

กลไกในการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน : ศึกษาเฉพาะ
กรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน

พุทธชาติ บุญกลม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2557

กลไกในการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน : ศึกษาเฉพาะ
กรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน
พุทธชาติ บุญกล่อม
คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์  ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.วริยา ล้าเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

รองศาสตราจารย์  ประธานกรรมการ
(ดร.สรารุช ปิตยาศักดิ์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์  กรรมการ
(ดร.วริยา ล้าเลิศ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์  กรรมการ
(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

ศาสตราจารย์  คณบดี
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)
พฤษภาคม 2557

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	กลไกในการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน : ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน
ชื่อผู้เขียน	นางสาวพุทธชาติ บุญถ่อ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2557

เนื่องจากประชาคมอาเซียนกำลังเดินหน้าเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) แต่กลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในปัจจุบัน ยังไม่ครอบคลุมกรณีที่เกิดข้อพิพาทอันมีสาเหตุมาจากประชาคมอาเซียนละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนตามความตกลงระหว่างประชาคมอาเซียน ซึ่งอาจมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นภายหลังความร่วมมือทางเศรษฐกิจนี้แม้จะมีกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ที่ระบุหลักการระงับข้อพิพาทไว้ใน หมวดที่ 8 แต่ก็เป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีไว้อย่างกว้างๆ ไม่มีสภาพบังคับที่ชัดเจนแก่ประชาคมอาเซียนและพิธีสารอาเซียนที่กำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจไว้โดยเฉพาะอย่าง “พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism – EDSM)” ซึ่งใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของ องค์การการค้าโลก (WTO) เป็นต้นแบบนั้น ปรากฏว่าทั้งบัดนี้ก็ยังไม่เคยมีประชาคมอาเซียนคู่พิพาทใดเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารฯ ดังกล่าวเลย ผู้วิจัยจึงสนใจที่จะทำการ ศึกษาแนวคิดและหลักการในการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทกรณีละเมิดพันธกรณีระหว่างประชาคมอาเซียนรวมทั้งผลในทางกฎหมายต่อประชาคมอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับการศึกษาโลกในการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่างๆ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ว่ามีความสอดคล้องเหมาะสมกับพันธกรณีทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ สมอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียน ทั้งในระดับทวิภาคีและในระดับพหุภาคีหรือไม่ อย่างไร และเพื่อมุ่งแสวงหามาตรการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทระหว่างประชาคมอาเซียนต่อไป

ในการศึกษาวิจัยนี้ได้ศึกษาปริญญาเชื่อว่าด้วยการเร่งรัดการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนภายในปี 2558 ปฏิญญาว่าด้วยแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN Charter) หมวดที่ 8 เรื่อง การระงับข้อพิพาท (Settlement of Disputes) และพิธีสารอาเซียนที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ สนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia - TAC) พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on

Enhanced Dispute Settlement Mechanism - EDSM) พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท (Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism - DSMP) ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement - ACIA) ความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (ASEAN Trade in Goods Agreement - ATIGA) กรอบความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services - AFAS) และความตกลงการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่าเทียมกันสำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน (Common Effective Preferential Tariff Scheme - CEPT) นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้ทำการสัมภาษณ์ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติเพื่อเป็นข้อมูลอีกชั้นหนึ่งในการสนับสนุนข้อมูลจากการศึกษาค้นคว้าเอกสารพื้นฐาน เอกสารทางการ บทความ และตำราต่างๆ ในทางกฎหมาย ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อเศรษฐกิจโลกอันได้แก่ อนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) ความเข้าใจด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute) และกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations)

จากการศึกษาและวิเคราะห์กลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยพบว่ากลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนขององค์การระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจากนานาชาติว่ามีประสิทธิภาพมากที่สุดอย่างองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนต่างก็เข้าร่วมเป็นภาคีนั้น น่าจะเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมมากที่สุดในการจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และอาเซียนควรส่งเสริมการให้อิสระแก่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทในการเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) อาทิเช่น การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) อันถือเป็นส่วนหนึ่งของกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนในปัจจุบัน อันจะช่วยส่งเสริมให้นโยบายทางเศรษฐกิจและกลไกระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนสามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่นและมีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ และนำไปสู่การปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวให้มีความสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะรองรับการยุติข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนที่เกิดขึ้นภายหลังการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ตามหลักการระงับข้อพิพาทที่เป็นสากล นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนชาวต่างชาติว่าประเทศสมาชิกจะปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างเคร่งครัด ไม่ยี่ดมั่นในหลักการระงับข้อพิพาทแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way) ซึ่งนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะของผู้วิจัยเพื่อเป็นแนวทางในการวางแผนนโยบายรัฐและมุ่งพัฒนากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับเจตนารมณ์ของการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต่อไป

ABSTRACT

Title of Thesis	Dispute Settlement Mechanism in ASEAN Economic Community: A Case Study of the Violations on Trade and Investment Agreement
Author	Miss Phuttachat Boonklom
Degree	Master of Laws
Year	2014

The Association of Southeast Asia Nations (ASEAN) planned the establishment of the ASEAN Economic Community (AEC) in 2015. Even though, the current ASEAN Economic Dispute Settlement Mechanism does not cover the problems from the Violations on Trade and Investment Agreement and this complication may increase after the establishment of the AEC. However, the ASEAN Charter mentioned the regulations of dispute settlement in chapter 8 though in an indeterminate way, also the enforcement is not having clarity and strictly applied to the Member States. In addition, the ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM), which using WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute as a model, has never been used with any Member States. So, the researcher has studied the idea and principal of the Dispute Settlement Mechanism in the case of the Violations on Trade and Investment Agreement including the law enforcement to all Member States under the ASEAN Charter and other ASEAN Protocols. Furthermore, the researcher has studied the different dispute settlement mechanism under International Law in order to analyze the Trade and Investment Agreement among the Member States under the ASEAN Charter, both in bilateral and multilateral system, whether it is appropriate or not. So, it is necessary to seek the effective measure for the law enforcement that successfully ends the disputes between the ASEAN Member States.

In this study, the researcher aims to study Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015, Declaration on the ASEAN Economic Community Blueprint (AEC Blueprint), ASEAN Charter, and related ASEAN Protocols namely, Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia

(TAC), Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM), Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism (DSMP), ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), ASEAN Trade in Goods Agreement (ATIGA), ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS), and Common Effective Preferential Tariff Scheme (CEPT). Moreover, the researcher has done interview the International Dispute Settlement on Trade and Investment experts in order to gather information relevant to the research topic. As a result, the above information will support the basic legal documents, official documents, articles and books in both Thai and English about the International Dispute Settlement on Trade and Investment including any International Organization that have important role to World Economic such as, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (DSU), and the Charter of the United Nations.

With regard to the Dispute Settlement Mechanism under the aforesaid laws and conventions, the researcher found that the Dispute Settlement Mechanism on Trade and Investment of an effective International Organization “WTO”, which all countries are also members, would be the most appropriate Dispute Settlement Mechanism to set up the AEC’s Dispute Settlement Mechanism. Furthermore, ASEAN should provide an opportunity for both parties to use Alternative Dispute Resolution (ADR) namely, Arbitration, that is a part of the current ASEAN Dispute Settlement Mechanism and support the Member States’ Economic Policy and the AEC’s Dispute Settlement Mechanism generating smoothly and effectively. In order to improve, adjust and adjunct these laws plentifully enough to solve the Trade and Investment disputes after the establishment of AEC according to the International Dispute Settlement is an objective of the researcher. Furthermore, these improvements will increase foreign investor’s confidence that member state will strictly conform to obligations and avoid using the existing dispute resolution mechanism “ASEAN Way”. All the said issues have led to the conclusions and recommendations of the researcher as a guide to properly plan the Member States’ Policy and develop the Member States’ domestic law. Additionally, this guide will set up a concrete and systematic way to conform to the purpose of the establishment of the AEC.

กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วริยา ล้ำเลิศ ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาให้คำปรึกษาแนะนำ ตลอดจนให้ความอนุเคราะห์แนวทางในการรวบรวมค้นคว้าข้อมูลต่าง ๆ แก่ผู้เขียน ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตยาศักดิ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ ท่านสรวิศ ลิ้มปริงซี่ และ ดร. ธเนศ สุจารีกุล เป็นอย่างสูงที่กรุณาให้ข้อมูลอันมีประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้กรุณาสละเวลาให้ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงและมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณ คุณณัฏฐิตา สุภาพงษ์ และคุณณัฐวดี ชัยสายัณห์ ที่ช่วยเหลือด้านข้อมูลในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา

ขอขอบคุณ พี่ๆ น้องๆ ตลอดจนเพื่อนร่วมงานที่คอยช่วยเหลือผู้เขียนเสมอมา และขอขอบพระคุณบิดา มารดา และสมาชิกทุกคนในครอบครัวของผู้เขียนที่ให้กำลังใจและห่วงใยผู้เขียนมาโดยตลอด

ท้ายนี้ ผู้เขียนขอโน้มอุทิศคุณค่าทางวิชาการในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ให้แก่บูรพาจารย์ทั้งหลาย และสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง สำหรับชีวิตของผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ได้ศึกษาในสถาบันอันทรงเกียรติแห่งนี้

พุทธชาติ บุญกลุ่ม
กรกฎาคม 2557

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.4 สมมติฐานในการศึกษา	7
1.5 วิธีการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	8
บทที่ 2 ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	10
2.1 ความเป็นมาในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	10
2.1.1 แนวความคิดพื้นฐานในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	10
2.1.2 วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	10
2.1.3 สถานะของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนตามกฎหมายระหว่างประเทศ	11
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	12
2.2.1 ลักษณะของข้อพิพาทในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ	12
2.2.2 ลักษณะของคู่กรณีในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ	14
2.2.3 การระงับข้อพิพาทภายใต้กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ	14
2.2.4 การระงับข้อพิพาทภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าและการลงทุน	15
2.3 กระบวนการในระงับข้อพิพาทตามกฎหมายบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN Charter)	16
2.3.1 การระงับข้อพิพาทระหว่างสมาชิกคู่พิพาท	21
2.3.2 การระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณา	22
2.3.3 การอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาท	23
2.3.4 การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท	24
2.3.5 การชดเชยและมาตรการตอบโต้	24

2.4	ลักษณะกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community)	25
2.4.1	ข้อพิจารณาทั่วไป	26
2.4.1.1	การระงับข้อพิพาทโดยสมาชิกคู่พิพาท	27
2.4.1.2	การระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณา	27
2.4.1.3	การอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาท	29
2.4.1.4	การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท	30
2.4.1.5	การให้การชดเชยและการระงับการให้สิทธิประโยชน์	31
2.4.2	กลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจ	34
2.4.2.1	การปรึกษาหารือ	35
2.4.2.2	การประนีประนอม	35
2.4.2.3	การเจรจาไกล่เกลี่ย	36
2.4.2.4	การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ	36
2.4.2.5	การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	37
2.5	พันธกรณีของประเทศสมาชิกในการดำเนินการตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท	37
2.5.1	หลักความโปร่งใสและเป็นธรรม	37
2.5.2	หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง	38
2.6	บทลงโทษและมาตรการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดพันธกรณี	38
บทที่ 3	การระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนขององค์การระหว่างประเทศ	40
3.1	หลักการทั่วไปของการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุน	40
3.2	การยุติข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธีกับกฎบัตรสหประชาชาติ	40
3.2.1	การระงับข้อพิพาททางการทูต	42
3.2.2	การระงับข้อพิพาททางกฎหมาย	43
3.3	กลไกการระงับข้อพิพาทของแอกต์และองค์การการค้าโลก	44
3.3.1	บันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาเกี่ยวกับ การระงับข้อพิพาท	45
3.3.1.1	การจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาท	45
3.3.1.2	การเจรจาโดยวิธีทางการทูต	45
3.3.1.3	การตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท	46
3.3.1.4	การรับรองรายงานคำวินิจฉัย	47
3.3.1.5	กระบวนการขององค์การอุทธรณ์	47
3.3.1.6	การกำกับดูแลการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสิน	47
3.3.1.7	การชดเชยค่าเสียหายและการระงับข้อลดหย่อน	48
3.3.1.8	กระบวนการอนุญาโตตุลาการ	48
3.3.2	การระงับข้อพิพาทตามหลักฉันทามติ	49
3.4	การระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ	49

3.4.1	หลักทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ	49
3.4.2	การอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ	51
3.4.2.1	การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ	51
3.4.2.2	การอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน	52
3.4.3	การระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยศูนย์ระงับข้อพิพาท ทางการลงทุนระหว่างประเทศ	52
3.4.3.1	สัญญาอนุญาโตตุลาการ	53
3.4.3.2	อนุญาโตตุลาการ	54
3.4.3.3	วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ	54
3.4.3.4	การทำคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ	54
3.4.4	ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของหอการค้านานาชาติ	55
บทที่ 4 วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของ		
57	ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	
4.1	วิเคราะห์กลไกการระงับข้อพิพาทในการดำเนินการตามกรอบการค้าและ การลงทุนภายใต้กรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	57
4.1.1	รูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีกฎเกณฑ์ข้อบังคับตายตัว	58
4.1.2	บทบาทและหน้าที่ของคณะผู้พิจารณาในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท	58
4.1.3	การบังคับใช้และการรับรองผลคำวินิจฉัยภายใต้กรอบของพิธีสาร ว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน 2004	60
4.2	วิเคราะห์ข้อจำกัดและปัญหาในกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและ การลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	65
4.2.1	ข้อจำกัดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทตามหลักฉันทามติแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way)	66
4.2.2	ปัญหาในการพิจารณาและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย	69
4.2.3	ความไม่ชัดเจนและประสิทธิภาพของการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการ	71
4.2.4	การบังคับใช้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทฉบับใหม่	75
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ		
5.1	บทสรุปจากการศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคม เศรษฐกิจอาเซียนกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน	78
5.2	ข้อเสนอแนะ	82
5.2.1	การเพิ่มอำนาจและบทบาทของคณะผู้พิจารณา (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body)	83
5.2.2	การเปิดช่องยกเว้นหลักการระงับข้อพิพาทแบบฉันทามติตามแบบ วิถีอาเซียน (ASEAN Way)	83
5.2.3	การส่งเสริมและสนับสนุนวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR)	84

5.2.4 การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท ของอาเซียนฉบับปัจจุบัน	86
บรรณานุกรม	89
ภาคผนวก	94
ภาคผนวก ก สรุปลความบทสัมภาษณ์ท่านสรวิศ ลิ้มปริงซี่ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ประจำสำนักประธานศาลฎีกาสำนักงานศาลยุติธรรม	95
ภาคผนวก ข สรุปลความบทสัมภาษณ์ท่านดร.ธเนศ สุจารีกุล ผู้อำนวยการ โครงการปริญญาโทด้านกฎหมายระหว่างประเทศและการทูต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ	105
ประวัติผู้เขียน	112

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

อาเซียน หรือ สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of Southeast Asian Nations – ASEAN) เกิดขึ้นเมื่อปี 2510 ในยุคแห่งการเผชิญหน้าทางการเมืองในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้บนความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา วัฒนธรรม และประวัติศาสตร์ และมีนโยบายแข่งขันในการผลิต การส่งออก การตลาด การหาแหล่งทุนและเทคโนโลยี ทำให้การเจริญเติบโตขององค์กรเป็นไปอย่างช้าๆ ปฏิญญาอาเซียน (ASEAN Declaration of 1967) หรือปฏิญญากรุงเทพฯ (Bangkok Declaration) ซึ่งเป็นปฏิญญาในการก่อตั้งอาเซียน ได้ระบุวัตถุประสงค์ของการรวมตัวกันคือ เพื่อเร่งรัดความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ในภูมิภาคโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างกันส่งเสริมพื้นฐานและเสถียรภาพในภูมิภาค โดยยึดหลักยุติธรรมและกฎเกณฑ์ของกฎบัตรสหประชาชาติส่งเสริมความร่วมมือ และความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในด้านต่างๆ ได้แก่ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม วิชาการ วิทยาศาสตร์ และการบริหารช่วยเหลือซึ่งกันและกันในรูปของการฝึกอบรม วิจัย ในด้านการศึกษาวิชาชีพ เทคนิค และการบริหาร ร่วมมือกันอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นในด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม การขยายการค้า การศึกษา ปัญหาการค้าโลกาภิวัตน์ระหว่างประเทศ การปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวก การขนส่งและคมนาคม และการยกระดับมาตรฐานการครองชีพของประชาชนส่งเสริมการศึกษาของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มุ่งรักษาความร่วมมือที่ใกล้ชิดและเป็นประโยชน์กับองค์การระหว่างประเทศและภูมิภาคที่มีวัตถุประสงค์คล้ายคลึงกัน รวมทั้งหาแนวทางความร่วมมืออย่างใกล้ชิดระหว่างกันมากขึ้น

ผลจากกระแสการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในภูมิภาคต่างๆ รวมถึงบทบาทและศักยภาพของจีนและอินเดียในภูมิภาคที่เพิ่มขึ้น ทำให้ผู้นำอาเซียนตระหนักถึงความจำเป็นในการสร้างความเข้มแข็งในการรวมกลุ่มของอาเซียน ในปี 2546 จึงได้ประกาศเจตนารมณ์ให้มีการจัดตั้งประชาคมอาเซียนภายในปี 2563 (ค.ศ. 2020) โดยมีวิสัยทัศน์ว่า “อาเซียนปี 2020 เป็นหุ้นส่วนร่วมกันในการพัฒนาอย่างมีพลวัต (ASEAN 2020: Partnership in Dynamic Development) ต่อมาในปี 2550 ผู้นำอาเซียนได้ลงนามในปฏิญญาเซบูว่าด้วยการเร่งรัดการจัดตั้งประชาคมอาเซียนภายในปี 2558 (Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015) โดยเห็นชอบให้เร่งรัดเป้าหมายการจัดตั้งประชาคมอาเซียนให้เร็วขึ้นอีก 5 จากเดิมที่กำหนดไว้ในปี 2563 (ค.ศ. 2020) ซึ่งตามปฏิญญาบาห์ลี ประชาคมอาเซียนประกอบด้วย 3 เสาหลัก คือ ประชาคมการเมืองและความมั่นคง (ASEAN Security Community) ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community) อันมีเจตนารมณ์ที่สอดคล้องกับวิสัยทัศน์อาเซียน

(ASEAN Economic Community) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community) อันมีเจตนารมณ์ที่สอดคล้องกับวิสัยทัศน์อาเซียน

นอกจากนี้ อาเซียนได้จัดทำกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ซึ่งเป็นเสมือนธรรมนูญของอาเซียน ที่จะเปลี่ยนสถานะของอาเซียนจากการรวมตัวในรูปแบบสมาคม เป็นองค์กรระหว่างประเทศ (International Organization) ที่มีฐานะทางกฎหมาย โดยกฎบัตรอาเซียนนี้มีผลบังคับใช้แล้ว ตั้งแต่วันที่ 15 ธันวาคม 2551 เพื่อเป็นการวางรากฐานที่มั่นคงในการเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community)

ต่อมา อาเซียนเห็นถึงความจำเป็นในการเร่งรัดการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในเชิงลึกยิ่งขึ้น ผู้นำอาเซียนจึงเห็นชอบให้มีการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ภายในปี 2558 (ค.ศ. 2015) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการเป็นตลาดและฐานการผลิตที่มีเสถียรภาพ การเป็นภูมิภาคที่มีความสามารถในการแข่งขันสูง เป็นภูมิภาคที่มีการพัฒนาอย่างเท่าเทียม และเป็นภูมิภาคที่มีการบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก ดังปรากฏในแผนพิมพ์เขียวก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) ซึ่งมีหลักองค์ประกอบที่สำคัญ 4 เรื่อง ดังนี้¹

1) การเป็นตลาดเดียวและฐานการผลิตร่วม เพื่อให้มีการเคลื่อนย้ายสินค้าบริการ การลงทุน และแรงงานฝีมืออย่างเสรีและการเคลื่อนย้ายเงินทุนอย่างเสรีมากขึ้น

2) การสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของอาเซียน กล่าวคือ การสร้างความสามารถในด้านต่างๆ เช่น นโยบายการแข่งขัน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นโยบายภาษี เป็นต้น

3) การพัฒนาเศรษฐกิจอย่างเสมอภาคอันเป็นการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกและลดช่องว่างของระดับการพัฒนาระหว่างสมาชิกเก่าและสมาชิกใหม่ เช่น การสนับสนุนการพัฒนา SMEs เป็นต้น

4) การบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก กล่าวคือ เป็นการรวมกลุ่มเข้ากับประชาคมโลกโดยเน้นการปรับประสานนโยบายเศรษฐกิจของอาเซียนกับประเทศภายนอกภูมิภาค เช่น การจัดทำเขตการค้าเสรี และการสร้างเครือข่ายในด้านการผลิตหรือจำหน่าย เป็นต้น

แต่จากการศึกษารายละเอียดเนื้อหาของกฎบัตรอาเซียนพบว่า มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ โดยเฉพาะในเรื่อง การเคลื่อนย้ายสินค้าและบริการ เงินลงทุน และแรงงานฝีมือได้อย่างเสรีมากขึ้น อาจส่งผลกระทบต่อขีดจำกัดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิก และก่อให้เกิดปัญหาด้านการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน แต่ประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจคือ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกภายหลังการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี 2558 อันเป็นวัตถุประสงค์หลักในการจัดทำวิถียานีพนธ์เล่มนี้

เนื่องจากมาตรการในการลงโทษและเยียวยาความเสียหายกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ยังไม่ได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎบัตรอาเซียน เป็นคนกลางในการประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามแบบ การระงับข้อพิพาทระดับสากล ซึ่งเลขาธิการอาเซียนเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการสอดส่องดูแลการปฏิบัติ

¹ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม,

ตามผลการวินิจฉัย ข้อเสนอแนะ หรือข้อตัดสินใจ แล้วแต่กรณี หากมีข้อพิพาทที่มีอาจจะบังคับเกิดขึ้น ให้เสนอข้อพิพาทนั้น ไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียน เพื่อ ตัดสิน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมกับประเทศสมาชิกผู้ละเมิดพันธกรณี รวมทั้งวิธีการเยียวยา แก้ไขความเสียหายที่เหมาะสมกับประเทศสมาชิกผู้ต้องเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีด้วย เนื่องจากกฎบัตรอาเซียนมิได้บัญญัติถึงการจัดตั้งองค์กรระงับข้อพิพาทขึ้นเพื่อวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาท ระหว่างประเทศสมาชิกโดยเฉพาะ ทำให้ประเทศสมาชิกคู่กรณีเกิดความไม่มั่นใจในกระบวนการระงับ ข้อพิพาทของอาเซียนว่าจะสามารถแก้ปัญหาได้อย่างโปร่งใสและเป็นธรรมตามหลักสากลได้หรือไม่ ส่งผลให้ประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาเลือกที่จะกลับไปใช้วิธีการเจรจา แบบทวิภาคี (Bilateral) แทนการเจรจาแบบพหุภาคี (Multilateral) เพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้าน การค้าและการลงทุน รวมถึงพันธกรณีของตนในการดำเนินการให้ประเทศสมาชิกที่ละเมิดพันธกรณี ต้องเพิกถอนการปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎบัตรอาเซียน

ความไม่ชัดเจนในการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทของกฎบัตรอาเซียนดังกล่าว ทำให้เกิด คำถามตามมามากมายว่า กฎบัตรอาเซียนจะเสริมสร้างกลไกการติดตามความตกลงต่างๆ ให้มีผลเป็น รูปธรรมได้อย่างไรจะเห็นได้ว่า กฎบัตรอาเซียนได้สร้างกลไกการตรวจสอบและติดตามการดำเนินการ ตามความตกลงต่างๆ ของประเทศสมาชิกในหลากหลายรูปแบบ อาทิเช่น ให้อำนาจเลขาธิการ อาเซียนดูแลการปฏิบัติตามพันธกรณีซึ่งหากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงต่างๆ ทำให้เกิดข้อ พิพาทระหว่างประเทศสมาชิกสามารถใช้กลไกและขั้นตอนการระงับข้อพิพาททั้งที่ มีอยู่แล้วและที่จะ ตั้งขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยสันติวิธีและหากมีการละเมิดพันธกรณีในกฎบัตรอาเซียน อย่างร้ายแรง ผู้นำอาเซียนสามารถกำหนดมาตรการใดๆ ที่เหมาะสมว่าจะดำเนิน การอย่างไรต่อรัฐผู้ ละเมิดพันธกรณี ซึ่งในทางปฏิบัติอาจไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ ควรเนื่องจากการที่อาเซียนให้สิทธิแก่ ประเทศสมาชิกในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ขึ้นเพื่อวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทก็จำกัด เฉพาะแต่ในประเด็นเรื่องการค้าความบทยุติกฎบัตรอาเซียน และตราสารอาเซียนอื่นๆ เท่านั้น มิได้หมายรวมถึงประเด็นข้อพิพาทกรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ สมาชิก อีกทั้ง การเปิดกว้างให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอย่างสันติ ตามกฎบัตรสหประชาชาติ หรือตราสารกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทเป็น ภาคว่าในกรณีนอกเหนือจากที่กฎบัตรอาเซียนระบุไว้ อาจสร้างความสับสนซับซ้อนในการเลือกใช้ กระบวนการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจก่อให้เกิดความได้เปรียบ เสียเปรียบกันระหว่างประเทศสมาชิกที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน อีกทั้ง ยังเป็นการ เพิ่มภาระค่าใช้จ่ายอันไม่จำเป็นให้แก่ประเทศสมาชิก คู่พิพาทในการเข้าสู่ขั้นตอนการระงับข้อพิพาท อันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนในระดับภูมิภาคซึ่งสามารถเจรจาติข้อ พิพาทกันได้ง่ายกว่าในระดับนานาชาติด้วย

แม้ว่าในขณะนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะร่วมกันจัดทำพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาท ด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced ASEAN Dispute Settlement Mechanism-EDSM)² อันเป็นสนธิสัญญาที่กำหนดกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจโดยเฉพาะ

² ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “พิธีสาร EDSM” แทน

ภายใต้กฎบัตรอาเซียน โดยจัดทำขึ้นในปี พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) เพื่อทดแทนพิธีสารว่าด้วยการระงับข้อพิพาท ฉบับปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) ซึ่งมีการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจที่สำคัญคือ การจัดตั้งคณะพิจารณา (Panels) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ให้สอดคล้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO)³ กล่าวคือ พิธีสารฉบับนี้สนับสนุนให้ประเทศสมาชิกหาหนทางระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยวิธีปรึกษาหารือ การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ การประนีประนอม และการไกล่เกลี่ย ก่อนจะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นทางการของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ ซึ่งเป็นจุดเด่นของการผสมผสานกันระหว่างการเจรจาทางการทูตกับการระงับข้อพิพาทโดยกฎหมาย (Diplomacy VS Adjudication) ตามความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute) และเมื่อคณะพิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์มีคำตัดสินและข้อเสนอแนะออกมาแล้ว จะมีผลผูกพันประเทศสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินและข้อเสนอแนะนั้น หากไม่ปฏิบัติตาม ประเทศสมาชิกฝ่ายที่เสียหายอาจขอให้มีการชดเชยค่าเสียหายหรือขอระงับการให้สิทธิพิเศษทางการค้ากับรัฐคู่กรณีของตนได้ โดยมีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในแต่ละขั้นตอนเพื่อป้องกันการเกิดความล่าช้ายืดเยื้อ ซึ่งส่งผลให้กลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีสภาพบังคับใช้ได้จริงและสามารถแก้ปัญหาข้อพิพาททางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁴ แต่จะเห็นได้ว่านับตั้งแต่มีการเปิดตลาดเขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area - AFTA) มาจนถึงปัจจุบันประเทศสมาชิกยังไม่เคยมีการฟ้องคดีพิพาทด้านการค้าและการลงทุนอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะแต่อย่างใด ทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสาร EDSM นี้ยังไม่เคยได้ทดลองใช้ในการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจอย่างจริงจัง ส่งผลให้ประเทศสมาชิกอาจให้ความสำคัญและพิจารณาเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO ที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นสากลและมีประสิทธิผลชัดเจนมากกว่ากลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารนี้

อย่างไรก็ดี แม้ขอบเขตการบังคับใช้พิธีสาร EDSM นี้ จะครอบคลุมไปถึงความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียนที่จะมีขึ้นในอนาคต อาทิเช่น ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน แต่ก็มีผลใช้เฉพาะการระงับข้อพิพาทรัฐกับรัฐในอาเซียนเท่านั้น ทำให้เอกชน ผู้ประกอบการ หรือนักลงทุนถูกจำกัดสิทธิโดยต้องดำเนินการต่างๆ ผ่านทางรัฐบาลของประเทศตน ไม่สามารถฟ้องร้องหรือขอให้คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ มีคำตัดสินเกี่ยวกับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจได้โดยตรง ซึ่งอาจเกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติระหว่างรัฐและเอกชนในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียนได้ ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หากอาเซียนนำเอากลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุน กรณีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศระดับสากลอย่างองค์การสหประชาชาติ (United Nations - UN) หรือองค์การระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจอย่าง WTO ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General

³ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “WTO” แทน

⁴ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.), “กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนและกฎสำหรับการเสนอเรื่องการไม่ปฏิบัติตามให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนตัดสิน,” ใน เอกสารสรุปรายงานการสัมมนา, วันที่ 24 มกราคม 2554, ณ โรงแรมมิราเคิลแกรนด์, หน้า 2.

Agreement on Tariffs and Trade–GATT) มาปรับใช้ในการพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียนเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) จะช่วยส่งเสริมให้กลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกมีความชัดเจน เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นได้หรือไม่ และมีผลบังคับใช้ได้มากน้อยเพียงใด ตัวอย่างเช่น การจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body)⁵ ขึ้นเป็นการเฉพาะทำหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์การอุทธรณ์เพื่อวินิจฉัยตัดสินคดีพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอาเซียน เช่นเดียวกับกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO เป็นต้น ซึ่งหากกระบวนการดังกล่าวสามารถช่วยเสริมสร้างประสิทธิภาพของกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนเหตุใดอาเซียนจึงไม่ดำเนินการแก้ไข ปรับปรุง เพิ่มเติมเนื้อหาของกฎบัตรอาเซียน รวมถึงตราสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกในการเจรจาทางการค้าโดยเฉพาะในระดับพหุภาคีให้มีความสอดคล้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น

อีกเหตุผลหนึ่งที่สำคัญในการแก้ไขปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทกรณีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนก็คือการรวมกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจของประเทศในแถบภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ผ่านมา ยังไม่มีความมั่นคงเพียงพอในระดับนานาชาติ ดังเช่นในกรณีพิพาทเรื่องรถยนต์โปรตอน (Proton)⁶ ที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศไทยและประเทศมาเลเซียอันมีสาเหตุพื้นฐานมาจากความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area) ที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนจนนำมาซึ่งความขัดแย้งด้านผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงดังกล่าว ถือเป็นกรณีพิพาทที่ทดสอบประสิทธิภาพของ กระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียนได้เป็นอย่างดี ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทวิเคราะห์ภายหลัง และเมื่อได้ศึกษาถึงความเป็นมาของบรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในการดำเนินการตามความตกลงต่างๆ ที่ผ่านมามีผู้เขียนเห็นว่า การจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จึงควรศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์และปรับใช้ในการกำหนดขั้นตอนการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนเป็นหลัก เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนี้

ด้วยเหตุที่ว่า ประเด็นพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบันมีความซับซ้อนมากขึ้นและถือเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศได้ ดังนั้น กลไกการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจึงจำเป็นต้องมีขั้นตอนและกระบวนการที่มีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติและมุ่ง

⁵ ทัชชฌัย ทองอุไร, แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO), พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 176-187.

⁶ ภิญญาดา ไรนิเกอร์, การพัฒนาระบบระงับข้อพิพาทในอาเซียน: บทเรียนจากระบบระงับข้อพิพาทในภูมิภาคอื่นๆ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 272.

เสริมสร้างความสมานฉันท์ระหว่างประเทศสมาชิกมากกว่ามุ่งลงโทษเอาผิด หรือเรียกร้องค่าเสียหาย จากประเทศที่ละเมิดพันธกรณีทางการค้าและการลงทุนภายใต้กฎบัตรอาเซียน เพื่อวางแนวทางในการแก้ไขและเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวให้เหมาะสมมากที่สุด รวมถึงการจำกัดขอบเขตการตั้งข้อสงวนของประเทศสมาชิกและมาตรการตอบโต้ทางการค้าและการลงทุนเพื่อลงโทษประเทศสมาชิกที่ละเมิดพันธกรณีให้มีความเป็นธรรมและโปร่งใสตามข้อตกลงร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอาเซียนนี้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทกรณีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน รวมทั้งผลในทางกฎหมายต่อประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารอาเซียนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง
- 2) เพื่อศึกษาแนวทางในการระงับข้อพิพาทและรวบรวมปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับกลไกในการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่างๆ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ
- 3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์วิธีการระงับข้อพิพาทกรณีละเมิดพันธกรณีทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอาเซียน ทั้งในระดับทวิภาคีและในระดับพหุภาคี
- 4) เพื่อนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในการวางแผนนโยบายรัฐและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกให้สอดคล้องและเหมาะสมกับเจตนารมณ์ของการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และเพื่อมุ่งแสวงหามาตรการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิก

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวคิดและหลักการในการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทกรณีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน รวมทั้งผลในทางกฎหมายต่อประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอาเซียน เนื่องจากกลไกการระงับข้อพิพาทกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ยังไม่ได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) เพียงแต่กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหา ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเลือกใช้มาตรการลงโทษที่เหมาะสมกับประเทศสมาชิกผู้ละเมิดพันธกรณี รวมทั้งวิธีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เหมาะสมกับประเทศสมาชิกผู้ต้องเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีด้วย โดยศึกษาจากปฎิญาเชบูว่าด้วยการเร่งรัดการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ีเซียน ภายในปี 2558 ปฎิญาว่าด้วยแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN Charter) หมวดที่ 8 เรื่อง การระงับข้อพิพาท (Settlement of Disputes) พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism – EDSM) และอนุสัญญานิวออร์ก

ว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) เป็นหลัก

1.4 สมมติฐานในการศึกษา

จากการศึกษาผลกระทบของการระงับข้อพิพาทกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีขององค์การระหว่างประเทศ พบว่ามีกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนที่ได้รับการยอมรับจากนานาชาติว่ามีประสิทธิภาพมากที่สุด จึงเกิดสมมติฐานขึ้นว่า หากมีการศึกษาแนวคิดและกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนขององค์การระหว่างประเทศที่สำคัญอย่างเช่น องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนต่างก็เป็นภาคีสมาชิก เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากล น่าจะเป็นวิธีที่เหมาะสมในการจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องความจำเป็นในการจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body: DSB) ขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อวินิจฉัยตัดสินคดีพิพาทภายใต้กฎบัตรอาเซียน หรืออาเซียนควรส่งเสริมการให้อิสระแก่สมาชิกคู่พิพาทที่จะเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) อาทิเช่น การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) อันถือเป็นส่วนหนึ่งของกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนในปัจจุบัน โดยวิเคราะห์ว่าวิธีการใดจะช่วยส่งเสริมให้นโยบายทางเศรษฐกิจและกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนสามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่นและมีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์มากกว่ากัน

1.5 วิธีการศึกษา

การศึกษาเรื่อง กลไกในการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนฉบับนี้ มุ่งเน้นศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกภาคี เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากลไกในการระงับข้อพิพาทของประเทศสมาชิกตามกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) และพิธีสารอาเซียนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เป็นงานวิจัยเชิงนิติศาสตร์ตามแบบสังคมวิทยากฎหมาย โดยศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทตามหลักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในภูมิภาคอื่น โดยนำมาเปรียบเทียบกับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ซึ่งใช้ข้อมูลเอกสารเป็นหลักผ่านวิธีวิเคราะห์พรรณนา (Descriptive Analysis) จากการเก็บรวบรวมข้อมูลเชิงปฐมภูมิ อันได้แก่ ตัวบทกฎหมาย ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ และแบบสอบถาม รวมทั้งข้อมูลทุติยภูมิ เช่น รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ บันทึกรายงานการประชุมที่เกี่ยวข้อง วารสารทางวิชาการ รายงานจากสถาบันและหน่วยงานต่างๆ ตลอดจนข้อมูลที่ได้จากอินเทอร์เน็ต ประกอบกับอาศัยข้อเท็จจริงทางกฎหมายในสังคมไทยมาวิเคราะห์ปัญหา อุปสรรค ตลอดจนแนวทางแก้ไขปรับปรุงที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของประเทศไทย

เพื่อให้สอดคล้องกับวิสัยทัศน์ของอาเซียนและเจตนารมณ์ของการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี 2558

ส่วนที่ 1 ทำการวิจัยเอกสาร รวบรวมเอกสารกฎหมายต่างๆ เป็นส่วนสำคัญในงานวิจัยนี้ โดยดำเนินการศึกษาค้นคว้าเอกสาร ตำราวิชาการต่างๆ ในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ รวมถึงองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อเศรษฐกิจโลก

ส่วนที่ 2 เป็นการวิจัยโดยวิธีสัมภาษณ์บุคคลที่มีความรู้ความสามารถ ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ ซึ่งในส่วนนี้จะเป็นส่วนที่สนับสนุนส่วนที่ 1

การวิเคราะห์ข้อมูลส่วนที่ 1 จะวิเคราะห์และนำเสนอให้เห็นว่าวิธีการระงับข้อพิพาทในกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีตามความตกลงต่างๆ ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เป็นอย่างไร มีขั้นตอนการดำเนินการอย่างไรบ้าง มีวัตถุประสงค์อย่างไร รวมทั้งอธิบายความสอดคล้องกับหลักสากลในการระงับข้อพิพาททางการค้าตามกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับข้อมูลในส่วนที่ 2 นั้น เป็นความคิดเห็นจากการสัมภาษณ์ที่นำมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการสนับสนุนข้อมูลในส่วนที่ 1 โดยจะทำการสัมภาษณ์ท่านสรวิศ ลิ้มปริงซี่ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา สำนักงานศาลยุติธรรมผู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในระบบอนุญาโตตุลาการเป็นพิเศษ และท่านดร. ธเนศ สุจารีกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ผู้มีประสบการณ์ในการเจรจาระดับเวทีโลกและมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เพื่อเป็นข้อมูลอีกชั้นหนึ่งในการสนับสนุนข้อมูลส่วนที่ 1 ให้ได้ผลการวิจัยที่ถูกต้องแม่นยำมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ตามขั้นตอนการวิจัย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1) ทราบถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทกรณีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน รวมทั้งผลในทางกฎหมายต่อประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารอาเซียนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

2) ทราบถึงแนวทางในการระงับข้อพิพาทและประเด็นปัญหาในการบังคับใช้ กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่างๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

3) ทราบถึงวิธีการระงับข้อพิพาทและมาตรการคุ้มครองกรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอาเซียน เพื่อมุ่งหากลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

4) ทราบถึงแนวทางในการ
ประเทศสมาชิกให้สอดคล้องและเห
มเศรษฐกิจอาเซียน
ปรับปรุงกฎหมายภายในของ
จัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของ ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

2.1 ความเป็นมาในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

นับตั้งแต่การจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Areas - AFTA)⁷ เมื่อปี พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) อาเซียนได้มีพัฒนาการด้านการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเรื่อยมา และพยายามส่งเสริมผลักดันให้มีความร่วมมือครอบคลุมด้านอื่นๆ ด้วย เช่น การจัดทำกรอบความตกลงด้านการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services – AFAS) เมื่อปี พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) และกรอบความตกลงว่าด้วยเขตการลงทุนอาเซียน (Framework Agreement on the ASEAN Investment Area – AIA) เมื่อปี พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) นอกจากนี้ อาเซียนยังได้จัดตั้งโครงการความร่วมมือด้านอุตสาหกรรมของอาเซียน (ASEAN Industrial Cooperation Scheme- AICO) เมื่อปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) เพื่อสนับสนุนการจัดสรรการใช้วัตถุดิบภายในภูมิภาค และเพิ่มศักยภาพในการผลิตสินค้าอุตสาหกรรมอีกด้วย

ต่อมา ผู้นำอาเซียนได้เห็นชอบให้มีการรวมตัวไปสู่ประชาคมอาเซียน (ASEAN Community- AC) เมื่อปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ซึ่งประกอบไปด้วย 3 เสาหลักคือ การเมืองความมั่นคง เศรษฐกิจ และสังคมและวัฒนธรรม ให้บรรลุตามความมุ่งหวังของการประกาศปฏิญญาเซบูว่าด้วยการเร่งรัดการจัดตั้งประชาคมอาเซียน ซึ่งจากเดิมกำหนดไว้ในปี พ.ศ. 2563 (ค.ศ. 2020) เป็นปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015)⁸

สำหรับประชาคมอาเซียนแรกที่กำลังจะเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) นั่นก็คือ ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community – AEC) ตามแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint)⁹ ซึ่งเป็นแผนงานบูรณาการการดำเนินงานด้านเศรษฐกิจต่างๆ เพื่อให้เห็นภาพรวมของการดำเนินงานตามแผนดังกล่าวอันนำไปสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015)

2.1.1 แนวความคิดพื้นฐานในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

⁷ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “AFTA” แทน

⁸ กรมอาเซียน, ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community – AEC), ใน ASEAN Highlights 2011 (กรุงเทพมหานคร: กองอาเซียน3, 2555), หน้า 46.

⁹ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “AEC Blueprint” แทน

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หรือ AEC¹⁰ ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่สอดคล้องกับหลักการใหญ่ของวิสัยทัศน์ทางด้านเศรษฐกิจภายใต้กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ตามวิสัยทัศน์อาเซียน (ASEAN Vision 2020) อันได้แก่ การดำเนินการลดภาษีภายใต้ AFTA การจัดตั้งเขตการลงทุนอาเซียนการเปิดเสรีบริการในสาขาต่างๆ การกำหนดให้อาเซียนเป็นอยู่ข้างอู่ที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลก ตลอดจนการเสริมสร้างความเข้มแข็งในด้านต่างๆ เพื่อให้อาเซียนสามารถแข่งขันกับเขตเศรษฐกิจอื่นๆ ของโลกได้ เช่น ปรับปรุงด้านการคมนาคมขนส่งให้เชื่อมโยงกัน พัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ให้ความช่วยเหลือและความร่วมมือ เพื่อลดช่องว่างความเหลื่อมล้ำทางรายได้ของประเทศสมาชิก รวมทั้งสนับสนุนภาคเอกชนให้สามารถแข่งขันด้านการค้าและการลงทุนกับเอกชนของประเทศในเขตเศรษฐกิจอื่นได้

2.1.2 วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ดังที่กล่าวมาข้างต้น อาเซียนได้ตั้งเป้าหมายการจัดตั้ง AEC ภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ.2015) โดยได้วางแผนเพื่อผลักดันการก้าวไปสู่ภูมิภาคที่เป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว ซึ่งจะก่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายทรัพยากรการผลิตระหว่าง ประเทศสมาชิกได้อย่างเสรี โดยเฉพาะในด้านการเคลื่อนย้ายสินค้านั้น อาเซียนจะดำเนินการลดภาษีศุลกากรและยกเลิกมาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (Non-Tariff Barriers - NTBs) ให้หมดไป สำหรับการค้าภาคบริการและการลงทุน อาเซียนได้จัดทำความตกลงยอมรับบริการวิชาชีพต่างๆ และสนับสนุนการลงทุนร่วมกันภายใต้ขั้นตอนที่มีความโปร่งใส นอกจากนี้ อาเซียนยังมุ่งสร้างความสามารถในการแข่งขันภายในภูมิภาคและลดช่องว่างการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก เพื่อให้ประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งมีการพัฒนาแล้วสูงกว่า สามารถได้รับประโยชน์จากการรวม กลุ่มทางเศรษฐกิจของอาเซียนอย่างเท่าเทียมกัน อีกทั้ง ยังวางแผนเดินทางเจรจาขยายความร่วมมือทางเศรษฐกิจกับประเทศในภูมิภาคอื่นๆ อาทิเช่น การจัดทำข้อตกลงการค้าเสรี (Free Trade Area – FTA)¹¹ กับจีน ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ออสเตรเลีย อินเดีย นิวซีแลนด์ และสหภาพยุโรปซึ่ง อาเซียนจะได้รับสิทธิประโยชน์ในแง่การใช้แหล่งกำเนิดสินค้าภายในอาเซียนที่เพิ่มขึ้นรวมถึงขอบเขตสินค้าที่จะได้รับสิทธิพิเศษเพิ่มเติมจากข้อตกลง FTA ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ทำกับประเทศคู่ค้าเหล่านี้ไปแล้วในระดับทวิภาคีด้วย

สำหรับ AEC Blueprint นั้น อ้างอิงมาจากเป้าหมายความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียนตามแถลงการณ์บาหลีฉบับที่ 2 (Bali Concord II) ซึ่งประกอบด้วย 4 เป้าหมายหลัก¹² ได้แก่

1) การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว (Single market and production base) กล่าวคือ มีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ การลงทุน แรงงานฝีมืออย่างเสรี โดยเฉพาะการเคลื่อนย้าย

¹⁰ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “AEC” แทน

¹¹ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “FTA” แทน

¹² กฤตชญาภัก อุ่นเสรี, **ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน AEC : ASEAN Economic Community**, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันดำรงราชานุภาพ, 2554), หน้า 11-13. ค้นวันที่ 21 ธันวาคม 2555 จาก http://www.stabundamrong.go.th/web/book/54/b15_54.pdf

เงินลงทุนอย่างเสรีมากขึ้น (Free flow of goods, services, skilled labor, capital and investment) รวมทั้งส่งเสริมการรวมกลุ่มสาขาสำคัญของอาเซียนให้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

2) การสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของ อาเซียน โดยให้ความสำคัญกับนโยบายที่ส่งเสริมการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ อาทิเช่น กรอบนโยบายการแข่งขันของอาเซียน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การคุ้มครองผู้บริโภค นโยบายภาษี พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการเงิน การขนส่ง เทคโนโลยีสารสนเทศ และพลังงาน เป็นต้น

3) การพัฒนาเศรษฐกิจอย่างเสมอภาค โดยเริ่มต้นจากการพัฒนาธุรกิจขนาดย่อม หรือ SMEs และเสริมสร้างขีดความสามารถผ่านโครงการต่างๆ ตัวอย่างเช่น โครงการริเริ่มเพื่อการรวมกลุ่มของอาเซียน (Initiative for ASEAN Integration – IAI) เพื่อลดช่องว่างการพัฒนาทางเศรษฐกิจระหว่างกัน

4) การบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก กล่าวคือ เน้นการปรับประสานนโยบายด้านเศรษฐกิจของอาเซียนกับประเทศในภูมิภาคอื่นๆ เช่น การจัดทำ AFTA กับประเทศคู่เจรจาต่างๆ เป็นต้น รวมทั้งสนับสนุนการสร้างเครือข่ายในด้านการผลิต /จำหน่ายภายในภูมิภาค ให้เชื่อมโยงกับเศรษฐกิจโลก

ทั้งนี้ การดำเนินงานดังกล่าวข้างต้นสามารถกำหนดให้มีความยืดหยุ่นในแต่ละประเด็นไว้ล่วงหน้าได้ (Pre-agreed Flexibilities) แต่เมื่อตกลงกันได้แล้ว จะมีผลผูกพันประเทศสมาชิกให้ต้องยึดถือและปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันอย่างเคร่งครัด

2.1.3 สถานะของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หรือ AEC เกิดจากการที่รัฐที่มีอำนาจอธิปไตย (Sovereign States) ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ตกลงรวมกันเข้าเป็น “ประชาคม” (Community) เพื่อประโยชน์ร่วมกันทางด้านเศรษฐกิจ (Economic) บนหลักการพื้นฐานที่ทุกรัฐจะร่วมกันกำหนดแนวทางการดำเนินการด้านเศรษฐกิจให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันตามเจตนารมณ์ที่ถูกกำหนดไว้ใน AEC Blueprint ดังนั้น แม้รัฐภาคีของ AEC จะยังคงมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โดยสมบูรณ์ในดินแดนของตน แต่การใช้อำนาจอธิปไตย ดังกล่าวย่อมถูกผูกพันโดยพันธกรณีดังกล่าวข้างต้นอันมีผลผูกพันรัฐภาคีซึ่งมีสถานะเป็นบุคคลดั้งเดิมหรือบุคคลหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Subjects of International law)¹³

ด้วยเหตุนี้เอง AEC จึงถือเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล (Legal Personality) ตามกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน และมีความสามารถตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จำกัดภายในขอบเขตของความตกลงที่ก่อตั้ง AEC ขึ้นนั้นคือ ปฏิญญาว่าด้วยความร่วมมืออาเซียน (Declaration of ASEAN Concord II) เช่นเดียวกับส

¹³ ปกรณ์ นิลประพันธ์, นโยบายและกลยุทธ์ในการจัดให้มี ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 1. ค้นวันที่ 25 เมษายน 2556 จาก <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1815>

สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรืออาเซียน¹⁴ ซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นโดยปฏิญญาอาเซียน (ASEAN Declaration of 1967) หรือ ปฏิญญากรุงเทพฯ (Bangkok Declaration) อันมีฐานะเป็นองค์การทางนิตินัยที่มีความสามารถในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมต่างๆ กับประเทศอื่น หรือภูมิภาคอื่น และได้รับการยอมรับในฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีความสำคัญภายหลังการจัดทำกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ซึ่งได้มีการระบุบทบัญญัติเพื่อรับรองนิติฐานะของอาเซียนไว้อย่างชัดเจน¹⁵

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ในขณะที่อาเซียนกำลังดำเนินการตามพันธกรณีต่างๆ เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของ AEC Blueprint ภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) สิ่งแวดล้อมด้านเศรษฐกิจภายในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วอันเป็นผลมาจากกระแสโลกาภิวัตน์ กระแสภูมิภาคนิยม และความล่าช้าในการเจรจาการค้าระดับพหุภาคี ทำให้อาเซียนต้องเผชิญกับปัญหาความซับซ้อนและความหลากหลายของบรรดาข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งการเจรจาข้อพิพาทบางส่วนยังคงดำเนินการค้างค้ำอยู่จนถึงปัจจุบันและไม่มีที่ท่าว่าจะประสบผลสำเร็จ จึงถือเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งที่กระทบต่อความคืบหน้าในการจัดตั้ง AEC และเป็นเหตุผลสำคัญที่กระตุ้นให้ผู้นำอาเซียนเร่งปรับปรุง แก้ไข และพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทพื้นฐานของอาเซียนให้มีความทันสมัยและเป็นสากล เพื่อเสริมสร้างประสิทธิภาพให้แก่กระบวนการระงับข้อพิพาทของ AEC ต่อไปในอนาคต

สำหรับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศขั้นพื้นฐานของ AEC นั้น เกิดจากการนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศในด้านต่างๆ อันเป็นที่ยอมรับว่ามีความเป็นสากลและมีประสิทธิภาพสูงสุดขององค์การระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการระงับข้อพิพาทภายใต้หมวดที่ 8 ของกฎบัตรอาเซียนอันถือเป็นกฎหมายต้นแบบหรือรัฐธรรมนูญของอาเซียน ซึ่งสามารถแยกอธิบายรายละเอียดกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยทั่วไปได้ ดังนี้

2.2.1 ลักษณะของข้อพิพาทในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

สำหรับความหมายของคำว่า “ข้อพิพาท (Dispute)” ตามนิยามกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง ความเห็นที่ไม่ตรงกันไม่ว่าจะเป็นในส่วนที่เป็นประเด็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือกฎหมาย ซึ่งในการอ้างสิทธิหรือการเรียกร้องสิทธิของอีกฝ่ายหนึ่งถูกปฏิเสธหรืออาจเป็นการโต้แย้งสิทธิหรือการไม่ยอมรับสิทธิของอีกฝ่ายหนึ่ง จากการมีผลประโยชน์หรือมีเป้าหมายที่แตกต่าง ดังนั้น หากมีความไม่

¹⁴ ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “อาเซียน” แทน

¹⁵ The ASEAN Charter, Chapter 2, Article 3

อาจหลีกเลี่ยงได้¹⁶ ซึ่งคดีพิพาทระหว่างประเทศ ตามนิยามของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ แบ่งได้เป็น 2 ประเภท¹⁷ คือ

1) คดีพิพาทในด้านกฎหมาย หมายถึง ข้อขัดแย้งซึ่งคู่กรณีไม่สามารถหาข้อยุติหรือตกลงกันได้เกี่ยวกับการบังคับใช้หรือตีความในกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นซึ่งการระงับข้อพิพาทในด้านกฎหมาย มักจะเป็นไปในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการหรือศาลเป็นส่วนใหญ่

2) คดีพิพาทในด้านการเมือง หมายถึง ข้อพิพาทซึ่งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้แก้ไขสิทธิหรือกฎหมายที่ใช้อยู่ เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเรียกร้องดินแดนคืน เป็นต้น โดยการระงับข้อพิพาทในด้านการเมือง คู่กรณีพิพาทมักจะพยายามตกลงกันด้วยวิธีทางการทูตเป็นหลัก

โดยส่วนใหญ่แล้ว การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ในปัจจุบันมีจุดกำเนิดมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Custom) ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติระหว่างรัฐที่ได้รับการยึดถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลานานจนกลายเป็นที่ยอมรับเสมือนกฎหมาย (Accepted as Law) และถือเป็นพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติกันทั่วไปในสังคมนานาชาติ¹⁸ นอกจากนี้ ยังมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ซึ่งอารยประเทศรับรอง โดยนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในรูปของความตกลง ตราสาร หรือสนธิสัญญาระหว่างรัฐ รวมถึงกฎเกณฑ์ข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศในด้านต่างๆ ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทในอุดมคติ¹⁹ ของนานาชาติและคู่กรณีทุกฝ่ายสามารถยอมรับได้ จะต้องประกอบไปด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้

- 1) เป็นธรรม (Fair)
 - 2) รวดเร็ว (Speedy)
 - 3) ประหยัด (Cheap)
 - 4) มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism)
 - 5) การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (Measure against Bad Publicity)
 - 6) การรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่ความ (Preservation of Relationship)
- จะเห็นได้ว่า กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ดีจะต้องเป็นขั้นตอนที่เหมาะสมกับสถานการณ์โลกปัจจุบันและมีลักษณะที่มุ่งรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศเป็นสำคัญ อีกทั้ง

¹⁶ สิริรัตน์ ศรีจรรยาพรกุล, **กลไกการระงับข้อพิพาทการลงทุนของอาเซียน**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 25.

¹⁷ กรันต์ ธนุเทพ, **กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 249.

¹⁸ Werner Levi, **Contemporary International Law: A Concise Introduction**, (Boulder: Westview Press, 1979), p. 38.

¹⁹ วิชัย อริยะนนทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนที่ 1),” **วารสารตุลพาห** 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 106.

จะต้องสามารถแก้ปัญหาความขัดแย้งหรือระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.2.2 ลักษณะของคู่กรณีในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

ในปัจจุบันข้อพิพาทระหว่างประเทศส่วนใหญ่ มักเป็นเรื่องของนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนในด้านต่างๆ เช่น ด้านการค้า การลงทุน ความสัมพันธ์ทางการทูต เป็นต้น โดยสามารถจำแนกคู่กรณีในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ

1) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ (State-to-State Dispute) ซึ่งการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่กรณีมักนิยมใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) เป็นหลัก เนื่องจากมีกฎระเบียบการระงับข้อพิพาทที่เป็นระบบและมีกระบวนการที่ชัดเจน

2) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับภาคเอกชน (Investor-State Dispute) โดยส่วนมากการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับภาคเอกชนจะขึ้นอยู่กับการตกลงของคู่กรณี และมักอาศัยอนุญาโตตุลาการในประเทศคู่กรณี หรืออนุสัญญา /กฎระเบียบว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอื่นๆ ที่รัฐเป็นภาคีอยู่ อาทิเช่น Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), และ International Chamber of Commerce (ICC) เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แนวคิดทางทฤษฎีของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันยอมรับว่าปัจเจกชน (Individual) และผู้กระทำที่มีใช้รัฐสามารถมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นกันในบางกรณี มิได้จำกัดอยู่แต่เพียงรัฐเท่านั้น เช่น เรื่องสิทธิของนักลงทุนหรือสิทธิมนุษยชนในการที่ องค์กรเป็นจำเลยต่อศาลอนุญาโตตุลาการของ ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes)²⁰ แต่ปัจเจกชนไม่มีอำนาจฟ้องรัฐอื่นเป็นจำเลยต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ โดยถือว่ารัฐเจ้าของสัญชาติเป็นผู้เสียหายเองและเป็นดุลยพินิจของรัฐที่จะช่วยเหลือ รงาหรือให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) แก่ปัจเจกชนตามที่ร้องเรียนหรือไม่ก็ได้ สรุปได้ว่า ปัจเจกชนสามารถเข้ามาเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศได้แม้จะเป็นไปอย่างจำกัดก็ตาม

2.2.3 การระงับข้อพิพาทภายใต้กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ

การค้าระหว่างประเทศถือเป็นเรื่องของผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในระดับนานาชาติ ซึ่งเห็นได้จากกระแสการเปิดเสรีทางการค้า (FTA) อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าประเภทอื่นๆ ที่มีใช้ภาษีศุลกากร (NTBs) และการกีดกันทางการค้าที่เกิดจากนโยบายทางการค้าที่มีลักษณะปกป้องธุรกิจและอุตสาหกรรมภายในประเทศของตนมากเกินไปจนเกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศคู่ค้า ดังที่ดำเนินอยู่ในปัจจุบัน อันเป็นสาเหตุของการเกิดข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศขึ้น ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (International Trade

²⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2: รัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 14-15.

Law) นั้น สามารถระงับได้หลายวิธีอาทิเช่น การเจรจาไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ หรือ อนุญาโตตุลาการ โดยส่วนมากจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Contracts) และหากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิก WTO ด้วยกันเอง ก็จะมี วิธีการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะอันมีลักษณะเป็นการผสมผสานกันระหว่างวิธีการทางทศกัณฑ์กับกฎหมาย โดยเน้นการปรึกษาหารือเป็นสำคัญ

2.2.4 การระงับข้อพิพาทภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าและการลงทุน

สำหรับนิยามคำว่า “พันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ” ในที่นี้ หมายความรวมถึง พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากพันธกรณีที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือพันธกรณีที่มีใช้ลายลักษณ์อักษรก็ได้ ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 12 ของร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 (ILC Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts of 2001) ที่ว่า “การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐต้องผูกพัน ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงที่มาหรือลักษณะของพันธกรณีนั้น” จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ รัฐก็จะมีผลความรับผิดชอบระหว่างประเทศตามมาโดย เฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความเสียหาย (Injury) หรือค่าเสียหาย (Damage) เกี่ยวกับการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่มีความสำคัญ ต่อระบบเศรษฐกิจโลกเป็นอย่างมาก อีกทั้ง มีภาคเอกชนหรือปัจเจกชนเข้ามาเกี่ยวข้องในฐานะผู้ประกอบการที่ได้รับผล กระทบจากการกระทำของรัฐอื่นที่ดำเนินนโยบายทางการค้าและการลงทุนอันละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศคู่ค้า จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะในการระงับข้อ พิพาทที่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อให้มีกลไกในการระงับข้อพิพาทที่สามารถแก้ปัญหาคความขัดแย้งที่มีความหลากหลายและซับซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

ในปัจจุบัน องค์การระหว่างประเทศ (International Organization) ที่มีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ องค์การการค้าโลก (WTO), คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL),²¹ สภาหอการค้าระหว่างประเทศ (International of Chamber of Commerce – ICC), คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเอเชียและแปซิฟิก (The United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific – ESCAP), ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States)²² เป็นต้น

²¹ Gerold Herrmann, “The Role of UNCITRAL,” In **Foundations and Perspectives of International Trade Law**, Ian F Fletcher, Marise Cremona and Loukas Mistelis, eds. (London: Sweet & Maxwell, 2001), p. 28-36.

²² อภิญา เลื่อนฉวี, **กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 270.

2.3 กระบวนการในระงับข้อพิพาทตามกฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN Charter)

นับแต่อาเซียน หรือสมาคมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) ได้จัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ก็เริ่มเกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นเนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนมักมีความขัดแย้งในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN Charter) หรือกฎบัตรอาเซียน²³ ทำให้อาเซียนสูญเสียความน่าเชื่อถือในสายตาของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งสาเหตุสำคัญเกิดจากกระบวนการยุติข้อพิพาทของอาเซียนส่วนมากเน้นการเจรจา ประนีประนอมในลักษณะอะลุ่มอล่วยซึ่งกันและกัน โดยไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด

จากการศึกษากฎบัตรอาเซียน ผู้เขียนพบว่าในหมวดที่ 8 เรื่องการระงับข้อพิพาท ได้วางหลักวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้²⁴

ข้อ 22 เป็นหลักการทั่วไป ซึ่งได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องพยายามที่จะระงับข้อพิพาททั้งปวงอย่างสันติให้ทันท่วงทีโดยผ่านการสนทนา การปรึกษาหารือ และการเจรจา รวมทั้งให้อาเซียนจัดตั้งและดำรงไว้ซึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทในทุกสาขาความร่วมมือของอาเซียน

ข้อ 23 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งคนกลางที่มีตำแหน่งหน้าที่อันน่าเชื่อถือเพื่อเข้ามามีบทบาทในการประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยกำหนดว่าประเทศสมาชิกที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทอาจจะตกลงกันเมื่อใดก็ได้ที่จะใช้คนกลางที่มีตำแหน่งหน้าที่น่าเชื่อถือเพื่อระงับข้อพิพาทภายในระยะเวลาที่ตกลงกัน หรือคู่กรณีในข้อพิพาทอาจร้องขอให้ประธานอาเซียน หรือเลขาธิการอาเซียนทำหน้าที่โดยตำแหน่งในการเป็นคนกลางที่มีตำแหน่งหน้าที่น่าเชื่อถือเพื่อเข้ามามีบทบาทในการประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อ 24 เป็นกรณีเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทตามตราสารเฉพาะ กล่าวคือ ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับตราสารเฉพาะของอาเซียนโดยกลไกและขั้นตอนการดำเนินการที่กำหนดไว้ในตราสารนั้นๆ ส่วนข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้ตราสารอาเซียนใดๆ ให้ระงับโดยสันติตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และตามกฎว่าด้วยขั้นตอนการดำเนินงานของสนธิสัญญาดังกล่าวในกรณีที่มีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเป็นการเฉพาะให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้ความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน

ข้อ 25 การจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทในกรณีที่มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเป็นการเฉพาะให้มีการจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม รวมถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้กฎบัตรนี้และตราสารอาเซียนอื่นๆ

²³ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “กฎบัตรอาเซียน” แทน

²⁴ สำนักงานสถิติแห่งชาติ, *กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้*, (กรุงเทพมหานคร: มุมอาเซียน, 2551), หน้า 23-25, ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2555 จาก http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/asean/files/Charter_TH+EN.pdf

ข้อ 26 ข้อพิพาทที่มีอาจะระงับได้ กล่าวคือ ในกรณีที่ยังคงระงับข้อพิพาท ที่เกิดขึ้น มิได้ภายหลังการใช้บทบัญญัติก่อนหน้านี้ในหมวดนี้แล้ว ให้เสนอข้อพิพาทนั้นไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียน เพื่อตัดสิน

ข้อ 27 ในกรณีการปฏิบัติตามคำตัดสินหรือผลการวินิจฉัยนั้น เลขาธิการอาเซียน โดยการช่วยเหลือจากสำนักเลขาธิการอาเซียน หรือองค์กรอาเซียนอื่นๆ ที่ได้รับแต่งตั้ง จะเป็นผู้ สอดส่องดูแลการปฏิบัติตามผลการวินิจฉัยข้อเสนอแนะ หรือข้อตัดสินใจ ซึ่งเป็นผลจากกลไกระงับข้อ พิพาทของอาเซียนและส่งรายงานไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนหรือประเทศสมาชิกที่ได้รับผล กระทบจากการไม่ปฏิบัติตามผลการวินิจฉัย ข้อเสนอแนะหรือข้อตัดสินใจ ซึ่งเป็นผลจากกลไกระงับ ข้อพิพาทของอาเซียนอาจส่งเรื่องไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อตัดสินได้อีกทางหนึ่ง

ข้อ 28 ได้กล่าวถึงบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติ และกระบวนการระหว่าง ประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องว่า หากมิได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่นในกฎบัตรนี้ประเทศสมาชิกยังคงไว้ซึ่งสิทธิที่ จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอย่างสันติที่ระบุไว้ในข้อ 33 (1) ของกฎบัตรสหประชาชาติ หรือตราสาร กฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทเป็นภาคี

จะเห็นได้ว่า การจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียนนั้นถูกระบุไว้ในกฎบัตรอาเซียนตาม มาตรา 25 โดยมาตรา 24 ของกฎบัตรอาเซียนกำหนดให้ประเทศสมาชิกระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับ ตราสารเฉพาะของอาเซียนโดยมีระบบและขั้นตอนการดำเนินการที่กำหนดไว้ในตราสารนั้นๆ อยู่แล้ว ทำให้เกิดประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทว่า กลไกระงับข้อพิพาทที่จะจัดตั้งขึ้น ตามมาตรา 25 ของกฎบัตรอาเซียนจะมีลักษณะเช่นใด

ด้วยเหตุนี้เอง อาเซียนได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวและ เห็นพ้องกันว่า ควรมีการจัดตั้งกลไก การระงับข้อพิพาทที่มีขั้นตอนวิธีการที่ชัดเจนและมีกำหนดระยะเวลาอันเหมาะสม เพื่อให้ กระบวนการยุติข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนมีหลักการที่โปร่งใส เป็นธรรม สามารถ ตรวจสอบได้อย่างไม่มีขีดจำกัดโดยรัฐคู่พิพาทหรือผู้มีส่วนได้ เสียในคดีพิพาท และเพื่อเพิ่มความ เชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่จะได้รับความยุติธรรมจากกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนและ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะ หลีกเลี่ยงการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ และ แก้ปัญหาระหว่างกันโดยวิธีการประนีประนอม อย่างเช่นในอดีต จึงเป็นจุดเริ่มต้นให้ผู้นำอาเซียนร่วมกันจัดทำตราสารของอาเซียนที่สำคัญเกี่ยวกับการ ระงับข้อพิพาท อันได้แก่ สนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia - TAC) พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อ พิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced ASEAN Dispute Settlement Mechanism - EDSM) และพิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท (Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism - DSMP) ซึ่งสามารถสรุป รายละเอียดและสาระสำคัญพอสังเขปได้ ดังนี้²⁵

²⁵ จินห์ มโนธรรม, “กลไกการระงับข้อพิพาทในอาเซียน,” ใน ASEAN Highlights 2011 (กรุงเทพมหานคร: กรมอาเซียน, 2555), หน้า 42-45.

1) สนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia - TAC)²⁶

สนธิสัญญา TAC นั้นถือเป็นสนธิสัญญาฉบับแรกของอาเซียนที่ได้จัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกขึ้นเพื่อใช้กับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีได้เกี่ยวข้องกับการค้าหรือการใช้ตราสารอาเซียนใดๆ ซึ่งผู้นำอาเซียนได้ร่วมลงนามจัดทำขึ้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2519 (ค.ศ. 1976) ตามปฏิญญาว่าด้วยความร่วมมืออาเซียน (Declaration of ASEAN Concord 1976)²⁷ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเสริมสร้างความมั่นคงและสันติภาพในภูมิภาคให้มีความเข้มแข็งยิ่งขึ้น

สำหรับสาระสำคัญของสนธิสัญญา TAC คือ ห้ามมิให้ประเทศสมาชิกคุกคามหรือใช้กำลังต่อกันและกัน และระบุให้ประเทศสมาชิกระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรผ่านการเจรจาตกลงกัน หากไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ ประเทศสมาชิกคู่กรณีอาจร่วมกันยื่นขอให้คณะมนตรีของสภาสูง (High Council) ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนระดับรัฐมนตรีของรัฐภาคีของ TAC ทั้งหมด ทำการพิจารณาเสนอแนะแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมเพื่อระงับข้อพิพาทโดยคณะมนตรีของสภาสูงอาจเสนอตัวทำหน้าที่เป็นคนกลางที่น่าเชื่อถือ (good offices) ดำเนินการประนีประนอม (mediation) ใต้วง (inquiry) หรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (conciliation) เองได้ ซึ่งขณะนี้ได้มีการลงนามพิธีสารแนบท้ายฉบับที่ 3 แล้วเพื่อให้สหภาพยุโรปสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา TAC ได้โดยกำลังอยู่ในขั้นตอนดำเนินการให้พิธีสารฯ นี้มีผลบังคับใช้

2) พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism – EDSM)²⁸

พิธีสาร EDSM นี้เป็นสนธิสัญญาที่กำหนดกลไกระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะ โดยจัดทำขึ้นในปี พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) เพื่อทดแทนพิธีสารว่าด้วยการระงับข้อพิพาทฉบับปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996)²⁹ โดยใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO (Understanding on Rules and Procedure Governing the Settlement of Disputes – DSU) เป็นแม่แบบในการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนเพื่อใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิก เกี่ยวกับการตีความ หรือการใช้กฎบัตรอาเซียนและตราสารอาเซียนอื่นๆ ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน และความตกลงอาเซียนที่ระบุไว้ภายใต้พิธีสารฯ ฉบับนี้ ครอบคลุมไปถึงความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียนที่จะมี ขึ้นในอนาคตด้วย

²⁶ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “TAC” แทน

²⁷ National University of Singapore, **1976 Declaration of ASEAN Concord**, (Singapore: Centre for International Law, 2011), p. 2, Retrieved June 2, 2014 from <http://cil.nus.edu.sg/rp/pdf/1976%20Declaration%20of%20ASEAN%20Concord-pdf.pdf>

²⁸ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “EDSM” แทน

²⁹ หมายความว่า “The 1996 Protocol on Dispute Settlement Mechanism”

สาระสำคัญของพิธีสาร EDSM ฉบับล่าสุดนี้คือ การจัดตั้งคณะพิจารณา (Panels) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ให้สอดคล้องกับกระบวนการภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) ทั้งนี้ พิธีสาร EDSM สนับสนุนให้ประเทศสมาชิกหาทางระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยวิธีปรึกษาหารือ หรือการใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ การประนีประนอม และการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นทางการของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์เมื่อคณะพิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์มีข้อตัดสินและข้อเสนอแนะออกมาแล้วประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อตัดสิน และข้อเสนอแนะนั้น โดยหากไม่ปฏิบัติตามรัฐที่เป็นฝ่ายเสียหายอาจขอให้มีการชดเชยค่าเสียหายหรือขอให้ระงับการให้สิทธิพิเศษทางการค้ากับรัฐคู่กรณีของตนโดยมีสาระสำคัญที่สั้นกระชับ และเปิดกว้างกว่าของ WTO นับตั้งแต่เรื่องการขอปรึกษาหารือหรือการไกล่เกลี่ย การประนีประนอมการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจการค้าของอาเซียน (ASEAN Senior Economic Officials Meeting – SEOM)³⁰ ทำหน้าที่จัดตั้งคณะผู้พิจารณาหรือลูกขุนเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงของคดี รวมทั้งการพิจารณาและตัดสินรายงานของคณะผู้พิจารณาหากคำตัดสินของ SEOM ไม่เป็นที่พอใจก็ให้อุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Ministers – AEM)³¹ ได้ โดยถือเอาคำตัดสินของ AEM เป็นที่สิ้นสุดและเป็นข้อผูกพันที่ประเทศคู่กรณีต้องปฏิบัติตาม

3) พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท (Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism - DSMP)³²

สำหรับพิธีสาร DSMP นั้น ถือเป็นพิธีสารอาเซียนฉบับล่าสุดที่รัฐมนตรีกระทรวงต่างประเทศ (The Foreign Ministers) ของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนได้ร่วมกันลงนามจัดทำขึ้นแนบท้ายกฎบัตรอาเซียน ในการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 16 ณ กรุงฮานอย ประเทศเวียดนาม เมื่อวันที่ 8 เมษายน พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010) ซึ่งขณะนี้อยู่ในระหว่างรอให้ประเทศสมาชิกให้สัตยาบันจนครบก่อนที่จะมีผลบังคับใช้ เนื้อหาสาระสำคัญของพิธีสารฯ ฉบับนี้คือ การระบุให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ตามขั้นตอนและกระบวนการต่างๆ ของกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎบัตรอาเซียนอย่างละเอียด ได้แก่ การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย รวมถึงการใช้อนุญาโตตุลาการด้วยโดยรัฐคู่กรณีสามารถขอให้ประธานอาเซียนหรือเลขาธิการอาเซียนทำหน้าที่เป็นคนกลางที่น่าเชื่อถือ ประนีประนอม หรือไกล่เกลี่ยได้ และหากกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถบรรลุผลได้ รัฐคู่กรณีสามารถนำเรื่องเสนอต่อที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) ซึ่งเป็นกลไกการตัดสินใจข้อพิพาทสูงสุดของอาเซียนได้เช่นเดียวกับกรณีที่รัฐคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำตัดสิน (Non-compliance) รัฐคู่กรณีอีกฝ่ายก็มีสิทธิยื่นเรื่องต่อที่ประชุมสุดยอดอาเซียนให้พิจารณาได้เช่นกัน³³

³⁰ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “SEOM” แทน

³¹ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “AEM” แทน

³² ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “DSMP” แทน

³³ วทันยา สัตยวานิช, *กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน*, (กรุงเทพมหานคร: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2550), หน้า 8-28. ค้นวันที่ 14 พฤษภาคม 2556 จาก <http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/1796/08bibliography-biography.pdf>

ท่านดร.ธเนศ สุจารีกุล³⁴ ได้อธิบายจุดเด่นของวิธีการระงับข้อพิพาทภายใต้ DSMP ไว้ว่า มีกรอบระยะเวลาในการเจรจาที่ยาวขึ้นประกอบกับกลไกพิเศษ เมื่อประเทศคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องเรียนได้ยื่นหนังสือแจ้งไปยังประเทศคู่พิพาทฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ³⁵ ประเทศคู่พิพาทฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบนั้นมีหน้าที่ต้องตอบกลับภายใน 30 วัน และต้องดำเนินการเจรจากันภายใน 60 วันและให้เจรจากันแล้วเสร็จภายใน 90 วัน³⁶ ถ้าตกลงกันไม่ได้ สามารถอุทธรณ์ร้องเรียนไปยังคณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ASEAN Coordinating Councils – ACCs)³⁷ ซึ่งประกอบด้วยประกอบด้วยรัฐมนตรีต่างประเทศของประเทศสมาชิกอาเซียน โดย ACCs จะต้องตัดสินใจภายใน 45 วัน ตามหลักฉันทามติ (Consensus) ในเชิงบวก และ ACCs สามารถเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทได้³⁸ ดังที่กล่าวข้างต้น แต่มีวิธีการระงับข้อพิพาทพิเศษที่เพิ่มเติมขึ้นมาใน DSMP ปี 2010 คือ การเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)³⁹ แต่ถ้าเป็นข้อพิพาทที่เข้าเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

กรณีที่หนึ่ง ACCs ไม่สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ และฝ่ายจำเลยไม่ประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

กรณีที่สอง ACCs สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ แต่ประเทศคู่พิพาทไม่ประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

กรณีที่สาม ACCs สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ แต่ประเทศคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ครบทุกฝ่าย หรือ

กรณีที่สี่ ACCs สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ และประเทศคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการครบทุกฝ่าย แต่ผลคำชี้ขาด (Award) ของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นที่พอใจของประเทศคู่พิพาท

กรณีเช่นนี้ ให้ถือว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาท ที่ไม่อาจระงับได้ (Unresolved dispute)⁴⁰ ภายใต้กรอบอาเซียน และต้องส่งเรื่องไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit)

³⁴ ธเนศ สุจารีกุล, อดีตผู้อำนวยการกองสนธิสัญญา (เจ้าหน้าที่การทูต 8) กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ โครงการปริญญาโทด้านกฎหมายระหว่างประเทศและการทูต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 26 เมษายน 2557, การสัมภาษณ์.

³⁵ Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism, Article 5.1

³⁶ Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism, Article 5.3

³⁷ ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ACCs” แทน

³⁸ Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism, Article 9

³⁹ Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism, Article 10- 12

⁴⁰ Protocol to the ASEAN Charter on Disputes Settlement Mechanism, Article 1 (e)

ซึ่งประกอบไปด้วยประมุขของประเทศสมาชิกหรือผู้นำรัฐบาลของแต่ละประเทศสมาชิก เพื่อทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทนั้น ซึ่งปัญหาที่ตามมาก็คือ บรรดาประมุขของประเทศสมาชิกหรือผู้นำรัฐบาลของแต่ละประเทศสมาชิกมิได้มีความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่ควร จึงเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ จึงเห็นได้ชัดว่า การระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบอาเซียนนั้นจะเริ่มต้นด้วยกฎหมาย แต่จะระงับด้วยวิธีการทางทูตแทบทุกเรื่อง

กล่าวโดยสรุปก็คือ ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากตราสารอาเซียน และตราสารอาเซียนนั้นมิได้กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ ให้ใช้มาตรา 25 ของกฎบัตรอาเซียนมาบังคับแก่ข้อพิพาทนั้น ซึ่งระบุให้มีการจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม รวมถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้กฎบัตรนี้และตราสารอาเซียนอื่นๆ อันหมายถึงการเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของ DSMP โดยการใช้วิธีปรึกษาหารือ การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม และการอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องกับการเมือง ความมั่นคง สังคม และวัฒนธรรม โดยไม่ครอบคลุมถึงข้อพิพาททางเศรษฐกิจ เนื่องจากมีพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียนด้านเศรษฐกิจ หรือ EDSM มารองรับโดยเฉพาะอยู่แล้ว⁴¹

อย่างไรก็ดี อาเซียนมักแก้ไข ปัญหาและระงับข้อพิพาทระหว่างกันอย่างฉันทมิตร ทำให้ปัจจุบันยังไม่เคยมีคู่กรณีพิพาทรายใดเลือกใช้กลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจตามพิธีสาร EDSM เลย ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร EDSM ฉบับเดิมนั้น มีรายละเอียดดังนี้⁴²

2.3.1 การระงับข้อพิพาทระหว่างสมาชิกคู่พิพาท

ขั้นตอนแรก เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนก็คือ การปรึกษาหารือ (Consultation) โดยสมาชิกมีสิทธิขอหารือกับสมาชิกอื่น ใน 3 กรณีด้วยกัน คือ

- 1) ในกรณีเกี่ยวกับการปฏิบัติตาม การตีความ หรือการบังคับใช้ความตกลงฯ หรือ
- 2) ในกรณีที่เห็นว่า สมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลงฯ ทำให้ผลประโยชน์ที่ตนพึงได้รับไม่ผ่านทางตรงหรือทางอ้อม ต้องเสียหายไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือ
- 3) ในกรณีที่เห็นว่า สมาชิกอื่นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงฯ

เมื่อมีการขอหารือ สมาชิกที่ได้รับคำขอหารือจะตั้ง อกตอบคำขอภายใน 10 วัน และทำการหารือภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับคำขอหารือ เพื่อหาข้อยุติอันเป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่าย⁴³

นอกจากนี้ สมาชิกคู่พิพาทอาจตกลงจัดให้มีการเจรจาโดยใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (Good Office) การประนีประนอม (Conciliation) หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) ในเวลาใดๆ ก็ได้และจะสิ้นสุดลงเมื่อใดก็ได้⁴⁴ อีกทั้ง สมาชิกคู่พิพาทอาจตกลงที่จะใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควบคู่

⁴¹ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.), *เรื่องเดิม*.

⁴² ดาริกา โปธิรุกข์, *กลไกทางกฎหมายในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 106-111.

⁴³ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 2.3

⁴⁴ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 3.1

กับกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนก็ได้⁴⁵ อย่างไรก็ตาม หากมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว จะต้องเลิกใช้กระบวนการดังกล่าวก่อนที่จะขอตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) ซึ่งเลขาธิการอาเซียนอาจเป็นผู้เสนอจัดให้มีการเจรจาการประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อช่วยสมาชิกในการระงับข้อพิพาทได้⁴⁶

2.3.2 การระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณา

คณะผู้พิจารณา (Panel) คือ ผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือภาคเอกชน ต้องเป็นผู้ที่มีประสบการณ์กว้างขวางและความเชี่ยวชาญในเรื่องกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ เป็นอย่างมาก รวมถึงผู้ที่เคยทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณามาก่อน โดยมีหลักเกณฑ์ในการเสนอชื่อผู้ที่จะทำหน้าที่ผู้พิจารณาว่า จะต้องเสนอชื่อผู้ที่เป็นคนชาติของสมาชิกอาเซียนก่อน⁴⁷ ซึ่งคณะผู้พิจารณาประกอบด้วยองค์คณะจำนวน 3 คน และห้ามคนชาติของสมาชิกคู่พิพาททำหน้าที่ผู้พิจารณาเพื่อประกันความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ของคณะผู้พิจารณา ทั้งนี้ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

อย่างไรก็ตาม คณะผู้พิจารณาจะเข้ามามีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างสมาชิกคู่พิพาทในกรณีที่สมาชิกคู่พิพาทไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ได้รับคำขอหารือ โดยเสนอเรื่องต่อ SEOM และหากมีมติให้ตั้งคณะผู้พิจารณา จะต้องกระทำภายใน 30 วัน นับจากวันที่เสนอเรื่องต่อ SEOM ทั้งนี้ SEOM อาจกระทำการใดๆ เพื่อยุติข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรในกรณีที่เห็นสมควร โดยไม่ต้องตั้งคณะผู้พิจารณาก็ได้ แต่ต้องกระทำภายใน 30 วัน นับจากวันที่เสนอเรื่องต่อ SEOM ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณา ประกอบด้วย 4 ขั้นตอน ดังนี้⁴⁸

1) การตั้งคณะผู้พิจารณา

เลขาธิการอาเซียน (ASEAN Secretary-General) เป็นผู้ทำหน้าที่เสนอต่อสมาชิกคู่พิพาทให้มีการคัดเลือกคณะผู้พิจารณา โดยจะต้องตกลงกันให้เสร็จสิ้นภายใน 20 วัน นับจากวันที่เสนอตั้งคณะผู้พิจารณา โดยปรึกษาหารือร่วมกับประธาน SEOM และทำการตั้งคณะผู้พิจารณาจากบุคคลที่ผ่านการพิจารณาจากเลขาธิการอาเซียนแล้วว่ามีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุด ทั้งนี้ ประธาน SEOM จะเป็นผู้แจ้งให้สมาชิกอาเซียนทราบภายใน 10 วัน นับจากวันที่มีการรับรองคำขอนั้น ซึ่งตามหลักทั่วไปประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องยอมรับและอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของประเทศสมาชิกทำงานในฐานะคณะผู้พิจารณาได้⁴⁹

2) หน้าที่ของคณะผู้พิจารณา

⁴⁵ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 1.1

⁴⁶ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 11.3

⁴⁷ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Appendix 2

⁴⁸ นิมนวล ผิวทองงาม, *เขตการค้าเสรีอาเซียน*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 50-57.

⁴⁹ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Appendix 2

คณะผู้พิจารณาที่ SEOM มีมติจัดตั้งขึ้น จะทำหน้าที่พิจารณาประเด็นข้อพิพาทและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงพิจารณาว่ามีการปฏิบัติตามความตกลงฯหรือไม่ และพิจารณาประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อช่วยเหลือ SEOM ในการตัดสินข้อพิพาทนั้นๆ⁵⁰ โดยจะต้องเสนอความเห็นต่อ SEOM ภายใน 60 วัน นับตั้งแต่วันที่ตั้งคณะผู้พิจารณา หรือภายใน 70 วัน ในกรณีที่มีความจำเป็นพิเศษ ทั้งนี้จะต้องให้สมาชิกคู่พิพาทมีโอกาสพิจารณาความเห็นของคณะผู้พิจารณาก่อนที่จะเสนอต่อ SEOM⁵¹

3) การดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา

คู่ความในข้อพิพาทหรือคู่ความที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีจะได้รับเชิญจากคณะผู้พิจารณาก่อนการประชุมเพื่อให้มาปรากฏตัว⁵² ซึ่งการพิจารณาจะดำเนินไปอย่างต่อเนื่องและเอกสารที่ส่งต่อคณะพิจารณาจะถูกเก็บไว้เป็นความลับ เว้นแต่คู่ความต้องการเปิดเผยค่าแถลงข่ของตนต่อสาธารณะ ก่อนการประชุมด้านสาระสำคัญครั้งแรกจะเริ่มขึ้น ประเทศสมาชิกคู่พิพาทจะส่งข้อเสนอที่เป็นลายลักษณ์อักษร ข้อเท็จจริง เหตุผลสนับสนุน หรือข้อโต้แย้งต่อคณะผู้พิจารณา ซึ่งคณะผู้พิจารณาจะถามคู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดีก่อน⁵³ และในการประชุมด้านสาระสำคัญครั้งที่ 2 คู่ความฝ่ายตรงข้ามกับผู้ร้องจะมีสิทธิโต้แย้งหรือชี้แจงก่อน และตามด้วยคู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดี ทั้งนี้ คณะผู้พิจารณาจะส่งคำถามให้คู่ความเพื่อให้อธิบายในระหว่างที่กำลังประชุม หรือให้อธิบายเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ไม่ว่าในเวลาใดก็ตาม⁵⁴

4) การทำคำวินิจฉัย

SEOM จะต้องพิจารณารายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณา และมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีพิพาทภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับรายงานจากคณะผู้พิจารณา และระยะเวลาดังกล่าวอาจเพิ่มขึ้นอีก 10 วัน หากมีความจำเป็นพิเศษ สมาชิกคู่พิพาทสามารถมีผู้แทนอยู่ในที่ประชุม SEOM ที่ทำการพิจารณาคดีได้ แต่จะต้องไม่มีส่วนร่วมในการทำคำตัดสินของ SEOM โดยคำตัดสินเช่นว่านี้ ให้ถือตามเสียงข้างมากของ SEOM⁵⁵

2.3.3 การอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาท

หากสมาชิกคู่พิพาทไม่พอใจคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาทต่อ AEM ภายใน 30 วัน นับตั้งแต่มีคำวินิจฉัย⁵⁶ โดย AEM จะต้องมีการวินิจฉัยภายใน 30 วัน

⁵⁰ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 5.1

⁵¹ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 6

⁵² Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Appendix 2

⁵³ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Appendix 2

⁵⁴ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Appendix 2

⁵⁵ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 7

⁵⁶ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 8.1

นับจากวันที่อุทธรณ์ โดยให้ถือตามเสียงข้างมาก⁵⁷ ทั้งนี้ คำตัดสินของ AEM ถือเป็นที่สุดและผูกพัน คู่พิพาททุกฝ่าย

2.3.4 การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท

คู่พิพาทจะต้องตกลงกันเพื่อกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำตัดสิน ซึ่งจะต้องไม่เกิน 30 วัน นับจากวันที่ SEOM หรือ AEM ได้มีคำตัดสิน โดยคู่พิพาทมีหน้าที่ต้องรายงานความคืบหน้าในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษรให้ SEOM หรือ AEM ทราบด้วย⁵⁸

2.3.5 การชดเชยและมาตรการตอบโต้

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทหรือไม่ยอมปรับนโยบายระหว่างประเทศให้สอดคล้องกับความตกลงฯ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องมีสิทธิร้องขอเจรจาเรื่องการจ่ายค่าชดเชยก่อนสิ้นกำหนดระยะเวลาพอสมควร หากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ภายใน 20 วันหลังสิ้นระยะเวลาพอสมควรดังกล่าว ประเทศสมาชิกฝ่ายที่ชนะสามารถร้องขอ AEM เพื่อขออนุญาตทำการตอบโต้ได้ อาทิเช่น การระงับการให้สิทธิประโยชน์ การระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงที่เกี่ยวข้อง⁵⁹ โดยเลขธิการอาเซียนมีหน้าที่ต้องให้การสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของ คณะผู้พิจารณา และต้องติดตามการปฏิบัติตามคำตัดสินของฝ่ายที่แพ้คดีด้วย⁶⁰ อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้พิธีสารฯ นี้ จะต้องใช้เวลาสูงสุดไม่เกิน 290 วัน⁶¹

จากการสัมภาษณ์ท่านสรวิศ ลิ้มปริงซี่⁶² ได้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับลำดับขั้นต้น ในการเลือกใช้บทบัญญัติใดก่อน /หลังในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนว่า มีลักษณะคล้ายกับลำดับศักดิ์กฎหมาย (Hierarchy of law) กล่าวคือ ผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทด้านต่างๆ ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน รวมทั้งประเทศสมาชิกคู่พิพาทจะต้องเลือก ใช้และปฏิบัติตามขั้นตอนแห่งบทบัญญัติอันเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีลำดับความสำคัญสูงสุดมาปรับใช้ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทนั้นๆ ก่อน ที่จะนำเอาบทบัญญัติลำดับรอง อันได้แก่ ตราสารอาเซียนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะกรณี มาปรับใช้ในการยุติข้อพิพาทดังกล่าว เนื่องจากกฎบัตรอาเซียน ถือเป็นตราสารระหว่างประเทศที่จัดตั้ง จัดระเบียบ และกำหนดอำนาจหน้าที่ของอาเซียน รวมถึงประเทศสมาชิกอาเซียนด้วย จึงเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญสูงสุดเปรียบเสมือนรัฐธรรมนูญของอาเซียนที่ประเทศสมาชิกทุกประเทศจะต้อง ยึดถือ

⁵⁷ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 8.2

⁵⁸ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 8.3

⁵⁹ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 9.1

⁶⁰ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 11

⁶¹ Protocol on Disputes Settlement Mechanism 1996, Article 10

⁶² สรวิศ ลิ้มปริงซี่, ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา, สำนักงานศาลยุติธรรม, 23 มกราคม 2557, การสัมภาษณ์.

ปฏิบัติตาม ยกตัวอย่างเช่น เมื่อเกิดความขัดแย้งหรือข้อพิพาททางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนขึ้น ประเทศคู่พิพาทจะต้องยึดถือปฏิบัติตามขั้นตอนการระงับข้อพิพาท ในหมวดที่ 8 แห่งกฎบัตรอาเซียนก่อนเป็นอันดับแรก โดยเริ่มตั้งแต่การสนทนา การปรึกษาหารือการเจรจา การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย และการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นว่านี้โดยเฉพาะ และมีคำตัดสินชี้ขาดบังคับแก่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทให้ปฏิบัติตามต่อไป ทั้งนี้ เว้นเสียแต่ว่าในข้อสัญญาหรือความตกลง ระหว่างประเทศสมาชิกคู่พิพาทดังกล่าวจะได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่า เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นอันมีสาเหตุมาจากการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาเช่นว่านี้ ประเทศคู่พิพาทประสงค์ที่จะนำเอาบทบัญญัติหรือตราสารอาเซียนใดมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนี้เป็นการ เฉพาะ อาทิเช่น พิธีสาร EDSM เป็นต้น ซึ่งโดยมากมักจะระบุเป็นพิธีสารแนบท้ายหรือแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาหรืออนุสัญญานั้นๆ

2.4 ลักษณะกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ในปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) ได้ออกแถลงการณ์บาหลี ครั้งที่ 2 (Bali Concord II) ณ เกาะบาหลี ประเทศอินโดนีเซีย โดยเห็นชอบให้มีการรวมตัวด้านเศรษฐกิจไปสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community - AEC)⁶³ ภายในปี พ.ศ. 2563 (ค.ศ. 2020) ถือเป็นประกาศเจตนารมณ์ในการกระชับความสัมพันธ์อันดีระหว่างสมาชิกอาเซียนให้มีความใกล้ชิดมากยิ่งขึ้นและให้เร่งรัดการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเพื่อเปิดเสรีด้านสินค้าและบริการสำคัญ 11 สาขาสำคัญ (Priority Sectors) อันได้แก่ การท่องเที่ยว การบิน ยานยนต์ ผลิตภัณฑ์ไม้ ผลิตภัณฑ์ยาง สิ่งทอ อิเล็กทรอนิกส์ สินค้าเกษตรและประมง เทคโนโลยีสารสนเทศ และสุขภาพ ภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) เพื่อเป็นแรงขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจในการมุ่งไปสู่การเป็น AEC

นอกจากนี้ อาเซียนยังได้ตกลงเห็นชอบให้มีการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่เดิมให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยให้มีลักษณะเป็นระบบอิง กฎ (Rule-Based System) เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสมาชิกอาเซียน และเพื่อพัฒนากระบวนการยุติข้อพิพาทของอาเซียนให้มีความเข้มแข็งมากขึ้น โดย AEM ได้ลงนามใน “พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนฉบับใหม่ ค.ศ. 2004” (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism)⁶⁴ ระหว่างการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 10 เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 ณ กรุงเวียงจันทน์ประเทศลาวซึ่งถือเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่เข้มข้นกว่าฉบับเดิม กล่าวคือ มีการปรับขั้นตอนในการแก้ไข ปัญหาข้อพิพาททางด้านการค้าและการลงทุนของอาเซียนให้มีความรัดกุมและสะดวกมากยิ่งขึ้น ตามความเห็นชอบของที่ประชุมของคณะทำงานระดับสูงว่าด้วยการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอาเซียน (High-Level Task Force: HLTF)

⁶³ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “AEC” แทน

⁶⁴ รัชวิชญ์ ปิยะปราโมทย์, ร่างพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนปี 2004, (กรุงเทพมหานคร: สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2548), หน้า 7.

ภายใต้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนฉบับใหม่ปี ค.ศ. 2004 นี้ อาเซียน ยังได้ปรับปรุงกลไกการดำเนินงานให้มีระบบการระงับข้อพิพาทอื่นๆ ทั้งในลักษณะของการให้ คำปรึกษาหารือและชี้แนะแนวทางแก้ไขปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน⁶⁵ อันได้แก่ การจัดตั้งหน่วยงานด้านกฎหมาย (ASEAN Legal Unit) ขึ้น หรือที่เรียกว่า “ศูนย์กฎหมายอาเซียน” ณ สำนักเลขาธิการอาเซียน (ASEAN Secretariat) กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย เพื่อให้คำ ปรึกษาหารือและการตีความกฎหมาย รวมถึงความตกลง หรือพิธีสารฉบับต่างๆ ของอาเซียน ซึ่ง ประกอบไปด้วยนักกฎหมายและนักวิชาการที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องกฎหมายการค้า ระหว่าง ประเทศโดยทำหน้าที่ให้คำแนะนำประเด็นในทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนการทำงานของ “องค์กร ระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน” (ASEAN Compliance Body – ACB)⁶⁶ ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลให้ประเทศสมาชิกอาเซียนปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ ที่ มีอยู่ อย่างจริงจัง โดยสมาชิกอาเซียนมีสิทธิแต่งตั้งผู้แทน ACB ได้ประเทศละ 1 คน อย่างไรก็ตาม คำแนะนำ ของ ACB ดังกล่าวนี้อาจไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายใดๆ ต่อประเทศสมาชิกอาเซียนนอกจากนี้ อาเซียน ได้จัดตั้ง “หน่วยงานกำกับดูแลแก้ไขปัญหาค้าและการลงทุนของอาเซียนทางอินเ ตอร์เน็ต” (ASEAN Consultations to Solve Trade and Investment Related Issues - ACT)⁶⁷ เพื่อให้ คำปรึกษาในการแก้ไขปัญหาค้าและการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียน โดยใช้วิธีการติดต่อ ประสานงานทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นกลไกที่มีต้นแบบมาจากสหภาพยุโรป (EU SOLVIT) อันเป็นการ ลดขั้นตอนและระยะเวลาดำเนินการเพื่อช่วยเหลือภาคเอกชนในการแก้ไขปัญหาลุล่วงโดยเร็ว และ ช่วยส่งเสริมบรรยากาศที่ดีในการลงทุนให้แก่ธุรกิจภายในภูมิภาคอาเซียน

2.4.1 ข้อพิจารณาทั่วไป

พิธีสาร EDSM นั้น ถือเป็นพิธีสารภายใต้กฎบัตรอาเซียนที่มีบทบาทสำคัญต่อกลไกการระงับ ข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขั้นตอนการระงับข้อ พิพาทอันมีขอบเขตครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยการเสริมสร้างความร่วมมือ ทางเศรษฐกิจของอาเซียนซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพิธีสารแก้ไขกรอบความตกลงว่าด้วยกา รเสริมสร้าง ความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน และความตกลงอาเซียนที่ระบุไว้ในส่วนแนบท้ายที่ 1 ของพิธี สารฯ และความตกลงว่าด้วยการเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียนที่จะมีขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีความตกลงอาเซียนบางฉบับมีข้อพิพาทหรือข้อบทเพิ่มเติม เกี่ยวกับการ ระงับข้อพิพาทและข้อบทเหล่านั้นขัดกับข้อบทของพิธีสารฯ ก็ให้ใช้ข้อบทของความตกลงฉบับนั้น⁶⁸

⁶⁵ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, **กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Dispute Settlement Mechanism)**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอาเซียน, 2549), ย่อหน้าที่ 5, คำนวนที่ 3 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.dtn.go.th/dtn/tradeinfo/dtn_3_4_asean_menu5.php

⁶⁶ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ACB” แทน

⁶⁷ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ACT” แทน

⁶⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 1.1, 1.2

ทั้งนี้ ในกรณีที่ประเทศสมาชิกมีสิทธิจะฟ้องคดีภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน หรือกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความร่วมมืออื่น ประเทศสมาชิกมีสิทธิที่จะ เปลี่ยนไปใช้ กลไกการระงับข้อพิพาทอื่นเมื่อใดก็ได้ แต่จะต้องกระทำก่อนมีคำขอให้ที่ประชุม SEOM ตั้งคณะผู้ พิจารณา⁶⁹ ซึ่งพิธีสาร EDSM ได้จัดลำดับขั้นตอนในกลไกการระงับข้อพิพาทไว้ ดังนี้

2.4.1.1 การระงับข้อพิพาทโดยสมาชิกคู่พิพาท

1) การระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือ (Consultations)

การปรึกษาหารือถือเป็นขั้นตอนแรกของการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อ พิพาทภายใต้พิธีสาร EDSM ในกรณีที่ประเทศสมาชิกเห็นว่า สิทธิประโยชน์ของตนไม่ว่าทางตรงหรือ ทางอ้อมภายใต้ความตกลงฯ ถูกกระทบ เนื่องจากประเทศสมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลงฯ หรือมีสถานการณ์ใดๆ เกิดขึ้น ก็สามารถดำเนินการหารือกับประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องเพื่อหาข้อยุติ อันเป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย⁷⁰

2) การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Good Offices, Conciliation or Mediation)

ประเทศคู่พิพาทสามารถเลือกใช้การไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยการใช้คน กลางที่น่าเชื่อถือ (Good Offices) หรือใช้การประนีประนอม (Conciliation) หรือการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท (Mediation) โดยจะเริ่มใช้หรือเลือกใช้เมื่อใดก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากเลือกใช้การไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทแล้ว จะต้องยุติการใช้กระบวนการดังกล่าวก่อนที่จะขอให้จัดตั้งคณะผู้พิจารณา⁷¹ ทั้งนี้ คู่พิพาท อาจตกลงที่จะใช้การไกล่เกลี่ยควบคู่กับการดำเนินการตามพิธีสารฯ ก็ได้ โดยเลขาธิการอาเซียนอาจ เสนอเป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกก็ได้⁷²

2.4.1.2 การระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณา

กลไกการระงับข้อพิพาทของพิธีสาร EDSM นั้น ใช้หลัก Negative Consensus เช่นเดียวกับกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO (DSU) ซึ่งในการพิจารณาคำขอให้ตั้งคณะผู้ พิจารณา⁷³ การรับรองรายงานของคณะผู้พิจารณาและรายงานขององค์กรอุทธรณ์⁷⁴ รวมไปถึงการ

⁶⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 1.3

⁷⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 3.2

⁷¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 4.1

⁷² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 4.2

⁷³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 5.1

⁷⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 9.1

อนุญาตให้ฝ่ายที่ชนะคดีทำการตอบโต้⁷⁵ ในกรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำตัดสิน หรือการอนุญาตให้ทำการตอบโต้แบบไม่สามารถกระทำได้นั้น เนื่องจากตามหลัก Negative Consensus ประเทศสมาชิกต้องอนุญาตให้ตั้งคณะผู้พิจารณารับรองรายงานคำตัดสินหรืออนุญาตให้ทำการตอบโต้ เว้นแต่สมาชิกทั้งหมดรวมทั้งฝ่ายที่ฟ้องร้อง คดีมีฉันทามติไม่ให้ตั้งคณะผู้พิจารณา หรือไม่รับรองรายงานคำตัดสิน หรือไม่อนุญาตให้ทำการตอบโต้

1) การตั้งคณะผู้พิจารณา

ประเทศสมาชิกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถขอให้เลขาธิการอาเซียนแต่งตั้งคณะผู้พิจารณาได้ โดยจะต้องหารือกับประธานที่ประชุม SEOM ด้วย ซึ่งจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จและแจ้งให้ประเทศสมาชิกทราบถึงผลการแต่งตั้งคณะผู้พิจารณาภายใน 10 วัน⁷⁶

2) อำนาจหน้าที่ของคณะผู้พิจารณา

คณะผู้พิจารณาทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ข้อเท็จจริงแห่งคดี รวมทั้งความตกลงที่เกี่ยวข้อง และพิจารณาว่ามีการปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งความตกลงฯ เช่นว่านั้นหรือไม่ รวมถึงการจัดทำข้อสรุปและคำตัดสินข้อพิพาท⁷⁷ ทั้งนี้ การพิจารณาของคณะผู้พิจารณาจะต้องเป็นความลับ ซึ่งคณะผู้พิจารณาจะต้องยกร่างรายงานคำตัดสินโดยพิจารณาจากข้อมูลที่ได้รับ และถ้อยแถลงของประเทศคู่พิพาท และจะต้องไม่ยกร่างคำตัดสินต่อหน้าประเทศคู่พิพาท⁷⁸

3) วิธีพิจารณาของคณะผู้พิจารณา

คณะผู้พิจารณาจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยปฏิบัติตามข้อบทแห่งพิธีสารฯ นี้ และจะต้องหารือกันเฉพาะในระหว่างผู้พิจารณาเท่านั้น โดยประเทศสมาชิกคู่พิพาทและประเทศสมาชิกที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องจะเข้าร่วมประชุมกับคณะผู้พิจารณาได้เฉพาะเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะผู้พิจารณาเท่านั้น⁷⁹ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกคู่พิพาทสามารถเปิดเผยท่าทางของตนต่อสาธารณชนได้ และจะต้องทำบทสรุปคำฟ้องที่สามารถเปิดเผยได้ ในกรณีที่ได้รับคำร้องขอจากประเทศสมาชิกอื่น⁸⁰

4) การรับรองรายงานของคณะผู้พิจารณา

⁷⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 16.1

⁷⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Appendix II.1

⁷⁷ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 7

⁷⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 8.5

⁷⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Appendix II.1 และ Appendix II.2

⁸⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 8.5 และ Appendix II.3

ที่ประชุม SEOM จะรับรองรายงานการประชุมภายใน 30 วัน นับจากวันที่ คณะผู้พิจารณาได้ส่งมอบรายงาน เว้นแต่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าจะอุทธรณ์คำ ตัดสิน หรือ SEOM มีฉันทามติไม่รับรองรายงานการประชุม ทั้งนี้ ในกรณีที่ประเทศสมาชิกคู่ พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าจะอุทธรณ์ ให้ระงับการรับรองรายงานการประชุมไว้จนกว่าการอุทธรณ์จะเสร็จ ลิ้น⁸¹

5) กรณีพิพาทที่มีประเทศสมาชิกผู้ฟ้องคดีหลายราย

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกมากกว่าหนึ่งประเทศขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณาใน ข้อพิพาทเรื่องเดียวกัน ให้ตั้งคณะผู้พิจารณาคณะเดียวเพื่อพิจารณาคำฟ้องเหล่านั้น หากเป็นไปได้ แต่ จะต้องคำนึงถึงสิทธิของทุกประเทศสมาชิกที่เป็นฝ่ายฟ้องคดี โดยให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคำฟ้อง ของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศโดยเฉพาะ และให้ทำรายงานแยกต่างหากสำหรับแต่ละประเทศ สมาชิกหากได้รับคำร้องขอ⁸²

6) ฝ่ายที่สาม

พิธีสาร EDSM ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของประเทศสมาชิกที่ไม่ได้เป็น คู่พิพาทในคดีโดยตรง โดยกำหนดว่า ในการพิจารณาคดีพิพาท คณะผู้พิจารณาจะต้องคำนึงถึงสิทธิ ของประเทศสมาชิกอื่นภายใต้ความตกลงฯ เช่นว่านั้นด้วย และให้ประเทศสมาชิกที่มีประโยชน์ เกี่ยวข้องถึงขนาดในคดี มีสิทธิแสดงความคิดเห็นต่อหน้าคณะผู้พิจารณาได้ในฐานะฝ่ายที่สาม (third party) และมีสิทธิที่จะได้รับคำฟ้องของประเทศสมาชิกคู่พิพาทในการประชุมเพื่อนัดฟังคดี (substantive meeting) ของคณะผู้พิจารณาในครั้งแรก แต่จะต้องแจ้งต่อที่ประชุม SEOM ให้ทราบ ก่อนว่าตนมีสิทธิประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี⁸³

2.4.1.3 การอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาท

1) องค์กรอุทธรณ์ (appellate body)

พิธีสาร EDSM กำหนดให้ตั้งองค์กรอุทธรณ์คำตัดสินของคณะผู้พิจารณา โดยให้ที่ประชุม AEM เป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งองค์กรอุทธรณ์จะต้องมีองค์คณะในการพิจารณา คดีอุทธรณ์ 3 คน โดยให้หมุนเวียนกันทำหน้าที่พิจารณาคดี⁸⁴ อย่างไรก็ตาม สมาชิกองค์กรอุทธรณ์จะต้องไม่เข้าร่วมใน การพิจารณาคดีพิพาทที่ตนมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อม⁸⁵

⁸¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 9.1

⁸² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 10.1, 10.2

⁸³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 11.1, 11.2, 11.3

⁸⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 12.1

⁸⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 12.2

องค์กรอุทธรณ์จะต้องพิจารณาและทำรายงานคำตัดสินให้เสร็จภายใน 60 วัน นับจากวันที่ประเทศสมาชิกคู่ พิพาทแจ้งว่าจะอุทธรณ์คดี ในกรณีที่องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าไม่สามารถทำรายงานคำตัดสินให้เสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวก็อาจขยายกำหนดเวลาออกไปได้ อย่างไรก็ตาม องค์กรอุทธรณ์จะต้องทำรายงานคำตัดสินให้เสร็จภายใน 90 วัน ในทุกกรณี⁸⁶

ทั้งนี้ องค์กรอุทธรณ์จะพิจารณาเฉพาะป ระเด็นกฎหมาย ซึ่งได้ยกขึ้นว่ากล่าวแล้วในรายงานของคณะผู้พิจารณา และการตีความข้อกฎหมายของคณะผู้พิจารณาเท่านั้น โดยองค์กรอุทธรณ์อาจตัดสินให้ยืนตาม หรือแก้ไข หรือกลับ คำตัดสินของคณะผู้พิจารณา⁸⁷

2) การรับรองรายงานขององค์กรอุทธรณ์

ที่ประชุม SEOM จะรับรองรายงานขององค์กรอุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับจากวันที่ส่งรายงานดังกล่าว ให้สมาชิกองค์กรอุทธรณ์พิจารณาเว้นแต่ SEOM มีฉันทามติไม่รับรองรายงานดังกล่าว⁸⁸

3) การติดต่อกับคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์

ห้ามมิให้ประเทศคู่พิพาทติดต่อกับฝ่ายเดียวกับคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ในเรื่องอันเกี่ยวข้องกับคดีที่คณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์กำลังพิจารณาอยู่⁸⁹

2.4.1.4 การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท

ในกรณีที่คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์มีความเห็นว่า ประเทศสมาชิกใช้ มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีแห่งความตกลงฯ คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์จะต้องมีคำ ตัดสินให้ประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีปรับมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงฯ เช่นว่านั้น⁹⁰ ทั้งนี้ คำ ตัดสินดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการเพิ่มหรือลดสิทธิภายใต้ความตกลงฯ⁹¹

นอกจากนี้ รายงานคำตัดสินดังกล่าวจะต้องกำหนดรายละเอียดค่าใช้จ่ายที่ประเทศ สมาชิก คู่พิพาทและฝ่ายที่สามจะต้องรับผิดชอบหรือจ่ายคืนกองทุนกลไกการระงับข้อพิพาทของ

⁸⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 12.5

⁸⁷ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 12.6

⁸⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 12.13

⁸⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 13.1

⁹⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 14.1

⁹¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 14.2

อาเซียน (ASEAN DSM Fund) โดยคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์มีดุลยพินิจในการกำหนดตามเห็นสมควรเป็นกรณีๆ ไป⁹²

ประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ที่ประชุม SEOM รับรองรายงานดังกล่าว⁹³ โดยประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีอาจขอขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินได้ในกรณีที่มีความจำเป็น และประเทศสมาชิกฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องไม่ปฏิเสธคำขอขยายระยะเวลาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันสมควร⁹⁴

ทั้งนี้ จะต้องตกลงกันภายใน 14 วัน นับจากวันที่รับรองรายงาน⁹⁵ และประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องทำรายงานเสนอต่อ SEOM เพื่อแจ้งความก้าวหน้าในการปฏิบัติตามคำตัดสินด้วย⁹⁶

อย่างไรก็ดี ประเทศสมาชิกคู่พิพาทอาจขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณา (Compliance Panel) เพื่อตัดสินว่าประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีได้ปฏิบัติตามคำตัดสินแล้วหรือไม่ และให้ทำรายงานให้เสร็จภายใน 60 วัน ซึ่งอาจขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ แต่รวมแล้วจะต้องไม่เกิน 90 วัน⁹⁷

2.4.1.5 การให้การชดเชยและการระงับการให้สิทธิประโยชน์

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินได้ภายใน 60 วัน นับจากวันที่มีการรับรองรายงาน หรือภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ ประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องเจรจาเพื่อให้การชดเชยแก่ประเทศสมาชิกฝ่ายที่ชนะคดีหากได้รับคำขอดังกล่าว ทั้งนี้ หากไม่สามารถตกลงกันได้ภายใน 20 วัน หลังจากสิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินแล้ว ประเทศสมาชิกฝ่ายที่ชนะคดีอาจขอให้ SEOM อนุญาตให้ทำการตอบโต้⁹⁸

⁹² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 14.3

⁹³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 15.1

⁹⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 15.2

⁹⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 15.3

⁹⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 15.4

⁹⁷ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 15.5

⁹⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 16.1

อย่างไรก็ดี ที่ประชุม SEOM จะต้องอนุญาตให้ทำการตอบโต้ภายใน 30 วัน นับจากสิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสิน เว้นแต่ มีฉันทามติไม่อนุญาตให้ทำการ ตอบโต้⁹⁹ และระดับในการตอบโต้จะต้องเท่าเทียมกับความเสียหายที่ประเทศสมาชิกฝ่ายที่ชนะคดีได้รับ¹⁰⁰

หากประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีคัดค้านว่า ระดับการตอบโต้มากกว่าความเสียหายที่ได้รับ หรือไม่ปฏิบัติตามข้อบทของพิธีสารฯ นี้ ให้ส่งเรื่องให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด โดยให้คณะผู้พิจารณาเดิมทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการหากเป็นไปได้ หรือให้เลขาธิการอาเซียนเป็นผู้ตั้งอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ ให้มีคำชี้ขาดภายใน 60 วัน นับจากวันสิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสิน และห้ามทำการตอบโต้ในระหว่างที่อนุญาตตุลาการยังไม่มีคำชี้ขาด¹⁰¹

จะเห็นได้ว่า มีความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนที่สำคัญบางฉบับได้บัญญัติให้ประเทศสมาชิกอาเซียนระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร EDSM ฉบับปัจจุบัน ซึ่งจะขอยกตัวอย่างเพียง 3 ฉบับที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

1) ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement – ACIA)¹⁰² ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ครั้งที่ 39 เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2550 (ค.ศ. 2007) และมอบหมายให้คณะประสานงานด้านการลงทุนอาเซียน (CCI) ดำเนินการทบทวนและผนวกความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (AIA Agreement) ที่ว่าด้วยการเปิดเสรีการลงทุน ซึ่งใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) เข้าด้วยกันกับความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (ASEAN IGA) ที่บังคับใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2530 (ค.ศ. 1987) เพื่อให้มีประสิทธิภาพอย่างเต็มรูปแบบและเป็นไปตามแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) และล่าสุดมีการประชุมครั้งที่ 45 ที่ประเทศบรูไน เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) ซึ่ง ACIA มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างกันภายใต้บทบัญญัติของพิธีสาร EDSM ปี 2004 โดยระบุไว้ในหมวด A ข้อที่ 27 เรื่องข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิก ดังนี้

ข้อ 27 ให้ใช้บังคับพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ลงนามที่เวียงจันทน์ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 ตามที่ได้แก้ไขในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความและการใช้บังคับความตกลงนี้¹⁰³

⁹⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 16.6

¹⁰⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 16.4

¹⁰¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, Article 16.7

¹⁰² ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ACIA” แทน

¹⁰³ ACIA Section A, Article 27

นอกจากนี้ ยังได้ระบุเพิ่มเติมเกี่ยวกับขั้นตอนการระงับข้อพิพาทภายใต้ ACIA ที่สอดคล้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทของพิธีสาร EDSM ปี 2004 ไว้ในหมวด B ข้อที่ 28 - 41 เรื่องข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกกับผู้ลงทุนด้วย

2) ความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (ASEAN Trade in Goods Agreement – ATIGA)¹⁰⁴ ซึ่งได้รับการปรับปรุงจากความตกลงฉบับเดิม ที่เรียกว่า “ความตกลงว่าด้วยการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่ากันสำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน (The Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme for the ASEAN Free Trade Area – CEPT) อันมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนให้มีความชัดเจนโปร่งใสมากขึ้น ครอบคลุมไปถึงเรื่องมาตรการทางภาษี และมีใช้ภาษี ซึ่งจะส่งผลทำให้การค้าสินค้าระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนมีอุปสรรคทางการค้าระหว่างกันน้อยที่สุดก่อนจะเข้าสู่การเป็น AEC ซึ่ง ATIGA มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างกันภายใต้บทบัญญัติของพิธีสาร EDSM ปี 2004 โดยระบุไว้ในบทที่ 10 ข้อที่ 89 เรื่องการระงับข้อพิพาท ดังนี้

ข้อ 89 พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนฉบับใหม่ ลงนามเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) ณ กรุงเวียงจันทน์ แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และที่แก้ไขเพิ่มเติม จะต้องใช้บังคับเกี่ยวกับข้อพิพาทใดๆ หรือข้อขัดแย้งระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับตามความตกลงฉบับนี้¹⁰⁵

3) กรอบความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services - AFAS)¹⁰⁶ มีจุดกำเนิดมาจากการเจรจาเปิดตลาดการค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนและที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ได้ลงนามเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) ณ กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย โดยสมาชิกทุกประเทศต้องเข้าร่วมการเจรจาเป็นรอบ รอบละ 3 ปี ซึ่งภายหลังได้ลดเหลือรอบละ 2 ปีแทน เพื่อทยอยผูกพันการเปิดตลาดให้มากขึ้นทั้งสาขา (Sector) และรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) รวมทั้งลดข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรคต่อผู้ให้บริการในกลุ่มสมาชิกแต่ละประเทศยังมีสิทธิในการออกกฎระเบียบภายในประเทศของตนเพื่อกำกับดูแลธุรกิจบริการให้มีคุณภาพได้

นอกจากนี้ ตามกรอบ AFAS สมาชิกอาเซียนต้องเปิดตลาดธุรกิจบริการให้แก่กันมากกว่าที่แต่ละประเทศได้มีข้อตกลงไว้กับองค์การการค้าโลก (WTO) อีกทั้ง ยังต้องยกเลิกข้อจำกัดการค้าบริการแบบข้ามพรมแดน และเงื่อนไขอื่นๆ ในการจัดตั้งธุรกิจอีกด้วย ทั้งนี้ เป้าหมาย

¹⁰⁴ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ATIGA” แทน

¹⁰⁵ ATIGA Chapter 10, Article 89

¹⁰⁶ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “AFAS” แทน

การเปิดเสรีดังกล่าวเปิดให้มีความยืดหยุ่น (Flexibility) ได้ โดยการใช้ความยืดหยุ่นจะเป็นไปตามที่สมาชิกตกลงกันซึ่งที่ผ่านมามีการเจรจาไปแล้ว 4 รอบ โดยการเจรจาสองรอบแรก (พ.ศ. 2539 – 2541 และ พ.ศ. 2542 – 2544) มุ่งเน้นการเปิดเสรีใน 7 สาขาบริการ คือ สาขาการเงิน การขนส่งทางทะเล การขนส่งทางอากาศ การสื่อสาร โทรคมนาคม การท่องเที่ยว การก่อสร้าง และสาขาบริการธุรกิจ ต่อมาในการเจรจารอบที่ 3 (พ.ศ. 2545 – 2547) และรอบที่ 4 (พ.ศ. 2548 – 2549) ได้มีการขยายขอบเขตการเจรจาเปิดเสรีให้รวมทุกสาขาบริการ

จะเห็นได้ว่า AFAS ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างกันภายใต้บทบัญญัติของพิธีสาร EDISM โดยระบุไว้ใน AFAS ข้อที่ 7 เรื่องการระงับข้อพิพาท ดังนี้

ข้อ 7 การระงับข้อพิพาท

1. พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนจะต้องใช้บังคับเกี่ยวกับข้อพิพาทใดๆ หรือข้อขัดแย้งระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับตามความตกลงฉบับนี้หรือพิธีสารฉบับอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง
2. กลไกการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะตามวัตถุประสงค์แห่งความตกลงฉบับนี้จะถูกจัดตั้งขึ้นอย่างสมบูรณ์ภายใต้กรอบความตกลงนี้¹⁰⁷

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ภายใต้พิธีสารฯ ฉบับนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนมีสิทธิใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทใหม่ของอาเซียนได้ เมื่อเห็นว่าประเทศสมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลงของอาเซียน โดยในขั้นตอนแรกประเทศสมาชิกอาเซียนมีสิทธิขอหารือกับประเทศสมาชิกคู่กรณี ซึ่งหากไม่สามารถตกลงกันได้ ในขั้นตอนต่อไป ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถขอจัดตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) หรือคณะลูกขุน เพื่อพิจารณาตัดสินคดีพิพาทได้ ซึ่งถ้าหากคำตัดสินของคณะผู้พิจารณายังไม่เป็นที่พอใจ ประเทศที่เป็นฝ่ายโจทก์ก็สามารถยื่นอุทธรณ์คำตัดสินของคณะผู้พิจารณาได้ โดยให้องค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) เป็นผู้พิจารณา โดยประเทศสมาชิกที่เป็นฝ่ายแพคดีจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์อย่างเคร่งครัดภายในระยะเวลาที่กำหนด อีกทั้งยังต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการพิจารณาคดีทั้งหมดด้วย

2.4.2 กลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจ

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎบัตรอาเซียน และตราสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในด้านการค้าและการลงทุนพบว่า จุดประสงค์แรกเริ่มของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียนนั้น มุ่งที่จะระงับการละเมิด กฎเกณฑ์ทางการค้าและการลงทุนตามพันธกรณีแห่งความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อธำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีระหว่างกันเป็นสำคัญ มีข้ออยู่ที่ยังการตัดสินว่าใครถูกหรือใครผิดอันนำไปสู่บทลงโทษที่สร้างผลกระทบในเชิงลบต่อทัศนคติและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

¹⁰⁷ AFAS , Article 7

สมาชิกอาเซียน ดังนั้น อาเซียนจึงได้ปรับปรุงพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจให้สอดคล้องกับหลักการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศในระดับสากลที่ได้รับการยอมรับและยึดถือปฏิบัติจากนานาประเทศ อย่างเช่น กลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO ซึ่งอาเซียนได้นำมาประยุกต์ใช้เป็นแม่แบบในการร่างพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004) ฉบับล่าสุดที่กำลังมีผลบังคับใช้เพื่อรองรับการก้าวเข้าสู่การเป็น AEC ในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015)

จะเห็นได้ว่า หลักการสำคัญที่อาเซียนนำมาปรับใช้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนของ AEC ก็คือ วิธีการระงับข้อพิพาททางการทูต ซึ่งถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐโดยสันติวิธี¹⁰⁸ โดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีหาทางยุติข้อพิพาทระหว่างกันโดยตกลงกันเอง แม้จะมีฝ่ายที่สาม (Third Party) เข้ามาเกี่ยวข้องในบางกรณี แต่ก็เข้ามามีบทบาทในลักษณะที่ช่วยอำนวยความสะดวกในด้านต่างๆ แก่คู่กรณีพิพาทที่จะตกลงกัน และไม่มีผลผูกพันให้คู่กรณีพิพาทต้องยอมรับหรือปฏิบัติตาม ดังระบุไว้ในบทบัญญัติของกฎบัตรอาเซียน หมวด 8 เรื่องการระงับข้อพิพาท¹⁰⁹ ซึ่งกฎบัตรอาเซียนได้กำหนดกรอบการดำเนินงานเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทกรณีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงด้านเศรษฐกิจไว้ดังนี้

2.4.2.1 การปรึกษาหารือ (Consultation)

กฎบัตรอาเซียนได้กำหนดวิธีการปรึกษาหารือใน การยุติข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกไว้ในข้อ 22 เรื่องหลักการทั่วไปในการระงับข้อพิพาทของอาเซียน¹¹⁰ โดยระบุว่า ประเทศสมาชิกจะต้องพยายามที่จะระงับข้อพิพาทโดยสันติอย่างเร็วที่สุด ผ่านทางการสนทนา (Dialogue) การปรึกษาหารือ (Consultation) และการเจรจา (Negotiation) อันถือเป็นขั้นตอนลำดับแรกสุดในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีทางการทูต โดยเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกคู่พิพาทได้ตกลงกันเองเพื่อหาทางออกในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างกัน ก่อนที่นำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน หรือ EDSM อย่างไรก็ดี ประเทศสมาชิกคู่พิพาทสามารถเลือกใช้การระงับข้อพิพาทของกฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) หรือกฎหมายตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทเป็นภาคีเพื่อยุติข้อพิพาทได้¹¹¹

2.4.2.2 การประนีประนอม (Conciliation)

ตามบทบัญญัติข้อ 23 แห่งกฎบัตรอาเซียน ได้ระบุขั้นตอนเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนไว้ว่า ประเทศสมาชิกซึ่งเป็นคู่กรณีอาจจะตกลงกันเมื่อใดก็ได้ที่จะเลือกใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (Good Offices) การประนีประนอม (Conciliation) หรือการไกล่เกลี่ย (Mediation) เพื่อระงับ ข้อพิพาทภายในระยะเวลาที่ตกลงกันได้ โดยประเทศสมาชิกคู่พิพาท

¹⁰⁸ อภิญา เลื่อนฉวี, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 227.

¹⁰⁹ ASEAN Charter, Chapter VIII: Settlement of Disputes

¹¹⁰ ASEAN Charter, Article 22

¹¹¹ ASEAN Charter, Article 28

อาจร้องขอให้เลขาธิการอาเซียนทำหน้าที่ในตำแหน่งดังกล่าวได้¹¹² ซึ่งการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้น ถือเป็นวิธีการที่นุ่มนวลและยืดหยุ่นวิธีการหนึ่ง กล่าวคือ ประเทศสมาชิกคู่พิพาทมีอิสระและเสรีภาพที่จะตัดสินใจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการอย่างไรๆ ที่เป็นการยุติข้อพิพาทตามข้อเสนอแนะของเลขาธิการอาเซียนผู้ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการในการศึกษาข้อพิพาททุกแง่มุมเพื่อเสนอหนทางในการยุติข้อพิพาทดังกล่าวแก่ประเทศสมาชิกคู่พิพาท¹¹³ จึงเป็นการไม่ผูกพันประเทศสมาชิกคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามในเชิงกฎหมายและเป็นการดำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกด้วย

2.4.2.3 การเจรจาไกล่เกลี่ย (Negotiation and Mediation)

การเจรจา (Negotiation) ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีมาเป็นเวลาช้านานแล้ว และจัดได้ว่าเป็นขั้นตอนแรกของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่สำคัญ เนื่องจากการเจรจาโดยตรงระหว่างคู่กรณีพิพาท จะทำให้คู่กรณีพิพาทเข้าใจถึงปัญหาที่แท้จริงอันเป็นสาเหตุของข้อพิพาทเช่นว่านั้น และอาจเสนอวิธีการแก้ไขข้อพิพาทนั้นได้ตรงประเด็น¹¹⁴ ทั้งนี้ ต้องหมายความว่า คู่พิพาทพร้อมที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีการเจรจา เนื่องจากเลขาธิการอาเซียนมิได้เข้าร่วมเจรจาด้วยเพียงแต่ทำหน้าที่ติดต่อชักนำด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อให้ประเทศสมาชิกคู่พิพาทหันหน้าเข้ามาเจรจากันเองเท่านั้น

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทไม่ประสงค์จะเจรจากันหรือเจรจาไปแล้วแต่ไม่อาจตกลงกันได้ประเด็นข้อพิพาทเช่นว่านั้น เลขาธิการอาเซียนจะเข้ามามีบทบาทเพื่อช่วยให้การเจรจาหรือการตกลงกันเป็นไปได้ง่ายขึ้น โดยประเทศสมาชิกคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายร้องขอ¹¹⁵ ซึ่งในขั้นตอนการไกล่เกลี่ยนั้น เลขาธิการอาเซียนจะเข้ามาทำหน้าที่เป็น “ผู้ไกล่เกลี่ย” (Mediator) โดยจะต้องเข้าร่วมในการเจรจาระหว่างประเทศสมาชิกคู่พิพาทและทำข้อเสนออันนำไปสู่การยุติข้อพิพาท ทั้งนี้ ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยดังกล่าวไม่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกคู่พิพาท เพราะมีสถานะเป็นเพียงข้อเสนอแนะเท่านั้น

2.4.2.4 การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (Good Offices)

วิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนโดยการใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือนี้ เป็นการชักชวนให้รัฐคู่พิพาทเข้าทำการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยมีเลขาธิการอาเซียนทำหน้าที่เป็นผู้ชักชวนและจัดให้มีการเจรจาในฐานะเป็นบุคคล ที่สาม (Third Party) ซึ่งจะไม่เข้าร่วมในการเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาทเช่นว่านี้ แต่จะทำหน้าที่อำนวยความสะดวกในด้านต่าง ๆ ให้แก่คู่พิพาทในลักษณะ “Good Offices”¹¹⁶ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่า

¹¹² ASEAN Charter, Article 23

¹¹³ อภิญา เลื่อนฉวี, *เรื่องเดิม*, หน้า 233.

¹¹⁴ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 6-7.

¹¹⁵ Thomas Buergenthal and Harold G. Maier, *Public International law in a Nutshell*, 2nd ed. (St. Paul: West Group, 1990), p. 66

¹¹⁶ อภิญา เลื่อนฉวี, *เรื่องเดิม*, หน้า 229.

วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการชักชวนของบุคคลที่สามนี้ เป็นสิ่งที่กระทำในตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่ถือว่าการชักชวนให้มีการจัดเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างกันนั้น เป็นการกระทำอันไม่เป็นมิตร ในทางตรงกันข้าม กลับเป็นวิธีการหนึ่งที่จะนำไปสู่การยุติข้อพิพาทได้โดยเร็ว เนื่องจากเลขาธิการอาเซียน เป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางซึ่งได้รับความไว้วางใจจากประเทศสมาชิก คู่พิพาททุกฝ่ายว่ามีความเที่ยงธรรมและมีความบริสุทธิ์ใจที่ต้องการจะเห็นประเทศสมาชิกคู่พิพาทเข้าทำการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยไม่มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ระหว่างประเทศใดๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง

2.4.2.5 การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

สำหรับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนนั้น ปรากฏอยู่ในกฎบัตรอาเซียน ข้อ 25 เรื่อง การจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาท¹¹⁷ โดยประเทศสมาชิกคู่พิพาทสามารถแต่งตั้งหรือคัดเลือกบุคคลที่สาม (Third Party) ซึ่งรัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเห็นพ้องกันว่ามีคุณสมบัติที่เหมาะสมและมีความเชี่ยวชาญในการระงับข้อพิพาททางด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในฐานะอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) ตามความตกลงพิเศษ (Special Agreement หรือ Compromise) โดยประเทศสมาชิกคู่พิพาทจะต้องตกลงยินยอมที่จะผูกพันตามคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้โดยสมัครใจ ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกคู่พิพาทไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ แก่อนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งขึ้น และอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังคำสั่งของประเทศสมาชิกคู่พิพาทฝ่ายที่เลือกตนด้วย อันเป็นหลักประกันถึงความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน สำหรับการกำหนดจำนวนของอนุญาโตตุลาการ¹¹⁸ รวมถึงสัญชาติของบุคคลที่จะเข้าร่วมเป็นคณะอนุญาโตตุลาการเช่นว่า นี้ ก็ขึ้นอยู่กับผลการเจรจาดังกล่าวกันระหว่างประเทศสมาชิกคู่กรณีว่าควรจะเป็นเช่นไรจึงจะเป็นที่พอใจของทุกฝ่าย

2.5 พันธกรณีของประเทศสมาชิกในการดำเนินการตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท

ภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกที่ผ่านทุกขั้นตอนของกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนแล้วอย่างเคร่งครัด โดยยึดหลักการสำคัญที่สนับสนุนระบบการค้าเสรีที่เป็นธรรม (Free and Fair Trade) มาเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทเช่นว่านี้ ซึ่งประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ

2.5.1 หลักความโปร่งใสและเป็นธรรม

¹¹⁷ ASEAN Charter, Article 25

¹¹⁸ อนันต์ จันทโรภากร, *กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 13.

ประเทศสมาชิกอาเซียนฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทโดยสุจริต โดยไม่มีเจตนาแอบแฝงหรือกระทำการใดๆ ในลักษณะที่เป็นการ หลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทของอาเซียน ตามหลักความโปร่งใส (Transparency)¹¹⁹ ที่แต่ละประเทศยึดถือในการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อให้ผลของคำวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้จริงและช่วยบรรเทาเยียวยาความเสียหายอันเกิดจา กการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.5.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-Discrimination)¹²⁰ ถือเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่แสดงให้เห็นว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องให้การปฏิบัติต่อประเทศสมาชิกอื่นๆ อย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศใดมากกว่ากัน หรือจะไม่มีการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nations treatment – MFN)¹²¹ อันเป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติที่ใช้บังคับแก่การเลือกใช้มาตรการทางการค้าที่เป็นธรรมในการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งหากคำวินิจฉัยข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนของอาเซียนมีผลให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาความเสียหายอันเกิดแก่รัฐฝ่ายที่ชนะคดี ก็จะต้องพิจารณาวิธีการแก้ไขปัญหานั้นให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจภายในประเทศสมาชิคนั้นๆ ก่อนที่ดำเนินการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทเช่นว่านั้น เพื่อให้การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวสามารถแก้ไขปัญหานั้นได้ตรงประเด็นและใกล้เคียงกับความต้องการของประเทศสมาชิกฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอย่างมากที่สุด

2.6 บทลงโทษและมาตรการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดพันธกรณี

โดยปกติแล้ว กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนจะมุ่งเน้นการระงับข้อพิพาทเชิงสมานฉันท์เป็นสำคัญ เห็นได้จากการเลือกใช้วิธีการเจรจาทางการทูตระหว่างกันก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทในทางกฎหมายของอาเซียน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการตอบโต้การละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอันจะส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้เอง มาตรการเยียวยาความเสียหายหรือบทลงโทษประเทศสมาชิกฝ่ายที่ละเมิดพันธกรณี ตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทของอาเซียนจึงมักจะเป็นการออกมาในรูปแบบของการชดเชยค่าเสียหาย (Reparation) ซึ่งถือเป็นวิธีการบรรเทาความเสียหายแก่ประเทศที่ได้รับผล กระทบจากการละเมิดพันธกรณีในด้านการค้าและการลงทุนที่เหมาะสมและมีประสิทธิผลมากที่สุดทางปฏิบัติ เนื่องจากการชดเชยค่าเสียหายนี้ มิใช่มุ่งเพื่อต้องการลงโทษประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีโดยวิธีการตอบ

¹¹⁹ อภิญา เลื่อนฉวี, *เรื่องเดิม*, หน้า 295.

¹²⁰ GATT 1994, Article 1.1

¹²¹ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “MFN” แทน

โต้ที่รุนแรงจนเกินไป อย่างเช่น การทำสงคราม แต่เป็นการป้องกันการตัดสี มพันธ์ในทางการทูต
ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเพื่อให้อาเซียนสามารถดำเนินการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจได้อย่าง
ราบรื่นต่อไปในอนาคต จึงจำเป็นต้องเลือกใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าที่เหมาะสมในการลงโทษ
ประเทศสมาชิกผู้ละเมิดพันธกรณี และจะต้องเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายที่ป ระเทศสมาชิก
ฝ่ายที่แพ้คดีสามารถปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวได้จริง

บทที่ 3

การระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนขององค์การระหว่างประเทศ

3.1 หลักการทั่วไปของการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุน

ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้น การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศจะมีความหมาย และมีขอบเขตที่กว้างกว่าการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายภายในของรัฐ กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศจะไม่จำกัดว่าคู่พิพาทซึ่งอาจเป็นรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ จะต้องพิพาทกัน เฉพาะแต่ในประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น แต่คู่พิพาทอาจพิพาทกันในประเด็นด้านการเมือง เศรษฐกิจ การค้า การลงทุน หรือกรณีอื่นใดระหว่างประเทศก็ได้¹²² โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาทด้านการค้า และการลงทุนซึ่งถือเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจโลก หากไม่มีขั้นตอนการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากเพียงพอ อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศคู่ค้าในระยะยาวได้ จึงเป็นเรื่องที่ทุกประเทศพึงตระหนักและร่วมกันยุติปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันให้เร็วที่สุด เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจร่วมกัน

ดังนั้น กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (International Economic Law) จึงถือเป็นกฎหมายหลักที่ใช้ควบคุมเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่เกิดจากรัฐต่างๆ มาทำความเข้าใจเรื่องการค้าและการลงทุนว่าจะมีกฎเกณฑ์เป็นอย่างไร (Public Control of International Economic Activities) และเมื่อตกลงกันเป็นหลักเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับระหว่างรัฐแล้ว รัฐและเอกชนในประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมตกลงกันก็จะยึดถือหลักเกณฑ์เช่นว่านี้เป็นกติกาที่จะต้องปฏิบัติตามในเรื่องนั้นๆ¹²³ รวมถึงกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างรัฐว่า ควรมีขั้นตอนและวิธีการอย่างไรที่จะช่วยประสานความเข้าใจและยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้อย่างสันติ โดยเฉพาะประเด็นเรื่องอำนาจต่อรองทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาว่าจะมีผลกระทบต่อกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจระหว่างประเทศอย่างไร อันจะช่วยสนับสนุนและผลักดันให้ความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่น

3.2 การยุติข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธีกับกฎบัตรสหประชาชาติ

การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี (Peaceful Settlement of International Disputes) เป็นหลักการที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กำลังอาวุธ (The use of armed force)

¹²² อภิญา เลื่อนฉวี, *เรื่องเดิม*, หน้า 309.

¹²³ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, *บทบาทของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, 2554), หน้า 12.

ในการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างประเทศ และเพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรค 3 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ว่า

สมาชิกทั้งปวงจะต้องระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ ในลักษณะที่จะไม่เป็นอันตรายแก่สันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม¹²⁴

ซึ่งมาตรการระงับข้อพิพาทโดยสันติดังกล่าวข้างต้น ได้ระบุไว้ในมาตรา 33 วรรค 1 ที่กำหนดว่า

คู่กรณีในข้อพิพาทใดๆ ซึ่งหากดำเนินอยู่ต่อไป น่าจะเป็นอันตรายต่อการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ก่อนอื่นจะต้องแสวงหาวิถีทางแก้ไขโดยการเจรจา (Negotiation) การไต่สวน (Enquiry) การไกล่เกลี่ย (Mediation) การประนีประนอม (Conciliation) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) การระงับคดีพิพาทโดยทางศาล (Judicial Settlement) หรือการหันหน้าเข้าอาศัยองค์การหรือการตกลงระดับภูมิภาค หรือสันติวิธีอื่นๆ ที่คู่กรณีพึงจะเลือกเอง¹²⁵

จะเห็นได้ว่า มาตรา 33 -38 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ได้กล่าวถึงการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีไว้อย่างชัดเจน อันแสดงให้เห็นว่าองค์การสหประชาชาติ (The United Nations - UN)¹²⁶ มีนโยบายที่มุ่งสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกตกลงระงับข้อพิพาทกันเองโดยสันติวิธี โดย UN อาจเข้ามามีส่วนร่วมเป็นคนกลางในการตกลงเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีกลไกที่จะบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม เพราะบรรดาระัฐทั้งหลายไม่อาจถูกบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยปราศจากความยินยอมของตนได้ เพียงแต่กำหนดไว้เป็นหน้าที่ของประเทศสมาชิก UN ว่า หากเกิดข้อพิพาทระหว่างกันขึ้น ประเทศสมาชิกจะต้องระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีเป็นลำดับแรก เพื่อป้องกันการนำไปสู่การใช้กำลังอาวุธหรือการทำสงครามระหว่างประเทศสมาชิกคู่พิพาทเช่นนั้น

สำหรับวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่ได้รับการรับรองในข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1970 (General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 1970) นั้น มีเนื้อหาเหมือนกับมาตรา 33 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ¹²⁷ อันเป็นการขยายความมาตรา 2 วรรค 3 ให้มีรายละเอียดชัดเจนมากขึ้น แต่มิได้เป็นเรื่องเรียงลำดับก่อนหลังของวิธีการระงับข้อพิพาท (Priority) แต่อย่างใด กล่าวคือ ประเทศ

¹²⁴ The UN Charter, Article 2(3)

¹²⁵ สมชัย ศิริสมบุรณ์เวช, *กฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 167.

¹²⁶ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “UN” แทน

¹²⁷ The UN Charter, Article 33

สมาชิกไม่จำเป็นต้องใช้การเจรจาเป็นหนทางในการระงับข้อพิพาทเป็นลำดับแรก ต่อเมื่อการเจรจาไม่
เป็นผลสำเร็จ ประเทศสมาชิกจึงจะสามารถใช้วิธีการสืบสวนข้อเท็จจริง การไกล่เกลี่ย การ
ประนีประนอม การอนุญาโตตุลาการ และการระงับข้อพิพาททางศาลเป็นลำดับ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว
ประเทศสมาชิกมักนิยมใช้การเจรจาอันเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางการทูตเป็นหนทางแรก¹²⁸

จากการศึกษาทศวรรษที่ผ่านมา พบว่าการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี
สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ การระงับข้อพิพาททางการทูต และการระงับข้อพิพาท
ทางกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายรายละเอียดพอสังเขป ดังนี้

3.2.1 การระงับข้อพิพาททางการทูต (Diplomatic Channels)

การระงับข้อพิพาททางการทูต หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย
กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทางแก้ไขของปัญหาไม่ผูกมัดให้รัฐคู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม ซึ่งวิธี
การระงับข้อพิพาททางการทูตที่ได้รับความนิยมมากที่สุดวิธีหนึ่งก็คือ การเจรจา (Negotiation)¹²⁹ อันเป็นเรื่อง
ของการเสนอข้อเรียกร้องเกี่ยวกับประเด็นพิพาทระหว่างรัฐคู่พิพาททั้งสองเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งพิจารณา
จะสังเกตเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทใน WTO จะใช้คำว่า “การปรึกษาหารือ” (Consultation) ซึ่ง
มีความหมายคล้ายคลึงกับการเจรจาด้วยความสุจริตใจ โดยปกติแล้ว การเจรจาทางการทูตจะอยู่ใน
ความรับผิดชอบของกระทรวงการต่างประเทศโดยตรง อย่างไรก็ตาม บุคคลที่มีอำนาจเจรจาแบ่ง
ออกเป็น 2 ระดับ คือ ระดับที่เป็นเจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทกัน เช่น หากมีข้อพิพาทด้าน
การค้าระหว่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์ก็จะเป็นผู้รับผิดชอบ และระดับที่เป็น
เจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงอย่างประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ
ต่างประเทศ หรือ เอกอัครราชทูตเป็นผู้เจรจาแทน ในกรณี ที่กลไกการระงับข้อพิพาทระดับเจ้าหน้าที่
ไม่ประสบผลสำเร็จ

อีกทั้ง ยังมีการจัดให้มีการเจรจา (Good-Office)¹³⁰ โดยบุคคลที่สาม (Third Party) ที่มี
ความเป็นกลางเข้ามาช่วยอำนวยความสะดวกแก่รัฐคู่พิพาทให้มีโอกาสเจรจาหรือปรึกษาหารือกัน
โดยบุคคลที่สามนี้มิได้เข้าร่วมเจรจาหรือมีส่วนช่วยหาทางออกให้แก่รัฐคู่พิพาทแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่าง
จากการไกล่เกลี่ย (Mediation)¹³¹ ที่บุคคลที่สามจะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) เข้ามามี
บทบาทในการริเริ่มการเจรจาและเสนอทางออก (Solution) หรือข้อเสนอ (Proposal) ให้แก่รัฐ
คู่พิพาท แต่ทางออกหรือข้อเสนอที่เสนอโดยผู้ไกล่เกลี่ยเช่นว่านี้จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายและรัฐ
คู่พิพาทจะยอมรับหรือไม่ยอมรับก็ได้ สำหรับผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยนั้นได้แก่ รัฐหรือ
ผู้แทนของรัฐ องค์การระหว่างประเทศ เช่น องค์การสหประชาชาติ โดยเลขาธิการสหประชาชาติทำ
หน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย และปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดาที่รัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายให้การยอมรับ

¹²⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: โรง
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 290.

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 291.

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 293.

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 294-295.

นอกจากนี้ ยังมีรูปแบบการระงับข้อพิพาทโดยการจัดตั้งคณะกรรมการ (Commission) ขึ้นมาแล้วทำรายงาน (Report) เพื่อเสนอหนทางในการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ รายงานดังกล่าวจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐคู่พิพาทแต่อย่างใด ซึ่งวิธีเช่นว่านี้ เรียกว่า การประนีประนอม (Conciliation)¹³²

3.2.2 การระงับข้อพิพาททางกฎหมาย (Legal Means)

การระงับข้อพิพาททางกฎหมาย หมายความว่า ผลของคำตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทจะมีผลผูกพันในทางกฎหมาย (legal binding force) แก่รัฐคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม¹³³ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ และการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการ

1) การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งมีทั้งแบบอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (Sole Arbitration) และแบบอนุญาโตตุลาการ 3 คน อันเป็นรูปแบบที่ ICSID ใช้อยู่ในปัจจุบัน

2) การระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งรวมถึงการระงับข้อพิพาทโดยศาลระหว่างประเทศด้วย แต่ที่รู้จักกันดีก็คือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice - ICJ)¹³⁴ หรือศาลโลก อันเป็นศาลระหว่างประเทศแบบถาวรที่สำคัญที่สุดในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ และถือเป็นหนึ่งในองค์กรหลักของสหประชาชาติภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (the Statute of International Court of Justice)

ดังนั้น กลไกการยุติข้อพิพาทที่เกิดจากละเว้น (Omission) ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีหรือละเมิดความตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าและการลงทุนภายใต้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบในการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงมีนัยสำคัญต่อความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเจรจาการค้าระดับพหุภาคีภายใต้กรอบของ WTO

องค์การการค้าโลก หรือ WTO ซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ ได้นำหลักการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ ตามบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติ มาใช้ในการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุน ระหว่างประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสากลในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐที่มีประสิทธิภาพและเที่ยงธรรม ดังปรากฏในข้อบังคับ DSU โดยกำหนดขั้นตอนการระงับข้อพิพาทที่ชัดเจนซึ่งสมาชิกต้องยึดถือและปฏิบัติตามผลคำตัดสินของ Panel หรือ DSB เพื่อให้กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวดำเนินไปได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรม ทำให้ระบบการค้าพหุภาคีภายใต้ WTO สามารถคาดการณ์ได้และมีความมั่นคงเข้มแข็ง

ด้วยเหตุนี้เอง ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกภาคีของ WTO จึงได้นำเอาหลักการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ วิธีมาประยุกต์ใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะ

¹³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 296.

¹³³ J.G. Merrills, *op. cit.*, p.80.

¹³⁴ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ICJ” แทน

อย่างยิ่งในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ก็ได้นำเอาหลักการระงับข้อพิพาทฯ ดังกล่าวมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่าง ประเทศสมาชิกเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004) ฉบับล่าสุดที่กำลังมีผลบังคับใช้เพื่อรองรับการก้าวเข้าสู่การเป็น AEC ในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) เพื่อให้ความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนครั้งนี้มีกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนที่มีความเป็นสากลและสอดคล้องกับหลักการยุติข้อพิพาทของ UN และ WTO นั้นเอง

3.3 กลไกการระงับข้อพิพาทของแอกต์และองค์การการค้าโลก

องค์การการค้าโลก (WTO) เป็นองค์การระหว่างประเทศที่ถูกจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) ในรอบการเจรจาการค้าระดับพหุภาคีภายใต้ข้อตกลง GATT หรือที่เรียกกันว่า “รอบอุรุกวัย (Uruguay Round) โดยมีหน้าที่ควบคุมดูแลเกี่ยวกับการค้า การบริการ ทรัพย์สินทางปัญญา และการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศสมาชิกให้เป็นไปตามความตกลง หรือบันทึกความเข้าใจต่างๆ อันเป็นผลมาจากการเจรจาทางการค้าในแต่ละรอบเจรจา นอกจากนี้ ยังทำหน้าที่จัดให้มีการทบทวนนโยบายทางการค้าของประเทศสมาชิกอย่างสม่ำเสมอเพื่อให้มีความสอดคล้องกันกับนโยบายเศรษฐกิจโลก โดยประสานงานกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) และธนาคารโลก (World Bank) อีกทั้ง คอยติดตามสถานการณ์การค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้ความช่วยเหลือและแนะนำข้อมูลแก่ประเทศสมาชิก โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่ประเทศกำลังพัฒนา อย่างไรก็ตาม หน้าที่สำคัญประการหนึ่งของ WTO ก็คือ เป็นเวทีในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศสมาชิก รวมถึงการเจรจาเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าในมาตรการรูปแบบต่างๆ ทั้งในรูปมาตรการทางภาษีศุลกากร (Tariffs Measure) และมาตรการที่ไม่ใช่ภาษีศุลกากร (Non-tariffs Measure) อันเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศสมาชิก WTO

สำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก หรือ WTO นั้น มีวิวัฒนาการมาจากการระงับข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT¹³⁵ 1947 (พ.ศ. 2490) ซึ่งต่อมามีการแก้ไขปรับปรุงกฎระเบียบในแอกต์เดิมให้มีความชัดเจนและรัดกุมมากขึ้นและเปลี่ยนชื่อใหม่เป็น GATT 1994 (พ.ศ. 2537) ที่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถร้องเรียนภายใต้ความตกลงทางการค้าและการลงทุนฉบับใดๆ ก็ได้ โดยมีบทบัญญัติที่ระบุให้ประเทศที่เป็นผู้ละเมิดพันธกรณี หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศสมาชิกอื่น มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามผลคำตัดสินข้อพิพาทขององค์กรระงับข้อพิพาทของ WTO และหากประเทศคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดไม่พอใจผลคำตัดสินเช่นว่านี้ ก็มีสิทธิอุทธรณ์คำตัดสินต่อองค์กรอุทธรณ์ได้ ทำให้ผลคำตัดสินของกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO มีสภาพบังคับและมีผลผูกพันประเทศ

¹³⁵ สิริวรรณ สุจริต, การระงับข้อพิพาททางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมภายใต้ องค์การการค้าโลก, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 87-88.

สมาชิกมากขึ้น จึงกล่าวได้ว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ในปัจจุบัน ถือเป็นระบบที่มีความคล่องตัว รวดเร็ว และเป็นธรรมมากขึ้นในการเจรจาข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนในระดับพหุภาคี

3.3.1 บันทึกรับความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

ภายหลังการเจรจาอนุสัญญาสิ้นสุดลง ได้มีการจัดทำ “ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการที่ใช้กับการระงับข้อพิพาท” (Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes – DSU) อันถือเป็นระบบการระงับข้อพิพาทที่มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากขึ้นภายใต้หลักการระงับข้อพิพาทตาม GATT 1947 ซึ่งยังมีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนั้น สำหรับการแก้ไขปรับปรุงกระบวนการระงับข้อพิพาทดังที่กล่าวข้างต้น มีรายละเอียดในประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้

3.3.1.1 การจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาท

ในกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้หลักการใหม่ของ WTO นี้ มีเป้าหมายเพื่อปรับปรุงเสริมสร้างข้อบังคับและวิธีปฏิบัติในกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวให้มีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น ทำให้ประเทศสมาชิกเกิดความมั่นใจในกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ว่าจะสามารถยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกได้อย่างแท้จริง โดยมีการจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body – DSB)¹³⁶ เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจตราการระงับข้อพิพาทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ กล่าวคือ DSB ทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลกระบวนการระงับข้อพิพาท และมีบทบาทในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการดำเนินการระงับข้อพิพาทในแต่ละขั้นตอน เพื่อให้ผลการพิจารณาของระบบการระงับข้อพิพาทภายใต้ DSB มีสภาพบังคับให้ประเทศสมาชิกคู่กรณีปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดอย่างเคร่งครัด และหากประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยเช่นว่านี้ ประเทศผู้เสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้า หรือมาตรการชดเชยความเสียหายได้¹³⁷

3.3.1.2 การเจรจาโดยวิธีทางการทูต

ขั้นตอนในกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO จะเริ่มจากการปรึกษาหารือ (Consultation) ซึ่งกำหนดให้ประเทศคู่กรณีพิพาทสามารถดำเนินการเจรจากันด้วยความเห็นอกเห็นใจกัน และให้โอกาสอันดีต่อกันตามข้อตกลงภาคตัด ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 4 ของ DSU¹³⁸ ทั้งนี้ เนื่องจากการเจรจา (Negotiation) ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศลำดับแรกที่สุดและง่ายที่สุด ทำให้ข้อพิพาทถูกระงับลงได้อย่างรวดเร็วโดยไม่สร้างควมบาดหมางหรือความไม่พอใจให้แก่ประเทศคู่กรณีมากนัก¹³⁹ แต่ก็ได้หมายความว่า การเจรจาเช่นว่านี้จะนำไปสู่การยุติข้อ

¹³⁶ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “DSB” แทน

¹³⁷ สิริวรรณ สุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 97.

¹³⁸ DSU, Article 4

¹³⁹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในการค้า*, (กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์สามย่านวิทยพัฒนา, 2540), หน้า 7-13.

พิพาทที่เป็นธรรมระหว่างประเทศสมาชิกคู่กรณีเสมอไป เพราะอาจมีปัจจัยทางด้านการเมืองหรืออำนาจต่อรองระหว่างประเทศคู่พิพาทมาเกี่ยวข้องกับการเจรจาอยู่เสมอ ทำให้ผลการเจรจาระหว่างประเทศคู่กรณีไม่เป็นไปอย่างราบรื่นเท่าที่ควร¹⁴⁰

อย่างไรก็ดี หากการเจรจาไม่ประสบผลสำเร็จ ประเทศคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถแจ้งเรื่องไปยังผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (WTO Director General) เพื่อนำประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่ขั้นตอนการประสานท่าทีโดยการใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (Good Offices) การประนีประนอมยอมความ (Conciliation) และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) ได้¹⁴¹

3.3.1.3 การตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

ในกรณีที่ประเทศคู่กรณีไม่สามารถหาวิธีทางแก้ปัญหาร่วมกันได้ภายใน 60 วัน นับตั้งแต่วันที่ได้แจ้งเรื่อง ประเทศคู่กรณีผู้ร้องเรียน (Complaining party) มีสิทธิร้องขอต่อ DSB ให้ดำเนินการจัดตั้งคณะผู้พิจารณาข้อพิพาท (Panel) เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้โดยทำเป็นหนังสือ พร้อมทั้งระบุผลของการเจรจาหรือ มาตรการที่เป็นประเด็นแห่งข้อพิพาท และเนื้อหาโดยสรุปทั้งในส่วนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเช่นว่านั้น¹⁴²

โดยปกติแล้ว คณะผู้พิจารณาจะประกอบไปด้วยองค์คณะจำนวน 3 คน เว้นแต่ประเทศคู่พิพาทเห็นว่าควรมีคณะผู้พิจารณาจำนวน 5 คน โดยจะมีการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเป็นอิสระและมีความเชี่ยวชาญในด้านต่างๆ มาเป็นคณะผู้พิจารณา จากบัญชีรายชื่อ (Panelists) ซึ่งได้แก่ตัวแทนจากรัฐบาลประเทศสมาชิกและปัจเจกชนที่มีตัวตนของรัฐบาล โดยทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทตามความสามารถส่วนบุคคลมิใช่กระทำในฐานะตัวแทนของรัฐบาลหรือองค์กรใดๆ ทั้งนี้ ในกรณีที่เกิดคดีพิพาทระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้ว เพื่อป้องกันการเกิดปัญหาเรื่องความไม่เท่าเทียมกันและอำนาจต่อรองที่แตกต่างกันระหว่างประเทศคู่พิพาท หากมีการร้องขอจากประเทศกำลังพัฒนา DSB จะต้องคัดเลือกผู้ที่จะมาเป็นคณะผู้พิจารณาจากประเทศที่กำลังพัฒนาอย่างน้อย 1 คน อย่างไรก็ตาม หาก DSB ไม่สามารถคัดเลือกผู้ที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นคณะผู้พิจารณาได้ภายใน 20 วัน ประเทศสมาชิกคู่พิพาทอาจร้องขอให้ผู้อำนวยการ WTO ช่วยทำการคัดเลือกให้¹⁴³

นอกจากนี้ บทบัญญัติ DSU ได้กำหนดกรอบระยะเวลาดำเนินการพิจารณาคดีพิพาทของคณะผู้พิจารณาไว้ว่า จะต้องเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีพิพาทโดยไม่ชักช้า กล่าวคือ ถ้าเป็นคดีทั่วไป จะใช้เวลาไม่เกิน 6 เดือน หากเป็นคดีเร่งด่วนฉุกเฉินเกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่าย จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือน หรือในกรณีที่มีความล่าช้าเกิดขึ้นไม่ว่าจะในกรณีใดๆ ก็

¹⁴⁰ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 6-8.

¹⁴¹ DSU, Article 5

¹⁴² *ibid.*, Article 6

¹⁴³ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, *กลไกระงับข้อพิพาทของ WTO*, หน้า 1, ค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2556 จาก www.dtn.go.th/dtn/tradeinfo/file/files_1/dsu.doc

ตาม จะต้องแจ้งสาเหตุแห่งความล่าช้าต่อ DSB และจะต้องดำเนินการพิจารณาให้เสร็จสิ้นภายใน 9 เดือน¹⁴⁴

3.3.1.4 การรับรองรายงานคำวินิจฉัย

คณะผู้พิจารณาจะสรุปผลการพิจารณาออกมาในรูปแบบของรายงาน (Panel Report) แต่ก่อนจะมีการรับรองผลการพิจารณาเช่นว่านี้ จะต้องทำการเขียนรายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) ให้ประเทศสมาชิกพิจารณาอย่างน้อย 20 วัน ก่อนที่ DSB จะทำการรับรองรายงานดังกล่าวภายใน 60 วัน นับตั้งแต่คณะผู้พิจารณาได้เขียนรายงานให้ประเทศสมาชิกพิจารณา เว้นแต่ประเทศคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ยื่นอุทธรณ์ หรือ DSB ตัดสินที่จะไม่รับรองรายงานโดยมติเอกฉันท์¹⁴⁵

3.3.1.5 กระบวนการขององค์กรอุทธรณ์

หากไม่พอใจผลการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา ประเทศสมาชิกคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิยื่นอุทธรณ์ผลการพิจารณาเช่นว่านั้นเพื่อให้มีการพิจารณาใหม่ได้แต่เฉพาะใน ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น ซึ่งองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ประกอบด้วยสมาชิก 7 คน ที่ได้รับการคัดเลือกโดย DSB ว่าเป็นบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และองค์คณะในการนั่งพิจารณาคดีขององค์กรอุทธรณ์ประกอบด้วย สมาชิก 3 คน¹⁴⁶

จะเห็นได้ว่า การจัดตั้งองค์กรอุทธรณ์ ถือเป็นหลักการใหม่ภายใต้บทบัญญัติ DSU เพื่อให้มีการทบทวนและกลั่นกรองคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาอีกครั้ง อันเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทที่ได้รับความเสียหายจากการขัดต่อพันธกรณีตามความ มตกลางของ WTO

3.3.1.6 การกำกับดูแลการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสิน

คำวินิจฉัย (Decision) ขององค์กรอุทธรณ์ถือว่าเป็นที่สุด มีผลผูกพันประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีว่าจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์โดยทันที (Prompt Compliance)¹⁴⁷ เพื่อเป็นหลักประกันความมีประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาท และเพื่อประโยชน์ของประเทศสมาชิก WTO ทั้งหลายกล่าวคือ DSB จะรับรองรายงานขององค์กรอุทธรณ์แล้วมีคำแนะนำหรือคำสั่ง (Recommendations or Ruling) ให้ประเทศคู่กรณีปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่ในกรณีที่คำแนะนำหรือคำสั่งเช่นว่านั้น ไม่สามารถปฏิบัติตามได้ทันที ประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องปฏิบัติตามภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (Reasonable Period of Time) แต่จะต้องไม่เกินระยะเวลา 15 เดือน มิฉะนั้น ประเทศสมาชิกคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีมีสิทธิใช้มาตรการบังคับหรือมาตรการลงโทษ แก่ประเทศสมาชิกคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีได้

3.3.1.7 การชดเชยค่าเสียหายและการระงับข้อพิพาท

¹⁴⁴ DSU, Article 12

¹⁴⁵ *ibid.*, Article 16

¹⁴⁶ *ibid.*, Article 17.1-17.3

¹⁴⁷ DSU, Article 21

การชดเชยความเสียหาย (Compensation) เป็นมาตรการชั่วคราวตามความสมัครใจ (Voluntary) ของประเทศสมาชิกคู่พิพาท ซึ่งที่จะนำมาใช้ในกรณีที่ประเทศสมาชิกคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งของ DSU ภายในระยะเวลาอันสมควร กล่าวคือ หากประเทศสมาชิกคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันในเรื่องค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ภายใน 20 วัน หลังสิ้นสุดระยะเวลาอันสมควร ประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องสามารถร้องขอต่อ DSB เพื่ออนุมัติการใช้มาตรการตอบโต้ อันได้แก่ การระงับการให้สิทธิประโยชน์ทางการค้า หรือการระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงอื่นใด ที่มีต่อประเทศสมาชิกคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้¹⁴⁸

3.3.1.8 กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

หากประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องได้ทำการคัดค้านว่าระดับของมาตรการตอบโต้ชั่วคราวดังกล่าวข้างต้นทั้ง 2 รูปแบบ ไม่เท่าเทียมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากข้อพิพาทอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกคู่พิพาท หรือได้ร้องเรียนว่าการบังคับใช้มาตรการตอบโต้เช่นว่านี้ ไม่เป็นไปตามหลักการและขั้นตอนที่ DSU ได้กำหนดไว้ ผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (WTO Director-General) จะมอบหมายให้คณะผู้พิจารณาชุดเดิม หรือคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ที่แต่งตั้งขึ้นโดยเฉพาะ ทำหน้าที่ตัดสินให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับตั้งแต่สิ้นกำหนดระยะเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ในระหว่างดำเนินการพิจารณาวิวินิจฉัยคดีคัดค้านเช่นว่านี้ จะไม่มีการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีใดๆ ระหว่างประเทศสมาชิกคู่พิพาท¹⁴⁹

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด (Finality of Arbitral Awards)¹⁵⁰ และการให้อำนาจการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีเช่นว่านั้น จะต้องสอดคล้องกับคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่กรณีที่ DSB มีคำตัดสินโดยฉันทามติ ปฏิเสธคำร้องของประเทศผู้คัดค้านนั้น ทั้งนี้ ระดับการตอบโต้ (Retaliation) จะต้องเท่าเทียมกับความเสียหาย (Nullification or impairment) ที่ประเทศผู้ร้องเรียนได้รับด้วย

ดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากลไกการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของ WTO ถือเป็นระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพอย่างมากในระดับพหุภาคี¹⁵¹ เนื่องจากการกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการดำเนินการตามหลักการสำคัญของการระงับข้อพิพาทของ WTO ที่ชัดเจนมากขึ้น อีกทั้ง มีสภาพบังคับหรือมาตรการลงโทษแก่ประเทศสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามผลคำตัดสินทำให้ WTO ได้รับความเชื่อมั่นจากประเทศสมาชิกเป็นอย่างมาก

3.3.2 การระงับข้อพิพาทตามหลักฉันทามติ

¹⁴⁸ *Ibid.*, Article 22

¹⁴⁹ *Ibid.*, Article 22.6

¹⁵⁰ *Ibid.*, Article 22.7

¹⁵¹ นคร มิ่งมงคล, “การระงับข้อพิพาททางการค้าขององค์การการค้าโลก,” *ข่าวเนติ*

หลักการฉันทามติ (Consensus) หรือที่เรียกว่า การลงคะแนนเสียงโดยเอกฉันท์แบบยินยอมเห็นพ้องต้องกัน (Concerted Unanimity) ถือเป็นพื้นฐานของกระบวนการตัดสินใจและกำหนดนโยบายในความตกลงหรือการดำเนินการใดๆ ระหว่างประเทศสมาชิก WTO กล่าวคือ ทุกประเทศจะต้องเห็นชอบกับข้อตกลงนั้นๆ ก่อนที่ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันแก่ประเทศสมาชิกทุกประเทศ ซึ่งในการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนภายใต้ DSU นั้น จะมีหลักฉันทามติเข้ามาเกี่ยวข้องในการตัดสินข้อพิพาทของ DSB ในการลงคะแนนเสียง (Voting) รับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือคณะผู้พิจารณา (Panel report)¹⁵² อันเป็นวิธีการที่จะได้ข้อยุติ (Resolution) ขององค์การระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่งที่ยอมรับใช้กันมาก เนื่องจากเป็นวิธีการลงคะแนนเสียงที่ง่ายกว่าในรูปแบบอื่นๆ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ววิธีการเช่นนี้ไม่ได้มีการลงคะแนนเสียงกันจริงๆ เพียงแต่ประธานในที่ประชุมจะอ่านข้อยุติที่ผ่าน การพิจารณาร่วมกันแล้วให้บรรดาประเทศสมาชิกรับทราบ และหากไม่มีประเทศสมาชิกใดคัดค้านข้อยุติเช่นนั้น ประธานก็จะสรุปว่าที่ประชุมได้ยอมรับมตินั้นด้วยคะแนนเสียงอย่างเป็นเอกฉันท์ในลักษณะเป็นการยินยอมหรือเห็นพ้องต้องกันของประเทศสมาชิกทั้งหมด เพื่อแสดงให้เห็นผลของการหาข้อยุติร่วมกันโดยไม่ต้องมีการลงคะแนนเสียงอย่างจริงจังเช่นการลงคะแนนเสียงในรูปแบบปกติทั่วไป¹⁵³

3.4 การระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีแต่งตั้งให้บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายที่สาม (Third Party) ทำหน้าที่เป็นคนกลางเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) โดยคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพัน (binding) และเป็นที่สุด (Final) ระหว่างคู่กรณี¹⁵⁴ กล่าวคือ ไม่อาจอุทธรณ์ทั้งในข้อกฎหมายและในข้อเท็จจริง หรือโต้แย้งคัดค้านอย่างปกติสามัญเหมือนคำพิพากษาของศาลได้

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้ จะเริ่มจากการเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายนำเสนอข้ออ้างและข้อโต้แย้งของตน รวมทั้งพยานหลักฐานต่างๆ ที่จะสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยจากพยานหลักฐานทั้งหลายที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้นำเสนอ และต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยชี้ขาดด้วย¹⁵⁵ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการจะต้องกระทำต่อหน้าคู่กรณีโดยไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน กล่าวคือ ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีพิพาทดังกล่าวจะไม่มีสิทธิเข้าถึงการพิจารณาคดีนั้นๆ และอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความเป็นธรรม ปราศจากอคติ และเป็นไปตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณา

¹⁵² DSU, Article 2.4

¹⁵³ สมชัย สิริสมบูรณ์เวช, *เรื่องเดิม*, หน้า 133.

¹⁵⁴ จุมพต สายสุนทร, *เรื่องเดิม*, หน้า 43-53.

¹⁵⁵ อภิภูญา เลื่อนฉวี, *กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 267.

ความ รวมถึงหลักแห่งความยุติธรรมตามธรรมชาติที่ยอมรับกัน (Principles of procedures and rules of natural justice)¹⁵⁶

สำหรับการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในที่นี่ หมายถึง อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังปรากฏในมาตรา 37 แห่งสนธิสัญญากรุงเฮกเกี่ยวกับความตกลงกรณีพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี ค .ศ. 1907¹⁵⁷ ที่ได้ให้คำนิยามของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีจุดมุ่งหมายเพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างรัฐโดยผู้พิพากษาที่คู่กรณีพึงประสงค์ บนรากฐานแห่งการเคารพกฎหมาย การใช้ออนุญาโตตุลาการหมายถึงการยอมรับที่จะปฏิบัติตามคำตัดสินโดยสมัครใจ” จะเห็นได้ว่า การเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจะต้องเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของรัฐคู่กรณีพิพาท กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่รัฐไม่ยินยอม ซึ่ง การตกลงให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอาจเป็นการตกลงในขณะที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นหรืออาจเป็นการตกลงไว้ก่อนล่วงหน้าในรูปของสนธิสัญญาที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ (Obligatory Arbitration)¹⁵⁸

อย่างไรก็ดี แม้ว่าคำตัดสินชี้ขาดคดีของอนุญาโตตุลาการจะถือว่าเป็นที่สุดและมีผลผูกพันระหว่างรัฐคู่กรณีพิพาท แต่ก็มีข้อยกเว้นให้รัฐคู่กรณีพิพาทสามารถแสดงเจตจำนงที่จะไม่ยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้นได้ อาทิเช่น กรณีเป็นที่ประจักษ์ว่ากระบวนการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นไปโดยไม่สุจริต หรืออนุญาโตตุลาการดำเนิน การพิจารณาคดีเกินอำนาจหน้าที่ หรือไม่ให้เหตุผลในคำชี้ขาด หรือทุจริตรับสินบน ฯลฯ ซึ่งรัฐคู่กรณีพิพาทอาจเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นแทนก็ได้

3.4.1 หลักทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ

ในปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการถือเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative to Dispute Resolution – ADR)¹⁵⁹ วิธีหนึ่ง เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การระงับข้อพิพาททางศาล แต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ไม่ว่าจะตกลงกันหลังจากข้อพิพาทเกิดขึ้นหรือได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการอันเป็นเรื่องส่วนตัวระหว่างคู่กรณีพิพาท ดังนั้น การระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้จะต้องเป็นไปตามระบบที่คู่กรณีตกลงกัน เพราะการเลือกใช้อนุญาโตตุลาการเป็นการแสดงถึง

¹⁵⁶ อนันต์ จันทโรภากร, “ข้อพิพาทบางประการเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 33, 2 (มิถุนายน 2546): 270-295.

¹⁵⁷ Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes 1907, Article 37

¹⁵⁸ อภิญญา เลื่อนฉวี, *เรื่องเดิม*, หน้า 336-337.

¹⁵⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 30.

เจตนาของคู่กรณีที่จะให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้พิ จารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท และคู่กรณีพิพาทยอม ผูกพันตามคำตัดสินเช่นว่านั้นซึ่งกฎหมายอนุญาตตุลาการของนานาประเทศก็ยอมรับหลักการ ดังกล่าว กล่าวคือ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม รวมทั้งยอมรับผลคำชี้ขาดเช่นว่านั้นโดยปริยาย ไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลได้นั้นเอง

จะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนี้มีลักษณะพิเศษตรงที่มีความเกี่ยวข้องกับ กับสัญญาและคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันในรายละเอียดของการอนุญาตตุลาการได้ค่อนข้างมาก (Party Autonomy)¹⁶⁰ หากเรื่องใดคู่กรณีพิพาท หนีได้ตกลงกันก็อยู่ในอำนาจดุลยพินิจของ อนุญาตตุลาการ ส่วนรัฐโดยผ่านองค์กรศาลจะให้ความช่วยเหลือสนับสนุนในส่วนที่คู่กรณีพิพาทหรือ อนุญาตตุลาการไม่สามารถดำเนินการได้เอง เช่น การช่วยคุ้มครองคู่กรณีพิพาทในระหว่างการ พิจารณา การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ แต่ศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงกระบวนการ พิจารณาของอนุญาตตุลาการแต่อย่างใดอันเป็นเรื่องของอำนาจรัฐที่จะเข้าไปช่วยเหลือดูแลให้การ อนุญาตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดีและก่อให้เกิดประโยชน์ ตลอดจนให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลทุก ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเช่นว่านี้

3.4.2 การอนุญาตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ

หากพิจารณาถึงลักษณะข้อพิพาททางด้านการค้าและการลงทุนที่อาจเกิดขึ้นระหว่างประเทศ สมาชิกอาเซียนภายหลังการจัดตั้ง AEC ในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) นี้แล้ว จะพบว่าข้อขัดแย้งส่วน ใหญ่สามารถระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการ (Arbitration) ที่มีความสะดวกและรวดเร็วกว่าการ ระงับข้อพิพาททางศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอนุญาตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Arbitration)¹⁶¹ จะเข้ามามีบทบาทสำคัญในการอนุญาตตุลาการข้อ พิพาททางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นระหว่างประเทศ อาทิเช่น คู่กรณีพิพาท มีสัญชาติแตกต่างกัน หรือ กฎหมายภายในของประเทศที่มีการอนุญาตตุลาการถือว่าเป็นระหว่างประเทศ ซึ่งการอนุญาตตุลา การทางธุรกิจระหว่างประเทศ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ การอนุญาตตุลาการทาง การค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และการอนุญาตตุลาการทางการลงทุน โดย มีสาระสำคัญที่ สรุปลงได้ดังนี้

3.4.2.1 การอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

สำหรับการอนุญาตตุลาการทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) นั้น เป็นการอนุญาตตุลาการข้อพิพาททางการค้าหรือ การพาณิชย์ของคู่กรณีพิพาทที่มีสัญชาติแตกต่างกัน โดยจะดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อ พิพาทในประเทศของคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือประเทศที่สาม ซึ่งอาจเลือกใช้กฎหมายของ ประเทศใดมาบังคับใช้กับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้ นอกจากนี้ ยังหมายรวมถึงกรณีที่คู่กรณี พิพาทมีสัญชาติเดียวกันโดยจัดให้มีการพิจารณาในประเทศใดก็ได้ แต่ต้องใช้กฎหมายของต่างประเทศ ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาตตุลาการเป็นกฎหมาย

¹⁶⁰ เสาวนีย์ อัครวโรจน์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 31.

¹⁶¹ เสาวนีย์ อัครวโรจน์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 47.

ต่างประเทศ¹⁶² ทั้งนี้ การอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมักจะมืองค์กรเอกชนที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจหรือทางการค้าภายในประเทศ

3.4.2.2 การอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน

ในการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน (Investment Arbitration) ระหว่างรัฐและเอกชนผู้ลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐอื่นนั้น คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเหมือนการอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจภายในประเทศ หรืออาจเลือกใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) ที่ให้บริการระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้โดยเฉพาะ แต่อาจมีข้อจำกัดบางประการของคู่กรณีพิพาทในการใช้บริการดังกล่าว ซึ่งสถาบันที่ให้บริการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นอันเป็นที่รู้จักกันดีในวงการธุรกิจ ได้แก่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (the International Centre for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)¹⁶³ ซึ่งเป็นองค์กรระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยตรง และได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนจากธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (World Bank)

3.4.3 การระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

สำหรับศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for Settlement of Investment Dispute – ICSID)¹⁶⁴ นั้น เป็นศูนย์ที่ก่อตั้งขึ้นจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965) หรือที่เรียกว่าอนุสัญญา ICSID ภายใต้การสนับสนุนของธนาคารโลก (World Bank)¹⁶⁵ ถือเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) ระดับโลกอันมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน (Disputes Arising out of an Investment) ให้แก่คู่กรณีในลักษณะของการประสานผลประโยชน์และความต้องการของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ศูนย์ ICSID จึงเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีการบริหารงานภายในองค์กรและการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นเอกเทศ ไม่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยวิธีการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ ICSID มี 2 วิธีคือ การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งศูนย์ ICSID จะมีใช้ผู้ทำหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ แต่คู่กรณีจะเป็นผู้เลือกและแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทหรือ

¹⁶² พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สยามยานวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 20, 106.

¹⁶³ เสาวนีย์ อัครโรจน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 43.

¹⁶⁴ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ศูนย์ ICSID” แทน

¹⁶⁵ อนันต์ จันทโรภากร, *กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 26.

อนุญาโตตุลาการเอง ทั้งนี้ คู่กรณีอาจเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทก่อน แล้วตามด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการก็ได้ขึ้นอยู่กับว่าคู่กรณีจะตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือทั้งสองวิธีก็ได้ โดยคู่กรณีที่ประสงค์จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ICSID จะต้องยื่นคำร้องขอประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือต่อเลขาธิการ (Secretary General) ของศูนย์ ICSID เพื่อให้เลขาธิการรับจดทะเบียนคำร้องขอเช่นนั้น¹⁶⁶

สำหรับการแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการนั้น รัฐภาคีสมาชิกจะเป็นผู้เสนอบัญชีรายชื่อผู้ที่จะทำหน้าที่ในการประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการ โดยบุคคลเช่นนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นคนชาติของประเทศสมาชิกภาคี และจะต้องสมัครใจ (Voluntary) ให้มีชื่อของตนเองอยู่ในบัญชีรายชื่อ โดยจะมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปี¹⁶⁷

ในส่วนของรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญของการระงับข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญา ICSID ค.ศ. 1965 ทั้งสองรูปแบบดังกล่าวข้างต้น มีความแตกต่างกันตรงที่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีมาเจรจากันและทำความเข้าใจหรือข้อเสนอแนะของตนให้แก่คู่กรณีเพื่อยุติข้อพิพาท แต่ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นนั้น ซึ่งความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ประนอมข้อพิพาทนี้จะไม่ผูกมัดคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด แต่สำหรับการอนุญาโตตุลาการนั้น บุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี ให้เป็นอนุญาโตตุลาการผู้มีหน้าที่วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทเช่นนั้น โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล

อย่างไรก็ดี หากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้มีการตีความ (Interpretation) การแก้ไข (Revision) หรือการยกเลิกเพิกถอน (Annulment) คำชี้ขาดได้¹⁶⁸ เพื่อเป็นการถ่วงดุลพินิจของผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามหลักความยุติธรรม (Equity) และเพื่อส่งเสริมความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness) ของคำวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้ ด้ระบบของศูนย์ ICSID

การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการโดยศูนย์ ICSID นั้น มีหลักเกณฑ์พื้นฐานและสาระสำคัญเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการอื่นๆ คือ ต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การทำคำชี้ขาด และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีรายละเอียดดังจะอธิบายต่อไปนี้

3.4.3.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนของศูนย์ ICSID นั้น คู่กรณีพิพาทต้องได้ตกลงกันด้วยความสมัครใจโดยทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ¹⁶⁹ ของคู่กรณี เพื่อให้ศูนย์ ICSID และคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเช่นนั้น เพียงแต่มีลักษณะพิเศษตรงที่จะต้องเป็นสัญญาที่มุ่งระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐภาคี (Contracting States) ผู้รับ

¹⁶⁶ ICSID Convention 1965, Article 28, 36

¹⁶⁷ *ibid.*, Article 12,13,14

¹⁶⁸ *ibid.*, Article 50

¹⁶⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 236.

การลงทุนซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาอชิงตันฯ (ICSID Convention or Washington Convention)¹⁷⁰ และเอกชนผู้ลงทุนซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลและต้องเป็นคนชาติของ ภูมิภาคของอนุสัญญาอชิงตันฯ อีกรัฐหนึ่ง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 แห่งอนุสัญญาอชิงตันฯ¹⁷¹

3.4.3.2 อนุญาโตตุลาการ

สำหรับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้น จะต้องเป็นบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคน กลางที่ตั้งขึ้นโดยคู่กรณีเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท และควรมีคุณสมบัติที่ดีและเหมาะสม กล่าวคือ เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท เป็นผู้ซื่อสัตย์สุจริต เป็นธรรม ไม่ลำเอียงเข้าข้าง คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง¹⁷²

3.4.3.3 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID นั้น จะเริ่มจากการที่คู่กรณี พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำคำร้องขอเป็นหนังสือต่อเลขาธิการศูนย์ ICSID เพื่อจดทะเบียนรับคำร้องขอ เช่นว่านี้หากพิจารณาเห็นว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศูนย์ ICSID ก่อนจะเปิดโอกาสให้ คู่กรณีพิพาทนำเสนอพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือ ข้อโต้แย้งของตนต่ออนุญาโตตุลาการ เพราะหากไม่มีการรับฟังพยาน หลักฐานดังกล่าวแล้วการตัดสิน ก็อาจเป็นไปตามความรู้สึกของอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่มีเหตุผลและไร้ความชอบธรรมได้ ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID จะต้องดำเนินการลับ¹⁷³ กล่าวคือ ไม่อนุญาตให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณา โดยผู้ที่เข้าร่วมฟังการพิจารณาได้นั้นจะต้อง เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อพิพาทเท่านั้น สำหรับพยานนั้นจะเข้าร่วมในการพิจารณาได้เฉพาะ ในนัดที่ตนต้องไปเข้าร่วมในการสืบพยานหรือให้ปากคำเท่านั้น และห้ามอนุญาโตตุลาการนำเรื่องของ คู่กรณีพิพาทและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกรณีพิพาท การพิจารณา รวมทั้งคำตัดสินชี้ขาดไปเปิดเผยต่อ บุคคลภายนอกด้วยเช่นกัน

3.4.3.4 การทำคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ภายหลังจากมีการพิจารณาพยานหลักฐานเสร็จสิ้นแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการมี หน้าที่จะต้องทำคำชี้ขาด (Award)¹⁷⁴ ซึ่งเป็นผลของการอนุญาโตตุลาการว่า คู่กรณีฝ่ายใดจะต้อง กระทำการอย่างใดที่เกี่ยวกับข้อพิพาทเช่นว่านั้น เมื่อมีการทำคำชี้ขาดอันเป็นคำตัดสินข้อพิพาทของ อนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID เสร็จสิ้นแล้ว ย่อมทำให้หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงและ คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ชนะมีสิทธิได้รับการปฏิบัติตามคำชี้ขาด

อย่างไรก็ดี หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดเช่นว่านี้ คู่กรณีอีกฝ่าย หนึ่ง จะบังคับตามคำชี้ขาดเองมิได้ และอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถบังคับให้ได้เช่นเดียวกัน

¹⁷⁰ ขณะนี้ประเทศไทยยังมีได้เป็นภาคีอนุสัญญาอชิงตันฯ แต่ได้ลงนามแล้วตั้งแต่วันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) โดยยังมีได้ให้สัตยาบันแต่อย่างใด

¹⁷¹ ICSID Convention 1965, Article 25

¹⁷² เสาวนีย์ อัครโรจน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 267.

¹⁷³ เสาวนีย์ อัครโรจน์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 275.

¹⁷⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 285-287.

เนื่องจากสิ้นสุดหน้าที่ไปแล้ว และมีองค์กรของรัฐจึงไม่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดเช่นนี้ได้
 คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีจึงต้องขอให้องค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่บังคับตามคำชี้ขาด เช่น องค์กรตุลาการหรือ
 ศาล เป็นผู้ดำเนินการให้ภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด¹⁷⁵

3.4.4 ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสภาหอการค้านานาชาติ

สภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce – ICC)¹⁷⁶ ก่อตั้งขึ้นใน
 ปี ค.ศ. 1919 (พ.ศ. 2462) ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส เป็นองค์กรเอกชนระดับนานาชาติที่มี
 บทบาทสำคัญในการส่งเสริมและสนับสนุนนโยบายทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ (Trade
 and Investment Policy) เพื่อลดอุปสรรคในทางการค้า รวมทั้งกำหนดระเบียบ กฎเกณฑ์ และ
 มาตรฐานด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ อันได้แก่ กฎเกณฑ์การค้าความเงื่อนไขทาง
 การค้าระหว่างประเทศ (International Commercial Terms – Incoterms) และกฎกติกาการค้า
 ระหว่างประเทศที่ใช้เลตเตอร์ออฟเครดิตในการชำระเงิน (Uniform Customs and Practice for
 Documentary Credits – UCP) ซึ่งกลายเป็นระเบียบทางการค้าที่ได้รับการยอมรับและยึดถือปฏิบัติ
 กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบริการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่าง
 ประเทศ โดยมีการจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ICC International Court of
 Arbitration) ในปี ค.ศ. 1923 (พ.ศ. 2466)¹⁷⁷ เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาทและบริหารจัดการ
 คดีอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกระบวนการที่มีความ
 ยืดหยุ่น (Flexibility) และสามารถปรับเปลี่ยนเพื่อให้การระงับข้อพิพาทสามารถกระทำได้ภายใน
 ระยะเวลาอันควรและมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่เหมาะสม

ดังที่กล่าวมาข้างต้น ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ ICC เป็นองค์กรที่ปรึกษาด้าน
 การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในฐานะตัวแทนขององค์กรสหประชาชาติ (UN) และมีการ
 ประสานงานร่วมกับ WTO ในการดำเนินการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ
 จึงถือเป็นองค์กรเอกชนที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจโดย
 การอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก ทำให้เชื่อมั่นได้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะคงไว้ซึ่งความมี
 อิสระและเป็นกลางไร้อคติ เนื่องจากอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสำนักงานเลขาธิการของ ICC โดย
 จะทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางคอยประสานงานรวมทั้งติดตามผลการดำเนินคดีให้เป็นไปตามกำหนดเวลา
 และช่วยแก้ไขอุปสรรคต่างๆ ในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปอย่างราบรื่น

จะเห็นได้ว่า สาเหตุที่หลายประเทศนิยมนำคดีพิพาททางการค้าและการลงทุนเข้าสู่
 กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของ ICC ก็เพราะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
 ภายใต้การระงับข้อพิพาทของ ICC จะได้รับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้โดยง่ายในระดับ
 สากลมากกว่าคำพิพากษาของศาลในประเทศ เนื่องมาจากอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการ

¹⁷⁵ เสาวนีย์ อัครโรจน์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 235-236.

¹⁷⁶ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ICC” แทน

¹⁷⁷ หอการค้านานาชาติแห่งประเทศไทย, *รู้จักกับหอการค้านานาชาติ*, หน้า 45, ค้นวันที่

ยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กำหนดให้ศาลยุติธรรมในกว่า 140 ประเทศ ต้องยอมรับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการและต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁷⁸

¹⁷⁸ หอการค้านานาชาติแห่งประเทศไทย อนุญาโตตุลาการของไอซีซี, หน้า 1, คำนวนที่ 17 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.iccthailand.or.th/arbitration_detail.php?id=5

บทที่ 4

วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

4.1 วิเคราะห์กลไกการระงับข้อพิพาทในการดำเนินการตามกรอบการค้าและการลงทุนภายใต้กรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

เมื่อได้ศึกษากระบวนการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจที่บัญญัติเอาไว้ในกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) และพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (EDSM) ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งนโยบายการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีตามแนวทางวิถีสยาม (ASEAN Way) พบว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนยังคงยึดถือกฎบัตรอาเซียนอันเปรียบเสมือนรัฐธรรมนูญของอาเซียนเป็นหลักสำคัญในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนขึ้นพื้นฐานระหว่างประเทศ สมาชิกตามความตกลงด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศ แต่ด้วยยุคสมัยและวิวัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ทำให้หลายประเทศเกิดความวิตกกังวลว่า กลไกการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียนอาจไม่ครอบคลุมปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศภายหลังเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนซึ่งมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นและกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอาจไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในสายตาประชาคมโลก แม้ว่าประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจะมีพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจโดยเฉพาะ แต่ก็ยังไม่มีการบังคับใช้เป็นรูปธรรมเด่นชัด เนื่องจาก ณ ปัจจุบันยังไม่มีประเทศสมาชิกประเทศใดเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารฯ ดังกล่าวเลย

สำหรับสภาพปัญหาที่ผู้เขียนพบจากการศึกษากลไกการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ประกอบกับการวิเคราะห์กระบวนการระงับข้อพิพาทตามกฎบัตรอาเซียน¹⁷⁹ สามารถแยกอธิบายโดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็นหลักๆ คือรูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีกฎเกณฑ์ข้อบังคับตายตัว บทบาทและหน้าที่ของคณะผู้พิจารณาในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และการบังคับใช้และการรับรองผลคำวินิจฉัยภายใต้กรอบของพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนปี 2004

¹⁷⁹ ฐเนศ สุจารีกุล, คำบรรยายวิชากฎหมายอาเซียน (ASEAN Law) : การเปิดเสรีอาเซียน พ.ศ. 2558 : ผลกระทบต่อการพัฒนาการของกฎหมายในประเทศไทย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 4.

4.1.1 รูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีกฎเกณฑ์ข้อบังคับตายตัว

จากสภาพการณ์ปัจจุบัน การรวมตัวเป็นประชาคมถือว่าเป็น รูปแบบที่เหมาะสมที่สุดของความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เนื่องจากการรวมตัวแบบหลวมๆ นี้ เป็นลักษณะของการจัดองค์กรที่เหมาะสมกับสภาพปัจจุบันของประเทศอาเซียน เนื่องจากมีความแตกต่างในระดับของการพัฒนาทางสังคม การเมือง และเศรษฐกิจค่อนข้างมาก เพราะฉะนั้น การรวมตัวในประเทศที่มีความแตกต่างกันเช่นนี้ ก็อาจจะเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก เว้นเสียแต่ว่าในอนาคต แต่ละประเทศจะมีความใกล้ชิดกันมากขึ้น มีความเข้าใจกันมากขึ้น ก็อาจจะนำไปสู่การรวมตัวที่แน่นแฟ้นมากขึ้น และสามารถพัฒนาจนก้าวไปสู่การรวมกลุ่มใน ระดับของสหภาพได้ ยกตัวอย่างเช่น ลักษณะของการเป็นสหภาพยุโรป อันเป็นการจัดองค์กรในลักษณะที่เรียกว่า Rule Based ที่ใช้กฎเกณฑ์กติกาค่อนข้างเข้มงวด ถ้าประเทศใดละเมิดอนุสัญญา สนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปก็สามารถที่จะฟ้องร้องดำเนินคดี หรือ ให้อำนาจของสหภาพยุโรปตัดสินพิพากษาได้ว่า มีการกระทำที่ผิดข้อตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ เพราะฉะนั้น ศาลจะตีความจากตัวอนุสัญญาเป็นหลักว่า สิ่งของแต่ละประเทศกระทำไปนั้น สอดคล้องทั้งกับตัวลายลักษณ์อักษร หรือเจตนารมณ์ของอนุสัญญาในการรวมตัวของสหภาพยุโรปหรือไม่ นี่คื อลักษณะของการระงับข้อพิพาทในสหภาพยุโรปที่เป็น Rule Based เต็มตัว

แต่สำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนนั้น มีการใช้กติกาที่ค่อนข้างหลวมๆ ในลักษณะที่เป็น Rule Based Community เห็นได้จากกฎบัตรอาเซียนอันเป็นจุดเริ่มต้นของการจัดตั้งประชาคม ซึ่งส่วนใหญ่ก็เป็นหลักการกว้างๆ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่มียกเว้นกฎเกณฑ์ที่เป็นสภาพบังคับตายตัว อีกสาเหตุสำคัญประการหนึ่งก็คือ แต่ละประเทศยังไม่ไว้วางใจซึ่งกันและกัน และมีความขัดแย้งหรือข้อพิพาทกันอยู่ในบางประเทศ ทำให้ไม่มีประเทศใดกล้าที่จะก้าวเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทในลักษณะที่เป็น Rule Based เต็มตัวเหมือนอย่างสหภาพยุโรป เพราะเกรงว่าถ้าตกลงยินยอมเข้าสู่สภาพที่เป็น Rule Based เต็มตัวแล้ว จะต้องมียกเว้นหรือระดับประเทศขึ้นมาทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยเฉพาะ อีกทั้ง แต่ละประเทศสมาชิกยังไม่มั่นใจว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีกฎเกณฑ์ตายตัวเช่นนี้จะส่งผลดีต่อประเทศสมาชิกหรือไม่ จึงไม่กล้าที่จะก้าวเข้าสู่การระงับข้อพิพาทที่เป็น Rule Based เต็มตัว ด้วยเหตุนี้เอง ลักษณะของกระบวนการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จึงมีรูปแบบที่เน้นการเจรจา ระหว่างประเทศคู่พิพาทเป็นหลัก ดังปรากฏในบทบัญญัติของ ASEAN Charter และพิธีสารฯ EDSM ฉบับปัจจุบัน

4.1.2 บทบาทและหน้าที่ของคณะผู้พิจารณาในการวินิจฉัยข้อพิพาท

เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาและ พิจารณากฎบัตรอาเซียน ข้อ 24.3 ที่กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเป็นการเฉพาะ ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับ การตีความหรือการใช้ความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ”¹⁸⁰ สามารถตีความและเข้าใจได้ว่า ในกรณีที่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นเป็นข้อพิพาทตามความตกลงทางเศรษฐกิจ

¹⁸⁰ ASEAN Charter, Article 24.3

ระหว่าง ประเทศสมาชิก หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความหรือการบังคับใช้ความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ด้วยพิธีสารว่าด้วยกลไก การระงับข้อพิพาทของอาเซียนฉบับปัจจุบัน(ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004)¹⁸¹ ซึ่งพิธีสารฯ 2004 ดังกล่าวนี้ได้ถอดแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทบางส่วนมาจากการปรับปรุงพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนเองนั่นคือ พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996)¹⁸² ซึ่งทั้งพิธีสารฯ 1996 และพิธีสารฯ 2004 ต่างก็มีกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกตามความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการที่ใช้กับการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก¹⁸³ ที่ได้รับการยอมรับว่ามีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเป็นแม่แบบ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า แม้อาเซียนจะมีกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวตามพิธีสารฯ 1996 มาใช้บังคับก็ตาม แต่ก็ยังไม่เคยพบว่ามีคดีข้อพิพาททางเศรษฐกิจใดที่นำเอาบทบัญญัติในพิธีสารฯ 1996 ไปใช้บังคับแก้ข้อพิพาทนั้นๆ ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากประเด็นที่ว่าพิธีสารฯ 1996 มิได้นำกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทของการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกมาทั้งหมด โดยนำมาบัญญัติไว้แต่เพียงบางส่วนจึงอาจทำให้พิธีสารฯ 1996 ยังขาดรายละเอียดที่สำคัญบางประการส่งผลให้ประเทศสมาชิกไม่เชื่อมั่นต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทจึงมีการแก้ไขปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนขึ้นมาใหม่เพื่อบังคับใช้แทนพิธีสารฯ เดิม¹⁸⁴ อีกทั้งพิธีสารฯ 1996 เป็นการนำหลักอิงอำนาจ (Power-Oriented System) มาใช้ กล่าวคือ การแต่งตั้งคณะผู้ตัดสินพิจารณาคดีจะต้องมาจากที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจ (SEOM) และที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจ(AEM) ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการแทรกแซงในกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ อันขัดกับหลักความโปร่งใส(Transparency) ตามเจตนารมณ์แห่งพิธีสารฯ นี้

และเมื่อพิจารณากระบวนการของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในพิธีสารฯ 2004 ผู้เขียนพบว่า โดยส่วนใหญ่แล้วมีการกำหนดรายละเอียดและเนื้อหาของบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเอาไว้คล้ายคลึงกับความเข้าใจฯ 1994 ขององค์การการค้าโลก แต่ยังคงขาดความชัดเจนในเรื่องของระยะเวลา เนื่องจากว่าพิธีสารฯ 2004 กำหนดว่า ประเทศสมาชิกที่พิพาท รวมทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะต้องพยายามทุกวิถีทางเพื่อเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุดเท่าที่ทำได้กำหนดเรื่องของระยะเวลาเอาไว้อย่างชัดเจนเหมือนอย่างความเข้าใจฯ 1994 ข้อ 4.8¹⁸⁶ ในรายละเอียดเกี่ยวกับกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินหรือกรณีสินค้าเน่าเสียง่าย ซึ่งอาจก่อให้เกิด

¹⁸¹ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “พิธีสารฯ 2004” แทน

¹⁸² ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “พิธีสารฯ 1996” แทน

¹⁸³ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ความเข้าใจฯ 1994” แทน

¹⁸⁴ ทักษิณ ชัยเกษมสุต และ แอน พลอยส่องแสง, “กระบวนการระงับข้อพิพาท : WTO และ ASEAN,”วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 21, (พฤษภาคม 2545):408.

¹⁸⁵ รัชชวิญญู ปิยะปราโมทย์,ร่างพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนปี 2004,(กรุงเทพมหานคร:สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ,2548),หน้า 4.

¹⁸⁶ DSU 1994, Article 4.8

ความสับสนจนคณะผู้พิจารณาตีความบทบัญญัติกล่าวผิดเพี้ยนไปและเกิดความยุ่งยากในทางปฏิบัติแก่ประเทศสมาชิกคู่กรณีและบุคคลผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

นอกจากนี้ ความบกพร่องด้านคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นคณะผู้พิจารณา ถือเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจและประเทศสมาชิกควรตระหนักเป็นอย่างยิ่งในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เนื่องจากประเทศสมาชิกล้วนเป็นมือใหม่ในการเรียนรู้กระบวนการระดับข้อพิพาทรูปแบบใหม่ดังที่ปรากฏในพิธีสารฯ ข้างต้น อีกทั้งผู้นำหรือตัวแทนของแต่ละประเทศสมาชิกผู้ที่จะเข้ามามีบทบาทในการทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดี ก็อาจมีประสบการณ์เกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดคดีในระดับสากลไม่มากเพียงพอและขาดความชำนาญเรื่องกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ จนนำไปสู่ความบกพร่องในทางปฏิบัติด้านกระบวนการพิจารณาตัดสินคดีพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ จึงเกิดเป็นข้อสงสัยขึ้นมาว่า การตั้งคณะผู้พิจารณาเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิก อาจไม่เหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาค เนื่องจากทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท เมื่อเปรียบ เทียบกับการเจรจาทางการทูตที่รวดเร็วกว่า มาก และประเทศสมาชิกต่างก็ต้องการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันโดยเร็วที่สุดเพื่อบรรเทาและป้องกันความเสียหายที่จะอาจเกิดขึ้นต่อเนื่องในภายหลังหากกระบวนการพิจารณาตัดสินคดีเกิดความยืดเยื้อและใช้เวลายาวนานเกินสมควร

4.1.3 การบังคับใช้และการรับรองผลคำวินิจฉัยภายใต้กรอบของพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียนฉบับปี 2004

สำหรับพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน ฉบับปี 2004 (พ.ศ. 2547) (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism: EDSM) นั้นเป็นสนธิสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อใช้แทนพิธีสารฯ ฉบับปี 1996 (พ.ศ. 2539) โดยได้กำหนดกลไกระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะ ทั้งนี้ รูปแบบและหลักการส่วนใหญ่อ้างอิงกฎและกระบวนการ ระงับข้อพิพาททางการค้า ภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO DSU) โดยมีข้อแตกต่างในเรื่องระยะเวลาการดำเนินการในแต่ละขั้นตอน และโครงสร้างขององค์กรที่กำกับดูแลภายใต้พิธีสารฯ ดังกล่าว ส่วนสาระสำคัญของพิธีสารฯ 2004 นี้จะมุ่งสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยวิธีปรึกษาหารือ การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ การประนีประนอมหรือการไกล่เกลี่ย ก่อนที่จะเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทอย่างเป็นทางการซึ่งมีผลผูกพันต่อคู่กรณีผ่านระบบการจัดตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) หากประเทศคู่พิพาทไม่พอใจคำตัดสินของคณะผู้พิจารณา สามารถยื่นอุทธรณ์คำตัดสินต่อองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ให้พิจารณาได้ และหากประเทศคู่กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินอาจต้องให้การชดเชยกับประเทศคู่กรณีที่ชนะคดีหรืออาจถูกตอบโต้ได้ ซึ่งการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนมีกรอบเวลาดำเนินการที่ชัดเจน แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน 445 วัน อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบัน ประเทศสมาชิกอาเซียน ยังไม่เคยใช้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าวอย่างเป็นทางการแต่อย่างใด

จากการศึกษาบทบัญญัติพิธีสารฯ 2004 พบว่า การบังคับใช้และการรับรองผลคำวินิจฉัยข้อพิพาทภายใต้พิธีสารดังกล่าว อาจมีปัจจัยภายนอกอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ฐานะทางเศรษฐกิจ

เหตุผลทางการเมือง ฯลฯ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเที่ยงธรรมและประสิทธิภาพในบังคับตามผล
 คำตัดสินชี้ขาดขององค์การระงับข้อพิพาทหรือคณะผู้พิจารณา รวมถึงอาจส่งผลกระทบต่อการรับรอง
 ผลคำวินิจฉัยให้มีผลสมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้จริงตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังจะ
 เห็นได้จากกรณีพิพาทศึกษา เรื่องรถโปรตอน (Proton)¹⁸⁷ ซึ่งมีสาเหตุมาจากความขัดแย้งด้าน
 ผลประโยชน์ทางการค้าและการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่าเทียมกัน
 สำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน (CEPT/AFTA) เนื่องจากประเทศมาเลเซียได้ขอชะลอการลดอัตราภาษี
 สำหรับสินค้าชุดประกอบรถยนต์ (Complete Knock Down) และรถยนต์ที่ประกอบแล้ว
 (Complete Build Up) โดยประเทศมาเลเซียอ้างว่า อุตสาหกรรมประเภทรถยนต์ของมาเลเซียได้รับ
 ผลกระทบทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก มีความจำเป็นที่ต้องปกป้องอุตสาหกรรมดังกล่าวต่อไปอีก
 ระยะเวลาหนึ่งเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าอุตสาหกรรม รถยนต์ในประเทศฟื้นตัวจากวิกฤติเศรษฐกิจดีแล้ว
 ก่อนที่จะให้มีการเปิดตลาดอย่างเสรี แต่เมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันเอาไว้ว่าประเทศสมาชิก
 จะต้องดำเนินการลดอัตราภาษีโดยโอนย้ายรายการสินค้าที่อยู่ในบัญชียกเว้นลดภาษีชั่วคราว
 (Temporary Exclusion List) เข้ามาอยู่ในบัญชีลดภาษี (Inclusion List) ทั้งหมด ประเทศมาเลเซีย
 กลับปฏิเสธที่จะไม่ทำตามความตกลงดังกล่าวโดยอ้างว่า อุตสาหกรรมประเภทรถยนต์ของมาเลเซีย
 ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก มีความจำเป็นที่ต้องปกป้อง (Protectionism)
 อุตสาหกรรมดังกล่าวต่อไปอีกระยะเวลาหนึ่ง อีกทั้ง ประเทศมาเลเซียยังอ้างว่าได้เคยแจ้งด้วยวาจาให้
 ประเทศไทยทราบถึง 2 ครั้งในการประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจ (AEM) และที่ประชุมฯยังได้ยอมรับถึง
 เหตุผลดังกล่าวด้วย¹⁸⁸ อันเป็นเสมือนการปิดปากประเทศไทยในการเรียกร้องการกระทำดังกล่าว
 จากการละเมิดพันธกรณีตามพิธีสารฯ ดังกล่าว ทำให้ประเทศไทยไม่พอใจกับการกระทำ
 ดังกล่าวของประเทศมาเลเซียเป็นอย่างมากและได้แสดงท่าทีที่แข็งกร้าวในลักษณะที่พร้อมจะทำการ
 ตอบโต้ประเทศมาเลเซียด้วยการไม่ลดอัตราภาษีแก่สินค้าน้ำมันปาล์มภายใต้ความตกลงเขตการค้า
 เสรีอาเซียนที่นำเข้ามาจากประเทศมาเลเซียเรื่อยไปจนกว่า ประเทศมาเลเซียจะโอนย้ายสินค้า
 อุตสาหกรรมทั้งสินค้าชุดประกอบรถยนต์ (CKD) และรถยนต์ที่ประกอบแล้ว (CBU) มาอยู่ในบัญชี
 รายการลดภาษี (Inclusion List) ซึ่งในกรณีดังกล่าวประเทศไทยมีสิทธิตามกฎหมายที่จะใช้
 มาตรการตอบโต้โดยการระงับชั่วคราว (suspend) การยกเว้นภาษีภายใต้ ความตกลงเขตการค้าเสรี
 อาเซียนได้ตามหลัก “inadimplentum non est adimplendum” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปใน
 กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้สำหรับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งละเมิดพันธกรณีตามสัญญาก่อนคู่สัญญา
 อีกฝ่ายหนึ่งยอมสามารถตอบโต้โดยการระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีของตน บ้างในเรื่องใดก็ได้แต่

¹⁸⁷ อีริยูท ปักษา, กระบวนการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจและการค้าภายใต้อาเซียน, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2554), หน้า 67.

¹⁸⁸ ภิญญาดา ไรนิเกอร์, *เรื่องเดิม*, หน้า 273.

จะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนกันเท่านั้นและตามมาตรา 60 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาเรื่องกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ว่าด้วยการละเมิดสนธิสัญญา¹⁸⁹

อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกอาเซียนได้มีการร่วมกันเจรจาปรึกษาหารือในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นในการประชุมอย่างไม่เป็นทางการ โดยได้มีการจัดทำพิธีสารว่าด้วยการดำเนินการตามแผนงานการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่ากันสำหรับบัญชียกเว้นลดภาษีชั่วคราว (Protocol Regarding the Implementation of CEPT Scheme Temporary Exclusion List) ซึ่งมีการลงนามโดยที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2543 ณ ประเทศสิงคโปร์ โดยระบุเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถขอลดหย่อนมาตรการทางภาษีต่างๆ ตามที่เคยได้ตกลงตามพันธกรณี กล่าวคือ พิธีสารฯ ไม่ได้มีเพียงแต่มีการกำหนดขอบเขตการลดหย่อนไว้ว่าจะสามารถลดหย่อนได้เฉพาะสินค้าอุตสาหกรรมที่อยู่ในบัญชียกเว้นลดภาษีชั่วคราว (Temporary Exclusion List) ครั้งสุดท้ายที่ได้ตกลงกันไว้เมื่อ พ.ศ. 2542 เท่านั้น แต่พิธีสารฯ ยังได้อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถระงับสิทธิประโยชน์ในการให้สิทธิพิเศษอีกด้วย ทั้งนี้ หากประเทศสมาชิกชะลอการนำเข้าสินค้าจากบัญชียกเว้นลดภาษีชั่วคราว (Temporary Exclusion List) มาอยู่ในบัญชีลดภาษี (Inclusion List) ก็ให้ประเทศสมาชิกดังกล่าวเสนอวิธีการชดเชยความเสียหายให้แก่ประเทศสมาชิกที่ได้รับผลกระทบดังกล่าวด้วย โดยประเทศสมาชิกสามารถยื่นคำร้องขอต่อคณะมนตรีเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA Council) เพื่อขออนุมัติโดยระบุถึงเหตุผลและความจำเป็น ระยะเวลาของความล่าช้าในการย้ายรายการสินค้าต่างๆ ทั้งนี้ ประเทศมาเลเซียได้รับความเห็นชอบให้ชะลอการโอนย้ายสินค้าอุตสาหกรรมทั้งสินค้าชุดประกอบรถยนต์ (CKD) และรถยนต์ที่ประกอบแล้ว (CBU) จากบัญชียกเว้นลดภาษีชั่วคราวมาอยู่ในบัญชีลดภาษีแล้ว แต่ประเทศมาเลเซียกลับใช้มาตรการเพิ่มภาษีสรรพสามิตรถยนต์ให้สูงขึ้นจากเดิมร้อยละ 30-190 เป็นร้อยละ 90-250 เพื่อทดแทนการขาดผลประโยชน์ที่ต้องเสียไปจากการลดอัตราภาษีตามความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียนและปกป้องคุ้มครองนโยบายรถยนต์แห่งชาติอันเป็นหัวใจสำคัญของประเทศ¹⁹⁰

เมื่อพิจารณาในส่วนของกลไกการระงับข้อพิพาทของเขตการค้าเสรีอาเซียนในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้นได้มีการบัญญัติเอาไว้ในความตกลงการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่าเทียมกันสำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน (CEPT/AFTA) ข้อที่ 8 ว่าด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ¹⁹¹ ดังนี้

หากเกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกว่าด้วยการตีความ หรือการบังคับใช้ความตกลงการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่าเทียมกันสำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน ให้ประเทศที่พิพาทระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยการเจรจาอย่างฉันทมิตร หากยังไม่สามารถระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ก็ให้ส่งข้อพิพาทไปยังคณะมนตรีเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA Council) และที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) เพื่อระงับข้อพิพาทต่อไปตามลำดับ

¹⁸⁹ สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร, ความตกลงเขตการค้าเสรีซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี, หน้า 59, คำนวนที่ 11 มีนาคม 2555 จาก <http://www.oae.go.th/download/document/CH5.pdf>

¹⁹⁰ ธีรยุทธ ปักษา, *เรื่องเดิม*, หน้า 70.

¹⁹¹ CEPT, Article 8.

จะสังเกตได้ว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ ดังกล่าวนี้นั้นเน้นการเจรจากันอย่างฉันทามติมากกว่าวิธีอื่นใด ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะความตกลงดังกล่าวอาจจะเพียงมีการบังคับใช้ซึ่งไม่ยากที่จะนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาททางกฎหมายใดๆ มาบังคับใช้แก่กรณีมากนัก อีกทั้งประเทศสมาชิกอาเซียนก็มีความผูกพันกันในระดับที่ประชุมต่างๆ อยู่แล้วกล่าวคือ อาเซียนมี กลไกการระงับข้อพิพาทแบบไม่เป็นทางการโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่างๆ ที่เข้าร่วมประชุมโดยถือเป็นกลไกในการแก้ปัญหาหรือระงับข้อพิพาทได้ในระดับหนึ่ง¹⁹² การเจรจาพูดคุยกันจึงน่าจะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทได้ดีที่สุดในช่วงเวลาดังกล่าว นอกจากนี้ยังปรากฏความไม่ชัดเจนในการระงับข้อพิพาทสำหรับวิธีการระงับข้อพิพาทที่หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยส่งข้อพิพาทไปให้คณะมนตรีเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA Council) และที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ว่าจะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการใด ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาท¹⁹³ ที่จะต้องประกอบไปด้วยหลักการต่างๆ ดังนี้

1) หลักอัตโนมัติ (Automaticity) ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศควรบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าในสถานการณ์ใดจะใช้ข้อบังคับใดมาใช้บังคับแก่กรณี และหากมีข้อยกเว้นใดก็ต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนเพื่อที่ประเทศสมาชิกจะได้ทราบโดยอัตโนมัติว่าจะนำข้อบังคับใดมาใช้บังคับแก่กรณี (Automatic Application) เพราะบัญญัติไว้แล้วในกฎหมาย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวในข้อนี้จะทำให้ประเทศสมาชิกเกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการระงับข้อพิพาท

2) หลักความโปร่งใส (Transparency) ซึ่งขั้นตอนกระบวนการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศจะต้องมีความโปร่งใส สามารถเปิดเผยและสามารถตรวจสอบได้ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดีไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาคดีตลอดถึงการบังคับใช้คำตัดสิน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในกระบวนการระงับข้อพิพาท มีความรวดเร็วในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ เสริมสร้างความเชื่อมั่นแก่ประเทศสมาชิกได้เป็นอย่างดี

3) หลักความเป็นกลาง (Impartiality) ซึ่งหลักความเป็นกลางนั้นเป็นการสร้างความเชื่อมั่นแก่ประเทศสมาชิกในกระบวนการระงับข้อพิพาทว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทจะได้รับการพิจารณาดีจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์กรระงับข้อพิพาทที่มาจากบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ ดำเนินการพิจารณาดีด้วยความยุติธรรม ไม่มีความลำเอียง ปราศจากอคติ และไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือผลประโยชน์ใดๆ และ

4) หลักความรวดเร็ว (Speediness) ซึ่งการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นจะต้องมีความรวดเร็วหรือระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ทั้งนี้ ต้องดำเนินการไปด้วยความมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าเกิดความ

¹⁹² ประภัศร์ เทพชาตรี, **ประชาคมอาเซียน (ASEAN Community)**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2554), หน้า 28.

¹⁹³ พรชญา ลัทธวรรณ, “การปรับปรุงประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลงการจัดตั้งองค์การการค้าโลก,” **วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 19 (กันยายน 2542): 169-193.

ล่าช้าก็จะส่งผลกระทบต่อการค้าเงินธุรกิจ ประเทศสมาชิก หรือนักลงทุนจะเกิดความลังเลและไม่เชื่อมั่นต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทได้¹⁹⁴

ทั้งนี้ ภายหลังจากที่ความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (ATIGA) มีผลใช้บังคับและยังครอบคลุมถึงความตกลงการใช้ตราภาษีพิเศษที่เท่าเทียมกัน (CEPT) ด้วย ซึ่งความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (ATIGA) ข้อ 89 ได้กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการตีความหรือการบังคับใช้ความตกลงฯ ด้วยพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทอาเซียน 2004 (The ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004)¹⁹⁵

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า แม้ว่าเขตการค้าเสรีอาเซียนจะได้มีการบัญญัติกระบวนการระงับข้อพิพาทเอาไว้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้น พบว่าประเทศสมาชิกอาเซียนกลับหันไปใช้วิธีการเจรจาปรึกษาหารือซึ่งกันและกันหรืออาจตกลงร่วมกันเพื่อที่จะทำความตกลงเสริมขึ้นมา เช่น พิธีสารว่าด้วยการดำเนินการตามแผนงานการใช้ตราภาษีพิเศษที่เท่าเทียมกันสำหรับบัญชียกเว้นลด ภาษีชั่วคราว (Protocol Regarding the Implementation of CEPT Scheme Temporary Exclusion List) ที่เปรียบเสมือนข้อตกลงเสริมเพิ่มขึ้นมาระหว่างประเทศสมาชิกเพื่อความยืดหยุ่นในการปฏิบัติตามความตกลงต่างๆ ภายในเขตการค้าเสรีอาเซียน กรณีพิพาทเรื่องรถโปรตอนจึงถือเป็นกรณีตัวอย่างของความบกพร่องของบทบัญญัติอาเซียนที่ไม่สอดคล้องกันจน อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมาในภายหลัง

อย่างไรก็ดี ท่านดร. ธเนศ สุจารีกุล¹⁹⁶ ได้แสดงความเห็นในประเด็นของการให้สิทธิเลือกเวทีระงับข้อพิพาทตามความตกลงการใช้ตราภาษีพิเศษพิเศษที่เท่าเทียมกันสำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน (CEPT/AFTA)¹⁹⁷ ข้อที่ 8 ว่า เมื่อพิธีสาร EDSM ปี 2004 (พ.ศ 2547) เริ่มมีผลบังคับใช้ส่งผลให้ความตกลงฯ CEPT ดังกล่าวนี้นั้นแทบจะไม่มีผลบังคับใช้ใดๆ เลย อีกทั้ง ต่อมา ในปี 2008 (พ.ศ. 2551) มีการจัดทำกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) อันเปรียบเสมือนรัฐธรรมนูญของอาเซียนที่กำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกไว้อย่างชัดเจน และบทบัญญัติข้อที่ 8 แห่งความตกลงฯ CEPT นั้นก็อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎบัตรอาเซียน มาตรา 24 ซึ่งกำหนดให้เลือกใช้บทบัญญัติตามพิธีสาร EDSM ในการยุติข้อพิพาทระหว่างประเทศ จึงมีผลทำให้ความตกลงฯ CEPT นี้ แทบจะสิ้นผลไปทันทีในทางปฏิบัติเนื่องจากมีประสิทธิภาพค่อนข้างต่ำในเวทีการเจรจา ด้านเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุนี้ ผู้นำประเทศอาเซียนจึงจำเป็นต้องกลับมาทบทวนในส่วนของบทบัญญัติอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกเสียใหม่ เพื่อจะได้ป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ซ้ำรอยเดิมหรือมีความขัดแย้งด้านผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจดังเช่นที่ผ่านมาอีก อันจะเป็นแนวทางสำคัญที่จะช่วยให้พิธีสารฯ 2004 ได้รับการพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขให้เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจในระดับสากล อีกทั้งสามารถนำมา

¹⁹⁴ อธิษฐาน ปักษา, *เรื่องเดิม*, หน้า 72.

¹⁹⁵ ATIGA, Article 89

¹⁹⁶ สัมภาษณ์ ธเนศ สุจารีกุล, *เรื่องเดิม*.

¹⁹⁷ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ความตกลงฯ CEPT” แทน

ปรับใช้ได้จริงในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอันมีสาเหตุจากการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอย่างมีประสิทธิภาพด้วย

4.2 วิเคราะห์ข้อจำกัดและปัญหาในกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

อย่างที่ทราบกันดีว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีความสัมพันธ์ทางการทูตที่แน่นแฟ้น และกลมเกลียวกันมาโดยตลอด นับตั้งแต่การจัดตั้งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียนขึ้นตามปฏิญญากรุงเทพมหานคร (Bangkok Declaration) เมื่อปี ค.ศ. 1967 (พ.ศ. 2510) จะเห็นได้ว่า ที่ผ่านมามีเคยมีข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด เนื่องจากอาเซียนมีวัตถุประสงค์ที่จะรวมกลุ่มเพื่อสร้างความมั่นคงภายในภูมิภาคอาเซียนเป็นหลัก กล่าวคือ อาเซียนรวมกลุ่มกันเพื่อป้องกันการรุกรานหรือการเข้ามาแทรกแซงครอบงำจากประเทศภายนอกมิใช่มุ่งส่งเสริมความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้เอง กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนจึงมีกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบไม่เป็นทางการ (Informal) อธิบายอย่างง่าย ๆ ก็คือ หากเกิดข้อพิพาทขึ้นมา ประเทศสมาชิกจะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอะลุ้มอล่วยในแบบที่เรียกว่า “วิถีแห่งอาเซียน (ASEAN Way)” ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะในช่วงแรกๆ นั้น อาเซียนมีประเทศสมาชิกเพียง 5 ประเทศเท่านั้นและยังไม่มีความร่วมมือกันทางเศรษฐกิจที่จำเป็นจะต้องมีกลไกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพแต่อย่างใด¹⁹⁸

แม้ต่อมา ระบบเศรษฐกิจโลกมีความก้าวหน้าและเข้มแข็งมากขึ้นสืบเนื่องมาจากผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกกวัย (Uruguay Round) ที่ทำให้การแข่งขันทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศขยายตัวมากยิ่งขึ้น ประกอบกับสถานการณ์ต่างๆ ภายในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เริ่มคลี่คลายลงจากการสิ้นสุดยุคสงครามเย็น อาเซียนจำเป็นต้องปรับตัวเพื่อรับมือกับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นให้ทันท่วงทีโดยการร่วมมือกันเพื่อสร้างอำนาจการต่อรองในทางเศรษฐกิจรวมถึงการสร้างตลาดขนาดใหญ่เพื่อเป็นแหล่งผลิตสินค้าขนาดใหญ่ที่มีประสิทธิภาพเพื่อที่จะจูงใจนักลงทุนหลังไหลเข้าสู่ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community) ขึ้นภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) เพื่อส่งเสริมความร่วมมือและความก้าวหน้าทั้งในด้านการเมือง ความมั่นคง ด้านเศรษฐกิจ และด้านสังคมวัฒนธรรมระหว่างกัน แต่นักวิชาการหลายฝ่ายก็มีความกังวลว่า ข้อจำกัดในเรื่องความแตกต่างด้านสถานะทางเศรษฐกิจ รวมถึงเหตุผลในทางการเมืองและความมั่นคงของแต่ละประเทศสมาชิกจะเป็นอุปสรรคหนึ่งที่ทำให้การจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนไม่ราบรื่นเท่าที่ควร เนื่องจากบางประเทศสมาชิกอาจให้ความร่วมมือและปฏิบัติตามนโยบายทางเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้อย่างไม่เต็มที่นักอันมีสาเหตุมาจากข้อจำกัดดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้การวางกรอบกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนขาดรูปแบบที่ชัดเจนและไร้ประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ

¹⁹⁸ อธิษฐาน ปักษา, *เรื่องเดิม*, หน้า 92.

เพราะหากประเทศสมาชิกคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีอ้างว่าตนกำลังประสบปัญหาสถานะทางเศรษฐกิจที่ย่ำแย่ หรือกำลังเกิดการชุมนุมประท้วงขึ้นรุนแรงภายในประเทศ เพื่อขอผ่อนผันการดำเนินการชดเชยความเสียหายให้แก่ประเทศสมาชิกฝ่ายที่ชนะคดี อาจทำให้ประเทศสมาชิกที่ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยจากการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงด้านการค้าและการลงทุนล่าช้ากว่าที่ควร และไม่สามารถเรียกร้องค่าชดเชยด้านอื่นๆ จากประเทศสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีได้เลยถ้าหากกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนยังขาดประสิทธิภาพเช่นนี้ จนสร้างความไม่พอใจและเกิดความแตกแยกระหว่างกันมากยิ่งขึ้นนอกจากนี้ ความอะลุ่มอล่วยซึ่งกันและกันระหว่างประเทศสมาชิกตามแบบวิถีอาเซียนดังกล่าวข้างต้น อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายหลังการเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ทำให้อาเซียนไม่สามารถสร้างบรรทัดฐานที่เทียบเท่าสากลได้ในการกำหนดและควบคุมมาตรฐานของกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน จนกลายเป็นข้อจำกัดที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติไม่กล้าเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจด้านการค้ากับประเทศสมาชิกเนื่องจากไม่มั่นใจในมาตรฐานของขั้นตอนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และเกรงว่าหากเกิดข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนขึ้นแล้วตนจะได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ดังนั้น ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนจึงควรตระหนักถึงประเด็นปัญหาในเรื่องนี้เพื่อเร่งรัดดำเนินการการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ของอาเซียนเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนให้มีความสอดคล้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนตามหลักกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่มีความเป็นสากลต่อไป เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ประเทศสมาชิกและนักลงทุนต่างชาติเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ทั้งนี้ ข้อจำกัดและปัญหาในกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่พบจากการศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติต่างๆ เกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน สามารถแบ่งแยกได้เป็น 4 ประเด็นหลักๆ ดังนี้

4.2.1 ข้อจำกัดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทตามหลักฉันทามติแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way)

จากการที่กลุ่มอาเซียนถูกนานาชาติดมองว่าเป็นการรวมกลุ่มระดับภูมิภาคที่มีการดำเนินงานที่อยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจซึ่งกันและกัน โดยจะไม่แทรกแซงอำนาจอธิปไตยระหว่างกัน ทำให้กลุ่มอาเซียนเลือกที่จะดำเนินงานที่ไม่เป็นทางการมากกว่าจะดำเนินงานตามกรอบที่วางไว้กล่าวคืออาเซียนจะดำเนินการระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นด้วยการเจรจาปรึกษาหารือกันหรือพยายามหาทางหลีกเลี่ยงปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นมากกว่าที่จะเข้าไปมุ่งแก้ปัญหาอย่างแท้จริง โดยอาเซียนอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่า หากไม่เข้าไปยุ่งกับปัญหาและหาทางที่จะลี้ภัยปัญหา ปัญหาข้อพิพาทต่างๆ ก็จะหายไปหรือคลี่คลายไปในที่สุด อันส่งผลให้เกิดการมีทัศนคติแบบพึ่งพาหรือยึดมั่นในวิถีอาเซียน

(ASEAN Way)¹⁹⁹ กล่าวคือ อาเซียนไม่เห็นถึงความจำเป็นในการที่จะต้องมีสถาบันหรือกลไกใดๆ มาขับเคลื่อนการดำเนินงานต่างๆ ของอาเซียน²⁰⁰ เนื่องจากหลัก ASEAN Way ถือเป็นแนวทางในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งอาเซียนจะให้ความสำคัญกับกลไกหรือการดำเนินงานที่ไม่เป็นทางการ (informal) ในการแก้ปัญหาข้อพิพาทหรือความขัดแย้งต่างๆ อาจกล่าวได้ว่า วิถีอาเซียนดังกล่าวนี้ถือเป็นผลสะท้อนมาจากความไม่เชื่อใจหรือลังเลใจระหว่างประเทศสมาชิกที่จะยึดมั่นในหลักการทางกฎหมายในการหันหน้าเข้าหากันหรือระงับข้อพิพาทซึ่งกันและกัน ซึ่งการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกของอาเซียนตามแบบวิถีอาเซียนนั้นมีหลักการสำคัญอยู่ว่า การระงับข้อพิพาทในเรื่องใดๆ จะต้องกระทำโดยผ่านการเจรจาปรึกษาหารือกัน และการตัดสินใจในเรื่องใดๆ นั้นจะต้องมีความเห็นของประเทศสมาชิกที่เป็นเอกฉันท์หรือฉันทามติ แต่ทั้งนี้ การที่จะระงับข้อพิพาทได้บ้าง จึงสรุปได้ว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหมดไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องต้องตรงกันในทุกประการ แต่ต้องไม่ทำลายผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน²⁰¹

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่ว่าอาเซียนมักแก้ไขปัญหาและระงับข้อพิพาทระหว่างกันอย่างฉันทามติ อาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ปัจจุบันยังไม่เคยมีกรณีพิพาทรายใดเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทฉบับใหม่และหากยังคงส่งเสริมให้การระงับข้อพิพาทตามหลัก ASEAN Way เช่นนี้ดำเนินต่อไป ก็อาจจะกลายเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติมองว่า กลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนยังไม่เด็ดขาดเท่าที่ควรและไร้ซึ่งความน่าเชื่อถือในสายตาของนานาชาติประเทศกลายเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนภายหลังการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

จากการศึกษาพบว่า หลัก ASEAN Way จะเข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ใน 2 รูปแบบใหญ่ๆ คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ และการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน²⁰² ซึ่งสามารถอธิบายความสัมพันธ์ได้ดังนี้

ถ้าเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จะเน้นการพูดคุยเจรจากันเพื่อหาฉันทามติ (Consensus) ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นหลัก ตามแนวทางของหลัก ASEAN way อยู่แล้ว เพราะว่าในระดับรัฐกับรัฐซึ่งแต่ละประเทศก็มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตัวเอง ถ้าไม่ใช่หลัก ASEAN Way ในการยุติข้อพิพาทก็จะต้องมีศาลกลางเช่นเดี๋ยวกับสหภาพยุโรปมาทำหน้าที่ตัดสิน ซึ่งในสภาพปัจจุบันก็เป็นไปได้ค่อนข้างยาก อีกทั้งไม่สามารถนำระบบของศาลสหภาพหรือศาลระหว่างประเทศมาปรับใช้ได้อย่างเต็มรูปแบบจึงต้องอาศัยการเจรจาปรึกษาหารือเพื่อหาฉันทามติเป็นหลัก ตามหลักของ ASEAN Way ซึ่งถือว่ายังคงมีบทบาทที่สำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ณ ปัจจุบัน

¹⁹⁹ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “หลัก ASEAN Way” แทน

²⁰⁰ สุรพงษ์ ชัยนาม, *อนาคตขององค์การอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียน*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สยาม, 2552), หน้า 34.

²⁰¹ วิจิต มั่นตราภรณ์, “ความสัมพันธ์ทางด้านกฎหมายของประเทศอาเซียน,” *ดุลพาท* 32 (มีนาคม-เมษายน 2528): 10.

²⁰² สัมภาษณ์ สรวิต ลิ้มปริงซี่, *เรื่องเดิม*.

จะสังเกตได้ว่า ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ไม่มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ขั้นแรกอยู่แล้ว แต่จะใช้การพูดคุยเจรจากันเพื่อหาฉันทามติตามหลัก ASEAN Way มากกว่า เพราะฉะนั้น หลัก ASEAN Way ก็จะไม่มีผลกระทบต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว

แต่สำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเข้ามามีบทบาทมากกว่าการระงับข้อพิพาทตามหลัก ASEAN Way เพราะว่าปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองการลงทุน ทั้งในระดับทวิ ภูมิภาคและพหุภาคี หลายๆ เรื่องก็นิยมใช้ระบบอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว ซึ่งสามารถจะให้สิทธินักลงทุนในการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ อันเป็นเหมือนแนวปฏิบัติระหว่างประเทศที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ซึ่งการที่จะนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในแบบนี้ ก็ ค่อนข้างง่ายกว่าการระงับข้อพิพาทในระดับรัฐกับรัฐที่ต้องอาศัยการเจรจาเพื่อหาฉันทามติ

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ใช้การอนุญาโตตุลาการ และมีคำชี้ขาดนั้น หลัก ASEAN Way จะไม่เข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแต่อย่างใด เพราะว่าโดยกระบวนการแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับผู้ลงทุน และผู้ลงทุนนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้จะเป็นคนใด หรือมาจากไหนก็ได้ เป็นชนชาติตะวันตก หรือมาจากประเทศอาเซียนก็ได้ โดยอาศัยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศมาตัดสินเป็นหลัก หากไม่ได้ใช้วิธีเจรจากับใคร หรือประเทศใดเลย ไม่ได้ไปพูดคุยเจรจาเพื่อหาฉันทามติกับรัฐคู่กรณีพิพาทแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นหลัก ASEAN Way ก็ไม่สามารถเข้ามามีบทบาทในส่วนนี้ได้ กล่าวคือ เป็นการตัดสินโดยอาศัยกฎกติกาปกติ ต่อมาเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ก็จะเข้าสู่กระบวนการบังคับตามผลคำชี้ขาดเช่นว่านั้น ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญานครนิวยอร์ก (the New York Convention) ที่ประเทศอาเซียนทุกประเทศเป็นภาคีอยู่แล้ว เพราะฉะนั้นการที่จะบังคับหรือไม่ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ย่อมเป็นไปตามอนุสัญญาฯ นี้ ซึ่งไม่ได้อาศัยการพูดคุยเจรจาในเชิงถ้อยถ้อยอาศัยกันระหว่างประเทศอาเซียน ศาลของแต่ละประเทศที่ถูกร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเอง ก็ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 5 ของอนุสัญญานิวยอร์ก²⁰³ เป็นหลักว่าจะสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้หรือไม่ เพราะฉะนั้นช่องทางหรือโอกาสที่ ASEAN Way จะเข้ามามีบทบาทในการบังคับตามคำชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนจึงแทบเป็นไปไม่ได้เลยดังอธิบายไว้ข้างต้น

อย่างไรก็ดี ท่านดร.ธเนศ สุจารีกุล²⁰⁴ ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าหลัก ASEAN Way นั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย เนื่องจากหลักดังกล่าวเป็นวิธีปฏิบัติที่ยึดถือกันมายาวนาน โดยมีสาระสำคัญก็คือ ทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน จะต้องมีการปรึกษาหารือร่วมกัน และตกลงกันตามหลักฉันทามติ ถ้าหากมีประเทศสมาชิกใดไม่เห็นด้วย สิ่งต่างๆ เหล่านั้นก็จะเกิดขึ้นไม่ได้ ซึ่งอาจจะเหมาะสมกับประเทศในกลุ่มอาเซียน เนื่องจากหลายประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เคยตกอยู่ใต้อาณานิคมของชาวต่างชาติมาก่อน จึงมีความหวงแหนอิสรภาพและอำนาจอธิปไตยของ

²⁰³ The New York Convention 1958, Article 5

²⁰⁴ ธเนศ สุจารีกุล, *เรื่องเดิม*.

ตนเป็นอย่างมาก และยึดมั่นในหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐของกันและกัน จึงเป็นสิ่งที่เกือบทุกประเทศสมาชิกอาเซียนให้ความสำคัญเป็นลำดับต้นๆ

แต่ในกรณีที่มีการตัดสินใจโดยวิธีการลงคะแนนเสียง (Voting) ก็อาจทำให้อำนาจอธิปไตยในกลุ่มประเทศอาเซียนนั้นเสียไป เพราะว่าประเทศเสียงส่วนน้อยจำต้องยินยอมตกลงตามประเทศเสียงส่วนใหญ่ และอาจก่อให้เกิดความบาดหมางหรือความขุ่นข้องหมองใจระหว่างประเทศสมาชิกได้ จึงถือเป็นจุดอ่อนของการเจรจาตามหลักฉันทามติซึ่งท่านเห็นว่าควรคำนึงถึงความสมานฉันท์ระหว่างประเทศสมาชิกด้วย

นอกจากนี้ ท่านได้แสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมว่า หลัก ASEAN Way นั้นมีผลดีต่อประเทศสมาชิกอาเซียน เห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 26 ของกฎบัตรอาเซียนที่กำหนดว่า ในกรณีที่ยังคงระงับข้อพิพาทไม่ได้ภายหลังการใช้บทบัญญัติก่อนหน้านี้ในหมวดที่ 8 แล้ว ให้เสนอข้อพิพาทนั้นไปยัง ASEAN Summit เพื่อตัดสิน ฉะนั้นโดยสรุปแล้ว ข้อพิพาททางกฎหมายนั้นจะอยู่ภายใต้ข้อพิจารณาทางด้านการทูตและการเมือง กล่าวคือ อยู่ภายใต้การวินิจฉัยของบรรดาผู้นำแต่ละประเทศสมาชิกเป็นหลักซึ่งก็เหมาะสมกับรูปแบบความร่วมมือด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในปัจจุบันแล้ว

4.2.2 ปัญหาในการพิจารณาและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

จากการศึกษาพบว่า แม้การระงับข้อพิพาทของอาเซียนตามพิธีสารฯ 2004 จะมีหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาททั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO แต่ขั้นตอนการพิจารณาข้อพิพาทและการบังคับตามผลคำวินิจฉัยยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากประเทศสมาชิก บุคลากร หรือผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศยังขาดความเข้าใจในหลักการระงับข้อพิพาทรูปแบบใหม่ที่แตกต่างจากเดิม เพราะในขณะนี้ยังไม่มีคดีพิพาทที่เป็นกรณีศึกษาที่เป็นรูปธรรมชัดเจน จึงอาจนำไปสู่ความผิดพลาดในกา รตีความ เนื้อหาสาระแห่งบทบัญญัติภายใต้พิธีสารฉบับดังกล่าวได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคลากรในสำนักงานเลขาธิการอาเซียน (ASEAN Secretariat) ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการประสานงานและดำเนินงานตามโครงการและกิจกรรมต่างๆ ของสมาคมอาเซียน และเป็นศูนย์กลางในการติดต่อระหว่างสมาคมอาเซียน คณะกรรมการตลอดจนสถาบันต่างๆ และรัฐบาลของประเทศสมาชิก จึงจำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจในบทบัญญัติภายใต้กฎบัตรอาเซียนรวมถึงตราสารอาเซียนอื่นๆ อย่างถ่องแท้เพื่อที่จะสามารถเผยแพร่ข้อมูลหรือให้คำปรึกษากรณีสงสัยเกี่ยวกับการตีความตามบทบัญญัติทั้งหลายของอาเซียนแก่ประเทศสมาชิกได้อย่างละเอียดชัดเจนและที่สำคัญคือ หากประเทศสมาชิกอาเซียนยังคงยึดมั่นในวิถีอาเซียน (ASEAN Way) อย่างเหนียวแน่น ในทางปฏิบัติจึงยากที่จะสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกภายหลังการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้อย่างโปร่งใสและเป็นธรรม อันจะส่งผลกระทบต่อ การบังคับให้เป็นไปตามบรรดา คำตัดสินทั้งหลายอันเป็นผลจากกระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพราะหากกระบวนการพิจารณาคดีพิพาทไม่มีความชอบธรรมเสียแล้ว ก็จะทำให้คำตัดสินเช่นว่านี้ไม่มีความศักดิ์สิทธิ์และน่าเชื่อถือมากเพียงพอที่จะให้ประเทศสมาชิกยินยอมปฏิบัติตาม

อย่างไรก็ดี หากเกิดข้อพิพาททางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนขึ้น ประเทศสมาชิกคู่พิพาทอาจไม่เลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ 2004 ก็ได้ เนื่องจากกฎ

บัตรอาเซียนและพิธีสารฯ ฉบับดังกล่าวได้เปิดช่องให้กับประเทศสมาชิกคู่พิพาทสามารถที่จะหันไปใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเวทีอื่นๆ ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในพิธีสารฯ ปี 2004 ข้อ 1.3 เรื่อง การให้สิทธิเลือกเวทีระงับข้อพิพาทว่า

บทบัญญัติของพิธีสารฯ 2004 นี้จะไม่กระทบสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะใช้เวทีอื่นๆ ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประเทศสมาชิก ประเทศสมาชิกสามารถที่จะใช้เวทีอื่นๆ ในการระงับข้อพิพาทได้ทุกเมื่อตราที่ยังไม่ได้มีการร้องขอต่อที่ประชุมเจ้าหน้าที่เศรษฐกิจอาเซียน (SEOM) ให้ระงับข้อพิพาทตามข้อ 5 วรรคหนึ่งของพิธีสารฯ นี้²⁰⁵

จะสังเกตได้ว่า การให้ สิทธิในการเลือกเวทีระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาต่อความเชื่อมั่นของกระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพราะจะส่งผลทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น ประเทศสมาชิกอาเซียนจะหันกลับไปใช้เวทีอื่นเพื่อยุติข้อพิพาทแทน อาทิเช่น ประเทศสมาชิกอาเซียนคู่พิพาทหันไป ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO เป็นต้น อีกทั้ง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎบัตรอาเซียนในข้อ 24.3 แล้ว พบว่ามีบทบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “ให้ระงับข้อพิพาทใดๆ อันเกิดจากการบังคับใช้ตามความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนด้วยพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004)” บทบัญญัติในส่วนนี้จึงไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎบัตรอาเซียนซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญของอาเซียน²⁰⁶ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติดังกล่าวในพิธีสารฯ 2004 ข้อ 1.3 อาจก่อให้เกิดปัญหาการตีความขึ้นได้ในภายหลังได้ กล่าวคือ ประเทศสมาชิกจะสามารถเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเวทีอื่นๆ ได้ในทันทีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทตามกรอบของอาเซียน หรือต้องใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียนก่อนแล้วรอนสิ้นสุดกระบวนการทั้งหมดจึงจะสามารถหันไปใช้เวทีอื่นในการระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ อีกทั้ง ประเทศสมาชิกยังสามารถที่จะเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทเวทีอื่นได้ทันทีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น แต่หากเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียนแล้วต้องรอให้กระบวนการระงับข้อพิพาทนี้สิ้นสุดก่อนจึงจะสามารถเริ่มดำเนินขั้นตอนการระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ ซึ่งแน่นอนว่าความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้บทบัญญัติของอาเซียนอันจะนำมาปรับใช้กับการวินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกภายหลังการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ทำให้เกิดความสับสนว่าควรเลือกใช้บทบัญญัติใดก่อนจึงจะเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเพื่อให้มีการดำเนินการระงับข้อพิพาทตามขั้นตอนได้อย่างถูกต้อง

จากการสัมภาษณ์ท่านดร .ธเนศ สุจารีกุล ได้มีความเห็นในประเด็นเรื่องการให้สิทธิในการเลือกเวทีระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัติพิธีสารฯ ปี 2004 ข้อ 1.3 ดังกล่าวว่า ตามหลักทั่วไปภายใต้กฎบัตรอาเซียน หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากตราสารอาเซียน จะต้องนำมาตรา 24.1 แห่งกฎบัตรอาเซียนมาบังคับใช้ แต่ถ้าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงทางเศรษฐกิจ จะต้อง

²⁰⁵ EDSM, Article 1.3.

²⁰⁶ ธเนศ สุจารีกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 32.

เลือกใช้มาตรา 24.3 แห่งกฎบัตรอาเซียนในการยุติข้อพิพาทนั้นๆ เมื่อศึกษาบทบัญญัติข้อ 1.3 นี้ พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีข้อบกพร่องในบางประการ กล่าวคือ มีขั้นตอนการร่างที่ไม่รัดกุมเท่าที่ควร (Bad Drafting) อาทิเช่น การไม่ตัดสิทธิประเทศสมาชิกที่จะใช้เวทีระงับข้อพิพาทอื่นๆ นอกเหนือจาก กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารฯ ปี 2004 ให้สิทธิแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ทหาระบุไว้ชัดเจนไม่ ซึ่งสาเหตุหลักเกิดจากการร่างบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้จัดทำขึ้นโดยนักกฎหมายผู้มีความเชี่ยวชาญโดยตรง และเจ้าหน้าที่อาเซียนผู้ร่างบทบัญญัติดังกล่าวได้ลอกเลียนบทบัญญัติ DSU ของ WTO มาโดยปราศจากความเข้าใจและไม่คำนึงถึงความเหมาะสมกับ สภาพการณ์ของอาเซียนก่อให้เกิดความสับสนในการตีความบทบัญญัติในภายหลัง อีกทั้ง ประเทศสมาชิกต่างยังคงยึดมั่นในหลัก ASEAN Way ที่มีความยืดหยุ่นอยู่ ทำให้ทุก ๆ กรณีพิพาทระหว่าง ประเทศสมาชิกจะต้องพิจารณาตัดสินชี้ขาดโดยใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามหลักสันติวิธีก่อน ส่วนหลักกฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ ที่มีผลผูกพันคู่กรณีพิพาทหรือมีผลทำให้ประเทศสมาชิกต้อง สูญเสียอำนาจอธิปไตยของตน ถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญรองลงมา จึงเป็นเรื่องที่ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนควรตระหนักและเร่งแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้มีความสมบูรณ์ชัดเจนมากยิ่งขึ้น²⁰⁷

4.2.3 ความไม่ชัดเจนและประสิทธิภาพของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) นั้น มีสาเหตุมาจาก แนวความคิดในการจัดตั้งศาลอาเซียน (ASEAN Court) ขึ้นมาทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทด้าน ต่างๆ ระหว่างประเทศสมาชิกโดยเฉพาะ ซึ่งตามกฎบัตรอาเซียนข้อ 25 ก็ได้กล่าวถึงการระงับข้อ พิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน โดยกฎบัตรอาเซียนมีการกล่าวถึงกา รจัดตั้งกระบวนการ ระงับข้อพิพาทรูปแบบใหม่ของอาเซียน ซึ่งหมายถึงพิธีสารต่อท้ายกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการ ระงับข้อพิพาท (Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism 2010) หรือพิธีสาร DSMP²⁰⁸ ที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อบังคับใช้ตามกฎบัตรอาเซียน ข้อ 25 โดยประกอบไปด้วย เอกสารแนบท้าย 6 ฉบับ ได้แก่ กฎว่าด้วยการใช้คนกลางที่นำเชื่อถือ ,กฎว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ,กฎว่า ด้วยการประนีประนอม , กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และกฎว่าด้วยการเสนอข้อพิพาทที่มีอาจ ระงับได้ไปให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อตัดสิน และกฎว่าด้วยการเสนอ เรื่องการไม่ปฏิบัติตามให้ที่ ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อตัดสิน²⁰⁹ ซึ่งได้วางกรอบการตีความและการใช้บังคับกับกฎบัตรอาเซียน รวมถึงตราสารอื่นๆ ของอาเซียนและนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ใน การระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วย โดยในอนาคตอาจมีการพัฒนารูปแบบ การระงับข้อพิพาทระหว่าง ประเทศสมาชิกอาเซียนในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจนกลายเป็นศาลอาเซียนก็เป็นได้ เนื่องจากวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นมีกระบวนการที่คล้ายคลึงกับการพิจารณาคดีในศาลแต่จะเป็น วิธีการระงับข้อพิพาทแบบกึ่งศาล (Quasi-Judicial) กล่าวคือ จะมีคว ามยืดหยุ่นในการพิจารณาคดี มากกว่าศาล ไม่มีลักษณะที่เข้มงวดจนเกินไป แต่มีคำชี้ขาด (Award) ที่มีฐานทางกฎหมายและ

²⁰⁷ ธเนศ สุจารีกุล, *เรื่องเดียวกัน*.

²⁰⁸ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “พิธีสาร DSMP” แทน

²⁰⁹ ธีรยุทธ ปักษา, *เรื่องเดิม*, หน้า 51.

สามารถใช้บังคับได้คล้ายๆ คำตัดสินของศาล แต่มีนักวิชาการบางกลุ่มมองว่า ประเทศสมาชิกของอาเซียนยังไม่พร้อมที่จะมีการระงับข้อพิพาทที่ดูเคร่งครัดหรือมีผลผูกพันมากจนเกินไปเนื่องจากยังคงวางแผนซึ่งอำนาจอธิปไตยในประเทศของตน²¹⁰ นอกจากนี้ ความแตกต่างในเรื่องระบบการปกครองของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนนั้น ถือเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งที่เป็นอุปสรรคในการผนึกกำลังและสร้างความเป็นปึกแผ่นให้แก่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ด้วยเหตุนี้ การจัดตั้งศาลอาเซียนจึงอาจเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่ดูเข้มงวดจนเกินไป หากมีการจัดตั้งศาลอาเซียนขึ้นมาจริงๆ แล้วและมีการละเมิดพันธกรณีไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลอาเซียนก็จะส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทของศาลอาเซียนในที่สุด

ในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่มีกฎหมายที่กำหนดบทบาทและหน้าที่ไว้โดยเฉพาะ ไม่มีอนุสัญญา หรือกฎหมายของประเทศใดกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องจบการศึกษาอะไร อายุเท่าไร จะต้องมีการสอบการันตีเพราะฉะนั้นในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทจะเป็นผู้พิจารณาเองในแต่ละเรื่องว่าใครเป็นผู้มีความเหมาะสม หรือมีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือไม่ เพียงใด แต่หลักเกณฑ์ในเบื้องต้นก็คือผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ จะต้องเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ ในกฎหมายหรือในประเด็นที่พิพาทกันซึ่งต้องดูเป็นรายกรณีไป

จากการศึกษาจุดเด่นและจุดด้อยของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพที่สุดของกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก เพราะอย่างน้อยที่สุดมีหลักประกันแน่ชัดว่า เมื่อข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว จะมีคำตัดสินหรือคำชี้ขาดที่ทำให้คู่กรณีพิพาททราบว่าในเรื่องนี้ฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูกแต่ถ้าหากคู่กรณีพิพาทเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น อย่างเช่น กระบวนการเจรจาหรือการไกล่เกลี่ย ก็จะไม่มีการรับประกันว่า สุดท้ายแล้วคู่กรณีพิพาทจะตกลงยินยอมหรือไม่ เนื่องจากขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่พิพาทแต่ละรายว่าจะตกลงกันได้หรือไม่

นอกจากนี้ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น แม้ผลคำชี้ขาดจะเป็นที่พอใจของคู่กรณีพิพาทหรือไม่ก็ตาม แต่คำชี้ขาดเช่นว่านี้ ก็มีผลผูกพันคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ที่สำคัญก็คือว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่มีโครงสร้างทางกฎหมายมารองรับค่อนข้างมาก ทำให้มีประสิทธิภาพสูง โดยเฉพาะอนุสัญญานครินิวอร์ค ซึ่งจะเห็นได้ว่า เนื้อหากฎหมายภายในเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศสมาชิกต่างได้รับการพัฒนาจนมีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ มีที่มาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์แห่งสหประชาชาติ แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างบ้างในรายละเอียด เพราะฉะนั้นเมื่อมีบทกฎหมายในภาพรวมที่คล้ายคลึงกันแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ก็มีลักษณะที่ไม่แตกต่างกันมากนัก และเมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการออกมาแล้ว ก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญานครินิวอร์คเช่นเดียวกัน ซึ่งโดยสภาพของอนุสัญญาฯ ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้ค่อนข้างชัดเจนว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้ จะสามารถบังคับได้ ถูกเพิกถอน หรือว่าจะถูกปฏิเสธการบังคับได้ในกรณีใดบ้าง โดยหลักเกณฑ์หรือว่าเหตุผลที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ก็ค่อนข้างชัดเจนและ

²¹⁰ ภิญญาตา ไรนิเกอร์, *เรื่องเดิม*, หน้า 292.

เน้นหนักไปในเรื่องของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่จะไม่ได้เข้าไปตรวจสอบในเรื่องดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น เมื่อมีกระบวนการและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและครอบคลุมทุกประเทศอาเซียน โดยสภาพแล้วทำให้มีประสิทธิภาพในการบังคับตามคำชี้ขาดค่อนข้างมากแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น อาทิเช่น กรณีที่มีการเจรจาสำเร็จหรือตกลงประนีประนอมยอมความกันขึ้น ตัวสัญญาฉบับนี้ก็จะเป็นสัญญาที่ผูกพันคู่สัญญา แต่ถ้าหากมีการบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบก็ต้องไปฟ้องร้องต่อศาลไหนก็ไม่อาจทราบได้ อีกทั้งเมื่อไปฟ้องแล้ว ก็ต้องตั้งต้นเป็นคดีใหม่หรือคดีทั่วไป ไม่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศใดๆ ที่มีกลไกมารองรับโดยเฉพาะ เหมือนกับการอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้เอง กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงน่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการระงับข้อพิพาททางเลือกเท่าที่มีอยู่ ณ ปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าปัจจุบันวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution – ADR)²¹¹ ตามหลักสากลอย่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการจะได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเนื่องจากเป็นวิธีบริหารจัดการคดีที่ดีวิธีหนึ่ง อันจะช่วยลดจำนวนคดีที่จะเข้าสู่กระบวนการศาลและสามารถรักษาชื่อเสียงทางการค้า รวมถึงความน่าเชื่อถือทางด้านธุรกิจให้แก่คู่กรณีพิพาท อีกทั้ง ยังเป็นการส่งเสริมสนับสนุนให้คู่กรณีพิพาทเข้ามามีส่วนร่วมโดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่ามีความสมบัติเหมาะสมเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างกัน แต่การอนุญาโตตุลาการเช่นนี้อาจไม่เหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทบางกรณีที่เป็นเรื่องเล็กน้อย เนื่องจากสามารถใช้วิธีเจรจาทางการทูตยุติข้อพิพาทได้ง่ายและรวดเร็วกว่า นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการของอาเซียนยังมีจำนวนค่อนข้างน้อย และขาดประสบการณ์ที่เพียงพอในการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนในระดับสากล จึงเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนต้องคำนึงถึงก่อนจะมีการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บรรดาประเทศสมาชิกควรร่วมมือกันเพื่อส่งเสริมให้แต่ละประเทศเห็นค วามสำคัญและข้อดีของการยุติข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนโดยการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้ง ควรจัดให้มีการฝึกอบรมเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกให้แก่บุคลากรหรือผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนเพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในกระบวนการขั้นตอนและจุดมุ่งหมายของการเลือกใช่วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก อันจะช่วยปรับปรุง แก้ไขและพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นได้

จึงอาจเป็นไปได้ว่า ในอนาคตภายหลังกการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี ค.ศ. 2015 อาจมีการจัดตั้ง “คณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน (ASEAN Panel of Arbitrators)”²¹² ขึ้นเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกก็เป็นได้ ตามความคิดเห็นของท่านสรวิต ลิ้ม

²¹¹ Sorawit Limparangsri, *Alternative Dispute Resolution in ASEAN: A Contemporary Thai Perspective*, p. 2-4, Retrieved November 5, 2013 from http://www.aseanlawassociation.org/9GAdocs/w4_Thailand.pdf

²¹² *Ibid.*, p. 30-32.

ปริงซี ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา ที่ได้กล่าวไว้ในเอกสารเผยแพร่ในเว็บไซต์ของสมาคมกฎหมายอาเซียนถึงประเด็นนี้ว่า ควรสนับสนุนให้อาเซียนดำเนินการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน อันเป็นการส่งเสริมให้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ทันสมัยสามารถแทรกซึมเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและเป็นการวางรากฐานของการยุติข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการให้แก่วรรณกรรมร่วมมือทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ให้มีความมั่นคงเข้มแข็งทัดเทียมกับภูมิภาคอื่นๆ²¹³ อีกทั้ง คณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียนยังสามารถเป็นศูนย์กลางให้แก่ประเทศสมาชิกในการแลกเปลี่ยนความรู้ ทักษะ และประสบการณ์เกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจระหว่างประเทศตามหลักสากลกับอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นๆ ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับคำแนะนำดังกล่าวข้างต้น เพราะการจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาทแห่งอาเซียนตามแบบกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO ที่มีขั้นตอนยุ่งยากสลับซับซ้อนทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ อีกทั้ง ยังสามารถระงับข้อพิพาทได้รวดเร็วกว่ากระบวนการพิจารณาตัดสินของศาลอาเซียนอันจะเอื้อประโยชน์และก่อให้เกิดผลดีแก่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทเป็นอย่างมาก

อย่างไรก็ดี ท่าน ดร.ธเนศ สุจารีกุล²¹⁴ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า หากศึกษาบทบัญญัติของ EDSM จะพบว่า มีการกล่าวถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว ซึ่ง ACCs จะเป็นผู้กำหนดว่าข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจเรื่องใด ควรเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป อีกทั้ง ความตกลงพิเศษ PDSM ฉบับปี 2010 ก็ได้กำหนดวิธีการพิเศษไว้ว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกันอันมีสาเหตุมาจากตราสารอาเซียนหรือกฎบัตรอาเซียน จะต้องให้มีการเจรจาตกลงกันก่อนเสมอ ซึ่งระยะเวลาในการเจรจาใน PDSM จะยาวกว่าใน EDSM และหากคู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ภายในกรอบเวลาที่กำหนด จะต้องอุทธรณ์ร้องเรียนไปยัง ACCs เพื่อกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทเช่นว่านั้น ซึ่งรวมถึงการอนุญาโตตุลาการด้วย ดังปรากฏใน Annex. 4 ของ PDSM ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของอาเซียนนั้นมียุทธวิธีอยู่แล้ว ขึ้นอยู่กับว่า ACCs จะเลือกใช้หรือไม่ หรือประเทศสมาชิกจะตกลงกันเองที่จะเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่อาเซียนกำหนดขึ้น

ดังอธิบายมาข้างต้น ท่านจึงมีความเห็นว่า การจัดตั้งศาลอาเซียน (ASEAN Court) หรือคณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน (ASEAN Panel of Arbitrators) ถือเป็นเรื่องที่ยังไม่จำเป็นมากนักในขณะนี้ เพราะประเทศสมาชิกอาเซียนมักจะส่ง วนหวงแหวนอำนาจอธิปไตยของตน แม้จะเป็นสิ่งที่ดีในอนาคต แต่ก็คงทำได้ยาก อีกทั้ง มีความแตกต่างในเรื่องระบบกฎหมาย ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรม ระบบการเมือง ระบบเศรษฐกิจ และระดับการพัฒนาทางสังคมที่เห็นได้ชัด ไม่เหมือนอย่างสหภาพยุโรป แต่ในอนาคตก็อาจเป็นไปได้ว่า อาเซียนจะดำเนินการจัดตั้งองค์กรทั้งสองนี้ขึ้นมา

²¹³ *Ibid.*, p. 33.

²¹⁴ ธเนศ สุจารีกุล, *เรื่องเดิม*.

ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิก เมื่อมีความจำเป็นมากเพียงพอหรือในกรณีที่คดีพิพาทมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น

4.2.4 การบังคับใช้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทฉบับใหม่กรณีละเมิดพันธกรณี

เมื่อได้ศึกษาและวิเคราะห์กลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

โดยเฉพาะกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนแล้ว ทำให้ผู้เขียนเกิดความวิตกกังวลว่า หากเกิดการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกที่มีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าในปี ปัจจุบันนี้ การบังคับใช้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทฉบับใหม่จะมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงไร และจะสามารถตอบสนองตามความต้องการของประเทศคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้หรือไม่ รวมถึงพิธีสารฯ ฉบับใหม่จะสามารถชดเชยเยียวยาฝ่ายที่ต้องเสียหายได้ตามเจตนารมณ์หรือไม่เพียงใด ซึ่งในประเด็นนี้นักวิชาการหลายท่านมีความเห็นว่า การที่อาเซียนไม่มีองค์การระงับข้อพิพาทที่ทำหน้าที่โดยเฉพาะเป็นการถาวรและมีความต่อเนื่องเหมือนอย่างองค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) ขององค์การการค้าโลกแต่มีเพียงองค์กรที่จัดตั้งมาแค่เพียงชั่วคราวเท่านั้น เช่น ที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit), ที่ประชุมเจ้าหน้าที่เศรษฐกิจอาเซียน (SEOM) และที่ประชุมรัฐมนตรีด้านเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ซึ่งเป็นเพียงตัวแทนจากประเทศสมาชิกอาเซียน ไม่ว่าจะเป็นผู้นำหรือตัวแทนด้านเศรษฐกิจที่มา รวมตัวกันในคราวหนึ่งคราวใด โดยไม่มีลักษณะเป็นองค์กรถาวรรวมถึงยังขาดความต่อเนื่องในการดำเนินงานกรณีหากมีการเปลี่ยนแปลงผู้นำหรือตัวแทนของประเทศสมาชิกซึ่งเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ถือเป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งต่อการดำเนินงานและพัฒนา

กลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในอนาคต

ดังนั้น จะเป็นไปได้หรือไม่ที่อาเซียนจะจัดตั้ง "องค์กรระงับข้อพิพาทแห่งอาเซียน (ASEAN Panel)" ขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อเป็นศูนย์กลางในการทำหน้าที่คอยดูแล บริหาร ออกกฎระเบียบและจัดการกระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียน รวมทั้ง กระบวนการเพื่อเสริมสร้างความเชื่อมั่นและความมีประสิทธิ ภาพทั้งในเรื่องของกระบวนการพิจารณา ความถูกต้องของคำตัดสิน ตลอดจนการดูแลการปฏิบัติตามให้เป็นไปตามคำตัดสินหรือคำแนะนำ รวมถึงควรมีสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ และบุคลากรที่เชี่ยวชาญ มีความเป็นอิสระ ปราศจากการครอบงำทางการเมืองของประเทศสมาชิกอาเซียน²¹⁵ เพื่อให้การบังคับใช้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทฉบับใหม่มีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นก่อนการเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี ค.ศ. 2015 อันจะช่วยพัฒนาการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยเฉพาะการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนให้มีประสิทธิภาพ จนได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่าเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่สอดคล้องตามหลักการระงับข้อพิพาทในระดับสากล

สำหรับตัวชี้วัดความมีประสิทธิ ภาพของพิธีสาร EDSM ปี 2004 นั้น ท่านสรวิต ลิ้มปริงซี่²¹⁶ มีความเห็นว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น และมีการนำข้อพิพาท ดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร EDSM นั่นคือ จุดเริ่มต้นที่เป็นตัวชี้วัดความเชื่อมั่นของประเทศต่างๆ ที่มีต่อ

²¹⁵ อธิษฐาน ปักษา, *เรื่องเดิม*, หน้า 79-80.

²¹⁶ สรวิต ลิ้มปริงซี่, *เรื่องเดิม*.

กระบวนการระงับข้อพิพาทของพิธีสาร EDSM ได้พอสมควรแล้ว เพราะว่าสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ ณ ปัจจุบันยังไม่มีคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการดังกล่าว ก็อาจจะเป็นเพราะประเทศสมาชิกยังไม่มี ความไว้วางใจและเชื่อมั่นในประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร EDSM เท่าที่ ควร แต่ถ้าเมื่อใดที่ประเทศคู่พิพาทมีความมั่นใจว่า พิธีสาร EDSM สามารถที่จะช่วยแก้ปัญหาได้ และพร้อมที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการนี้ มันก็เป็นจุดเริ่มต้นที่จะวัดความสำเร็จในเบื้องต้นเกี่ยวกับ ความมั่นใจในกระบวนการดังกล่าวได้พอสมควร และปัจจัยที่จะวัดความสำเร็จอีกประการหนึ่งก็คือ หลังจากเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวแล้ว คู่กรณีพิพาทมีความพอใจกับขั้นตอนต่างๆ มากน้อยเพียงใด อาจไม่ต้องถึงขั้นมี การตกลงกันได้ในท้ายที่สุด เพราะว่าเป็นเรื่องที่ค่อนข้างซับซ้อน และปัจจัยที่ อาจจะทำให้มีการตกลงกันได้ในแต่ละเรื่องก็มีความแตกต่างกัน มีความละเอียดอ่อน มีความยากง่าย ต่างกัน แต่อย่างน้อยที่สุด ถ้าประเทศคู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการดังกล่าวแล้วมีความพึงพอใจในการ ดำเนินงานภายใต้ขั้นตอนต่างๆ มันก็จะเป็นปัจจัยหนึ่งที่วัดความสำเร็จของกระบวนการนี้ได้เช่นกัน ซึ่งหากในอนาคตเมื่อมีการใช้กระบวนการดังกล่าวแพร่หลายมากขึ้น ตัวชี้วัดประสิทธิภาพของ กระบวนการดังกล่าว ก็จะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกต่างๆ ไป ในแง่ของตัวชี้วัดอัตราความสำเร็จว่า มีคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการนี้กี่เรื่อง ยุติได้กี่เรื่อง ซึ่งต้องมีการ พัฒนาให้เป็นที่ยอมรับแพร่หลายพอสมควร จึงจะสามารถประเมินผลในประเด็นนี้ได้ แต่ในเบื้องต้นคง วัดได้เพียงความมั่นใจ ความไว้วางใจ และความพึงพอใจในการเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวเท่านั้น

นอกจากนี้ เมื่อได้ศึกษาเพิ่มเติมบทบัญญัติของพิธีสาร DSMP พบว่า กระบวนการอนุญาโต ตตุลาการได้เข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยให้สิทธิแก่ ประเทศคู่พิพาทสามารถตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เพื่อทำหน้าที่รับ ฟังพยานหลักฐานและ พิจารณาประกอบกฏกติกาที่เกี่ยวข้องว่า ในทางปฏิบัติควรที่จะแก้ปัญหาในเรื่องนั้นอย่างไรบ้าง แล้ว ก็ส่งต่อเรื่องดังกล่าวไปให้ SEOM ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่เศรษฐกิจอาวุโสของอาเซียน ดำเนินการพิจารณา อีกครั้งหนึ่ง แต่จะเห็นได้ว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีสภาพบังคับที่แตกต่างจาก กระบวนการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของศาลระหว่างประเทศ หรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศ ที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับและก็เป็นที่ยึดมากกว่า อีกทั้ง ก่อนที่ จะเข้าไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้นั้น จะต้องผ่าน ขั้นตอนที่สลับซับซ้อนมากมาย อาทิเช่น ถ้าคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม ก็ต้องเสนอ ข้อพิพาทไปให้คณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ASEAN Coordinating Councils - ACCs) พิจารณา ก่อน ถ้าคณะมนตรีประสานงานอาเซียนยังหาข้อยุติไม่ได้ ก็ต้องส่งเรื่องไปที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) พิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเห็นได้ชัดว่า กระบวนการหลายขั้นตอนดังกล่าวนี้ ทำให้ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการภายใต้พิธีสารฯ ฉบับนี้มีประสิทธิภาพลดลง จึงเป็น เรื่องค่อนข้างยากที่จะนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้ามาสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ซับซ้อนเช่นนี้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นด้วยว่า การระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) จะเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะให้ความสนใจและเชื่อมั่นในประสิทธิภาพมากที่สุดภายหลังจากก้าวเข้าสู่ การเป็น AEC อย่างสมบูรณ์ในปี ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2558) และพิธีสาร EDSM ปี 2004 จะกลายเป็น เครื่องมือที่สามารถยุติข้อพิพาทกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนได้ อย่างมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ของทุกประเทศในการผนึกกำลังร่วมกันจัดตั้ง AEC ขึ้น เนื่องจาก

พิธีสารฯ ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติภายใต้กฎบัตรอาเซียนที่มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์พื้นฐานของการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีตามหลักสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่ามีกระบวนการพิจารณาที่โปร่งใสและเป็นธรรม เพื่อให้ความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในครั้งนี้มีควมมั่นคงเข้มแข็งเพียงพอที่จะเข้าแข่งขันกับความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคอื่นๆ และสามารถพัฒนาคุณภาพของบุคลากรหรือผู้เชี่ยวชาญในแต่ละประเทศสมาชิกให้มีความเข้าใจในกระบวนการระงับข้อพิพาทของ AEC อย่างถ่องแท้ อันเป็นการเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจให้แก่ประเทศสมาชิกทุกประเทศในการที่จะเกื้อหนุนช่วยเหลือซึ่งกันและกัน เพื่อที่จะขับเคลื่อนให้ AEC สามารถเดินหน้าต่อไปได้อย่างราบรื่น

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุปจากการศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน

จากการศึกษาตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนควรตระหนักว่าข้อพิพาทต่างๆ ระหว่างประเทศสมาชิกสามารถเกิดขึ้นได้เสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทอันมีสาเหตุมาจากการละเมิดพันธกรณีตามความตกลง ด้านการค้าและการลงทุนภายหลังการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2558) เพราะถึงแม้ว่าการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจในภูมิภาคหรือการตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีจะถือเป็นความสมบูรณ์แบบตามมุมมองของหลายฝ่ายก็ตาม แต่ ประเด็นที่น่าสนใจอยู่ที่ว่า ประเทศสมาชิกจะอย่างไรเพื่อระงับข้อพิพาทเหล่านี้ได้อย่างทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากเครื่องมือทางกฎหมายของอาเซียนสำหรับการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ในปัจจุบันซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้ความตกลงทางเศรษฐกิจอาเซียน นั่นก็คือ พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (EDSM) อันมีกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจขององค์การการค้าโลก (WTO) เป็นแม่แบบ ยังไม่มีการนำมาปรับใช้ในการยุติข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจอย่างเป็นรูปธรรมแต่อย่างใด²¹⁷ อีกทั้ง กฎบัตรอาเซียนได้กำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกสามารถระงับได้โดยการเจรจาแบบทวิภาคี (Bilateral Negotiation) อย่างไม่เป็นทางการด้วยวิธีการปรึกษาหารือ (Consultation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) ในกรณีที่มีข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้หรือการไม่ปฏิบัติตามการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎบัตรอาเซียน โดยการตัดสินใจเพื่อดำเนินการในเรื่องดังกล่าวนี้ให้นำเรื่องเสนอไปยังที่ประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียนเพื่อตัดสินใจ อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจเช่นว่านี้จำเป็นต้องได้รับฉันทามติ (Consensus) จากประเทศสมาชิกทั้งหมด ซึ่งเป็นเรื่องยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากประเทศสมาชิกคู่พิพาทต่างก็ร่วมอยู่ในกระบวนการดังกล่าวเช่นเดียวกัน จึงเป็นผลทำให้ประเทศสมาชิกคู่พิพาทไม่นำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นทางการของอาเซียน และหันไปพึ่งที่ประชุมอื่นๆ เช่น WTO หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) แทน จึงอาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือในสายตาของนักลงทุนต่างชาติและควมมีประสิทธิภาพของกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้

²¹⁷ ประสาร ไตรรัตน์วรกุล, ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและประสบการณ์ของสหภาพยุโรป, ย่อหน้าที่ 5, ค้นวันที่ 16 ธันวาคม 2556 จาก <http://siampremier.com/th/asean-economic-community-and-the-european-unions-experience/>

ในทางตุลาการ เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนหลายประเทศเคยต้องเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritorial Right)²¹⁸ ให้แก่ชาติตะวันตกมาก่อน จึงมีแนวโน้มที่จะหวงแหนการใช้อำนาจอธิปไตยของตนมากยิ่งขึ้น ทั้งๆ ที่การจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ทำให้อาเซียนเป็นองค์กรเหนือรัฐเหมือนประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community: EEC)²¹⁹ ที่จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาแห่งกรุงโรม (Treaty of Rome) ซึ่ง EEC และ AEC มีลักษณะแตกต่างหลักอยู่ที่กระบวนการรวมตัวกันขึ้น โดย EEC นั้นมุ่งเน้นไปที่การรวมอำนาจอธิปไตยเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน ในขณะที่กระบวนการรวมตัวกันขึ้นเป็น AEC มุ่งเน้นไปที่หลักการในการไม่แทรกแซงและการเคารพในอธิปไตยของแต่ละประเทศสมาชิก เหตุนี้เองที่ทำให้ AEC แตกต่างจาก EEC ในเรื่องโครงสร้างองค์กรโดยทั่วไปและวิธีการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ²²⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการเป็นองค์กรเดียวกันของ EEC ซึ่งเกิดผลสำเร็จได้ภายใต้กรอบทางกฎหมาย โดยความตกลงทั้งหมดในเรื่องการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจได้รับการปฏิบัติและบังคับใช้โดยทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการของประเทศในยุโรป ประชาคม และศาลยุติธรรมตามลำดับ เพื่อให้มั่นใจว่าสิทธิที่มีในตลาดภายในกลุ่มเป็นประโยชน์ต่อประเทศสมาชิกทั้งหมด ส่วน AEC นั้น ก็มีองค์กรต่างๆ ภายใต้กรอบอาเซียนเพื่อดำเนินการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจ เช่น การประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียน คณะมนตรีประสานงานอาเซียน คณะมนตรีประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ฯลฯ นอกจากนี้ กฎบัตรอาเซียนได้วางหลักการพื้นฐานในการการตัดสินใจของอาเซียนอยู่บนพื้นฐานของการปรึกษาหารือและฉันทามติ กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่สามารถมีความเห็นร่วมกันได้ ให้นำเรื่องเข้าสู่การประชุมสุดยอดผู้นำกลุ่มอาเซียนเพื่อตัดสินใจเฉพาะเรื่องหนึ่งเรื่องใดจะสามารถทำได้อย่างไร²²¹ ซึ่งเป็นแนวทางที่เรียกว่า “กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบวิถีอาเซียน” นั่นเอง

แม้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทแบบวิถีอาเซียนนี้จะทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน และมีแนวโน้มว่ากระบวนการตัดสินใจเช่นนี้จะเป็นไปได้ช้าและบ่อยครั้งอาจไม่เป็นประโยชน์ แต่ก็ไม่ทำให้ประเทศสมาชิกต้องสูญเสียอำนาจอธิปไตย (sovereignty) แต่อย่างใด กล่าวคือ อำนาจการตัดสินใจกำหนดนโยบายหรือท่าทีความตกลงต่างๆ ยังเป็นอำนาจของประเทศสมาชิกโดยไม่มีกรถ่ายโอนอำนาจให้องค์กรกลางอันหนึ่งอันใดของอาเซียน²²² ซึ่งแตกต่างจากแนวทางของกระบวนการระงับข้อพิพาทของ EEC ที่ไม่ให้ความสำคัญในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาท แต่ก็มีข้อดีคือทำให้การตัดสินใจและการดำเนินการด้านต่างๆ สามารถทำได้อย่างทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพสูง ด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การหวงแหนอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกอาเซียนดังกล่าวข้างต้นอาจกลายเป็นอุปสรรคสำคัญในการประสานความร่วมมือทางศาลระหว่าง

²¹⁸ อานนท์ ศรีบุญโรจน์, คำพิพากษาของศาลในกลุ่มประเทศอาเซียนจะมีผลในอีกประเทศหรือไม่?, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 54.

²¹⁹ ต่อไปในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า “EEC” แทน

²²⁰ ประสาร ไตรรัตน์วรกุล, *เรื่องเดิม*.

²²¹ ASEAN Charter, Article 20

²²² ชาติชาย เชษฐสุมน, *สรุปคำบรรยายวิชากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ*, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553). (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 12 .

ประเทศสมาชิกอาเซียนในเรื่องการรับรองและบังคับตามคำตัดสินของกระบวนการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ในขณะเดียวกัน มีนักวิชาการหลายฝ่ายเสนอแนะว่า ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนควรนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution – ADR) ดังที่อธิบายไว้ในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC โดยเฉพาะในกรณีที่ประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน เนื่องจากเห็นว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่ามีความเป็นสากลตามหลักกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ อีกทั้ง ยังช่วยลดปริมาณคดีพิพาทที่จะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลอีกด้วย แต่เนื่องจากยังมีบางประเด็นปัญหาที่มีการถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับ ADR อาทิเช่น ในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งประเทศคู่พิพาทมีสัญชาติแตกต่างกันและเรื่องที่พิพาทกันนั้นอาจเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ทำให้ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทเช่นว่านั้นมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น หากประเทศคู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับ บัญญา (Governing Law) ไว้โดยชัดแจ้งอันจะมีความเกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษาในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนพบว่าทางออกของปัญหานี้ก็คือ ถ้าประเทศคู่พิพาทเห็นว่าการใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะอาจไม่เหมาะสมกับความตกลงเกี่ยวกับการค้าและการลงทุนระหว่างกัน ก็อาจจะตกลงกันกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตาม “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono or As amiable compositeur)” ซึ่งให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้โดยมิต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นสำคัญ และสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวไปตามที่ตนเห็นว่าเป็นธรรมต่อประเทศคู่พิพาทมากที่สุด เว้นแต่กรณีที่เป็นการพิพาทที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถอ้างหลักความสุจริตและเป็นธรรมหลักเคียงบทยุติกฎหมายดังกล่าวได้ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวนี้มีความสำคัญขนาดที่ว่าประเทศคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ หากฝ่าฝืนอาจเป็นผลทำให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการถูกศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับให้หรือถูกเพิกถอน ได้²²³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทางออกดังกล่าวข้างต้นจะสามารถแก้ไขปัญหาในเชิงปฏิบัติเช่นว่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ อุปสรรคอีกอย่างหนึ่งที่มีผลต่อการยอมรับ ADR เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC ก็คือ แนวความคิดแบบอนุรักษ์นิยม (Conservative)²²⁴ ของศาลในบางประเทศที่มีทัศนคติไม่ดีและมองว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะมาแย่งอำนาจและแรงงานของศาลไปทำ กล่าวคือ ความยุติธรรมจะถูกผูกขาดอยู่แต่กับศาลเท่านั้น องค์กรหรือกระบวนการอื่น ๆ ไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้ จึงเกิดกรณีที่ศาลเห็นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลา

²²³ สรวิต ลิ้มปริงซี่, คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ, หน้า 4-5, ค้นวันที่ 22 ธันวาคม 2556 จาก <http://elib.coj.go.th/Article/arbitration1.pdf>

²²⁴ สรวิต ลิ้มปริงซี่, เรื่องเดียวกัน, หน้า 14-15.

การไม่สอดคล้องกับความเห็นหรือการตีความตัวบทกฎหมายของศาลก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดเช่นนั้นให้ตามที่ร้องขอ ถึงอย่างไรก็ดี นักกฎหมายและศาลในประเทศต่างๆ ในปัจจุบัน เริ่มมีความเข้าใจในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้นว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่ช่วยอำนวยความสะดวกและประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อีกทั้ง ยังช่วยลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่กระบวนการทางศาลอันถือเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลด้วย

จะเห็นได้ว่า ประเด็นพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน มีความซับซ้อนมากขึ้นและถือเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ดังนั้น การบังคับใช้และรับรองผลคำวินิจฉัยภายใต้กรอบพิธีสาร EDSM ฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีขั้นตอนในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คล้ายคลึงกับบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement of Understanding- DSU) ของ WTO จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของ AEC โดยจากการศึกษาพบว่าพิธีสาร EDSM ดังกล่าวยังคงมีข้อบกพร่องบางประการ โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่ายังไม่เคยมีประเทศสมาชิกใดนำคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาภายใต้พิธีสาร EDSM เลย อันมีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากประเทศสมาชิกมักนิยมดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยการทำข้อตกลงเสริมซึ่งยึดหลักการระงับข้อพิพาทแบบฉันทมิตรตามแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way) และเน้นการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจาปรึกษาหารือ การประนีประนอมยอมความในลักษณะอะลุ่มอล่วยซึ่งกันและกัน ทำให้มีผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในมาตรฐานและประสิทธิภาพของกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนของ AEC ในสายตาของนักลงทุนต่างชาติเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้ ผู้นำประเทศอาเซียน จึงควรเร่งดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยเร็วก่อนการเข้าสู่การเป็น AEC ในอนาคตอันใกล้

จากการสัมภาษณ์ท่านดร. ธเนศ สุจารีกุล²²⁵ ได้อธิบายและให้ข้อมูลเพิ่มเติมว่า สำหรับการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนนั้น อาเซียนได้จัดทำความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement - ACIA) ขึ้นโดยเฉพาะ กล่าวคือ ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนกับรัฐสมาชิก คู่พิพาทสามารถเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของ UNCITRAL, Arbitration Rules, ICSID หรือฟ้องคดีต่อศาลภายในรัฐนั้นได้

อย่างไรก็ดี ข้อพิพาทที่อยู่ ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) จะต้องมีใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับเอกชน ส่วนข้อพิพาทที่จะสามารถไป ใช้ ICSID บังคับได้ จะต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น แต่ ACIA ไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ชัดเจนมากนักและไม่ได้กำหนดวิธีการโดยละเอียด สารสำคัญอยู่ที่การบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งอนุสัญญาฯ นี้ กำหนดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ให้ถือเป็นที่ยอมรับภายในประเทศภาคีอื่นๆ ด้วยในฐานะที่เป็นคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการ

²²⁵ ธเนศ สุจารีกุล, *เรื่องเดิม*.

แตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 54 ของ ICSID²²⁶ ที่กำหนดให้ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เสมือนว่าเป็นคำพิพากษาสูงสุดของศาล ส่วน ACIA มีได้มีบทบัญญัติที่กำหนดในเรื่องการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้ชัดเจนแต่อย่างใด

สำหรับในกรณีที่ประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศที่ยังมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ นี้ บทบัญญัติข้อ 41 วรรค 8 ของ ACIA²²⁷ ก็ได้กำหนดชัดเจนว่า ทุกประเทศสมาชิกจะต้องเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ นี้เสียก่อน จึงจะส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับใช้ใน ประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นได้ จึงถือเป็นหลักปฏิบัติในด้านความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ (Commercial Relationship) ที่นานาประเทศต้องยึดถือและให้ความเคารพเสียมากกว่า

ในส่วนของการจัดตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ภายใต้บทบัญญัติแห่งพิธีสาร EDSM อันมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทให้ มีผลผูกพันประเทศสมาชิกคู่พิพาทและมีผลบังคับให้ประเทศสมาชิกคู่พิพาทต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย เช่นว่านั้น แต่จากการศึกษาเห็นได้ชัดว่า ผลคำตัดสินจากองค์กรทางกฎหมายทั้งสองถือเป็นเพียงแค่ รายงาน (Report) คำตัดสินเท่านั้น²²⁸ จึงมิใช่บรรทัดฐานทางกฎหมายที่จะมีผลผูกพันและสามารถ บังคับให้ประเทศสมาชิกคู่พิพาทปฏิบัติตาม คำตัดสินเช่นว่านี้ได้ นอกจากนี้ ภายหลังจากดำเนินการ พิจารณาข้อพิพาทเช่นว่านี้แล้ว หากการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกคู่พิพาทไม่สามารถยุติ ลงได้อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามผลคำวินิจฉัย พิธีสาร EDSM ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกฝ่ายที่ ชนะคดีมีสิทธิเรียกร้องให้ ประเทศฝ่ายที่แพ้คดีชดเชยค่าเสียหาย (Compensation) จากการที่ไม่ ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ซึ่งนำไปสู่การตั้งอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) อันเป็นวิธีการระงับ ข้อพิพาททางเลือก (ADR) วิธีหนึ่ง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การขาดองค์กรที่จะเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมดูแลการระงับข้อพิพาทของ AEC โดยเฉพาะ อาจมีผลทำให้การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ สมาชิกภายใต้เจตนารมณ์ของกฎบัตรอาเซียนและพิธีสารที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ในการบังคับให้เป็นไปตามผลคำวินิจฉัยอย่างจริงจัง ดังนั้น กลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าแล ะ การลงทุนของ AEC จึงควรมีองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเป็นการเป็นการเฉพาะและเข้ามามีบทบาทสำคัญใน การควบคุมดูแลกระบวนการระงับข้อพิพาทของ AEC ควบคู่กับการปรับปรุงบทบัญญัติในกฎบัตร อาเซียนและพิธีสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิก ในลักษณะที่เปิด โอกาสหรือเพิ่มทางเลือกให้ประเทศสมาชิกคู่พิพาทสามารถเลือกใช้ ADR ในการระงับข้อพิพาทตาม พันธกรณีระหว่างกันได้อย่างเสรีมากขึ้น เพื่อสร้างความเป็นธรรมและช่วยให้ผลคำวินิจฉัยเช่นว่านี้ สามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง

5.2 ข้อเสนอแนะ

²²⁶ ICSID Convention, Article 54

²²⁷ ACIA, Article 41.8

²²⁸ สิริรัตน์ ศรีจรรยาพรกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 126.

จากการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะกรณีในประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนซึ่งอาจเกิดขึ้นภายหลังการจัดตั้ง AEC ในปี ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2558) ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าอาเซียนควรดำเนินการเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหานั้น อาจเกิดขึ้น ดังนี้

5.2.1 การเพิ่มอำนาจและบทบาทของคณะผู้พิจารณา (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body)

ก่อนการเข้าสู่การเป็น AEC ผู้นำประเทศอาเซียนควรร่วมกันหารือเกี่ยวกับแนวทางการจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพสามารถจัดการกับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนได้อย่างแท้จริง และต้องเป็นกลไกที่อยู่บนพื้นฐานทางกฎหมายเพื่อสร้างมาตรฐานอันเข้มแข็งให้กับกลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC โดยการให้อำนาจคณะผู้พิจารณา (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ในการเข้ามามีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และสามารถเข้าแทรกแซงกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกที่ละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนอย่างร้ายแรงได้ในขอบเขตที่จำกัดเพื่อมิให้กระทบต่อหลักการระงับข้อพิพาทแบบฉันทมิตรตามแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way) ก็จะทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC มีความน่าเชื่อถือในสายตาของนักลงทุนชาวต่างชาติและนานาชาติมากยิ่งขึ้น โดยจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบดุลยพินิจและการดำเนินงานตามขั้นตอนต่างๆ ของคณะผู้พิจารณา (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) เพื่อป้องกันมิให้เกิดประเด็นในเรื่องการใช้อำนาจเกินขอบเขตหน้าที่ จนนำมาซึ่งความเสียหายด้านชื่อเสียงและผลประโยชน์ทางการค้าและการลงทุนของประเทศคู่กรณีพิพาท อันเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือของกลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC ในสายตาของนักลงทุนต่างชาติและนานาชาติ

5.2.2 การเปิดช่องยกเว้นหลักการระงับข้อพิพาทแบบฉันทมิตรตามแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way)

ประเทศสมาชิก AEC ควรกำหนดวิธีการหรือช่องทางอันเป็นข้อยกเว้นหลักการระงับข้อพิพาทแบบฉันทมิตรตามแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way) เพื่อรองรับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เพราะหากยังคงยึดมั่นในหลักการดังกล่าวเฉกเช่นที่ผ่านมา ก็อาจจะส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทของ AEC ได้ โดยเฉพาะในเรื่องของการพิจารณาและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารอาเซียนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเพราะตามความเห็นจากการสัมภาษณ์ท่านสรวิศ ลิ้มปรีงซี่²²⁹ ที่มองว่าแม้หลักการระงับข้อพิพาทแบบฉันทมิตรตามแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way) จะไม่ค่อยมีบทบาทมากนักในการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจระหว่างรัฐกับเอกชนหรือผู้ลงทุน เพราะโดยกระบวนการแล้วไม่ได้เปิดช่องให้หลัก ASEAN way เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องมากนัก โดยจะเห็นได้ว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หากรัฐหรือเอกชนผู้ลงทุนได้ตกลงนำข้อพิพาทเช่นนี้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์

²²⁹ สัมภาษณ์ สรวิศ ลิ้มปรีงซี่, *เรื่องเดิม*.

(Rule Based) หรือความตกลงระหว่างประเทศก็จะมีขั้นตอนของการปรึกษาหารือระหว่างประเทศสมาชิกเพื่อหาฉันทามติแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น หลัก ASEAN way จึงไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะในเรื่องของการบังคับใช้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ศาลของแต่ละประเทศสมาชิกจะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 5 แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก²³⁰ เป็นหลักในการพิจารณาว่าจะปฏิเสธการบังคับใช้ตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งมาตรา ดังกล่าวได้กำหนดหลักพื้นฐานของการไม่ยอมรับหรือไม่บังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น หลัก ASEAN way จึงไม่มีบทบาทในประเด็นนี้เลยดังเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น

สำหรับการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนนั้น หลัก ASEAN way ก็ได้เข้ามามีบทบาทอย่างชัดเจนตั้งแต่เริ่มขั้นตอนการปรึกษาหารือแล้ว จึงไม่มีผลกระทบต่อการใช้คำวินิจฉัยข้อพิพาทภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารอาเซียนอื่นๆ รวมทั้งคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วยอันถือเป็นกฎเกณฑ์สากล (International Rule Based) ในการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศ แต่หลักการดังกล่าวก็ยังคงมีความสำคัญและจำเป็นต่อการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในบางกรณีที่เน้นการปรึกษาหารือ พุดคุยเจรจาเพื่อหาฉันทามติ (Consensus) ร่วมกัน ในลักษณะที่ถ้อยทีถ้อยอาศัยกัน เพื่อหลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทที่อาจเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยเข้าสู่กระบวนการศาลหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นๆ ที่จะต้องใช้ระยะเวลานานกว่าจะมีคำตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเช่นว่านี้

5.2.3 การส่งเสริมและสนับสนุนวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR)

ประเทศสมาชิควรสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนของ AEC เพื่อพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของ AEC ให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นสากลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958)²³¹ ที่ได้ตกลงจัดทำขึ้นในที่ประชุมแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ (United Nations Conference on International Commercial Arbitration) ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนต่างก็เข้าร่วมลงนามเป็นภาคีสมาชิกทั้งสิ้น อีกทั้งยังเป็นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันเป็นวิธีการหนึ่งของ

²³⁰ The New York Convention 1958, Article 5

²³¹ Albert Jan van den Berg, *New York Arbitration Convention: 1958*, p. 1-22,

Retrieved January 26, 2014 from

http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf

การระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ที่ได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางในการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจระหว่างประเทศในระดับสากล

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) นั้นมีความสอดคล้องกับกลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC อยู่แล้ว เพราะว่าถ้าไปศึกษาเอกสารที่เป็นความตกลงเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทในอาเซียนแทบทุกฉบับ ก็จะมีการนำหลักการของ ADR มาใช้แทบทุกเรื่อง ตั้งแต่วิธีการระดับขั้นพื้นฐานไปจนถึงระดับขั้นสูงสุดซึ่งอยู่ในกรอบของ ADR แทบทั้งสิ้น จึงถือเป็นหลักการที่ไปในทิศทางเดียวกันอยู่แล้ว เนื่องจากโดยสภาพแล้วอาเซียนไม่มีโครงสร้างของศาลอาเซียนที่จะมาทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทต่างๆ จึงต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไปว่า แต่ละเรื่องเหมาะสมที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบใด นั่นคือ สาระสำคัญของกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกสำหรับกฎบัตรอาเซียนที่เปรียบเสมือนกฎหมายรัฐธรรมนูญของ AEC นั้น ส่วนที่เป็นรายละเอียดหรือขั้นตอนจะไม่มีปรากฏชัดเจนอยู่แล้ว เนื่องจากรายละเอียดทั้งหมดจะไปบัญญัติไว้ในพิธีสารอาเซียนอื่นๆ ที่แนบท้ายความตกลงฯ ต่างๆ ซึ่งถ้าหากจะมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎบัตรอาเซียน ก็คงจะมีประเด็นสำคัญในเรื่องการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันที่ต้องผ่านขั้นตอนหลายชั้น ค่อนข้างยืดยาว และไม่มีหลักประกันว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะราบรื่น จึงเห็นสมควรจะปรับปรุงในส่วนนี้เพื่อให้การเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกและรวดเร็วมากขึ้น ไม่ต้องผ่านขั้นตอนที่มากมายเช่นนี้

นอกจากนี้ มีข้อจำกัดบางประการเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาของศาลภายในของแต่ละประเทศสมาชิกอยู่บ้าง เนื่องจากวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบใหม่นอกเหนือจากการระงับข้อพิพาททางศาลที่มีนักกฎหมาย นักวิชาการ หรือผู้ชำนาญการที่มีความเข้าใจในขั้นตอนและเจตนารมณ์ที่แท้จริงในกระบวนการ ADR ค่อนข้างน้อย กล่าวคือ ศาลของแต่ละประเทศสมาชิกยังขาดบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องของ ADR เมื่อเทียบกับหน่วยงานหรือองค์กรเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศต่างๆ ในหลายประเทศแถบภูมิภาคอื่นๆ อีกทั้ง ข้อจำกัดในเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นค่อนข้างสูง ประเทศสมาชิก AEC จึงจำเป็นต้องมีการวางหลักเกณฑ์ที่กำหนดอัตราค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลให้แก่ประเทศสมาชิกคู่พิพาทด้วย เพื่อขจัดอุปสรรคในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกของประเทศสมาชิก AEC โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาทกรณีประเทศสมาชิก AEC ละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนที่ส่วนใหญ่จำเป็นต้องใช้ระยะเวลาในการหาข้อยุติหรือดำเนินการชดเชยค่าเสียหายระหว่างกัน เพื่อมิให้เป็นภาระซ้ำเติมประเทศคู่พิพาทฝ่ายที่ต้องเสียหายมากจนเกินควรหากจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมในการเลือกใช้อินญาโตตุลาการเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์และขั้นตอนในทางปฏิบัติที่สอดคล้องและเป็นไปตามบทบัญญัติที่เป็นสากลอย่างอนุสัญญานิวยอร์คขององค์การสหประชาชาติด้วย²³²

²³² สรวิศ ลิ้มปริงซี่, *เรื่องเดิม*.

5.2.4 การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ฉบับปัจจุบัน

ประเทศสมาชิก AEC ควรทบทวนข้อบกพร่องของบทบัญญัติภายใต้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทฉบับปัจจุบัน ให้สามารถบังคับใช้ได้จริงและมีประสิทธิภาพสูงสุดในการระงับข้อพิพาทกรณีในประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน โดยศึกษาจากความเห็นของนักวิชาการหรือผู้เชี่ยวชาญในด้านกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ อาทิเช่น การเสนอแนะให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน (ASEAN Panel of Arbitrators) หรือศาลอาเซียน (ASEAN Court) ขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อทำหน้าที่โดยตรงในการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกและขจัดปัญหาเรื่องมาตรฐานทางกฎหมายในการเลือกใช้บทบัญญัติที่เหมาะสม การรับรองผลคำวินิจฉัย และการบังคับให้เป็นไปตามผลของคำวินิจฉัยภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของ AEC

ดังนั้น หากจะหาบทสรุปว่ากลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC ควรมุ่งครุ่นในการระงับข้อพิพาทเฉพาะเรื่อง หรือองค์กรแบบถาวรจึงจะเหมาะสมที่สุดนั้น จำต้องพิจารณาจากสภาพของ AEC ณ ปัจจุบันก่อน โดยต้องพิจารณาว่ามีคดีพิพาทเกิดขึ้นมากน้อยแค่ไหน ถ้าหากมีจำนวนคดีมากพอที่จะลงทุนสร้างอาคารหรือส่งผู้พิพากษาไปประจำอยู่ก็ย่อมมีความคุ้มค่าแน่นอน แต่ในขณะนี้จำนวนข้อพิพาทยังมีน้อยอยู่ แทบจะไม่มีเลย ถ้าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นสักเรื่องหนึ่ง การที่จะจัดตั้งองค์กรระงับข้อพิพาทในลักษณะถาวรนั้น มันก็มีความจำเป็นค่อนข้างน้อย เพราะต้นทุนในเรื่องของการก่อสร้างอาคารสถานที่ ค่าตอบแทนของบุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องค่อนข้างสูง ซึ่งถ้ามีต้นทุนสูงเช่นว่านี้ คนที่รับภาระก็คือประเทศสมาชิกอาเซียน ความคุ้มค่าในเชิงเศรษฐศาสตร์จึงไม่มี เพราะฉะนั้น จากสภาพการณ์ปัจจุบันยังไม่จำเป็นต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในลักษณะที่เป็นรูปธรรมชัดเจนนัก ด้วยเหตุนี้เอง กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมจึงควรเป็นกระบวนการในลักษณะที่ ตั้งขึ้นมาเฉพาะเรื่องเฉพาะกิจมากกว่าซึ่งสาเหตุที่ทำให้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นน้อย ก็เพราะว่ากฎหมายที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับสมบูรณ์มีค่อนข้างน้อย เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีเนื้อหาค่อนข้างกว้าง และมีความเข้มงวดน้อย ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในรอบการค้าและการลงทุนอาเซียนที่จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาลอาเซียนมาตัดสินนั้นน้อยตามไปด้วย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างองค์กรที่มีลักษณะถาวรเหมือนอย่างเช่น WTO หรือ EU แต่หากในอนาคต มีข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้น ปีละหลายๆ เรื่อง ก็มีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งองค์กรกลางที่มีความเชี่ยวชาญขึ้นมาเพื่อสร้างบรรทัดฐานในการตัดสินชี้ขาดที่มีความแน่นอนมากขึ้น เนื่องจากการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเป็นรายคดีนั้น แต่ละคดีก็มีรายละเอียดแตกต่างกัน ส่งผลทำให้แนวทาง ในการวินิจฉัยคดีพิพาทอาจจะแตกต่างกันได้ เกิดเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ หากเมื่อใดมีจำนวนข้อพิพาทมากขึ้น การจัดตั้งหน่วยงานกลางอันมีลักษณะถาวรขึ้น ย่อมจะช่วยเพิ่มศักยภาพและความเชี่ยวชาญแก่องค์กรมากยิ่งขึ้น รวมทั้งแนวบรรทัดฐานในการตัดสินก็คงเส้นคงวา บุคลากรที่เกี่ยวข้องก็สามารถคาดการณ์ได้ว่าผลคำตัดสินจะออกมาในรูปแบบใด โดยพิจารณาจากบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องประกอบนั่นเอง ซึ่งในประเด็นนี้ ต้องพิจารณาตามหลักวิชาการประกอบกับหลักความเป็นจริงด้วย เพราะในอนาคตถือเป็นเรื่องดีหากจะทำให้กลไกการระงับ

ข้อพิพาทมีกฎกติกาชัดเจน หรือมี การจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้น แต่ในสภาพการณ์ปัจจุบันมันยัง
ไม่มีความจำเป็นขนาดนั้น จึงต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นการเฉพาะเรื่องไป

สำหรับในเรื่องความเชี่ยวชาญด้านบุคลากรเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ 2004
นั้น ยังมีไม่มากเมื่อเทียบกับบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ทั้งในภาค
นักวิชาการหรือนิติกรประจำสำนักงานต่างๆ จึงไม่ค่อยปรากฏผลงานอันเป็นที่ยอมรับให้เห็นมากนัก
นอกจากนี้ การจะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น ยังไม่มีองค์กรกลางที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง
โดยเฉพาะ และไม่มีข้อกำหนดคุณสมบัติที่เฉพาะเจาะจง ซึ่งมักขึ้นอยู่กับชื่อเสียงและความเชื่อมั่นใน
ความสามารถของบุคคลที่คู่กรณีพิพาทตกลงเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาจากผลงาน
อันเป็นที่ประจักษ์แก่นักธุรกิจหรือนักลงทุนต่างชาติเป็นหลัก

อย่างไรก็ดี จากการสัมภาษณ์ท่านสรวิศ ลิมปรี ษี ได้เสนอแนะว่า การจัดตั้งคณะ
อนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน (ASEAN Panel of Arbitrators) น่าจะมีความเหมาะสมและสอดคล้อง
กับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและวัฒนธรรมของประเทศสมาชิก AEC มากกว่าการ
จัดตั้งศาลอาเซียน (ASEAN Court) เนื่องจากบทกฎหมาย (The Laws) หรือนโยบายสาธารณะ
(Public Policy) ของแต่ละประเทศสมาชิก AEC ล้วนสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาท
ระหว่างกันโดยสันติวิธีอย่างเห็นได้ชัด ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งกฎบัตรอาเซียน (ASEAN
Charter) อันเป็นความตกลงเห็นชอบร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกอาเซียนที่ แสดงเจตนารมณ์
เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและยินยอมผูกพันตนในการปฏิบัติตามมติหรือกฎเกณฑ์ที่ทุกประเทศสมาชิก
เห็นพ้องตรงกัน จะเห็นได้ว่า กฎบัตรอาเซียนเองก็ได้พัฒนาบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท
(Settlement of Disputes) ให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติเกี่ยวกับกา ระงับข้อพิพาทของ
องค์การการค้าโลก (WTO) ภายใต้การควบคุมดูแลขององค์การสหประชาชาติ (UN) เช่นกัน แต่ทั้งนี้
ประเทศสมาชิกจะต้องไม่เข้าไปก้าวก่ายหรือตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของ
อนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการเช่นว่า นี้ จะมีผลบังคับใช้ภายใต้
อนุสัญญานิวยอร์กและความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีกฎเกณฑ์ชัดเจนอยู่แล้ว รวมทั้งไม่อาจใช้หลัก
ASEAN way เข้าแทรกแซงได้ในทางปฏิบัติ จึงไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจ
ของอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่ยุติข้อพิพาทให้เป็นไปโดยอิสระและไม่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุม
ขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง หรือประเทศใดประเทศหนึ่ง ดังนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก
(ADR) จึงถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สนับสนุนหลักการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีในระดับสากลอีก
รูปแบบหนึ่งในปัจจุบัน²³³ ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนควรมุ่งให้ความสำคัญก่อนที่จะก้าวสู่การเป็น AEC

อีกเหตุผลที่สำคัญคือ ณ ปัจจุบันยังไม่มีประเทศสมาชิกประเทศใดนำข้อพิพาทเข้าสู่
กระบวนการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารฯ ปี 2004 เลย จึงยังไม่สามารถคาดการณ์ได้แน่ชัดว่า
ภายหลังการจัดตั้ง AEC จะมีจำนวนคดีพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกเข้าสู่
กระบวนการดังกล่าวหรือไม่ และมากน้อยเพียงใด ดังนั้น การจัดตั้งศาลอาเซียน (ASEAN Court) จึง
ยังไม่มีมีความจำเป็นในขณะนี้ เพราะจะเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณและทรัพยากรด้านบุคลากรโดย
ใช้เหตุ ไม่คุ้มกับการลงทุนตามหลักเศรษฐศาสตร์ ซึ่งหากในอนาคตมีคดีพิพาทเกิดเพิ่มมากขึ้น

²³³ สรวิศ ลิมปรีษี, *เรื่องเดียวกัน*.

ประเทศสมาชิกอาจจะพิจารณาร่วมกันเพื่อมีมติดำเนินการจัดตั้งศาลอาเซียน (ASEAN Court) ก็
เป็นได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยว่า การจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน (ASEAN Panel
of Arbitrators) น่าจะเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการสร้างบรรทัดฐานและความน่าเชื่อถือให้กับ
การระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของ AEC เพราะมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของแต่ละประเทศ
สมาชิกในปัจจุบัน และจะเป็นองค์กรหนึ่งที่จะช่วยชีวิตประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาท
ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ได้เป็นอย่างดีอันจะช่วยสร้างความเชื่อมั่นแก่ประเทศคู่ค้าและนักลงทุน
ต่างชาติ ในการนำข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของ AEC

บรรณานุกรม

- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. กลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Dispute Settlement Mechanism). กรุงเทพมหานคร: สำนักอาเซียน, 2549. ย่อหน้าที่ 5. ค้นวันที่ 3 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.dtn.go.th/dtn/tradeinfo/dtn_3_4_asean_menu5.php
- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี. กลไกระงับข้อพิพาทของ WTO. หน้า 1. ค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2556 จาก www.dtn.go.th/dtn/tradeinfo/file/files_1/dsu.doc
- กรมอาเซียน. ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community – AEC). ใน ASEAN Highlights 2011. ค้นวันที่ 3 ธันวาคม 2555 จาก <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/asean-media-center-20121203-180844-334785.pdf>
- กรินทร์ ธนเทพ. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.
- กฤตชญาภัก อุ่นเสรี. ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน AEC : ASEAN Economic Community. กรุงเทพมหานคร: สถาบันดำรงราชานุภาพ, 2554. หน้า 11-13. ค้นวันที่ 21 ธันวาคม 2555 จาก http://www.stabundamrong.go.th/web/book/54/b15_54.pdf
- จินทร์ มโนธรรม. กลไกระงับข้อพิพาทในอาเซียน. ใน ASEAN Highlights 2011. กรุงเทพมหานคร: กรมอาเซียน, 2555. หน้า 42-45.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.
- ชนัญนิษฐ์ ลาภวิไล และ พิสิณี ลีลาเฟื่องศิลป์. ประเทศมหาอำนาจกับการค้าระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- ชาติชาย เชษฐสุมน. สรุปคำบรรยายวิชากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ดารีกา โพธิ์รุกข์. กลไกทางกฎหมายในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ทัชชฌัย ทองอุไร. แกดด์ และ องค์การการค้าโลก (WTO). พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- ทัชชฌัย ฤกษ์สุต และ แอน พลอยส่องแสง. กระบวนการระงับข้อพิพาท: WTO และ ASEAN. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 21 (พฤษภาคม 2545): 408.

- ชเนต สุจารีกุล. การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ กับปัญหา อุปสรรค และผลกระทบจากการรวมตัวเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. ใน งานเสวนาวิชาการ Academic Forum ครั้งที่ 3. 26 เมษายน 2557 ณ ห้องประชุมอินทรวงศ์กิติ ชั้น 8 อาคารนราธิปพงศ์ ประพันธ์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กรุงเทพมหานคร.
- ชเนต สุจารีกุล. คำบรรยายวิชากฎหมายอาเซียน (ASEAN Law): การเปิดเสรีอาเซียน พ.ศ. 2558 ผลกระทบต่อการพัฒนาการของกฎหมายในประเทศไทย, คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.
- ชเนต สุจารีกุล. ผู้อำนวยการ โครงการปริญญาโทด้านกฎหมายระหว่างประเทศและการทูต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. 14 พฤษภาคม 2557. การสัมภาษณ์.
- ธีรยุทธ ปักษา. กระบวนการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจและการค้าภายใต้อาเซียน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2554.
- นคร มิ่งมงคล. การระงับข้อพิพาททางการค้าขององค์การการค้าโลก. *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*. (2542): 2.
- นพนิธิ สุริยะ. *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.
- นฤมล กิจสินธพชัย. *มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- นิมมวล ผิวทองงาม. *เขตการค้าเสรีอาเซียน*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- บัณฑิต หลิมสกุล. *องค์การการค้าโลก (WTO) ในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน เล่ม 1*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- ปกรณ นิลประพันธ์. *นโยบายและกลยุทธ์ในการจัดให้มี ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 1. ค้นวันที่ 25 เมษายน 2556 จาก <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1815>
- ประภัสสร เทพชาตรี. *ประชาคมอาเซียน (ASEAN Community)*. กรุงเทพมหานคร: เสมาธรรม, 2554.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2: รัฐ*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- ประสาร ไตรรัตน์วรกุล. *ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และประสบการณ์ของสหภาพยุโรป*. ย่อหน้าที่ 5. ค้นวันที่ 16 ธันวาคม 2556 จาก <http://siampremier.com/th/asean-economic-community-and-the-european-unions-experience/>
- พรชญา ลัทธิวรรณ. การปรับปรุงประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลงการจัดตั้งองค์การการค้าโลก. *วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 19 (กันยายน 2542): 169-193.

- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ**. กรุงเทพมหานคร: สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในการค้า**. กรุงเทพมหานคร: สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540.
- ภิญญา ไรรินเกอร์. **การพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทในอาเซียน: บทเรียนจากระบบระงับข้อพิพาทในภูมิภาคอื่นๆ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์. **ข้อพิพาทการค้าระหว่างประเทศ: สินค้าเกษตร**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์ และ สมบูรณ์ ศิริประชัย. **กฎกติกา WTO เล่มที่หนึ่ง: กฎกติกาทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์ และ สมบูรณ์ ศิริประชัย. **หนึ่งทศวรรษ WTO**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- รัชนี ปิยะปราโมทย์. **ร่างพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนปี 2004**. กรุงเทพมหานคร: สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2548.
- รุ่งทอง ไกรยูรเสน. **การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541.
- วทันยา สัตยวานิช. **กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอาเซียน กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2550.
- วิชัย อริยะนันท์ทกะ. **การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนที่ 1). วารสารดุลพາห. 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 106.**
- วิทิต มั่นตราภรณ์. **ความสัมพันธ์ทางด้านกฎหมายของประเทศอาเซียน. ดุลพาท. 32 (มีนาคม-เมษายน 2528): 10.**
- ศรัณย์ งามอัครไพบูลย์. **การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก: ศึกษากรณีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายและมาตรการตอบโต้**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.
- สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย. **สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. ถนนสู่ AEC เพื่อ SMEs ไทย. หน้า 11-12. คั่นวันที่ 15 กันยายน 2555 จาก <http://www.smi.or.th/index.php/sample-sites-7/category/19-aec-smes-smi#>**
- สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช. **กฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
- สมพงศ์ ชูมาก. **กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.**
- สรวิศ ลิ้มปริงซี่. **คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ**. ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ ศาลยุติธรรม. หน้า 4-5. คั่นวันที่ 22 ธันวาคม 2556 จาก <http://elib.coj.go.th/Article/arbitration1.pdf>

- สรวิศ ลิ้มปรางษี. ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกาสำนักงานศาลยุติธรรม. 23 มกราคม 2557. การสัมภาษณ์.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.). กลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน และกฎสำหรับการเสนอเรื่องการไม่ปฏิบัติตามให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนตัดสิน. ใน **เอกสารสรุปรายงานการประชุมสัมมนา**. วันที่ 24 มกราคม 2554 ณ โรงแรมมิราเคิลแกรนด์. หน้า 2.
- สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร. **ความตกลงเขตการค้าเสรีซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี**. หน้า 59-60. ค้นวันที่ 11 มีนาคม 2555 จาก <http://www.oae.go.th/download/document/CH5.pdf>
- สิริรัตน์ ศรีจริยาพรกุล. **กลไกการระงับข้อพิพาทการลงทุนอาเซียน**. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- สิริวรรณ สุจริต. **การระงับข้อพิพาททางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมภายใต้องค์การการค้าโลก**. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.
- สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. **บทบาทของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, 2554.
- สุรพงษ์ ชัยนาม. **อนาคตขององค์การอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียน**. กรุงเทพมหานคร: ศยาม, 2552.
- เสาวนีย์ อัครโรจน์. **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- หอการค้านานาชาติแห่งประเทศไทย. **การอนุญาโตตุลาการของไอซีซี**. ค้นวันที่ 17 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.iccthailand.or.th/arbitration_detail.php?id=5
- หอการค้านานาชาติแห่งประเทศไทย. **รู้จักกับหอการค้านานาชาติ**. หน้า 45. ค้นวันที่ 16 กรกฎาคม 2556 จาก <http://iccthailand.or.th/download/e-newsletter/>
- อนันต์ จันทโรภากร. **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.
- อนันต์ จันทโรภากร. **กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.
- อนันต์ จันทโรภากร. **ข้อพิพาทบางประการเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 33 (มิถุนายน 2546): 270-295.
- อภิญา เลื่อนฉวี. **กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- อภิญา เลื่อนฉวี. **กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547.
- อานนท์ ศรีบุญโรจน์. **คำพิพากษาของศาลในกลุ่มประเทศอาเซียนจะมีผลในอีกประเทศหรือไม่?** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

- Buergenthal, Thomas and Maier, Harold G. **Public International law in a Nutshell.** 2nd ed. St. Paul: West Group, 1990. p. 66.
- Herrmann, Gerold. The Role of UNCITRAL. In **Foundations and Perspectives of International Trade Law.** London: Sweet & Maxwell, 2001. p. 28-36.
- Levi, Werner. **Contemporary International Law: A Concise Introduction.** Boulder: Westview Press, 1979. p. 38.
- Sorawit Limparangsri. **Alternative Dispute Resolution in ASEAN: A Contemporary Thai Perspective.** p. 2-4. Retrieved November 5, 2013 from http://www.aseanlawassociation.org/9GAdocs/w4_Thailand.pdf
- Van den Berg, Albert Jan. **New York Arbitration Convention: 1958.** p. 1-22. Retrieved January 26, 2014 from http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

สรุปความบทสัมภาษณ์ท่านสรวิศ ลิ้มปั้งซี
ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา
สำนักงานศาลยุติธรรม

สรุปความบทสัมภาษณ์ท่านสรวิศ ลิ้มปรีงซี

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกาสำนักงานศาลยุติธรรม
ณ สำนักกระงับข้อพิพาท ศาลอาญา ชั้น 5

1. สหภาพยุโรป (EU) เป็นความร่วมมือทางเศรษฐกิจและความมั่นคงในระดับภูมิภาคอันมีที่มาจากประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (ECSC) และประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการรวมกลุ่มความร่วมมืออย่าง ASEAN และ AEC แต่ก็มีข้อแตกต่างบางประการระหว่างการรวมกลุ่มสหภาพและการจัดตั้งประชาคม จึงอยากเรียนถามท่าน ให้อธิบายถึงความแตกต่างระหว่างคำว่า "สหภาพ" และ "ประชาคม" รวมทั้งจุดเด่นและจุดด้อยของรูปแบบความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งสองรูปแบบนี้โดยพอสังเขป และ AEC จะสามารถนำเอากรณีปัญหาตัวอย่างหรือประสบการณ์เกี่ยวกับการกระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจที่ผ่านมาของ EU มาปรับใช้ในการกำหนดรูปแบบและพัฒนากลไกการกระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของ AEC ได้อย่างไรบ้างคะ?

คำตอบ: ความแตกต่างที่สำคัญก็คือว่า พอเป็นประชาคม มันก็เหมือนมีคนมาอยู่รวมๆ กัน แต่มันก็ไม่ได้มีใคร หรือว่าองค์กรไหน มีอำนาจเหนือองค์กรอื่นๆ หรือว่าประชาชนทุกคนที่มาอยู่ประเทศต่างๆ ที่อยู่ในประเทศอาเซียน ก็มีสถานะที่เท่าเทียมกัน แต่ว่าพอเป็นสหภาพ มีลักษณะของการที่รวมกันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากกว่า มันมีการจัดตั้งลักษณะของโครงสร้างองค์กรที่อยู่เหนือประเทศต่างๆ เช่น มีการออกกฎหมายของสหภาพ แต่ว่าการรวมกลุ่มของอาเซียน ไม่มีองค์กรที่ออกกฎหมายของอาเซียนโดยเฉพาะ นอกจากนั้น สหภาพยุโรปยังมีศาลของสหภาพยุโรปโดยเฉพาะที่สามารถตัดสินชี้ขาดซึ่งใช้บังคับกับประเทศต่างๆ ได้ แต่อาเซียนไม่มี แม้กระทั่งมีประมุขของสหภาพยุโรปที่อาจจะผลิตเปลี่ยนหมุนเวียนกันไป สำหรับอาเซียนนั้นก็มีประธานอาเซียนแต่ว่าเป็นเหมือนประธานในที่ประชุมมากกว่า ไม่ได้มีสถานะภาพเหมือนเป็นผู้นำองค์กร เพราะฉะนั้น ความเหนียวแน่น ความแน่นแฟ้นในการรวมตัวในลักษณะของประชาคมก็จะน้อยกว่าในระดับของสหภาพค่อนข้างมาก

สำหรับจุดเด่นและจุดด้อยของรูปแบบความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งสองรูปแบบนี้ เมื่อเปรียบเทียบกันสามารถกล่าวโดยสรุปก็คือ การเป็นสหภาพมีจุดแข็งมากกว่า เนื่องจากทุกประเทศในสหภาพใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน ใช้กฎหมายเดียวกัน ปฏิบัติทุกอย่างเหมือนกัน การทำธุรกิจการค้าระหว่างประเทศก็จะทำได้ง่ายกว่า เพราะไม่ว่าจะไปประเทศไหนก็แล้วแต่ มันก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน แต่ว่าพอเป็นประชาคม ถึงแม้จะมีกฎบัตรอาเซียน แต่ว่าในระดับปฏิบัติของภาคธุรกิจการค้าหรือการลงทุน มันก็อาศัยกฎหมายของแต่ละประเทศที่อาจจะจะมีหลักเกณฑ์ต่างกัน แน่แน่นอนว่า อาจจะมีการตกลงเรื่องพิกักภาษีศุลกากรบ้าง แต่ว่าในขั้นตอนที่จะเข้าสู่แต่ละประเทศ มันก็มีกระบวนการที่อาจจะแตกต่างกัน แล้วก็นอกเหนือจากนั้น พวกหลักเกณฑ์อื่นๆ มันก็อาจจะมีการวางหลักการคร่าวๆ อย่างเช่น การรับรองสถานะภาพทางวิชาการของวิชาชีพต่างๆ แต่สุดท้ายก็ขึ้น อยู่กับหลักเกณฑ์เฉพาะ

ของแต่ละประเทศเหมือนกัน อย่างเช่น หมอหรือพยาบาล อาจจะมีหลักเกณฑ์ร่วมกันของประเทศ อาเซียนว่าต้องมีคุณสมบัติอย่างไรบ้าง แต่การที่จะเข้ามาประกอบวิชาชีพในอีกประเทศหนึ่ง อย่างเช่น เมืองไทยก็ต้องมาสอบข้อสอบหมอหรือพยาบาลเป็นภาษาไทยอีก มันก็ทำใ้หม้ออุปสรรคในการที่จะประกอบวิชาชีพข้ามประเทศ ซึ่งตรงนี้นั้นก็เป็นลักษณะของการเป็นประชาคม และ โดยเฉพาะประชาคมอาเซียนก็เป็นการรวมตัวในระดับหนึ่ง แต่ว่าก็มีลักษณะที่อาจจะยังค่อนข้าง หลวม เมื่อเทียบกับการรวมตัวในระดับของสหภาพยุโรป แต่ว่าในขณะเดียวกัน การรวมตัวแบบ หลวมๆ นี้ มันก็อาจจะจะเป็นลักษณะของการจัดองค์กรที่เหมาะสมกับสภาพปัจจุบันของประเทศ อาเซียนที่อาจจะมีความแตกต่างในระดับของการพัฒนาทางสังคม เศรษฐกิจค่อนข้างมาก เพราะฉะนั้น ถ้าเกิดเอาประเทศที่มีความแตกต่างทางด้านสังคม เศรษฐกิจ หรือแม้กระทั่งการเมืองที่มี ทั้งระบอบประชาธิปไตย สังคมนิยม ซึ่งการรวมตัวในประเทศที่มีความแตกต่างกันเช่นนี้ มันก็อาจจะ ทำได้ยาก เพราะในปัจจุบัน ลักษณะของการเป็นประชาคม มันก็อาจจะเหมาะกับสภาพของอาเซียน ในปัจจุบัน แต่ถ้าในอนาคต แต่ละประเทศมีความใกล้ชิดกันมากขึ้น มีความเข้าใจกันมากขึ้น แน่แน่นอน ว่าในอนาคตก็อาจจะนำไปสู่การรวมตัวที่มันแน่นแฟ้นมากขึ้น ในระดับของสหภาพได้ในอนาคต ที่ กล่าวมานี้คือในแง่ของข้อดีข้อเสีย ณ ปัจจุบัน

ส่วนคำถามที่ว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนจะนำปัญหาที่เกิดขึ้นหรือผลคำตัดสินชี้ขาดภายใต้การ ระบุข้อพิพาททางเศรษฐกิจที่ผ่านมาของ EU มาเป็นกรณี ศึกษาเพื่อปรับใช้ในการกำหนดรูปแบบ และพัฒนาหลักการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของ AEC ได้หรือไม่นั้น ก่อนอื่นต้องอธิบายว่า ลักษณะของ EU เป็นการจัดองค์กรในลักษณะที่เรียกว่า Rule Based ที่ใช้กฎเกณฑ์กติกาค่อนข้าง เข้มงวด ถ้าประเทศไหน หรือหน่วยงานไหนทำผิดอนุสัญญา สนธิสัญญา หรือความตกลงของ EU ก็ สามารถที่จะฟ้องร้องดำเนินคดี หรือขอให้ศาลของ EU ตัดสินพิพาทษาได้ว่า มันมีการกระทำที่ผิด ข้อตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ เพราะฉะนั้น ศาลจะตีความจากตัวอนุสัญญาเป็นหลักว่า สิ่งของแต่ละ ประเทศแต่ละรัฐทำไปนี้ มันสอดคล้องทั้งกับตัวลายลักษณ์ อักษร หรือว่าเจตนารมณ์ของอนุสัญญาใน การรวมตัวของ EU หรือไม่ นั่นคือลักษณะของการระงับข้อพิพาทใน EU ที่มันเป็น Rule Based เต็ม ตัว แต่ของอาเซียนเรามองเสมือนว่า เราพยายามที่จะไปสู่การที่เป็น Rule Based Community ที่ใช้ กฎกติกาที่ค่อนข้างหลวมๆ เพราะถ้าเกิดไปดูแม้ กระทั่งกฎบัตรอาเซียนที่เป็นจุดเริ่มต้นของการเกิด ประชาคม สิ่งทีกฎบัตรเขียนส่วนใหญ่ก็เป็นหลักการกว้างๆ มีหลักสิทธิมนุษยชนบ้าง หลักเรื่องการ เป็น Identity ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศบ้าง แต่มันไม่มีกฎเกณฑ์ที่เป็นสภาพบังคับตายตัว ว่า ประเทศนี้ต้องทำแบบนี้ แล ะระบบการระงับข้อพิพาทก็ค่อนข้างแตกต่างกันมาก อย่างเช่น ASEAN Way เราอาจจะไม่ถึงกับมีความระวางสงสัย แต่ก็ยังไม่ได้วางใจกัน 100% เพราะแต่ละ ประเทศก็มีความขัดแย้ง มีข้อพิพาทเป็นคู่ๆ กันอยู่ ไทยเราเองก็มีกับเขมร มาเลเซียก็อาจจะกับ ฟิลิปปินส์เรื่องหมู่เกาะอะไรบางอย่าง เพราะฉะนั้น ความที่แต่ละประเทศก็มีปัญหาเฉพาะพวกนี้ ก็เลยไม่มี ประเทศใดกล้าที่จะก้าวเข้าสู่ในลักษณะที่เป็น Rule Based เต็มตัว เพราะกลัวว่าถ้าเข้าไปสู่สภาพที่ เป็น Rule Based เต็มตัวแล้ว มันจะต้องมีองค์กรเหนือระดับประเทศขึ้นมาและมาทำหน้าที่ตัดสิน ประเทศเราเหล่า นี้ เราก็ไม่แน่ใจว่า สุดท้ายมันจะดีหรือไม่ดี ก็เลยไม่กล้าที่จะก้าวเข้าสู่ Rule Based เต็มตัว เพราะฉะนั้น ลักษณะของกระบวนการระงับข้อพิพาท มันก็เลยหนีไปทางการพูดคุย การเจรจาเป็นหลัก ตาม ASEAN Charter เอง หรือว่า EDSM เองพวกนี้ ก็จะเน้นในเรื่องของ Good-

offices, Mediation หรือการเจรจาต่อรองระหว่างประเทศคู่พิพาทเป็นหลัก มีการเขียนในเรื่องของอนุญาโตตุลาการ ให้คนกลางมาตัดสินอยู่เหมือนกัน แต่ว่าถ้าไปดูในรายละเอียด มันไม่ใช่ลักษณะที่เหมือนกระบวนการอนุญาโตตุลาการปกติ ถ้าใน EDSM จะมีลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เป็นเหมือน Recommendation ของคณะอนุญาโตตุลาการมากกว่า คือ หลังจากไปรับฟังพยานหลักฐานแล้ว ถูกฎกติกาก็เกี่ยวข้องแล้ว มี Recommendation ในทางปฏิบัติที่จะแก้ปัญหาในเรื่องนั้นอย่างไรบ้าง แล้วก็ส่งต่อไปให้ SEOM ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่อาวุโสของอาเซียน โดยปกติก็จะเป็นปลัดกระทรวง ในการที่จะมาพิจารณาอีกทีหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าสภาพตรงนั้นมันต่างจากกระบวนการตัดสินชี้ขาด ไม่ว่าจะในลักษณะของศาลระหว่างประเทศ หรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ที่อาจจะเริ่มดีขึ้นหน่อยก็คือเรื่อง Protocol หรือ DSM ที่จะออกตาม Charter ซึ่งจะมีลักษณะที่ค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับและก็เป็นที่ยุติมากกว่า EDSM แต่ว่าถ้าสังเกตดูจะเห็นได้ว่า ก่อนที่จะเข้าไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตรงนั้นได้นั้น มันต้องผ่านขั้นตอนเยอะเยอะมากมายก่อนที่จะเข้าไป ต้องผ่านกระบวนการเจรจา กระบวนการ Good-offices ต่างๆ แม้แต่การเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง ถ้าอีกประเทศหนึ่งไม่เห็นด้วย ก็จะเกิดเป็นอุปสรรคขึ้น ตอนที่มีการยกกร่างนั้นมีการคุยกันว่า จะใช้ระบบ Opt-in หรือ Opt-out “โดย” Opt-out ก็คือว่า กำหนดเป็น Default Rule ไปเลยว่าจะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นรายกรณี แต่ Opt-in ก็คือว่า ต้องเข้าไปสู่กระบวนการเหล่านี้เป็นรายกรณีไป โดยตกลงเป็นการเฉพาะของคู่พิพาท สุดท้ายก็อย่างที่บอกว่า ด้วยความที่แต่ละประเทศก็มีข้อขัดแย้งกันอยู่ เราก็กลัวว่าบางที่อาจจะมีการส่งคดีเขาพระวิหารเข้าสู่กระบวนการเหล่านี้ก็เป็นได้ มันก็เลยออกมาในสภาพที่กำหนดว่าเป็น Opt-in ก็คือว่าการที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น มันก็ต้องขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีไป โดยถ้าฝ่ายหนึ่งต้องการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอม ก็ต้องเข้าไปให้คณะมนตรีประสานงานอาเซียนพิจารณาอีก ถ้าคณะมนตรีประสานงานอาเซียนยังหาข้อยุติไม่ได้ ก็ต้องส่งให้ ASEAN Summit พิจารณาอีก เพราะฉะนั้นสุดท้ายแม้จะเขียนว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะผูกพันและเป็นที่สุด (Final and Binding) แต่กว่าจะเข้าไปสู่ตรงนั้นได้ มันต้องผ่านกระบวนการหลายขั้นตอน ซึ่งทำให้ประสิทธิภาพในการใช้งานค่อนข้างจะจำกัด เพราะว่ากว่าจะผ่านเข้าไปได้มันมีกระบวนการค่อนข้างซับซ้อน และในแต่ละขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นส่วนของคณะกรรมการประสานงาน หรือว่า Summit เอง ปกติก็ใช้ ASEAN Way อยู่แล้ว คือพยายามที่จะพูดคุยหาฉันทามติ เพราะฉะนั้นถ้าเกิดไม่สามารถหาฉันทามติตรงนั้นได้ มันก็เป็นเรื่องค่อนข้างยากที่จะนำข้อพิพาทตรงนั้นเข้ามาสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ค่อนข้างยุ่งยาก ซับซ้อน และมีอุปสรรคในการเข้าสู่กระบวนการค่อนข้างมาก แต่ผลสุดท้ายก็ยังคงดีกว่า EDSM คือว่าเป็น Final and Binding ไม่เป็นแค่เพียง Recommendation ให้ SEOM พิจารณาเท่านั้นเอง

2. อย่างที่ทราบกันดีว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนยึดมั่นในหลักการระงับข้อพิพาทตามแบบวิถีอาเซียน (ASEAN Way) ที่เน้นการระงับข้อพิพาทซึ่งกันและกันมาโดยตลอดนับแต่มีการจัดตั้ง สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) ดังนั้น ดิฉันจึงอยากทราบว่า ภายหลังจากการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ในปี พ.ศ. 2558 ประเทศสมาชิกสมควรที่จะนำกระบวนการระงับ

ข้อพิพาทแบบวิถีสยามนี้มาเป็นปัจจัยสำคัญในการวางกรอบกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทกรณีประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนของ AEC หรือไม่ และกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบวิถีสยามดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานและความน่าเชื่อถือของกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจในสายตาของนักลงทุนต่างชาติหรือประเทศคู่ค้าอื่นๆ หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประสานความร่วมมือทางศาลระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในเรื่องการรับรองและบังคับตามคำตัดสินของกระบวนการระงับข้อพิพาทของ AEC ท่านมีความคิดเห็นในเรื่องนี้อย่างไรบ้างคะ?

คำตอบ: ถ้าเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ มันก็คงหนักไปทางการพูดคุยกันหาฉันทามติ (Consensus) ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นหลัก ซึ่งเป็นเรื่องตามแนวทางของ ASEAN Way อยู่แล้ว เพราะว่าในระดับรัฐกับรัฐซึ่งแต่ละประเทศก็มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตัวเอง ถ้าไม่ใช่ ASEAN Way ก็จะต้องมีศาลกลางเช่นเดียวกับสหภาพยุโรปมาทำหน้าที่ตัดสิน ซึ่งในสภาพปัจจุบันก็เป็นไปได้ค่อนข้างยาก พอไม่สามารถนำระบบของศาลสหภาพหรือศาลระหว่างประเทศมาใช้ได้ มันก็ต้องอาศัย Consensus ในแง่ของการพูดคุยเพื่อหาฉันทามติเป็นหลัก ตามหลักของ ASEAN Way ซึ่งยังคงมีบทบาทที่สำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ณ ปัจจุบัน

สำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเข้ามา มีบทบาทมากกว่า เพราะว่าปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองการลงทุน ทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคี หลายๆ เรื่องก็ใช้ระบบอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว ซึ่งสามารถจะให้สิทธินักลงทุนในการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ มันเป็ นเหมือนแนวปฏิบัติระหว่างประเทศที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ซึ่งการที่จะนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในแบบนี้ ก็ค่อนข้างง่ายกว่าในระดับรัฐกับรัฐ

ส่วนประเด็นที่ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทแบบวิถีสยามดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อ บรรทัดฐานและความน่าเชื่อถือของกลไกการระงับข้อ พิพาททางเศรษฐกิจในสายตาของนักลงทุน ต่างชาติหรือประเทศคู่ค้าอื่นๆ หรือไม่นั้น ถ้าในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ไม่มีการใช้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่แรกอยู่แล้ว แต่ใช้การพูดคุยในเรื่องของ Consensus มากกว่า เพราะฉะนั้นหลัก ASEAN Way ก็จะไม่ส่งผลกระทบต่อ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอยู่แล้วตั้งที่ อธิบายไว้ข้างต้น ซึ่งเป็นไปตามหลัก ASEAN Way ปกติ แต่ถ้าเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับ นักลงทุนที่มักใช้อนุญาโตตุลาการและมีคำชี้ขาดนั้น ผมไม่คิดว่า ASEAN Way จะเข้ามามีบทบาท เพราะว่าโดยกระบวนการแล้วไม่มีช่องให้ใช้ ASEAN Way สักเท่าไร ถ้ามองขั้นตอนจะเห็นว่า เมื่อ มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับผู้ลงทุน และผู้ลงทุนนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการเช่นนี้จะ เป็นบุคคลใด หรือมาจากไหนก็ได้ เป็นชนชาติ ตะวันตก หรือมาจากประเทศอาเซียนก็ได้ โดยอาศัยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ อนุสัญญา หรือความ ตกลงระหว่างประเทศ มาตัดสิน ไม่ได้ใช้วิธีเจรจากับใคร หรือประเทศใดเลย ไม่ได้ไปพูดคุยหาฉันทา มติกับรัฐคู่กรณีพิพาทแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นหลัก ASEAN Way ก็ไม่สามารถเข้ามามีบทบาทในส่วน นี้ได้ กล่าวคือ เป็นการตัดสินโดยอาศัย Rule Based ปกติ ต่อมาเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้

ขาดข้อพิพาทแล้ว ก็จะเข้าสู่กระบวนการบังคับตามผลคำชี้ขาดเช่นว่านั้น ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญาอนุสัญญาอนุสัญญา (the New York Convention) ที่ประเทศอาเซียนทุกประเทศเป็นภาคีอยู่แล้ว เพราะฉะนั้น การที่จะบังคับหรือ ไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น มันก็เป็นไปตามอนุสัญญาอนุสัญญาอนุสัญญา ซึ่งไม่ได้อาศัยการ พุดคุยเจรจาในเชิงถ้อยทีถ้อยอาศัยกันระหว่างประเทศอาเซียน ศาลของแต่ละประเทศที่ถูกร้องขอให้ บังคับตามคำชี้ขาดเอง ก็ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 5 ของอนุสัญญาอนุสัญญาอนุสัญญาเป็นหลักว่าจะ สามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้หรือไม่ เพราะฉะนั้นช่องทางที่ ASEAN Way จะเข้ามามี บทบาทในการบังคับตามคำชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนก็ไม่มี

3. ขณะนี้ หลายๆ ประเทศทั่วโลกต่างยอมรับว่าวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) เป็น กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าแล ะการลงทุนระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกับ กระบวนการทางศาล อีกทั้ง วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลา การกำลังได้รับความนิยมจากองค์การระหว่างประเทศรวมถึงหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและภาค เอกชน ปัจจุบันอาเซียนเองได้ให้ความสำคัญและสนับสนุนวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกเช่นเดียวกัน เห็นได้จากบทบัญญัติเรื่องการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎบัตรอาเซียน และล่าสุดมีการจัดตั้ง อนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน (Investment Arbitrator) ตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) เพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนโดยเฉพาะ จึงอยากเรียนถามว่า ท่านมีความเห็น อย่างไรเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ด้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ และควมมีประสิทธิภาพของ กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ AEC? และ ADR มีความสอดคล้องเหมาะสมกับการกระบวนการ ระงับข้อพิพาทของ AEC กรณีที่ประเทศสมาชิกลงมติตามความตกลงฯ ทางเศรษฐกิจต่างๆ มากน้อยเพียงใด หรือมีประเด็นใดบ้างที่ควรพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขก่อนนำมาปรับใช้กับกลไกการ ระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของ AEC?

คำตอบ: ในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่มีกฎหมายที่กำหนดบทบาทและหน้าที่ ไว้โดยเฉพาะ ไม่มีอนุสัญญา หรือกฎหมายของประเทศใดกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าคนที่ทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องจบการศึกษาอะไร อายุเท่าไร จะต้องมีประสบการณ์กี่ปี เพราะฉะนั้นใน เรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทจะเป็นผู้พิจารณาเองในแต่ละเรื่องว่าใครเป็นผู้มีความ เหมาะสม หรือมีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือไม่ เพียงใด แต่หลักเกณฑ์ในเบื้องต้น ต้นก็คือ จะต้องเป็นผู้ที่ มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายหรือในประเด็นที่พิพาทกันซึ่งต้องดูเป็นรายกรณีไป ถ้าสมมติพิพาทกัน เรื่องการเวนคืนยึดกิจการเป็นของรัฐ ก็ต้องอาศัยบุคคลที่เชี่ยวชาญด้านกฎหมายการลงทุน โดยเฉพาะ เป็นต้น

ในเรื่องควมมีประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ AEC นั้น ผมมองว่า โดยทั่วไปแล้ว กระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพที่สุดในระดับต้นๆ ของกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก เพราะอย่างน้อยที่สุดมีหลักประกันแน่นว่า เมื่อ ข้อพิพาท เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว จะมีคำตัดสินหรือคำชี้ขาดที่ทำให้คู่กรณีพิพาททราบว่าใน เรื่องนี้ ใครผิดใครถูก ถ้าเราเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น อย่างเช่น กระบวนการเจรจา

หรือการไกล่เกลี่ย มันไม่มีหลักประกันว่า สุดท้ายแล้วคู่กรณีพิพาทจะตกลงยินยอมหรือไม่ เพราะมันขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่พิพาทแต่ละรายว่าจะตกลงกันได้หรือไม่ แต่ว่าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น แม้ผลคำชี้ขาดจะถูกใจคู่กรณีพิพาทหรือไม่ก็ตาม แต่คำชี้ขาดเช่นว่านี้ก็จะมีผลผูกพันคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ที่สำคัญก็คือว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่มีโครงสร้างทางกฎหมายมารองรับค่อนข้างมาก ทำให้มีประสิทธิภาพสูง โดยเฉพาะอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก ซึ่งจะเห็นได้ว่า เนื้อหากฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ได้รับการพัฒนามาใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเองก็มีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ มีที่มาจากรากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์แห่งสหประชาชาติ แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างบ้างในรายละเอียด เพราะฉะนั้นเมื่อมีบทกฎหมายในภาพรวมที่คล้ายคลึงกันแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศต่างๆ ก็มีลักษณะที่ไม่แตกต่างกันมาก และเมื่อมีคำชี้ขาดออกมาแล้ว มันก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์กเช่นเดียวกัน ซึ่งโดยสภาพของอนุสัญญาฯ ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้ค่อนข้างชัดเจนว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้ จะสามารถบังคับได้ ถูกเพิกถอน หรือว่าจะถูกปฏิเสธการบังคับได้ในกรณีใดบ้าง โดยหลักเกณฑ์หรือว่าเหตุผลที่ อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ก็ค่อนข้างชัดเจน และเน้นหนักไปในเรื่องของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่จะไม่ได้เข้าไปตรวจสอบในเรื่องดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น เมื่อมีกระบวนการและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและครอบคลุมทุกประเทศอาเซียน โดยสภาพแล้วทำให้มีประสิทธิภาพในการ บังคับตามคำชี้ขาดค่อนข้างมาก ถ้าหากเทียบว่า มีการเจรจาสำเร็จหรือตกลงประนีประนอมยอมความกันขึ้น ตัวสัญญาฉบับนี้ก็จะเปลี่ยนเป็นสัญญาที่ผูกพันคู่สัญญา แต่ถ้าหากมีการบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบก็ต้องไปฟ้องร้องต่อศาลไหนก็ไม่อาจทราบได้ อีกทั้งเมื่อไปฟ้องแล้ว ก็ต้องตั้งต้นเป็นคดีใหม่หรือคดีทั่วไป ไม่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศใดๆ ที่มีกลไกมารองรับโดยเฉพาะเหมือนกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงน่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในบรรดากระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกเท่าที่มีอยู่ ณ ปัจจุบัน

ส่วนคำถามที่ว่า ADR มีความสอดคล้องเหมาะสมกับการกระบวนการระงับข้อพิพาทของ AEC กรณีที่ประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีตามความตกลงฯ ทางเศรษฐกิจต่างๆ มากน้อยเพียงใด นั้น ผมมองว่า ADR มีความสอดคล้องกับกลไกการระงับข้อพิพาทของ AEC อยู่แล้ว เพราะว่าถ้าไปศึกษาเอกสารที่เป็นความตกลงเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทในอาเซียนแทบทุกฉบับ ก็จะมีการนำหลักการของ ADR มาใช้แทบทุกเรื่อง ตั้งแต่วิธีการระดับขั้นพื้นฐานไปจนถึงระดับขั้นสูงสุดซึ่งอยู่ในกรอบของ ADR แทบทั้งสิ้น ไม่ว่าจะ เป็น Good-offices, Mediation, Arbitration เพราะฉะนั้นในหลักการตรงนี้มันก็ไปในทิศทางเดียวกันอยู่แล้ว เนื่องจากโดยสภาพแล้วอาเซียนไม่มีโครงสร้างของศาลอาเซียนที่จะมาทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทต่างๆ จึงต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไปว่า แต่ละเรื่องเหมาะสมที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบใด นั่นคือ สำคัญสำคัญของกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก

ส่วนประเด็นใดบ้างที่ควรพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขก่อนนำ ADR มาปรับใช้กับกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของ AEC นั้น ต้องย้อนไปศึกษากฎบัตรอาเซียนที่เปรียบเสมือนกฎหมายรัฐธรรมนูญของอาเซียนก่อนซึ่งจะเห็นว่าส่วนที่เป็นขั้นตอนจะไม่มีรายละเอียดอยู่แล้ว แต่รายละเอียด

ทั้งหมดจะไปบัญญัติไว้ในพิธีสารอาเซียนอื่นๆ ที่แนบท้ายมา เช่น ในส่วนของการระงับข้อพิพาทก็จะมี Protocol ที่ออกตามมาภายหลัง ถ้าหากจะมีการปรับปรุงแก้ไข ก็คงมีประเด็นเรื่องการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน บันที่ต้องผ่านขั้นตอนหลายชั้น ค่อนข้างยืดยาว และไม่มีหลักประกันว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะราบรื่น จึงเห็นว่าควรจะปรับปรุงในส่วนนี้เพื่อให้การเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกและรวดเร็วมากขึ้น ไม่ต้องผ่านขั้นตอนที่มากมาย เช่นนี้

4. เนื่องจากว่าเครื่องมือทางกฎหมายของอาเซียนสำหรับการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นก็คือ พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน (EDSM 2004) อันมีกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจขององค์การการค้าโลก (WTO) เป็นแม่แบบ ยังไม่มีการนำมาปรับใช้ในการยุติข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจ ก็อาจเป็นรูปธรรมชัดเจนแต่อย่างไรและยังไม่เคยมีประเทศสมาชิกคู่พิพาทใดเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ ฉบับดังกล่าว ทำให้เกิดคำถามขึ้นว่าอะไรคือตัวชี้วัดความมีประสิทธิภาพของกลไกการระงับข้อพิพาทของพิธีสารฯ ฉบับนี้หากประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศ และอาเซียนควรสร้างหลักเกณฑ์ลักษณะใดเพื่อส่งเสริมความน่าเชื่อถือของขั้นตอนการระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ ? หรืออาเซียนควรเสริมสร้างบรรทัดฐานของกลไกการระงับข้อพิพาทโดยการจัดตั้งศาลอาเซียนเป็นศาลกลางที่มีมาตรฐานสากล หรือจัดตั้งองค์การระงับข้อพิพาท (DSB) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาทด้านการค้าและการลงทุนโดยเฉพาะ ดังเช่นกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของ WTO? จึงอยากให้ท่านเสนอแนะในประเด็นนี้

คำตอบ: ตัวชี้วัดความมีประสิทธิภาพของพิธีสาร EDSM ปี 2004 นั้น ผมมองว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น และมีการนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ EDSM นั้นคือจุดเริ่มต้นที่เป็นตัวชี้วัดความเชื่อมั่นของประเทศต่างๆ ที่มีต่อ EDSM ได้พอสมควรแล้ว เพราะสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ ณ ปัจจุบันยังไม่มีคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการดังกล่าว ก็อาจจะเป็นเพราะประเทศสมาชิกยังไม่มี ความไว้วางใจและเชื่อมั่นในประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ EDSM สักเท่าไร แต่ถ้าเมื่อใดที่ประเทศคู่พิพาทมีความรู้สึกกว่า EDSM สามารถที่จะช่วยแก้ปัญหาได้ และพร้อมที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการนี้ มันก็เป็นจุดเริ่มต้นที่จะวัดความสำเร็จในเบื้องต้นเกี่ยวกับความมั่นใจในกระบวนการดังกล่าวได้พอสมควร ถ้าหลังจากนั้น ปัจจัยที่จะวัดความสำเร็จอีกประการหนึ่ง ก็คงจะเป็นเรื่องที่ว่าหลังจากเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวแล้ว คู่กรณีพิพาทมีความพอใจกับขั้นตอนต่างๆ มากน้อย เพียงใด ผมยังไม่อยากคิดไปถึงว่าจะมีการตกลงกันได้ในท้ายที่สุด เพราะว่าเป็นเรื่องที่ค่อนข้างซับซ้อน และปัจจัยที่อาจจะทำให้มีการตกลงกันได้ในแต่ละเรื่องก็มีความแตกต่างกัน มีความละเอียดอ่อน มีความยากง่ายต่างกัน แต่อย่างน้อยที่สุด ถ้าประเทศคู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการดังกล่าวแล้ว รู้สึกว่าได้อะไรจากกระบวนการนี้ มีความพึงพอใจในการดำเนินงานภายใต้ขั้นตอนต่างๆ มันก็จะเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะวัดความสำเร็จของกระบวนการนี้

ในอนาคตเมื่อมีการใช้กระบวนการดังกล่าวแพร่หลายมากขึ้น มันก็อาจจะมีตัวชี้วัดเช่นเดียวกับกระบวนการระดับข้อพิพาททางเลือกต่างๆ ไป ในแง่ของอัตราความสำเร็จว่า มีคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการนี้กี่เรื่อง ยุติได้กี่เรื่อง ซึ่งต้องมีการพัฒนาให้เป็นที่นิยมแพร่หลายพอสมควร จึงจะสามารถประเมินผลตรงนี้ได้ แต่ในเบื้องต้นคงวัดได้เพียงความมั่นใจ ความไว้วางใจ และความพึงพอใจในการเข้าสู่กระบวนการดังกล่าว

สำหรับการจัดตั้งองค์กรเฉพาะขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาทด้านการค้าและการลงทุนโดยเฉพาะนั้น ถ้าพูดถึงความเหมาะสม ก็ต้องพิจารณาจากสภาพของ AEC ณ ปัจจุบันก่อน การที่เราจะมีองค์กรในการระงับข้อพิพาทเฉพาะเรื่อง หรือองค์กรแบบถาวรอย่างเช่น ศาลอาเซียนนั้น มันต้องดูว่ามีคดีพิพาทเกิดขึ้นมากน้อยแค่ไหน ถ้าหากมีจำนวนคดีมากพอ การที่จะลงทุนสร้างอาคารหรือส่งผู้พิพากษาไปประจำอยู่ก็ย่อมมีความคุ้มค่าแน่นอน แต่ในขณะนี้ จำนวนข้อพิพาทยังน้อยอยู่แทบจะไม่มีเลย ดังนั้น ถ้าสมมติว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น สักเรื่องหนึ่ง การที่จะจัดตั้งองค์กรระงับข้อพิพาทในลักษณะถาวรนั้น มันก็มีความจำเป็นค่อนข้างน้อย เพราะต้นทุนในเรื่องของการก่อสร้างอาคารสถานที่ ค่าตอบแทนของบุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องค่อนข้างสูง ซึ่งถ้ามีต้นทุนสูงเช่นว่านี้ คนที่รับภาระก็คือประเทศอาเซียน ความคุ้มค่าในเชิงเศรษฐศาสตร์จึงไม่มี เพราะฉะนั้น จากสภาพการณ์ปัจจุบันมันไม่มีข้อพิพาทเยอะ กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม สมควรจะเป็นกระบวนการในลักษณะที่ตั้งขึ้นมาเฉพาะเรื่องเฉพาะกิจ จริงๆ แล้ว เหตุที่ทำให้มีข้อพิพาทน้อย ก็เพราะว่ากฎหมายที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับมีค่อนข้างน้อย เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีเนื้อหาค่อนข้างกว้าง และเข้มงวดน้อย ทำให้ข้อพิพาทเกิดขึ้นน้อยตามไปด้วย จึงไม่แปลกที่ข้อพิพาทหรือความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในกรอบอาเซียนที่จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือศาล มายุติกันมีไม่มาก

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างองค์กรที่มีลักษณะถาวรอย่างเช่น WTO หรือ EU แต่แน่นอนว่าถ้าในอนาคต มีข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้น ปีละหลายๆ เรื่อง ก็มีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งองค์กรกลางที่มีความเชี่ยวชาญขึ้นมาเพื่อสร้างบรรทัดฐานในการตัดสินชี้ขาดที่มีความแน่นอนมากขึ้น เนื่องจากการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเป็นรายคดีนั้น แต่ละคดีก็มีรายละเอียดแตกต่างกัน ส่งผลทำให้แนวทางในการวินิจฉัยคดีพิพาทอาจจะแตกต่างกันได้ เกิดเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ หากเมื่อใดมีจำนวนข้อพิพาทมากขึ้น การจัดตั้งหน่วยงานกลางอันมีลักษณะถาวรขึ้น จะช่วยเพิ่มศักยภาพและความเชี่ยวชาญแก่องค์กรมากยิ่งขึ้น แนวบรรทัดฐานในการตัดสินก็คงเส้นคงวา บุคลากรที่เกี่ยวข้องก็สามารถคาดการณ์ได้ว่าผลคำตัดสินจะออกมาในรูปแบบใด โดยพิจารณาจากบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย

ในประเด็นนี้ ต้องพิจารณาตามหลักวิชาการประกอบกับหลักความเป็นจริงด้วย โดยส่วนตัวผมมองว่า มันก็เป็นเรื่องดีหากจะทำให้เป็น Rule Based ที่มีกฎกติกาชัดเจน หรือมีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้น แต่ในสภาพการณ์ปัจจุบันมันยังไม่มีมีความจำเป็นขนาดนั้น จึงต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นการเฉพาะเรื่องไป

ส่วนในเรื่องความเชี่ยวชาญด้านบุคลากรของอาเซียนในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถ้าในระดับระหว่างประเทศนั้น ยังมีไม่มากเมื่อเทียบกับบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญกฎหมายภายในประเทศ ทั้งในภาคนักวิชาการหรือนิติกรประจำสำนักงานต่าง ๆ ต่างประเทศจึงไม่ค่อยเห็นผลงานอันเป็นที่ยอมรับสักเท่าไร จะเห็นได้ว่า การจะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น มันไม่มีองค์กรกลางที่ทำหน้าที่แต่งตั้งโดยเฉพาะ และไม่มีข้อกำหนดคุณสมบัติที่เฉพาะเจาะจง จึงขึ้นอยู่กับชื่อเสียงและความเชื่อมั่นในความสามารถของบุคคลที่คู่กรณีพิพาทตกลงเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาจากผลงานอันเป็นที่ประจักษ์แก่นักธุรกิจหรือนักลงทุนต่างชาติเป็นหลัก อุปสรรคทางภาษาก็เช่นเดียวกัน แม้จะมีใช้ประเด็นสำคัญ แต่ก็ควรจะพัฒนาทักษะด้านการสื่อสารและแสดงออกที่มีคุณภาพเพียงพอที่จะพูดคุยกับชาวต่างชาติได้อย่างเข้าใจพอสมควร จะต้องมีความเชี่ยวชาญในเนื้อหาเฉพาะเรื่องอย่างถ่องแท้ ต้องสนับสนุนบุคลากรในแต่ละประเทศให้มีความมุ่งมั่นที่จะก้าวเข้าไปสู่ระดับโลก สร้างผลงานที่โดดเด่นออกมาสู่สายตาประชาคมโลก และสำหรับหน่วยงานที่ควรเข้ามาส่งเสริมเรื่องการ พัฒนาบุคลากรในด้านนี้ จำต้องอาศัยหลาย ๆ องค์กรเข้ามาประสานงานร่วมมือกัน จึงจะช่วยสร้างบุคลากรที่มีคุณภาพขึ้นมารองรับได้อย่างเพียงพอ

สัมภาษณ์โดย นางสาวพุทธชาติ บุญล้อม
นักศึกษาลัทธิสุตฺรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ภาคผนวก ข

สรุปความบทสัมภาษณ์ท่าน ดร.ธเนศ สุจารีกุล
ผู้อำนวยการโครงการปริญญาโทด้านกฎหมายระหว่างประเทศและการทูต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

สรุปความบทสัมภาษณ์ ดร. ธเนศ สุจารีกุล

ในงานเสวนาวิชาการเรื่อง “การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ กับปัญหา
อุปสรรค และผลกระทบ
จากการรวมเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน”

1. จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (EDSM) ฉบับล่าสุดปี 2004 ข้อ 1.3 ซึ่งให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกอาเซียนในการเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทอื่นๆ ได้ทุกเมื่อภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ท่านมองว่า สิทธิดังกล่าวนี้ ถือเป็นสิทธิประโยชน์อย่างหนึ่งของประเทศสมาชิกหรือไม่ และจะส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือในประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนหรือไม่

คำตอบ: EDSM จริงๆ แล้วอาเซียนได้ลอกเลียนแบบมาจาก DSU (Understanding on Rules and Procedure Governing the Settlement of Disputes) ขององค์การการค้าโลก (WTO) แต่มีความแตกต่างอยู่ในสองประเด็นหลักๆ ประเด็นแรกคือ เรื่องของกรอบเวลาในการปฏิบัติงานของคณะผู้พิจารณา (Panel) กล่าวคือ กรอบระยะเวลาในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททั้งในประเด็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงของ Panel ตามบทบัญญัติ DSU จะมีระยะเวลาค่อนข้างนานกว่าใน EDSM ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ถ้าเป็นข้อพิพาทที่ยากและซับซ้อน Panel อาจจะต้องดำเนินการตัดสินชี้ขาดไม่เสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลาที่ระบุใน EDSM เมื่อเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ก็จะส่งผลให้ความน่าเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทของ AEC นั้นลดน้อยลง ประเด็นนี้จึงมีผู้เขียนและเสนอแนะว่าอาเซียนควรเร่งดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติในส่วนนี้

ประเด็นที่สองก็คือ การเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทอื่นๆ ตามที่ท่านได้ถามข้างต้น ก่อนอื่นผมขออธิบายพอสังเขปเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทในกรอบอาเซียน ณ ปัจจุบัน ซึ่งอยู่ในหมวดที่ 8 ของกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) เริ่มตั้งแต่มาตรา 22 ถึง มาตรา 28 จะเห็นได้ว่า ก่อนที่จะมีการจัดทำกฎบัตรอาเซียนขึ้นนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาทของอาเซียนค่อนข้างที่จะเรียบง่าย กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ก็จะตกลงกันโดยสันติวิธีตามหลักฉันทามติ ถ้าเป็นข้อพิพาทด้านการค้า ภายหลังจากการเปิดตลาดการค้าเสรี (AFTA) ก็จะมีพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced ASEAN Dispute Settlement Mechanism – EDSM) ปี 1996 ขึ้นมาบังคับใช้ หลักการทั่วไปก็ยกตัวอย่างเช่น ความตกลงการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่าเทียมกัน (CEPT) ซึ่งจะเป็นบทบัญญัติที่ทำให้ AFTA บรรลุผลนั้น ในข้อที่ 8 กำหนดว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น ให้คู่พิพาทเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาทกันโดยสันติ แต่ไม่ได้กล่าวถึงความจำเป็นแต่อย่างใด และถ้าหากคู่พิพาทไม่พอใจ ให้อุทธรณ์ร้องเรียนไปยัง AFTA Council แต่ไม่ได้กำหนดว่าอุทธรณ์ได้เมื่อใด และ AFTA Council ต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทเท่าใด ซึ่งหาก AFTA Council ตกลงกันได้ ให้คู่พิพาทไปยังรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN

Economic Ministers – AEM) แต่ก็ไม่ได้บอกว่าการอุทธรณ์ได้เมื่อใด และ AEM จะต้องตัดสินข้อพิพาทภายในกรอบเวลาเท่าใด ซึ่งกระบวนการอุทธรณ์นี้ ถือเป็นพัฒนาการอีกก้าวหนึ่งของ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของอาเซียน

สำหรับ EDSM ปี 2004 นั้น มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่อาเซียนตระหนักว่า ข้อที่ 8 ของ CEPT ไม่สามารถบังคับใช้ได้อีกต่อไปอย่างเช่น กรณีที่ประเทศไทยพิพาทกับประเทศมาเลเซีย เนื่องจากมาเลเซียเคยสัญญาว่าจะนำรถยนต์ทั้งคันและส่วนประกอบของรถยนต์ โอนเข้ามาสู่รายการบัญชี 2 แต่ก็ไม่ได้ดำเนินการตามที่สัญญาไว้ ทำให้ประเทศไทยเสียประโยชน์ ต่อมาทำการเจรจาตกลงกันไม่ได้ เนื่องจากไม่มีกรอบเวลาที่ชัดเจน และไม่มีบรรทัดฐานในการเจรจาซึ่งจะใช้กฎเกณฑ์ของ GATT เป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุนี้เอง อาเซียนจึง คิดริเริ่มที่จะปรับปรุงแก้ไขกระบวนการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจให้เป็นระบบมากขึ้น อันเป็นที่มาของ EDSM ปี 2004 นี้

ต่อมา ในปี 2008 ญัตติอาเซียนได้มีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการ ซึ่งได้กำหนดหลักการสำคัญในการระงับข้อพิพาทอาเซียนให้เป็นระบบมากขึ้น กล่าวคือ ถ้า มีข้อพิพาทเกิดขึ้น เริ่มจากการเจรจาสองฝ่ายระหว่างคู่พิพาทเท่านั้น ตามมาตรา 22 โดยใช้วิธีการพูดคุย ปรึกษาหารือ หรือการเจรจากัน ตามลำดับ หรืออาจมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องทำหน้าที่เป็นคนกลางและให้คำแนะนำที่ไม่มีผลผูกมัดคู่พิพาท ซึ่งมักจะเป็นเลขาธิการอาเซียน (ASEAN Secretary-General) หรือรัฐมนตรีกระทรวงต่างประเทศ (The Foreign Ministers) ของแต่ละประเทศสมาชิก แต่ถ้าหากมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) ก็จะมีหน้าที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยและให้ข้อเสนอแนะที่คู่พิพาทจะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้

แต่ที่เป็นพัฒนาการอีก ขั้นหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ญัตติอาเซียนก็คือ มาตรา 24 ซึ่งกำหนดให้มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องและให้คำแนะนำที่มีผลผูกมัดคู่พิพาทด้วย ทำให้เกิดความสับสนขึ้นตรงที่ว่า ทำให้วิธีการระงับข้อพิพาทในกรอบอาเซียนนั้นมีหลากหลายวิธี จึงต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทนั้นๆ เกิดมาจากสาเหตุใด ถ้าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากตราสารอาเซียน ให้ใช้มาตรา 24.1 24.3 หรือ 25 บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น ถ้าเป็นข้อพิพาทที่มีได้เกิดขึ้นจากตราสารอาเซียน อย่างเช่น คดีพิพาทเขาพระวิหาร ระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา ซึ่งเกิดขึ้นมานานแล้วก่อนที่จะมีการจัดตั้งอาเซียน จะต้องใช้สนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia - TAC) บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากตราสารอาเซียนก็ต้องมาพิจารณาว่าตราสารอาเซียนนั้น ได้กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะหรือไม่ ก็ให้เป็นไปตามที่ตราสารอาเซียนนั้น กำหนดไว้ แต่ในมาตรา 24.3 ของญัตติอาเซียน กำหนดว่า ถ้าสาเหตุของข้อพิพาทนั้นเกิดจากตราสารอาเซียนที่เป็นความตกลงทางด้านเศรษฐกิจ (ASEAN Economic Agreement) และไม่ว่าตราสารอาเซียนนั้นจะมีกระบวนการระงับข้อพิพาทอยู่หรือไม่ก็ตาม ให้ใช้ EDSM บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะนี้ก็คือ ถ้าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงฯ CEPT ซึ่งเป็นความตกลงทางด้านเศรษฐกิจและการค้าอันเป็นตราสารอาเซียนตามมาตรา 24.3 แต่ในข้อที่ 8 ของ CEPT ได้กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทไว้เฉพาะแล้ว คำถามก็คือจะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตาม

บทบัญญัติใด เพราะทั้งสองบทบัญญัติมีวิธีการและขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกันมาก นำมาสู่ความซับซ้อนในการเลือกใช้บทบัญญัติที่จะนำมาบังคับแก้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากตราสารอาเซียน และตราสารอาเซียนนั้นมิได้กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ ให้ใช้มาตรา 25 ของกฎบัตรอาเซียนมาบังคับแก้ข้อพิพาทนั้น ซึ่งหมายถึงพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (Protocol on Disputes Settlement Mechanism - PDSM) ที่จัดทำขึ้นมาใหม่แทนท้ายกฎบัตรอาเซียนจุดเด่นของวิธีการระงับข้อพิพาทตาม PDSM ก็คือ มีกรอบระยะเวลาในการเจรจาที่ยาวขึ้นประกอบด้วยกลไกพิเศษ ถ้าโจทก์ยื่นหนังสือแจ้งไปยังจำเลย จำเลยมีหน้าที่ต้องตอบกลับภายใน 30 วัน และต้องดำเนินการเจรจากันภายใน 60 วันและให้เจรจากันแล้วเสร็จภายใน 90 วัน ถ้าตกลงกันไม่ได้ สามารถอุทธรณ์ร้องเรียนไปยังคณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ASEAN Coordinating Councils – ACCs) ซึ่งประกอบด้วยประกอบด้วยรัฐมนตรีต่างประเทศของประเทศสมาชิกอาเซียน โดย ACCs จะต้องตัดสินภายใน 45 วัน ตามหลักฉันทามติ (Consensus) ในเชิงบวก และ ACCs สามารถเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทได้ดังที่กล่าวข้างต้น แต่มีวิธีการระงับข้อพิพาทพิเศษที่เพิ่มเติมขึ้นมาใน PDSM ปี 2010 คือ การเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) แต่ถ้าเป็นข้อพิพาทที่เข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

กรณีที่หนึ่ง: ACCs ไม่สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ และจำเลยไม่ประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

กรณีที่สอง: ACCs สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ แต่ประเทศคู่พิพาทไม่ประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

กรณีที่สาม: ACCs สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ แต่ประเทศคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ครบทุกฝ่าย หรือ

กรณีที่สี่: ACCs สามารถระงับข้อพิพาทเช่นว่านี้ได้ และประเทศคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการครบทุกฝ่าย แต่ผลคำชี้ขาด (Award) ของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นที่พอใจของประเทศคู่พิพาท

กรณีเช่นนี้ ให้ถือว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่ไม่อาจระงับได้ภายใต้กรอบอาเซียน และต้องส่งเรื่องไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) ซึ่งประกอบไปด้วยประมุขของรัฐสมาชิกหรือผู้นำรัฐบาลของแต่ละประเทศสมาชิก เพื่อทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทนั้น ซึ่งปัญหาที่ตามมาก็คือ บรรดาประมุขของรัฐสมาชิกหรือผู้นำรัฐบาลของแต่ละประเทศสมาชิกมิได้มีความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่ควร จึงเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ จึงเห็นได้ชัดว่า การระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบอาเซียนนั้นจะเริ่มต้นด้วยกฎหมาย แต่จะระงับด้วยวิธีการทางทูตแทบทุกเรื่อง

สำหรับ EDSM ปี 2004 ข้อ 1.3 ซึ่งให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกอาเซียนในการเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทอื่นๆ ได้นั้น มีข้อบกพร่องบางประการ อาทิเช่น กรณีของ CEPT ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าเราเป็นโจทก์หรือจำเลย สมมุติว่าในอนาคตเกิดข้อพิพาทขึ้น หากโจทก์ แย้งว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากความ

ตกลงทางด้านเศรษฐกิจ ก็ต้องใช้มาตรา 24.3 ของกฎบัตรอาเซียนที่ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกอาเซียนในการเลือกใช้เวทีระงับข้อพิพาทอื่นๆ ได้ แต่หากพิจารณาให้ดีจะเห็นว่า บทบัญญัติข้อ 1.3 ของ EDSM มีขั้นตอนในการร่างบทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่รัดกุมและชัดเจนเท่าที่ควร เนื่องจากแต่ละประเทศสมาชิกมิได้ให้ความสนใจในกระบวนการทางด้านกฎหมาย และโดยพื้นฐานแล้ว ประเทศสมาชิกอาเซียนต่างยึดมั่นในหลัก ASEAN Way ที่เน้นความยืดหยุ่นระหว่างกันมากกว่าตัวบทกฎหมายที่มีผลผูกมัดหรือทำให้ตนต้องสูญเสียอำนาจอธิปไตยไป นอกจากนี้ บุคลากรของอาเซียนในปัจจุบันที่มีอำนาจในการตีความบทบัญญัติเบื้องต้นภายใต้กฎบัตรอาเซียน ยังขาดแคลนผู้ที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายโดยเฉพาะ ทำให้อาจเกิดข้อผิดพลาดหรือได้เปรียบเสียเปรียบกันในการทำสัญญาหรือความตกลงใดๆ ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันเองได้

ทั้งนี้ หากจำเลยจะแย้งว่า ข้อ 1.2 ของ EDSM ได้กำหนดให้บทบัญญัติ EDSM อยู่ภายใต้บทบัญญัติเพิ่มเติมหรือพิเศษ (the special or additional rules) โดยไม่ระบุแนบท้ายให้ชัดว่าเป็นบทบัญญัติใด ดังนั้น หากตีความว่า บทบัญญัติเพิ่มเติมหรือพิเศษที่ว่าเป็นคือ CEPT ก็ต้องเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามข้อที่ 8 ของ CEPT ซึ่งจะก่อให้เกิดความขัดแย้งเป็นประเด็นถกเถียงกันระหว่างประเทศคู่พิพาทจากการตีความบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกันขึ้น สาเหตุหลักก็มาจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติ EDSM ที่ลอกเลียนมาจาก DSU ของ WTO โดยไม่ตรวจสอบความเป็นมาของการร่างแต่ละตัวบทให้ถ่องแท้เสียก่อนก่อให้เกิดปัญหาการตีความบทบัญญัติขึ้นในภายหลังจึงเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่อาเซียนต้องเร่งปรับปรุงแก้ไขต่อไป

2. ภายหลังการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ท่านคิดว่า การจัดตั้งศาลอาเซียน (ASEAN Court) หรือคณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน (ASEAN Panel of Arbitrators) ตามความเห็นของนักวิชาการหลายท่าน เพื่อรองรับข้อพิพาทที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นนั้น มีความจำเป็นหรือไม่มากนักน้อยเพียงใด ต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียนและพิธีสารอาเซียนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

คำตอบ: หากศึกษาบทบัญญัติของ EDSM จะเห็นได้ว่า มีการกล่าวถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว ซึ่ง ACCs จะเป็นผู้กำหนดว่าข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจเรื่องใดควรเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป อีกทั้ง ความตกลงพิเศษ PDSM ฉบับปี 2010 ก็ได้กำหนดวิธีการพิเศษไว้ว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกันอันมีสาเหตุมาจากตราสารอาเซียนหรือกฎบัตรอาเซียน ให้มีการเจรจาตกลงกันก่อนเสมอ ซึ่งระยะเวลาในการเจรจาใน PDSM จะยาวกว่าใน EDSM และหากคู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ภายในกรอบเวลาที่กำหนด จะต้องอุทธรณ์ร้องเรียนไปยัง ACCs เพื่อกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทเช่นว่านั้น ซึ่งรวมถึงการอนุญาโตตุลาการด้วย ดังปรากฏใน Annex. 4 ของ PDSM ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้ชัดเจน

ดังนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการของอาเซียนนั้นมียุทธศาสตร์อยู่แล้ว ขึ้นอยู่กับว่าจะเลือกใช้หรือไม่ หรือประเทศสมาชิกจะตกลงกันเองที่จะเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการในการ

ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่อาเซียนกำหนดขึ้น

ดังอธิบายมาข้างต้น ผมจึงเห็นว่า การจัดตั้งศาลอาเซียน (ASEAN Court) หรือคณะอนุญาโตตุลาการแห่งอาเซียน (ASEAN Panel of Arbitrators) ถือเป็นเรื่องที่ยาวไกล เพราะประเทศสมาชิกอาเซียนมักจะสงวนหวงแหนอำนาจอธิปไตยของตน แม้จะเป็นสิ่งที่ดีในอนาคต แต่ก็คงทำได้ยาก อีกทั้ง มีความแตกต่างในเรื่องระบบกฎหมาย ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรม ระบบการเมือง ระบบเศรษฐกิจ และระดับการพัฒนาทางสังคมที่เห็นได้ชัด ไม่เหมือนอย่างสหภาพยุโรป จึงต้องจับตามดูในประเด็นเรื่องนี้ต่อไป

3. อยากเรียนถามท่านเกี่ยวกับอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) ขณะนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ได้เข้าร่วมเป็นภาคีครบทุกประเทศแล้วหรือยังคะ?

คำตอบ: ประเทศสมาชิกอาเซียนที่ยังมิได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ นี้ ผมไม่แน่ใจว่าขณะนี้ประเทศอาเซียนได้เข้าร่วมครบทุกประเทศหรือยัง สำหรับประเทศไทยนั้นได้เข้าร่วมเป็นภาคีแล้ว และมีการภาคยานุวัติอนุสัญญาฯ ดังกล่าว เป็นกฎหมายภายในนั้นคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ยังมีได้เข้าร่วมเป็นภาคีของ ICSID เองยังมีได้ให้สัตยาบัน

สำหรับการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนนั้น อาเซียนได้จัดทำความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement - ACIA) ขึ้นโดยเฉพาะ กล่าวคือ ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนกับรัฐสมาชิก สามารถเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของ UNCITRAL, Arbitration Rules, ICSID หรือฟ้องคดีต่อศาลภายในรัฐนั้นได้

อย่างไรก็ดี ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาฯ นี้ จะต้องมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับเอกชน ส่วนข้อพิพาทที่จะสามารถใช้ ICSID บังคับได้ จะต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น แต่ ACIA ไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ชัดเจนมากนักและไม่ได้กำหนดวิธีการโดยละเอียด สาระสำคัญอยู่ที่การบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งอนุสัญญาฯ นี้ กำหนดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ให้ถือเป็นที่ยอมรับภายในประเทศภาคีอื่นๆ ด้วยในฐานะที่เป็นคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 54 ของ ICSID ที่กำหนดให้ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสมือนว่าเป็นคำพิพากษาสูงสุดของศาล ส่วน ACIA มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดในเรื่องการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้อย่างชัดเจนเลย

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศที่ยังมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ นี้ บทบัญญัติข้อ 41 วรรค 8 ของ ACIA ก็มีได้กำหนดชัดเจนว่า ทุกประเทศสมาชิกจะต้องเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ นี้เสียก่อน จึงจะส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับใช้ในประเทศสมาชิก

อาเซียนนั้นได้ จึงถือเป็นหลักปฏิบัติในด้านความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ (Commercial Relationship) เสียมากกว่า

4. ท่านคิดว่า หลักการระงับข้อพิพาทตามแบบ วิถีอาเซียน (ASEAN Way) มีข้อดี ข้อเสียอย่างไร ต่อกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และประเทศสมาชิกอาเซียนควรยึดมั่นในหลักการดังกล่าวต่อไปหรือไม่?

คำตอบ:หลัก ASEAN Way นั้น ผมคิดว่ามีทั้งข้อดีและข้อเสีย เนื่องจากหลักดังกล่าวเป็นวิธีปฏิบัติที่ยืดหยุ่นกันมายาวนานโดยมีสาระสำคัญก็คือ ทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน จะต้องมีการปรึกษาหารือร่วมกัน และตกลงกันตามหลักฉันทามติ ถ้าหากมีประเทศสมาชิกใดไม่เห็นด้วย สิ่งต่างๆ เหล่านั้นก็จะเกิดขึ้นไม่ได้ ซึ่งอาจจะเหมาะกับประเทศในกลุ่ม มาอาเซียน เนื่องจากหลายประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เคยตกอยู่ใต้อาณานิคมของชาวต่างชาติมาก่อน จึงมีความหวงแหนอธิปไตยและอำนาจอธิปไตยของตนเป็นอย่างมาก และยึดมั่นในหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐของกันและกัน จึงเป็นสิ่งที่เกือบทุกประเทศสมาชิกอาเซียนให้ ความสำคัญเป็นลำดับต้นๆ

แต่ในกรณีที่มีการตัดสินใจโดยวิธีการลงคะแนนเสียง (Voting) ก็อาจทำให้อำนาจอธิปไตยในกลุ่มประเทศอาเซียนนั้นเสียไป เพราะว่าประเทศเสียงส่วนน้อยจำต้องยินยอมตกลงตามประเทศเสียงส่วนใหญ่ และอาจก่อให้เกิดความบาดหมางหรือความขุ่นข้องหมองใจระหว่างประเทศสมาชิกได้ จึงถือเป็นจุดอ่อนของการเจรจาตามหลักฉันทามติซึ่งผมเห็นว่าควรคำนึงถึงความสมานฉันท์ระหว่างประเทศสมาชิกด้วย

ถ้าถามความเห็นของผมนั้น โดยส่วนตัวแล้ว ผมมองว่าหลัก ASEAN Way มีผลดีต่อประเทศสมาชิกอาเซียน เห็นได้จากมาตรา 26 ของกฎบัตรอาเซียน ที่กำหนดว่า ในกรณีที่ยังคงระงับข้อพิพาทไม่ได้ ภายหลังจากใช้บทบัญญัติก่อนหน้านี้ในหมวดที่ 8 แล้ว ให้เสนอข้อพิพาทนั้นไปยัง ASEAN Summit เพื่อตัดสิน เพราะฉะนั้นโดยสรุปแล้ว ข้อพิพาททางกฎหมายนั้นจะอยู่ภายใต้ข้อพิจารณาทางด้านการทูตและการเมือง กล่าวคือ อยู่ภายใต้การ วินิจฉัยของบรรดาผู้นำแต่ละประเทศสมาชิกเป็นหลักนั่นเอง ซึ่งก็เหมาะสมกับรูปแบบความร่วมมือด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในปัจจุบันแล้ว

สัมภาษณ์โดย นางสาวพุทธชาติ บุญกลุ่ม
นักศึกษาลัทธิสุตฺรนิคิตาศตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางสาวพุทธชาติ บุญกล่อม

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2554

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ. 2556-2557
ทนายความ
สำนักงานกฎหมายเอเชีย ลีเกิล แอนด์ บิซิเนส
ลาดพร้าว กรุงเทพมหานคร 10230

พ.ศ 2557-ปัจจุบัน
อาจารย์พิเศษ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี
ขุนทะเล สุราษฎร์ธานี 84100

รางวัลทางวิชาการ

พ.ศ. 2555
ประกาศเกียรติคุณรางวัลเรียนดี
หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์