

บทความวิจัย (Research Articles)

การปรับใช้แนวคิดเรื่อง “สินค้าที่เหมือนกัน” สำหรับกรณีของ “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน” ภายใต้ความตกลงทั่วไป ว่าด้วยการค้าบริการ^{*}

The Application of the Concept Relating to “Like Product” to the Case of “Like Services and Service Suppliers” under The General Agreement on Trade in Services

วรรณยา สังข์สมบูรณ์

นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Wattaya Sungsomboon

Master Student in International Law,
Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 18 ธันวาคม 2562

วันที่แก้ไขบทความ 11 กันยายน 2563

วันที่ตอบรับบทความ 2 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) เป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ โดยมีพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการไม่เลือกปฏิบัติ ได้แก่ 1) พันธกรณีหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Principle: MFN) และ 2) พันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle: NT) ซึ่งเป็นพันธกรณี

^{*} บทความนี้สรุปจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การปรับใช้แนวคิดเรื่อง ‘สินค้าที่เหมือนกัน’ สำหรับกรณีของ ‘การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน’ ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ” โดยมีศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

สำคัญที่อยู่ภายใต้ต้องการการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) พันธกรณีดังกล่าวได้ถูกบัญญัติอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศหลายความตกลงด้วยกัน เช่น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Trade in Goods: GATT 1994) ในข้อ 1 วรรค 1 ข้อ 3 วรรค 2 และข้อ 3 วรรค 4 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services: GATS) ในข้อ 2 วรรค 1 และข้อ 17 เพื่อให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ แก่สินค้าหรือบริการของประเทศอื่น ๆ หรือเป็นการปฏิบัติต่อสินค้าหรือการบริการของประเทศอื่น ๆ ให้เท่าเทียมกับประเทศของตน โดยพิจารณาจากคำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน (Like product)” ซึ่งเป็นคำที่อยู่ในบทบัญญัติ GATT 1994 และคำว่า “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (Like services and service suppliers)” ซึ่งเป็นคำที่อยู่ในบทบัญญัติ GATS แต่คำว่า “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน” ในความตกลง GATS ไม่ได้บัญญัติคำนิยามหรือความหมายไว้อย่างชัดเจน หากเทียบกับคำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน” (Like product) ของความตกลง GATT 1994 ที่ปรากฏว่ามีคณะทำงาน (The Working Party on Border Tax Adjustment) ได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาการตีความ “ความเหมือนกัน (Likeness)” ของสินค้าว่าจะต้องตีความเป็นรายกรณีไป (Case by case) โดยอาจใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้มาพิจารณา ได้แก่ การพิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพ (Physical characteristic) การใช้ในขั้นสุดท้าย (End-use) รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค (Consumer tastes and habits) และพิกัดอัตราภาษีศุลกากร (Tariffs classification)

ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้แนวคิดการพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันนำมาปรับใช้ในเรื่องการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน โดยผลการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาปรับใช้ได้อาจเป็นเรื่องการพิจารณาถึงรสนิยม อุปนิสัย และการใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภค

คำสำคัญ: การปรับใช้แนวคิด, สินค้าที่เหมือนกัน, การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน

Abstract

Non-discrimination is a fundamental principle of international economic law, with obligations related to non-discrimination, such as the most favored national obligations and national obligations under the World Trade Organization (WTO). These obligations have been enacted in various international agreements, such as the General Agreement on Tariff and Trade 1994 (GATT 1994) in Article 1 Paragraph 1, Article 3 Paragraph 2 and Article 3 Paragraph 4, and the General Agreement on Trade in Services (GATS) in Article 2 Paragraph 1 and Article 17,

with a view to giving various rights to products or services of other nations or treating the goods or services of other nations equally to their nations by considering from the word “Like product” which is provided in the GATT 1994 provisions and the word “Like services and service suppliers”, which is provided in the GATS provision. The term of “Like services and service suppliers” has no definitions. On the contrary, the criteria for determining the “likeness” of the product has been developed by the Working Party on Border Tax Adjustment, to be interpreted on a case-by-case basis. The criteria includes Physical Characteristics, End-use, Consumer tastes and habits and Tariffs classification.

Therefore, this article focuses on whether the application of the Like product can be mechanically transposed to like services and service suppliers. The study reveals that the applicable criteria may be a consideration of consumers tastes and habits and end-uses.

Keywords: the application of the concept, like product, like services and service suppliers

1. บทนำ

คำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน (Like product)” เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Tariff and Trade 1947: GATT 1947) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการค้าและการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เพื่อให้มีกฎระเบียบเข้ามากำกับดูแลเรื่องการค้าให้เป็นไปอย่างเสรี เกิดความเป็นธรรมและลดอุปสรรคทางการค้าให้ได้มากที่สุด แต่การบังคับใช้ความตกลง GATT 1947 เกิดปัญหาหลายประการ เช่น ความคลุมเครือของบทบัญญัติ โดยต่างฝ่ายต่างพยายามตีความเพื่อเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนและความไม่ได้ผลของกลไกการระงับข้อพิพาท ดังนั้น เมื่อสิ้นสุดการเจรจาอบูรูกวัย (Uruguay Round) ประเทศที่เข้าร่วมการเจรจาต่างก็มีความเห็นว่าการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศด้านการค้า คือองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) และประเทศที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิกก็ได้รับลงนามในกรรมสารสุดท้ายรอบอุรุกวัย (Final Act)¹ และในความตกลงมารราเกชที่จัดตั้งองค์การการค้าโลก (The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) นอกจากนี้ ความตกลงมารราเกชยังรวมถึงความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของตัวบทของความตกลง GATT 1947 ฉบับเดิม²

คำว่า “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (Like services and service suppliers)” เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services: GATS) ซึ่งรวมไปถึงภาคผนวกทั่วไปและภาคผนวกเฉพาะ ใช้บังคับกับประเทศที่เป็นสมาชิก WTO ทั้งหมดและใช้กับการบริการทุกประเภทที่มีภายในอาณาเขตของประเทศสมาชิก³ มีผลบังคับโดยอัตโนมัติไม่ว่าจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วหรือเป็นประเทศที่กำลังพัฒนา⁴ อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐเข้าผูกพันในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศ

¹ ทัชชัย ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 31, 34-40.

² กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, คำแปลกรรมสารสุดท้าย รวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย [ออนไลน์], 9 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา <https://dl.parliament.go.th/Backoffice/viewer2300/web/viewer.php>

³ Friedl Weiss, “The General Agreement of Trade in Services 1994,” *Common Market Law Review*, 32 (1995): 1184.

⁴ พรเทพ เบญญาอภิกุล, GATS ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ, เอกสารวิชาการหมายเลข 3 โครงการ WTO Watch (ฉบับกระแสดังการการค้าโลก), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 37.

รัฐจึงมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม หากรัฐไม่ปฏิบัติย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ⁵ เช่น อาจถูกปรับหรือถูกลงโทษด้วยมาตรการต่าง ๆ ทางการค้า⁶ เป็นต้น

เนื่องจากความตกลง GATS เกิดจากการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นการนำประเด็นเรื่องการค้าบริการเข้าสู่กรอบการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยของความตกลง GATT 1994 โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้มีการค้าเสรีทั้งเรื่องการสินค้าและเรื่อง การบริการ ตลอดจนในเรื่องการลดอุปสรรคทางการค้าสินค้าและการค้าบริการลง⁷ ดังนั้น แนวความคิดในการใช้หลักเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศของความตกลง GATT 1994 และความตกลง GATS จึงมีลักษณะที่เหมือนกัน⁸ กล่าวคือ จะต้องปฏิบัติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อขจัดความไม่เท่าเทียมกันและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่รัฐสมาชิกต่าง ๆ ต่อ สินค้าหรือการบริการในประเทศตนและกับประเทศสมาชิก เพื่อมิให้ประเทศใดประเทศหนึ่ง ได้รับประโยชน์มากเกินไปกว่าที่ควร ทั้งนี้ ตามหลักชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) หรือจะต้อง มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้าหรือการบริการต่างประเทศกับสินค้าหรือการ บริการในรัฐของตน เพื่อป้องกันมิให้รัฐของตนใช้มาตรการใด ๆ เพื่อคุ้มครองสินค้าหรือการ บริการภายในประเทศ ทั้งนี้ ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT)⁹ หากผิดพันธกรณีใดก็จะเป็น การละเมิดและเกิดเป็นความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศขึ้น

อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาหรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศเป็นการตกลงระหว่างรัฐ ด้วยกัน และ WTO ไม่ได้มีการตรวจสอบระเบียบข้อบังคับของรัฐสมาชิก ดังนั้น ข้อพิพาท เกิดขึ้นได้โดยมีรัฐกล่าวอ้างว่า รัฐสมาชิก WTO อื่นละเมิดพันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติ มีการ เลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันหรือการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันระหว่างรัฐผู้กล่าวอ้าง

⁵ ชุมพร บัจจุสานนท์, “ข้อคิดเกี่ยวกับผลกระทบของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการรอบอุรุกวัยต่อกฎหมายไทย,” 60 ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2538), หน้า 368.

⁶ สำนักงานเลขาธิการผู้แทนราษฎร, เอกสารประกอบการพิจารณา ข้อเสนอผูกพันเปิดตลาดการค้าบริการของไทย ชุดที่ 8 ภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน อ.พ.8/2555 การประชุมร่วมกันของรับสภา สมัยนิติบัญญัติ [ออนไลน์], 9 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php>

⁷ อรรถนรินทร์ เรื่องอาจ, “ผลกระทบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการที่กระทบต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับบริการโทรคมนาคมของไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 12.

⁸ Vu Nhu Thang, “Interpreting GATS National Treatment Principle: Possibilities and Problems of Transplant from GATT,” *Forum of International Development Studies*. 32 (December 2006): 176.

⁹ ทักษิณ ทองอุไร, *กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป*, หน้า 111.

และรัฐผู้ถูกร้อง ดังนั้นองค์การอุทธรณ์มีสิทธิสูงสุด (Ultimate right) ในการตัดสินข้อพิพาทและให้มีการเยียวยารัฐที่ถูกละเมิดโดยการอนุญาตให้มีการลงโทษทางการค้าเพื่อตอบโต้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีได้ (Authorize retaliatory trade sanctions)¹⁰

ทั้งนี้ การจะวินิจฉัยว่ารัฐมีการละเมิดพันธกรณีไม่เลือกปฏิบัติหรือไม่ จะต้องได้รับการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับสินค้าที่เหมือนกัน หรือเป็นเรื่องการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน ซึ่งคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน มีคณะทำงาน (The Working Party on Border Tax Adjustment) กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณา “ความเหมือนกัน (Likeness)” ของสินค้าว่าจะต้องตีความเป็นรายกรณีไป โดยอาจใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้มาปรับใช้ในข้อพิพาท ได้แก่ ลักษณะทางกายภาพ (Physical characteristic) การใช้ขั้นสุดท้าย (End-use) รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค (Consumer-tastes and habits) และพิกัดอัตราภาษีศุลกากร (Tariff Classification)

แต่คำว่าบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันในความตกลง GATS ไม่มีคำนิยามหรือความหมายแต่อย่างใด แม้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยว่าเป็นการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน แต่ก็ไม่ได้บัญญัติแนวทางในการพิจารณาไว้แต่อย่างใด เมื่อไม่มีบรรทัดฐานในการนิยามความหมาย ก็ทำให้ประสบปัญหาในเวลาที่เกิดข้อพิพาท เนื่องจากไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาหรือกล่าวอ้างได้ การพิจารณาคำดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจในการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์การอุทธรณ์ (Appellate Body) ที่ต้องอาศัยการตีความเป็นรายข้อพิพาทไป (case by case)

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้แนวคิดการพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันนำมาปรับใช้ในเรื่องการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน โดยจะศึกษาเกี่ยวกับหลักการที่สำคัญของความตกลง GATT 1994 ได้แก่เกณฑ์การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตามหลักเกณฑ์ที่คณะทำงานกำหนด จากนั้นพิจารณาทบทวนคดีตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง พร้อมตัวอย่างคดีพิพาท (ในหัวข้อที่ 2) และศึกษาเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งตามความตกลง GATS เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีการกล่าวถึงคำว่าบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (ในหัวข้อที่ 3) จากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับการนำแนวคิดการพิจารณาความเหมือนกันของสินค้านำมาใช้กับเรื่องการบริการว่าสามารถปรับใช้หลักใดได้บ้าง ซึ่งจากการศึกษาตามตำราและเอกสารต่าง ๆ พอ

¹⁰ International Bar Association Member Bars, **GATS General Agreement on Trade in Services** [Online], 9 May 2020. Source: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/INTERNATIONAL_LEGAL_SERVICES/ILS_Guides___recommendations/EN_ILS_20020531_IBA-GATS-Handbook-for-International-Bar-Association-Member-Bars.pdf

สรุปได้ว่าการปรับใช้แนวคิดเรื่องสินค้ากับการบริการอาจมีลักษณะที่แตกต่างกัน เนื่องจากว่าความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก (WTO) จะถูกนำไปใช้ในสภาพแวดล้อมทางวัฒนธรรมที่มีความหลากหลายในทั่วโลก ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าด้วยวัฒนธรรมที่แตกต่างเหล่านี้จะมีความแตกต่างในเรื่องศุลกากร (Customs) และสภาพโครงสร้างของเงื่อนไขต่าง ๆ (Structural conditions) ที่จะส่งผลกระทบต่อตลาดหรือธุรกิจต่าง ๆ (Markets) ที่มีการปรับใช้ความตกลง¹¹ อีกทั้งในเรื่องการบริการไม่อาจนำหลักเกณฑ์เรื่องลักษณะทางกายภาพมาพิจารณาได้ ทั้งในเรื่องสินค้ามีเรื่องอัตราภาษีศุลกากร แต่เรื่องการบริการไม่มีเรื่องอัตราภาษีศุลกากรเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังจะอธิบายต่อไป (ในหัวข้อที่ 4)

2. การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน (Like product) ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT 1994)

2.1 การพิจารณาความหมายของสินค้าที่เหมือนกันตามหลักเกณฑ์ของคณะทำงาน (The Working Party on Border Tax Adjustment)

คณะทำงานได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาความเหมือนกันของสินค้าว่าจะต้องตีความเป็นรายการใดไป โดยอาจใช้เกณฑ์ต่อไปนี้มาปรับใช้ในข้อพิพาทคือ การใช้งานสินค้าในขั้นสุดท้าย รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภคที่มีการเปลี่ยนแปลงในแต่ละประเทศ และคุณลักษณะทางธรรมชาติและคุณภาพของสินค้า¹² (WTO ใช้คำว่า ลักษณะทางกายภาพ) โดยพิจารณาในตัวสินค้าว่าสินค้าทั้งสองชนิดมีความเหมือนกันหรือไม่ ต่อมาองค์การอุทธรณ์ในคดี EC-Asbestos ก็ได้ยืนยันตามหลักการของคณะทำงานในเรื่องการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.1.1 ลักษณะทางกายภาพ คือสิ่งที่บ่งบอกรูปร่าง สี รสชาติ ขนาด ส่วนประกอบต่าง ๆ รวมถึงมุมมองต่อตัวสินค้าซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการแบ่งหมวดหมู่สินค้าเป็นการพิจารณาถึงลักษณะทางธรรมชาติและคุณสมบัติของสินค้า ความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าที่นำมา

¹¹ Wong Mog Choi, "Like Products" in International Trade Law, 1st edition (United Kingdom: Oxford University Press, 2003), p. 6.

¹² Mireilly Cossy, **Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?**, World Trade Organization (Switzerland: Economic Research and Statistics Division, 2006), p. 16.

เปรียบเทียบกันทั้ง 2 ชนิดให้มีความใกล้ชิดกันมากที่สุด โดยมองถึงคุณภาพและกรรมวิธีในการผลิต¹³

2.1.2 การใช้งานขั้นสุดท้าย เป็นองค์ประกอบที่ทำให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของผู้ผลิต ในการผลิตสินค้าออกมาสู่ท้องตลาด ทำให้ส่งผลต่อการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือการใช้งานของผู้บริโภค โดยอาศัยข้อมูลหรือข้อเท็จจริงทางด้านเศรษฐศาสตร์มาประกอบการพิจารณา¹⁴ เช่น การใช้ประโยชน์จากสินค้าและบริการ เพื่อสนองความต้องการของผู้บริโภค ซึ่งจุดมุ่งหมายที่สำคัญคือ ความพอใจสูงสุดที่ผู้บริโภคได้รับจากสินค้าหรือการบริการที่ซื้อมา โดยอาจคำนึงถึงหลักความประหยัด ซึ่งเป็นการบริโภคตามความเหมาะสมและไม่เกินความจำเป็น ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภคและไม่เป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากร¹⁵

2.1.3 รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค คือรสนิยมหรือลักษณะในการใช้งานสินค้าของผู้บริโภค ซึ่งมีความแตกต่างออกไปในแต่ละประเทศ เนื่องจากลักษณะหรือคุณสมบัติทางธรรมชาติของสินค้าที่ทำให้เกิดรสนิยมหรือลักษณะการใช้งานของผู้บริโภค มีพื้นฐานมาจากความแตกต่างทางสังคมและวัฒนธรรมของประเทศต่าง ๆ ทำให้ส่งผลกระทบต่อมุมมองในตัวสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบ¹⁶

2.1.4 การจำแนกผลิตภัณฑ์ราคา คืออัตราการจัดเก็บภาษีอากรขาเข้าแก่สินค้า ในการจัดเก็บภาษีศุลกากรของรัฐบาลออกเป็นหมวดหมู่ตามลักษณะและวัตถุประสงค์ในการใช้งานและคำนึงถึงส่วนประกอบของสินค้า ลักษณะหรือวิธีการใช้สินค้าเป็นสำคัญซึ่งสัมพันธ์กับลักษณะทางกายภาพของสินค้า¹⁷

เนื่องจากคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน (Like product) ปรากฏอยู่ในข้อ 1 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และข้อ 3 วรรค 2 และข้อ 3 วรรค 4 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรต้องพิจารณาหลักการดังกล่าวเพื่อให้เข้าใจ

¹³ ภาวนิตา เขยชม, “การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 20-22.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-22.

¹⁵ วิทวัส ขัดทาน, Economic เศรษฐศาสตร์ในชีวิตประจำวัน ตอนความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์ [ออนไลน์], 25 พฤศจิกายน 2562. แหล่งที่มา <https://sites.google.com/site/wittawatkadthan/neuxha/bth-thi-1-khwam-ru-beuxng-tn-keiy-wkab-sersthsastr>

¹⁶ ภาวนิตา เขยชม, การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า, หน้า 20-22.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-22.

ความหมายของคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน¹⁸ เพราะในบทบัญญัติเดียวกันก็อาจมีหลายความหมาย และมีลักษณะแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของแต่ละคดี เช่น ข้อ 3 วรรค 2 มี 2 ประโยคที่ต้องศึกษา ซึ่งแต่ละบทบัญญัติต่างมีแนวทางในการตีความคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน¹⁹ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันที่กำหนดโดยคณะทำงานมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยในแต่ละข้อพิพาท²⁰ เนื่องจากเป็นหลักที่พิจารณาในตัวสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบ หากเข้าหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่ง ก็จะถือว่าสินค้าทั้งสองชนิดเป็นสินค้าที่เหมือนกัน ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.2 การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตามหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nations Treatment: MFN)

คำว่าสินค้าที่เหมือนกันปรากฏอยู่ในข้อ 1 เป็นหลักที่เกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ ณ จุดผ่านแดนและช่องทางเข้าออกระหว่างประเทศในกลุ่มสินค้าจากประเทศต่าง ๆ โดยรัฐเจ้าบ้าน (host state) ที่นำเข้าสินค้า จะต้องปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันที่นำเข้ามาหรือที่ส่งออกไปยังรัฐที่ได้รับสิทธิตามหลัก MFN อย่างดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะได้รับอัตราภาษีพิเศษสำหรับการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าบางประเภทไปยังรัฐพันธมิตร หรือสิทธิในการผูกขาดการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าบางประเภท ใช้บังคับกับสมาชิกทุกรัฐและสิทธิภายใต้หลัก MFN สามารถใช้ยื่นกับรัฐเจ้าบ้านได้โดยทันทีทันใดและโดยปราศจากเงื่อนไข จึงส่งผลให้เกิดการไม่เลือกปฏิบัติโดยทันทีและเกิดการค้าเสรีระหว่างประเทศอย่างรวดเร็วและกว้างขวาง²¹ สำหรับเกณฑ์การพิจารณาว่าสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบทั้งสองชนิดนั้นเป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่ สามารถศึกษาจากแนวทางคำตัดสินข้อพิพาทที่ผ่านมา ได้แก่

คดี Canada-SPF Dimension Lumber ค.ศ. 1989²² เป็นกรณีที่ประเทศญี่ปุ่น ออกมาตรการเก็บภาษีไม้สำเร็จรูปที่ใช้ในการทำเฟอร์นิเจอร์ ซึ่งส่วนใหญ่เก็บภาษีจากไม้ตระกูลสน

¹⁸ Gerald C. Berg, "An Economic Interpretation of 'Like- product,'" *Journal of World Trade* 30 (April 1996): 195. อ้างถึงใน ปานชนก ธนาวุฒิ, อ้างไว้ เจริญรติที่ 19, หน้า 6.

¹⁹ ปานชนก ธนาวุฒิ, "การตีความ 'สินค้าชนิดเดียวกัน' ภายใต้ความตกลงการตอบโต้การทุ่มตลาดขององค์การการค้าโลก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 19.

²⁰ Robert E. Hudec, *Like Product: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III*, [Online], 25 November 2019, Source: http://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/archives/fs14/iel1/text_17_robert_hudec_complete_version.pdf

²¹ จารุประภา รักพงษ์, *กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 35-37.

²² Canada: SPF lumber. Panel (1989) para. 5, 9.5, 10. และจารุประภา รักพงษ์, *กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ*, หน้า 48-50.

ที่สายพันธุ์ต่างกัน โดยไม้สนสายพันธุ์ SPF Lumber ที่ผลิตในประเทศแคนาดาถูกเรียกเก็บภาษีที่แพงกว่า ประเทศแคนาดาจึงร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า ประเทศญี่ปุ่นเลือกปฏิบัติระหว่างไม้สนนำเข้า ขัดกับพันธกรณี MFN ซึ่งประเทศญี่ปุ่นโต้แย้งว่าหากพิจารณาจากมุมมองผู้บริโภคแล้วเห็นว่าไม้สนตระกูล SPF Lumber ไม่เหมือนกับไม้สนสายพันธุ์อื่น ๆ เพราะมีคุณภาพ ลายของไม้ กลิ่น ความแข็ง ความเหมาะสมในการใช้แตกต่างกันและมีฐานราคาที่แตกต่างกัน ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นด้วยกับเหตุผลของประเทศญี่ปุ่นโดยตัดสินว่ากลุ่มไม้สนที่พิพาทนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันไม่ใช่สินค้าที่เหมือนกัน เป็นการพิจารณาจากระณียและอุปนิสัยของผู้บริโภค ทำให้ประเทศญี่ปุ่นออกมาตรการกำหนดภาษีเองได้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ

2.3 การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT)

คำว่าสินค้าที่เหมือนกันปรากฏอยู่ในข้อ 3 วรรค 2 ซึ่งเป็นเรื่องมาตรการทางภาษีและในข้อ 3 วรรค 4 ซึ่งเป็นเรื่องมาตรการที่ไม่ใช่ภาษี โดยข้อ 3 วรรค 2 จะประกอบไปด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 2 ประการคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ใช้กับสินค้าที่เหมือนกัน ตามข้อ 3 วรรค 2 ประโยคแรก และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ใช้กับสินค้าที่แข่งขันกันได้โดยตรงหรือทดแทนกันได้ ตามข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2²³ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคแรก เป็นการพิจารณาเพียงว่าสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในนั้นเป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่ และในระหว่างสินค้าภายในประเทศกับสินค้าจากต่างประเทศได้มีการจัดเก็บภาษีหรือค่าสัมภาระที่เท่าเทียมกันหรือไม่²⁴ โดยมีตัวอย่างข้อพิพาทดังต่อไปนี้

คดี Japan-Alcoholic Beverages ข้อเท็จจริงปรากฏว่าประเทศญี่ปุ่นกำหนดมาตรการเก็บภาษีภายในประเทศสำหรับสินค้าประเภทเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จากเครื่องดื่มประเภทโซจูที่ผลิตในประเทศญี่ปุ่นในอัตราที่ต่ำ แต่เรียกเก็บภาษีจากเครื่องดื่มประเภทอื่น เช่น วอดก้า ซึ่งเป็นสินค้านำเข้าหรือเป็นสินค้าที่ผลิตในประเทศอื่น ๆ ในอัตราราคาที่สูงกว่า โดยฐานภาษีของโซจูและวอดก้ามีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด หากพิจารณาจากระณียและอุปนิสัยของผู้บริโภคในตลาดของประเทศญี่ปุ่น ผู้บริโภคต่างมองว่าสินค้าทั้งสองประเภทเป็นสินค้าที่เหมือนกัน

²³ สิทธิกร นิพยะ, หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination principles), เอกสารข้อมูลหมายเลข 1 กฎกติกา WTO เล่มหนึ่ง: กฎกติกาทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 27-28.

²⁴ บุขยา แก้วศรีวงศ์, “การปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ: ศึกษาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 14.

ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นจะเรียกเก็บภาษีภายในประเทศสำหรับวอดก้าในอัตราสูงกว่าอัตราภาษีที่เรียกจากโชจูไม่ได้ แม้จะเรียกเก็บภาษีในอัตราที่แตกต่างกันเล็กน้อยจนไม่มีนัยสำคัญก็ตาม มาตรการทางภาษีของประเทศญี่ปุ่นจึงขัดต่อพันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ภายใต้ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 1 ในประเด็นที่ว่าด้วยกลุ่มสินค้าที่เหมือนกัน²⁵

ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2 จะเป็นการตีความที่รวมไปถึงการเลือกปฏิบัติที่ไม่ได้กระทำต่อสินค้าที่เหมือนกันโดยตรง แต่หากสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศเป็น “สินค้าที่แข่งขันกันได้โดยตรงหรือทดแทนกันได้ (directly competitive or substitutable)” เป็นการยึดอัตราทดแทนกันได้ของสินค้าในกลุ่มเป็นสำคัญ เช่น สินค้าแรกราคาเพิ่มขึ้น ความต้องการในการซื้อสินค้าที่ใช้แทนกันได้ก็จะสูงขึ้นแทน ซึ่งหากสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศสามารถทดแทนกันได้มาก สินค้าดังกล่าวจะแข่งขันอยู่ในกลุ่มตลาดเดียวกัน²⁶ ซึ่งหากมิได้ถูกเก็บภาษีในอัตราเดียวกันและการเก็บภาษีนั้นเป็นไปเพื่อการปกป้องการผลิตสินค้าภายในประเทศของตน ก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ละเมิดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยมีตัวอย่างข้อพิพาทดังต่อไปนี้

คดี Japan-Alcoholic Beverages เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทอื่น ๆ เช่น วิสกี้ แม้ในประเทศญี่ปุ่น โชจูอาจจะขาดตลาดหรือสินค้าไม่เพียงพอต่อผู้บริโภค แต่ผู้บริโภคทั่วไปมองว่าในเมื่อวิสกี้เป็นกลุ่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เหมือนกัน ราคาไม่ต่างกันมากก็เป็นทางเลือกของผู้บริโภคในชาติญี่ปุ่น ดังนั้น จึงถือว่าเป็นสินค้าที่สามารถทดแทนและแข่งขันกับโชจูได้โดยตรง ประเทศญี่ปุ่นจึงอาจเรียกเก็บภาษีในอัตราที่แตกต่างกันจากอัตราภาษีที่เรียกเก็บจากโชจูได้ แต่ต้องแตกต่างเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ไม่สามารถเรียกเก็บภาษีที่แตกต่างกันเกินไปอันจะทำให้มีลักษณะแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญในการปกป้องประเทศ ข้อเท็จจริงปรากฏว่ามาตรการทางภาษีและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศญี่ปุ่นสามารถจูงใจผู้บริโภคในประเทศให้เกิดความนิยมเอียงและหันมาเลือกบริโภคเครื่องดื่มประเภทโชจูที่ผลิตในประเทศแทนการบริโภคเครื่องดื่มที่อยู่ในกลุ่มการแข่งขันเดียวกัน การใช้มาตรการทางภาษีดังกล่าวอยู่ในลักษณะเป็นการปกป้องสายการผลิตโชจูในประเทศ ดังนั้น มาตรการดังกล่าวขัดกับพันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ภายใต้ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2²⁷

ข้อ 3 วรรค 4 ในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการที่ไม่ใช่ภาษี ครอบคลุมมาตรการของรัฐทุกประเภท รวมถึงกฎระเบียบต่าง ๆ ที่มีผลต่อการการขาย จำหน่าย จ่ายแจก การทำการตลาด ภายในประเทศที่นำเข้ามาสินค้าไม่ว่าจะเป็นผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อม คณะกรรมการ

²⁵ Japan-Alcoholic Beverages panel report, para. 6.23.

²⁶ จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, หน้า 68.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64-65.

วินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กฤษฎาธิ์จะพิจารณาประเด็นนี้จากข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นว่า 1) มาตรการนั้นเกี่ยวข้องกับรัฐบาลของประเทศสมาชิกที่นำเข้าสินค้าหรือไม่ 2) มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะทางการแข่งขันของสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือไม่ และ 3) เกิดผลกระทบต่อสินค้านำเข้าที่ไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือไม่ โดยมีตัวอย่างข้อพิพาทดังต่อไปนี้

คดี Italian Agricultural Machinery ประเทศอิตาลีกำหนดข้อเสนองานในอัตราพิเศษให้แก่เกษตรกรหากเกษตรกรนำเงินกู้ดังกล่าวไปซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตขึ้นภายในประเทศอิตาลี หากพิจารณาในประเด็นสินค้าที่เหมือนกันจะเห็นว่า เครื่องจักรทางการเกษตรของอิตาลีและสหราชอาณาจักรมีลักษณะทางกายภาพที่เหมือนกัน และมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานขั้นสุดท้ายอย่างเดียวกันคือ นำไปประกอบอาชีพเกษตรกรรม นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อสถานะในเรื่องการแข่งขันของสินค้านำเข้า ทำให้ยอดขายเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตในประเทศสหราชอาณาจักรลดลงอย่างต่อเนื่อง เป็นการส่งผลกระทบต่อและมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของเกษตรกรชาวอิตาลีเลียน ทำให้เกิดแรงจูงใจในการพิจารณาเลือกซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตภายในประเทศมากกว่าที่จะเลือกซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่นำเข้าจากต่างประเทศ เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อสินค้าที่ผลิตในประเทศจนกระทบต่อยอดขายของสินค้านำเข้า ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่าประเทศอิตาลีผิดพันกรณีตามข้อ 3 วรรค 4²⁸

3. คำว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันในบทบัญญัติของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)

คำว่าการบริการและผู้ให้บริการ (Like services and service suppliers) เป็นคำที่ปรากฏในบทบัญญัติข้อ 2 ในเรื่องหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และข้อ 17 ในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ที่เกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติต่อการบริการ เพื่อให้สิทธิต่าง ๆ แก่การบริการของชาติอื่น ๆ หรือปฏิบัติต่อการบริการของชาติอื่น ๆ ให้เท่าเทียมกับการบริการชาติของตน แต่ก่อนที่จะวินิจฉัยว่าเป็นการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันหรือไม่ จำต้องมาวินิจฉัยก่อนว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นผิดพันกรณีในเรื่องใดที่เกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ จึงต้องศึกษาถึงโครงสร้างของพันกรณีที่เกี่ยวข้องกับการไม่เลือกปฏิบัติเสียก่อน ดังจะอธิบายต่อไปนี้

²⁸ Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery. L/833-75/60. (23 October 1958).

3.1 หลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nations Treatment: MFN) ที่ปรากฏในข้อ 2

ข้อ 2 บัญญัติไว้ว่า “ห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างการบริการและการให้บริการที่เหมือนกันในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการใดที่ครอบคลุมในความตกลงนี้ สมาชิกแต่ละรายจะให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการของสมาชิกอื่นใดที่เป็นการอนุเคราะห์ไม่น้อยไปกว่าที่ประเทศตนให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันของประเทศอื่นใดในทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไข”²⁹

เห็นได้ว่าประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อการบริการและผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกอื่น ๆ โดยทันทีและต้องปราศจากเงื่อนไข ในเรื่องให้สิทธิพิเศษทางการค้าต่าง ๆ และจะต้องไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ทั้งทางนิดินัยและทางพฤตินัยกับการบริการจากต่างประเทศ และภายใต้ข้อกำหนดนี้ เมื่อประเทศสมาชิกให้สิทธิพิเศษทางการค้าแก่ประเทศใดแล้ว ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ก็จะได้รับสิทธิพิเศษนั้นโดยอัตโนมัติ ซึ่งผลประโยชน์จากการเจรจาการค้าใด ๆ ก็จะตกอยู่กับประเทศสมาชิกอื่นด้วย³⁰ และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี EC-bananas ได้กำหนดขอบเขตของหลัก MFN ตามความตกลง GATS ไว้ว่าหลัก MFN ใช้บังคับกับทุกบริการและผู้ให้บริการโดยไม่คำนึงว่าตารางข้อผูกพันจะมีการกำหนดไว้หรือไม่ก็ตาม³¹

3.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) ที่ปรากฏในข้อ 17

ข้อ 17³² มีวัตถุประสงค์คือการบริการที่กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันที่ประเทศสมาชิกกำหนดไว้ว่า ประเทศสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในทุกมาตรการที่มีผลต่อการให้บริการในลักษณะที่มีผลประโยชน์จากเงื่อนไขทางการค้าไม่น้อยกว่าที่ให้สิทธิประโยชน์แก่การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันกับประเทศของตน ซึ่งข้อ 17 กำหนดองค์ประกอบการละเมิดพันธกรณีอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ

- 1) มาตรการในประเด็นข้อพิพาทที่มีผลต่อการค้าบริการ
- 2) การบริการและผู้ให้บริการต่างประเทศและภายในประเทศเป็นการบริการที่เหมือนกัน

²⁹ GATS Article 2 Most-Favoured-Nations Treatment

³⁰ พรเทพ เบญญาอภิกุล, GATS ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ, เอกสารวิชาการ หมายเลข 3 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก), หน้า 42.

³¹ Panel report in EC- banana, complaint by the United States, p. 298, para. 7.

³² GATS Articles 17 National Treatment

3) การบริการหรือผู้ให้บริการต่างประเทศจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ด้อยไปกว่าบริการหรือผู้ให้บริการภายในประเทศ ในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อสภาวะการแข่งขันในลักษณะที่ให้ประโยชน์ต่อผู้ประกอบการในประเทศ³³

ประเด็นหลักในการที่จะดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติได้คือ จะต้องศึกษาว่าอะไรคือการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน ซึ่งเป็นปัญหาในการพิจารณาอยู่ในขณะนี้ โดยปัญหาดังกล่าวมีความยุ่งยากและซับซ้อนมากกว่าการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันในความตกลง GATT 1994 อีกทั้งในตัวของข้อ 2 และข้อ 17 ของความตกลง GATS ก็ไม่มีสิ่งที่ชี้ให้เห็นว่าวิธีการให้บริการ (Mode of supply)³⁴ เป็นสิ่งที่บ่งชี้ถึงการเป็นบริการที่เหมือนกัน ซึ่งอาจอนุมานได้ว่าการบริการที่เหมือนกันแม้จะเป็นการบริการสาขาเดียวกันแต่มีวิธีการให้บริการที่แตกต่างกัน ก็อาจไม่ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการบริการที่เหมือนกันได้ และการบริการนั้นมีหลายสาขาที่แตกต่างออกไป การแบ่งแยกประเภทของสาขาการบริการ (sub-sectors) อาจถูกมองว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่า เป็นการบริการคนละประเภทกันก็ได้ ทั้งการจัดประเภทของการบริการในข้อย่อย (sub-divisions) ของความตกลง GATS ก็เป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานว่าเป็นการบริการประเภทเดียวกันเท่านั้น³⁵

จึงทำให้การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันยังไม่มีกรกล่าวถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าอะไรคือความเหมือน (Likeness) ที่เป็นหลักเกณฑ์เหมือนกับการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกัน ซึ่งคณะทำงานด้านการออกกฎของความตกลง GATS (Working party on GATS Rules) เชื่อว่าต้องปล่อยให้เป็นการพิจารณาตามหลัก case-law เพื่อแก้ปัญหาในแต่ละคดีไป³⁶ โดยไม่มีการโต้เถียงหรือมีการพิจารณาสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่เพื่อเป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด แม้จะมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้วินิจฉัยถึงถ้อยคำดังกล่าวแต่ก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาที่แน่ชัด ดังข้อพิพาทต่อไปนี้

คดี Us-Gambling ซึ่งคดีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตั้งคำถามแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่า “ควรที่จะต้องมีการพิจารณาความเหมือนกัน (Likeness) ของการบริการและ

³³ สัทธิกร นิพนธ์, **หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination principles)**, หน้า 88-90.

³⁴ วิธีการให้บริการมี 4 วิธีคือ 1) การค้าข้ามพรมแดน 2) การเคลื่อนย้ายของผู้รับบริการไปยังประเทศของผู้ให้บริการ 3) การค้าผ่านหน่วยธุรกิจ และ 4) การให้บริการของบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้ให้บริการโดยเดินทางเข้ามาประกอบอาชีพยังประเทศของผู้รับบริการ

³⁵ According to Aaditya Mattoo “Thus being classed in separate sub-sectors in the services classification may be regarded as a sufficient condition for ‘unlikeness’. However, given the high level of aggregation of the services classification, being classed in even the finest sub-division can only be considered as at most creating a presumption that the services are like”

³⁶ Mireilly Cossy, **Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?**, p. 5.

ผู้ให้บริการในเรื่องระบบการพนันออนไลน์หรือระบบการพนันที่เล่นข้ามพรมแดนหรือไม่” แต่ก็ได้รับคำตอบในแง่มุมที่ต่างออกไป โดยฝ่ายประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าควรที่จะต้องพิจารณาความเหมือนกันของการบริการและผู้ให้บริการ แต่ประเทศแอนติกัวเสนอว่าเพียงแค่เป็นการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันก็ถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติแล้ว แต่ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้วินิจฉัยว่า แนวความคิดความเหมือนกันของการบริการนั้น ไม่ค่อยมีความสำคัญเท่ากับในเรื่องสินค้า³⁷

คดี Argentina-Financial Services³⁸ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีคำตัดสินคดีนี้ว่า “การบริการและผู้ให้บริการของประเทศที่ให้ความร่วมมือทางภาษีมียุทธศาสตร์เหมือนกันกับการบริการและผู้ให้บริการของประเทศที่ไม่ให้ความร่วมมือทางภาษี” แต่องค์กรอุทธรณ์ได้กลับคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เป็นการกลับคำวินิจฉัยว่ามาตรการทั้ง 8 มาตรการที่ออกโดยประเทศอาเจนติน่าได้ละเมิดข้อกำหนดตามพันธกรณี MFN และไม่สอดคล้องกับหลัก NT ซึ่งองค์กรอุทธรณ์กล่าวว่า คำว่าเหมือนกัน (Likeness) นั้นยังไม่สามารถพิจารณาได้อย่างแน่นอนในบริบทของความตกลง GATS

จากตัวอย่างคดีพิพาทข้างต้นสรุปได้ว่า ความตกลง GATS ไม่มีนิยามคำว่าบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน จึงเกิดกรอบแนวความคิดโดยนำการเปรียบเทียบมาประยุกต์ใช้³⁹ โดยการนำคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตาม GATT 1994 มาปรับใช้กับเรื่องการบริการตาม GATS ดังจะพิจารณาในหัวข้อต่อไป

4. การปรับใช้แนวคิดคำว่าสินค้าที่เหมือนกันสำหรับกรณีของการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน

สำหรับกรอบแนวความคิดของ “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (Like services and services suppliers)” ในความตกลง GATS เป็นแนวความคิดที่ยังไม่เป็นที่คุ้นเคย ดังนั้นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความเหมือนกัน (Likeness) ของการบริการ

³⁷ United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services [Online], 12 April 2563. Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/285r_e.pdf

³⁸ Argentina - Financial Services, WTO Appellate Body Report, [Online], 25 November 2562. Source: <https://www.whitecase.com/publications/alert/wto-appellate-body-report-argentina-financial-services>

³⁹ Nicolas F. Diebold, *Non-discrimination in international trade in service: “likeness in WTO/GATS”*, 1st edition (United Kingdom: Cambridge University Press, 2003), pp. 1-10.

ยังมีความคลุมเครือและไม่มีหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน ไม่เหมือนกับคำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน (Like product)” ของความตกลง GATT 1994 ที่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจน (อธิบายไว้ในข้อ 2) จึงเกิดแนวความคิดการนำเกณฑ์พิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันมาปรับใช้กับการพิจารณาการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน จากการฟ้องร้องคดี EC-Banana III ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ข้อสรุปว่าความเหมือน (Likeness) ของการบริการและผู้ให้บริการในบริบทของความตกลง GATS จะต้องนำการพิจารณาความเหมือนของสินค้าในบริบทของความตกลง GATT 1994 มาปรับใช้⁴⁰

แต่การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกัน นอกจากจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะทำงานกำหนดไว้ (ดังอธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.1) ยังปรากฏว่าเคยมีการนำหลักการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบจากการใช้มาตรการของรัฐ (Aims and effects test) ซึ่งถูกบัญญัติในข้อ 3 วรรค 1 ของความตกลง GATT 1994 มาปรับใช้ในบางข้อพิพาทอีกด้วย แต่การใช้หลักดังกล่าวได้จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำของรัฐมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสินค้าในลักษณะที่เป็นการปกป้องสินค้าภายในประเทศของตน⁴¹ ซึ่งเป็นวิธีการที่แตกต่างออกไปจากการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันของคณะทำงาน Border Tax Adjustment เพราะไม่ได้วิเคราะห์ในตัวสินค้า แต่เป็นการพิจารณาลักษณะการกระทำของรัฐในการออกมาตรการใด ๆ มาเลือกปฏิบัติต่อตัวสินค้า ซึ่งต้องอาศัยองค์ประกอบอื่น ๆ เพื่อพิสูจน์เจตนาที่แท้จริงถึงการใช้อำนาจของรัฐในการออกมาตรการต่าง ๆ มา⁴² และการจะพิสูจน์วัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นเป็นนามธรรม ทั้งการที่จะเข้าถึงบทบัญญัติหรือเจตนาที่แท้จริงของกฎหมายก็เป็นเรื่องที่ยากในการพิจารณา⁴³ แต่ทั้งนี้แนวทางดังกล่าวถูกปฏิเสธไม่นำมาพิจารณาเรื่องสินค้าที่เหมือนกันจากทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ในคดี Japan-Alcoholic Beverages II⁴⁴

⁴⁰ Henrik Horn and Petros C. Mavroidis, “Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause,” *European Journal of Political Economy* 17 (2001): 243.

⁴¹ Petros C. Mavroidis, *The General Agreement on Tariff and Trade*, (United States: Oxford University Press, 2005), p. 167. อ้างถึงใน ผานิตา เขยชม, การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า, หน้า 31.

⁴² ผานิตา เขยชม, การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า, หน้า 33.

⁴³ ณัฏฐริยา โฉมงาม, “WTO กับศีลธรรมอันดีของประชาชน: ศึกษากรณีการห้ามนำเข้าและวางตลาดผลิตภัณฑ์จากเมวน้ำของสหภาพยุโรป,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 33.

⁴⁴ Mireilly Cossy, Some thoughts on the concept of likeness in the GATS, *GATS and the regulation of International Trade In Services*, Edited by Marion Panizzon, Nicole

และอีกสาเหตุหนึ่งที่ไม่นำแนวทางการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันตามการพิจารณาวัตถุประสงค์และผลกระทบมาปรับใช้กับเรื่องการบริการ ก็เพราะถูกปฏิเสธโดยองค์การอุทธรณ์ในคดี EC-Banana III เนื่องจากการแตกต่างในรายละเอียดของบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกัน⁴⁵ เพราะคำว่า “มาตรการใด ๆ ที่ออกโดยรัฐไม่นำมาใช้กับสินค้าที่นำเข้าหรือสินค้าภายในประเทศในลักษณะที่เป็นการปกป้องการผลิตประเทศตน” ที่บัญญัติในข้อ 3 วรรค 1 ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อ 2 และข้อ 17 ของ GATS⁴⁶ จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กันได้

ด้วยเหตุข้างต้น ผู้เขียนจึงขออธิบายโดยการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันที่กำหนดโดยคณะทำงานมาอธิบายเป็นรายข้อพร้อมทั้งนำเนื้อหาที่เป็นเรื่องการบริการมาอธิบายสอดคล้องตามหัวข้อ 4.1-4.4 แต่เรื่องสินค้าและการบริการก็มีความแตกต่างกันโดยธรรมชาติ โดยสินค้าเป็นสิ่งที่จับต้องได้แต่เรื่องการบริการเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้ จึงอาจมีบางหลักเกณฑ์ที่สามารถปรับใช้ได้และไม่สามารถปรับใช้ได้ และผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีพิพาทที่อาจนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันมาปรับใช้ในเรื่องการบริการได้ดังต่อไปนี้

4.1 ลักษณะทางกายภาพ (Physical Characteristics)

เป็นการพิจารณาถึงขอบเขตที่ส่งผลต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคในเรื่องความสัมพันธ์ในการแข่งขันทางการค้า ต้องมีลักษณะทางกายภาพที่เหมือนกัน ซึ่งในแง่ของการนำมาปรับใช้กับเรื่องบริการ เป็นที่แน่ชัดว่าไม่สามารถนำเรื่องลักษณะทางกายภาพมาปรับใช้ได้ เพราะเรื่องสินค้าและบริการมีความแตกต่างกันมาก เนื่องจากลักษณะของธุรกรรมการบริการไม่มีตัวตนไม่สามารถจับต้องได้และไม่สามารถจัดเก็บได้⁴⁷ ผู้บริการและผู้รับบริการจำเป็นต้องติดต่อกันโดยตรง และการบริการมีลักษณะเป็นกระบวนการ (Processes) ซึ่งผู้ให้บริการได้ปฏิบัติให้แก่ผู้รับบริการ เป็นการใช้ทักษะ ความรู้ ความสามารถในการปฏิบัติซึ่งโอนไปยังผู้รับบริการในขณะที่การค้าสินค้านั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้าไปยังผู้ซื้อ⁴⁸

Pohl and Pierre Sauvé, 1st edition (United Kingdom: Cambridge University Press, 2008), p. 343.

⁴⁵ Mireilly Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?*, p. 26.

⁴⁶ Vu Nhu Thang, *Interpretating GATS National Treatment Principle: Possibilities and Problems of Transplant from GATT*, p. 179.

⁴⁷ Mireille Cossy, *Some thoughts on the concept of likeness in the GATS*, pp. 335-336.

⁴⁸ นิรมล สุขวัฒนางกูร, “ทำที่และการเตรียมการของประเทศไทยในการเจรจาอบอุกรัยเกี่ยวกับการค้าบริการสาขาขนส่งทางอากาศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 10-11.

4.2 รสนิยมและลักษณะนิสัยของผู้บริโภค (Consumer's tastes and habits)

ในบางภาคบริการอาจเป็นเรื่องยากที่จะสร้างความแตกต่างระหว่างการบริการกับผู้ให้บริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความรู้สึกพึงพอใจของผู้บริโภค ถ้าผู้บริโภคมีรสนิยมและความรู้สึกตรงกับบริการนั้น ๆ รวมถึงพิจารณาลักษณะและคุณภาพในการบริการของผู้ให้บริการมาประกอบ ก็อาจส่งผลต่อรสนิยมและความรู้สึกของผู้บริโภคได้ เช่น คุณสมบัติเฉพาะบางอย่างของผู้ให้บริการบางรายอาจทำให้มีลักษณะที่เหมือนหรือมีความแตกต่างกัน โดยจะพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคที่อาจมีสิ่งจูงใจในการเลือกการบริการอย่างหนึ่งแทนการบริการอื่น ๆ และนำไปสู่เกณฑ์การพิจารณาการใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภค ทั้งนี้ การประยุกต์ใช้หลักเกณฑ์นี้ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่มีตามพยานหลักฐาน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป⁴⁹

4.3 ลักษณะการใช้งานในขั้นสุดท้าย (End-use)

อาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ผู้ใช้ขั้นสุดท้ายและรสนิยมของผู้บริโภคอาจเป็นประโยชน์มากที่สุดในการพิจารณาความเหมือนกันของการบริการ ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่มีส่วนช่วยในการพิจารณาว่า หากมีการบริการ 2 บริการสลับเปลี่ยนกันภายในตลาด ผู้บริโภคก็เลือกการบริการตามความต้องการและความพึงพอใจของตน และเป็นตัวชี้วัดในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของการแข่งขันทางการค้าและการคุ้มครองการบริการที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของข้อ 17⁵⁰ ในความตกลง GATS⁵¹ ซึ่งเกณฑ์ของผู้บริโภคหมายถึง ขอบเขตที่ผู้บริโภคต้องการหรือจะเลือกการบริการอื่น เพื่อที่จะแสดงถึงค่าการใช้งานขั้นสุดท้าย (End-Uses)⁵²

คดีพิพาทที่มีการกล่าวถึงรสนิยมและลักษณะนิสัยของผู้บริโภคและลักษณะการใช้งานขั้นสุดท้าย ได้แก่

คดี Us-Gambling โดยประเทศแอนติกาและบาร์บูดา อ้างว่าประเทศสหรัฐอเมริกาทำผิดข้อกำหนดของความตกลง GATS ในข้อ 17 โดยเป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาในการตีความของข้อบังคับและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการด้านการพนันและการวางเดิมพันข้าม

⁴⁹ Ibid., pp. 335-336.

⁵⁰ วัตถุประสงค์หลักของข้อ 17 คือประเทศสมาชิกจะต้องบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ที่มีผลต่อการให้บริการ เช่น การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าต่าง ๆ อย่างเท่าเทียม โดยมาตรการที่บังคับใช้จะต้องไม่อยู่ในลักษณะคุ้มครองการบริการหรือผู้ให้บริการในประเทศตน ทั้งนี้ เป็นการประกันโอกาสในการแข่งขันทางการค้าที่เท่าเทียมกันระหว่างการบริการหรือผู้ให้บริการที่เหมือนกันจากประเทศสมาชิกอื่น

⁵¹ Mireilly Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?* p. 21.

⁵² Ibid., p. 21.

พรมแดน ซึ่งประเทศผู้ร้องได้อ้างว่ามาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกามีผลต่อการค้าบริการ การพนันข้ามพรมแดนของผู้ให้บริการต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าการบริการพนันขั้นต่อแบบข้ามพรมแดนทุกประเภท เป็นการพนันที่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าผู้ให้บริการนั้นจะเป็นผู้ให้บริการภายในประเทศหรือภายนอกประเทศ และเห็นว่าการให้บริการการพนันขั้นต่อทางไกลผ่านอินเทอร์เน็ตเป็นการให้บริการในอาณาเขตของประเทศสมาชิกหนึ่งแก่ผู้รับบริการจากประเทศสมาชิกอื่น และเนื่องจากผู้บริโภคเข้ามาใช้บริการในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการ ซึ่งมีสภาพแวดล้อมทางด้านกฎหมาย แตกต่างจากสภาพแวดล้อมของประเทศผู้รับบริการ การให้บริการการพนันออนไลน์นี้เป็นการให้บริการทางไกลเพราะเป็นการบริการที่ผู้ให้บริการและผู้รับบริการไม่ได้พบหน้ากันโดยตรง จึงมีความแตกต่างของการบริการซึ่งอาจขึ้นอยู่กับความเป็นเจ้าของและโครงสร้างของผู้ให้บริการ โดยการโต้เถียงว่าการผูกขาดของรัฐในการให้บริการการพนันไม่เหมือนกับการบริการที่เป็นของภาคเอกชนเพื่อสนับสนุนมุมมองของตนว่าการพนันออนไลน์ไม่เหมือนกับการพนันในรูปแบบอื่น ๆ มาก่อน แต่ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้ให้ความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ละเมิดพันธกรณี ซึ่งหมายความว่ามาตรการต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาขัดต่อความตกลง GATS ในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อ 17”⁵³

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกากำลังโต้แย้งถึงการพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคเกี่ยวกับเรื่องวิธีการให้บริการของการเล่นพนันที่สามารถเข้าไปเล่นได้ในสถานที่ประกอบการจริง เล่นกับอุปกรณ์สำหรับการเล่นพนันโดยเฉพาะ หรือการพนันที่สามารถเล่นได้ในรูปแบบออนไลน์ที่มีการพัฒนาจากซอฟต์แวร์ต่าง ๆ แม้มีสัญญาณอินเทอร์เน็ตก็สามารถเล่นการพนันในรูปแบบออนไลน์ได้ โดยที่ผู้รับบริการไม่จำเป็นต้องเดินทางไปยังสถานที่ประกอบการเป็นรูปแบบการบริการที่สะดวกสบายกว่า เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะของการบริการและผู้ให้บริการที่อาจมีลักษณะที่เหมือนหรือแตกต่างกัน โดยส่งผลถึงมุมมองหรือรสนิยมของแต่ละผู้บริโภคจนเกิดอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการเลือกใช้บริการ และนำไปสู่การเลือกใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภค

4.4 พิกัดอัตราศุลกากร (Tariff classification)

การจำแนกอัตราภาษีเป็นเพียงภาพสะท้อนที่จำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในตลาดที่กำหนดเป็นเกณฑ์ที่สามารถใช้ในการจำกัดกลุ่มสินค้าที่มีศักยภาพในการแข่งขันและในปัจจุบัน WTO Jurisprudent ได้ปรับใช้เกณฑ์การพิจารณาเรื่องอัตราภาษี โดยนำมาประกอบการพิจารณาว่า

⁵³ United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services [Online], 25 November 2012. Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm

สินค้าชนิดใดเป็นสินค้าที่เหมือนกัน⁵⁴ แต่เนื่องจากว่าในเรื่องของการบริการไม่มีเรื่องอัตราภาษีเข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะในบริบทของการบริการ เกณฑ์ที่เทียบเท่าคือการจำแนกประเภทของธุรกรรมการให้บริการ⁵⁵ ดังนั้น จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์อื่นมาเทียบเคียง กล่าวคือ ในเรื่องของการบริการก็มีรายการจำแนกส่วนเกี่ยวกับคุณลักษณะของการบริการ (Central Product Classification: CPC) ซึ่งจัดตั้งโดยสำนักงานสถิติแห่งสำนักงานเลขาธิการสหประชาชาติ (The Statistical Office of the United Nations Secretariat)⁵⁶ ได้จัดทำรายการจำแนกประเภทของการบริการไว้ 12 ประเภท⁵⁷ ซึ่งทำให้เป็นองค์ประกอบที่สมบูรณ์ในการจัดแบ่งประเภทของการบริการต่าง ๆ เช่น รายการที่อยู่บนภาคผนวกของการบริการทางการเงิน หรือการสื่อสารทางไกล ทำให้ประเทศสมาชิกมีต้นแบบในการพิจารณาแบบกว้าง ๆ เพื่อกำหนดนิยามของการบริการในแต่ละประเภท ซึ่งน่าจะมีศักยภาพและเป็นรากฐานในการเปรียบเทียบความเหมือนกันของการบริการได้⁵⁸

คดีพิพาทที่มีการกล่าวถึงเรื่องการจำแนกการบริการ ได้แก่

คดี Canada-Autos ซึ่งประเด็นข้อพิพาทคือความตกลงยกเว้นภาษีนำเข้าที่ประเทศแคนาดาให้แก่การนำเข้ารถยนต์จากผู้ผลิตบางราย ในทางปฏิบัติ ผู้ผลิตจะนำเข้ารถยนต์จากบริษัทในเครือตนเองหรือจากบริษัทที่เกี่ยวข้องในเครือของตน ดังนั้น จึงมีเพียงรถยนต์นำเข้าจากบางประเทศเท่านั้นที่ได้รับการยกเว้นภาษีการนำเข้ารถยนต์ ประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นผู้ร้องอ้างว่า มาตรการการยกเว้นการเก็บภาษีอากรการนำเข้ารถยนต์แก่ผู้ผลิตบางราย มีลักษณะที่

⁵⁴ Nicolas F. Diebold, *Non-discrimination in international trade in service: "likeness in WTO/GATS,"* pp. 264-266.

⁵⁵ Ibid., pp. 264-265.

⁵⁶ Provisional Central Product Classification, Department of international economic and social affairs statistical office of The United Nations, Series M, No. 77

⁵⁷ ได้แก่ 1) บริการด้านธุรกิจ (Business Services) 2) บริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication Services) 3) บริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services) 4) บริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services) 5) บริการด้านการศึกษา (Education Services) 6) บริการในด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services) 7) บริการด้านการเงิน (Financial Services) 8) บริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและบริการทางสังคม (Health Related Social Services) 9) บริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services) 10) บริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรม และการกีฬา (Recreational, Cultural and Sporting Services) 11) บริการด้านการขนส่ง (Transport Services) และ 12) บริการด้านอื่น ๆ (Other Services not Included Elsewhere)

⁵⁸ Mireilly Cossy, *Some thoughts on the concept of likeness in the GATS,* pp. 333-334.

ขัดแย้งกับพันธกรณี MFN ตามข้อ 2 วรรค 1 ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่า การยกเว้นอากรนำเข้าขัดแย้งกับข้อ 2 วรรค 1 ของความตกลง GATS⁵⁹ โดยมีประเด็นที่เกี่ยวกับการพิจารณาว่าเป็นการบริการและผู้ให้บริการหรือไม่ ดังต่อไปนี้

“คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีความวินิจฉัยว่า ผู้ผลิตของประเทศแคนาดาไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ให้บริการที่เหมือนกันในฐานะเป็นผู้ประกอบการขายส่งเครื่องยนต์ภายใต้ความหมายของ CPC entry 6111 ซึ่งเป็นการขายเครื่องยนต์ซึ่งรวมถึงรถยนต์ด้วย โดยให้เหตุผลว่าผู้ผลิตได้ทำการขายรถยนต์โดยตรงกับผู้บริโภค ซึ่งมีอัตราการขายเครื่องยนต์ในจำนวนไม่มากนักต่อปี”⁶⁰ หากพิจารณาในข้อย่อยของ CPC เห็นได้ว่าการบริการด้านธุรกิจยานยนต์เป็นส่วนหนึ่งของภาคบริการ แต่ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเป็นผู้ให้บริการที่เหมือนกันอาจต้องพิจารณาถึงเรื่องการตลาดเป็นสำคัญว่าการบริการเป็นภาคบริการขนาดใหญ่หรือไม่ มีอัตราการผลิตหรือจำหน่ายมากน้อยเพียงใด หรือกรณีผู้ผลิตต้องเป็นผู้ติดต่อกับผู้บริโภคเกี่ยวกับเรื่องที่ให้บริการด้วยตนเองหรือไม่ ก็อาจเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างหนึ่งในการตัดสินใจของผู้บริโภค⁶¹

สรุปได้ว่า CPC ได้รับการสนับสนุนให้ใช้เป็นพื้นฐานในการรับข้อผูกพันในเรื่องการบริการ แต่ข้อเสียเปรียบคือรายการ CPC ยังไม่สามารถใช้บังคับชี้แยกแยะในเรื่องการบริการได้อย่างเด็ดขาด อีกทั้งยังไม่ใช้หลักเกณฑ์ที่น่าเชื่อถือในการพิจารณาความเหมือนกันเพราะว่า CPC เป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนาขึ้นในเชิงสถิติเท่านั้นและยังไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงแข่งขันบริการและการปฏิบัติตามตารางข้อผูกพันตามหลัก NT ของประเทศสมาชิก ทำให้การเปรียบเทียบมีความซับซ้อนและยากในการทำความเข้าใจ⁶²

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตามความตกลง GATT 1994 ว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาคำว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันของความตกลง GATS ได้หรือไม่นั้น ได้ข้อสรุปว่าสามารถนำหลักเกณฑ์การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันของความตกลง GATT 1994 มาใช้ได้ 2 หลักเกณฑ์คือ 1) การพิจารณา

⁵⁹ Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/R, adopted 19 June 2000.

⁶⁰ Panel Report, Canada-Autos, para 10, 285.

⁶¹ Mireilly Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?*, p. 20.

⁶² Vu Nhu Thang, *Interpreting GATS National Treatment Principle: Possibilities and Problems of Transplant from GATT*, p. 179.

ในเรื่องรสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค และ 2) การใช้งานขั้นสุดท้าย เพราะในมุมมองของผู้บริโภค รสนิยมหรือการรับรู้มีผลโดยตรงต่อการบริการต่าง ๆ รวมไปถึงลักษณะและคุณภาพของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดรสนิยมและการใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภคได้ อาจเป็นปัจจัยในการจำแนกได้ว่าการบริการและผู้ให้บริการนั้นมีความเหมือนหรือมีความต่างกันอย่างไร เพราะในเรื่องการบริการเป็นสิ่งที่มองไม่เห็น ไม่สามารถจับต้องได้ แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการต่าง ๆ วิธีการบริการและวิธีการดำเนินการจึงไม่สามารถพิจารณาจากลักษณะทางกายภาพภายนอกได้⁶³ และในเรื่องการบริการไม่มีเรื่องอัตราภาษีเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่อาจอนุมานได้กับการจำแนกประเภทของการบริการ (CPC) ซึ่งอาจเป็นข้อสันนิษฐานได้ว่าหากเป็นการบริการที่อยู่ในประเภทเดียวกันแล้วก็อาจเป็นการบริการที่เหมือนกันได้

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า การจะพิจารณาถึงค่าว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันจะต้องพิจารณาเป็นรายข้อพิพาทไป เนื่องจากข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดในแต่ละข้อพิพาทย่อมมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ มาประกอบด้วย เช่น วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของมาตรการหรือกฎระเบียบต่าง ๆ ที่รัฐออกมาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองการบริการและผู้ให้บริการในรัฐตน และในบางข้อพิพาทอาจต้องมีการบรรยายถึงลักษณะเฉพาะให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์เข้าใจว่าโดยธรรมชาติและคุณสมบัติของการบริการและผู้ให้บริการทั้งสองประเภทมีการแข่งขันกันในทางการค้า โดยเป็นคู่แข่งในตลาดระดับเดียวกัน (Competitors in the same market)⁶⁴

⁶³ นิรมล สุขพัฒนางกูร, *ท่าทีและการเตรียมการของประเทศไทยในการเจรจาอบอุรุกวัยเกี่ยวกับการค้าบริการสาขาขนส่งทางอากาศ*, หน้า 54.

⁶⁴ Gilles Muller, "National Treatment and the GATS: Lessons from Jurisprudence," *Journal of World Trade* 50 (September 2016): 831-835.