

บทที่ 3

หลักการและกฎเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการสุขอนามัยภายใต้ข้อตกลง SPS
(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures)

ในบทนี้ผู้เขียนจะขออธิบายถึงหลักการพื้นฐานที่สำคัญของข้อตกลง SPS กฎเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการสุขอนามัยภายใต้ข้อตกลง SPS ซึ่งรวมถึงภาวะการพิสูจน์ สิทธิของประเทศผู้เสียหาย และวิธีการระงับข้อพิพาทเพื่อประกอบการอธิบายเกี่ยวกับคดีพิพาทซึ่งจะได้ยกมาเป็นกรณีศึกษาในรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไป

3.1 หลักการพื้นฐานของข้อตกลง SPS

3.1.1 หลักการทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Justification)

ข้อตกลง SPS ให้อิสระแก่รัฐสมาชิกกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์หรือพืชภายในอาณาเขตของตนได้¹ ทั้งนี้รัฐสมาชิกสามารถที่จะกำหนดมาตรการสุขอนามัยของตนให้สูงถึงระดับไม่มีความเสี่ยง (zero risk) ก็ได้ แต่จะต้องอยู่บนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์และจะต้องไม่คงมาตรการนั้นไว้หากไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนอย่างเพียงพอ เว้นแต่กรณีการกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อรอข้อมูลเพิ่มเติมที่จะนำมาใช้สนับสนุนในการประเมินความเสี่ยงต่อไป² ในขณะที่รอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผลแล้ว ภายหลังยังไม่สามารถหาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มารองรับมาตรการที่กำหนดขึ้นได้ มาตรการนั้นจะต้องถูกยกเลิกไป³ นอกจากนั้นเมื่อพิจารณาในส่วนของ

¹ Article 2.1 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures

² Article 2.2 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measure

³ John J.Barcelo, "Product Standards to Protect the Local Environment-the GATT and the Uruguay Round Sanitary and Phytosanitary Agreement," in Cornell International Law Journal,27 (1994):764.

หลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนอย่างเพียงพอ นั้น เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างองค์ประกอบสองประการ คือ มาตรการสุขอนามัยและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งต้องมีการประเมินความเสี่ยงด้วยจึงจะสามารถพิจารณาได้ว่าเพียงพอ (sufficient) หรือไม่ องค์การอุทธรณ์ในคดี Japan-Agricultural Products วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นนี้ว่า “พันธกรณีตามข้อ 2.2 นั้น กำหนดให้ต้องไม่มีการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยโดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีความสัมพันธ์ที่มีเหตุผลและเป็นรูปธรรมระหว่างมาตรการสุขอนามัยกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ แต่จะมีความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือไม่ จะต้องพิจารณาแต่ละกรณีไป และขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละคดี รวมถึงลักษณะของมาตรการนั้นเอง รวมทั้งลักษณะและปริมาณของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์”⁴

นอกจากนั้น ในการทบทวนมาตรการสุขอนามัยชั่วคราวในระยะเวลาที่สมเหตุสมผลนั้น องค์การอุทธรณ์ในคดีเดียวกันก็เห็นว่า ขึ้นอยู่กับแต่ละคดีและสถานการณ์เฉพาะคดีไป รวมถึงความยากลำบากในการรับข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นเพื่อทำการทบทวนและลักษณะของมาตรการสุขอนามัยชั่วคราวที่ใช้ด้วยเช่นกัน⁵ ซึ่งจากคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่า มาตรการสุขอนามัยที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพียงพอ ก็คือมาตรการที่มีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพการณ์ในแต่ละกรณีและต้องขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมด้วย โดยอาจพิจารณาจากลักษณะของมาตรการ ลักษณะของหลักฐาน ปริมาณและคุณภาพของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ แม้ว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นจะมีผลทางวิทยาศาสตร์มารองรับก็ตาม แต่ก็ต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ด้วย จึงจะถือได้ว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอต่อมาตรการนั้น⁶ นอกจากนี้หากมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มากก็สามารถออกกฎระเบียบเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยได้อย่างละเอียดและ

⁴ Appellate Body Report ,Japan-Measures Affecting Agricultural Products (Japan-Agricultural Products II).WT/DS76/AB/R,adopted 19 March 1999, p.84.

⁵ *Ibid* ,.para 93.

⁶ United Nations Conference on Trade and Development , “Dispute Settlement World Trade Organization:3.9 SPS Measures” p.13.

เครื่องครัด⁷ ประกอบกับเมื่อพิจารณาหลักการประเมินความเสี่ยงในข้อตกลง SPS ในมาตรา 5.2 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินความเสี่ยง โดยกำหนดให้บรรดารัฐสมาชิกต้องคำนึงถึงหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เท่าที่มีอยู่ รวมถึงกระบวนการที่เกี่ยวข้อง วิศวกรรมผลิต การตรวจสอบที่เกี่ยวข้อง การสุ่มตรวจ วิธีการทดสอบ การแพร่ระบาดของเชื้อโรคหรือโรคในพืช การมีอยู่ของโรคในพืช หรือพื้นที่ปลอดเชื้อโรค กรณีเกี่ยวข้องกับด้านนิเวศวิทยา และเงื่อนไขทางสิ่งแวดล้อม และการกักกันโรคหรือการรักษาอื่นๆ

จะเห็นได้ว่าวิทยาศาสตร์ได้เข้ามามีบทบาทในการพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายของแกตต์ เพื่อแสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองความปลอดภัย และที่สำคัญก็คือ เปิดเผยให้เห็นถึงการกีดกันทางการค้าที่แอบแฝงมาในรูปของมาตรการสุขอนามัยสุขอนามัยพืช นอกจากนี้วิทยาศาสตร์ยังได้เข้ามามีบทบาทในการแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมที่จะบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชของรัฐสมาชิก เสมือนเป็นหัวใจสำคัญของการบังคับใช้ความตกลง SPS

3.1.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

บรรดารัฐสมาชิกต้องรับรองว่ามาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่กำหนดขึ้นนั้น จะไม่เป็นไปตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่นำเข้าจากรัฐสมาชิกอื่นโดยไม่สามารถอธิบายได้อย่างมีเหตุผล⁸ ในระหว่างรัฐสมาชิกที่มีเงื่อนไขในการควบคุมอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันและต้องไม่ปรับใช้มาตรการดังกล่าวในลักษณะกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง กล่าวคือ การปฏิบัติต่อกันของรัฐสมาชิกหนึ่งโดยการกำหนดมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชขึ้นมานั้น จะต้องให้การปฏิบัติเป็นไปอย่างเดียวกันกับรัฐสมาชิกอื่น จะเลือกปฏิบัติ

⁷ น้ำฝน ลิ้มปเจต, “ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชภายใต้องค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีมาตรการการนำเข้าไก่ต้มสุกของประเทศออสเตรเลีย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), น.17.

⁸ พรพิมล ชินพัฒนวานิช, “ข้อตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช 1994 กับระบบวิเคราะห์อันตรายและควบคุมจุดวิกฤต: การกีดกันทางการค้าในรูปแอบแฝงต่อสินค้าประมงไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น. 18.

ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ตามต่อเฉพาะบางรัฐมิได้ จากหลักดังกล่าวถือว่าทุกรัฐมีความเท่าเทียมกันในการปฏิบัติต่อกันจึงไม่ควรที่จะให้สิทธิพิเศษหรือเลือกปฏิบัติต่อรัฐใดเป็นพิเศษ

นอกจากปรากฏอยู่ในเงื่อนไขทั่วไปในการใช้สิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐานตามมาตรา 2.3 แล้วยังปรากฏอยู่ในหน้าที่เฉพาะตามมาตรา 5.5 ของข้อตกลง SPS กล่าวคือ รัฐสมาชิกแต่ละรัฐต้องหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติที่เป็นไปตามอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลในระดับการพิจารณาว่าเหมาะสมอยู่ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน หากว่าการปฏิบัติเช่นนั้นทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ทั้งนี้เพื่อเป้าหมายของการบรรลุความสอดคล้องในการปรับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชในระดับที่เหมาะสม และต่อต้านความเสี่ยงแก่ชีวิตหรือสุขภาพทั้งของมนุษย์ สัตว์หรือพืช

3.1.3 หลักการยอมรับซึ่งกันและกัน (Mutual Recognition)

ประเด็นเรื่องการทำความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกันนั้นได้ปรากฏอยู่ในข้อตกลง SPS ข้อ 4.1 และ 4.2 โดยข้อ 4.1 ได้กำหนดให้บรรดารัฐสมาชิกต้องยอมรับมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชของรัฐสมาชิกอื่นอย่างเท่าเทียมกัน แม้ว่ามาตรการเหล่านั้นจะแตกต่างจากมาตรการสุขอนามัยของรัฐอื่นที่ทำการค้าในผลิตภัณฑ์เหมือนกัน ถ้ารัฐที่ส่งออกสามารถพิสูจน์ด้วยเหตุผลให้รัฐที่นำเข้าเห็นได้ว่ามาตรการสุขอนามัยนั้นอยู่ในระดับที่เหมาะสมเพื่อให้มีการยอมรับอย่างมีเหตุผลทั้งนี้ขึ้นอยู่กับคำร้องขอของรัฐที่นำเข้าเพื่อจัดให้มีการตรวจสอบ การทดสอบและกระบวนการอื่นๆที่เกี่ยวข้อง

ส่วนข้อ 4.2 ที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องทำการปรึกษาหารือกับประเทศสมาชิกอื่นๆในระดับทวิภาคและพหุภาคี เพื่อให้สามารถบรรลุถึงความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกัน⁹ ซึ่งการทำความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกันนี้ หากกระทำในรูปของความตกลงระดับภูมิภาค อนุภูมิภาค หรือกรอบความร่วมมือจะ

⁹ คัดดา ธนิตกุล, "ความตกลง SPS กับการส่งออกสินค้าเกษตรแปรรูปของไทย,"

กระทำได้ง่ายกว่ากระทำในวงกว้าง ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาอาจจะได้ประโยชน์จากการรวมกลุ่มในลักษณะนี้มากกว่า¹⁰

การจะทำให้ความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการกันมีบทบาทเพิ่มมากขึ้น อาจต้องอาศัยหลักเรื่องความโปร่งใสเข้ามาช่วยด้วย เช่น คณะกรรมาธิการ SPS ควรจะแจ้งให้บรรดารัฐสมาชิกทั้งหลายทราบถึงการเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกันของรัฐสมาชิก ควรจะมีการเปิดโอกาสให้กับรัฐสมาชิกอื่นๆ ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกัน หลังจากนั้น เมื่อมีการบังคับใช้ความตกลงดังกล่าวแล้วต้องเผยแพร่ให้รู้เป็นการทั่วกัน และควรจะมีเปิดโอกาสให้กับประเทศสมาชิกอื่นที่สนใจเข้าร่วมในการทำความตกลงดังกล่าวด้วย¹¹

มีข้อนำสังเกตประการหนึ่ง คือ ข้อตกลง SPS มิได้กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องแจ้ง (NOTIFICATION) ถึงทำความตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกัน โดยการแจ้งให้ทราบถึงการทำความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกันจะทำให้ประเทศกำลังพัฒนาที่มีศักยภาพและความพร้อมเพียงพอสามารถเข้าร่วมการทำความตกลงในลักษณะนี้ได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในข้อตกลงฯจะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะนี้ไว้ก็ตามแต่ประเทศกำลังพัฒนาสามารถสอบถามถึงประเด็นการทำความตกลงว่าด้วยการยอมรับมาตรการซึ่งกันและกันต่อ ENQUIRY POINT ที่รัฐสมาชิกทุกประเทศต้องจัดตั้งขึ้นตามที่ข้อตกลง SPS กำหนดไว้ได้¹²

เดือนตุลาคม 2001 คณะกรรมาธิการว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยได้มีมติว่าด้วยการบังคับใช้ข้อ 4 ของข้อตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช หรือ มติว่าด้วยความเท่าเทียมกัน (EQUIVALENT DECISION) โดยมติดังกล่าวได้กำหนดแนวทางสำหรับรัฐสมาชิกที่ต้องการจะทำความตกลงว่าด้วยการยอมรับความเท่าเทียมกันทั้งสองฝ่ายประเทศผู้นำเข้าและฝ่ายประเทศผู้ส่งออก¹³

¹⁰ United Nations Conference on Trade and Development, A Positive Agenda for Developing Countries: Issue for Future Trade Negotiations, (New York and Geneva,2000)

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

ข้อตกลง SPS ได้กำหนดให้ กรณีที่มีการร้องขอ ฝ่ายประเทศผู้นำเข้าจะต้องให้ ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัย ความเสี่ยงที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ระดับความคุ้มครองที่เห็นว่าเหมาะสมและการประเมินความเสี่ยงของมาตรการที่กำหนดขึ้นแก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยการให้ ข้อมูลดังกล่าวจะต้องอยู่ในภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ส่วนฝ่ายประเทศผู้ส่งออกจะต้อง แสดงข้อมูลพื้นฐานทางด้านเทคนิคและด้านวิทยาศาสตร์ที่ตนนำมาใช้เพื่อแสดงว่ามาตรการ ของตนนั้นสามารถให้ความคุ้มครองได้เท่ากับระดับความคุ้มครองของประเทศผู้นำเข้า และ เตรียมความพร้อมสำหรับการทดสอบจากประเทศผู้นำเข้า ประเทศผู้นำเข้าสามารถทำการ ประเมินข้อมูลทางด้านเทคนิคและด้านวิทยาศาสตร์ของประเทศผู้ส่งออกว่าสามารถบรรลุถึง ระดับความคุ้มครองที่ตนเห็นว่าเหมาะสมหรือไม่ และมีหน้าที่ต้องแจ้งรายละเอียดผลการ พิจารณาหากได้รับคำร้องขอจากประเทศผู้ส่งออก¹⁴

3.1.4 หลักความโปร่งใส (Transparency)

อุปสรรคประการหนึ่งที่ผู้ส่งออกต้องเผชิญ คือ การขาดความโปร่งใสของมาตรการ สุขอนามัย มาตรการสุขอนามัยที่มักจะซับซ้อนและขึ้นอยู่กับการสถานการณ์ที่สามารถ เปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งนำไปสู่การขาดความแน่นอนสำหรับผู้ส่งออก การจะทราบว่ามีมาตรการ มาตรการสุขอนามัยใดที่ต้องปฏิบัติตามเป็นเรื่องที่มีต้นทุนสูงและเป็นกระบวนการที่ยุ้งยาก สำหรับผู้ส่งออก นอกจากนี้ การระบุว่ามาตรการใดสามารถทำได้หรือขัดแย้งกับข้อตกลง SPS ก็เป็นสิ่งจำเป็น ดังนั้น พันธกรณีเรื่องความโปร่งใสและการออกประกาศจึงเป็นสิ่งสำคัญใน การเข้าถึงตลาด¹⁵

ข้อตกลง SPS จึงได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลง เกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยของตน และจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยตามที่ กำหนดไว้ในข้อตกลง¹⁶ ซึ่งรายละเอียดของวิธีการ หน่วยงาน และหลักเกณฑ์ในการแจ้งนั้นได้ ถูกกำหนดไว้ใน ภาคผนวก ปีดังนี้

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ United Nations Conference on Trade and Development, "Dispute Settlement World Trade Organization: 3.9 SPS Measures," p.43.

¹⁶ Article 7 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures

1. กรณีการออกประกาศเกี่ยวกับบทบัญญัติด้านสุขอนามัย

ในกรณีที่มาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้นมีลักษณะสำคัญไม่แตกต่างจากมาตรฐานระหว่างประเทศ หรือมีมาตรฐานระหว่างประเทศกำหนดไว้แล้ว การออกประกาศเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยนั้น ประเทศสมาชิกต้องประกาศให้ทราบถึงบทบัญญัติด้านสุขอนามัยทันทีหลังจากมีการบังคับใช้ ในลักษณะที่ประเทศสมาชิกอื่นสามารถรับรู้และปรับตัวได้ ยกเว้นในสถานการณ์เร่งด่วน ประเทศสมาชิกต้องเว้นระยะเวลาการกำหนดมาตรการให้ห่างกับระยะเวลาการบังคับใช้มาตรการเพื่อให้เวลากับผู้ผลิตของประเทศผู้ส่งออก โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ผลิตในประเทศกำลังพัฒนาในการปรับปรุงผลิตภัณฑ์และวิธีการผลิตของตนให้เป็นไปตามมาตรการของประเทศผู้นำเข้า¹⁷

ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติด้านสุขอนามัย” (SANITARY AND PHYTOSANITARY REGULATIONS) ในข้อตกลง SPS มิได้ให้นิยามไว้ เพียงแต่ระบุเชิงอรรถของ 1 ภาคผนวกบี ว่า มาตรการสุขอนามัยอาจจะอยู่ในรูปของกฎหมาย คำสั่ง หรือกฎระเบียบที่บังคับใช้ทั่วไป เป็นต้น ซึ่งองค์การอุทธรณ์ในคดี JAPAN-AFFECTING AGRICULTURAL PRODUCTS ได้วินิจฉัยไว้ว่า “ความหมายของคำว่า บทบัญญัติด้านสุขอนามัย ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเท่าที่กำหนดไว้ในข้อตกลง SPS เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากการใช้คำว่า เช่น (SUCH AS) ในความตกลงนั่นเอง การออกประกาศเกี่ยวกับบทบัญญัติด้านสุขอนามัยจึงรวมถึงกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีสภาพบังคับในทำนองเดียวกับที่กำหนดไว้ในเชิงอรรถที่ 5 ของ ANNEX B วัตถุประสงค์ของวรรค 1 ANNEX B คือ เพื่อให้ประเทศสมาชิกที่มีส่วนได้เสียสามารถทราบถึงบทบัญญัติด้านสุขอนามัยที่ประเทศสมาชิกอื่นจะบังคับใช้ หรือยังคงบังคับใช้อยู่ด้วย และเพื่อให้มาตรการสุขอนามัยมีความโปร่งใส องค์การอุทธรณ์จึงมีความเห็นว่าขอบเขตการบังคับใช้ของวรรค 1 ANNEX B ควรจะตีความให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวมา ” หลักเกณฑ์ในการประกาศเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยมีดังต่อไปนี้¹⁸

- 1) สิ่งที่ประเทศสมาชิกจะต้องออกประกาศเผยแพร่ คือ มาตรการสุขอนามัยที่ได้กำหนดขึ้นใหม่ หรือการเปลี่ยนแปลงมาตรการสุขอนามัยที่มีอยู่ โดย

¹⁷ Paragraph 1 Annex B of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

¹⁸ Appellate Body Report, *Japan-Agricultural Products II*, para. 105-108.

ไม่ว่ามาตรการสุขอนามัยนั้นจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ¹⁹ คือ

1. เป็นมาตรการที่มีการบังคับใช้
 2. เป็นบทบัญญัติด้านสุขอนามัย อาจอยู่ในรูปของกฎหมาย คำสั่ง หรือกฎระเบียบ เป็นต้น
 3. เป็นมาตรการที่บังคับการทั่วไป
- 2) การประกาศดังกล่าวต้องกระทำทันทีที่มีการกำหนดมาตรการหรือมีการเปลี่ยนแปลงมาตรการ
 - 3) การประกาศดังกล่าวจะต้องทำในลักษณะที่ประเทศสมาชิกอื่นทราบ สามารถเข้าใจ และปรับตัวเพื่อปฏิบัติให้สอดคล้องกับมาตรการดังกล่าวได้
 - 4) ยกเว้นในกรณีที่เป็นสถานการณ์เร่งด่วน ประเทศสมาชิกต้องเว้นระยะเวลาการกำหนดมาตรการให้ห่างกับระยะเวลาการบังคับใช้ มาตรการเพื่อให้เวลากับผู้ผลิตของประเทศส่งออกโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ผลิตในประเทศกำลังพัฒนาในการปรับปรุงผลิตภัณฑ์และวิธีการผลิตของตนให้เป็นไปตามมาตรการของประเทศผู้นำเข้า

2 กรณีการแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับบทบัญญัติด้านสุขอนามัย

กรณีที่ไม่มีมาตรการระหว่างประเทศกำหนดไว้ หรือมาตรการสุขอนามัยที่จะกำหนดขึ้นแตกต่างจากมาตรฐานระหว่างประเทศ และมาตรการดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ ประเทศสมาชิกผู้กำหนดมาตรการสุขอนามัยมีหน้าที่ ดังต่อไปนี้²⁰

- 1) ออกประกาศให้ทราบถึงการออกมาตรการตั้งแต่ระยะแรก (AT AN EARLY STAGE) ของการกำหนดมาตรการ เพื่อให้ประเทศสมาชิกที่มีส่วนได้เสียทราบถึงวัตถุประสงค์ของมาตรการที่จะกำหนดขึ้น

¹⁹ *Ibid.*, para.109

²⁰ Paragraph 5 Annex B of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

- 2) แจ้งให้ประเทศสมาชิกอื่นทราบถึงผลิตภัณฑ์ที่จะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดนั้น รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และเหตุผลในการบังคับใช้มาตรการที่จะกำหนดขึ้น โดยแจ้งผ่านไปยัง สำนักเลขาธิการองค์การการค้าโลก (THE SECRETARIAT) การแจ้งเช่นนี้จะต้องกระทำตั้งแต่ระยะแรกของกระบวนการกำหนดมาตรการเพื่อให้ประเทศสมาชิกได้แสดงความคิดเห็น และประเทศผู้ออกมาตรการจะต้องนำความคิดเห็นเหล่านี้ไปใช้ประกอบการพิจารณากำหนดมาตรการด้วย
- 3) ให้จัดหาสำเนาบทบัญญัติด้านสุขอนามัยนั้นพร้อมแสดงให้เห็นว่าส่วนใดที่มีเนื้อหาแตกต่างจากมาตรฐานระหว่างประเทศให้กับประเทศสมาชิกอื่นทราบเมื่อได้รับการร้องขอ
- 4) ยอมให้ประเทศสมาชิกอื่นแสดงความคิดเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรภายในระยะเวลาที่เหมาะสม จัดให้มีการอภิปรายเกี่ยวกับความคิดเห็นที่เสนอมานั้น และนำความคิดเห็นและผลที่ได้จากการอภิปรายมาประกอบการพิจารณาด้วยโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ

บทบัญญัติที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกผู้กำหนดมาตรการจะต้องนำความคิดเห็นของประเทศสมาชิกอื่นมาใช้ในการพิจารณานั้นด้วย ในทางปฏิบัติประเทศผู้กำหนดมาตรการบางครั้งก็มีได้นำความคิดเห็นดังกล่าวมาใช้พิจารณา ซึ่งผิดวัตถุประสงค์ของข้อตกลง SPS ในเรื่องนี้ ดังนั้น ทางแก้ไขปัญหานี้คือ การกำหนดให้ประเทศสมาชิกผู้กำหนดมาตรการต้องแสดงเหตุผลว่าเหตุใดจึงไม่นำความคิดเห็นของประเทศสมาชิกอื่นมาใช้ประกอบการพิจารณากำหนดมาตรการสุขอนามัย²¹

3.2 กฎเกณฑ์ของมาตรการสุขอนามัยภายใต้ข้อตกลง SPS

3.2.1 ขอบเขตในการกำหนดมาตรการสุขอนามัยภายใต้ข้อตกลง SPS

ข้อตกลง SPS ได้กำหนดถึงขอบเขตในการใช้บังคับไว้ ดังนี้ มาตรการที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่ไม่มีผลกระทบใดๆต่อการค้าระหว่างประเทศ มาตรการ

²¹ Simonetta Zarrilli, "WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures : Issues for Developing Countries" p.330.

สุขอนามัยนั้นก็จะไม่อยู่ภายใต้ข้อตกลง SPS แต่อย่างไร และมาตรการสุขอนามัยและมาตรการสุขอนามัยพืชที่ข้อตกลง SPS ต้องการคุ้มครอง ได้แก่²² ได้แก่ เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ สัตว์และพืชภายในอาณาเขตของสมาชิกจากความเสียหาย ซึ่งเกิดจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของแมลงศัตรูพืช โรค สิ่งมีชีวิตที่เป็นพาหะของโรค หรือสิ่งมีชีวิตที่ทำให้เกิดโรค

เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพสัตว์หรือพืชภายในอาณาเขตของสมาชิกจากความเสียหายซึ่งเกิดจากการใช้สารปรุงแต่ง สิ่งเจือปน สารพิษ หรือสิ่งมีชีวิตที่ทำให้เกิดโรคในอาหาร เครื่องดื่มหรืออาหารสัตว์

เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพสัตว์หรือพืชภายในอาณาเขตของสมาชิกจากความเสียหายซึ่งเกิดจากโรคที่มีสัตว์ พืช หรือผลิตภัณฑ์จากสิ่งเหล่านั้นเป็นพาหะ หรือจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของแมลงศัตรูพืช

เพื่อป้องกันหรือจำกัดความเสียหายอื่นภายในอาณาเขตของสมาชิกจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของแมลง ศัตรูพืช

คำจำกัดความของมาตรการสุขอนามัย

มาตรการสุขอนามัย หรือสุขอนามัยพืช คือมาตรการที่ใช้²³

(a) เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพสัตว์หรือพืชภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิกจากความเสียหาย ซึ่งเกิดจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของแมลง ศัตรูพืช โรค สิ่งมีชีวิตที่เป็นพาหะของโรค หรือสิ่งมีชีวิตที่ทำให้เกิดโรค

(b) เพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพมนุษย์หรือสัตว์ภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิกจากความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการใช้สารผสมอาหาร สิ่งเจือปน สารพิษ หรือสิ่งมีชีวิต ที่ทำให้เกิดโรคในอาหาร เครื่องดื่ม และอาหารสัตว์

(c) เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิกจากความเสียหายซึ่งเกิดจากโรคที่มีสัตว์ พืช หรือผลิตภัณฑ์จากสิ่งเหล่านั้นเป็นพาหะ หรือจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของแมลงศัตรูพืชหรือ

²² Annex A ,Article 1 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

²³ *Ibid* ,Article 20 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

(d) เพื่อป้องกันหรือจำกัดความเสียหายอื่นๆภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิกจากการนำเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของแมลงศัตรูพืช

คำว่า มาตรการสุขอนามัยนี้ หมายความว่ารวมถึง พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ และบรรดาวิธีพิจารณา ทั้งหลายที่เกี่ยวกับ

- (1) มาตรฐานสินค้า
- (2) กระบวนการและวิธีการผลิต
- (3) การทดสอบ การตรวจสอบ การออกไปรับรอง กระบวนการพิสูจน์เพื่อการยอมรับ
- (4) การกักพืช สัตว์ และข้อบังคับทั้งหลายเกี่ยวกับการขนส่งสัตว์ พืช
- (5) การให้สถิติ กระบวนการคัดเลือกตัวอย่างมาตรวจสอบ การประเมินความเสี่ยง
- (6) การบรรจุภัณฑ์ หรือการติดฉลากซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรง กับความปลอดภัยของ

อาหาร

ข้อตกลง SPS กำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกมีสิทธิที่จะใช้มาตรการสุขอนามัยได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช แต่ว่ามาตรการเหล่านั้นต้องไม่ขัดกับบทบัญญัติของความตกลงนี้

3.2.2 ภาระการพิสูจน์

หลักทั่วไปเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ คือ ฝ่ายผู้อ้างข้อเท็จจริงใดจะต้องแสดงให้เห็นเป็นเบื้องต้นว่ามีมูลเช่นนั้นจริง แล้วภาระการพิสูจน์ก็จะตกไปยังฝ่ายตรงข้ามเพื่อสืบทักล้างข้อกล่าวหา²⁴ ในกรณีของข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยเช่นกัน ประเทศที่โต้แย้งว่ามาตรการสุขอนามัยของประเทศสมาชิกอื่นไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS จะต้องพิสูจน์ให้เห็นเป็นเบื้องต้นให้ได้ว่าประเทศผู้กำหนดมาตรการกระทำไม่สอดคล้องกับข้อตกลงฯ ดังที่ระบุข้อสันนิษฐานไว้ว่า หากประเทศสมาชิกกำหนดมาตรการสุขอนามัยเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศจะได้รับการสันนิษฐานว่ามาตรการนั้นสอดคล้องกับข้อตกลงฯ ซึ่งทำให้ประเทศผู้โต้แย้งมีภาระในการพิสูจน์มากกว่าในกรณีทั่วไป คือต้องพิสูจน์ให้ชัดเจนว่ามีความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับความตกลง เหตุที่ข้อตกลงฯกำหนดไว้เช่นนี้ก็เนื่องมาจากว่า

²⁴ United Nations Conference on Trade and Development, "Dispute Settlement World Trade Organization: 3.1 Overview," p.48.

ต้องการให้ประเทศสมาชิกกำหนดมาตรการของตนบนพื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศให้มากที่สุดเพื่อให้มาตรการสุขอนามัยของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องกัน²⁵

คู่กรณีที่อ้างข้อเท็จจริงใดๆก็ตามจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงนั้น ไม่ว่าผู้
ที่อ้างจะเป็นผู้อ้างสิทธิหรือเป็นฝ่ายผู้โต้แย้งสิทธิก็ตาม ดังนั้น ฝ่ายใดก็ตามในกรณีพิพาท
เกี่ยวกับสุขอนามัยที่ อ้างข้อเท็จจริง โต้แย้ง หรือ ต่อสู้ มีภาระในการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริง
ข้อโต้แย้ง หรือข้อต่อสู้นั้นๆ แต่คู่กรณีฝ่ายนั้นไม่จำเป็นต้องอธิบายอย่างชัดเจนหรือพิสูจน์ให้สิ้น
ข้อสงสัยถึง ข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง หรือข้อต่อสู้นั้น หากสามารถพิสูจน์ให้คณะพิจารณาเห็นได้
ว่าข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง หรือข้อต่อสู้นั้นถูกต้อง ภาระการพิสูจน์ก็จะตกไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง
ที่จะต้องหักล้างข้อพิสูจน์เบื้องต้นนั้นให้ได้²⁶

นอกจากนี้ ภาระการพิสูจน์ว่ามาตรการสุขอนามัยที่มีระดับการคุ้มครองสูงกว่า
มาตรฐานระหว่างประเทศมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์รองรับหรือไม่จะตกอยู่กับประเทศผู้โต้แย้ง
เช่นกัน ดังปรากฏในคดีฮอร์โมนในเนื้อวัว องค์การอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในมาตรา
3.1 (ประเทศสมาชิกต้องรับรองว่ามาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้นอยู่บนพื้นฐานมาตรฐาน
ระหว่างประเทศ) เป็นคนละกรณีกับข้อกำหนดในข้อ 3.3 (มาตรการสุขอนามัยที่มีระดับการ
คุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์รองรับ) รัฐสมาชิกมี
อิสระในการเลือกกำหนดมาตรการ และเป็นหน้าที่ของรัฐผู้โต้แย้งที่จะต้องพิสูจน์ได้ว่ารัฐผู้
กำหนดมาตรการไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อ 3.3 คือกำหนดมาตรการสุขอนามัยที่มีระดับ
การคุ้มครองสูงกว่าที่มาตรฐานระหว่างประเทศกำหนดไว้โดยไม่มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์มา
รองรับ²⁷

²⁵ John J. Barcelo, "Product Standards to Protect the Local Environment-
the GATT and the Uruguay Round Sanitary and Phytosanitary Agreement," p.775.

²⁶ Joost Pauwelyn, "The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary
(SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Dispute : EC-
Hormones, Australia-Salmon and Japan-Varietals," p.660.

²⁷ Appellate Body Report, Ec-Hormones, para. 104.

3.2.3 สิทธิของประเทศผู้เสียหาย

ภายใต้ข้อตกลง SPS รัฐสมาชิกมีสิทธิที่จะกำหนดข้อจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศตามความจำเป็นเพื่อปกป้องมนุษย์ สัตว์ และพืช จากความเสี่ยงต่อภัยอันตรายต่อสุขอนามัยเนื่องจากแมลงหรือเชื้อโรค แต่ห้ามการออกกฎที่ไม่จำเป็นเพื่อปกป้องสุขอนามัยและความปลอดภัยที่ออกมาเพื่อเป็นข้ออ้างในการปกป้องผลิตภัณฑ์ของประเทศจากการแข่งขันจากต่างประเทศ อีกทั้ง หากรัฐสมาชิกเชื่อว่ารัฐสมาชิกผู้นำเข้ากำหนดหรือคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชเป็นการจำกัดหรือมีแนวโน้มที่จะจำกัดการส่งออกของตน และมาตรการนั้นไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือคำแนะนำที่เกี่ยวข้อง หรือไม่มีมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือข้อเสนอแนะนั้น รัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากมาตรการสุขอนามัยอาจขอคำอธิบายในเหตุผลต่างๆ (an explanation of the reasons for sanitary or phytosanitary measure may be requested) จากรัฐผู้ใช้มาตรการดังกล่าวที่ไม่ยึดมาตรฐานระหว่างประเทศรองรับนั้นได้ และรัฐสมาชิกที่คงไว้ซึ่งมาตรการนั้นจะต้องให้คำอธิบาย²⁸ (shall be provided by the Member maintaining the measure)

3.2.4 วิธีการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลง SPS

ตามข้อตกลง SPS กำหนดให้กรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำการระงับข้อพิพาทและวิธีการระงับข้อพิพาทตามบทบัญญัติมาตรา 22 และ 23 ของ GATT มาใช้บังคับ²⁹ (the provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding shall apply to consultations and the settlement of disputes under this Agreement , except as otherwise specifically provided herein) และ

²⁸ Article 5.8 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

²⁹ Article 11 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

หากประเด็นในกรณีพิพาทเกี่ยวข้องกับเรื่องทางวิทยาศาสตร์หรือเรื่องเทคนิค PANEL ต้องขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ โดยต้องปรึกษาหารือกับคู่กรณีด้วย³⁰

ข้อตกลง SPS กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชสนับสนุนและอำนวยความสะดวกในการปรึกษาหารือของประเทศสมาชิกในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับมาตรการสุขอนามัย³¹ ซึ่งการปรึกษาหารือนี้เป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่มีค่าใช้จ่ายและใช้เวลาค่อนข้างสั้น ซึ่งจะมีประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนาอย่างมาก³²

ข้อตกลง SPS กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยที่เกิดขึ้นให้ประเทศสมาชิกปรึกษาหารือและระงับข้อพิพาท โดยการปฏิบัติตามบทบัญญัติข้อ 22 และ 23 ของแกตต์ 1994 ตามที่ได้มีการขยายความและใช้บังคับตามความเข้าใจว่าด้วยการระงับข้อพิพาท และเป็นกฎเกณฑ์ที่มีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศซึ่งเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีเข้ามามีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทอันเป็นการสร้างแรงกดดันให้ประเทศที่ละเมิดพันธกรณีกลับเข้ามาอยู่ในกรอบกติกาของแกตต์

ในช่วงแรกของแกตต์ ที่ประชุมใหญ่ของแกตต์ซึ่งขณะนั้นมีภาคีสมาชิกเพียง 23 ประเทศ จึงต้องทำหน้าที่เป็นคณะลูกขุนเอง และโดยที่เจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่ของภาคีแกตต์เป็นนักการทูต ไม่ใช่ชนักกฎหมายโดยอาชีพ ดังนั้นรายงานข้อพิจารณาและคำตัดสินในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1948-1950 จึงเป็นถ้อยคำแถลงสั้นๆและมีลักษณะของการไกล่เกลี่ยทางการทูตมากกว่าข้อวินิจฉัยทางกฎหมาย ดังนั้นจะเห็นได้จากคำตัดสินข้อพิพาทในสี่กรณีแรก Dana Wilgress จากแคนาดาในฐานะประธานที่ประชุมใหญ่คนแรกของแกตต์ ได้ตัดสินข้อพิพาทโดยการกล่าวถ้อยแถลงสั้นๆโดยไม่มีรายละเอียดของการวิเคราะห์ทางกฎหมาย³³ ต่อมาในปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นกรณีพิพาทที่ซิดี

³⁰ ศักดา ธนิตกุล และพรพิมล ชินพัฒน์วานิช, “ความตกลง SPS กับการส่งออกสินค้าเกษตรแปรรูปของไทย,” น.151.

³¹ Article 12.2 of Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures

³² United Nations Conference on Trade and Development, “Dispute Settlement World Trade Organization: 3.9 SPS Measures,” p.46.

³³ “legal rulings were with an elusive diplomats, not lawyers”. โปรดดู Hudec, Robert E., Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System, (Butterworth Legal publishers, 1993), p.11.

กล่าวหาออสเตรเลีย จึงได้มีการจัดตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจขึ้นมาพิจารณาก่อนรายงานในที่ประชุมใหญ่ของแกตต์พิจารณา³⁴ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1952 จึงได้มีการจัดตั้งคณะผู้พิจารณาข้อพิพาท (Panel) ซึ่งทำให้การยุติข้อพิพาทของแกตต์มีความเป็นทางการมากขึ้น³⁵

จากพัฒนาการข้างต้นจะเห็นว่ากลไกและกระบวนการยุติข้อพิพาทของแกตต์นับตั้งแต่การจัดตั้งคณะผู้พิจารณาข้อพิพาท (Panel) การจัดทำรายงานข้อวินิจฉัย (Panel Report) และการให้ความเห็นชอบรายงานข้อวินิจฉัย (Adoption of Report) ของที่ประชุมใหญ่ เป็นวิวัฒนาการที่เกิดจากการปฏิบัติในลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในหมู่ภาคีแกตต์เอง โดยริเริ่มจากวิธีทางการทูต (diplomatic approach) ซึ่งเดิมเน้นการหารือและการเจรจาโดยใช้อำนาจต่อรองแล้วจึงพัฒนาเป็นแนวทางตามกระบวนการของกฎหมาย (legalistic or adjudicative procedures) มากขึ้น³⁶

อย่างไรก็ตาม พัฒนาการไปสู่กระบวนการทางกฎหมายมากขึ้นข้างต้นมิได้แก้ปัญหาพื้นฐานของแกตต์ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทของแกตต์มุ่งเน้นที่จะประนีประนอมผลประโยชน์ทางการค้ามากกว่าที่จะตัดสินการกระทำผิดตามกระบวนการทางกฎหมาย ประกอบกับกระบวนการยุติข้อพิพาทของแกตต์มิได้มีลักษณะเป็นการบังคับ (compulsory) เพราะการระงับข้อพิพาทของแกตต์วางอยู่บนกระบวนการตัดสินใจที่ต้องใช้ฉันทามติ (positive consensus) ในลักษณะที่ต้องไม่มีภาคีใดคัดค้าน ไม่ว่าจะป็นขั้นตอนของกระบวนการปรึกษาหารือ การจัดตั้งคณะผู้พิจารณาข้อพิพาท การจัดทำรายงานข้อวินิจฉัย การให้ความเห็นชอบรายงานข้อวินิจฉัย จนถึงขั้นตอนการระงับหรือถอดถอนผลประโยชน์หรือพันธกรณีอื่น ที่ต้องการฉันทามติจากที่ประชุมใหญ่ของแกตต์ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้จึงเป็นช่องโหว่ภาคีที่ถูกรองเรียนสามารถคัดค้าน (block)

³⁴ Australia Subsidy on Ammonium Sulfate, 2 BISD, Vol. II, 188 (8 April 1950) บางครั้งเรียกข้อพิพาทนี้ว่า Marbury v. Madison of GATT โดย Panel ในคดีนี้ได้สนับสนุนแนวคิดว่าด้วย “reasonable expectations”

³⁵ ศาสตราจารย์ Hudec ในเชิงอรรถข้างต้น ตั้งข้อสังเกตว่า panel ในที่นี้หมายถึง panel of experts นอกจากนั้น ศาสตราจารย์ Jackson เน้นว่าหลังจาก Eric Wyndham-White เข้ารับตำแหน่งผู้อำนวยการใหญ่แกตต์ การพัฒนาไปสู่กระบวนการทางกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น โปรดดู Jackson, The World Trading System ในเชิงอรรถที่ 18 ข้างต้น

³⁶ Prof. Hudec เรียกว่าเป็น conciliation มากกว่าเป็น dispute settlement โปรดดู Robert E. Hudec, The GATT Legal System and world Trade diplomacy, (Butterworth) 2nd ed., 1990, p.107.

ขั้นตอนกระบวนการระงับข้อพิพาทของแอกต์ที่ได้ในทุกๆขั้นตอน โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นผู้แพ้คดี ก็สามารถใช้อุดก่อนนี้หาเหตุคัดค้านการรับรองรายงานของคณะพิจารณา รวมถึงคัดค้านการตอบโต้ทางการค้าที่ขอระงับหรือถอยถอนผลประโยชน์ ดังนั้นเมื่อภาคีหนึ่งใดซึ่งรวมถึงภาคีที่แพ้คดีสามารถคัดค้านการรับรองรายงาน ก็ส่งผลให้ที่ประชุมใหญ่ไม่สามารถรับรองผลการตัดสินของคณะพิจารณาได้ และทำให้คำตัดสินดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

1. หลักเกณฑ์การใช้บทบัญญัติข้อ 22³⁷

การระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัติมาตรา 22 ของแอกต์เป็นมาตรการในการปรึกษาหารือที่มีวิธีการระงับข้อพิพาท ดังต่อไปนี้³⁸

- 1) กำหนดให้มีการปรึกษาหารือแบบทวิภาคเมื่อมีปัญหาข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้น โดยประเทศคู่พิพาทจะต้องดำเนินการปรึกษาหารือด้วยความเห็นใจ และให้ออกาสอย่างเพียงพอในการปรึกษาหารือเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น
- 2) การการระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือแบบทวิภาคีไม่สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ ประเทศคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้ที่ประชุมใหญ่ (CONTRACTING PARTIES) ทำการเจรจาหารือกับประเทศคู่พิพาทหรือประเทศภาคีแอกต์อื่นๆเพื่อยุติปัญหาข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้

2. หลักเกณฑ์การใช้บทบัญญัติข้อ 23³⁹

ข้อพิพาทที่สามารถเข้าใช้กลไกการระงับข้อพิพาทแอกต์ตามมาตรา 23 ได้ต้องมีมูลฐานแห่งสิทธิ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่ประเทศภาคีหนึ่งไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงแอกต์อันเป็นการละเมิดต่อประเทศภาคีอื่น การกระทำที่มีการละเมิดพันธกรณีของแอกต์นี้จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเกิดเหตุการณ์ของการเสียหายขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ที่ประเทศภาคีจะได้รับภายใต้ข้อตกลงแอกต์แล้ว ซึ่งประเทศที่ได้รับการร้องเรียนจะต้องแสดง

³⁷ Article XXII: Consultations of General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947).

³⁸ อภาภรณ์ีย์ เสมรสุต, "ประเทศกำลังพัฒนากับกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลง WTO," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น. 37.

³⁹ เฟิงอ้าง, น. 38-39.

ให้เห็นว่าไม่มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้นต่อผลประโยชน์ของประเทศผู้ร้องเรียนแต่อย่างใด

การเข้าใช้กลไกระงับข้อพิพาทแกดต์ตามข้อ 23 นี้ อาจเป็นการกระทำที่ไม่มีการละเมิดบทบัญญัติของแกดต์ได้ กล่าวคือ หากประเทศภาคีแกดต์ใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ภายในแกดต์ แม้ว่าความเสียหายนี้จะไม่ได้เกิดจากการละเมิดพันธกรณีของข้อตกลงทั่วไปก็ตาม ประเทศภาคีแกดต์ก็สามารถร้องขอเพื่อเข้าใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของแกดต์ตามข้อ 23 ได้ โดยการร้องเรียนในกรณีที่ไม่มีการละเมิดต่อบทบัญญัติของแกดต์นี้ ประเทศที่ร้องเรียนจะมีภาระการพิสูจน์ที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้น โดยประเทศที่อ้างสิทธิเข้าใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของแกดต์จะต้องอธิบายหรือแสดงรายละเอียดที่ชัดเจนด้วยว่า วัตถุประสงค์ข้อใดของข้อตกลงทั่วไปที่ได้รับการทำให้เสียไป

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ทำให้ถูกมองว่าขาดความเด็ดขาดและไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรซึ่งทำให้ไม่ได้รับความเชื่อมั่นในประเทศภาคีโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาในการใช้กระบวนการนี้ และทำให้ต้องกลับไปใช้การเจรจาวิภาคี⁴⁰ ด้วยเหตุนี้ ประเทศภาคีจึงเห็นพ้องต้องกันในการที่จะปรับปรุงกระบวนการระงับข้อพิพาทของแกดต์ 1947 เพื่อใช้เป็นเวทีในการยุติข้อพิพาททางการค้าที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังนั้น ประเทศภาคีจึงแก้ไขกฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาทตลอดมา จนในที่สุดได้กำหนดเรื่องนี้ให้เป็นหัวข้อหนึ่งในการเจรจาอูรุกวัย โดยหลักจากการเจรจาอูรุกวัยสิ้นสุดลง ได้มีการจัดตั้งองค์การการค้าโลกขึ้น และได้มีการรับรองความเข้าใจด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท (UNDERSTANDING ON RULES AND PROCEDURES GOVERNING THE SETTLEMENT OF DISPUTE หรือ DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING หรือ DSU) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและพันธกรณีเกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก ซึ่งอยู่ในภาคผนวกที่ 2 ของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก และได้มีการจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาท (DISPUTE SETTLEMENT : DSB) เพื่อดำเนินงานเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทตาม DSU ซึ่งเป็นการปรับปรุงกระบวนการระงับข้อพิพาทให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น⁴¹ โดย DSU มีวัตถุประสงค์คือ เพื่อต้องการให้ระบบการระงับข้อพิพาทของ WTO เป็นพื้นฐานที่จะทำให้เกิดความมั่นคงและ

⁴⁰ น้าฝน ลิ้มปเจต, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7*, น.56.

⁴¹ ทักษมัย ฤกษ์สุด, *แกดต์และองค์การการค้าโลก (WTO)*, น. 137-139.

สามารถคาดการณ์ได้ในระบบการค้าพหุภาคี โดยประเทศสมาชิกต้องตระหนักถึงการรักษาสีทธิและพันธกรณีภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้องภายใต้องค์การการค้าโลก⁴² (COVERED AGREEMENTS ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่าความตกลงที่เกี่ยวข้อง) และการทำให้บทบัญญัติภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้องนั้นให้สอดคล้องกับการตีความกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ข้อเสนอแนะและคำตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาท (DISPUTE SETTLEMENT BODY หรือเรียกย่อๆว่า DSB) ไม่อาจเพิ่มหรือลดและหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในความตกลงที่เกี่ยวข้องได้⁴³

นอกจากนี้ DSU ยังมีเป้าหมาย คือ การให้ได้มาซึ่งการระงับข้อพิพาทในเชิงบวก และข้อยุติอันเป็นที่ยอมรับของคู่พิพาทและเป็นไปโดยสอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้อง⁴⁴ ทั้งนี้ประเทศสมาชิกต่างตระหนักดีว่าการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้องอย่างทัน่วงทีนั้นมีความจำเป็นต่อการดำเนินงานของ WTO และจะทำให้คงไว้ซึ่งดุลยภาพที่เหมาะสมระหว่างสิทธิและหน้าที่ของประเทศสมาชิก⁴⁵

กลไกระงับข้อพิพาทกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายข้างต้น เพื่อจะได้บรรลุถึงข้อยุติที่น่าพอใจของข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้อง⁴⁶ และเพื่อให้ประเทศสมาชิกได้รับการชดเชยจากการที่ละเมิดพันธกรณี หรือการสูญเสีย หรือการได้รับความเสียหายโดยการไม่ใช้และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์และกระบวนการ

⁴² ความตกลงที่เกี่ยวข้อง (covered agreements) คือ ความตกลงที่กำหนดใน Appendix 1 ใน DSU รวมทั้งความตกลงขององค์การการค้าโลก GATT 1994 และความตกลงพหุภาคีทั้งหลายในการค้าสินค้า GATS TRIPS และ DSU

⁴³ Article 3.2 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

⁴⁴ Article 3.7 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

⁴⁵ Article 3.3 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

⁴⁶ Article 3.4 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

ภายใต้ DSU⁴⁷ เหตุที่มีภาระข้อกำหนดเช่นนี้ไว้เนื่องจากป้องกันมิให้มีการตอบโต้ฝ่ายเดียวเกิดขึ้น⁴⁸

DSU สนับสนุนให้มีข้อยุติอันเป็นที่พอใจของคู่พิพาทโดยการเจรจามากกว่าข้อยุติที่ได้มาจากการพิพาท โดยจะเห็นชัดจากการที่ DSU กำหนดให้กระบวนการระงับข้อพิพาทต้องเริ่มจากการปรึกษาหารือระหว่างคู่พิพาทเพื่อต้องการให้ได้ข้อยุติจากทุกฝ่าย การระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือนี้เห็นได้ชัดว่ามีค่าใช้จ่ายต่ำกว่าและส่งเสริมความสัมพันธ์ทางการค้าในระยะยาวมากกว่าการระงับข้อพิพาทโดยคำตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาท⁴⁹

กลไกระงับข้อพิพาทมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาททั้งปวงที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้อง (COVERED AGREEMENTS) แต่หากมีความตกลงที่เกี่ยวข้องเรื่องใดกำหนดกฎและกระบวนการที่เพิ่มเติมและเป็นพิเศษก็ต้องใช้ตามกฎหมายและกระบวนการที่กำหนดเพิ่มเติมหรือเป็นพิเศษนั้น และในกรณีที่กฎและกระบวนการที่กำหนดในความตกลงที่เกี่ยวข้องแตกต่างจากข้อกำหนดและกระบวนการที่กำหนดไว้ใน DSU ก็ให้ใช้ข้อกำหนดและกระบวนการที่กำหนดในความตกลงที่เกี่ยวข้องนั้น⁵⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลง SPS คือ ประเด็นทางด้านเทคนิคหรือวิทยาศาสตร์ PANEL ควรจะขอคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญซึ่งเลือกขึ้นมาโดยระหว่างคณะพิจารณาเกี่ยวกับคู่พิพาท⁵¹

ในกรณีที่ คณะพิจารณา หรือองค์กรอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยว่ามาตรการที่ประเทศผู้ถูกร้องเรียนกำหนดขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลก DSU กำหนดไว้ว่าวัตถุประสงค์ในอันดับแรกของกลไกระงับข้อพิพาทในกรณีที่ไม่สามารถหาข้อยุติรวมกันได้

⁴⁷ Article 23.1 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

⁴⁸ United Nations Conference on Trade and Development, "Dispute Settlement World Trade Organization: 3.1 Overview," p.42.

⁴⁹ Peter Van den Bossche, "Dispute Settlement World Trade Organization: 3.1 Overview," in the Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, (New York and Geneva, 2003),p43.

⁵⁰ Article 1.2 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

⁵¹ Article 11.2 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute

ระหว่างคู่พิพาท คือ การดำเนินการให้มีการเพิกถอนมาตรการที่เกี่ยวข้องที่ขัดกับบทบัญญัติของความตกลงที่เกี่ยวข้อง⁵² หรือทำให้มาตรการนั้นสอดคล้องกับความตกลงที่เกี่ยวข้อง โดยคณะกรรมการวินิจฉัยหรือองค์กรอุทธรณ์อาจแนะแนวทางในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยด้วยก็ได้ การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยขององค์กรระงับข้อพิพาทในทันทีเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อควมมีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทอันเป็นผลประโยชน์ของประเทศสมาชิกทั้งหลายนั่นเอง⁵³ ในกรณีที่ไม่สามารถเพิกถอนมาตรการดังกล่าวได้ในทันที ประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการตามคำวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่เหมาะสม⁵⁴

มาตรา 21 วรรค 1 DSU เน้นความสำคัญของการปฏิบัติตามคำเสนอแนะหรือคำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาทโดยพลันเนื่องจากจะทำให้การแก้ไขปัญหาคู่พิพาทเกิดผลและเป็นประโยชน์ต่อรัฐสมาชิกทั้งหมด⁵⁵

หลังจากที่ DSB ให้ความเห็นชอบรายงานของ Panel และ AB ในกรณีที่มีการอุทธรณ์สมาชิกที่ถูกร้องเรียนและแพ็คดีจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของ Panel และ AB ทั้งนี้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 21 วรรค 3 ของ DSU ได้กำหนดให้มีความยืดหยุ่นในการปฏิบัติตามโดยยอมให้ประเทศที่ต้องปฏิบัติตามสามารถเสนอระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะต้องปฏิบัติตามได้ (Reasonable period of time หรือที่เรียกย่อๆว่า RPT) โดยกำหนดให้ RPT มาจาก

- (1) ระยะเวลาที่ได้รับความเห็นชอบจาก DSB หรือ
- (2) ระยะเวลาที่คู่กรณีตกลงกัน หรือ
- (3) ระยะเวลาที่ให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน โดยมีแนวทางว่าไม่ควรมีระยะเวลาเกิน 15 เดือน แต่ทั้งที่ขึ้นกับแต่ละกรณี⁵⁶

⁵² Article 19.1 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

⁵³ Peter Van den Bossche, "Dispute Settlement World Trade Organization: 3.1 Overview," pp.53-54.

⁵⁴ Article 21.3 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

⁵⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร , "รายงานวิจัยเรื่องการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยกับผลประโยชน์ของประเทศไทย:วิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ," 2544 ,น.21 (อัสสาเนา)

เมื่อสิ้นสุดระยะเวลา RPT แล้ว หากยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินได้ DSU กำหนดให้มีมาตรการเยียวยาเพื่อแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยมาตรา 22 ของ DSU เปิดโอกาสให้สมาชิกที่แพ้คดีสามารถขอเจรจาเพื่อตกลงให้มีการชดเชยที่เหมาะสม (Compensation) ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ภายใน 20 วัน สมาชิกที่ชนะคดีอาจขอให้ DSD อนุญาตให้ใช้มาตรการระงับการให้สิทธิประโยชน์ (suspend of concessions) หรืองดการปฏิบัติตามพันธกรณี ภายในการตกลงของ WTO ทั้งนี้การอนุญาตให้ระงับสิทธิประโยชน์ หรือที่เรียกสั้นๆ ว่า การตอบโต้ทางการค้า นั้นถือเป็นสิทธิของสมาชิกที่ยกเรื่องร้องเรียน เว้นแต่ DSB มีฉันทมติไม่อนุญาต ตามคำขอตามหลัก negative consensus ซึ่งจะไม่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

แม้สมาชิกที่แพ้คดีไม่มีสิทธิคัดค้านการตอบโต้ แต่หากสมาชิกที่แพ้คดีไม่เห็นด้วยกับปริมาณหรือระดับของการตอบโต้ ก็อาจใช้สิทธิตามมาตรา 22 วรรคหกของ DSU ขอให้มีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อขัดแย้งดังกล่าวภายในเวลา 60 วัน หากเป็นไปได้ก็ควรเป็น Panel ที่เคยพิจารณาข้อพิพาทดั้งเดิมหรือเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้อำนวยการใหญ่ของ WTO และถือให้คำตัดสินเป็นที่สุด อนึ่งโดยที่ DSU ไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 22 วรรคหก เรื่องการขอใช้สิทธิตอบโต้ทางการค้า กับมาตรา 21 วรรคห้า ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำตัดสิน เพราะมิได้จัดลำดับขั้นตอนการดำเนินการก่อนหลังระหว่างมาตราทั้งสองให้ชัดเจนว่าสมาชิกที่ชนะคดีควรขอให้คณะผู้พิจารณา (Panel) ตัดสินภายใต้มาตรา 21 วรรคห้าเสียก่อนว่าผู้แพ้คดีได้ทำตามคำตัดสินหรือไม่ ก่อนที่จะตอบโต้ทางการค้า (ซึ่งเรียกปัญหานี้ว่า sequencing)⁵⁷

ส่วนการชดเชยค่าเสียหายและการตอบโต้ นั้น มาตรา 22 DSU กำหนดให้มีการกำหนดการชดเชยค่าเสียหายหรือการระงับการให้ผลประโยชน์หรืองดการปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามคำเสนอแนะและตามคำสั่งต่างๆขององค์กรระงับข้อพิพาท ภายในการกำหนดเวลาอันสมควร หากรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายได้ใน 20 วันนับจากที่สิ้นกำหนดระยะเวลาอันสมควรแล้ว รัฐสมาชิกผู้ร้องอาจขออนุญาตขององค์กรระงับข้อพิพาทให้ระงับการให้ประโยชน์หรืองดการปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อตกลงกับรัฐที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำเสนอแนะหรือ คำสั่งขององค์กรระงับข้อพิพาทได้ มาตรการเช่นว่านั้นก็คือ

⁵⁶ Monnier, Pierre, "The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling-Promptness within Reason", *Journal of world Trade*, (2001) Vol. 35, No.5, pp.825-845

⁵⁷ McGivern, Brendan P. and Walles, Cherise M., "The Right to Retaliate under the WTO Agreement", *Journal of World Trade*, (2000), Vol. 34, No. 2, pp. 63-84.

มาตรการตอบโต้(RETALIATION)นั่นเอง โดยระดับของมาตรการตอบโต้นี้จะต้องเท่ากับระดับของการเสียหายหรือระดับของความเสียหาย⁵⁸

ในกรณีเช่นนี้ รัฐผู้ร้องขอของดเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีจะต้องเลือกเรื่องที่จะตอบโต้ต่อการละเมิดพันธกรณี การทำให้เสื่อมสิทธิหรือการก่อความเสียหาย แต่ถ้าเห็นว่าจะไม่ได้ผลหรือไม่สามารถทำได้โดยง่าย รัฐผู้ร้องก็อาจเลือกตอบโต้ในเรื่องอื่นภายใต้ข้อตกลงเดียวกันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกันกับการละเมิดพันธกรณี การทำให้เสื่อมสิทธิหรือการก่อความเสียหายที่พบก็ได้หรือถ้ามีเหตุที่จะทำให้ได้รับความเสียหายร้ายแรงก็อาจทำการตอบโต้ตามข้อตกลงอื่นที่ไม่เกี่ยวกับข้อพิพาทก็ได้ กล่าวคือ DSU กำหนดให้ประเทศคู่พิพาทต้องพยายามตอบโต้ในสาขาของความตกลงเดียวกับที่มีการละเมิดหรือมีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้นก่อน แต่การตอบโต้อาจทำข้ามสาขาหรือความตกลงได้ ถ้าการตอบโต้ในสาขาเดียวกันของความตกลงนั้นไม่อาจกระทำได้และเป็นสถานการณ์รุนแรงเพียงพอ ประเทศผู้ร้องสามารถขอตอบโต้ข้ามสาขาได้ โดยต้องคำนึงถึงความสำคัญทางการค้าและเศรษฐกิจประกอบด้วย และต้องชี้แจงถึงเหตุผลในความจำเป็นที่จะต้องมีการโต้ตอบข้ามสาขานั้นต่อองค์การระงับข้อพิพาทด้วย

อย่างไรก็ดี หากเกิดปัญหาเกี่ยวกับการตอบโต้ว่าทำเกินระดับของการเสียหายหรือเกินระดับของความเสียหายหรือไม่เกิดขึ้น กรณีเช่นนี้รัฐสมาชิกผู้มีส่วนได้เสียกับระดับของการตอบโต้ที่มีการโต้แย้งว่าเกินขนาดไปนั้นก็อาจร้องขอให้คณะพิจารณาชุดเดิมที่เคยพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาหรือตกลงกันขอให้ผู้อำนวยการองค์การการค้าโลกแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นตัดสินชี้ขาดใน 60 วันต่อจากกำหนดเวลาอันสมควรเพื่อการดำเนินการตามคำแนะนำ ในกรณีเช่นนี้รัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องจะทำการตอบโต้ในระหว่างที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาคืออยู่ไม่ได้ และรัฐคู่พิพาทจะต้องยอมรับว่าคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นที่สิ้นสุด อนึ่งการตอบโต้นี้จะต้องถือว่าเป็นมาตรการชั่วคราว เมื่อมาตรการที่ฝ่าฝืนคำแนะนำได้หมดไปแล้วหรือได้มีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทลุล่วงไปแล้วหรือได้มีการตกลงแก้ไขปัญหานั้นเป็นที่พอใจแล้วก็จะต้องยกเลิกมาตรการตอบโต้ที่เสีย

⁵⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร , อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 55 ,น.22-23 .