมาตรา XX (d) GATT เพื่อขอยกเว้นความผิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้มาตรา III:4 โดยอ้างว่า การแบ่งช่องทางการจำหน่ายออกเป็นสองช่องทางนั้น เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายภายในว่าด้วยการป้องกันการหลอกลวงผู้บริโภค เนื่องจากการจำหน่ายเนื้อวัวนำเข้าปะปนกับเนื้อวัวที่ผลิตขึ้นภายในประเทศซึ่งมีคุณภาพสูงกว่า อาจทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนได้³⁸

Panel did not proceed to examine whether it met also the conditions in the introductory clause to Article XX.”

³⁷ Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, (WT/DS161/R, WT/DS169/R), (WT/DS161/AB/R), [2000].

³⁸ จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น.111.

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการที่“จำเป็น”การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวางหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า การพิจารณาว่ามาตรการสอดคล้องตามมาตรา XX (d) ประเทศเกาหลีใต้จะต้องพิสูจน์มาตรการแยกขายเนื้อเป็น 2 ช่องทางของตน (a dual retail system for beef) ดังนี้

(1) เป็นไปเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับภายในประเทศที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ในกรณีนี้คือการบังคับตามกฎหมายของประเทศเกาหลีในการป้องกันการลวงขาย

(2) “จำเป็น”เพื่อป้องกันการลวงขายที่เกิดขึ้นในตลาดขายเนื้อในประเทศเกาหลี โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากต่างชาติที่ลวงขายว่าเป็นเนื้อภายในประเทศ

(3) ไม่เป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลในระหว่างสมาชิกที่มีสถานการณ์เดียวกัน หรือกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง³⁹

ในการพิสูจน์ว่า ระบบการแยกขายเนื้อเป็น 2 ช่องทางเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” ประเทศเกาหลีมีภาระการพิสูจน์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า จากข้อกล่าวหาของประเทศออสเตรเลียและสหรัฐอเมริกา นั้น ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO ที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลอีกแล้ว ในการป้องกันการลวงขายว่าในตลาดขายปลีกเนื้อวัว⁴⁰

³⁹ Korea- Various Measures on beef, Panel Report, *supra note 37*, para.654.

“In order to benefit from the protection of Article XX(d), Korea must demonstrate that the dual retail system (including related measures), although inconsistent with Article III:4:

(i) is in place in order to "secure compliance" with a domestic GATT consistent law or regulation which, here, means to enforce the Korean law against deceptive practices; and if this is the case,

(ii) is "necessary" to prevent deceptive practices from occurring in the Korean beef market (and more particularly the passing of foreign beef as domestic beef); and if this is the case,

(iii) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade.”

⁴⁰ *ibid*, para.659.

องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่า เห็นด้วยกับการตรวจสอบในขั้นตอนแรก และได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมในขั้นตอนของการพิจารณาคำว่า“จำเป็น”ว่า

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่า ภายใต้บริบทมาตรา XX (d) ขอบเขตของคำว่า “จำเป็น (necessary)” ไม่ได้จำกัดว่าหมายถึง “ซึ่งขาดเสียไม่ได้ (indispensable)” หรือ จำเป็นถึงที่สุด (absolute necessity) หรือ “ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (inevitable)” เท่านั้น ซึ่งมาตรการที่ขาดเสียไม่ได้ หรือจำเป็นอย่างถึงที่สุด หรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ย่อมจะทำให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับตามมาตรา XX (d) อย่างแน่นอน แต่อย่างไรก็ดี มาตรการอื่นๆก็อยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d) ได้เช่นเดียวกัน

คำว่า “จำเป็น” (necessary) สามารถจำแนกได้หลายระดับ ด้านหนึ่งคือ “ซึ่งขาดเสียไม่ได้” ในอีกด้านหนึ่งคือ “ทำให้มีผลต่อ” (making a contribution to) องค์กรอุทธรณ์มีความเห็นว่า ความว่า “จำเป็น” มีความหมายใกล้เคียงด้านที่แปลว่า “ซึ่งขาดเสียไม่ได้” มากกว่าความหมายอีกด้านหนึ่ง⁴¹

ในการประเมินความจำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับความตกลง GATT นั้น จะต้องประเมินความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่าที่บทบัญญัติต้องการปกป้อง

“To demonstrate that the dual retail system is "necessary", Korea has to convince the Panel that, contrary to what was alleged by Australia and the United States, no alternative measure consistent with the WTO Agreement is reasonably available at present in order to deal with misrepresentation in the retail beef market as to the origin of beef.”

⁴¹ Korea- Various Measures on beef, Appellate Body Report, *supra note 37*, para.161.

“We believe that, as used in the context of Article XX(d), the reach of the word "necessary" is not limited to that which is "indispensable" or "of absolute necessity" or "inevitable". Measures which are indispensable or of absolute necessity or inevitable to secure compliance certainly fulfill the requirements of Article XX(d). But other measures, too, may fall within the ambit of this exception. As used in Article XX(d), the term "necessary" refers, in our view, to a range of degrees of necessity. At one end of this continuum lies "necessary" understood as "indispensable"; at the other end, is "necessary" taken to mean as "making a contribution to." We consider that a "necessary" measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of "indispensable" than to the opposite pole of simply "making a contribution to.”

หากว่าคุณค่าหรือประโยชน์นั้นยังมีความสำคัญต่อชีวิต ก็ยิ่งง่ายต่อการยอมรับว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็น”⁴²

นอกจากนี้ต้องพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการดังกล่าว ว่าสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้มากน้อยเพียงไร ยิ่งมาตรการดังกล่าวสามารถทำให้เกิดผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้มากย่อมง่ายต่อการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็น

และต้องพิจารณาผลกระทบจากการกีดกันทางการค้าของมาตรการ มาตรการที่กีดกันทางการค้าน้อยกว่า ย่อมง่ายต่อการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นมากกว่ามาตรการที่ส่งผลกระทบเป็นการกีดกันทางการค้าที่รุนแรง⁴³ กล่าวโดยสรุป การพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าว ซึ่งอาจไม่ได้ถึงขนาดว่าเป็นมาตรการที่ขาดเสียไม่ได้ ก็อาจได้รับการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น ภายใต้มาตรา XX(d) ได้เช่นเดียวกัน เมื่อผ่านการพิจารณาจากกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลในบรรดาปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประสิทธิภาพที่เกิดจากมาตรการในการบังคับการให้เป็นไปกฎหมายหรือข้อบังคับ ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่กฎหมายหรือข้อบังคับมุ่งหมายปกป้อง และผลกระทบของกฎหมายและข้อบังคับต่อการนำเข้าหรือส่งออก⁴⁴

⁴² *ibid*, para.162.

“...take into account the relative importance of the common interests or values that the law or regulation to be enforced is intended to protect. The more vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as "necessary" a measure designed as an enforcement instrument.”

⁴³ *ibid*, para.163.

“... One is the extent to which the measure contributes to the realization of the end pursued, the securing of compliance with the law or regulation at issue. The greater the contribution, the more easily a measure might be considered to be "necessary". Another aspect is the extent to which the compliance measure produces restrictive effects on international commerce ... A measure with a relatively slight impact upon imported products might more easily be considered as "necessary" than a measure with intense or broader restrictive effects.”

⁴⁴ *ibid*, para.164.

“In sum, determination of whether a measure, which is not "indispensable", may nevertheless be "necessary" within the contemplation of Article XX (d), involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation

4.2.3 ช่วงที่ 3 ค.ศ. 2001 – ค.ศ. 2004

การพิจารณาความจำเป็นในช่วงที่ 3 ได้เพิ่มหลักเกณฑ์การพิจารณาจากในช่วงที่ 1 และช่วงที่ 2 ซึ่งพิจารณาความจำเป็นโดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาว่า “มาตรการที่จำเป็น” คือ กรณีที่ไม่ปรากฏว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่ามาตรการที่ภาคีสมาชิกเลือกใช้อยู่อีกแล้วเท่านั้น และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็น ด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ในบรรดาปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่ต้องการปกป้อง และผลกระทบที่เป็นการกีดกันทางการค้าของมาตรการต่อการค้าระหว่างประเทศ

ในช่วงที่ 3 ได้มีการวางหลักเพิ่มเติมโดยมีการอนุญาตให้ภาคีสมาชิกสามารถกำหนดระดับการปกป้องคุณค่าในระดับที่ต้องการได้ โดยภาคีสมาชิกอื่นหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ไม่สามารถโต้แย้งคัดค้านได้ และในการพิจารณามาตรการทางเลือกอื่นจะต้องมีเงื่อนไขว่า มาตรการทางเลือกอื่นเป็นมาตรการที่สามารถทำให้ภาคีสมาชิกสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับที่ต้องการได้อีกด้วย โดยคำวินิจฉัยที่ได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาในช่วงที่ 3 คือ คำวินิจฉัยจากคดี *EC-Asbestos* ค.ศ. 2001 (มาตรา XX(b))

4.2.3.1 *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products (EC-Asbestos: 2001)*⁴⁵

คดี *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products* เป็นคดีพิพาทระหว่างประเทศแคนาดา กับประชาคมยุโรป โดยการที่ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นหนึ่งในสมาชิกของประชาคมยุโรป ได้ออกกฎหมายกำหนดให้มีการห้ามการผลิต ห้ามการขาย แลกเปลี่ยนหรือนำเข้าแร่ใยหิน รวมทั้งสินค้าที่มีส่วนผสมของแร่ใยหินภายในประเทศฝรั่งเศส เพื่อเป็นการคุ้มครองแรงงานและคุ้มครองผู้บริโภค ประเทศแคนาดาซึ่งเป็นประเทศที่เคยส่งออกแร่ใยหินมาจำหน่ายยังประเทศฝรั่งเศสเป็นจำนวนมากจึงได้รับผลกระทบดังกล่าว และได้เจรจาหารือร่วมกับประเทศฝรั่งเศส แต่ในท้ายที่สุดผลการเจรจาล้มเหลวจึงได้ร้องขอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) ให้พิจารณาคดีดังกล่าวว่า มาตรการของประเทศฝรั่งเศสนั้น ละเมิดต่อพันธกรณีความตกลง GATT 1994 มาตรา III มาตรา XI และมาตรา XXII.3 (b) ละเมิดต่อความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและ

at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.”

⁴⁵ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products*, (WT/DS135/R), (WT/DS135/AB/R), [2001].

สุขอนามัยพืช (SPS Agreement) มาตรา 5 และละเมิดความตกลงว่าด้วยอุปสรรคเทคนิคต่อการค้า (TBT Agreement) มาตรา 2 อย่างไรก็ตาม ประชาคมยุโรปอ้างข้อยกเว้นทั่วไปขึ้นต่อผู้ว่า มาตรการดังกล่าว เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ ตามมาตรา XX (b) เนื่องจากแร่ใยหินเป็นสาเหตุ ที่ทำให้เกิดโรคมะเร็งปอด หรือโรคปอดอันเกิดจากการสูดแร่ใยหิน และจากการศึกษาของสถาบันสุขภาพ ในฝรั่งเศส (INSERM) ก็ยืนยันว่าแร่ใยหินนั้นก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์

หลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการ “จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำตัดสินจากคดี *United States – Gasoline* (ย่อหน้า 6.20) วางหลักว่า ในฐานะภาคีที่กล่าวอ้างข้อยกเว้นทั่วไป สหรัฐฯ มีภาระการพิสูจน์ตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

(1) พิสูจน์ว่า “นโยบาย” จากมาตรการที่ได้อ้างข้อยกเว้น ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของนโยบาย ที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือไม่

(2) พิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT ที่อ้างข้อยกเว้นนั้น เป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบาย⁴⁶ หรือไม่

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาว่า เนื่องด้วย “ข้อความคิดว่าด้วยการปกป้อง” (the notion of “protection”) ได้รวมอยู่ในประโยคที่ว่า “นโยบายที่ถูกออกแบบเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ จากประโยคดังกล่าวสามารถอนุมานได้ว่า ต้องมีความเสี่ยงต่อสุขภาพอยู่ ดังนั้นเราจึงควรพิจารณาจากหลักฐานที่เกี่ยวข้องว่า แร่ใยหิน (chrysotile-asbestos) ที่อยู่ในผลิตภัณฑ์รูปแบบต่าง ๆ ก่อให้เกิด ความเสี่ยงต่อชีวิตสุขภาพของมนุษย์หรือไม่⁴⁷

⁴⁶ EC-Asbestos, Panel Report, *ibid*, para.8.169.

“The Panel notes that in *United States – Gasoline*, the Panel stipulated that with respect to Article XX(b), the party invoking that provision must prove:

(a) That the policy in respect of the measures for which Article XX is invoked falls within the range of policies designed to protect human life or health; and

(b) the inconsistent measures for which the exception is invoked are necessary to fulfill the policy objective”

⁴⁷ *ibid*, para.8.170.

“As regards subparagraph (a), we consider that, inasmuch as they include the notion of “protection”, the words “policies designed to protect human life or health” imply the existence of a health risk. We must therefore determine, on the basis of the relevant rules of evidence, whether chrysotile-asbestos, in the various forms we have considered so far, poses a risk to human life or health.”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ในคดี *United States – Gasoline* ที่ได้ให้ความกระจ่างในการพิจารณาว่านโยบายของฝรั่งเศสได้ออกแบบ มาเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือไม่ว่า ไม่จำเป็นต้องพิจารณาความจำเป็นของเป้าหมาย ตามนโยบาย กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องประเมิน มาตรการที่ฝรั่งเศสเลือกเพื่อปกป้องประชากรจากความเสียหาย รวมถึง ระดับของการปกป้องสาธารณสุขที่ฝรั่งเศสมุ่งหมาย เพียงแต่พิจารณาตามธรรมดาว่า ถ้าหากนโยบายของ ฝรั่งเศสเป็นการห้ามใช้แร่ใยหิน ก็ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของนโยบายที่ออกแบบเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของ มนุษย์⁴⁸

และได้พิจารณาการประเมินความจำเป็นของมาตรการตามมาตรา XX (b) จากการอ้างอิง คำวินิจฉัยในคดี *Thailand – Cigarettes* ที่ว่า

“มาตรการจำกัดการนำเข้าของประเทศไทยจะเป็นมาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (b) ได้ เพียงกรณีที่ไม่ใช่มาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATT หรือไม่มีมาตรการอื่นที่ขัดแย้งกับ ความตกลง GATT น้อยกว่าในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายด้านสุขภาพ”⁴⁹

จากการประเมินข้างต้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าว สอดคล้องตามมาตรา XX (b) หรือไม่ โดยพิจารณาข้อ (1) การมีอยู่ซึ่งความเสี่ยงต่อสุขภาพของมนุษย์ ข้อ (2)

⁴⁸ *Ibid*, para.8.171.

“This said, we note that the panel in *United States – Gasoline* also made clear that it did not have to examine the necessity of the policy goal. In other words, we do not have to assess the choice made by France to protect its population against certain risks, nor the level of protection of public health that France wishes to achieve. We must simply determine if the French policy of prohibiting the use of chrysotile-asbestos falls within the range of policies designed to protect human life or health.”

⁴⁹ *Ibid*, para.8.172.

“As regards the criterion of the necessity of the measure (subparagraph (b) of paragraph 8.169), we note that previous panels that had to assess the "necessity" of a measure under Article XX(b) appear to have done so solely in relation to the existence of other measures consistent or less inconsistent with the GATT in the light of the health objective pursued. Thus, in *Thailand – Cigarettes*, the Panel ruled that:

"The import restrictions imposed by Thailand could be considered to be "necessary" in terms of Article XX(b) only if there were no alternative measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives".”

ระดับการปกป้องที่สมาชิกต้องการในการบรรลุผล ข้อ (3) การมีอยู่ของมาตรการอื่นๆ ซึ่งสอดคล้องหรือขัดแย้งต่อบทบัญญัติความตกลง GATT น้อยกว่า ที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่า การตรวจสอบตามข้อ (1) และข้อ (3) ควรมีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ แต่ที่เป็นยอมรับว่า สมาชิกมีอิสระในการกำหนดระดับการปกป้องประชากรได้⁵⁰

คดีนี้ได้มีการยื่นอุทธรณ์ องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาถึงระดับการปกป้องว่า เป็นที่ยอมรับว่าสมาชิก WTO มีสิทธิในการกำหนดระดับการปกป้องซึ่งสมาชิกได้พิจารณาจากสถานการณ์ ในคดีนี้ฝรั่งเศสได้กำหนดระดับการปกป้องคือ การระงับการแพร่กระจายของแร่ใยหิน ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงด้านสุขภาพ จึงออกมาตรการห้ามการใช้และจำกัดการใช้แร่ใยหิน เช่นนี้จึงเป็นที่แน่นอนว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งได้ถูกออกแบบและมีแนวโน้มในการบรรลุระดับการปกป้องสุขภาพที่กำหนด⁵¹

องค์กรอุทธรณ์ได้อ้างอิงคำวินิจฉัยคดี *Korea – Beef* (ย่อหน้าที่ 163 และ 166) ซึ่งชี้ให้เห็นว่า กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลจะต้องนำมาใช้ในการประเมินว่า มาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO นั้นเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุผลหรือไม่ ปัจจัยหนึ่งคือ ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ ในคดีที่กำลังพิจารณานี้วัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมายของมาตรการคือ

⁵⁰ *Ibid*, para.8.179.

“As pointed out above, three essential elements must be considered by the Panel when examining the justification of a measure in the light of Article XX(b): (a) the existence of a risk for human health; (b) the level of protection which the Member concerned wishes to achieve; and (c) the existence of other measures consistent or less inconsistent with the GATT 1994 and enabling the same objective of protecting public health to be obtained. The Panel considers that its examination of the scientific data should be exclusively concerned with points (a) and (c), inasmuch as it has long been established that Members are free to set the level of protection of their choice for their populations”

⁵¹ EC-Asbestos, Appellate Body Report, *supra* note 45, para.168.

“..., relating to the level of protection, we note that it is undisputed that WTO Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation. France has determined, and the Panel accepted, that the chosen level of health protection by France is a "halt" to the spread of *asbestos*-related health risks. By prohibiting all forms of amphibole asbestos, and by severely restricting the use of chrysotile asbestos, the measure at issue is clearly designed and apt to achieve that level of health protection. ...”

การรักษาชีวิตและสุขภาพของมนุษย์โดยการระงับและลดการใช้แร่ใยหิน ซึ่งระดับของความสำคัญของคุณค่าในการรักษาชีวิตและสุขภาพมนุษย์ อยู่ในระดับการปกป้องที่สูงที่สุด เช่นนี้จึงพิจารณาต่อไปว่า มาตรการทางเลือกรจะสามารถบรรลุผลในระดับเดียวกันและกีดกันทางการค้าน้อยกว่าการห้ามการนำเข้าหรือไม่⁵²

4.2.4 ช่วงที่ 4 ค.ศ. 2004 – ค.ศ. 2007

ในช่วงที่ 4 เริ่มต้นการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นจากคดี *US-Gambling* ค.ศ. 2004 ซึ่งการพิจารณาความจำเป็นแต่เดิมในช่วงที่ 1-3 ด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่าอยู่อีกหรือไม่ (ช่วงที่ 1) การอนุญาตให้สมาชิกสามารถกำหนดระดับการปกป้องคุณค่าได้ และมาตรการทางเลือกรจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ในระดับที่ภาคีสมาชิกต้องการอีกด้วย (ช่วงที่ 2) และการพิจารณาความจำเป็นด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) (ช่วงที่ 3) ตามลำดับ

ในช่วงที่ 4 นี้ ได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นเพิ่มเติมโดยการมีการให้คำแนะนำถึงขั้นตอนในการพิจารณาความจำเป็น (necessity test) ของมาตรการ ว่าควรแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนที่ 1 คือ การพิจารณาโดยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่าที่มาตรการต้องการปกป้อง ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ ผลกระทบทางการค้าที่เกิดขึ้นจากมาตรการ และ ขั้นตอนที่ 2 คือ การเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่ถูกต้องแย้งกับมาตรการทางเลือกอื่น

นอกจากนี้ ได้มีการกำหนดภาระการพิสูจน์ให้ชัดเจนขึ้นโดยแบ่งภาระการพิสูจน์ให้เป็นหน้าที่ของทั้งภาคีผู้ถูกร้องและภาคีผู้ร้อง ในการพิสูจน์เป็นลำดับ กล่าวคือ ในเบื้องต้น ภาคีผู้ถูกร้องมีภาระการพิสูจน์ในการหาข้อมูลพยานหลักฐานมายืนยันตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing

⁵² *Ibid*, para.172.

“We indicated in *Korea – Beef* that one aspect of the "weighing and balancing process ... comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure" is reasonably available is the extent to which the alternative measure "contributes to the realization of the end pursued". In this case, the objective pursued by the measure is the preservation of human life and health through the elimination, or reduction, of the well-known, and life-threatening, health risks posed by asbestos fibres. The value pursued is both vital and important in the highest degree. The remaining question, then, is whether there is an alternative measure that would achieve the same end and that is less restrictive of trade than a prohibition.”

and balancing) เพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการของตนจำเป็นแล้ว ภาระการพิสูจน์ตกไปอยู่แก่ฝ่ายภาคีผู้ร้อง ที่ต้องพิสูจน์ว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นอยู่ โดยนำเสนอมาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลที่ภาคีผู้ถูกร้องสมควรเลือกใช้แทนมาตรการที่ถูกโต้แย้ง เพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้ง เป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น ภาคีผู้ถูกร้องกลับมามีภาระการพิสูจน์ว่า มาตรการทางเลือกที่ภาคีผู้ร้องเสนอ เป็นมาตรการที่ไม่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล เพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าที่ต้องการแล้ว

อีกทั้ง ยังมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขเฉพาะ (specific condition) ในการพิจารณามาตรการทางเลือก ที่ได้รับการเสนอโดยภาคีผู้ร้องว่าเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ดังนี้ มาตรการที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถปฏิบัติได้ มิใช่เพียงเป็นวิธีการในทางทฤษฎี เท่านั้น (merely theoretical in nature) และมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลจะต้องไม่เป็น มาตรการที่สร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ถูกร้องเกินสมควร (imposes an undue burden on that Member) เช่น มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง หรือ มีสาระสำคัญทางเทคนิคเป็นที่ยุ่งยาก อีกทั้ง มาตรการที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ในระดับที่ภาคีผู้ถูกร้องต้องการอีกด้วย

ดังจะสามารถเห็นได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยคดีในช่วงที่ 4 ได้แก่ คดี *US-Gambling* ค.ศ. 2004 (มาตรา XX (a)) ,*Dominican Republic-import and sale of cigarettes* ค.ศ. 2004 (มาตรา XX (d)), *Mexico-Taxes on Soft Drinks* ค.ศ. 2005 (มาตรา XX (d))

4.2.4.1 *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US-Gambling: 2004)*⁵³

การตีความมาตรการที่จำเป็นในคดี *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services* คดีดังกล่าวเป็นการโต้แย้งเรื่อง การออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี (public morals exception) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ ตามมาตรา XX (a) ความตกลง GATT แต่เนื่องจากคดีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าบริการ มิใช่การค้า สินค้า สหรัฐอเมริกาจึงโต้แย้งว่า มาตรการดังกล่าวจะต้องพิจารณาภายใต้มาตรา XIV(a) ความตกลง GATS แทนมาตรา XX ของความตกลง GATT อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่ามาตรการ “จำเป็น” เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีตามมาตรา XIV(a) ความตกลง GATS มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับการพิจารณา “มาตรการที่จำเป็น” เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี ตามมาตรา XX (a) ความตกลง GATT

⁵³ *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, (WT/DS285/R), (WT/DS285/AB/R), [2004].

คดีนี้เริ่มต้นโดยประเทศแอนติกัวได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) เพื่อให้พิจารณาว่า การห้ามบริการการพนันข้ามแดนและมาตรการการจำกัดการโอนเงินและจ่ายเงินข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับบริการการพนันของสหรัฐานั้น ไม่สอดคล้องกับทบทบัญญัติความตกลง GATS สหรัฐฯ อ้างว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีตามมาตรา XIV(a) ความตกลง GATS

หลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการที่“จำเป็น”เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ได้พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็น เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีหรือไม่ ดังนี้

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef*⁵⁴ ในการตีความมาตรการที่“จำเป็น”ภายใต้บทบัญญัติมาตรา XX (d) ความตกลง GATT 1994 ในคดีดังกล่าวองค์กรอุทธรณ์ให้ความเห็นว่า “คำว่า“จำเป็น(necessary)” นั้น มีความหมายในหลายระดับตั้งแต่ด้านหนึ่งที่ว่า “ซึ่งขาดเสียไม่ได้ (indispensable)” ส่วนอีกด้านหนึ่งที่ว่า “ทำให้มีผลต่อ (making a contribution to)” องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่า มาตรการที่“จำเป็น” มีความหมายใกล้เคียงคำว่า “ซึ่งขาดเสียไม่ได้”มากกว่าความหมายในด้านตรงกันข้าม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าการตีความดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ได้กับการตีความถ้อยคำตาม Article XIV(a) ของความตกลง GATS ได้เช่นเดียวกัน⁵⁵

⁵⁴ Korea – Various Measures on Beef, Appellate Body Report, *supra note 37*, para.161.

⁵⁵ U.S.-Gambling, Panel Report, *supra note 53*, para.6.475.

“With respect to the requirement, under Article XIV(a) of the GATS, that a measure be “necessary”, the Panel notes that the Appellate Body in *Korea – Various Measures on Beef* established various parameters within which a determination of whether a measure is “necessary” within the meaning of Article XX(d) of the GATT 1994 must be made. Specifically, the Appellate Body noted that:

“...As used in Article XX (d), the term ‘necessary’ refers, in our view, to a range of degrees of necessity. At one end of this continuum lies ‘necessary’ understood as ‘indispensable’; at the other end, is ‘necessary’ taken to mean as ‘making a contribution to’. We consider that a ‘necessary’ measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of ‘indispensable’ than to the opposite pole of simply ‘making a contribution to’.”

The Panel is of the view that these statements are equally applicable in the context of Article XIV of the GATS, including Article XIV (a).”

นอกจากนั้น องค์การอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวได้กล่าวถึงกระบวนการทดสอบชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (a "weighing and balancing" test) ว่าเป็นพื้นฐานในการตรวจสอบมาตรการที่เลือกใช้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา XX(d) และจากคำวินิจฉัยคดี *EC – Asbestos* ได้มีการวางแนวทางหลักการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลไว้เช่นเดียวกัน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงมีแนวทางการพิจารณา มาตรการที่จำเป็นโดยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล ดังนี้⁵⁶

1. พิจารณาความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่าที่มาตรการต้องการปกป้อง (องค์การอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ให้ความเห็นว่า การที่คุณค่าหรือประโยชน์ที่ต้องการปกป้อง มีความสำคัญมากเท่าไร มาตรการดังกล่าวก็ยังมีแนวโน้มว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น)

2. พิจารณาถึงประสิทธิภาพของมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นจริงได้ (องค์การอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ให้ความเห็นว่า ยิ่งมาตรการสามารถทำให้ บรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้ได้มากเท่าไร ก็ยังมีแนวโน้มว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น)

3. ผลกระทบทางการค้าที่เกิดขึ้นจากมาตรการ (องค์การอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ให้ความเห็นว่า การที่มาตรการส่งผลกระทบต่อการค้าขาย ยังมีแนวโน้มว่าเป็น มาตรการที่จำเป็น และได้ชี้ว่า การพิจารณาว่ายังมีมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO ซึ่งเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลอยู่หรือไม่ จะต้องพิจารณาในขั้นตอนนี้)

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่า สหรัฐอเมริกาไม่สามารถพิสูจน์ถึงความสุจริต ในการ ดำเนินการหามาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO ซึ่งสามารถปรับใช้ได้

⁵⁶ *Ibid*, para.6.477.

“ (a) the importance of interests or values that the challenged measure is intended to protect. (With respect to this requirement, the Appellate Body has suggested that, if the value or interest pursued is considered important, it is more likely that the measure is "necessary".)

(b) the extent to which the challenged measure contributes to the realization of the end pursued by that measure. (In relation to this requirement, the Appellate Body has suggested that the greater the extent to which the measure contributes to the end pursued, the more likely that the measure is "necessary".)

(c) the trade impact of the challenged measure. (With regard to this requirement, the Appellate Body has said that, if the measure has a relatively slight trade impact, the more likely that the measure is "necessary". The Appellate Body has also indicated that whether a reasonably available WTO-consistent alternative measure exists must be taken into consideration in applying this requirement.)”

อย่างสมเหตุสมผล⁵⁷ โดยให้เหตุผลว่า จากการพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ สรุปได้ว่า ประโยชน์ที่ต้องการปกป้องโดยการออกกฎหมายของสหรัฐนั้น (the Wire Act, the Travel Act, the Illegal Gambling Business Act) เป็นการปกป้องประโยชน์ที่มีความสำคัญยิ่งต่อสหรัฐอเมริกา อีกทั้งมาตรการในการออกกฎหมายดังกล่าวยังสามารถทำให้วัตถุประสงค์ที่สหรัฐต้องการเป็นจริงได้ แต่อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาถึงผลกระทบทางการค้าของมาตรการ ที่จะพิจารณาว่ามาตรการของสหรัฐเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่นั้น สหรัฐได้ปฏิเสธคำเสนอให้มีการเจรจาหรือร่วมกันของประเทศแอนติกัว หนทางดังกล่าวเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับความตกลงของ WTO⁵⁸ เช่นนี้เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ในคดีนี้และเหตุผลที่ได้อธิบายข้างต้น ก่อนที่สหรัฐอเมริกาส่งเลือกใช้มาตรการในการออกกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO ดังกล่าว สหรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องหามาตรการทางเลือกอื่น ๆ ด้วยความสุจริต และจะต้องปรากฏว่าไม่มีมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO อีกแล้ว มาตรการดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นซึ่งขาดเสียไม่ได้ (indispensable)⁵⁹

⁵⁷ *Ibid*, para.6.531

“the United States failed to pursue in good faith a course of action that could have been used by it to explore the possibility of finding a reasonably available WTO-consistent alternative”

⁵⁸ *Ibid*, para.6.533.

“On the other hand, as stated above in paragraph 6.495, we also find that the measures in question have a significant impact on trade. In this regard, we find that, while the United States has legitimate specific concerns with respect to money laundering, fraud, health and underage gambling that are specific to the remote supply of gambling and betting services, which suggests that the measures in question are "necessary" within the meaning of Article XIV(a), the United States has declined Antigua's invitation to engage in bilateral and/or multilateral consultations and/or negotiations to determine whether there is a way of addressing its concerns in a WTO-consistent manner”

⁵⁹ *Ibid*, para.6.534.

“We consider that, given the circumstance of this case and for the reasons explained above in paragraphs 6.526-6.530, the United States, before imposing a WTO inconsistent measure, was obliged to explore these options in a good faith manner with a view to exhausting WTO-consistent alternatives, even if it considered that the measures in question were "indispensable".”

คดีนี้ได้มีการยื่นอุทธรณ์ องค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยว่า การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ได้มีการทดสอบดังนี้ ขั้นตอนแรก พิจารณาว่ามาตรการนั้นได้ถูกออกแบบ (designed) เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ขั้นตอนที่สอง พิจารณาว่า มาตรการนั้น ๆ “จำเป็น” หรือไม่⁶⁰ ซึ่งในขั้นตอนที่สอง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่ามาตรการการออกกฎหมายของสหรัฐนั้นไม่จำเป็น

องค์การอุทธรณ์ได้วางหลักการตีความคำว่า “จำเป็น” ตามข้อยกเว้นทั่วไปของบทบัญญัติ เป็นการพิจารณาในทางภาวะวิสัยที่ต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐาน⁶¹ จากตัวอย่างคดี *Korea – Various Measures on Beef* องค์การอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวได้พิจารณาตรวจสอบมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX(d) ความตกลง GATT โดยใช้กระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้อง⁶² กระบวนการดังกล่าวเริ่มต้นโดยการประเมิน ความสำคัญที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์หรือคุณค่าจากมาตรการที่ถูกโต้แย้ง (the

⁶⁰ U.S.-Gambling, Appellate Body Report, *supra note 53*, para.294.

“In the first step of its analysis under this provision, the Panel examined whether the measures at issue—the Wire Act, the Travel Act, and the IGBA—are “designed” to protect public morals and to maintain public order. As a second step, the Panel determined whether these measures are “necessary” to protect public morals or to maintain public order, within the meaning of Article XIV (a).”

⁶¹ *ibid*, para.304.

“We note, at the outset, that the standard of “necessity” provided for in the general exceptions provision is an *objective* standard. To be sure, a Member’s characterization of a measure’s objectives and of the effectiveness of its regulatory approach—as evidenced, for example, by texts of statutes, legislative history, and pronouncements of government agencies or officials—will be relevant in determining whether the measure is, objectively, “necessary”.”

⁶² *ibid*, para.305.

“In *Korea – Various Measures on Beef*, the Appellate Body stated, in the context of Article XX(d) of the GATT 1994, that whether a measure is “necessary” should be determined through “a process of weighing and balancing a series of factors”. The Appellate Body characterized this process as one:

“... comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure which the Member concerned could “reasonably be expected to employ” is available, or whether a less WTO inconsistent measure is “reasonably available”.”

"relative importance" of the interests or values furthered by the challenged measure) โดยค้นหาความสำคัญจากประโยชน์ที่เป็นวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย จากนั้นก็พิจารณาปัจจัยอื่นๆ เพื่อเป็นการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล องค์กรอุทธรณ์ชี้ให้เห็นถึงปัจจัยอีก 2 ประการที่นำมาพิจารณาเพื่อประเมินความจำเป็นของมาตรการในคดีส่วนใหญ่ ปัจจัยหนึ่งคือ ประสิทธิภาพของมาตรการที่จะทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นจริงได้ (the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it.) และอีกปัจจัยหนึ่งคือ ผลกระทบอันเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศของมาตรการ (the restrictive impact of the measure on international commerce.)⁶³

จากนั้นจึงควรที่จะเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่เป็นไปได้ ผลของการเปรียบเทียบดังกล่าวจะต้องพิจารณาภายใต้ขอบเขตของความสำคัญของประโยชน์ที่ต้องการปกป้องเป็นการตรวจสอบบนพื้นฐานของหลักการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล และการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการต่าง ๆ ที่สามารถปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าที่ต้องการได้ ในขั้นตอนนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่ "จำเป็น (necessary)" หรือ มาตรการอื่นๆ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO เป็นมาตรการที่ "สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available)"⁶⁴

⁶³ *ibid*, para.306.

"The process begins with an assessment of the "relative importance" of the interests or values furthered by the challenged measure. Having ascertained the importance of the particular interests at stake, a panel should then turn to the other factors that are to be "weighed and balanced". The Appellate Body has pointed to two factors that, in most cases, will be relevant to a panel's determination of the "necessity" of a measure, although not necessarily exhaustive of factors that might be considered. One factor is the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it; the other factor is the restrictive impact of the measure on international commerce."

⁶⁴ *ibid*, para.307.

"A comparison between the challenged measure and possible alternatives should then be undertaken, and the results of such comparison should be considered in the light of the importance of the interests at issue. It is on the basis of this "weighing and balancing" and comparison of measures, taking into account the interests or values at stake, that a panel determines whether a measure is "necessary" or, alternatively, whether another, WTO-consistent measure is "reasonably available"."

ในชั้นตอนนี้ ภายใต้มาตรา XIV(a) มาตรการจะเป็น “มาตรการที่จำเป็น” ต่อเมื่อ ไม่มีมาตรการอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล มาตรการจะไม่ใช่มาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล เมื่อพบว่า มาตรการนั้นๆเป็นมาตรการที่เป็นไปได้เพียงในทางทฤษฎีเท่านั้น (merely theoretical in nature) กล่าวคือ การที่ภาคีผู้ถูกร้องไม่สามารถปฏิบัติได้ (not capable of taking it) หรือ เป็นมาตรการที่เอาเปรียบสร้างภาระเกินสมควรให้แก่สมาชิกนั้นๆ (imposes an undue burden on that Member) เช่น การมีค่าใช้จ่ายที่แพงเกินสมควร การมีสาระสำคัญในทางเทคนิคที่มีความยุ่งยาก ยิ่งไปกว่านั้น มาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถทำให้ภาคีผู้ถูกร้อง สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับที่ต้องการปกป้องได้ (to achieve its desired level of protection) ตามวัตถุประสงค์ภายใต้อนุมาตรา (a) มาตรา XIV ความตกลง GATS⁶⁵

เป็นการวางหลักว่า ภาคีผู้ถูกร้องจะต้องกล่าวอ้างยืนยันต่อผู้และพิสูจน์ว่า มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO ดังกล่าวสามารถพิสูจน์จนเป็นที่พอใจในบริบทมาตรา XIV(a) กล่าวคือ ภาคีที่ถูกร้องโต้แย้งจะต้องแสดงให้เห็นว่า มาตรการนั้นๆเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับ ศีลธรรมอันดีหรือประโยชน์สาธารณะแล้ว อย่างไรก็ตามเบื้องต้นไม่ใช่ว่าภาระการพิสูจน์ของภาคีผู้ถูกร้อง ว่า ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาคีผู้ถูกร้องไม่จำเป็นต้องพิสูจน์หามาตรการทางเลือกที่กีดกันทางการค้าน้อยกว่า และไม่จำเป็นต้องแสดงว่าในบรรดามาตรการเหล่านั้นไม่มีมาตรการใดที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ ความตกลงของ WTO ไม่ได้มุ่งหมายให้มีการทำในสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติเช่นนั้น⁶⁶

⁶⁵ *ibid*, para.308.

“The requirement, under Article XIV(a), that a measure be “necessary”—that is, that there be no “reasonably available”, WTO-consistent alternative—reflects the shared understanding of Members that substantive GATS obligations should not be deviated from lightly. An alternative measure may be found not to be “reasonably available”, however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover, a “reasonably available” alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued under paragraph (a) of Article XIV”

⁶⁶ *ibid*, para.309.

“It is well-established that a responding party invoking an affirmative defence bears the burden of demonstrating that its measure, found to be WTO-inconsistent, satisfies

สำหรับภาคีผู้ถูกร้องมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (*prima facie*) ว่า มาตรการที่เลือกใช้นั้นจำเป็นแล้ว โดยการแสดงหลักฐานและเหตุผลที่ทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสามารถประเมินมาตรการที่ถูกโต้แย้งตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลได้ ในขั้นตอนนี้ภาคีผู้ถูกร้องไม่มีพันธกรณีที่ต้องชี้ว่าทำไมมาตรการอื่น ๆ จึงไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้

ถ้าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่า ภาคีผู้ถูกร้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (*prima facie*) ได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เช่นนี้จึงมีนัยสำคัญว่ามีความเข้าใจความหมายในด้าน “จำเป็นซึ่งขาดเสียไม่ได้ (indispensable)” มากกว่าความหมายในด้านตรงข้าม จากนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงตรวจสอบว่ามาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่ “จำเป็น (necessary)” หรือไม่ภายใต้มาตรา XIV(a) ความตกลง GATS⁶⁷

เมื่อภาคีผู้ร้องได้เสนอมาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO ที่ภาคีผู้ถูกร้องควรเลือกใช้แล้ว ภาคีผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ว่าทำไมมาตรการที่ถูกโต้แย้งนั้นจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่น ๆ กล่าวคือ ทำไมมาตรการทางเลือกที่ถูกเสนอจึงไม่เป็นมาตรการ

the requirements of the invoked defence. In the context of Article XIV (a), this means that the responding party must show that its measure is "necessary" to achieve objectives relating to public morals or public order. In our view, however, it is not the responding party's burden to show, in the first instance, that there are *no* reasonably available alternatives to achieve its objectives. In particular, a responding party need not identify the universe of less trade-restrictive alternative measures and then show that none of those measures achieves the desired objective. The WTO agreements do not contemplate such an impracticable and, indeed, often impossible burden.”

⁶⁷ *ibid*, para.310.

“Rather, it is for a responding party to make a *prima facie* case that its measure is "necessary" by putting forward evidence and arguments that enable a panel to assess the challenged measure in the light of the relevant factors to be "weighed and balanced" in a given case. The responding party may, in so doing, point out why alternative measures would not achieve the same objectives as the challenged measure, but it is under no obligation to do so in order to establish, in the first instance, that its measure is "necessary". If the panel concludes that the respondent has made a *prima facie* case that the challenged measure is "necessary"—that is, "significantly closer to the pole of 'indispensable' than to the opposite pole of simply 'making a contribution to'"—then a panel should find that challenged measure "necessary" within the terms of Article XIV(a) of the GATS.

ที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) หากว่าภาคีผู้ถูกร้องพิสูจน์ได้ว่า มาตรการทางเลือกอื่น ๆ นั้นไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าในระดับที่ภาคีต้องการ เช่นนี้แล้ว มาตรการที่ถูกโต้แย้ง (the challenged measure) จะเป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้ มาตรา XIV(a) ภายใต้ความตกลง GATS⁶⁸

จากการพิจารณาอุทธรณ์ทบทวนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท องค์การอุทธรณ์มีคำตัดสินว่า สหรัฐฯ ได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงเบื้องต้น (*prima facie*) ว่ามาตรการออกกฎหมายที่เลือกใช้นั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นแล้ว และประเทศแอนติกัว ไม่สามารถระบุมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล จึงสรุปได้ว่า สหรัฐฯ ได้พิสูจน์แล้วว่ามาตรการออกกฎหมายห้ามการพนันเป็นมาตรการที่จำเป็น ภายใต้อนุมาตรา (a) มาตรา XIV ความตกลง GATS⁶⁹ กลับคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

4.2.4.2 Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (Dominican Republic-import and sale of cigarettes: 2004)⁷⁰

คดี Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes เป็นคดีที่ประเทศฮอนดูรัส โต้แย้งมาตรการต่างๆของสาธารณรัฐโดมินิกัน เช่น

⁶⁸ *ibid*, para.311.

“If, however, the complaining party raises a WTO-consistent alternative measure that, in its view, the responding party should have taken, the responding party will be required to demonstrate why its challenged measure nevertheless remains "necessary" in the light of that alternative or, in other words, why the proposed alternative is not, in fact, "reasonably available". If a responding party demonstrates that the alternative is not "reasonably available", in the light of the interests or values being pursued and the party's desired level of protection, it follows that the challenged measure must be "necessary" within the terms of Article XIV(a) of the GATS.”

⁶⁹ *ibid*, para.326.

“...Because the United States made its *prima facie* case of "necessity", and Antigua failed to identify a reasonably available alternative measure, we conclude that the United States demonstrated that its statutes are "necessary", and therefore justified, under paragraph (a) of Article XIV.”

⁷⁰ Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes, (WT/DS302/R), (WT/DS302/AB/R), [2004].

การเก็บภาษีเพิ่มเติมจากสินค้านำเข้า (the surcharge on imported goods) การจัดเก็บภาษีจากค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างชาติ (the foreign exchange fee) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดให้มีการติดอากรแสตมป์ (tax stamps) บนซองบุหรี่ที่นำเข้ามาภายในสาธารณรัฐโดมินิกัน ภายใต้การกำกับดูแลของสรรพากรท้องถิ่น ว่าเป็นการปฏิบัติที่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อบุหรี่ภายในประเทศ จึงละเมิดต่อพันธกรณีความตกลง GATT มาตรา III:4 หลักการห้ามเลือกการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ สาธารณรัฐโดมินิกันอ้างว่า แม้มาตรการดังกล่าวจะไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO ใดๆ ก็ดี มาตรการดังกล่าวก็เป็นไปตามข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX(d)

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการที่“จำเป็น”การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT

การพิจารณามาตรา XX (d) ความตกลง GATT 1994 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gasoline* (ย่อหน้า 22) ว่าการวิเคราะห์หอนุมตราย่อยของมาตรา XX มี 2 ขั้นตอน

“ในการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่สอดคล้องตามมาตรา XX นั้น หาใช่พิจารณามาตรการภายใต้อนุมาตราที่กำหนด จากอนุมาตรา (a) – (j) เพียงอย่างเดียว หากแต่จะต้องพิจารณาภายใต้บทนำของมาตรา XX ด้วย กล่าวคือ ในการวิเคราะห์ ประการแรกต้องพิจารณามาตรการตามอนุตราย่อย ประการที่สอง พิจารณามาตรการตามบทนำของมาตรา XX”⁷¹

ยิ่งไปกว่านั้นในการพิจารณาภายใต้อนุมาตรา (d) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ว่า สำหรับมาตรการที่จะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา XX (d) จะต้องมีการพิสูจน์ในสองขั้นตอน ประการแรก มาตรการนั้นจะต้องได้รับการ “ออกแบบ” มาเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ ซึ่งกฎหมายและข้อบังคับนั้นจะต้องไม่ละเมิดต่อบทบัญญัติความตกลง GATT ประการที่สอง มาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่“จำเป็น” เพื่อให้มีการปฏิบัติ

⁷¹ Dominican Republic-import and sale of cigarettes, Panel Report, *ibid*, para.7.206.

“As the Appellate Body has explained, the analysis of a measure under one of the paragraphs of Article XX is "two-tiered":

"In order that the justifying protection of Article XX may be extended to it, the measure at issue must not only come under one or another of the particular exceptions -- paragraphs (a) to (j) -- listed under Article XX; it must also satisfy the requirements imposed by the opening clauses of Article XX. The analysis is, in other words, two-tiered: first, provisional justification by reason of characterization of the measure under [in that case] XX (g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX..."

ตามกฎหมาย สมาชิกใดที่ยกมาตรา XX (d) ขึ้นกล่าวอ้างจะต้องมีการพิสูจน์ในสองขั้นตอนดังกล่าวข้างต้นนี้⁷²

ในการพิจารณาว่าจำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับภาษี คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาว่า มาตรการอากรแสตมป์ “จำเป็น” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยภาษีของสาธารณรัฐโดมินิกันหรือไม่⁷³

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* (ย่อหน้าที่ 161) ที่ได้พิจารณาว่า คำว่า “จำเป็น” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับนั้น มาตรการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีความความหมายถึงขั้นที่ว่า “จำเป็นซึ่งขาดเสียไม่ได้” (Indispensable) ในทางตรงกันข้าม มาตรการดังกล่าวก็ต้องไม่เป็นเพียงมาตรการที่ทำให้มีผลต่อ (making a contribution to) เท่านั้น⁷⁴ องค์กรอุทธรณ์ได้อธิบายว่า ในการตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการจะต้องมีการพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่เกี่ยวข้องซึ่งกฎหมายหรือข้อบังคับนั้นมุ่งหมายปกป้อง (ยิ่งมีความสำคัญต่อชีวิต หรือประโยชน์สาธารณะมาก ก็ยิ่งง่ายต่อการพิจารณาว่า “จำเป็น” ที่ต้องมีมาตรการที่ออกแบบมาเพื่อเป็นเครื่องมือบังคับใช้) พิจารณา

⁷² *ibid*, para.7.207.

“More specifically with relation to paragraph (d), the Appellate Body has also stated that:

"For a measure... to be justified provisionally under paragraph (d) of Article XX, two elements must be shown. First, the measure must be one designed to 'secure compliance' with laws or regulations that are not themselves inconsistent with some provision of the GATT 1994. Second, the measure must be 'necessary' to secure such compliance. A Member who invokes Article XX (d) as a justification has the burden of demonstrating that these two requirements are met."

⁷³ *ibid*, para.7.212.

“The Panel will now examine whether the tax stamp requirement is "necessary" to secure compliance with the Dominican Republic's tax laws and regulations.”

⁷⁴ *ibid*, para.7.213.

“The Panel begins by recalling several statements made by the Appellate Body. On the one hand, the Appellate Body has clarified that, in order to be considered "necessary" to secure compliance, a measure does not need to be "indispensable". On the other hand, it should not just be simply "making a contribution to".”

ประสิทธิภาพของมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์เกิดขึ้นจริงได้ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่ถูกต้องแย้ง (ยิ่งมาตรการมีประสิทธิภาพมาก ยิ่งง่ายต่อการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น) และพิจารณาผลกระทบทางการค้าของมาตรการต่อสินค้านำเข้า (มาตรการที่มีผลกระทบต่อการนำเข้าน้อยก็ยิ่งง่ายต่อการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นมากกว่ามาตรการที่กีดกันทางการค้าในวงกว้าง)⁷⁵

และได้พิจารณาในประเด็นทางเลือกอื่นของมาตรการ ที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล หรือขัดแย้งกับบทบัญญัติที่น้อยกว่า โดยการอ้างอิงคำตัดสินใจคดี *United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930* (ย่อหน้าที่ 5.26) ว่า

“ภาคีสัญญาจะไม่สามารถพิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลง GATT ดังกล่าว เป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX (d) ได้ หากว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้และมาตรการนั้นไม่ขัดต่อความตกลง GATT ในกรณีที่มาตรการที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (not reasonably available) ภาคีสัญญาถูกผูกพันให้ต้องเลือกใช้มาตรการในบรรดามาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล ที่ละเมิดความตกลง GATT ในระดับน้อยที่สุด”⁷⁶

⁷⁵ *ibid*, para.7.214.

“The Appellate Body has also clarified that the necessity of a measure may also be examined in the light of factors such as: the relative importance of the common interests or values that the law or regulation to be enforced is intended to protect (the more vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as "necessary" a measure designed as an enforcement instrument); the extent to which the measure contributes to the realization of the end pursued, the securing of compliance with the law or regulation at issue (the greater the contribution, the more easily a measure might be considered to be "necessary"); and, the restrictive impact of the measure on imported goods (a measure with a relatively small impact upon imported products might more easily be considered as "necessary" than a measure with intense or broader restrictive effects).”

⁷⁶ *ibid*, para.7.227.

“The Appellate Body has referred to the issue of the "necessity" of a measure in the presence of other reasonably available, less-GATT inconsistent, measures.... ...we found that the panel was correct in following the standard set forth by the panel in *United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930*:

องค์กรอุทธรณ์ได้อ้างอิงคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef*, *EC – Asbestos* และ *US – Gambling* ที่วางหลักว่า ในการประเมินว่าทางเลือกที่ถูกเสนอให้แทนที่มาตรการที่ถูกโต้แย้งนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ปัจจัยต่าง ๆ เช่น ผลกระทบทางการค้าของมาตรการ ความสำคัญของประโยชน์ที่ต้องปกป้อง หรือประสิทธิภาพของมาตรการ ในการทำให้วัตถุประสงค์เกิดขึ้นจริงได้ จะต้องนำมาวิเคราะห์ด้วย กระบวนการซึ่งนำหน้านักถ่วงดุล 3 ปัจจัยที่เกี่ยวข้องจะทำให้ทราบว่า มาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO หรือขัดแย้งกับบทบัญญัติ WTO น้อยกว่า ที่ได้รับการเสนอนั้นจะสามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้น ในคดี *US – Gambling* องค์กรอุทธรณ์ได้วางหลักว่า

“มาตรการจะไม่ใช่มาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล เมื่อพบว่า มาตรการนั้นๆเป็นมาตรการที่เป็นไปได้ในทางทฤษฎีเพียงเท่านั้น (merely theoretical in nature) กล่าวคือ การที่ภาคีผู้ถูกร้องไม่สามารถปฏิบัติได้ (not capable of taking it) หรือ เป็นมาตรการที่เอาเปรียบ สร้างภาระเกินสมควรให้แก่สมาชิกนั้นๆ (imposes an undue burden on that Member) เช่น การมีค่าใช้จ่ายที่แพงเกินสมควร การมีสาระสำคัญในทางเทคนิคที่มีความยุ่งยาก ยิ่งไปกว่านั้น มาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถทำให้ภาคีผู้ถูกร้องสามารถบรรลุมวัตถุประสงค์ในระดับที่ต้องการปกป้องได้”⁷⁷

'It was clear to the Panel that a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as 'necessary' in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.'"

⁷⁷ Dominican Republic-import and sale of cigarettes, Appellate Body Report, *supra* note 70, para.70.

“The Appellate Body Reports in *Korea – Various Measures on Beef*, *EC – Asbestos* and *US – Gambling* indicate that, in the assessment of whether a proposed alternative to the impugned measure is reasonably available, factors such as the trade impact of the measure, the importance of the interests protected by the measure, or the contribution of the measure to the realization of the end pursued, should be taken into account in the analysis. The weighing and balancing process of these three factors also informs the determination whether a WTO-consistent alternative measure which the

4.2.4.3 Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages

(Mexico-Taxes on Soft Drinks: 2005)⁷⁸

คดี *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages* เป็นคดีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาโต้แย้งมาตรการของประเทศเม็กซิโก ซึ่งออกมาตรการจัดเก็บภาษีน้ำตาลและเครื่องดื่มอื่น ๆ ที่ใช้สารแทนความหวานอย่างอื่นนอกเหนือไปจากการใช้น้ำตาลจากอ้อย รวมถึงจัดเก็บภาษีร้อยละ 20 จากการถ่ายโอนสินค้า และเก็บภาษีจากกิจการที่เกี่ยวข้อง เช่น จากค่านายหน้าการขายสินค้าจากสำนักงานขาย จากตัวแทนจำหน่าย และจากการจำหน่ายสินค้า โดยสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่ามาตรการของเม็กซิโกดังกล่าวละเมิดพันธกรณีความตกลง GATT มาตรา III:2 และมาตรา III:4 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งมาตรการทางภาษีและมาตรการที่มีใช้ภาษี

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการที่ “จำเป็น” การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gasoline* (ย่อหน้า 22) ว่าการวิเคราะห์ห่อนุมาตราย่อยของมาตรา XX มี 2 ขั้นตอน

“ในการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่สอดคล้องตามมาตรา XX นั้น หาใช่พิจารณามาตรการภายใต้อนุมาตราที่กำหนด จากอนุมาตรา (a) – (j) เพียงเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาภายใต้บทนำของมาตรา XX ด้วย กล่าวคือ ในการวิเคราะห์ ประการแรกจะต้องพิจารณามาตรการภายใต้อนุมาตราย่อยประการที่สอง พิจารณามาตรการตามบทนำของมาตรา XX”⁷⁹

Member concerned could reasonably be expected to employ is available, or whether a less WTO inconsistent measure is reasonably available. Furthermore, in *US – Gambling*, the Appellate Body indicated:

An alternative measure may be found not to be "reasonably available", however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover, a "reasonably available" alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued ...”

⁷⁸ Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, (WT/DS308/R), (WT/DS308/AB/R), [2005].

⁷⁹ Mexico-Taxes on Soft Drinks, Panel Report, *ibid*, para.8.165.

การระงับการพิสูจน์ตกอยู่ที่ประเทศเม็กซิโกซึ่งเป็นภาคีที่กล่าวอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d) ที่ต้องพิสูจน์ว่ามาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 เพียงพอแล้วต่อการพิสูจน์ตามข้อต่อสู้⁸⁰

และได้อ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* (ย่อหน้า 157) ว่า สำหรับมาตรการที่จะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา XX (d) จะต้องมีการพิสูจน์ในสองขั้นตอน ประการแรก มาตรการนั้นจะต้องถูกออกแบบมาเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับซึ่งกฎหมายและข้อบังคับนั้นจะต้องไม่ละเมิดต่อบทบัญญัติความตกลง GATT ประการที่สอง มาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย สมาชิกโดยกมาตรา XX (d) ขึ้นกล่าวอ้างจะต้องมีการพิสูจน์ในสองขั้นตอนดังกล่าวนี้⁸¹

องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาเพิ่มเติมว่า มาตรการที่ไม่เหมาะสมหรือไม่สามารถทำให้ให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องได้ มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น อย่งไรก็ดี มาตรการใดๆสามารถกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่ถูกออกแบบมาเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ

“The Panel will follow the well-established two-tiered process of analysis elaborated by the Appellate Body in *US – Gasoline*:

"In order that the justifying protection of Article XX may be extended to it, the measure at issue must not only come under one or another of the particular exceptions - paragraphs (a) to (j) - listed under Article XX; it must also satisfy the requirements imposed by the opening clauses of Article XX."

⁸⁰ *Ibid*, para.8.166.

“The burden lies on Mexico, as the party invoking the affirmative defence provided by Article XX(d), to demonstrate that the measures which the Panel has found to be inconsistent with Article III, satisfy the requirements of the invoked defence.”

⁸¹ *Ibid*, para.8.167.

“Regarding the first stage in the application of Article XX, the Panel will follow the order of analysis set out by the Appellate Body:

"For a measure, otherwise inconsistent with GATT 1994, to be justified provisionally under paragraph (d) of Article XX, two elements must be shown. First, the measure must be one designed to 'secure compliance' with laws or regulations that are not themselves inconsistent with some provision of the GATT 1994. Second, the measure must be 'necessary' to secure such compliance. A Member who invokes Article XX(d) as a justification has the burden of demonstrating that these two requirements are met.”

ได้ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะไม่สามารถประกันว่าจะบรรลุผลตามกฎหมายหรือข้อบังคับได้อย่างแน่นอน สมบูรณ์ก็ตาม⁸²

4.2.5 ช่วงที่ 5 ค.ศ. 2007 – ค.ศ. 2015

ในช่วงที่ 5 นี้ นอกจากได้มีการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นจากหลักเกณฑ์เดิมในช่วงที่ 1 – 4 มาใช้ในการพิจารณาแล้วยังได้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขเฉพาะ (specific condition) ในการพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่นำมาพิจารณาในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) เพื่อพิจารณาความจำเป็นของมาตรการ กล่าวคือ มาตรการจะมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อ มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงระหว่างเป้าหมาย-วิธีการ (ends and means) ของวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกับมาตรการที่ถูกโต้แย้ง นอกจากนี้ แนวทางการประเมินประสิทธิภาพของมาตรการจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานของธรรมชาติของความเสี่ยง วัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมาย พิจารณาระดับของการปกป้องที่ต้องการ อีกทั้ง การพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการเป็นไปตามพื้นฐาน ปริมาณและคุณภาพของหลักฐานที่มีอยู่ในเวลาที่ทำการวิเคราะห์ในชั้นตอนนี้ และมาตรการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีประสิทธิภาพก่อให้เกิดผลได้อย่างเด่นชัดในทันทีทันใด ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์อาจเกิดขึ้นโดยมาตรการที่เกี่ยวข้องกันหลาย ๆ มาตรการได้ดังนี้

4.2.5.1 *Brazil – Measures Affecting Import of Retreaded Tyres (Brazil - Retreaded Tyres Case: 2007)*⁸³

คดี *Brazil – Measures Affecting Import of Retreaded Tyres* เป็นคดีพิพาทระหว่างประชาคมยุโรปกับประเทศบราซิล โดยประเทศบราซิลออกมาตรการห้ามการนำเข้ายางรถยนต์ที่ใช้แล้วซึ่งหล่อตอกยางใหม่ (retreaded tyres) เนื่องจากยางที่ใช้แล้วมีอายุการใช้งานสั้น มีผลเสียต่อสิ่งแวดล้อม อีกทั้งยังมีความเสี่ยงต่อสุขภาพเนื่องจาก การเก็บสะสมยางที่ใช้แล้วไว้เป็นจำนวนมากจะเป็นแหล่งเพาะพันธุ์ ยุงลาย ทำให้เกิดโรคต่าง ๆ เช่น โรคไข้เลือดออกจากเชื้อไวรัสเด็งกี (dengue) โรคมาลาเรีย ซึ่งมีุงเป็นพาหะนำโรค นอกจากนี้การเผาไหม้ของยางยังก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม มาตรการของบราซิลที่ห้ามการนำเข้ายางรถยนต์ที่ใช้แล้ว ไม่นำมาใช้กับกลุ่มประเทศเมอริโคซัวร์ (MERCOSUR) เนื่องจากประเทศบราซิลเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศดังกล่าว จึงต้องผูกพันต่อคำตัดสินของ

⁸² Mexico-Taxes on Soft Drinks, Appellate Body Report, *supra note 78*, para.74.

⁸³ Brazil – Measures Affecting Import of Retreaded Tyres, (WT/DS332/R), (WT/DS332/AB/R), [2007].

คณะอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศเมอริโคซัวร์ (MERCOSUR) ที่มีให้มีการห้ามการนำเข้าสินค้ากับประเทศในกลุ่มประเทศดังกล่าวนี้

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการ“จำเป็น”เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gasoline* ในการทดสอบ 2 ขั้นตอน คือ การพิจารณาว่ามาตรการเป็นไปตามอนุมาตราย่อยใดอย่างน้อยหนึ่งอนุมาตราภายใต้มาตรา XX และพิจารณาภายใต้บทนำของมาตรา XX⁸⁴

การพิจารณาภายใต้มาตรา XX (b) การพิจารณามาตรการที่“จำเป็น”เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช เป็นไปตามคำวินิจฉัยจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี *United States – Gasoline* (ย่อหน้าที่ 6.20) ตัดสินว่า ในการพิจารณาว่ามาตรการสอดคล้องกับอนุมาตราย่อย (b) มี 2 ขั้นตอน ดังนี้

(1) พิสูจน์ว่า “นโยบาย”จากมาตรการที่ได้อ้างข้อยกเว้น ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของนโยบายที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือไม่

(2) พิสูจน์ว่า มาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT ที่อ้างข้อยกเว้นนั้น เป็นมาตรการที่“จำเป็น”เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบาย⁸⁵ หรือไม่

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคดี *Korea – Various Measures on Beef* และคดี *US – Gambling* ว่าในการประเมินมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพมนุษย์ สัตว์ พืช

⁸⁴ Brazil-Retreaded Tyres, Panel Report, *ibid*, para.7.37.

“The Panel notes that as outlined by the Appellate Body in the *US – Gasoline* case, a two tiered. test must be presented under Article XX: it must be demonstrated that the measure (i) falls under at least one of the ten exceptions listed under Article XX, and (ii) satisfies the requirements of the preamble. ...”

⁸⁵ *ibid*, para.7.40.

“Article XX(b) covers measures "necessary to protect human, animal or plant life or health". As outlined by the Panel in *US – Gasoline*, two elements must exist for a measure to be justified under paragraph (b):

(a) the policy in respect of the measures for which the provision is invoked falls within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health; and

(b) the inconsistent measure for which the exception is invoked is *necessary* to fulfil the policy objective”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณา ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่มาตรการมุ่งหมายปกป้อง และมีข้อสังเกตว่า จากข้อแก้ต่างของประเทศบราซิลที่ว่า มีประโยชน์ส่วนน้อยเท่านั้นที่จะมีความสำคัญยิ่งกว่าความสำคัญต่อชีวิตหรือสำคัญยิ่งกว่าการปกป้องคุณภาพชีวิตของมนุษย์จากความเสี่ยงด้านสุขภาพ และการปกป้องสิ่งแวดล้อมก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน สมาชิก WTO มีสิทธิในการกำหนดระดับการปกป้องสุขภาพที่ได้พิจารณาตามความเหมาะสมของสถานการณ์ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่า ประเทศบราซิลได้เลือกระดับในการปกป้องในการลดความเสี่ยงที่เกิดจากการสะสมยางที่ใช้แล้วในระดับสูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁸⁶

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทชี้ให้เห็นว่า ว่าองค์การอนามัยโลกตระหนักว่า เชื้อไวรัสเด็งกี (dengue) เป็นโรคระบาดในเขตร้อนที่มีความฉุกฉินและกระทบต่อสาธารณสุขระหว่างประเทศในระดับรุนแรง⁸⁷

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาว่า ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ จะต้องมีการพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กันระหว่างวิธีการที่เลือกใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมายได้ กล่าวคือ ในการประเมินในขั้นตอนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ถึง ความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งในความสัมพันธ์ของเป้าหมาย-วิธีการ (relationship of ends and means) ระหว่างวัตถุประสงค์

⁸⁶ *ibid*, para.7.108.

“As outlined by the Appellate Body in Korea – Various Measures on Beef and recalled in US – Gambling, in its assessment of the measure claimed to be "necessary" to protect human, animal or plant life or health, the Panel may take into account the importance of the common interests or values that the measure is intended to protect. The Panel notes Brazil's argument that few interests are more "vital" and "important" than protecting human beings from health risks, and that protecting the environment is no less important. WTO Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation, as acknowledged by the European Communities. The Panel notes that Brazil's chosen level of protection is the reduction of the risks of waste tyre accumulation to the maximum extent possible.”

⁸⁷ *ibid*, para.7.110.

“We note in this respect that the WHO has recognized dengue as "the most important emerging tropical viral disease" and "a major international public health concern...”

ที่มุ่งหมายกับมาตรการที่เลือกใช้ ในการประเมินความเกี่ยวข้องถึงความสามารถของมาตรการในการที่จะทำให้ วัตถุประสงค์เกิดขึ้นเป็นจริงได้⁸⁸

อ้างอิงจากคดี *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes* พิจารณาว่า กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยต่างๆจะต้องนำมาพิจารณาในการประเมินว่ามาตรการทางเลือก ที่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับบทบัญญัติของ WTO น้อยกว่า จะเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้⁸⁹

คดีนี้ได้มีการอุทธรณ์ องค์การอุทธรณ์ชี้ให้เห็นว่า ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีไม่สามารถโต้แย้งอำนาจ ของสมาชิก WTO ในการกำหนดระดับของการปกป้องวัตถุประสงค์ด้านสาธารณสุขหรือสิ่งแวดล้อมในระดับที่ สมาชิกต้องการได้⁹⁰ องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ที่ได้วิเคราะห์ ประสิทธิภาพของมาตรการห้ามนำเข้าในการบรรลุวัตถุประสงค์ ว่ามาตรการจะมีประสิทธิภาพ ก็ต่อเมื่อ มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงของเป้าหมาย-วิธีการ (ends and means) ระหว่างวัตถุประสงค์ที่ มุ่งหมายกับมาตรการที่ถูกต้องได้แก่ การเลือกแนวทางการประเมินประสิทธิภาพของมาตรการจะต้องพิจารณา บนพื้นฐานของธรรมชาติของความเสี่ยง วัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมาย พิจารณาระดับของการปกป้องที่ต้องการ

⁸⁸ *ibid*, para.7.119.

“In the Panel's view, a determination of a measure's contribution to a particular objective is primarily an analysis of the pertinence and relevance of the chosen means for the achievement of the aim pursued. In other words, our assessment at this stage of the analysis relates essentially to the "relationship of ends and means" between the objective pursued and the chosen measure. This assessment relates to the capacity of the chosen measure to contribute to the realization of the objective.”

⁸⁹ *ibid*, para.7.150.

“As stated by the Appellate Body in *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes*, the weighing and balancing process of the factors that we have considered above should inform the determination of whether a WTO-consistent alternative measure, or a less WTO-inconsistent measure, which the Member concerned could reasonably be expected to employ, is available”

⁹⁰ *Brazil-Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, *supra note 83*, para.140.

“We note at the outset that the participants do not dispute that it is within the authority of a WTO Member to set the public health or environmental objectives it seeks to achieve, as well as the level of protection that it wants to obtain, through the measure or the policy it chooses to adopt.”

และในท้ายที่สุดประสิทธิภาพของมาตรการขึ้นอยู่กับ พื้นฐาน ปริมาณและคุณภาพของหลักฐานที่มีอยู่ในเวลา ที่ทำการวิเคราะห์ในขั้นตอนนี้⁹¹

อย่างไรก็ดี ไม่ได้หมายความว่า มาตรการห้ามการนำเข้า หรือมาตรการที่กีดกันทางการค้าอื่น ๆ จะต้องมีประสิทธิภาพก่อให้เกิดผลได้อย่างเด่นชัดในทันทีทันใดจึงจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นมาตรการ ที่จำเป็นตามมาตรา XX (b) เท่านั้น แต่องค์กรอุทธรณ์ตระหนักว่า ในการแก้ปัญหาด้านสาธารณสุขหรือ สิ่งแวดล้อมที่มีความซับซ้อน ก็อาจแก้ไขได้เพียงนโยบายที่มีลักษณะครอบคลุมประกอบไปด้วยมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกัน เช่นนี้แล้วในระยะเวลาอันสั้นอาจเป็นการยากในการพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการใด มาตรการหนึ่งแยกต่างหากจากมาตรการอื่น ๆ ที่มีส่วนในนโยบายที่มีลักษณะครอบคลุมนั้น⁹²

กล่าวโดยสรุป การพิจารณามาตรการที่“จำเป็น”ตามความหมายมาตรา XX (b) คณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทจะต้องประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ และการ กีดกันทางการค้า ภายใต้ขอบเขตความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่าที่ยกขึ้นกล่าวอ้าง ถ้าหากการวิเคราะห์ ในเบื้องต้นสามารถสรุปได้ว่ามาตรการนั้นจำเป็น ผลดังกล่าวจะต้องได้รับการยืนยันอีกครั้ง โดย การเปรียบเทียบมาตรการที่ถูกต้องแย้งกับมาตรการทางเลือกที่เป็นไปได้ ซึ่งอาจเป็นมาตรการที่กีดกัน ทางการค้าน้อยกว่าที่ให้ประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์เท่าเทียมกันกับมาตรการที่ถูกต้องแย้ง การระบุ

⁹¹ *ibid*, para.145.

“We turn to the methodology used by the Panel in analyzing the contribution of the Import Ban to the achievement of its objective. Such a contribution exists when there is a genuine relationship of ends and means between the objective pursued and the measure at issue. The selection of a methodology to assess a measure's contribution is a function of the nature of the risk, the objective pursued, and the level of protection sought. It ultimately also depends on the nature, quantity, and quality of evidence existing at the time the analysis is made....”

⁹² *ibid*, para.151.

“This does not mean that an import ban, or another trade-restrictive measure, the contribution of which is not immediately observable, cannot be justified under Article XX(b). We recognize that certain complex public health or environmental problems may be tackled only with a comprehensive policy comprising a multiplicity of interacting measures. In the short-term, it may prove difficult to isolate the contribution to public health or environmental objectives of one specific measure from those attributable to the other measures that are part of the same comprehensive policy.”

มาตรการทางเลือกที่เป็นไปได้เป็นหน้าที่ของสมาชิกผู้ร้องในการเสนอมาตรการทางเลือกที่สมาชิกผู้ถูกร้องควรใช้แทนที่มาตรการที่ถูกโต้แย้ง

จากคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gambling* วินิจฉัยว่า ขณะที่สมาชิกผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการนั้น “จำเป็น” ก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในขั้นตอนแรกว่า ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้โดยสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ และในการหามาตรการทางเลือกที่จะเสนอโดยสมาชิกผู้ร้อง จะต้องไม่เป็นเพียงมาตรการที่กีดกันทางการค้าน้อยกว่าเท่านั้น แต่จะต้องสงวนไว้ซึ่งสิทธิของสมาชิกในการบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับการปกป้องที่ต้องการด้วย ถ้าหากว่าสมาชิกผู้ร้องได้เสนอมาตรการทางเลือกที่เป็นไปได้แล้ว ภาคิผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ว่า มาตรการที่ได้รับการเสนอไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในระดับที่ต้องการได้ ดังนั้น มาตรการดังกล่าวจึงไม่เป็นทางเลือกที่แท้จริง สมาชิกผู้ถูกร้องต้องพิสูจน์ด้วยว่า มาตรการทางเลือกที่ได้รับการเสนอไม่เป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้โดยสมเหตุสมผล จากคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gambling* มาตรการอาจไม่สามารถปรับใช้ได้โดยสมเหตุสมผล หากว่ามาตรการนั้นเป็นไปได้เพียงในทางทฤษฎี ตัวอย่างเช่น สมาชิกผู้ถูกร้องไม่สามารถปฏิบัติได้ หรือเมื่อมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดภาระอันเกินสมควร เช่น มีภาระค่าใช้จ่ายสูง หรือมีสาระสำคัญในทางเทคนิค เป็นการยุ่งยาก

ถ้าหากสมาชิกผู้ถูกร้องพิสูจน์ได้ว่ามาตรการทางเลือกที่ได้รับการเสนอโดยสมาชิกผู้ร้อง ไม่ได้เป็นมาตรการทางเลือกอย่างแท้จริง หรือไม่เป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้โดยสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับการปกป้องที่ต้องการได้ เช่นนี้แล้วมาตรการที่ถูกโต้แย้งจะเป็นมาตรการที่จำเป็น⁹³

⁹³ *Ibid*, para.156.

“In order to determine whether a measure is "necessary" within the meaning of Article XX(b) of the GATT 1994, a panel must assess all the relevant factors, particularly the extent of the contribution to the achievement of a measure's objective and its trade restrictiveness, in the light of the importance of the interests or values at stake. If this analysis yields a preliminary conclusion that the measure is necessary, this result must be confirmed by comparing the measure with its possible alternatives, which may be less trade restrictive while providing an equivalent contribution to the achievement of the objective pursued. It rests upon the complaining Member to identify possible alternatives to the measure at issue that the responding Member could have taken. As the Appellate Body indicated in *US – Gambling*, while the responding Member must show that a measure is necessary, it does not have to "show, in the first instance, that there are *no* reasonably available alternatives to achieve its objectives." We recall that, in order to qualify as an

4.2.5.2 United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand (US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive: 2008)⁹⁴

คดี *United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand* มีข้อเท็จจริงในคดีนี้เกี่ยวกับการที่ประเทศไทยได้แย่งมาตรการของสหรัฐอเมริกาในการตอบโต้การทุ่มตลาด (anti-dumping) การนำเข้ากุ้งแช่แข็งและมาตรการการเรียกเก็บเงินค้ำประกัน (The Enhanced Continuous Bond Requirement : "EBR") จากผู้นำเข้ากุ้งแช่แข็งจากประเทศไทย กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกามีการตรวจสอบในเบื้องต้นพบว่า กุ้งแช่แข็งจากประเทศไทยขายในราคาต่ำกว่ามูลค่ายุติธรรม (fair value) จึงมีการออกมาตรการดำเนินการเพื่อเป็นการตอบโต้การกระทำดังกล่าว

ประเทศไทยโต้แย้งว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกามีลักษณะผิดกฎหมายของความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด (The Anti-Dumping Agreement) และความตกลง GATT 1994 มาตรา XI, มาตรา II, มาตรา X:3 (a) และมาตรา I สหรัฐฯยกข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (d) ขึ้นเป็นข้อต่อสู้

alternative, a measure proposed by the complaining Member must be not only less trade restrictive than the measure at issue, but should also "preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued" .If the complaining Member has put forward a possible alternative measure, the responding Member may seek to show that the proposed measure does not allow it to achieve the level of protection it has chosen and, therefore, is not a genuine alternative. The responding Member may also seek to demonstrate that the proposed alternative is not, in fact, "reasonably available". As the Appellate Body indicated in *US – Gambling*, "[a]n alternative measure may be found not to be 'reasonably available' ... where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties." If the responding Member demonstrates that the measure proposed by the complaining Member is not a genuine alternative or is not "reasonably available", taking into account the interests or values being pursued and the responding Member's desired level of protection, it follows that the measure at issue is necessary”

⁹⁴ United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand, (WT/DS343/R), (WT/DS343/AB/R), [2008].

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการ “จำเป็น” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับความตกลง GATT

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า มาตรการของสหรัฐฯ เป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับความตกลงฉบับนี้หรือไม่ ดังนี้

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gasoline* ซึ่งได้สรุปขั้นตอนการวิเคราะห์มาตรการภายใต้มาตรา XX ว่าเป็นการวิเคราะห์ในสองขั้นตอน (two-tiered) ดังนี้

“ในการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่สอดคล้องตามมาตรา XX นั้น หากใช้พิจารณามาตรการภายใต้อนุมาตราที่กำหนด จากอนุมาตรา (a) – (j) เพียงเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาภายใต้บทนำของมาตรา XX ด้วย กล่าวคือ ในการวิเคราะห์ ประการแรกจะต้องพิจารณามาตรการภายใต้อนุมาตราย่อยนั้น ๆ ประการที่สอง พิจารณามาตรการตามบทนำของมาตรา XX”⁹⁵

ในการพิจารณาว่า มาตรการนั้นๆจะเป็นมาตรการ “จำเป็น” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ตามมาตรา XX(d) หรือไม่ มีขั้นตอนในการพิจารณาสองขั้นตอนเช่นเดียวกัน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้อ้างคำตัดสินในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ดังนี้

“การพิจารณาว่ามาตรการนั้นๆเป็นไปตามบทบัญญัติอนุมาตราย่อย (d) ของมาตรา XX หรือไม่ ต้องพิจารณาสองขั้นตอน ประการแรก มาตรการนั้นๆต้องถูก “ออกแบบ” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ (designed to secure compliance with laws or regulations) โดยที่กฎหมายและข้อบังคับดังกล่าวจะต้องไม่ละเมิดต่อพันธกรณีของความตกลง GATT 1994 เสียเอง ประการที่สอง มาตรการนั้นจะต้อง

⁹⁵ US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive, Panel Report, *ibid*, para.7.171.

“We note that, in *US – Gasoline*, the Appellate Body concluded that the analysis of a measure under one of the paragraphs of Article XX is a “two-tiered” approach:

“In order that the justifying protection of Article XX may be extended to it, the measure at issue must not only come under one or another of the particular exceptions – paragraphs (a) to (j) – listed under Article XX; it must also satisfy the requirements imposed by the opening clauses of Article XX. The analysis is, in other words, two tiered: first, provisional justification by reason of characterisation of the measure under [in that case] XX(g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX ...”

เป็นมาตรการที่ “จำเป็น”(necessary) เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งสมาชิกประเทศใดกล่าวอ้างมาตรา XX (d) มีภาระการพิสูจน์ในสองขั้นตอนที่กล่าวมานี้⁹⁶

การพิจารณาว่ามาตรการนั้นๆได้ “ถูกออกแบบ” เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ โดยที่กฎหมายหรือข้อบังคับดังกล่าวจะต้องละเมิดต่อพันธกรณีของความตกลง GATT 1994 ขั้นตอนที่จำเป็นในการวิเคราะห์ในส่วนนี้คือ จะต้องระบุให้ได้ว่า กฎหมายของสหรัฐฯ ซึ่งมีมาตรการเรียกเก็บเงินค้ำประกันจากผู้นำเข้ากุ้งแช่แข็ง (EBR) เป็นมาตรการที่ดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ละเมิดต่อพันธกรณีของ WTO หรือไม่ และด้วยมาตรการเรียกเก็บเงินค้ำประกันจากผู้นำเข้ากุ้งแช่แข็ง (EBR) เองได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดตามกฎหมายของสหรัฐฯนั้น ๆหรือไม่⁹⁷

ในการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” หรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเริ่มต้นด้วยการพิจารณาความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “จำเป็น”(necessary) และได้ยกคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ที่ได้วางแนวความคิดว่าด้วยคำว่า “จำเป็น” ภายใต้บริบทมาตรา XX (d) ความตกลง GATT 1994 โดยสรุปว่า ในการพิจารณา “ความจำเป็น”

⁹⁶ *ibid*, para.7.173.

“The Appellate Body has indicated that two elements should be satisfied in order for a measure to be provisionally justified under paragraph (d) of Article XX:

"For a measure ... to be justified provisionally under paragraph (d) of Article XX, two elements must be shown. First, the measure must be one designed to 'secure compliance' with laws or regulations that are not themselves inconsistent with some provision of the GATT 1994. Second, the measure must be 'necessary' to secure such compliance. A Member who invokes Article XX (d) as a justification has the burden of demonstrating that these two requirements are met."

⁹⁷ *ibid*, para.7.174.

“We shall therefore commence our analysis by examining whether the EBR has been "designed" to secure compliance with US laws and regulations that are not themselves inconsistent with the GATT 1994. A necessary step in this analysis is thus to identify which are those US laws or regulations the compliance with which the EBR is aimed at securing, whether they are not themselves WTO-inconsistent, and whether the EBR is itself designed to secure compliance with the aim expressed in the relevant US laws or regulations.

เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น มาตรการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นมาตรการซึ่งขาดเสียไม่ได้ (indispensable) แต่มาตรการนั้นต้องไม่เป็นเพียงมาตรการที่ทำให้มีผลต่อ (making a contribution to)⁹⁸

และได้อ้างอิงแนวทางการวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ต่อไปว่า องค์กรอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวได้ชี้แจงน้ำหนักปัจจัยเพื่อประเมินความจำเป็นของมาตรการดังนี้ (1) ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่กฎหมายหรือข้อบังคับมุ่งหมายที่จะปกป้อง (2) ประสิทธิภาพของมาตรการที่ทำให้เป้าหมายเกิดขึ้นจริงได้เพื่อให้มีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือข้อบังคับ (3) ผลกระทบจากการกีดกันทางการค้าที่เกิดขึ้นต่อการนำเข้าสินค้า⁹⁹

ในท้ายที่สุดคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่ามาตรการเรียกเก็บเงินค้ำประกันจากผู้นำเข้ากุ้งแช่แข็ง (EBR) ของสหรัฐานั้นเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ ตามมาตรา XX(d) ความตกลง GATT 1994¹⁰⁰

คดีนี้ได้มีการยื่นอุทธรณ์ องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่า การทดสอบความจำเป็น (the necessity test) ภายใต้มาตรา XX (d) มีความแตกต่างจาก การทดสอบเหตุผล (the reasonableness test)

⁹⁸ *ibid*, para.7.188.

The Appellate Body has already examined the concept of "necessary" in the context of Article XX (d) of the GATT 1994 in *Korea – Various Measures on Beef*. In this case, the Appellate Body concluded that, in order to be considered "necessary" to secure compliance, a measure does not need to be "indispensable", but should constitute something more than strictly "making a contribution to"

⁹⁹ *ibid*, para.7.189.

“The Appellate Body weighed additional factors in evaluating the necessity of a measure, such as: (i) the relative importance of the common interests or values that the law or regulation to be enforced is intended to protect; (ii) the extent to which the measure contributes to the realization of the end pursued, the securing of compliance with the law or regulation at issue; and, (iii) the restrictive impact of the measure on imported goods.”

¹⁰⁰ *ibid*, para.7.192.

“...we cannot determine that the EBR as applied to shrimp is in fact necessary within the meaning of Article XX(d) of the *GATT 1994*. Accordingly, we consider that the United States has failed to establish that the EBR as applied to shrimp is justified as being necessary to secure compliance with 19 U.S.C. § 1673e(a)(1), 19 U.S.C. § 1673e(b)(1), 19 U.S.C. § 1673, 19 C.F.R. § 351.212(b)(1), and 19 C.F.R. § 351.211(c)(1) or any other relevant laws.”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าว เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับความตกลง GATT หรือไม่ ดังนี้

- (1) ความสำคัญของคุณค่าหรือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายหรือข้อบังคับมุ่งหมายปกป้อง
- (2) ประสิทธิภาพของมาตรการในการทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือข้อบังคับเกิดขึ้นจริงได้
- (3) ผลกระทบจากการกีดกันทางการค้าของมาตรการต่อการนำเข้า

องค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นว่าการวิเคราะห์คำว่า “จำเป็น” ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวบกพร่องแต่อย่างใด ปัจจัยต่างๆอยู่บนฐานของการตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการเรียกเก็บเงินค่าประกันจากผู้นำเข้ากุ้งแช่แข็ง (EBR) เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายของสหรัฐฯ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้วิเคราะห์สอดคล้องตามแนวทางการวินิจฉัยคดีที่ผ่านมาขององค์กรอุทธรณ์แล้ว¹⁰¹

¹⁰¹ US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive, Appellate Body Report, *supra note 94*, para.316.

“Turning to our assessment of the issues appealed, we are of the view that the "necessity" test under Article XX(d) is different from the "reasonableness" test under the *Ad Note*. Relying on Appellate Body jurisprudence, the Panel considered that the following factors are relevant in determining whether a measure is "necessary" to secure compliance with laws and regulations: (i) the relative importance of the values or objectives the law or regulation is intended to protect; (ii) the extent to which the measure contributes to the realization of the end pursued—the securing of compliance with the law or regulation at issue; and (iii) the restrictive impact of the measure at issue on imports. We see no error in the Panel's analysis of the meaning of the term "necessary" and the factors relied upon by it to evaluate the necessity of the EBR to secure compliance with certain laws and regulations of the United States, as the Panel's analysis is in consonance with the previous jurisprudence of the Appellate Body.

4.2.5.3 *The China - Publications and Audiovisual Products (China - Audiovisual Products: 2009)*¹⁰²

คดี *The China - Publications and Audiovisual Products* เป็นคดีที่เกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศจีนภายใต้ความตกลงของ WTO ซึ่งประเทศจีนได้ออกมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าและบริการที่เกี่ยวข้องกับสื่อสิ่งพิมพ์ (reading materials; เช่น หนังสือ, หนังสือพิมพ์, นิตยสาร วารสาร, สิ่งพิมพ์อิเล็กทรอนิกส์) สื่อบันทึกทางภาพและเสียงที่บริโภคในครัวเรือน (audiovisual home entertainment) สื่อบันทึกเสียง (sound recordings) และภาพยนตร์ (films) จากกิจการของชาวต่างชาติ

สหรัฐฯ ได้แย้งว่า มาตรการของประเทศจีนเป็นการกีดกันสิทธิในการประกอบกิจการการลงทุนของชาวต่างชาติในประเทศจีน กีดกันการนำเข้าสื่อสิ่งพิมพ์ ฯลฯ ที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ยังเอาเปรียบกิจการการลงทุนจากต่างชาติ เช่น ออกกฎหมายกำหนดขั้นตอนการจดทะเบียน กระบวนการตรวจสอบ และกระบวนการออกใบอนุญาตที่มีขั้นตอนยุ่งยาก สหรัฐฯ จึงได้ยื่นคำร้องเพื่อให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่าภายใต้พันธกรณีของประเทศจีนเรื่องสิทธิทางการค้า มาตรการห้ามนำเข้าของประเทศจีนไม่สอดคล้องตาม ข้อ 5.1 และ 5.2 ของพิธีสารการเข้าร่วมเป็นสมาชิก (the Accession Protocol) ละเมิดพันธกรณีตาม GATS (Article XVI, XVII) และละเมิดพันธกรณีความตกลง GATT 1994 มาตรา III:4

ประเทศจีนอ้างว่ามาตรการของตนสอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO เนื่องจากเป็นไปตามข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a) คือ เป็นไปเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี โดยให้ข้อสังเกตว่า สินค้าที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมนั้น (cultural goods) มีลักษณะเฉพาะที่อาจส่งผลกระทบต่อสังคมและศีลธรรมได้ และการนำเข้าสินค้าที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมจากต่างชาติซึ่งอาจมีค่านิยมทางสังคมแตกต่างกันจึงอาจขัดแย้งกับมาตรฐานศีลธรรมของประเทศจีน และประเทศจีนได้กำหนดระดับของการปกป้องศีลธรรมอันดีในระดับสูง (the high level of protection) โดยดำเนินมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม และประเทศจีนได้กล่าวอ้างว่า มาตรการทางกฎหมายของตนได้ถูกออกแบบ (designed to) มาเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี และเป็นมาตรการที่จำเป็น (necessary)

หลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการ“จำเป็น”เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเริ่มต้นการพิจารณาภายใต้มาตรา XX (a) โดยอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Brazil – Retreaded Tyres* (ย่อหน้าที่ 139) ว่าการพิจารณาภายใต้มาตรา XX นั้นแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาประการแรกว่า มาตรการเป็นไปตาม

¹⁰² The China - Publications and Audiovisual Products, (WT/DS363/R), (WT/DS363/AB/R), [2009].

อนุมาตราย่อยของมาตรา XX หรือไม่ และประการที่สองมาตรการสอดคล้องกับบทนำของมาตรา XX หรือไม่ ในการอ้างข้อต่อสู้ตามมาตรา XX จะต้องผ่านการประเมินในสองขั้นตอนนี้¹⁰³

และได้เริ่มการพิจารณาว่า “ความจำเป็น” ของมาตรการ สอดคล้องตามแนวทางการวินิจฉัยของ องค์การอุทธรณ์ในคดี *Korea – Various Measures on Beef* ที่ว่า คำว่า “จำเป็น” ไม่ได้จำกัดอยู่เพียง ความหมายว่า “ซึ่งขาดเสียไม่ได้” เท่านั้น นอกจากนี้ องค์การอุทธรณ์ในคดีดังกล่าว ได้วางหลักว่า กระบวนการ ชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้องจะต้องนำมาพิจารณาในการตรวจสอบว่า มาตรการนั้น “จำเป็น” ตามความหมายของมาตรา XX หรือไม่¹⁰⁴

นอกจากนี้ได้อ้างอิงปัจจัยที่ใช้ในการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลจากคดี *US – Gambling*¹⁰⁵ ดังนี้

“กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลเริ่มต้นโดยการประเมิน ความสำคัญที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ หรือคุณค่าจากมาตรการที่ถูกโต้แย้ง (the "relative importance" of the interests or values furthered by the challenged measure) โดยค้นหาความสำคัญจากประโยชน์ที่เป็นวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย จากนั้น จึงพิจารณาปัจจัยอื่นๆ เพื่อเป็นการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล องค์การอุทธรณ์ชี้ให้เห็นถึงปัจจัยอีก 2 ประการที่ได้ นำมาพิจารณาประเมินความจำเป็นของมาตรการในคดีส่วนใหญ่ ปัจจัยหนึ่งคือ ประสิทธิภาพของมาตรการใน การทำให้วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายเกิดขึ้นจริงได้ (the contribution of the measure to the realization of

¹⁰³ China-audiovisual, Panel Report, *ibid*, para.7.746.

“The Panel commences its Article XX(a) analysis by recalling that according to the Appellate Body, examination of a measure under Article XX is two-tiered. A panel must first examine whether a measure falls under one of the exceptions listed in the various subparagraphs of Article XX. Subsequently, a panel must examine whether the measure in question satisfies the requirements of the chapeau of Article XX. For an Article XX defence to succeed, both elements of the two-tiered test must be met.”

¹⁰⁴ *ibid*, para.7.782.

“The Panel begins its "necessity" analysis by recalling relevant guidance from the Appellate Body. In *Korea – Various Measures on Beef*, the Appellate Body indicated that "the word "necessary" is not limited to that which is "indispensable". It further clarified that it is through "a process of weighing and balancing a series of factors" that it must be determined whether a measure is "necessary" within the meaning of Article XX.”

¹⁰⁵ U.S.-Gambling, Appellate Body Report, *supra note 53*, para.306.

the ends pursued by it.) และอีกปัจจัยหนึ่งคือ ผลกระทบจากการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศของมาตรการ (the restrictive impact of the measure on international commerce.)”¹⁰⁶

ขั้นตอนต่อมา คือการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่เป็นไปได้ ภายใต้ขอบเขตของความสำคัญของประโยชน์ที่ต้องการปกป้อง เป็นการตรวจสอบบนพื้นฐานหลักการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล และการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการต่าง ๆ ที่สามารถปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าที่ต้องการได้ ในขั้นตอนนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่ “จำเป็น (necessary)” หรือมาตรการอื่นๆซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO เป็นมาตรการที่ “สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available)”¹⁰⁷

¹⁰⁶ China - audiovisual, Panel Report, *supra note 102*, para.7.783.

“In US – Gambling – a case which concerned the equivalent of Article XX in the GATS, i.e., Article XIV of the GATS – the Appellate Body elaborated on the factors to be weighed and balanced:

"The process begins with an assessment of the 'relative importance' of the interests or values furthered by the challenged measure. Having ascertained the importance of the particular interests at stake, a panel should then turn to the other factors that are to be 'weighed and balanced'. The Appellate Body has pointed to two factors that, in most cases, will be relevant to a panel's determination of the 'necessity' of a measure, although not necessarily exhaustive of factors that might be considered. One factor is the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it; the other factor is the restrictive impact of the measure on international commerce."

¹⁰⁷ *Ibid*, para.7.784.

The Appellate Body also indicated, however, that possible alternatives to the challenged measures may also need to be considered:

"A comparison between the challenged measure and possible alternatives should then be undertaken, and the results of such comparison should be considered in the light of the importance of the interests at issue. It is on the basis of this 'weighing and balancing' and comparison of measures, taking into account the interests or values at stake, that a panel determines whether a measure is 'necessary' or, alternatively, whether another, WTO-consistent measure is 'reasonably available'."

เป็นการวางหลักว่า ภาคิผู้ถูกร้องจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ว่า มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับ บทบัญญัติ WTO ดังกล่าวสามารถพิสูจน์จนเป็นที่พอใจว่า มาตรการนั้นๆเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบรรลุ วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับศีลธรรมอันดีแล้ว อย่างไรก็ตามก็ตีในเบื้องต้นไม่ใช่หน้าที่ภาระการพิสูจน์ของภาคิผู้ถูกร้อง ว่าไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ ภาคิผู้ถูกร้อง ไม่จำเป็นต้องหามาตรการทางเลือกที่กีดกันทางการค้าน้อยกว่าและไม่จำเป็นต้องแสดงว่าในบรรดามาตรการ เหล่านั้นไม่มีมาตรการใดที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้¹⁰⁸

สำหรับภาคิผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (*prima facie*) ว่า มาตรการที่เลือกใช้ นั้นจำเป็นแล้ว โดยการแสดงหลักฐานและเหตุผลที่ทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสามารถประเมิน มาตรการตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุลได้ โดยยังไม่มีพันธกรณีให้ต้องชี้ว่าทำไม มาตรการอื่น ๆ จึงไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นเดียวกับมาตรการที่ถูกโต้แย้งในชั้นตอนนี้

ถ้าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่า ภาคิผู้ถูกร้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (*prima facie*) ได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นแล้ว ก็มีนัยสำคัญว่ามีความเข้าใจความหมายในด้าน “จำเป็นซึ่งขาดเสียไม่ได้ (indispensable)” มากกว่าความหมายในด้านตรงข้าม จากนั้นคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทจึงตรวจสอบว่ามาตรการที่ถูกโต้แย้งนั้นว่าเป็นมาตรการที่ “จำเป็น (necessary)” หรือไม่ภายใต้ มาตรา XIV(a) ความตกลง GATS¹⁰⁹

¹⁰⁸ U.S.-Gambling, Appellate Body Report, *supra* note 53, para.309.

¹⁰⁹ China - audiovisual, Panel Report, *supra* note 102, para.7.785.

“Regarding who has to demonstrate that the challenged measures is "necessary" or that a reasonably available alternative exists, the Appellate Body stated that:

"[T]he responding party must show that its measure is 'necessary' to achieve objectives relating to public morals or public order. In our view, however, it is not the responding party's burden to show, in the first instance, that there are no reasonably available alternatives to achieve its objectives. In particular, a responding party need not identify the universe of less trade-restrictive alternative measures and then show that none of those measures achieves the desired objective. The WTO agreements do not contemplate such an impracticable and, indeed, often impossible burden.

Rather, it is for a responding party to make a *prima facie* case that its measure is 'necessary' by putting forward evidence and arguments that enable a panel to assess the challenged measure in the light of the relevant factors to be 'weighed and balanced' in a given case. The responding party may, in so doing, point out why alternative measures

องค์กรอุทธรณ์ได้เพิ่มเติมการวิเคราะห์ความจำเป็น โดยอ้างอิงจากคำตัดสินคดี *Brazil – Retreaded Tyres*, *US – Gambling* และ *Korea – Various Measures on Beef* โดยแต่ละคดีที่กล่าวมา ได้มีการนำกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้องมารวมเข้าในพิจารณาด้วย จากคดี *US – Gambling* องค์กรอุทธรณ์คดีดังกล่าวเริ่มต้นการพิจารณาโดยใช้คำว่า “กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล เริ่มต้นจากกระประเมินความสำคัญของประโยชน์และคุณค่าที่เกี่ยวข้องจากมาตรการที่ถูกโต้แย้ง” เมื่อมีการสืบหาความสำคัญดังกล่าวแล้ว จึงนำปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องเข้าสู่กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล

การเปรียบมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือกที่เป็นไปได้จะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อมา จากคำตัดสินคดี *Brazil – Retreaded Tyres* อธิบายว่า เมื่อได้มีการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลจนผ่านการประเมินในขั้นตอนนี้แล้ว จะมีการดำเนินการตรวจสอบยืนยันผลต่อไป ด้วยการเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ซึ่งอาจขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่าโดยมีประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามเป้าหมายได้เท่าเทียมกัน¹¹⁰

would not achieve the same objectives as the challenged measure, but it is under no obligation to do so in order to establish, in the first instance, that its measure is 'necessary'. If the panel concludes that the respondent has made a prima facie case that the challenged measure is 'necessary'—that is,

"significantly closer to the pole of 'indispensable' than to the opposite pole of simply 'making a contribution to'—then a panel should find that challenged measure 'necessary' within the terms of Article XIV(a) of the GATS."

¹¹⁰ China-audiovisual, Appellate Body Report, *supra note 102*, para.242.

“We do not see that the Appellate Body's approach to the "necessity" analysis in *Brazil – Retreaded Tyres* differs from that in *US – Gambling*, which in turn referred to *Korea – Various Measures on Beef*. In each case, a sequential process of weighing and balancing a series of factors was involved. *US – Gambling* sets out a sequence by using the phrases: "The process begins with an assessment of the 'relative importance' of the interests or values furthered by the challenged measure"; "Having ascertained the importance of the particular interests at stake, a panel should then turn to the other factors that are to be 'weighed and balanced'"; and "A comparison between the challenged measure and possible alternatives should then be undertaken". The description of this sequence in *Brazil – Retreaded Tyres* mentions, first, the relevant factors to be weighed and balanced for the measure sought to be justified, and continues that the result of this analysis "must be confirmed by comparing

จากคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Brazil – Retreaded Tyres* ได้วางแนวทางการพิจารณา “ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมาย” องค์กรอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่า ในการพิสูจน์ความจำเป็นของมาตรการ ภาคีจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการจำเป็นโดยอาศัยหลักฐานและข้อมูลทั้งจากในอดีตและปัจจุบัน ที่จะพิสูจน์ได้ว่ามาตรการที่ถูกโต้แย้งนั้นมีประสิทธิภาพในการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมายได้ ในส่วนการพิจารณาหลักฐาน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องประเมินประสิทธิภาพของมาตรการตามความเป็นจริงเสมอ¹¹¹ อย่างไรก็ตามประสิทธิภาพของมาตรการนั้นก็อาจไม่ได้เกิดขึ้นทันทีทันใด เนื่องจากการพิสูจน์ประสิทธิภาพของมาตรการใดมาตรการหนึ่งจากหลาย ๆ มาตรการที่เกี่ยวข้องกันในการบรรลุตามวัตถุประสงค์ในระยะเวลาอันสั้น ก็อาจเป็นการยากเกินไป¹¹²

อ้างอิงจากคำวินิจฉัยคดี *US – Gambling* องค์กรอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวพิจารณาว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องแยกประเมินความจำเป็นอย่างเป็นอิสระและประเมินความจำเป็นในเชิงภาวะวิสัย บนพื้นฐานของหลักฐานตามบันทึก องค์กรอุทธรณ์เห็นพ้องด้วยว่า การประเมินดังกล่าวเป็นไปได้ เพื่อให้ภาคีผู้ถูกร้อง ได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงในเบื้องต้น ว่ามาตรการของตนนั้นจำเป็น จากหลักฐานและข้อโต้แย้ง

the measure with possible alternatives, which may be less trade restrictive while providing an equivalent contribution to the achievement of the objective".

¹¹¹ *Ibid*, para.252.

“In *Brazil – Retreaded Tyres*, the Appellate Body clarified how the analysis of the contribution made by a challenged measure to the achievement of the objective pursued is to be undertaken. The Appellate Body noted that a party seeking to demonstrate that its measures are "necessary" should seek to establish such necessity through "evidence or data, pertaining to the past or the present", establishing that the measures at issue contribute to the achievement of the objectives pursued. In examining the evidence put forward, a panel must always assess the actual contribution made by the measure to the objective pursued.”

¹¹² *Ibid*, para.253.

“However, this is not the only type of demonstration that could establish such a contribution. The Appellate Body explained that a panel is not bound to find that a measure does not make a contribution to the objective pursued merely because such contribution is not "immediately observable" or because, "[i]n the short-term, it may prove difficult to isolate the contribution [made by] one specific measure from those attributable to the other measures that are part of the same comprehensive policy".”

เพื่อที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะได้ประเมินมาตรการที่ถูกโต้แย้งนั้นกับปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล¹¹³

เมื่อผ่านกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลแล้ว จะต้องมีการประเมินมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับบทบัญญัติ GATT น้อยกว่า จากคำวินิจฉัยของค์กรอุทธรณ์คดี *US – Gambling* (ย่อหน้าที่ 308) มาตรการจะไม่ใช่มาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล เมื่อพบว่า มาตรการนั้นๆเป็นมาตรการที่เป็นไปได้ในทางทฤษฎีเพียงเท่านั้น (merely theoretical in nature) กล่าวคือ การที่ภาคีผู้ถูกร้องไม่สามารถปฏิบัติได้ (not capable of taking it) หรือเป็นมาตรการที่เอาเปรียบสร้างภาระเกินสมควรให้แก่สมาชิกนั้นๆ (imposes an undue burden on that Member) เช่น การมีค่าใช้จ่ายที่แพงเกินสมควร การมีสาระสำคัญในทางเทคนิคที่มีความยุ่งยาก ยิ่งไปกว่านั้น จากคำวินิจฉัยของค์กรอุทธรณ์คดี *EC – Asbestos* (ย่อหน้าที่ 172-174) มาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถทำให้ภาคีผู้ถูกร้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์

ในระดับที่ต้องการปกป้องได้¹¹⁴

¹¹³ *Ibid*, para.288.

“We recall that, in *US – Gambling*, the Appellate Body stated that a panel must independently and objectively assess the "necessity" of the measure before it, based on the evidence in the record. The Appellate Body also affirmed that it is for the responding party to make a *prima facie* case that its measure is "necessary" by putting forward evidence and arguments that enable the panel to assess the challenged measure in the light of the relevant factors to be "weighed and balanced".”

¹¹⁴ *Ibid*, para.318.

“...In *Korea – Various Measures on Beef* and *EC – Asbestos*, the Appellate Body clarified that, as part of an overall evaluation of "necessity" using the "weighing and balancing" process, a panel must examine whether the responding party could reasonably be expected to employ an alternative measure, consistent (or less inconsistent) with the covered agreements, that would achieve the objectives pursued by the measure at issue. An alternative measure may be found not to be "reasonably available" where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding party is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as "prohibitive costs or substantial technical difficulties". Moreover, a "reasonably available" alternative measure must be a measure that would preserve the responding party's right to achieve its desired

ประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ “มาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล” อ้างอิงจากคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gambling* (ย่อหน้าที่ 309-311) ว่า ภาคิผู้ถูกร้องซึ่งอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XIV(a) มีภาระการพิสูจน์ว่า มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง GATS เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีแล้ว อย่างไรก็ตามในเบื้องต้นไม่ใช่หน้าที่ภาระการพิสูจน์ของภาคิผู้ถูกร้องว่าไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์ แต่เป็นหน้าที่ของภาคิผู้ร้องที่จะต้องเสนอมาตรการทางเลือก

เมื่อภาคิผู้ร้องได้เสนอมาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO ที่ภาคิผู้ถูกร้องควรเลือกใช้แล้ว ภาคิผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ว่าทำไมมาตรการที่ถูกโต้แย้งนั้นจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่นๆ กล่าวคือ ทำไมมาตรการทางเลือกที่ถูกเสนอจึงไม่เป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available)

หากว่าภาคิผู้ถูกร้องพิสูจน์ได้ว่า มาตรการทางเลือกอื่น ๆ นั้นไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าในระดับที่ภาคีต้องการ เช่นนี้แล้ว มาตรการที่ถูกโต้แย้ง (the challenged measure) จะเป็นมาตรการที่จำเป็น¹¹⁵

level of protection with respect to the objective pursued under Article XX of the GATT 1994.”

¹¹⁵ *Ibid*, para.319.

“As regards the burden of proof with respect to "reasonably available alternatives", the Appellate Body explained in *US – Gambling* that a responding party invoking Article XIV(a) of The GATS bears the burden of demonstrating that its GATS-inconsistent measure is "necessary" to achieve the objective of protecting public morals. This burden does not imply that the responding party must take the initiative to demonstrate that there are *no* reasonably available alternatives that would achieve its objectives. When, however, the complaining party identifies an alternative measure that, in its view, the responding party should have taken, the responding party will be required to demonstrate why its challenged measure nevertheless remains "necessary" in the light of that alternative or, in other words, why the proposed alternative is not a genuine alternative or is not "reasonably available". If a responding party demonstrates that the alternative is not "reasonably available", in the light of the interests or values being pursued and the party's desired level of protection, it follows that the challenged measure must be necessary.”

4.2.5.4 China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China - Raw Materials: 2011)¹¹⁶

คดี *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* เป็นคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการห้ามการส่งออกแร่ธาตุที่ยังไม่ผ่านการแปรรูปของประเทศจีน และมาตรการภาษีการส่งออกแร่ธาตุของประเทศจีน ซึ่งประเทศจีนอ้างว่านอกจากมาตรการดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมตามมาตรา XX (g) แล้ว ก็ยังเป็นไปเพื่อการปกป้องสุขภาพตามมาตรา XX (b) อีกด้วย เนื่องจากแร่ธาตุดังกล่าวมีระดับความเป็นพิษสูง จึงสนับสนุนให้เปลี่ยนจากการส่งออกแร่ธาตุที่ยังไม่ได้แปรรูป เป็นแร่ธาตุผ่านการแปรรูปแล้วเนื่องจากมีความเป็นพิษน้อยกว่า

หลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

จากการที่ประเทศจีนอ้างมาตรา XX (b) ความตกลง GATT ว่า มาตรการภาษีการส่งออกและโควตาการส่งออกแร่ธาตุที่ยังไม่ผ่านการแปรรูป เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องสุขภาพของประชากรในประเทศ¹¹⁷ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาประการแรก คือการตีความบทบัญญัติมาตรา XX (b) และประการที่สอง คือการพิจารณาว่ามาตรการจำกัดการนำเข้าข้างต้นเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้องสุขภาพของประชากรจีนหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะประเมินเหตุผลข้อโต้แย้งของประเทศจีนทั้งเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณ จากการพิจารณาคำร้องและข้อแก้ต่างของประเทศจีน¹¹⁸

¹¹⁶ China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, (WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R), [2011].

¹¹⁷ China - Raw Materials, Panel Report, *ibid*, para.7.470.

“China invokes Article XX(b) of the GATT 1994 to justify certain export duties and export quotas it maintains on certain raw materials. China asserts that these export restrictions are necessary to protect the health of its domestic population...”

¹¹⁸ *ibid*, para.7.473.

“The Panel will discuss first the legal interpretation of Article XX(b). Second, we will consider the export restrictions mentioned above and determine whether they are "necessary" to protect the health of the Chinese people. In that context, the Panel will assess the qualitative and quantitative argumentation and evidence put forward by China to justify its export restrictions on EPR and on scrap products, taking into account the complainants' claims and arguments.”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่า มาตรการที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นไปตามมาตรา XX (b) ได้ มาตรการดังกล่าวจะต้อง “จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช และต้องสอดคล้องกับบทนำของมาตรา XX ด้วย¹¹⁹

ดังนั้น อันดับแรก คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาว่า มาตรการที่ถูกต้องได้แย่งอยู่ในขอบเขตนโยบายที่ออกแบบมาเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือไม่ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ต้องตรวจสอบ “การออกแบบ” และ “โครงสร้าง” ของมาตรการเพื่อตัดสินว่าวัตถุประสงค์ของมาตรการดังกล่าวคือการปกป้องชีวิตและสุขภาพ โดยการตีความขอบเขตของนโยบายที่ปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์อย่างกว้างนั้นได้รับการรับรองแล้ว ตัวอย่างเช่น การลดมลพิษทางอากาศอันเนื่องมาจากการใช้น้ำมันเชื้อเพลิงในคดี *US-Gasoline* การลดความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการสะสมยางที่ใช้แล้วในคดี *Brazil-Retreaded Tyres* คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ไม่อาจตั้งข้อสงสัยต่อ “ระดับ” ของการปกป้องที่สมาชิกเลือก สมาชิก WTO มีสิทธิในการกำหนดระดับของการปกป้องสุขภาพที่สมาชิกพิจารณาแล้วว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ (สิทธิในการกำหนดระดับของการปกป้องเช่นเดียวกับคำตัดสินโดยองค์กรอุทธรณ์คดี *Brazil-Retreaded Tyres* (ย่อหน้าที่ 140) ,คดี *EC – Asbestos* (ย่อหน้าที่ 168), คดี *US – Gasoline* (ย่อหน้าที่ 30))¹²⁰

¹¹⁹ *ibid*, para.7.478.

“For a measure to be justified under Article XX(b), the measure must be "necessary to protect human, animal or plant life or health" and also must comply with the chapeau of Article XX.”

¹²⁰ *ibid*, para.7.479.

“Thus a panel must, first, determine whether the challenged measure falls within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health. Panels and the Appellate Body have examined both the design and structure of a challenged measure to decide whether its objective is the protection of life and health,... ..A broad range of policies have been recognized as protecting human, animal, and plant life or health, such as the reduction of air pollution resulting from the consumption of gasoline; and the reduction of the risks arising from the accumulation of waste tyres. Panels and the Appellate Body are, however, not entitled to question a Members' chosen *level* of protection. WTO Members enjoy "the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation".”

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาว่า มาตรการนั้น “จำเป็น” ในการบรรลุตามวัตถุประสงค์ของนโยบายที่กล่าวอ้าง บทบัญญัติมาตรา XX (b) เรียกร้องว่ามาตรการของสมาชิกจะต้อง “จำเป็น” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามเป้าหมาย ระดับของความจำเป็นนั้น ได้มีการตีความโดยองค์การอุทธรณ์ในคดี *Korea- Various Measures on beef* “คำว่าจำเป็น มีความหมายใกล้เคียงกับความหมายในด้านที่แปลว่า “ซึ่งขาดเสียไม่ได้” (indispensable) มากกว่าความหมายในด้านตรงกันข้าม” องค์การอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวได้พิจารณาโดยละเอียดยิ่งไปกว่านั้นว่า ในการประเมินความจำเป็น เกี่ยวข้องกับกระบวนการซึ่งน้ำหนักและถ่วงดุลในบรรดาปัจจัยหลักที่เกี่ยวข้อง คือ ประสิทธิภาพของมาตรการเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ และความสำคัญของประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่ต้องปกป้องโดยกฎหมายและข้อบังคับดังกล่าว และผลกระทบทางการค้าต่อการนำเข้าและส่งออก¹²¹

ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อไม่นานมานี้ในคดี *Brazil-Retreaded Tyres* คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้กล่าวซ้ำอีกว่า ในการพิจารณาว่ามาตรการนั้นจำเป็นตามความหมายมาตรา XX (b) ความตกลง GATT 1994 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่า ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุตามวัตถุประสงค์ และการกีดกันทางการค้าของมาตรการ และสรุปได้ว่า มาตรการจะมีประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้นั้น จะต้องมีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงของเป้าหมายและวิธีการ (a genuine relationship of ends and means) ระหว่างวัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมายกับมาตรการที่ถูกโต้แย้ง และมาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่จำเป็นเมื่อมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างเป็นรูปธรรม¹²²

¹²¹ *ibid*, para.7.480.

“A panel must thereafter ensure that a measure is "necessary" to fulfill the invoked policy objective. Article XX(b) requires that a Member's measure is "necessary" to achieve the objective it pursues. The degree of necessity envisioned was examined by the Appellate Body in *Korea – Various Measures on Beef*, where it concluded that a "necessary" measure is, in a continuum, located significantly closer to the pole of "indispensable" than to the opposite pole of simply "making a contribution to". The Appellate Body further elaborated that an assessment of necessity involves "a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.”

¹²² *ibid*, para.7.481.

การพิจารณาความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่าของมาตรการที่ถูกโต้แย้ง

องค์กรอุทธรณ์คดีในก่อนหน้านี้ได้รับรองว่า ยิ่งความสำคัญที่อยู่เบื้องหลังนโยบายดังกล่าวมีความสำคัญต่อชีวิตหรือมีความสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะมาก ยิ่งง่ายต่อการยอมรับว่ามีความจำเป็นที่ต้องออกแบบมาตรการมาเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้ เช่นเดียวกับมาตรา XX (b) องค์กรอุทธรณ์เห็นว่า มีประโยชน์บางส่วนซึ่งน้อยมากที่จะมีความสำคัญยิ่งไปกว่าสิ่งที่สำคัญต่อชีวิตหรือมีความสำคัญมากไปกว่าการปกป้องคุณภาพชีวิตของมนุษย์จากความเสี่ยงด้านสุขภาพ และการปกป้องสิ่งแวดล้อมก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน¹²³

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ทบทวนข้ออ้างของประเทศจีนตามมาตรา XX (b) ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชากรชาวจีน สมาชิกผู้ร้องโต้แย้งข้ออ้างของประเทศจีนในประเด็นวัตถุประสงค์ของมาตรการจำกัดการส่งออก สำหรับสมาชิกผู้ร้องเห็นว่า วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของมาตรการเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจในการจัดหาวัตถุดิบแร่ธาตุที่ยังไม่ผ่านการแปรรูปที่มีราคาถูกให้กับอุตสาหกรรม¹²⁴

“More recently in *Brazil – Retreaded Tyres*, the Appellate Body reiterated its view that “[i]n order to determine whether a measure is ‘necessary’ within the meaning of Article XX(b) of the GATT 1994, a panel must consider the relevant factors, particularly the importance of the interests or values at stake, the extent of the contribution to the achievement of the measure’s objective, and its trade restrictiveness.” It concluded that a measure contributes to the achievement of the objective “when there is a genuine relationship of ends and means between the objective pursued and the measure at issue” and that a measure is necessary if it is “apt to make a material contribution to the achievement of its objective”.”

¹²³ *ibid*, para.7.482.

“(ii) *The importance of the interests or values at issue*

The Appellate Body recognized that “[t]he more vital or important [the] common interests or values” behind the policies pursued, “the easier it would be to accept as ‘necessary’ a measure designed as an enforcement instrument”. Applied to Article XX (b), the Appellate Body has stated that “few interests are more ‘vital’ and ‘important’ than protecting human beings from health risks, and that protecting the environment is no less important”.”

¹²⁴ *ibid*, para.7.483.

การพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์

องค์กรอุทธรณ์ในคดี *Brazil – Retreaded Tyres* ได้แยกลักษณะของประสิทธิภาพของมาตรการออกเป็น 2 ลักษณะ คือ มาตรการที่ “ก่อให้เกิด” brings about ประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์อย่างเป็นรูปธรรม กับมาตรการที่ “มีแนวโน้มก่อให้เกิด” (apt to produce) ประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์อย่างเป็นรูปธรรม ในคดี *China – Audiovisual Products* ย้ำความสำคัญอีกครั้งหนึ่งว่า ยิ่งมาตรการมีประสิทธิภาพมากในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมายได้ ก็ยิ่งมีแนวโน้มว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น¹²⁵

และยังเป็นที่ยอมรับว่า มาตรการที่สามารถพิจารณาได้ว่า “จำเป็น” อาจเป็นกรณีที่ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างเด่นชัดในทันทีทันใด องค์กรอุทธรณ์ในคดีก่อนหน้านี้นี้ชี้ให้เห็นว่า ปัญหาด้านสาธารณสุขหรือสิ่งแวดล้อมอาจแก้ไขได้เพียงนโยบายที่มีลักษณะครอบคลุมอันประกอบไปด้วยมาตรการที่เกี่ยวข้องกันหลายมาตรการ องค์กรอุทธรณ์ในคดี *Brazil – Retreaded Tyres* ยืนยันว่า ในช่วงเวลาระยะสั้นอาจเป็นการยากต่อการพิสูจน์ประสิทธิภาพของมาตรการใดมาตรการหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แยกจากมาตรการอื่น ๆ ที่มีส่วนตามนโยบายที่มีความครอบคลุมนั้น¹²⁶

“The Panel recalls that China invokes Article XX(b) in order to justify measures it says are necessary to protect the environment and the health of the Chinese population. The complainants contest China's contention as to the objective of its export restrictions. For the complainants, the real objectives of the measures, many of which have been in place for years, is economic: to provide inexpensive raw materials for its downstream industry.”

¹²⁵ *ibid*, para.7.484.

“(iii) The contribution of the measure to the objective pursued

The Appellate Body Report in *Brazil – Retreaded Tyres* distinguished between two types of contributions: the measure that "brings about" a material contribution to the achievement of its objective; and the measure that "is apt to produce" a material contribution to the objective pursued. In *China – Audiovisual Products*, the Appellate Body emphasized again that "the greater the contribution a measure makes to the objective pursued, the more likely it is to be characterized as 'necessary'".

¹²⁶ *ibid*, para.7.485.

“It is also accepted that a measure could be considered "necessary" even if the contribution of the measure "is not immediately observable". As noted above the Appellate

ท้ายที่สุดเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องตระหนักว่า ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์สามารถได้รับการพิสูจน์ได้ทั้งในเชิงปริมาณ และ/หรือเชิงคุณภาพ จากคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดี *Brazil – Retreaded Tyres* (ย่อหน้าที่ 151) “การพิสูจน์สามารถเกิดขึ้นโดยอาศัย “หลักฐาน” หรือ “ข้อมูล” “ทั้งในอดีตและปัจจุบัน” ที่พิสูจน์ว่า การห้ามนำเข้าที่ถูกโต้แย้งนั้นก่อให้เกิดผลที่เป็นรูปธรรมในการปกป้องวัตถุประสงค์ตามเป้าหมายในด้านสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม การพิสูจน์อาจประกอบด้วย แผนการเชิงปริมาณในอนาคต หรือเหตุผลเชิงคุณภาพซึ่งอยู่บนสมมติฐานที่ผ่านการทดสอบและสนับสนุนโดยหลักฐานที่เพียงพอ¹²⁷

พิจารณาการกีดกันทางการค้าของมาตรการ

ในการพิจารณาการกีดกันทางการค้าของมาตรการ องค์กรอุทธรณ์ในคดี *Korea- Various Measures on beef* พิจารณาว่าผลกระทบของมาตรการที่เกิดขึ้นต่อการค้าระหว่างประเทศนั้น ยิ่งมาตรการมีผลเป็นการกีดกันทางการค้าที่น้อยกว่า ยิ่งง่ายต่อการพิจารณาว่า มีลักษณะที่ “จำเป็น” และในกรณีที่มีมาตรการมีลักษณะของการกีดกันทางการค้ามาก ภาศิผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า “มาตรการดังกล่าวได้รับการออกแบบอย่างรอบคอบ เพื่อให้ขั้นตอนอื่นที่นำมาพิจารณาในกระบวนการซึ่งนำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการประเมินความจำเป็น (เช่น ความสำคัญของนโยบาย, ประสิทธิภาพของมาตรการ)

Body observed that "certain complex public health or environmental problems may be tackled only with a comprehensive policy comprising a multiplicity of interacting measures". As noted by the Appellate Body, with respect to such complex problems The Appellate Body in *Brazil – Retreaded Tyres* confirmed that "in the short-term, it may prove difficult to isolate the contribution to public health or environmental objectives of one specific measure from those attributable to the other measures that are part of the same comprehensive policy".”

¹²⁷ *ibid*, para.7.486.

“Finally, it is important also to remember that the contribution of the measure can be demonstrated quantitatively and/or qualitatively: Such a demonstration can of course be made by resorting to *evidence or data, pertaining to the past or the present*, that establish that the import ban at issue *makes a material contribution* to the protection of public health or environmental objectives pursued.... ..demonstration could consist of quantitative projections in the future, or qualitative reasoning based on a set of hypotheses that are tested and supported by sufficient evidence.”

มีน้ำหนักยิ่งกว่าผลกระทบจากการกีดกันทางการค้า”¹²⁸ สอดคล้องตามความเข้าใจที่ว่า การพิจารณาความจำเป็นของมาตรการ เป็นกระบวนการพิจารณาแบบองค์รวม (a holistic process)¹²⁹

การพิจารณาการปรับใช้ได้ (availability) ของมาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO หรือกีดกันทางการค้าน้อยกว่า

ในท้ายที่สุดหากว่าการวิเคราะห์ที่ได้อธิบายไปข้างต้นนั้นมีข้อสรุปเบื้องต้นว่า เป็นมาตรการที่จำเป็น ผลดังกล่าวจะต้องถูกยืนยันอีกครั้งโดยการเปรียบเทียบมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ซึ่งเป็นไปได้ โดยการแนะนำจากสมาชิกผู้ร้อง

ในรายงานการพิพาทคดี *US – Gambling* และคดี *Brazil – Retreaded Tyres* วางหลักว่า ต้องมีการแบ่งภาระการพิสูจน์ ในการหาว่ายังมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ดังเช่นที่องค์กรอุทธรณ์ในคดี *US – Gambling* ชี้ให้เห็นว่า ขณะที่สมาชิก ผู้ถูกร้องต้องแสดงว่า มาตรการนั้นจำเป็น ก็ไม่จำเป็นต้องแสดงในเบื้องต้นว่า ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผลในการบรรลุวัตถุประสงค์¹³⁰

¹²⁸ *ibid*, para.487.

“ (iv) *The trade restrictiveness of the measure*

In examining the trade restrictiveness of a measure, the Appellate Body in *Korea – Various Measures on Beef* considered the measure's effect "on international commerce". Essentially, "[t]he less restrictive the effects of the measure, the more likely it is to be characterized as 'necessary'". In the event of a very restrictive measure, the respondent Member must demonstrate that:

"[t]he measure is carefully designed so that the other elements to be taken into account in weighing and balancing the factors relevant to an assessment of the "necessity" of the measure will "outweigh" such restrictive effect."

¹²⁹ *ibid*, para.7.488.

“This is consistent with the understanding that an inquiry into the necessity of a measure is a holistic process.”

¹³⁰ *ibid*, para.7.489.

“(v) *Availability of WTO-consistent or less trade restrictive alternative measures*

Finally, if the analysis described above yields a preliminary conclusion that the measure is necessary, this result must be confirmed by comparing the challenged measure with possible alternatives suggested by the complainants. The *US – Gambling* and *Brazil –*

มาตรการทางเลือกจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติ WTO เมื่อมาตรการดังกล่าวมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามเป้าหมายเช่นเดียวกับมาตรการที่ถูกโต้แย้ง อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่เพียงยังมีมาตรการทางเลือกอื่นอยู่เท่านั้น จึงจะเป็นการพิสูจน์ที่เพียงพอแล้วว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น อ้างอิงจากคดี *US – Gasoline* และองค์การอุทธรณ์ในคดี *Brazil – Retreaded Tyres* ยืนยันว่า ทางเลือกที่ได้รับการเสนอจะต้องสงวนไว้ซึ่งสิทธิของสมาชิกที่ถูกฟ้องคดีในการกำหนดระดับของการปกป้องตามวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย ยิ่งไปกว่านั้น ทางเลือกอื่นดังกล่าวจะต้องไม่เป็นเพียงในทางทฤษฎี ตัวอย่างเช่น การที่สมาชิกผู้ถูกร้องไม่สามารถปฏิบัติได้ หรือเป็นการสร้างภาระให้แก่สมาชิกเกินสมควร เช่น มีค่าใช้จ่ายที่แพงเกินสมควร หรือมีสาระสำคัญในทางเทคนิคเป็นที่ยุ่งยาก

เมื่อสมาชิกผู้ร้องได้เสนอมาตรการทางเลือกที่เป็นไปได้ สมาชิกผู้ถูกร้องอาจแสดงให้เห็นว่า มาตรการที่ได้รับเสนอนั้นไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในระดับการปกป้องที่เลือกได้ ดังนั้น มาตรการที่ถูกเสนอจึงไม่เป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลอย่างแท้จริง¹³¹

Retreaded Tyres reports established how the burden of proof would be allocated in establishing whether a reasonably available alternative exists. As the Appellate Body indicated in *US – Gambling*, while the responding Member must show that a measure is necessary, it does not have to "show, in the first instance, that there are *no* reasonably available alternatives to achieve its objectives."

¹³¹ *ibid*, para.7.490.

"Alternative measures must be WTO-consistent while providing an equivalent contribution to the achievement of the objective pursued through the challenged measure. Nevertheless, the mere existence of an alternative measure is not sufficient to prove that the disputed measure is not "necessary". Citing *US – Gasoline*, the Appellate Body in *Brazil – Retreaded Tyres* confirmed that a proposed alternative must preserve "for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued". Moreover, such alternative cannot be "merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties". If the complaining Member has put forward a possible alternative measure, the responding Member may seek to show that the proposed measure does not allow it to achieve the level of protection it has chosen and, therefore, is not a genuine alternative that is, in fact, "reasonably available"."

กล่าวคือ การประเมินมาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้นั้น คือการพิจารณา “ความสามารถ” ของสมาชิกผู้ถูกร้องในการปฏิบัติตามมาตรการที่เป็นการแก้ไข ซึ่งอาจเสียค่าใช้จ่ายแพงหรือต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง¹³²

โดยสรุปแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่สามารถปฏิเสธมาตรการที่ปกป้องสิ่งแวดล้อมหรือสาธารณสุข ด้วยการชี้ว่ามีมาตรการทางเลือกซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO หรือกีดกันทางการค้า น้อยกว่า หากว่ามาตรการทางเลือกดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติได้ หรือเป็นไปได้ด้วยเหตุผลทางการเงิน สำหรับสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XX (b) ขึ้นต่อสู้ และมาตรการนั้นๆจะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพได้อย่างเท่าเทียมกันในการบรรลุวัตถุประสงค์กับมาตรการถูกโต้แย้งอีกด้วย¹³³

4.2.5.5 *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC-Seal Products: 2013)*¹³⁴

คดี *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products* เป็นคดีที่ประเทศแคนาดาและประเทศนอร์เวย์โต้แย้งสหภาพยุโรป เนื่องจากมาตรการซึ่งเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์จากเมวน้ำของสหภาพยุโรปละเมิดพันธกรณีความตกลง GATT หลายประการ (ผลิตภัณฑ์จากเมวน้ำ คือ ผลิตภัณฑ์ทั้งที่ผ่านกระบวนการและไม่ผ่านกระบวนการที่ได้จากเมวน้ำ รวมทั้งเนื้อ ไขมัน น้ำมัน อวัยวะ หนัง เลื้อและเครื่องประดับที่ทำจากหนังเมวน้ำ โอเมก้า 3 จากไขมันเมวน้ำ)

¹³² *ibid*, para.7.491.

“Also relevant in a panel's assessment of available alternatives is the capacity of the challenged Member "to implement remedial measures that would be particularly costly, or would require advanced technologies".

¹³³ *ibid*, para.7.491.

“In sum, we understand that a panel cannot reject an environmental protection measure, or a public health measure, by pointing to a WTO-consistent or less trade-restrictive alternative, unless that alternative is both practically and financially feasible for the Member seeking to justify a WTO inconsistent measure under Article XX(b) and provides an equivalent contribution to the achievement of the objective pursued.”

¹³⁴ *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, (WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R), [2013].

สหภาพยุโรปได้ออกมาตรการห้ามการนำเข้าผลิตภัณฑ์จากแม่น้ำ เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้น เช่น ผลิตภัณฑ์นั้นต้องมาจากแม่น้ำที่ได้จากการล่าโดยชุมชนท้องถิ่น (indigenous communities /IC exception) หรือ ต้องเป็นผลิตภัณฑ์จากแม่น้ำที่ถูกล่าโดยวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการทรัพยากรทางทะเล (marine resource management/MRM exception) หรือ ผลิตภัณฑ์จากแม่น้ำนั้นซื้อโดยนักท่องเที่ยวและนำเข้ามาในเงื่อนไขที่จำกัด

ประเทศแคนาดาและนอร์เวย์อ้างว่ามาตรการของสหภาพยุโรป ละเมิดพันธกรณีของความตกลง GATT 1994 หลายประการ รวมทั้งละเมิดความตกลง TBT อีกด้วย โดยที่ข้อยกเว้นซึ่งอนุญาตให้นำเข้าผลิตภัณฑ์แม่น้ำที่ได้จากการล่าของชุมชนท้องถิ่น และจากการล่าเพื่อการจัดการทรัพยากรทางทะเล นั้นเป็นเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างอุปสรรคทางการค้าโดยไม่จำเป็นเนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นการกีดกันทางการค้ามากกว่าความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทชี้ในเบื้องต้นว่า มาตรการของสหภาพยุโรปที่ออกตามข้อบังคับนั้น เป็นกฎระเบียบทางเทคนิค (technical regulation) ตามความหมายใน Annex 1.1 ความตกลง (TBT Agreement) และในส่วนของความตกลง GATT นั้น มาตรการอนุญาตให้นำเข้าผลิตภัณฑ์แม่น้ำที่ได้จากการล่าของชุมชนท้องถิ่น (IC exception) ละเมิดพันธกรณีตามมาตรา I:1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง และมาตรการที่อนุญาตให้นำเข้าผลิตภัณฑ์จากแม่น้ำที่ได้จากการล่าเพื่อการจัดการทรัพยากรทางทะเล (MRM exception) ละเมิดพันธกรณีตามมาตรา III:4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ทั้งนี้ สหภาพยุโรปไม่อาจอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX (a) ได้เนื่องจากมาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับบทนำของมาตรา XX (Chapeau) และไม่สามารถอ้างมาตรา XX (b) เนื่องจากสหภาพยุโรปไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงเบื้องต้น (*prima facie*) ตามมาตราดังกล่าวได้

และได้มีการยื่นเรื่องให้องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยอุทธรณ์ ในการตีความว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีตามมาตรา XX (a) หรือไม่นั้น องค์กรอุทธรณ์ได้ตีความดังนี้

หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการ“จำเป็น”เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี

องค์กรอุทธรณ์ได้ตั้งประเด็นการพิจารณาคำวินิจฉัยคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่อุทธรณ์โดยประเทศแคนาดาและประเทศนอร์เวย์ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรา XX (a) ไว้ 3 ประเด็น คือ ประเด็นการระบุวัตถุประสงค์ของมาตรการของสหภาพยุโรป ประเด็นการวิเคราะห์ว่ามาตรการของสหภาพยุโรปเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีหรือไม่ และประเด็นการวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทนำของมาตรา XX หรือไม่

“การประเมินว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปตามข้อยกเว้นมาตรา XX หรือไม่ ต้องมีการวิเคราะห์เป็น 2 ขั้นตอน (a two-tiered analysis) ประการแรกพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าว ตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นย่อยใดของข้อยกเว้น จากนั้นจึงตรวจสอบมาตรการภายใต้บทนำของมาตรา XX (Chapeau) ในการพิจารณา

ว่ามาตรการดังกล่าวตกอยู่ภายใต้อนุมาตราย่อยใด ต้องพิจารณาว่าคุณค่าที่แต่ละอนุมาตราย่อยต้องการปกป้องคืออะไร และมาตรการดังกล่าวต้องมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับคุณค่าดังกล่าวที่ต้องการปกป้อง ในบริบทของมาตรา XX (a) มาตรการของภาคีสมาชิกจะต้องพิสูจน์ให้ได้เป็นที่พอใจว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี (to protect public morals) และต้องได้ความว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่“จำเป็น” (necessary) ในการปกป้องศีลธรรมอันดีด้วย

องค์กรอุทธรณ์ได้อธิบายว่า ในการวิเคราะห์ความจำเป็นนั้น เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง รวมถึงระดับความสำคัญของเป้าหมายที่ต้องการปกป้อง ประสิทธิภาพของมาตรการในการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ และการจำกัดทางการค้าของมาตรการ และยิ่งไปกว่านั้นในคดีส่วนใหญ่จะมีการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือกอื่นๆที่เป็นไปได้ (possible alternatives) ซึ่งภาระการพิสูจน์ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” นั้น ภาคีสมาชิกผู้ถูกร้องต้องเป็นฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ อย่างไรก็ตามภาคีสมาชิกผู้ร้องต้องเป็นฝ่ายเสนอมาตรการทางเลือกที่เห็นว่าภาคีสมาชิกผู้ถูกร้องนั้นควรเลือกใช้”¹³⁵

¹³⁵ EC-Seal products, Appellate Body Report, *ibid*, para.5.169.

“As established in WTO jurisprudence, the assessment of a claim of justification under Article XX involves a two-tiered analysis in which a measure must first be provisionally justified under one of the subparagraphs of Article XX, before it is subsequently appraised under the chapeau of Article XX. As the Appellate Body has stated, provisional justification under one of the subparagraphs requires that a challenged measure “address the particular interest specified in that paragraph” and that “there be a sufficient nexus between the measure and the interest protected”. In the context of Article XX (a), this means that a Member wishing to justify its measure must demonstrate that it has adopted or enforced a measure “to protect public morals”, and that the measure is “necessary” to protect such public morals. As the Appellate Body has explained, a necessity analysis involves a process of “weighing and balancing” a series of factors, including the importance of the objective, the contribution of the measure to that objective, and the trade-restrictiveness of the measure. The Appellate Body has further explained that, in most cases, a comparison between the challenged measure and possible alternatives should then be undertaken. The burden of proving that a measure is “necessary to protect public morals” within the meaning of Article XX(a) resides with the responding party, although a complaining party must identify any alternative measures that, in its view, the responding party should have taken”

4.2.6 ช่วงที่ 6 ค.ศ. 2015 – ปัจจุบัน

ช่วงที่ 6 เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางการพิจารณามาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX(b) ในปัจจุบัน ว่ามีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับการพิจารณามาตรการตามความตกลง SPS ซึ่งเป็นความตกลงที่ขยายความมาตรา XX(b) ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น สามารถเห็นตัวอย่างได้จากคำวินิจฉัยในคดี *Argentina – beef* ค.ศ. 2015

4.2.6.1 *United States — Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina (Argentina – beef: 2015)*¹³⁶

คดี *United States — Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina* เป็นคดีที่ประเทศอาเจนตินาส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) วินิจฉัยในกรณีที่สหรัฐฯ สั่งห้ามการนำเข้าเนื้อสัตว์จากประเทศอาเจนตินา เนื่องจากมีความกังวลเกี่ยวกับโรคปากและเท้าเปื่อย (FMD) โดยกล่าวอ้างว่า สหรัฐฯ ละเมิดพันธกรณีมาตรา 1.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.3, 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, and 10.1 ของความตกลง SPS และมาตรา 1:1, 11:1 ของความตกลง GATT 1994¹³⁷

ในส่วนที่มีการร้องขอให้พิจารณาข้อพิพาทภายใต้ความตกลง GATT 1994 ประเทศอาเจนตินากล่าวอ้างว่า สหรัฐฯ ละเมิดพันธกรณี หลักชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง มาตรา I:1¹³⁸ และหลักการห้ามจำกัดปริมาณตามมาตรา XI:1¹³⁹ สหรัฐฯ ต่อสู้คดีโดยไม่ได้ตอบประเด็นตามคำร้องภายใต้ความตกลง GATT ของประเทศอาเจนตินาเป็นการเฉพาเจาะจง แต่ยืนยันว่าการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของสัตว์ สอดคล้องตามความตกลง SPS และมาตรา XX (b) ความตกลง GATT โดยมีข้อสังเกตว่าตามมาตรา 2.4 ความตกลง SPS หากว่ามาตรการได้ดำเนินการตามความตกลง SPS จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นไปตามมาตรา XX (b) สหรัฐฯ จึงอ้างว่า เมื่อมาตรการของตนสอดคล้องตามความตกลง SPS และมาตรา XX (b) ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา มาตรา I:1¹⁴⁰ และมาตรา XI:1¹⁴¹ ของความตกลง GATT 1994 แต่อย่างใด

¹³⁶ *United States — Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina, (WT/DS447/R), [2015].*

¹³⁷ *Argentina – beef, Panel Report, ibid, para.3.2.*

¹³⁸ *ibid, para.7.723.*

¹³⁹ *ibid, para.7.727.*

¹⁴⁰ *ibid, para.7.728.*

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้อ้างอิงแนวทางการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี *Australia – Salmon* ที่ชี้ให้เห็นว่า หากมีการพิจารณามาตรการซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT 1994 และมีการเรียกร้องให้พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปตามข้อยกเว้นมาตรา XX (b) ของความตกลง GATT 1994 หรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องย้อนกลับมาพิจารณาภายใต้ความตกลง SPS ที่ได้มีการทราบถึงความไม่สอดคล้องของมาตรการต่อบทบัญญัตินี้ก่อนแล้ว ข้อสรุปดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 2.4 ความตกลง SPS ที่ว่า

“มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามความตกลงนี้ จะได้รับการสันนิษฐานว่า สอดคล้องกับพันธกรณีของสมาชิกภายใต้บทบัญญัติความตกลง GATT 1994 ที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา XX (b)”¹⁴²

จากแนวทางการพิจารณาข้างต้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่า เมื่อมีการนำมาตรการของสหรัฐฯ เข้าสู่การพิจารณาภายใต้ความตกลง SPS แล้ว การละเมิดพันธกรณีตาม ความตกลง GATT

“The United States does not answer specifically the arguments made by Argentina in relation to the GATT 1994 Article I:1 three-step test. It asserts that its application system is necessary to protect animal life or health, consistent with the SPS Agreement and Article XX(b). The United States notes that, pursuant to Article 2.4 of the SPS Agreement, if a measure complies with the SPS Agreement, then it is presumed to comply with Article XX(b). The United States concludes by stating that because it has satisfied its obligations under the SPS Agreement and Article XX(b), it has not breached Article I:1.”

¹⁴¹ *ibid*, para.7.729.

¹⁴² *ibid*, para.7.730.

“The panel in *Australia – Salmon* reasoned that where any findings of inconsistency with GATT 1994 provisions would also require an examination of whether the measure was justified under Article XX(b) of the GATT 1994, the Panel would be led back to the SPS agreement, with which the panel had already found inconsistencies. Such a conclusion is bolstered by Article 2.4 of the SPS Agreement, which states that:

“[S]anitary or phytosanitary measures which conform to the relevant provisions of this Agreement shall be presumed to be in accordance with the obligations of the Members under the provisions of the GATT 1994 which relate to the use of sanitary or phytosanitary measures, in particular Article XX(b).”

1994 ก็จะได้รับพิจารณาไปด้วย จากสถานการณ์ในคดีนี้ จึงไม่มีเหตุผลที่ไม่ควรเห็นด้วยกับแนวทางการพิจารณาดังกล่าวของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีก่อน ๆ¹⁴³

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่า การพิจารณาตามข้อเรียกร้องว่ามาตรการของสหรัฐฯ ละเมิดตาม 1.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.3, 5.1, 5.6, 6.1, 8 และ ภาคผนวก C (1)(a) และ (b) ของความตกลง SPS เป็นการพิจารณาภายใต้ข้อเรียกร้องตามความตกลง SPS แล้ว จึงสรุปว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาตามข้อเรียกร้องภายใต้ความตกลง GATT 1994 แต่อย่างใด¹⁴⁴

คดีดังกล่าวชี้ให้เห็นถึงความเชื่อมโยงอย่างยิ่งระหว่างความตกลง SPS และมาตรา XX(b) ในฐานะที่ความตกลง SPS เกิดขึ้นจากการขยายความบัพัญญัติมาตรา XX(b) ให้มีความชัดเจนขึ้น และถ้าหากสามารถพิสูจน์ได้ตามพันธกรณีตามความตกลง SPS ก็มีสมมติฐานว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (b) ความตกลง GATT

หลักความได้สัดส่วนภายใต้ความตกลง SPS อยู่ในลักษณะของพันธกรณีทั่วไป แตกต่างจากหลักความได้สัดส่วนภายใต้ความตกลง GATT ที่อยู่ในส่วนข้อยกเว้นเท่านั้น เช่นนี้แล้ว เมื่อผ่านการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวมีความสอดคล้องตามความตกลง SPS ซึ่งหลักความได้สัดส่วนเป็นส่วนหนึ่งของพันธกรณีทั่วไปที่ต้องมีการพิจารณา มาตรการดังกล่าวจึงสอดคล้องตามข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลง GATT ที่มีหลักความได้สัดส่วนเป็นเงื่อนไขในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมาย ผ่านทางการตีความคำว่า“จำเป็น”ไปโดยปริยายด้วย

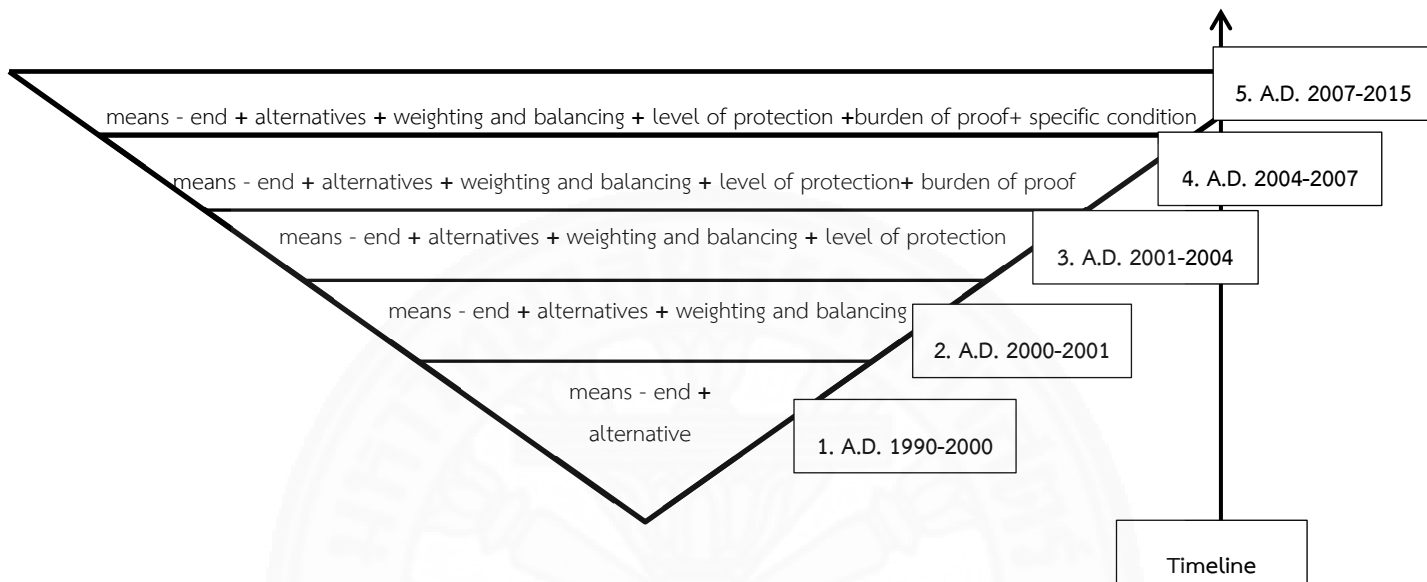
¹⁴³ *ibid*, para.7.731.

“In light of the above, the Panel considers that when the United States brings its measures into conformity with the SPS Agreement, any inconsistency with the GATT 1994 will also be addressed. Under the circumstances, we see no reason to disagree with the consistent approach of prior panels.”

¹⁴⁴ *ibid*, para.7.732.

“We recall our findings above that the United States' measures are inconsistent with Articles 1.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.3, 5.1, 5.6, 6.1, 8 and Annex C(1)(a) and (b) of the SPS Agreement. Having made findings under the SPS claims, we conclude that it is not necessary to make findings under the GATT 1994 claims...”

จากการศึกษาแนวทางการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) จากการวินิจฉัยข้อพิพาททั้ง 15 คดี ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ ซึ่งผู้ศึกษาได้แบ่งออกเป็น 6 ช่วงเวลา ตามหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความจำเป็นนั้น สามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความจำเป็นในช่วงระยะเวลาต่าง ๆ ตามแผนภาพดังต่อไปนี้



A.D. 1990-2000;	<i>Thailand-Cigarettes</i> 1990 (XX (b)), <i>Tuna-Dolphin I</i> 1991 (XX (b)), <i>Tuna-Dolphin II</i> 1994 (XX (b)), <i>US-Gasoline</i> 1996 (XX (b))
A.D. 2000-2001;	<i>Korea- Various Measures on beef</i> 2000
A.D. 2001-2004;	<i>EC-Asbestos</i> 2001 (XX (b))
A.D. 2004-2007;	<i>US-Gambling</i> 2004 (XX (a)), <i>Dominican Republic-import and sale of cigarettes</i> 2004 (XX (d)), <i>Mexico-Taxes on Soft Drinks</i> 2005 (XX (d))
A.D. 2007-2015;	<i>Brazil retreaded Tyres</i> 2007 (XX (b)), <i>US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive</i> 2008 (XX (d)), <i>China – Audiovisual Products</i> 2009 (XX (a)), <i>China - Raw Materials</i> 2011 (XX (b))
Since 2015;	<i>Argentina – beef</i> 2015 (XX (b))

ภาพที่ 4.1 แผนภาพแสดงพัฒนาการการตีความความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d)

4.3 พัฒนาการของข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) GATT และหลักเกณฑ์การตีความในปัจจุบัน

จากการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a) (b) (d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ในระยะแรก ได้แก่ คดี *Thailand-Cigarettes* ค.ศ. 1990, *Tuna-Dolphin I* ค.ศ. 1991, *Tuna-Dolphin II* ค.ศ. 1994 และคดี *US-Gasoline* ค.ศ. 1996 มีหลักเกณฑ์การพิจารณาเพียงว่า มาตรการที่“จำเป็น”เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ คือ (1) เมื่อไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ในการบรรลุวัตถุประสงค์ (2) เมื่อไม่มีมาตรการอื่นที่ขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่าในการบรรลุวัตถุประสงค์ (3) เมื่อมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT ดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

จากนั้น การพิจารณาคดี *korea-beef* ในปี ค.ศ. 2000 ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยนำกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and Balancing) ปัจจัยสำคัญที่เกี่ยวข้อง 3 ปัจจัย ได้แก่ ความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่าที่ต้องการปกป้อง ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์ และการกีดกันทางการค้าของมาตรการ มาใช้ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX และต่อมา การพิจารณาคดี *EC-Asbestos* ในปี ค.ศ. 2001 ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า ภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) มีสิทธิในการกำหนดระดับการปกป้อง (the level of protection) ที่สมาชิกได้พิจารณาจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง โดยภาคีสมาชิกอื่นหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ไม่สามารถโต้แย้งได้แต่อย่างใด ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญในการปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช และสิ่งแวดล้อม อีกทั้งสะท้อนให้เห็นถึงการเคารพอำนาจอธิปไตยของภาคีสมาชิกอีกด้วย

หลังจากนั้น การวินิจฉัยคดี *US-Gambling* ในปี ค.ศ. 2004 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ให้ชัดเจนขึ้นโดยวางหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ของมาตรการด้วย 2 หลักการ คือ (1) หลักการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) ปัจจัยที่เกี่ยวข้อง (2) หลักการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่ถูกต้องแย้งกับมาตรการทางเลือก นอกจากนี้ ยังได้กำหนดภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นและแบ่งภาระการพิสูจน์ให้เป็นหน้าที่ของทั้งผู้ถูกร้องที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX และภาคีสมาชิกผู้ร้องไปตามลำดับของการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) กล่าวคือ ในเบื้องต้น ภาคีสมาชิกผู้ถูกร้องมีภาระการพิสูจน์ในการหาข้อมูลพยานหลักฐานมายืนยันตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) เพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการของตนจำเป็นแล้ว จากนั้นภาระการพิสูจน์ตกไปอยู่แก่ฝ่ายภาคีสมาชิกผู้ร้อง ที่ต้องพิสูจน์ว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นอยู่ โดยนำเสนอมาตรการทางเลือกที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ที่ภาคีสมาชิกผู้ถูกร้องสมควรเลือกใช้แทนมาตรการที่ถูกต้องแย้ง เพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการที่ถูกต้องแย้งเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น หลังจากนั้น ภาคีสมาชิกผู้ถูกร้องกลับมา

มีภาระการพิสูจน์ว่า มาตรการทางเลือกที่ภาคีผู้ร้องเสนอ เป็นมาตรการที่ไม่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล เพื่อยืนยันว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อ ปกป้องประโยชน์หรือคุณค่าแล้ว การแบ่งภาระการพิสูจน์ให้แก่คู่ความทั้งสองฝ่ายได้มีส่วนในการเสนอ ข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้ง ทำให้การพิจารณาความจำเป็นตามมาตรา XX มีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

โดยที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ในคดี *US-Gambling* ยังได้เพิ่มเติม หลักเกณฑ์การพิจารณา (specific conditions) ความสามารถในการปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ของมาตรการทางเลือกอื่น (alternatives) โดยพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าว ต้องเป็นมาตรการที่สามารถปฏิบัติได้ มิใช่เป็นเพียงวิธีการในทางทฤษฎีเท่านั้น (merely theoretical in nature) นอกจากนี้มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นมาตรการที่สร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ถูกร้องเกินสมควร (imposes an undue burden on that Member) เช่น มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง หรือ มีสาระสำคัญ ทางเทคนิคเป็นที่ยุ่งยาก และมาตรการดังกล่าวต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับที่ภาคีผู้ถูกร้องต้องการ ได้ ซึ่งการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าวเป็นการคำนึงถึงศักยภาพของสมาชิกองค์การการค้าโลกในการ ปฏิบัติตามมาตรการที่ได้รับการเสนอ ในบางกรณีภาคีสมาชิกอาจมีข้อจำกัดหรือมีศักยภาพทางด้านเศรษฐกิจ หรือการพัฒนาของประเทศที่แตกต่างกัน จึงทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามมาตรการที่ได้รับการเสนอได้ ทั้งนี้ การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้ข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX มีความเป็น ธรรมอย่างยิ่ง

หลังจากนั้น คดี *Brazil retreaded Tyres* ค.ศ. 2007 คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและ องค์การอุทธรณ์ได้เพิ่มเติมแนวทางพิจารณา (specific conditions) ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุ วัตถุประสงค์ ซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่นำมาพิจารณาในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) โดยวางหลักว่า มาตรการที่ภาคีสมาชิกเลือกใช้เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะไม่จำเป็นต้องมี ประสิทธิภาพก่อให้เกิดผลได้อย่างเด่นชัดในทันทีทันใดก็ได้ และประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุ วัตถุประสงค์อาจเกิดขึ้นโดยมาตรการที่เกี่ยวข้องกันหลาย ๆ มาตรการก็ได้

โดยสามารถสรุปพัฒนาการของข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ได้ดังแผนภาพนี้

- คดี Thailand-Cigarettes 1990 , Tuna-Dolphin I 1991 , Tuna-Dolphin II 1994, US-Gasoline 1996

➤ พิจารณาความจำเป็น (necessity test) จากการพิสูจน์ว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่ามาตรการที่ถูกต้องแย้งอีกหรือไม่

➤ ภาระการพิสูจน์ตามข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX เป็นหน้าที่ของภาคีผู้ถูกร้องที่อ้างข้อยกเว้นทั้งหมด



- คดี Korea-beef ค.ศ. 2000

➤ เพิ่มเติมการนำกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) จากปัจจัยที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาความจำเป็น (necessity test) ของมาตรการ

ปัจจัยที่ 1 พิจารณาความสำคัญของประโยชน์หรือคุณค่าที่ต้องการปกป้อง

ปัจจัยที่ 2 พิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์

ปัจจัยที่ 3 พิจารณาผลกระทบทางการค้าที่เกิดขึ้นจากมาตรการ



- คดี EC-Asbestos 2001

เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ว่า ภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) มีสิทธิในการกำหนดระดับการปกป้อง (the level of protection) ที่สมาชิกได้พิจารณาจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง โดยภาคีสมาชิกอื่นหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ไม่สามารถโต้แย้งได้แต่อย่างใด



- คดี US-Gambling 2004

➤ เพิ่มเติมการวางโครงสร้างการพิจารณาความจำเป็น (necessity test) ของมาตรการเป็น 2 ขั้นตอน (1. พิจารณาโดยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) 2. การเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่ถูกต้องแย้งกับมาตรการทางเลือก)

➤ กำหนดภาระการพิสูจน์ให้ชัดเจนขึ้นโดยแบ่งภาระการพิสูจน์ให้เป็นหน้าที่ของทั้งภาคีผู้ถูกร้องและภาคีผู้ร้อง ในการพิสูจน์เป็นลำดับ

➤ เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการทางเลือกที่ได้รับการเสนอโดยภาคีผู้ร้องว่าเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่



● คดี Brazil retreaded Tyres 2007

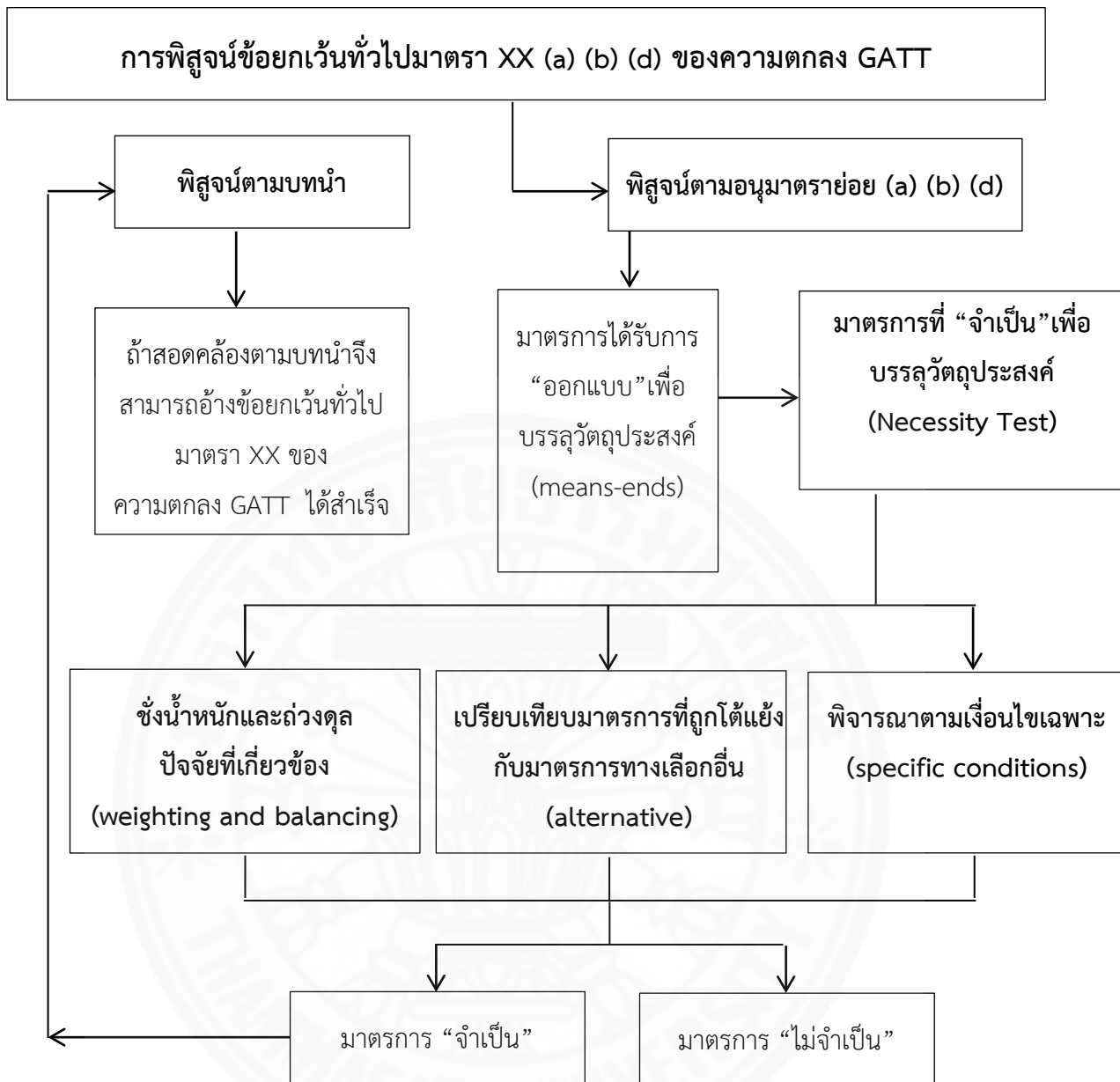
➤ เพิ่มเติมแนวทางพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุตฤตยูประสงค์ ซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่นำมาพิจารณาในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) เพื่อพิจารณาความจำเป็นของมาตรการ

(มาตรการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีประสิทธิภาพก่อให้เกิดผลได้อย่างเด่นชัดในทันทีทันใด และประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุตฤตยูประสงค์อาจเกิดขึ้นโดยมาตรการที่เกี่ยวข้องกันหลาย ๆ มาตรการได้)

ภาพที่ 4.2 ลำดับพัฒนาการของข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test)

พัฒนาการของการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ข้างต้นแสดงให้เห็นถึงลักษณะของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่มีลักษณะครอบคลุมมากขึ้นเรื่อย ๆ จากที่แต่เดิมการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) มีลักษณะที่มุ่งตรวจสอบและจำกัดการใช้มาตรการของภาคีสมาชิก ค่อย ๆ พัฒนาไปสู่หลักเกณฑ์ที่มีลักษณะที่รักษาสมดุลกันระหว่างการค้าเสรี การคำนึงถึงคุณค่าและประโยชน์ที่ต้องการปกป้อง การเคารพอำนาจอธิปไตยของภาคีสมาชิก ตลอดจนการคำนึงถึงความสามารถของภาคีสมาชิกในการปฏิบัติตามมาตรการทางเลือกที่ได้รับการเสนออีกด้วย ทำให้หลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้อัยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 มีลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างไปจากการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในบริบทอื่น ๆ ทำให้เหมาะสมกับบทบาทหน้าที่ขององค์การการค้าโลกที่ต้องรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรีอำนาจอธิปไตยของภาคีสมาชิก และการพัฒนาในด้านต่าง ๆ อย่างยั่งยืน

และเมื่อนำหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) จากการตีความวินิจฉัยคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ จากอดีตจนถึงปัจจุบันมาเรียงเข้าด้วยกัน สามารถอธิบายหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในปัจจุบันได้ดังนี้



ภาพที่ 4.3 แผนภาพแสดงการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้อาตรา XX (a)(b)(d) ในปัจจุบัน

ในปัจจุบันการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้อาตรา XX (a)(b)(d) จะต้องมีการพิจารณาเป็นสองขั้นตอน คือ พิจารณาว่ามาตรการที่ถูกต้องเป็นไปตามบทบัญญัติอนุมาตราย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX จากนั้นจึงพิจารณามาตรการที่ถูกต้องตามบทนำของมาตรา XX

โดยที่การพิจารณาว่ามาตรการที่ถูกต้องเป็นไปตามบทบัญญัติอนุมาตราย่อยของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX หรือไม่ มีหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าว “ได้รับการออกแบบ” มาเพื่อปกป้อง

ประโยชน์สาธารณะหรือคุณค่าที่กำหนดไว้ตามอนุมาตราย่อยของมาตรา XX และมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ หรือคุณค่าที่ภาคีสมาชิกต้องการ (พิจารณาความจำเป็น (Necessity Test))

ภาคีสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX มีภาระการพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์การพิจารณาข้างต้น กล่าวคือ ภาคีสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นจะต้องเสนอพยานหลักฐานและข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อพิสูจน์ให้ได้ว่า มาตรการของตนได้ “ออกแบบ” มาเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ หรือ คุณค่าที่กำหนดไว้ตามอนุมาตราย่อยของมาตรา XX ซึ่งการพิสูจน์ในส่วนนี้มีภาระการพิสูจน์ค่อนข้างต่ำ เป็นการพิจารณาตามธรรมดาเพียงเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในบริบทมาตรา XX (b)¹⁴⁵ มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิต สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช การพิสูจน์ในขั้นตอนนี้ภาคีสมาชิกเพียงแค่นำเสนอข้อมูลพยานหลักฐานที่สามารถชี้ให้เห็นว่ามีความเสี่ยงต่อชีวิต สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช อาจเป็นข้อมูลที่ได้จากหน่วยงานที่มีข้อมูลสาธารณสุข เช่น องค์การอนามัยโลก (WHO) เป็นต้น¹⁴⁶ และพิสูจน์เพียงว่ามาตรการของภาคีสมาชิกมีขึ้นเพื่อลดความเสี่ยงดังกล่าวก็สามารถผ่านการพิสูจน์ในขั้นตอนนี้ได้¹⁴⁷ ส่วนในบริบทของมาตรา XX (a)¹⁴⁸ คือการพิสูจน์ว่า มาตรการของภาคีสมาชิกออกแบบมาเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี และในบริบทของมาตรา XX (d)¹⁴⁹ คือการพิสูจน์ว่ามาตรการของภาคีสมาชิกออกแบบมาเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ฯลฯ โดยในบริบทของมาตรา XX (d) มีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า กฎหมายและข้อบังคับนั้นจะต้องไม่ละเมิดต่อบทบัญญัติความตกลง GATT เสียเอง และมาตรการใด ๆ ก็สามารถกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่ได้รับออกแบบมาเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับได้ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะไม่สามารถประกันว่าจะบรรลุผลตามกฎหมายหรือข้อบังคับได้อย่างสมบูรณ์แน่นอนก็ตาม¹⁵⁰ เป็นต้น จะเห็นได้ว่า ภาคีสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX สามารถผ่านการพิสูจน์ในขั้นตอนนี้ได้โดยไม่ยากนัก อย่างไรก็ตาม ภาคีสมาชิกจะต้องผ่านการพิสูจน์ที่สำคัญในขั้นตอนต่อไป คือการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ของมาตรการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ และในท้ายที่สุดภาคีสมาชิกต้องพิสูจน์

¹⁴⁵ (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

¹⁴⁶ Thailand-Cigarettes, Panel Report, *supra* note 10, para.73.

¹⁴⁷ US-Gasoline, Panel Report, *supra* note 29, para.6.21.

¹⁴⁸ (a) necessary to protect public morals;

¹⁴⁹ (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;

¹⁵⁰ Mexico-Taxes on Soft Drinks, Appellate Body Report, *supra* note 78, para.74.

ให้ได้ว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องตามบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX กล่าวคือ พิสูจน์ว่าการใช้มาตรการของภาคีสมาชิกไม่ได้เป็นไปโดยเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล ในระหว่างภาคีสมาชิกต่าง ๆ ที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน หรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง

การพิจารณาในขั้นตอนที่สำคัญ คือการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ หรือคุณค่าที่ภาคีสมาชิกต้องการ มีหลักเกณฑ์ที่สามารถสรุปได้จากแนวทางการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์การอุทธรณ์ (Appellate Body) ขององค์การการค้าโลก ดังนี้

การพิจารณาด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing)¹⁵¹ กล่าวคือ จะต้องมีการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้อง 3 ปัจจัย ได้แก่ ความสำคัญของคุณค่าหรือโยชน์ที่ต้องการปกป้อง ประสิทธิภาพของมาตรการ และการกีดกันทางการค้าของมาตรการ เพื่อให้ทราบในเบื้องต้นว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในการปกป้องคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่

การพิจารณาความสำคัญของคุณค่าหรือโยชน์ที่ต้องการปกป้อง เช่น ในบริบทของมาตรา XX (b)¹⁵² ถ้าหากประโยชน์ที่สมาชิกต้องการปกป้องคือชีวิตของมนุษย์ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญยิ่งย่อมมีแนวโน้มว่ามาตรการดังกล่าวนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็น และได้มีการวินิจฉัยในรายละเอียดว่ามีประโยชน์ส่วนน้อยเท่านั้นที่จะมีความสำคัญยิ่งกว่าความสำคัญต่อชีวิตหรือสำคัญยิ่งกว่าการปกป้องคุณภาพชีวิตของมนุษย์จากความเสี่ยงด้านสุขภาพ และการปกป้องสิ่งแวดล้อมก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน¹⁵³ นอกจากนี้ สมาชิก WTO ยังมีสิทธิในการกำหนดระดับการปกป้องที่ได้พิจารณาตามความเหมาะสมของสถานการณ์ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีไม่สามารถโต้แย้งอำนาจของสมาชิก WTO ในการกำหนดระดับของการปกป้องในระดับที่สมาชิกต้องการได้¹⁵⁴

การพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการปกป้องได้ คือการประเมินว่า มาตรการที่ภาคีสมาชิกเลือกใช้ใช้นั้น สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการได้มากน้อยเพียงไร และได้มีการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการว่า มาตรการจะมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อ มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงระหว่างเป้าหมาย-วิธีการ (ends and means) ของวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกับมาตรการที่ถูกโต้แย้ง¹⁵⁵ นอกจากนี้ มาตรการที่มีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างเป็นรูปธรรม ย่อมมีแนวโน้มว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น

¹⁵¹ Korea- Various Measures on beef, *supra* note 37.

¹⁵² (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

¹⁵³ Brazil retreaded Tyres, *supra* note 83.

¹⁵⁴ EC-Asbestos, *supra* note 45., Brazil retreaded Tyres, *ibid*.

¹⁵⁵ Brazil retreaded Tyres, *ibid*., China - Raw Materials, *supra* note 116.

¹⁵⁶ ซึ่งแนวทางการประเมินประสิทธิภาพของมาตรการจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานของธรรมชาติของความเสี่ยง วัตถุประสงค์ที่เป็นเป้าหมาย พิจารณาระดับของการปกป้องที่ต้องการ ¹⁵⁷ ทั้งนี้ การพิจารณาประสิทธิภาพของ มาตรการเป็นไปตาม พื้นฐาน ปริมาณและคุณภาพของหลักฐานหรือข้อมูลที่มีอยู่ในเวลาที่ทำการวิเคราะห์ใน ขั้นตอนนี้ ¹⁵⁸ โดยที่ประสิทธิภาพของมาตรการไม่จำเป็นต้องก่อให้เกิดผลได้อย่างเด่นชัดในทันทีทันใด ¹⁵⁹ อีกทั้ง ประสิทธิภาพของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์อาจเกิดขึ้นโดยมาตรการที่เกี่ยวข้องกันหลาย ๆ มาตรการได้

160

การพิจารณาผลกระทบการกีดกันทางการค้าที่เป็นผลมาจากการใช้มาตรการ คือการประเมินว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้นั้นส่งผลกระทบเกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศมากน้อย เพียงใด และได้มีการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาเพิ่มเติมว่า ในกรณีที่มาตรการมีลักษณะของการกีดกันทาง การค้ามาก ภาคีผู้ถูกร้องจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า “มาตรการดังกล่าวได้รับการออกแบบอย่างรอบคอบ เพื่อให้ ขั้นตอนที่นำมาพิจารณาในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการประเมินความจำเป็น มีน้ำหนักยิ่งกว่าผลกระทบจากการกีดกันทางการค้า สอดคล้องตามความเข้าใจที่ว่า การพิจารณาความจำเป็น ของมาตรการ เป็นกระบวนการพิจารณาแบบองค์รวม (a holistic process)¹⁶¹

ทั้งนี้ องค์กรอุทธรณ์ ¹⁶² ได้วางหลักการตีความ “มาตรการที่จำเป็น” ว่า “มาตรการที่ขาดเสีย ไม่ได้ (indispensable) หรือจำเป็นอย่างถึงที่สุด (absolute necessity) หรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (inevitable) ย่อมเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับตามมาตรา XX (d) อย่างแน่นอน อย่างไรก็ตาม มาตรการที่ไม่ได้ถึงขนาดว่าเป็นมาตรการที่ขาดเสียไม่ได้ ก็อาจได้รับการพิจารณาว่า เป็น ี่ น ม า ต ร ร ก า ร ที่ “จำเป็น” ภายใต้มาตรา XX (d) ได้เช่นเดียวกัน เมื่อผ่านการพิจารณาจากกระบวนการชั่งน้ำหนักและ ถ่วงดุล (weighting and balancing) ในบรรดาปัจจัยที่เกี่ยวข้องดังที่กล่าวมา”

ภาระการพิสูจน์ตามกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) เบื้องต้นนี้ เป็นหน้าที่ของภาคีสมาชิกที่อ้างข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ที่จะต้องนำเสนอพยานหลักฐานและข้อมูล เพื่อพิสูจน์ตามปัจจัยสำคัญ 3 ปัจจัยข้างต้น อันได้แก่ หลักฐานที่จะแสดงว่า มาตรการที่ตนเลือกใช้นั้น

¹⁵⁶ China - Raw Materials, *ibid.*

¹⁵⁷ Brazil retreaded Tyres , *supra note 83.*, China - Raw Materials, *ibid.*

¹⁵⁸ *ibid.*

¹⁵⁹ *ibid.*

¹⁶⁰ *ibid.*

¹⁶¹ China - Raw Materials, Panel Report, *supra note 116*, para.7.488.

¹⁶² Korea- Various Measures on beef, *supra note 37.*

มีประสิทธิภาพที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ซึ่งเป็นหลักฐานที่สามารถบ่งชี้ประสิทธิภาพของมาตรการได้ทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณ ว่ามาตรการดังกล่าวสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้มากน้อยเพียงใด อีกทั้งต้องพิสูจน์ว่าคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะที่ต้องการปกป้องนั้นมีความสำคัญต่อภาคีสมาชิกอย่างไร ซึ่งอาจเป็นความสำคัญต่อชีวิต ความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม ความสำคัญต่อศีลธรรมอันของประเทศ ฯลฯ และภาคีสมาชิกมีเหตุผลความจำเป็นอย่างไรที่ต้องออกมาตรการต้องการเพื่อปกป้องคุณค่านั้น ๆ โดยภาคีสมาชิกสามารถกำหนดระดับของการปกป้องคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะในระดับที่ตนต้องการได้ และภาคีสมาชิกจะต้องแสดงหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการที่ตนเลือกใช้ นั้นมีการกีดกันทางการค้าในระดับใด สามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวในระดับที่ตนต้องการ

ถ้าหากมีการประเมินด้วยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) แล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาว่ามาตรการนั้น “จำเป็น” คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์ได้แนะนำว่า ควรที่จะพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการดังกล่าวกับมาตรการทางเลือกอื่น ๆ

ซึ่งในการบวนการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือกนั้น ภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่ฝ่ายภาคีผู้ร้อง โดยภาคีผู้ร้องมีหน้าที่ในการเสนอมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ GATT ซึ่งเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ที่ภาคีผู้ถูกร้องสมควรเลือกใช้แทนมาตรการที่ถูกโต้แย้ง เพื่อเป็นการพิสูจน์ว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผลอยู่ (reasonably available) มาตรการที่ถูกโต้แย้งจึงเป็นมาตรการที่ “ไม่จำเป็น”

เมื่อภาคีผู้ร้องได้เสนอมาตรการทางเลือกแล้ว จากนั้นภาระการพิสูจน์จึงกลับมาตกอยู่ที่ฝ่ายภาคีผู้ถูกร้องในการพิสูจน์ว่า ทำไมมาตรการทางเลือกที่ได้รับการเสนอจึงไม่เป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ตามหลักเกณฑ์การพิจารณา ดังนี้

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามาตรการทางเลือกนั้นเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้ อย่างสมเหตุสมผล¹⁶³ คือ มาตรการทางเลือกดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถปฏิบัติได้ มิใช่เป็นเพียงวิธีการในทางทฤษฎีเท่านั้น (merely theoretical in nature) และมาตรการทางเลือกดังกล่าวจะต้องไม่เป็นมาตรการที่สร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ถูกร้องเกินสมควร (imposes an undue burden on that Member) เช่น มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง หรือ มีสาระสำคัญทางเทคนิคเป็นที่ยุ่งยาก นอกจากนี้ มาตรการทางเลือกดังกล่าวต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ในระดับที่ภาคีผู้ถูกร้องต้องการ

¹⁶³ U.S.-Gambling, *supra* note 53.

ถ้าหากว่าภาคีผู้ถูกร้องสามารถพิสูจน์ได้ว่า มาตรการทางเลือกที่ได้รับการเสนอไม่เป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) แสดงว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” ในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ

แต่ถ้าหากว่า ภาคีผู้ถูกร้องไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามาตรการทางเลือกนั้นไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล กล่าวคือ ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่เป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้างต้น หรือพิสูจน์แล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นพ้องด้วย เช่นนี้สามารถสรุปได้ว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่ “ไม่จำเป็น” ในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ

เมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ของมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะแล้ว ถ้าหากมาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการที่จำเป็น จะต้องมี การพิสูจน์ในขั้นตอนต่อไปคือ การพิสูจน์ว่ามาตรการดังกล่าวสอดคล้องตามบทนำของข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX หรือไม่ โดยพิสูจน์ว่า มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่ สมเหตุสมผล ในระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่อยู่ใต้นานการเดียวกัน หรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่าง แอบแฝง ถ้าหากภาคีผู้ถูกร้องสามารถพิสูจน์ตามบทนำของมาตรา XX ได้ จึงจะถือว่า การอ้างข้อยกเว้นทั่วไป ตามมาตรา XX ของภาคีสมาชิกผู้ถูกร้องเป็นผลสำเร็จ ส่งผลให้มาตรการที่ละเมิดความตกลง GATT เป็น มาตรการที่สามารถปฏิบัติได้เนื่องจากมีเหตุผลความจำเป็นในการปกป้องประโยชน์สาธารณะตามมาตรา XX

จากกระบวนการในการทดสอบความจำเป็นของมาตรการที่จำเป็นภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไป มาตรการ XX พบว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้ทดสอบความจำเป็นจากการ ชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด มีการคำนึงถึงประสิทธิภาพของมาตรการ คำนึงความสำคัญของประโยชน์ ที่ต้องการปกป้อง คำนึงถึงผลกระทบที่เป็นการกีดกันทางการค้าของมาตรการ นอกจากนี้มีการตีความให้ สมาชิกสามารถกำหนดระดับของการปกป้องได้ มีการคำนึงถึงลักษณะและความสามารถของภาคีสมาชิก ในการปฏิบัติตามมาตรการทางเลือกอื่นๆ จึงสะท้อนให้เห็นว่า การทดสอบความจำเป็นภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไป ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 มีการตรวจสอบอย่างรอบด้าน คำนึงถึงทุกปัจจัย ที่มีความเกี่ยวข้อง มีการสร้างหลักเกณฑ์การพิจารณาขึ้นอย่างเหมาะสมในการพิจารณาภายใต้บริบทของการ รักษาความสมดุลระหว่างการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตัวอย่างการปรับใช้ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ในปัจจุบัน

ตัวอย่าง คดี *Thailand-Cigarettes* ค.ศ. 1990

คดี *Thailand-Cigarettes* ค.ศ. 1990 เป็นคดีที่พิจารณาภายใต้ความตกลง GATT ค.ศ. 1947 ในตอนที่พิจารณาคดีดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาด้วยหลักเกณฑ์เพียงว่า มาตรการที่ ถูกโต้แย้งจะเป็นมาตรการที่จำเป็นเมื่อ (1) เมื่อไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลงแกตตีใน การบรรลุวัตถุประสงค์ (2) ไม่มีมาตรการอื่นที่ขัดแย้งกับความตกลง GATT น้อยกว่าในการบรรลุวัตถุประสงค์ และประเทศไทยแพ้คดีไปด้วยเหตุผลที่ว่า ยังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่ขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่า เช่น การติดฉลากเปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่ยี่ห้อหรือการห้ามไม่ให้มีการโฆษณาบุหรี่ยี่ห้อ เป็นต้น

ถ้าหากคดี *Thailand-Cigarettes* เกิดขึ้นในปัจจุบันและพิจารณาโดยใช้ข้อพิจารณาความ จำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและ การค้า ค.ศ. 1994 ตามหลักเกณฑ์ในปัจจุบัน แนวทางการพิจารณาและการต่อสู้คดีของประเทศไทย จะเป็นได้ ดังนี้

จากการพิจารณาโดยกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) ปัจจัยที่ เกี่ยวข้อง ประเทศไทยจะต้องนำพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่า มาตรการของประเทศไทยนั้นจำเป็นแล้ว ด้วย การนำพยานหลักฐานพิสูจน์ว่า คุณค่าในการปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์มีความสำคัญอย่างมาก และบุหรี่ยี่ห้อ จากสหรัฐ ฯ มีส่วนประกอบของสารปรุ้งแต่งรสที่จะทำให้ติดบุหรี่ได้ง่ายก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพของ มนุษย์อย่างร้ายแรง ทั้งนี้ประเทศไทยอาจกำหนดระดับของการปกป้องสุขภาพของมนุษย์ในระดับที่สูงที่สุดก็ได้ และพิสูจน์ว่า มาตรการห้ามการนำเข้าบุหรี่ยี่ห้อเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพสามารถทำให้ประเทศไทยบรรลุ วัตถุประสงค์ในระดับที่ต้องการได้ และแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะกีดกันทางการค้าอย่างมาก แต่เมื่อพิจารณา โดยรอบคอบแล้วประเทศไทยจำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์

จากนั้นสหรัฐ ฯ อาจจะเสนอมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่ประเทศไทยสมควรเลือกใช้แทน มาตรการห้ามการนำเข้าบุหรี่ยี่ห้อ โดยอาจเสนอมาตรการกำหนดให้มีการติดฉลากเปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่ยี่ห้อหรือการห้ามไม่ให้มีการโฆษณาบุหรี่ยี่ห้อในประเทศไทย เป็นต้น

ประเทศไทยมีการพิสูจน์ว่า ทำไมมาตรการที่ได้รับการเสนอจึงไม่เป็นมาตรการที่สามารถ ปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล โดยประเทศไทยสามารถโต้แย้งได้ว่า การติดฉลากเปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่ยี่ห้อ ไม่สามารถทำให้ประเทศไทยบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับที่ประเทศไทยต้องการได้ ในสถานการณ์ของประเทศ ไทย นอกจากจะมีการขายบุหรี่ยี่ห้อเป็นของยังมีการขายในลักษณะที่แบ่งขายเป็นส่วนมาก ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถ เห็นฉลากหรือคำเตือนได้ ดังนั้นมาตรการทางเลือกให้มีการติดฉลากเปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่ยี่ห้อ จึงเป็น เพียงวิธีการในทางทฤษฎีที่ไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามสถานการณ์ในประเทศไทยได้ อีกทั้งการห้ามไม่ให้มีการ โฆษณาบุหรี่ยี่ห้อในประเทศไทย ก็ไม่สามารถทำให้บรรลุผลในการปกป้องสุขภาพในระดับที่ต้องการได้และยังเป็นการ สร้างภาระให้กับประเทศไทยเกินสมควรอีกด้วย

ถ้าหากว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นพ้องกับประเทศไทยด้วยว่า มาตรการทางเลือกที่ประเทศไทยได้รับการเสนอจากสหรัฐ ฯ เป็นมาตรการที่ไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล ประเทศไทยย่อมสามารถพิสูจน์ได้ว่า มาตรการห้ามการนำเข้าบุหรี่ของประเทศไทยเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์ ตามมาตรา XX (b) ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่า ประเทศไทยจะต้องผ่านการพิสูจน์ตามบทนำของมาตรา XX กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล ในระหว่างประเทศต่างๆที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน หรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝงด้วย

ดังนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่ ถ้าหากคดี *Thailand-Cigarettes* เกิดขึ้นในปัจจุบันและพิจารณาโดยใช้ข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ตามหลักเกณฑ์ในปัจจุบัน ประเทศไทยก็อาจชนะคดีได้เช่นเดียวกัน

หมายเหตุ : เมื่อประเทศไทยผ่านการประเมินในขั้นตอนการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ได้แล้ว อย่างไรก็ดี การที่ประเทศไทยจะสามารถพิสูจน์ข้อยกเว้นตามมาตรา XX(b) ได้นั้น ประเทศไทยจะต้องไม่เลือกใช้มาตรการดังกล่าวอย่างเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง ตามบทบัญญัติในส่วนบทนำของมาตรา XX อีกด้วย ดังนั้น ถ้าหากประเทศไทยจะสามารถชนะคดีดังกล่าวได้อย่างแท้จริง นอกจากประเทศไทยจะนำหลักฐานเพื่อต่อสู้คดีพิสูจน์ความจำเป็นของมาตรการแล้ว ประเทศไทยจะต้องไม่ดำเนินมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อประเทศไทยห้ามการนำเข้าสินค้าบุหรี่ปจากต่างประเทศ โรงงานยาสูบซึ่งเป็นหน่วยงานของประเทศไทยจะต้องไม่เป็นผู้นำเข้าสินค้าดังกล่าวเสียเองอีกด้วย¹⁶⁴

¹⁶⁴ Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, *supra note 10*, para.81.

“In sum, the Panel considered that there were various measures consistent with the General Agreement which were reasonably available to Thailand to control the quality and quantity of cigarettes smoked and which, taken together, could achieve the health policy goals that the Thai government pursues by restricting the importation of cigarettes inconsistently with Article XI:1. The Panel found therefore that Thailand's practice of permitting the sale of domestic cigarettes while not permitting the importation of foreign cigarettes was an inconsistency with the General Agreement not "necessary" within the meaning of Article XX (b).”

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปผล

จากการศึกษาข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 พบว่า การตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ในช่วงก่อนการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (Pre-WTO) และภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) ในระยะแรก ได้นำหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) มาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานในการตีความพิจารณาความจำเป็น ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป โดยในเบื้องต้นผู้ศึกษาจะต้องกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน และการพิจารณาความจำเป็นในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปพอสังเขป เพื่อให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจและสามารถเปรียบเทียบกับ การพิจารณาความจำเป็นของ WTO ได้ สามารถอธิบายได้ดังนี้

หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) นำมาปรับใช้ในการตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX ของความตกลง GATT ในระยะแรกนั้น เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน จากการตีความสร้างหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ (ตำรวจ) โดยศาลปกครองสูงสุดปรัสเซีย¹ ปัจจุบันหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ² ที่ใช้ตรวจสอบและควบคุมการกระทำทั้งปวงของรัฐที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นไปอย่างพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายของรัฐ หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันประกอบไปด้วย 3 หลักการย่อย คือ หลักความสมฤทธิ์ผล (the principle of suitability)³

¹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.156.

² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), น.58.

³ มาตรการของรัฐจะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมสามารถทำให้บรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้

หลักความจำเป็น (the principle of necessity)⁴ และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense)⁵ และเนื่องจากเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายดังกล่าว เป็นไปเพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ ดังนั้น การปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวจึง เป็นไปอย่างเคร่งครัด จะต้องปรับใช้หลักความได้สัดส่วนให้ครบทั้งสามหลักการย่อยโดยพิจารณาเรียงเป็นลำดับ ขึ้นไป

เมื่อศึกษาการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนและข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้บริบทการขจัดอุปสรรคการค้าเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า (free movement of goods) ได้ข้อสรุปดังนี้ สหภาพยุโรปเป็นสหภาพทางเศรษฐกิจและการเมือง ที่รวมกลุ่ม ประเทศสมาชิกเพื่อให้เกิดความร่วมมือกันในหลายด้าน ในด้านเศรษฐกิจสหภาพยุโรปมีความมุ่งหมายในการ รวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (Single Market) โดยมีหลักการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า หลักการห้ามจำกัด ปริมาณ เป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งที่สามารถทำให้สหภาพยุโรปบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ และเพื่อให้ เป็นไปตามความมุ่งหมายดังกล่าวนี้ สหภาพยุโรปจะต้องขจัดอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า อย่างเช่นการจำกัดปริมาณให้หมดสิ้นไป

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสหภาพยุโรปจะมีแนวคิดในการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (Single Market) และมุ่งขจัดอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายเสรีดังที่กล่าวมา แต่ในบางกรณีรัฐสมาชิกอาจมีเหตุผลความจำเป็นที่ จะต้องดำเนินมาตรการที่กีดกันการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ จึงได้มีการ บัญญัติข้อยกเว้นของหลักห้ามจำกัดปริมาณซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่สามารถการขจัดอุปสรรคต่อการ เคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าได้ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้สมาชิกอ้างใช้ข้อยกเว้นทำให้การดำเนินมาตรการที่จำกัด ปริมาณเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่บัญญัติไว้ไม่เป็นความผิดอีกต่อไป ข้อยกเว้นดังกล่าวคือ มาตรา 36 ของ สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU)⁶ จากการศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาการอ้างใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวพบว่า ได้มีการนำหลัก

⁴ ต้องไม่ปรากฏว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า มาตรการที่เลือกใช้อยู่ หรือกล่าวได้ว่า มาตรการที่เลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนน้อยที่สุด

⁵ เมื่อชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์กับผลกระทบที่ได้รับจากมาตรการ ต้องไม่ปรากฏว่า ผลกระทบที่เกิดขึ้นเกินไปกว่าประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการ

⁶ Article 36 (ex Article 30 TEC) “The provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or

ความได้สัดส่วนซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสหภาพยุโรปมาใช้ตีความทั้งสามหลักการย่อย⁷ อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาคดีแต่ละคดี ศาลยุติธรรมยุโรป (The European Court of Justice) ได้นำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนเพียงบางประการมาพิจารณาเท่านั้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อาจกล่าวได้ว่า การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในภายใต้มาตรา 36 TFEU มีความเคร่งครัดน้อยกว่าการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันที่ต้องมีการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนให้ครบทั้งสามหลักการและพิจารณาเป็นลำดับขั้น แต่ก็ยังถือว่าการพิจารณาการอ้างใช้ข้อยกเว้นมาตรา 36 TFEU เป็นไปอย่างเคร่งครัดโดยที่สมาชิกจะผ่านการพิจารณาการอ้างข้อยกเว้นได้ เมื่อพิสูจน์ได้ว่ามาตรการของสมาชิกได้ใช้ไปอย่างได้พอสมควรแก่เหตุและใช้เท่าที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เท่านั้น ซึ่งเป็น การตีความข้อยกเว้นอย่างเคร่งครัดสอดคล้องกับแนวความคิดหลักของสหภาพยุโรปที่มุ่งขจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีให้หมดไปให้ได้มากที่สุด อันจะทำให้สหภาพยุโรปสามารถรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (single market) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) จากคดี *Cassis de Dijon*⁸ ภายใต้บริบทการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า (free movement of goods) ของสหภาพยุโรป เป็นหลักการที่อนุญาตให้สมาชิกสามารถบังคับใช้กฎหมายภายในที่เป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีได้ โดยมีเงื่อนไขว่า การใช้บทบัญญัติดังกล่าวมีความจำเป็น (necessary) เพื่อที่จะบรรลุเหตุที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirements) ตามวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐประการต่าง ๆ⁹ จากการศึกษาการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) พบว่า การพิจารณาความจำเป็นเป็นไปอย่างเคร่งครัด โดยมีการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นพื้นฐานในการพิจารณาความจำเป็นเพียงสองหลักการย่อยเท่านั้น คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) และหลักความจำเป็น (the principle of necessity) ทำให้การอ้างหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) ของ

archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.”

⁷ หลักความสัมฤทธิ์ผล (the principle of suitability) หลักความจำเป็น (the principle of necessity) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (The principle of proportionality in strict sense)

⁸ Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* , [1979], E.C.R..

⁹ เพื่อให้เกิดประสิทธิผลตามนโยบายของรัฐ (the effectiveness of fiscal supervision) , การปกป้องสาธารณสุข (the protection of public Health), ความเป็นธรรมในการดำเนินการค้า (the fairness of commercial transactions) และการคุ้มครองผู้บริโภค (the defence of the consumer)

รัฐสมาชิกจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อ มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถก่อให้เกิดประสิทธิผลในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐได้¹⁰ และจะต้องไม่ปรากฏว่ามีทางเลือกอื่นในการบรรลุวัตถุประสงค์อยู่อีกแล้ว¹¹ ดังนั้น การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ตามหลักความจำเป็นอย่างยั้ง (mandatory requirement) จึงเป็นการตีความอย่างแคบและเคร่งครัด ซึ่งเป็นการตีความที่สอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปที่มุ่งหมายในการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (Single Market) และมุ่งขจัดอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายเสรีให้หมดไปให้มากที่สุดเช่นเดียวกัน

องค์การการค้าโลก (WTO) และความตกลง GATT มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้เกิดการเปิดเสรีทางการค้า สร้างความเป็นธรรมในการค้าระหว่างประเทศ ตลอดจนส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาในด้านต่าง ๆ อย่างยั่งยืน โดยมีหลักการที่สำคัญเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการเปิดการค้าเสรี เช่น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) หลักการเข้าถึงตลาด (the rules on market access) หลักสุจริต (Good faith) หลักความโปร่งใส (Transparency) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม องค์การการค้าโลกไม่ได้คำนึงถึงการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียว แต่ได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาในด้านอื่น ๆ ควบคู่กันไป นอกจากนี้ องค์การการค้าโลกยังให้เคารพต่ออำนาจอธิปไตยของภาคีสมาชิกอีกด้วย

ภายใต้พันธกรณีของความตกลง GATT ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปไว้ในมาตรา XX ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการรักษาสันติภาพระหว่างการค้า การยึดมั่นพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา (*pacta sunt servanda*)¹² กับความจำเป็นของสมาชิกในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายต่าง ๆ เช่น การปกป้องศีลธรรมอันดี การปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช เป็นต้น ซึ่งภาคีสมาชิกสามารถอ้างใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลง GATT ได้ อย่างไรก็ตาม จะต้องมีการตรวจสอบการอ้างใช้ข้อยกเว้นของสมาชิก ทั้งการพิจารณาตามอนุมาตราย่อยและพิจารณาในส่วนบทนำของมาตรา XX

ในการพิจารณาตามอนุมาตราย่อยของมาตรา XX จะต้องพิจารณาตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ เช่น ในอนุมาตราย่อย (a)(b)(d) มีเงื่อนไขว่า มาตรการของสมาชิกจะต้องเป็น “มาตรการที่จำเป็น” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ ดังนั้นการพิจารณาข้อยกเว้นในอนุมาตราย่อยดังกล่าว จะต้องมีการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) เป็นต้น

จากการศึกษาข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) GATT พบว่า การตีความพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ในช่วงก่อนการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (Pre-WTO) และภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) ในระยะแรก ได้นำหลักความได้สัดส่วน (The principle of

¹⁰ หลักความสมรรถิผล (the principle of suitability)

¹¹ หลักความจำเป็น (the principle of necessity)

¹² จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.111.

proportionality) มาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานในการตีความพิจารณาความจำเป็น โดยได้นำหลักความสมเหตุสมผล (the principle of suitability) และหลักความจำเป็น (the principle of necessity) มาใช้ในการพิจารณาซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ตามหลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ในระยะแรก¹³ พิจารณาเพียงว่า มาตรการของสมาชิกได้รับการออกแบบมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายหรือไม่¹⁴ และต้องไม่ปรากฏว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่าอยู่อีกแล้ว¹⁵ เท่านั้น ดังนั้น การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ในระยะแรกจึงมีลักษณะที่เคร่งครัดและเป็นการตีความอย่างแคบ

ในเวลาต่อมา องค์การการค้าโลกได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น มีการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติม จนมีลักษณะเฉพาะตัวและเป็นธรรม ทำให้เหมาะสมกับบทบาทหน้าที่ขององค์การการค้าโลกที่ต้องรักษาสมดุลระหว่างการค้าเสรีอำนาจอธิปไตยของภาคีสมาชิก และการพัฒนาในด้านต่าง ๆ อย่างยั่งยืน สามารถอธิบายได้ดังนี้

จากการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ในระยะแรก¹⁶ ที่ตรวจสอบเพียงว่า มาตรการของสมาชิกได้รับการออกแบบมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายหรือไม่ (เทียบเคียงได้กับหลักความสมเหตุสมผล (the principle of suitability) จากหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน) และต้องไม่ปรากฏว่ายังคงมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลง GATT น้อยกว่าอยู่อีกแล้ว (เทียบเคียงได้กับหลักความจำเป็น (the principle of necessity) จากหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน) ในเวลาต่อมาได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยใช้กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing)¹⁷ ปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง (เทียบเคียงได้กับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (the principle of proportionality in strict sense) ในระบบกฎหมายเยอรมัน) นอกจากนี้ก็ยังได้มีการรับรองสิทธิของสมาชิกในการกำหนดระดับของการปกป้องคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะ (level of protection) ได้อีกด้วย¹⁸ หลังจากนั้น ได้เพิ่ม

¹³ คดี Thailand-Cigarettes ค.ศ. 1990, Tuna-Dolphin I ค.ศ. 1991, Tuna-Dolphin II ค.ศ. 1994 และ คดี US-Gasoline ค.ศ. 1996 (ภายใต้ WTO)

¹⁴ หลักความสมเหตุสมผล (the principle of suitability)

¹⁵ หลักความจำเป็น (the principle of necessity)

¹⁶ *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13.*

¹⁷ คดี Korea – beef ค.ศ. 2000

¹⁸ คดี EC-Asbestos ค.ศ. 2001

หลักการเปรียบเทียบมาตรการที่ถูกโต้แย้งกับมาตรการทางเลือก มีการกำหนดภาระการพิสูจน์ให้ชัดเจนขึ้น และเพิ่มเติมเงื่อนไขเฉพาะ (specific conditions) ในการพิจารณามาตรการทางเลือกอื่น ๆ (alternatives) ว่าจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) เท่านั้น¹⁹ นอกจากนี้ ยังมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขเฉพาะ (specific conditions) ในการพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการอีกด้วย²⁰

สามารถกล่าวได้ว่า ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 หรือความตกลง GATT ในปัจจุบัน มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและมีลักษณะเฉพาะตัวที่นอกจากจะสามารถเทียบเคียงกับหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันที่ใช้เป็นพื้นฐานในการตีความในระยะแรกได้ทั้งหมดแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะพิเศษ นอกเหนือไปจากหลักกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย ทำให้เป็นการพิจารณาอย่างละเอียดรอบด้านสร้างความเป็นธรรมในการวินิจฉัยข้อพิพาท ทำให้เหมาะสมกับบทบาทหน้าที่ขององค์การการค้าโลกที่ต้องรักษาสสมดุลระหว่างการค้าเสรี อำนาจอธิปไตยของภาคีสมาชิก และการพัฒนาด้านต่าง ๆ อย่างยั่งยืน

เมื่อเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) กับการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปและหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน พบว่า การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันมีความเคร่งครัดมากที่สุด การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้หลักความจำเป็นอย่างยิ่ง (mandatory requirement) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป มีการตีความอย่างแคบและมีความเคร่งครัดเช่นเดียวกัน ส่วนการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) GATT มีลักษณะที่ยืดหยุ่นกว่าการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนและข้อพิจารณาความจำเป็นในสองบริบทข้างต้น ทั้งนี้ แนวทางการตีความในแต่ละบริบทที่มีความเคร่งครัดหรือยืดหยุ่นต่างกัน เนื่องมาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ วัตถุประสงค์และเหตุผลในบริบทที่เกิดการตีความมีความแตกต่างกันนั่นเอง

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบเฉพาะการพิจารณาความจำเป็นในบริบทกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่มีลักษณะเคร่งครัดกับการพิจารณาความจำเป็นในบริบทขององค์การการค้าโลกซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะยืดหยุ่นกว่านั้น สามารถสรุปได้ว่า ไม่อาจกล่าวได้ว่าการพิจารณาความจำเป็นในบริบทใดดีกว่ากัน เนื่องจากการพิจารณาความจำเป็นในแต่ละบริบทนั้น มีลักษณะของกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดและยืดหยุ่นแตกต่างกันเหมาะสมกับบทบาทหน้าที่และวัตถุประสงค์ขององค์การระหว่างประเทศนั้น ๆ แล้ว ดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น

¹⁹ คดี US-Gambling ค.ศ. 2004

²⁰ คดี Brazil – Retreaded Tyres ค.ศ. 2007

5.2 ปัญหาของข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 และข้อเสนอแนะ

ในภาพรวมนั้น ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่า ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 สามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่คำนึงถึงการเปิดเสรีทางการค้า คำนึงถึงเหตุผลความจำเป็นของภาคีสมาชิกในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย มีการคำนึงถึงคุณค่าประการต่าง ๆ ตลอดจนคำนึงถึงสถานการณ์และขีดความสามารถของภาคีสมาชิกที่อาจแตกต่างกันได้อีกด้วย กล่าวได้ว่า เป็นการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ อย่างไรก็ดี การพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้มาตรา XX (a)(b)(d) ในปัจจุบันอาจก่อให้เกิดปัญหาบางประการได้ เช่น ความไม่แน่นอนในการพิจารณาโดยใช้กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) ที่เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ตัดสินใช้ดุลพินิจในการพิจารณา และการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยอาศัยพยานหลักฐาน ซึ่งอาจมีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาและไม่สามารถอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงได้ในชั้นอุทธรณ์

การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยใช้กระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นการเปิดช่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากเป็นการพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องในภาพรวม ชั่งน้ำหนักระหว่างประสิทธิภาพของมาตรการ ความสำคัญของมาตรการ และผลกระทบของมาตรการ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าในแต่ละปัจจัยที่นำมาพิจารณานั้น อาจไม่ได้เป็นไปในทิศทางเดียวกันที่จะส่งผลให้มาตรการนั้น ๆ เป็นมาตรการที่จำเป็นโดยปราศจากข้อสงสัยอย่างสิ้นเชิง เช่น บางมาตรการมีผลกระทบก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอยู่ในระดับต่ำ แต่ความสำคัญของมาตรการก็น้อยเช่นเดียวกัน และเมื่อพิจารณาประสิทธิภาพของมาตรการก็อาจอยู่ในระดับปานกลาง จะเห็นได้ว่า เมื่อปัจจัยต่าง ๆ ในแต่ละคดีมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันและมีลักษณะเฉพาะแตกต่างกันออกไป การชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลเพื่อตัดสินความจำเป็นของมาตรการ ก็อาจเป็นการยากต่อการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ชี้วัดที่ชัดเจน และอาจเป็นการยากต่อภาคีสมาชิกในการออกแบบมาตรการให้สอดคล้องกับการประเมินความจำเป็นดังกล่าวได้ และเนื่องด้วยการพิจารณาโดยใช้กระบวนการดังกล่าวเป็นไปตามดุลพินิจของผู้ตัดสิน จึงเป็นการยากต่อภาคีสมาชิกในการเตรียมการเพื่อต่อสู้คดีอีกด้วย

อย่างไรก็ดี ลักษณะที่มีความไม่ชัดเจนตายตัวของกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighting and balancing) ผู้ศึกษาเห็นว่า อาจเป็นข้อดีที่ทำให้สามารถนำกระบวนการพิจารณาดังกล่าวไปปรับใช้ให้กับทุกลักษณะของคดีที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากเป็นการทดสอบที่มีความยืดหยุ่นโดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ทั้งนี้ เนื่องจากน้ำหนักของปัจจัยที่เกี่ยวข้องของแต่ละคดีนั้นย่อมมีความแตกต่างกัน การเปิดช่องให้ผู้

ตัดสินใช้ดุลพินิจเป็นรายกรณีจึงอาจทำให้เกิดความยุติธรรมที่เหมาะสมกับคดีนั้น ๆ ได้ยิ่งกว่ากฎเกณฑ์ที่มีลักษณะชัดเจนตายตัวจนเกินไป และกระบวนการดังกล่าวยังเป็นการสะท้อนให้เห็นลักษณะเฉพาะของการการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ในบริบทองค์การการค้าโลกอีกด้วย

ส่วนปัญหาการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) โดยอาศัยพยานหลักฐานที่อาจมีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาและไม่สามารถอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงได้ในชั้นอุทธรณ์นั้น สามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้ การพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานและข้อมูลที่มีอยู่ในขณะที่ทำการพิจารณา ได้มีการวินิจฉัยยืนยันหลักการดังกล่าวในหลายคดี เช่น คดี *Thailand-Cigarettes* ค.ศ. 1990, *Us-Gambling* ค.ศ. 2004, *China – Audiovisual Products* ค.ศ. 2009 เป็นต้น โดยที่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงจะกระทำได้ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) เท่านั้น²¹ การพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานถือว่าเป็นไปตามหลักทั่วไปของการพิจารณาคดีที่คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนคำกล่าวอ้างหรือข้อโต้แย้งของตนตามภาระการพิสูจน์ โดยการพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX นั้น ภาศิผู้ถูกร้อง (respondent) มีภาระการพิสูจน์ที่สำคัญที่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing

²¹ การพิจารณาคดีในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (panel) เป็นการพิจารณาคดีทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากการกำหนดให้การยื่นคำขอร้องจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องทำเป็นหนังสือระบุผลการเจรจาหรือ ผลสรุป ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของข้อร้องเรียนที่สามารถแสดงให้เห็นถึงปัญหาได้อย่างชัดเจน ตามมาตรา 6:2 DSU และการกำหนดให้คู่พิพาทจะต้องยื่นคำให้การ (submission) ซึ่งมีรายละเอียดแสดงถึงข้อเท็จจริงแห่งคดีและข้อโต้แย้งต่าง ๆ ให้กับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามภาคผนวก 3:4 DSU ดูเพิ่ม ทัชชัมย์ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, แก้คดีและองค์การการค้าโลก (WTO), พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.13.

Article 6:2 DSU “The request for the establishment of a panel shall be made in writing. It shall indicate whether consultations were held, identify the specific measures at issue and provide a brief summary of the legal basis of the complaint sufficient to present the problem clearly. In case the applicant requests the establishment of a panel with other than standard terms of reference, the written request shall include the proposed text of special terms of reference.”

APPENDIX 3:4 “Before the first substantive meeting of the panel with the parties, the parties to the dispute shall transmit to the panel written submissions in which they present the facts of the case and their arguments.” https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf

and balancing) และต้องพิสูจน์ว่ามาตรการทางเลือกอื่นเป็นมาตรการที่ไม่สามารถปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ซึ่งในบางกรณีพยานหลักฐานที่จะนำมาประกอบข้อกล่าวอ้างหรือข้อโต้แย้งก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในทันทีทันใดได้ แต่ทว่า จะต้องมีการเก็บรวบรวมข้อมูลหรือทำการศึกษาวิจัยที่ต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ ทำให้อาจเกิดปัญหาที่ภาคีผู้ถูกร้อง (respondent) ไม่สามารถเสนอพยานหลักฐานได้ทันในการพิจารณาคดีในชั้นต้นโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือพยานหลักฐานอาจเกิดขึ้นและได้มาในภายหลังที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาคดีเสร็จสิ้นไปแล้วได้ และเนื่องด้วยในปัจจุบันการอุทธรณ์ ซึ่งเป็นสิทธิของสมาชิกคู่พิพาทสามารถยื่นอุทธรณ์ได้²² เฉพาะประเด็นการตีความข้อกฎหมายเท่านั้น²³ จึงอาจก่อให้เกิดช่องว่างที่ภาคีสมาชิกไม่สามารถนำพยานหลักฐานที่ได้มาในภายหลังเข้าสู่กระบวนการวินิจฉัยข้อพิพาทและกระบวนการอุทธรณ์ได้ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง

ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยวิธีการแก้ปัญหา 2 ประการควบคู่กัน ดังนี้ ประการแรก ต้องมีการกำหนดระยะเวลาในการนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) โดยเฉพาะการพิสูจน์ตามกระบวนการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุล (weighing and balancing) และการพิสูจน์การปรับใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably available) ของมาตรการทางเลือก ซึ่งเป็นกระบวนการที่ต้องพิสูจน์โดยอาศัยพยานหลักฐาน ให้มีความเหมาะสมเพียงพอที่ภาคีผู้ถูกร้อง (respondent) จะสามารถเก็บรวบรวมและหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ทัน โดยอาจกำหนดระยะเวลาในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบในแต่ละขั้นตอนเป็นเวลา 6 เดือน และสามารถขอขยายระยะเวลาได้ครั้งละ 30 วัน ทั้งนี้ต้องขอขยายระยะเวลาทั้งสิ้นไม่เกิน 90 วัน เป็นต้น โดยที่การกำหนดระยะเวลาให้มีความเหมาะสมอย่างแท้จริงจะต้องศึกษากำหนดเวลาของกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งระบบ เพื่อให้การกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาความจำเป็น มีความสอดคล้องกระบวนการในการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ ขององค์การการค้าโลก และถึงแม้ว่าการขยายระยะเวลาอาจทำให้กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทนานยิ่งขึ้น แต่ถ้า

²² มาตรา 17.4 DSU อ้างถึงใน จารุประภา รักพงษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.29.

Article 17.4 DSU “Only parties to the dispute, not third parties, may appeal a panel report. Third parties which have notified the DSB of a substantial interest in the matter pursuant to paragraph 2 of Article 10 may make written submissions to, and be given an opportunity to be heard by, the Appellate Body.”

https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_07_e.htm

²³ มาตรา 17.6 DSU อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.29.

Article 17.6 DSU “An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel.”

https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_07_e.htm

หากการขยายระยะเวลานั้นก่อให้เกิดความเป็นธรรมให้คู่ความสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ก็เป็นสิ่งที่ควรกระทำเป็นอย่างยิ่ง

ประการที่สอง การเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงและเสนอพยานหลักฐานเพิ่มเติมในชั้นอุทธรณ์ได้ ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปโดยมีเงื่อนไขจำกัด เช่น พยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่เพิ่งเกิดขึ้นหลังจากมีการสืบพยานหลักฐานในการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเสร็จสิ้นไปแล้ว พยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญในคดีที่จะทำให้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีในประเด็นสำคัญเป็นไปโดยถูกต้องเที่ยงธรรม พยานหลักฐานดังกล่าวสามารถเชื่อถือได้มีความแน่นอนปรากฏว่ามีเหตุสุดวิสัยที่ทำให้ไม่สามารถนำพยานหลักฐานดังกล่าวมาสืบได้ในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

ดังนั้น เมื่อมีการกำหนดขยายระยะเวลาในการนำเสนอพยานหลักฐานในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เพียงพอเหมาะสม และเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงและเสนอพยานหลักฐานเพิ่มเติมในชั้นอุทธรณ์ได้ตามเงื่อนไขข้างต้นประกอบกัน จะสามารถแก้ไขปัญหาการที่คู่ความไม่สามารถเสนอพยานหลักฐานได้ทันเนื่องจากต้องใช้เวลาในการรวบรวมข้อมูลพยานหลักฐานบางประการได้ ก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่ความที่สามารถนำเสนอพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ตามข้อกล่าวอ้างหรือข้อโต้แย้งของตนได้อย่างเต็มที่

5.3 ข้อเสนอแนะ

การศึกษาข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ถ้าหากมีการศึกษาข้อพิจารณาตามบทนำของมาตรา XX เพิ่มเติมจะทำให้เป็นการศึกษาการพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา XX ที่มีความสมบูรณ์เนื่องจากในปัจจุบันการต่อสู้ประเด็นข้อพิพาทตามมาตรา XX ภาคีสมาชิกจะไม่ผ่านการพิจารณาในส่วนของบทนำของมาตรา XX เป็นส่วนมาก เนื่องจากหลักเกณฑ์ข้อพิจารณาความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX (a)(b)(d) ในปัจจุบันมีลักษณะที่คล้ายความเคร่งครัดลงแล้ว ภาคีสมาชิกจึงผ่านการพิจารณาความจำเป็นได้ไม่ยากดังเช่นการพิจารณาข้อพิพาทในสมัยก่อนแต่สมาชิกจะไม่ผ่านการพิจารณาในส่วนบทนำของมาตรา XX เป็นส่วนมากแทน

นอกจากนั้นถ้าหากต้องการศึกษาหลักความได้สัดส่วนในบริบทขององค์การการค้าโลกนั้นสามารถศึกษาได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ นอกเหนือไปจาก ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 ซึ่งในบางความตกลงได้มีการบัญญัติยอมรับหลักความได้สัดส่วนเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนและเป็นพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามในฐานะที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปซึ่งแตกต่างจากความตกลง GATT ที่อยู่ในส่วนบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น และจากการศึกษาข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX(a)(b)(d) นั้น ยังมีสนธิสัญญาที่

เกี่ยวข้องได้แก่ความ ตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS Agreement) และความตกลงว่าด้วยอุปสรรคเทคนิคต่อการค้า (TBT Agreement) เป็นสนธิสัญญาที่ขยายความมาตรการ ตามมาตรา XX ให้มีความชัดเจนเฉพาะเรื่องยิ่งขึ้น ที่สามารถศึกษาหลักความได้สัดส่วนต่อยอดต่อไปอีกได้

จากคดี *Argentina – beef* 2015²⁴ แสดงให้เห็นว่า เมื่อมีการพิจารณาภายใต้ความตกลง ว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS Agreement) แล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาภายใต้ มาตรา XX (b) อีกต่อไป เนื่องจากได้รับประโยชน์ข้อสันนิษฐานตามมาตรา 2.4 แสดงให้เห็นว่า ภายหลังจากนี้ หากมีการพิจารณามาตรการที่เป็นไปเพื่อปกป้องชีวิตสุขภาพของมนุษย์สัตว์พืช หรือเป็นมาตรการอนามัยหรือ สุขอนามัยพืชตามความตกลง SPS จะเป็นการพิจารณาภายใต้ความตกลงดังกล่าวเพียงอย่างเดียว จึงอาจ ไม่เห็นการตีความปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทมาตรา XX (b) ใดๆก็ตามที่สามารถศึกษาการตีความ ปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS Agreement) และความตกลงว่าด้วยอุปสรรคเทคนิคต่อการค้า (TBT Agreement) จะทำให้เห็น ภาพรวมของการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายขององค์การการค้าโลกได้ชัดเจนและครอบคลุม มากขึ้น นอกจากนี้ยังสามารถศึกษาหลักความได้สัดส่วนจากความตกลงอื่น ๆ ขององค์การการค้าโลกได้อีก ด้วย

²⁴ United States — Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina, (WT/DS447/R), [2015].

รายการอ้างอิง

หนังสือและบทความในหนังสือ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547

จารุประภา รักพงษ์. กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ทัชชฌัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ องค์การการค้าโลก (WTO) : บททั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

_____, แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO). พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

_____, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554.

_____, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

สมยศ เชื้อไทย. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

_____ , ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 15.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

สิทธิกร นิพภยะ. กฎกติกา WTO เล่มที่ 2 การเข้าถึงตลาด. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เฟื่องฟ้า,
2552.

บทความวารสาร

บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของ
เยอรมันและฝรั่งเศส.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 1. ฉบับที่ 2. (พฤษภาคม-สิงหาคม
2542) : 40.

วิทยานิพนธ์

กมลกานต์ ศรสวรรณ. “มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประชาคมยุโรปกับปัญหาการกีดกันทาง
การค้า : ศึกษา WEE และ RoHS”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ดวงแก้ว นพพรพรหม. “ปัญหาและแนวทางการตีความมาตรา 20.บี. และมาตรา 20.จี. ภายใต้
แกตต์/องค์การการค้าโลก”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2552.

ดิเรก สุขสว่าง. “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่
เหตุ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

เต็มศิริ เอื้อวิเศษวัฒนา. “หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีการใช้กำลังทาง
ทหาร”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

นิชฌาน หัสรังค์. “การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกับการเข้าถึงยารักษาโรคของประเทศไทยในกรอบ
ของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า”. วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

นุจรีย์ แก้วปาน. “พีชตัดแปลงพันธุกรรมกับกฎเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก”.
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

พิมพ์มาศ ดวงมี. “การจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าในตลาดเดียวยุโรปภายใต้มาตรา 95 แห่งสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรป”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ศรีรัตน์ งามนิสัย. “หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ศิริวรรณ อธิปัญญาวรกุล. “นัยทางกฎหมายที่สำคัญของกรณีพิพาทเรื่องแร่ใยหินภายใต้องค์การการค้าโลก”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

สัมภาษณ์

จารุประภา รักพงษ์. อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สัมภาษณ์. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 8 มิถุนายน 2538.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ชนพัฒน์ เล็กเกียรติ์ขจร. “หลักการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้าภายในสหภาพยุโรป (Free Movement of Goods in European Union).” lawstudent.bizhat.com/Goods.doc, 15 สิงหาคม 2558.

อัจฉรีย์ ศุภวารรณะกุล. “ข้อยกเว้นตามมาตรา 20 (Article XX) และประวัติความเป็นมาของมาตรา 20 (Article XX).” <https://www.gotoknow.org/posts/63490>, 14 กันยายน 2558.

เอกสารอื่น ๆ

จารุประภา รักพงษ์. “เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหากฎหมายสหภาพยุโรป น.747 บัณฑิตศึกษา สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.” 2557.

Books

Andrew D. Mitchell. Legal Principle in WTO Disputes. New York : Cambridge University Press, 2008

Catherine Barnard. The Substantive Law of the EU (The Four Freedoms). Third Edition. New York: Oxford University Press Inc., 2010.

Jurgen Schwarze. European Administrative Law. London: Sweet and Maxwell Limited, 1992.

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven. Europeanisation of Public Law . Europa Law Publishing, 2007.

Mahendra P. Singh. German Administrative Law in Common Law Perspective. 2nd edition. Berlin: Springer, 2001.

Paul Craig. EU Administrative Law. New York : Oxford University Press Inc., 2006.

Peter Van Den Bossche. The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Case and Materials. 2nd edition . Cambridge: the United Kingdom at the University Press, 2008.

Article

Axel Desmedt. "Proportionality in WTO Law." Journal of International Economic Law 441. Volume 4. Issue 3. (2001): 462.

Mads Andenas and Stefan Zleptnig. "Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective." Texas International Law Journal. (2007): 42, 371- 372.

Meinhard Hilf. "Power, Rule and Principles –which orientation for WTO/GATT LAW?." Journal of International Economic Law 111. Volume 4. Issue 1. (2001): 120.



ภาคผนวก

ภาคผนวก ก**The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)
as amended by the Treaty of Lisbon (2007)****CHAPTER 3****-PROHIBITION OF QUANTITATIVE RESTRICTIONS BETWEEN MEMBER STATES**

Article 34 Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States.

Article 35 Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States.

Article 36 The provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.

ภาคผนวก ข**THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE****Article XX****General Exceptions**

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
- (e) relating to the products of prison labour;
- (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
- (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;*
- (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during

periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;

(j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist.

The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.

ภาคผนวก ค

TABLE OF CASES

European Court Reports

Case 2-73 Riseria Luigi Geddo, [1973], E.C.R.	33
Case 8/74 PROCUREUR DU ROI (Public Prosecutor) V BENOIT AND GUSTAVE DASSONVILLE, [1974], E.C.R.	34
Case 4/75 Rewe-Zentralfinan V Landwirtschaftskammer, [1975] E.C.R.	35
Case 53/76 Procureue de la République Besançon V Bouheier (Bouhelier Case), [1977] E.C.R.	35
Case 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, [1979] E.C.R.	38
Case 113/80 Commission V. Ireland, [1981] E.C.R.	39
Case 130/80 Economische Politiechter V FABRIEK VOOR HOOGWAARDIGE VOEDINGSPRODUCTEN KELDERMAN BV, [1981] E.C.R.	47
Case C-272/80 Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten, [1981], E.C.R.	41
Case 124/81 Commission v United Kingdom, [1983] E.C.R.	43
Case 220/81 Tribunal de Première Instance V TIMOTHY FREDERICK ROBERTSON AND OTHERS, [1982] E.C.R.	49
Case 261/81 WALTER RAU LEBENSMITTELWERKE, Hilter (Federal Republic of Germany) V DE SMEDT PVBA, Zemst (Belgium), [1982] E.C.R.	51
Case 40/82 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES V UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND, [1984] E.C.R.	42
Case 66/82 Fromançais SA v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA), [1983] E.C.R.	28
Case 155/82 Commission v Belgium, [1983] E.C.R.	45
Case 181/84 The Queen, ex parte E. D. & F. Man (Sugar) Ltd v Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP)., [1985] E.C.R.	29
Case 154/85 Commission V Italy, [1987] E.C.R.	35

Case C-317/92 Commission v. Germany, [1994], E.C.R.	52
Case 49/01 The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd., [2002] E.C.R.	29
Case 41/03 Rica Foods (Free Zone) NV v Commission of the European Communities., [2005] E.C.R.	30



ภาคผนวก ง
TABLE OF CASES

WTO CASE

(Panel Report, Appellate Body Report)

Brazil – Measures Affecting Import of Retreaded Tyres (Brazil retreaded Tyres Case), (WT/DS332/R), (WT/DS332/AB/R), [2007]	117
China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China - Raw Materials), (WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R), [2011]	123
Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (Dominican Republic-import and sale of cigarettes), (WT/DS302/R), (WT/DS302/AB/R), [2004]	138
European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products (EC-Asbestos), (WT/DS135/R), (WT/DS135/AB/R) [2000]	112
European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC-Seal Products), (WT/DS363/R), (WT/DS363/AB/R), [2013]	92
Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea- Various Measures on beef), (WT/DS161/R, WT/DS169/R), (WT/DS161/AB/R), [2000]	134
Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico-Taxes on Soft Drinks), (WT/DS308/R), (WT/DS308/AB/R), [2005]	142
Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (Thailand- Cigarettes, (DS10/R - 37S/200), [1990]	95

The China - Publications and Audiovisual Products (China – Audiovisual Products), (WT/DS363/R), (WT/DS363/AB/R), [2009]	84
United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US-Gambling), (WT/DS285/R), (WT/DS285/AB/R), [2004]	75
United States — Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina (Argentina – beef), (WT/DS447/R), [2015]	131
United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand (US-Shrimp (Thailand)/US-customs Bond Directive), (WT/DS343/R), (WT/DS343/AB/R), [2008]	144
United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin I), (DS21/R), [1991]	100
United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna – Dolphin II), (DS29/R), [1994]	102
United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline), (WT/DS2/R), [1996]	108

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นางสาวปรางค์สิริฉัตร เอนกสุวรรณกุล
วันเดือนปีเกิด 17 เมษายน พ.ศ. 2534
วุฒิการศึกษา ปีการศึกษา 2555: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2557: หลักสูตรอบรมวิชาว่าความสหราชอาณาจักร
ปีการศึกษา 2558: เนติบัณฑิต สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา

ผลงานทางวิชาการ

ปรางค์สิริฉัตร เอนกสุวรรณกุล. “ข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) ภายใต้
บทบัญญัติมาตรา XX (a)(b)(d) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.
1994”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.