

## Legislative paper

### กลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน

โดย นายพีรเดช คงเดชา นิตินกรชำนาญการพิเศษ  
สำนักงานศูนย์ประชาคมอาเซียน  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ระบบระงับข้อพิพาทในภูมิภาคอาเซียน ถูกระบุไว้ในกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ตามข้อ 24 และข้อ 25 โดยที่ข้อ 24 กำหนดให้รัฐสมาชิกระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับตราสารเฉพาะของอาเซียนโดยมีระบบและขั้นตอนการดำเนินการที่กำหนดไว้ในตราสารนั้นๆ อยู่แล้ว และข้อ 25 ระบุว่า ถ้าไม่มีการจัดหาไว้ โดยเฉพาะในตราสารใดๆ อาเซียนอาจกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทอื่นๆ ที่มีความเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทได้ ซึ่งข้อ 25 ของกฎบัตรอาเซียน ได้นำมาสู่การจัดทำพิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท เพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถยุติข้อขัดแย้งระหว่างกันได้โดยหลากหลายวิธี โดยบัญญัติอยู่ในตราสาร 3 ฉบับหลัก ได้แก่

1. กลไกการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia: TAC 1976)
2. กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ค.ศ. 2004 (ASEAN Protocol on the Enhanced Dispute Settlement Mechanism: EDSM 2004)<sup>1</sup>
3. กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท ค.ศ. 2010 (Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism: ACDSM 2010)

ความซับซ้อนของการประนอมข้อพิพาทระหว่างประเทศในภูมิภาคอาเซียน ถึงแม้ประเทศสมาชิกอาเซียนเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปีพ.ศ. 2558 แต่กลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในปัจจุบัน ยังไม่ครอบคลุมกรณีที่เกิดข้อพิพาทอันมีสาเหตุมาจากประเทศสมาชิกละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งอาจมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ภายหลัง แม้จะมีกฎบัตรอาเซียน ที่ระบุหลักการระงับข้อพิพาทไว้ แต่เป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีไว้อย่างกว้างๆ ไม่มีสภาพบังคับที่ชัดเจนแก่ประเทศสมาชิกและพิธีสารอาเซียนที่กำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจไว้เพียงเฉพาะอย่าง คือ พิธีสาร EDSM ซึ่งใช้กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) เป็นต้นแบบนั้น ที่ผ่านมอาเซียนยังไม่เคยมีประเทศสมาชิกคู่พิพาทใดฟ้องร้องกันภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารฯ ดังกล่าวเลย

จากการศึกษารายละเอียดเนื้อหาของกฎบัตรอาเซียน และพิธีสารที่ว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนในด้านต่าง ๆ พบว่ามีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เช่น กระบวนการที่สลับซับซ้อน

---

<sup>1</sup> ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ร่วมลงนามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับใหม่ เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2562 ในช่วงการประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) ครั้งที่ 35 และการประชุมสุดยอดที่เกี่ยวข้อง ที่ประเทศไทย และอยู่ระหว่างดำเนินการกระบวนการภายในเพื่อให้สัตยาบันพิธีสารฯ ซึ่งพิธีสารฯ ฉบับใหม่นี้จะมีผลใช้บังคับภายหลังจากที่ประเทศสมาชิกอาเซียนให้สัตยาบันครบทั้ง 10 ประเทศ

กรอบระยะเวลาในการพิจารณาข้อพิพาท ปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดหรือคำตัดสิน ปัญหาในทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการใช้มาตรการที่เหมาะสมกับประเทศสมาชิกผู้ละเมิดพันธกรณี ทำให้ประเทศสมาชิกคู่กรณีเกิดความไม่มั่นใจในกระบวนการติดตามผลว่าจะดำเนินอย่างไรโปร่งใสและมีประสิทธิภาพตามหลักสากลหรือไม่ ประเทศสมาชิกอาเซียนจึงเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทขององค์กรระหว่างประเทศอื่นๆ ซึ่งมั่นใจว่าจะสามารถปกป้องผลประโยชน์โดยเฉพาะผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจการค้าได้ดีกว่า ซึ่งถือเป็นปัญหาสำคัญ

ทั้งนี้ หากไม่สามารถสร้างความเชื่อมั่นให้ประเทศสมาชิกอาเซียนใช้สนธิสัญญาหรือพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทที่ร่วมกันรับรองได้ ก็ไม่อาจทำให้การเป็นองค์กรที่มีกฎหมายเป็นพื้นฐานในการดำเนินงาน หรือ Rule based organization ของอาเซียนประสบความสำเร็จได้

ดังนั้น จึงต้องศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เป็นข้อบกพร่องในกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพื่อนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขความบกพร่องเพื่อให้การบังคับใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และใช้เป็นแนวทางในการวางแผนนโยบายรัฐและมุ่งพัฒนากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต่อไป

### ระบบระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจระดับพหุภาค

#### อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศด้วยการไกล่เกลี่ย

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศด้วยการไกล่เกลี่ย (UN Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) หรือมีอีกชื่อหนึ่งว่าอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Singapore Convention on Mediation) ร่างขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศสหประชาชาติ (The United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้การบังคับใช้ข้อตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างประเทศเป็นไปได้ง่ายขึ้น โดยเฉพาะประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่และมีการลงทุนมหาศาลในต่างประเทศ ต่างเห็นความสำคัญของการมีกลไกหรือกระบวนการที่เป็นไปตามมาตรฐานสากลในการบังคับใช้ระงับข้อพิพาทต่างๆ

จีนและสหรัฐฯ ต่างก็เป็น 2 ประเทศในจำนวน 46 ประเทศ ที่เห็นพ้องด้วยกับอนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศด้วยการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ประเทศเศรษฐกิจขนาดใหญ่ เช่น อินเดีย และเกาหลีใต้ ก็ได้ลงนามในอนุสัญญานี้ด้วยเช่นกัน ประเทศเหล่านี้เป็นประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่และมีการลงทุนมหาศาลในต่างประเทศ จึงเห็นความสำคัญของการมีกลไกหรือกระบวนการที่เป็นไปตามมาตรฐานสากลในการบังคับใช้ระงับข้อพิพาทต่าง ๆ เพื่อให้กรณีการไกล่เกลี่ยเป็นทางเลือกหนึ่งในการยุติข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือ เสนอแนะหาทางออกในการยุติหรือระงับข้อพิพาทให้คู่กรณี แต่หากประเทศใดประเทศหนึ่งไม่ทำตามข้อตกลงประเทศคู่กรณีก็ไม่สามารถทำอะไรได้ ดังนั้น การบังคับใช้จึงเป็นกระบวนการสำคัญที่ยังขาดหายไปในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งนอกจากการไกล่เกลี่ยแล้ว ประเทศคู่กรณีอาจจะเลือกใช้วิธีอื่นในการหาข้อยุติ เช่น อนุญาโตตุลาการ หรือการนำคดีขึ้นสู่การพิพากษาของศาล เป็นต้น

ประเทศที่ได้ลงนามและให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาดังกล่าว มีหน้าที่ที่จะต้องรับรองว่าข้อตกลงการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศจะได้รับบังคับใช้โดยอนุญาโตตุลาการของประเทศตนเอง ขณะนี้ข้อตกลงการไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นจะผลมาจากการเจรจาระหว่างคู่ขัดแย้งทางการค้าสองชาติขึ้นไปยังไม่สามารถ

บังคับใช้ข้ามพรมแดนได้ อนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศจะต้องยื่นเอกสาร ไม่ว่าจะเป็นการบังคับใช้ ข้อตกลงการระงับข้อพิพาท หรืออนุญาโตให้คู่ขัดแย้งอ้างถึงข้อตกลงเพื่อพิสูจน์ว่าข้อพิพาทได้รับการแก้ไขแล้ว

อนึ่ง กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolutions – ADR) เป็นการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยอาจใช้วิธีการเจรจาและการหารือ (Consultation and Negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และการประนีประนอมยอมความ (Conciliation) เช่น การระบุให้มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการเชิงปฏิบัติการที่เหมาะสมและเป็นธรรมต่อคู่กรณี ทั้งสองฝ่ายมากกว่าการใช้ข้อบทกฎหมาย

### องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)

#### องค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO)

เป็นองค์การระหว่างประเทศ ที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์และกติกา สำหรับใช้ควบคุมการค้าระหว่างประเทศ ที่มีแนวคิดหลักในการสนับสนุนการเปิดเสรีทางการค้า ลดอุปสรรค และสร้างความเป็นธรรมทางการค้าแก่ประเทศสมาชิก รวมทั้งแสวงหามาตรการอื่น ๆ ที่เหมาะสมในการดำเนินนโยบายด้านการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้สมาชิกทุกประเทศได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมมากที่สุด ถือเป็นองค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับ และมีความสำคัญยิ่งต่อระบบการค้าและภาพรวมของระบบเศรษฐกิจโลก เพราะมีบทบาทสำคัญในการสร้างโอกาสทางการค้า การลงทุนและเปรียบเสมือนเวทีกลางสำหรับประเทศสมาชิกในการเปิดเจรจาข้อตกลงทางการค้า และใช้เป็นศูนย์กลางในการสร้างระบบ กฎเกณฑ์ และ กติกาทางการค้า รวมทั้งอาจใช้เป็นสถานที่ในการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ระหว่างประเทศสมาชิก ตลอดจนกำหนดกลไกในการระงับข้อพิพาททางการค้าเพื่อยุติประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น เนื่องจากการค้าระหว่างประเทศถือเป็นปัจจัยสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของนานาประเทศที่ดำเนินการมาอย่างยาวนานภายใต้กติกาที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ร่วมกันในการสร้างเสถียรภาพและความมั่นคงให้แก่ระบบการค้าเสรีระหว่างประเทศ โดยการกำหนดพันธกรณี ที่ทุกประเทศต้องถือปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าประเทศนั้น ๆ จะมีอำนาจทางเศรษฐกิจมากน้อยเพียงใดก็ตาม ต่างต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น

#### การดำเนินการตามกลไกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก

มีการกำหนดขั้นตอนการดำเนินการเพื่อระงับข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจนภายใต้ “บันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Understanding: DSU)” เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการจัดการกับข้อพิพาทให้ยุติอย่างเป็นธรรมและได้รับ การยอมรับจากประเทศสมาชิก

#### กลไกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก

มีการพัฒนาปรับปรุงรูปแบบและวิธีการมาอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย โดยได้มีการจัดตั้งองค์กรเฉพาะขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่สำคัญในแต่ละขั้นตอน โดยมี “องค์กรระงับข้อพิพาท” ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกทั้งหมดขององค์การการค้าโลกทำหน้าที่หลักในการควบคุมการดำเนินงานเพื่อระงับข้อพิพาท มีหน้าที่แต่งตั้ง “คณะผู้พิจารณา” และ “องค์กรอุทธรณ์” เพื่อพิจารณาตัดสินคดี รับรองผลการตัดสิน และตรวจสอบดูแลการปฏิบัติตามคำตัดสิน โดยคณะผู้พิจารณาเปรียบเสมือนศาลชั้นต้นทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาททั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ส่วนองค์กรอุทธรณ์ทำหน้าที่เสมือนศาลสูงในการตรวจสอบและกลั่นกรองผลการตัดสินอีกชั้นหนึ่ง และมีอำนาจพิพากษาขึ้น แก้ไข หรือกลับคำตัดสินของ “คณะผู้พิจารณา”

ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการระงับข้อพิพาท

แม้จะมีกลไกในการระงับข้อพิพาทที่เป็นระบบและได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกในการยึดถือและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนด แต่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแต่ละครั้งนั้นยังคงมีปัญหาและอุปสรรคบางประการที่ทำให้กลไกระงับข้อพิพาทไม่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ที่กำหนด อาทิ

(1) การไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของชาติมหาอำนาจทางเศรษฐกิจ

ในกรณีที่คู่ขัดแย้งในประเด็นพิพาทเป็นชาติมหาอำนาจ ซึ่งมีอิทธิพลเหนือคู่พิพาทและสามารถกำหนดทิศทางเพื่อขึ้นาระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ การกล่าวอ้างผลประโยชน์ภายในของชาติตนเพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศ ทำให้กฎเกณฑ์ที่กำหนดความน่าเชื่อถือและเป็นการบั่นทอนความเชื่อมั่นของประเทศสมาชิกที่มีต่อกลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก

(2) มาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสิน

เมื่อมีการพิจารณาประเด็นพิพาทและองค์คณะได้ตัดสินจนสิ้นสุดกระบวนการแล้ว อาจมีบางประเทศที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจึงใช้วิธีถ่วงระยะเวลาการดำเนินการตามคำตัดสิน คู่ความควรต้องยอมรับคำตัดสินอย่างไม่มีข้อถกเถียง ผลคำตัดสินย่อมผูกพันคู่ความและองค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายในขอบเขตที่กำหนด เมื่อมีคำตัดสินให้คู่ความฝ่ายใดต้องกระทำการหรืองดเว้นการกระทำใด คู่ความฝ่ายนั้นจะต้องยึดถือและปฏิบัติตามคำตัดสินดังกล่าวอย่างเคร่งครัดภายใต้ระยะเวลาที่กำหนด หากไม่ดำเนินการตามแล้วควรมีการกำหนดมาตรการบังคับที่ชัดเจนและสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง

(3) ระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินการ

ในการพิจารณาประเด็นพิพาทแต่ละคดีนั้น แม้จะมีการกำหนดระยะเวลาการดำเนินการไว้ในแต่ละขั้นตอนอย่างชัดเจนทั้งในขั้นตอนการขอปรึกษาหารือ เสร็จจากไกลเกลี่ย การวินิจฉัยของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ แต่ยังคงเกิดความล่าช้าในทางปฏิบัติหลายประการ เช่น ในกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นในชั้นการอุทธรณ์ เมื่อปัจจุบัน WTO ยังไม่สามารถเลือกสมาชิกองค์กรอุทธรณ์ที่จะมีตำแหน่งว่างลงถึง 6 ตำแหน่งจาก 7 ตำแหน่งได้ เนื่องจากสมาชิกบางประเทศต้องการให้มีการปฏิรูป WTO ทั้งระบบก่อน โดยอ้างว่าที่ผ่านมาการทำงานขององค์กรอุทธรณ์ปฏิบัติเกินขอบข่ายหน้าที่ที่กำหนดไว้ การพิจารณาคดีอุทธรณ์เกินกว่า 90 วันหรือในบางคดีมีการวินิจฉัยเกินความจำเป็น ทำให้กลายเป็นออกกฎหมายใหม่ที่กระทบต่อสมาชิก WTO เป็นต้น ดังนั้น หากสมาชิก WTO ไม่สามารถตกลงเลือกสมาชิกองค์กรอุทธรณ์แทนตำแหน่งที่จะว่างลงได้ จะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO หยุดชะงัก ก็ยิ่งจะส่งผลกระทบต่อการระงับกรณีข้อพิพาททางการค้าที่อาจจะเกิดขึ้น

**กระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน**

พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (ASEAN Protocol on the Enhanced Dispute Settlement Mechanism: EDSM)

อาเซียนมีกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจไว้รองรับการเป็นประชาคมแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 คือ ได้จัดทำพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่กำหนดกลไกระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจโดยเฉพาะ ต่อมาได้มีการปรับปรุงพิธีสารฯ ดังกล่าวในปี พ.ศ. 2547 เป็นพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจฉบับใหม่ของอาเซียน (Protocol on ASEAN Enhanced Dispute Settlement Mechanism) เรียกโดยย่อว่า "พิธีสาร EDSM 2004" ลงนามเมื่อ

วันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน นอกจากนี้ กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ได้ระบุชัดเจนให้ทุกสาขาความร่วมมือของอาเซียนมีการจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทหลัก

พิธีสาร EDSM 2004 มีรูปแบบอ้างอิงหลักการจากกลไกระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งเป็นกลไกการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยเฉพาะ คือ มีการจัดตั้ง **คณะผู้พิจารณา (Panel)** และ **องค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body)** รวมทั้ง การกำหนดให้ประเทศสมาชิกทางระงับข้อพิพาทระหว่างกัน ด้วยวิธีอื่นๆ ก่อนที่จะเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์อย่างเป็นทางการ ได้แก่ การใช้คนกลางที่นำเชื่อถือ (Good Offices) การประนีประนอม (Conciliation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) เพราะเมื่อคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์มีข้อตัดสินออกมาแล้ว ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อตัดสินนั้น อาทิ การชดเชยค่าเสียหายหรือการระงับการให้สิทธิพิเศษทางการค้ากับคู่กรณี หรืออาจถูกตอบโต้ในกรณีประเทศสมาชิกที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำตัดสิน **แต่มีข้อแตกต่างระหว่างกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน (EDSM) กับบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (DSU) ที่สำคัญๆ เช่น ระยะเวลาดำเนินการในแต่ละขั้นตอน องค์กรที่กำกับดูแล เป็นต้น**

อาเซียนได้กำหนดให้พิธีสาร EDSM เป็นความตกลงที่กำหนดหลักการและกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจระหว่างสมาชิกอาเซียน มีขอบเขตครอบคลุมถึงความตกลงด้านเศรษฐกิจของอาเซียนและความตกลงที่ปรากฏในบัญชีแนบท้ายพิธีสารฯ ประเทศสมาชิกอาเซียนมีสิทธิฟ้องร้องโดยใช้กระบวนการดังกล่าวได้ หากเห็นว่าสิทธิของตนตามความตกลงฯ ถูกกระทบ เนื่องจากสมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลงฯ ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของพิธีสารฯ เช่น ประเทศสมาชิกเห็นว่าผลประโยชน์ของตนอาจถูกละเมิดหรือทำให้เสียหาย อันเนื่องมาจากการใช้มาตรการกีดกันทางการค้าของประเทศสมาชิกอื่น ซึ่งขัดกับพันธกรณีทางด้านเศรษฐกิจภายใต้ความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (ATIGA) เป็นต้น

การดำเนินงานในแต่ละขั้นตอนการระงับข้อพิพาท EDSM 2004 มีกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยรวมแล้วใช้เวลาไม่เกิน 445 วัน โดยมีหลักการและกระบวนการภายใต้พิธีสาร EDSM 2004 สรุปได้<sup>2</sup> ดังนี้

(1) ประเทศสมาชิกยื่นขอหารือกับประเทศคู่พิพาทเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกผู้ยื่นคำร้อง ต้องระบุถึงมาตรการที่เป็นเหตุของข้อพิพาทและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งฝ่ายที่ถูกขอหารือจะต้องตอบคำขอภายใน 10 วัน และจัดให้มีการหารือภายใน 30 วัน หลังจากได้รับคำขอ หากไม่มีการหารือภายใน 30 วัน หรือมีการหารือแล้วไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ภายใน 60 วัน ขึ้นต่อไปประเทศที่ยื่นขอหารือสามารถขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) เพื่อพิจารณาตัดสินข้อพิพาทได้

(2) คณะผู้พิจารณาต้องพิจารณาคดี และทำรายงานคำตัดสินให้เสร็จภายใน 60 วัน นับจากวันตั้งคณะผู้พิจารณา แต่อาจขยายเวลาได้อีก 10 วันในกรณีพิเศษ และที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสเศรษฐกิจอาเซียน (SEOM) จะต้องรับรองรายงานดังกล่าวภายใน 30 วัน นับจากวันที่คณะผู้พิจารณาส่งรายงานให้ที่ประชุมฯ เว้นแต่ที่ประชุมฯ มีฉันทามติไม่รับรองรายงาน หรือมีการอุทธรณ์คดี

(3) ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คดี ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) จะแต่งตั้งองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ทำหน้าที่พิจารณาคดีที่อุทธรณ์คำตัดสินของคณะผู้พิจารณา ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก 7 คน และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี มีองค์คณะในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ 3 คน และจะต้องใช้เวลาในการพิจารณาและทำรายงานคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ไม่เกิน 60 วัน นับแต่วันที่แจ้งว่าจะมีการอุทธรณ์ถึงวันที่เวียนรายงานให้ประเทศสมาชิกพิจารณา

<sup>2</sup> ข้อมูลจาก กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ

(4) ประเทศสมาชิกที่แพ้คดีจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ทันทีหรือภายใน 60 วัน หรือภายในระยะเวลาที่ยาวกว่านั้นตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน หากไม่สามารถทำได้จะต้องเจรจากับประเทศสมาชิกที่ชนะคดีเพื่อให้การชดเชยที่เหมาะสม หากไม่สามารถตกลงกันได้ ประเทศสมาชิกที่ชนะคดีอาจขอให้ที่ประชุม SEOM อนุญาตให้ระงับการให้ข้อลดหย่อน หรืองดเว้นการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นการตอบโต้ประเทศสมาชิกที่แพ้คดี

(5) หากประเทศสมาชิกที่แพ้คดีเห็นว่าระดับการตอบโต้ไม่เหมาะสม หรือตนได้ปฏิบัติตามคำตัดสินแล้ว ก็มีสิทธิขอให้อนุญาตตุลาการ (คณะผู้พิจารณาในคดีเดิม) พิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ โดยจะต้องทำคำตัดสินเรื่องดังกล่าวภายใน 60 วัน

ที่ผ่านมา แม้อาเซียนยังไม่เคยมีการฟ้องร้องกันภายใต้กลไกระงับข้อพิพาท เนื่องจากอาจยังไม่มั่นใจประสิทธิภาพของการบังคับใช้พิธีสารดังกล่าว เคยมีกรณีพิพาททางการค้าคดีแรกของอาเซียน เป็นกรณีพิพาทที่สิงคโปร์ฟ้องร้องมาเลเซีย เรื่องมาตรการห้ามนำเข้าพลาสติกเรซิน แต่ไม่สามารถดำเนินการเองได้ ทำให้ต้องพึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO) หากอาเซียนมีกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพใช้เอง จะเป็นอีกทางเลือกในการรับมือกับปัญหาทางการค้าระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยไม่ต้องพึ่งกลไกระงับข้อพิพาทภายนอก

ดังนั้น อาเซียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นต้องปรับปรุงกลไกดังกล่าวให้มีความสมบูรณ์ชัดเจนขึ้น และสามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้ภายใต้บริบทของอาเซียน จะช่วยเพิ่มทางเลือกให้สมาชิกอาเซียนมีที่พึ่งในการแก้ปัญหาทางการค้าระหว่างกัน ซึ่งจะส่งเสริมให้เกิดบรรยากาศที่ดีในการค้าและการลงทุนระหว่างอาเซียน เพื่อรองรับการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เนื่องจากเห็นว่าจะจะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะช่วยผลักดันให้ AEC เป็นประชาคมที่ยึดถือกฎเกณฑ์ (rule-based community)

ทั้งนี้ ภายหลังจากอาเซียนเข้าสู่การเป็นประชาคมแล้ว ประเทศสมาชิกอาเซียนน่าจะมีแนวโน้มที่จะมีการใช้กลไกระงับข้อพิพาทในการแก้ปัญหาด้านเศรษฐกิจ ซึ่งแน่นอนว่าการไม่มีข้อพิพาทย่อมเป็นสิ่งที่ดีกว่า แต่ในความเป็นจริงอาเซียนมีพันธกรณีด้านเศรษฐกิจภายใต้ความตกลงต่างๆ เป็นจำนวนมาก และจะมีการรวมตัวที่ลึกซึ้งยิ่งขึ้น ทำให้อาจเกิดการกระทำที่อาจขัดต่อพันธกรณีทางด้านเศรษฐกิจ โดยที่ผ่านมามีอาเซียนมักเลือกที่จะหารือเพื่อแก้ปัญหาด้านเศรษฐกิจ การค้าและการลงทุน ผ่านเวทีการเจรจาในระดับต่างๆ ทั้งอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการ ซึ่งใช้เวลานานเนื่องจากไม่มีกรอบเวลา แต่ในอนาคตหากการหารือสองฝ่ายหรือการนำเรื่องเข้าหารือในเวทีอาเซียนไม่สามารถแก้ปัญหาได้ และมีแรงกดดันจากผู้เสียประโยชน์หรือภาคเอกชนภายในประเทศ ประเทศสมาชิกอาจตัดสินใจนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการภายใต้พิธีสารระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (EDSM) ในที่สุด

#### การปรับปรุงกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน

ในช่วงที่ประเทศไทยดำรงตำแหน่งประธานอาเซียน ในปี พ.ศ. 2562 นอกจาก Priority Economic Deliverables แล้ว ประเทศไทยยังผลักดันการดำเนินการในประเด็นสำคัญภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จนได้ข้อสรุป คือ การลงนามพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียนฉบับปรับปรุง โดยรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนในช่วงการประชุม ASEAN Summit ครั้งที่ 35 โดยพิธีสารฯ เป็นความตกลงที่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยปรับปรุงพิธีสารฉบับเดิมที่ใช้มาตั้งแต่ปี 2547 (พิธีสาร EDSM 2004) ให้ทันสมัย เหมาะสมกับสถานการณ์และมีความชัดเจนมากขึ้นและสอดคล้องกับหลักการขององค์การการค้าโลก ประเทศสมาชิกอาเซียนรวมทั้งไทยจะสามารถใช้กลไกระงับข้อพิพาทใหม่ของอาเซียนในการแก้ไขปัญหากรณีพิพาทต่างๆ และกดดันสมาชิกให้ปฏิบัติตามพันธกรณี

พิธีสาร EDSM ฉบับใหม่นี้ ได้รับการปรับปรุงในหลายส่วนเพื่อให้ทันสมัย เหมาะสมกับสถานการณ์ และมีความชัดเจนมากขึ้น ตลอดจนสอดคล้องกับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) รวมทั้งสามารถใช้กลไกระงับข้อพิพาทใหม่ของอาเซียนในการแก้ไขปัญหากรณีพิพาททางการค้า และส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกอาเซียนปฏิบัติตามพันธกรณี โดยมีการเพิ่มเติมหลักการสำคัญในหลายประเด็น โดยเฉพาะหลักการ “กระบวนการพิเศษที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกที่เป็นประเทศพัฒนาน้อยที่สุด”<sup>3</sup> (ลาว เมียนมา และกัมพูชา) นอกจากนี้ ยังมีเพิ่มเติมบัญชีรายชื่อความตกลงด้านเศรษฐกิจต่าง ๆ ของอาเซียน เพื่อให้มีความทันสมัยมากขึ้น (อยู่ภายใต้การดูแลของที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสเศรษฐกิจอาเซียน (SEOM)) ทั้งนี้ โครงสร้างของพิธีสาร EDSM ยังยึดตามเดิมทุกประการ แต่เพิ่มรายละเอียดลงไป เช่น การรักษาความลับ การเปิดโอกาสให้ฝ่ายที่สามเข้ามามีส่วนร่วม การคงหลักการหารือเจรจาระหว่างกัน การปฏิบัติตามคำตัดสิน การชดเชยและการตอบโต้ทางการค้าในกรณีที่ผู้แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำตัดสิน โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) การทบทวนขอบเขตและเงื่อนไขในการฟ้องร้องให้ชัดเจนมากขึ้น<sup>4</sup> จำกัดขอบเขตของการขอปรึกษาหารือไม่ให้รวมถึงกรณีที่ไม่ได้ทำผิดพันธกรณี (Non-Violation Complaints: NVC) และกรณีมีสถานการณ์ใด ๆ เกิดขึ้น (Situation complaints: SCs) กำหนดเงื่อนไขของการปรึกษาหารือที่ชัดเจนขึ้น โดยจะต้องเป็นความลับและจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของประเทศสมาชิกในกระบวนการพิจารณาต่อไป และกำหนดขั้นตอนที่ชัดเจนให้ประเทศสมาชิกอื่นที่แสดงว่าตนมีผลประโยชน์ที่ชัดเจนขอเข้าร่วมการปรึกษาหารือได้

(2) ความยืดหยุ่นในกระบวนการพิจารณา เมื่อพิจารณาจากประสบการณ์ของ WTO แล้วนั้น จึงมีการเพิ่มเติมเรื่องความยืดหยุ่นในเรื่องระยะเวลาที่คณะผู้พิจารณาจากเดิม 60 วัน เป็น 6 เดือน เพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นจริงมากที่สุด<sup>5</sup> นอกจากนี้ เพิ่มเติมเรื่องเกี่ยวกับเงื่อนไข Rules of Conduct ในส่วนของผู้ที่เข้ามาอยู่ในกระบวนการ เพิ่มรายละเอียดการปฏิบัติตามข้อตกลง การเปิดโอกาสให้คณะผู้พิจารณาหารือกับคู่พิพาทให้สามารถยุติได้รวดเร็ว<sup>6</sup> เพิ่มขึ้นตอนเรื่องการทบทวนแจ้งความเห็นต่อร่างรายงาน และก่อนมีการรับรองรายงาน กำหนดให้มีการพิจารณารายงาน 20 วัน และรับรองภายใน 60 วัน<sup>7</sup> ระหว่างช่วงพิจารณาต่าง ๆ ก็สามารถให้มีการหารือให้ยุติได้ทุกเมื่อ เพื่อให้สอดคล้องกับกลไกระงับข้อพิพาท DSU ของ WTO

(3) การเข้ามามีส่วนร่วมของประเทศสมาชิกฝ่ายที่สาม (Third Parties)<sup>8</sup> การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ คือ การมีส่วนร่วมของประเทศสมาชิกฝ่ายที่สาม (Third Parties) กล่าวคือ ผู้ที่อยากเข้ามามีส่วนร่วมสามารถร้องเข้ามาในชั้นคณะผู้พิจารณา (Panel) ได้แต่ต้องมีผลประโยชน์ที่สำคัญ (substantial interest) เกี่ยวกับข้อพิพาท ทั้งนี้ Panel มีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะให้ฝ่ายที่สามเข้ามามีส่วนร่วมหรือไม่ และจะให้สิทธิอย่างไรบ้าง แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้เป็นที่ถกเถียงพอสมควรว่าเป็นการให้อำนาจแก่ Panel มากเกินไปหรือไม่ สำหรับเหตุผลในการที่ใส่เรื่องการเข้ามามีส่วนร่วมของฝ่ายที่สามเข้าไปในนั้นเป็นไปเพื่อประเทศที่ไม่สามารถหรือไม่มีความพร้อมในการฟ้องร้องคดี ช่วยให้ประเทศเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิเข้าไปสังเกต

<sup>3</sup> Article 23 Special Procedures involving Least-Developed ASEAN Member States

<sup>4</sup> Article 3 Consultation

<sup>5</sup> Article 10 Panel Procedures, Deliberations and Finding

<sup>6</sup> Article 9 Function of Panel

<sup>7</sup> Article 11 Treatment of Panel Report

<sup>8</sup> Article 13 Third Parties

เป็นฝ่ายที่สามได้ ซึ่งเมื่อเทียบสถิติของประเทศไทยใน WTO นั้น ไทยใช้สิทธิฝ่ายที่สามจำนวนมาก โดยคิดเป็นประเทศไทยฟ้องคดีจำนวนทั้งสิ้น 13 คดี และถูกฟ้องจำนวนทั้งสิ้น 4 คดี แต่ใช้สิทธิเป็นฝ่ายที่สามถึง 93 คดี

(4) **ระยะเวลาการพิจารณาและการอนุญาตตุลาการ** ขั้นตอนในการอุทธรณ์ยังคงเดิม และใช้การรับรองเป็นแบบอัติโนมัติ (negative consensus) กล่าวคือ ถือว่ารับรองยกเว้นมีการแจ้งว่าไม่รับรอง การปฏิบัติตามคำตัดสินยังคงเป็นไปตามเดิม<sup>9</sup> หากไม่ปฏิบัติตามก็ให้มีมาตรการชั่วคราว (ชดใช้ค่าเสียหาย หรือการตอบโต้) แต่มีการเพิ่มเติมเรื่องการอนุญาตตุลาการ<sup>10</sup> กำหนดให้สามารถใช้การอนุญาตตุลาการในฐานะกลไกระงับข้อพิพาททางเลือกได้ ซึ่งปกติต้องปฏิบัติภายใน 60 วัน แต่หากมีเหตุต้องมีการขยายระยะเวลา แล้วไม่สามารถตกลงกันได้ จึงเปิดช่องให้รัฐผู้พิพาทสามารถร้องขออนุญาตตุลาการได้ทั้งนี้มีการเปลี่ยนแปลงเรื่องของระยะเวลา ซึ่งแต่เดิมนั้น ระยะเวลาทั้งหมดตั้งแต่เจรจาจนแล้วเสร็จอยู่ที่ 445 วัน (ประมาณ 15 เดือน) แต่ฉบับแก้ไข มีการเขียนเฉพาะระยะเวลาที่ทราบแน่ชัด คือ 9 เดือนในชั้นของ Panel และถ้ามีการอุทธรณ์อยู่ที่ 12 เดือน<sup>11</sup> และเปิดช่องให้สามารถขยายระยะเวลาได้ เพราะตามสถิติที่ WTO เองก็ใช้เวลานานเกินกว่าที่กำหนด จึงเป็นความพยายามอุดช่องโหว่ในส่วนของ EDSM

(5) **การปรับปรุงภาคผนวกในพิธีสาร** มีการปรับภาคผนวกที่จะครอบคลุมพิธีสารฉบับนี้จำนวน 105 ความตกลง โดยเป็นความตกลงเดิมที่มีอยู่แล้วในภาคผนวก 1 ตั้งแต่ปี.ศ. 2004 และเพิ่มเติมความตกลงภายหลังปี.ศ. 2004 และที่ก่อนปี.ศ. 2004 ที่ยังไม่ได้เพิ่ม ซึ่งหลักการในการเพิ่มนั้นให้ทางสำนักเลขาธิการช่วยพิจารณา แต่ไม่ใช่ความตกลงที่ไม่กล่าวถึงพิธีสาร EDSM และ/หรือ ที่ยังไม่มีผลใช้บังคับ เช่น ความตกลงการค้าบริการ

(6) **การมีกลไกในการให้ความช่วยเหลือในด้านกฎหมายต่อประเทศสมาชิก**<sup>12</sup> กำหนดให้สำนักเลขาธิการให้ความช่วยเหลือกับประเทศสมาชิกอาเซียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทเมื่อมีการร้องขอ และอาจให้คำแนะนำทางกฎหมายและความช่วยเหลืออื่นเพิ่มเติมตามสมควรและเหมาะสม

พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียนฉบับใหม่นี้ จะมีผลบังคับใช้ในวันที่ประเทศสมาชิกทั้งหมดได้แจ้งสำนักเลขาธิการอาเซียนว่าได้เสร็จสิ้นกระบวนการภายในที่จำเป็นต่อการบังคับใช้พิธีสารฯ ฉบับนี้

ให้ใช้พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียนฉบับใหม่นี้แทนพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ฉบับ ค.ศ. 2004 และใช้พิธีสารฯ ฉบับนี้กับคำขอหารือที่ยื่นในวันที่พิธีสารฯ ฉบับนี้เริ่มมีผลใช้บังคับเป็นต้นไป กรณีที่ยื่นคำขอหารือก่อนวันที่พิธีสารฯ ฉบับนี้เริ่มมีผลใช้บังคับ ให้ใช้พิธีสารฯ ฉบับ ค.ศ. 2004

ปัจจุบันยังไม่มีประเทศสมาชิกให้สัตยาบรรณ<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Article 17 Surveillance of Implementation of Findings and Recommendations

<sup>10</sup> Article 19 Arbitration

<sup>11</sup> Article 21 Maximum Time- Frame

<sup>12</sup> Article 22 – Responsibilities of the Secretariat

<sup>13</sup> สถานะ ณ วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2563



## บทวิเคราะห์

กลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพถือเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐบาลในการปกป้องและรักษาผลประโยชน์ของประเทศ เพราะช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่ภาคเอกชนที่จะทำการค้าการลงทุนระหว่างกันผ่านการมีกลไกสำหรับรองรับหรือช่วยแก้ไขปัญหาทางการค้าระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะการออกกฎระเบียบหรือการใช้มาตรการทางการค้าที่ไม่สอดคล้องกับข้อผูกพันหรือพันธกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ โดยพิธีสาร EDSM ฉบับใหม่นี้ ได้เสริมสร้างกลไกระงับข้อพิพาททางการค้าของอาเซียนให้มีประสิทธิภาพ โดยปรับปรุงให้มีความชัดเจน ปฏิบัติได้จริง มีความโปร่งใส และมีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งส่งผลให้ไทยในฐานะหนึ่งในประเทศสมาชิกอาเซียนได้รับประโยชน์จากระบบการค้าและการลงทุนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์ (Rules-based System) ที่มีความชัดเจน (Certainty) และคาดการณ์ได้ (Predictability) โดยส่งเสริมบรรยากาศและการขยายการค้าการลงทุนในภูมิภาคอาเซียนมากขึ้น<sup>14</sup> แต่ทั้งนี้ก็มีข้อสังเกตต่อปัญหาบางประการต่อพิธีสาร EDSM กล่าวคือ

### 1. คณะผู้พิจารณาในการวินิจฉัยข้อพิพาท

พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) มีแนวคิดว่าหากประเทศสมาชิกมีข้อพิพาทเกี่ยวกับเศรษฐกิจให้ใช้กระบวนการหารือ และหากไม่สำเร็จให้ตั้งคณะผู้พิจารณาขึ้นมาโดยส่งเรื่องไปยังที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) หากไม่พอใจก็สามารถอุทธรณ์ได้ไปยังที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) มีข้อสังเกตว่ากลไกระงับข้อพิพาทนี้ยังไม่มีภารกิจที่ชัดเจน แต่ให้ SEOM หรือ AEM เป็นผู้ตัดสินซึ่งถือเป็นฝ่ายการเมือง

พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ปี พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) มีการพัฒนาโดยปรับใช้กลไกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ได้แก่ บันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (Disputes Settlement Understanding หรือ DSU) เพื่อไม่ให้ฝ่ายการเมืองเข้ามาตัดสินคดี และพัฒนาออกมาเป็นพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจฉบับใหม่ปี ค.ศ. 2004 (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism หรือ EDSM 2004) โดยมีการนำกลไกต่าง ๆ เช่น การตั้งคณะพิจารณา การอุทธรณ์ การตอบโต้ทางการค้าต่าง ๆ ซึ่งเป็นการใช้หลักการเดียวกันกับ WTO ทั้งข้อดีและข้อจำกัด

กรณีที่ข้อพิพาทไม่อาจตกลงกันได้เองระหว่างคู่กรณีด้วยวิธีการเจรจาหรือปรึกษาหารือ ถ้าคู่พิพาทต้องการระงับข้อพิพาทภายใต้กลไกของพิธีสาร EDSM ข้อพิพาทนั้นจะเข้าสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณาหรือ panel เช่นเดียวกับกลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก โดยองค์คณะผู้พิจารณา หรือ panel ขององค์การการค้าโลกมีจำนวน 3-5 คน เป็นคนที่เป็นกลางซึ่งคัดเลือกโดยผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก แต่องค์คณะผู้พิจารณาภายใต้พิธีสาร EDSM นี้ มีจำนวน 3-5 คน ซึ่งคัดเลือกโดยที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจ (Senior Economic Official Meeting: SEOM) ซึ่งบุคคลที่เป็นองค์คณะพิจารณานี้ไม่ได้มีบัญชีไว้ เพียงแต่กำหนดว่าจะจะเป็นบุคคลที่มีประสบการณ์และทรงคุณวุฒิ โดยจะสังกัดในองค์กรของรัฐบาลหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องไม่เป็นพลเมืองของประเทศสมาชิกของคู่พิพาทหรือเป็นประเทศที่สาม<sup>15</sup> ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจ ประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐสมาชิก ดังนั้น อาจส่งผลให้เกิดการแทรกแซงในกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ องค์คณะอาจเป็นผู้แทนจากประเทศสมาชิกอาเซียนก็ได้ ซึ่งถ้ามีประเทศสมาชิกใดต้องการให้

<sup>14</sup> ข้อมูลจาก กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ

<sup>15</sup> Article 8 Composition of Panels, para. 1, 3

ความเอื้อเพื่อในการเป็นองค์คณะจะทำให้เป็นการระงับข้อพิพาทในรูปแบบทางการเมือง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อถือและความไว้วางใจว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทจะดำเนินอย่างโปร่งใสหรือไม่ อันนำมาซึ่งความไม่มั่นใจในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกของพิธีสารนี้ เช่นเดียวกับองค์กรอุทธรณ์ ซึ่งในพิธีสารนี้ระบุว่าบุคคลที่เป็นคณะในองค์กรอุทธรณ์ (appellate body) มาจากการแต่งตั้งของที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Minister: AEM) ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากประเทศสมาชิกทั้ง 10 ประเทศ

## 2. การตีความข้อตกลง

วัตถุประสงค์สำคัญของพิธีสาร EDSM ฉบับใหม่ปี พ.ศ. 2562 (ค.ศ. 2019) นี้ ได้รับการปรับปรุงในหลายส่วนเพื่อให้ทันสมัย เหมาะสมกับสถานการณ์และมีความชัดเจนมากขึ้น ตลอดจนสอดคล้องกับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ซึ่งข้อจำกัดของกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO ข้อแรกสุด คือ บทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 3 ของ DSU ซึ่ง WTO มองว่าเป็นการทำให้เกิดความมั่นใจและมั่นคงในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น เพื่อธำรงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของสมาชิกของ WTO ตามที่กำหนดไว้ในความตกลงที่กำกับอยู่ (under the covered agreements) ต้องเป็นเรื่องที่เป็นไปตามกฎหมายสร้างกฎหมายใหม่ไม่ได้ ดังนั้น หากกฎหมายที่กำหนดไว้ไม่ชัดเจนนั้นจะต้องตีความในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาและใช้หลักการตีความสนธิสัญญาโดยใช้หลักจารีตประเพณีของการตีความสนธิสัญญา (customary rules of interpretation) ซึ่งเป็นไปตามข้อ 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties) ซึ่งพิธีสาร EDSM ฉบับปรับปรุงนี้ ไม่ปรากฏหลักในเรื่องการตีความโดยใช้หลักดังกล่าวข้างต้น

## 3. ปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดหรือคำตัดสิน

สิ่งหนึ่งที่ควรตระหนัก คือ การรวมกลุ่มทางการค้าในระดับภูมิภาคก่อตั้งขึ้นเพื่อพัฒนาการค้าและธุรกิจระหว่างประเทศ และปัจจัยหนึ่งในการก่อตั้งคือเหตุผลทางการเมืองและยุทธศาสตร์ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทจึงพยายามหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าในการระงับข้อพิพาทรูปแบบตุลาการหรือการที่ต้องมีองค์คณะพิจารณา แต่เลือกที่จะใช้วิธีการเจรจาปรึกษาหารือกันซึ่งไม่เป็นทางการ ดังที่ปรากฏอยู่ในวิถีสายอาเซียน (ASEAN way) แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการพิจารณาข้อพิพาทอย่างเป็นทางการและมีคำชี้ขาด ย่อมประสบกับปัญหาการบังคับให้ฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดหรือคำตัดสิน แตกต่างกับองค์การการค้าโลกที่เป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจบังคับเหนือรัฐประกอบกับมีจำนวนสมาชิกมาก ซึ่งมีผลต่อพลังในการสร้างแรงกดดันแก่ประเทศที่ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด องค์การการค้าโลกจึงมีระบบในการบังคับที่มีประสิทธิภาพมากกว่าเนื่องจากมีกฎเกณฑ์ที่เข้มแข็งมากกว่าอำนาจต่อรองของประเทศที่มีอำนาจ ด้วยเหตุนี้คู่พิพาทมักจะนำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกขององค์การการค้าโลกมากกว่าการใช้กลไกของภูมิภาค เพราะสร้างความมั่นใจมากกว่าในการปฏิบัติตามคำตัดสินของฝ่ายแพ้คดี ถึงแม้พิธีสารฉบับนี้จะกำหนดให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจมีหน้าที่ตรวจสอบว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีได้มีการปฏิบัติตามคำชี้ขาดขององค์คณะผู้พิจารณา หรือคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์หรือไม่ ซึ่งถ้าไม่ปฏิบัติตามภายใน 60 วันนับแต่วันที่ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจได้รับรายงานขององค์คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ หรือไม่มีการปฏิบัติตามภายในเวลาที่ตกลงกันไว้ ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจจะอนุญาตให้ใช้มาตรการชั่วคราว การชดเชยหรือระงับการให้สิทธิ (compensation and suspension of concession) แต่ตามพิธีสารนี้ การชดเชยความเสียหายนี้ต้องมีการตกลงกัน กล่าวคือ เป็นภาคสมัครใจไม่ใช่การบังคับ<sup>16</sup> ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจจึงมีเพียงอำนาจในการอนุญาตการระงับสิทธิประโยชน์เท่านั้น และถ้ามีการโต้แย้งการระงับสิทธิ ให้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่ง

<sup>16</sup> Article 18 Compensation and the Suspension of Concessions, para. 1

อนุญาโตตุลาการที่ระบุไว้อาจเป็นบุคคลในองค์คณะผู้พิจารณาก็ได้<sup>17</sup> ซึ่งเหมือนกระบวนการจะไปวนกลับไปสู่จุดเริ่มต้นและไม่น่าจะเป็นวิธีแก้ไขปัญหาที่ดี นอกจากนี้คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการใช้เสียงข้างมาก จะถือว่าขัดกับหลักการของอาเซียนที่ต้องใช้ฉันทามติ ดังนั้นจะขัดกับเจตนารมณ์ของกฎบัตรอาเซียนหรือไม่ อันอาจเกิดปัญหาการตีความพิธีสารนี้ในภายหลังได้ และท้ายสุดถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำตัดสินอยู่อีกจะถือว่าเป็นข้อพิพาทที่ระงับไม่ได้จึงจะส่งเรื่องไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อพิจารณาชี้ขาด<sup>18</sup> ซึ่งจะกลายเป็นการระงับข้อพิพาทในรูปแบบทางการเมือง และมีปัญหาในการบังคับตามมติของที่ประชุมสุดยอดอาเซียนซึ่งไม่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม

#### 4. การกำหนดนิยามของ “ความตกลงด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในอนาคต”

เมื่อพิจารณาพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ปี พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) และพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับใหม่ปี พ.ศ. 2562 (ค.ศ. 2019) ทั้ง 3 ฉบับ ซึ่งมีข้อกำหนดให้ใช้บังคับกับความตกลงในภาคผนวกและความตกลงด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในอนาคต (future ASEAN economic agreements) แต่ทั้งนี้ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ความตกลงด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในอนาคต” จึงเป็นปัญหาว่าอะไรคือความตกลงด้านเศรษฐกิจของอาเซียนในอนาคต และความตกลงลักษณะใดบ้างที่ถือเป็นความตกลงของอาเซียน เพราะในปัจจุบันมีความตกลงที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจจำนวนมากแต่ก็ไม่ใช่ทั้งฉบับ จึงยังขาดความชัดเจนว่า ความตกลงเหล่านั้นอยู่ภายใต้นิยามความตกลงทางเศรษฐกิจหรือไม่ อีกทั้งความตกลงของอาเซียนควรเป็นความตกลงที่ทำโดยสมาชิกอาเซียน ในฐานะที่เป็นสมาชิกอาเซียน เป็นลายลักษณ์อักษรและสร้างสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 5. ปัญหาการให้สิทธิในการเลือกเวทีการระงับข้อพิพาท

พิธีสารฉบับนี้บัญญัติว่า คู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทไประงับโดยวิธีการอื่นนอกเหนือจากพิธีสารฉบับนี้ก็ได้ก่อนที่จะมีการตั้งองค์คณะผู้พิจารณา<sup>19</sup> จึงเป็นอิสระของคู่พิพาทที่จะนำข้อพิพาทไประงับยังองค์การการค้าโลก ซึ่งทำให้การบังคับใช้พิธีสารนี้ขาดความเฉียบขาด เนื่องจากไม่ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคู่พิพาทที่ต้องระงับข้อพิพาทภายใต้กลไกที่พิธีสารกำหนดเท่านั้น นักวิชาการบางท่านเสนอว่าประเด็นการให้สิทธิในการเลือกเวทีระงับข้อพิพาทนี้ถือเป็นข้อบกพร่องของพิธีสารนี้ ดังนั้น พิธีสารฉบับนี้ควรบัญญัติให้รัดกุมโดยตัดสิทธิประเทศสมาชิกที่จะใช้เวทีระงับข้อพิพาทอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎบัตรอาเซียนและพิธีสารนี้

แม้ว่ากฎบัตรอาเซียนจะกำหนดให้มีการออกกฎหมายเพื่อเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทให้ครบทุกด้าน ซึ่งทำให้เห็นว่าอาเซียนเป็นองค์กรในลักษณะของประชาคมที่ใช้กฎหมายเป็นพื้นฐาน หรือ Rule based community ก็ตาม แต่ยังมีปัญหาว่าเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกเกิดขึ้น กลับดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยกลไกขององค์กรอื่นแทนการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทตามที่อาเซียนกำหนดไว้ ต่างจากสหภาพยุโรปที่มีการจัดตั้งองค์กรในลักษณะที่เรียกว่าใช้กฎหมายเป็นพื้นฐานเหมือนกัน แต่สำหรับสหภาพยุโรปมีการใช้กฎหมายค่อนข้างเข้มงวด ถ้าประเทศใดละเมิดอนุสัญญาพันธกรณีหรือความตกลงร่วมกัน ประเทศสมาชิกสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลสหภาพยุโรป ซึ่งศาลจะตีความจากอนุสัญญาเป็นหลักว่าการกระทำของประเทศนั้นสอดคล้องกับลายลักษณ์อักษรหรือเจตนารมณ์ของอนุสัญญาในการ

<sup>17</sup> Article 18 Compensation and the Suspension of Concessions, para. 7

<sup>18</sup> ASEAN Charter 2007, art. 26

<sup>19</sup> Article 1 Coverage and Application, para. 1

รวมตัวของสหภาพยุโรปหรือไม่ อันถือเป็นประชาคมที่ใช้กฎหมายเป็นพื้นฐานอย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้เพราะเมื่อลักษณะของอาเซียนและสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกัน จึงทำให้เห็นว่าประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ มีความเข้มงวดน้อยกว่า เนื่องจากอาเซียนเป็นองค์กรระหว่างประเทศธรรมดาไม่ใช่องค์กรเหนือรัฐอย่างสหภาพยุโรป ที่เป็นสถาบันอันมีอำนาจตามกฎหมายอิสระจากองค์กรบริหารภายในของประเทศสมาชิกต่าง ๆ ซึ่งบางครั้งอาจกล่าวได้ว่ากฎบัตรอาเซียนเป็นเพียงคำประกาศที่ปราศจากความผูกพันทางกฎหมายหรืออำนาจในการบังคับ ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นว่าแม้จะมีกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจการค้าและการลงทุนระหว่างรัฐต่อรัฐมาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1996 คือ Protocol on Dispute Settlement Mechanism และปรับปรุงใหม่เป็น ASEAN protocol on enhanced dispute settlement mechanism เมื่อ ค.ศ. 2004 จนถึงปัจจุบันยังไม่มีประเทศสมาชิกใดได้นำข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการค้าเข้าสู่กระบวนการภายใต้พิธีสารดังกล่าวเลย หากแต่ข้อพิพาทหลายเรื่องที่เกิดขึ้นได้เสนอต่อองค์การการค้าโลก ( WTO) ทั้งนี้เพราะพิธีสาร EDSM ไม่ชัดเจนว่าถ้าคู่พิพาทจะเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทในเวทีอื่น ๆ เช่น ข้อพิพาทเรื่องฟิลิปปินส์ยื่นฟ้องไทย ในปี ค.ศ. 2008 เรื่องสินค้าบุหรี่ยานเข้าจากฟิลิปปินส์ ซึ่งไทยปฏิบัติการในเรื่องภาษีที่แตกต่างระหว่างบุหรี่ยานเข้าในประเทศกับบุหรี่ยานเข้าจากต่างประเทศ อันเป็นการกีดกันทางการค้า (คดี WT/DS 371, 2008) และล่าสุดในปี ค.ศ. 2015 ที่เวียดนามฟ้องอินโดนีเซีย ในเรื่องอินโดนีเซียใช้มาตรการป้องกันการนำเข้าเหล็กและเหล็กแผ่นม้วน (คดี WT/DS 496, 2015)

#### 6. ปัญหาเรื่องการพิสูจน์การละเมิดข้อตกลง

ในบทบัญญัติทั่วไปมาตรา 3 วรรค 8 ของกลไกการระงับข้อพิพาท DSU นั้น กำหนดว่าหากมีการละเมิดบทบัญญัติใด ๆ และเกิดความเสียหายขึ้น ผู้ที่ต้องนำสืบคือ ผู้ที่สร้างความเสียหายโดยจะต้องพิสูจน์ว่าไม่เกิดความเสียหาย ส่วนผู้ที่เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ แต่ในพิธีสาร EDSM นั้น ยังไม่มีการบัญญัติไว้แต่อย่างใด

#### 7. กฎเกณฑ์ additional special rules

ในส่วนของกลไกการระงับข้อพิพาท DSU มีการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทใช้กรอบคลุมกฎเกณฑ์เฉพาะในฐานะที่เป็น additional special rules ด้วย แต่ในพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ปี พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) และพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับใหม่ปี พ.ศ. 2562 (ค.ศ. 2019) ทั้ง 3 ฉบับ ไม่มีกำหนดไว้

8. พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ปี พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) และพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจของอาเซียน ฉบับใหม่ปี พ.ศ. 2562 (ค.ศ. 2019) ทั้ง 3 ฉบับ ยังไม่มีบัญญัติอีกหลายเรื่อง อาทิ เรื่อง authoritative interpretation ซึ่งต่างจากกลไกการระงับข้อพิพาท DSU ที่มีการกำหนดไว้

### ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงระบบระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจระดับพหุภาคขององค์การระหว่างประเทศและระบบระงับข้อพิพาทภายในภูมิภาคของอาเซียนพบว่า แต่ละภูมิภาคนั้นมีลักษณะที่เฉพาะตัว บางครั้งการลอกเลียนแบบระบบระงับข้อพิพาทขององค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคอื่นที่ประสบความสำเร็จมาใช้กับอาเซียนกลับไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร เนื่องจากว่าองค์กรระหว่างประเทศแต่ละองค์กรมีองค์ประกอบ (Element) และปัจจัยแวดล้อมที่แตกต่างกันออกไป การนำระบบการระงับข้อพิพาทของ

องค์การระหว่างประเทศอื่นมาปรับใช้กับกฎหมายระหว่างประเทศก็ดี จะต้องดูตามความเหมาะสมและสภาพความพร้อมของอาเซียนเองด้วยว่าเรามีความพร้อมในระดับไหน แต่การศึกษาประสบการณ์ขององค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคอื่นยังคงเป็นประโยชน์ให้กับอาเซียนอย่างยิ่งในแง่ของการเป็นบทเรียนเพื่อพัฒนาอาเซียนต่อไป

สำหรับการพัฒนาระบบระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจของอาเซียน นั้น มีข้อเสนอดังนี้

**ประการแรก** อาเซียนต้องคำนึงเสมอว่าประสบการณ์ที่ผ่านมาของอาเซียนในการระงับข้อพิพาทภายในภูมิภาคคือ ขั้นตอนการเจรจา ซึ่งในเบื้องต้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับวิถีอาเซียน (ASEAN Way) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิก (Noninterference in other affair) การใช้หลักฉันทมติ (Consensus) ในการตกลงแก้ปัญหา โดยรัฐสมาชิคนิยมการเจรจา และทำความเข้าใจทวิภาคีเพื่อยืดหยุ่นข้อพิพาท ดังนั้น อาเซียนควรยึดมั่นในวิธีการเจรจา แต่เน้นให้ภาคีสมาชิกดำเนินความตกลงที่ทำขึ้นนั้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งจะต้องสอดคล้องกับกฎบัตรอาเซียนด้วย มิใช่เน้นวิธีการทูตแต่เพียงอย่างเดียวเหมือนแต่ก่อน

**ประการที่สอง** จุดอ่อนอย่างหนึ่งของกลไกระงับข้อพิพาทในภูมิภาคอาเซียน คือ การขาดกลไกการบังคับตามคำตัดสินของกลไกระงับข้อพิพาท ยกตัวอย่างเช่นระบบของสหภาพยุโรปที่มีศาลภายในของรัฐทำหน้าที่บังคับตามคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป หรือกลไกบังคับในเรื่องของการชดเชยค่าเสียหายในกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำตัดสิน หรือระงับการให้สิทธิประโยชน์โดยนำหลักการของ WTO มาใช้ในเรื่องของการระงับการให้สิทธิประโยชน์ในความตกลงอื่นๆได้ อันทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเกรงว่าจะถูกระงับการให้สิทธิประโยชน์ จึงยอมปฏิบัติตามคำตัดสินมากขึ้น ทั้งนี้หากว่ากลไกระงับข้อพิพาทขาดกลไกการบังคับตามคำตัดสินก็ป่วยการที่รัฐสมาชิกจะนำคดีเข้าสู่กลไก และเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้กลไกขาดความน่าเชื่อถือด้วย

**ประการที่สาม** อาเซียนควรจัดตั้งองค์คณะถาวรเพื่อดูแลเรื่องกฎหมายและกลไกระงับข้อพิพาทขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อให้คำแนะนำกับรัฐสมาชิก ประสานงานกับหน่วยงานอื่นของอาเซียน เช่น สำนักเลขาธิการ หรือ สมาคมนักกฎหมายอาเซียน (ASEAN Law Association) หรือ คณะมนตรีเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA Council) เป็นต้น ที่ซึ่งมีส่วนช่วยในการพัฒนากฎหมายและกลไกระงับข้อพิพาท โดยองค์กรดังกล่าวไม่ใช่เวทีการประชุมของรัฐมนตรีทางด้านเศรษฐกิจของอาเซียนแต่อย่างใด หากแต่ต้องเป็นองค์คณะถาวร ในกรณีนี้เป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่รัฐสมาชิกในแง่ของการสร้างสถาบันที่จะมีบทบาทเข้ามาดูแลในเรื่องของการระงับข้อพิพาท และสร้างความสมบูรณ์ให้แก่ระบบระงับข้อพิพาท

**ประการที่ห้า** จากประสบการณ์ของอาเซียนในการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจในภูมิภาคอาเซียน พบว่ามีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคอื่น คือ การมีความตกลง (Agreement) หรือพิธีสารเสริม (Protocol) เพื่อขยายเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ หรือขยายข้อความในการเอื้อสิทธิประโยชน์ ตลอดจนถึงการผ่อนผันในเรื่องของสินค้าในบัญชีข้อยกเว้น (Exception List) ระหว่างกัน เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อเอื้อประโยชน์ต่อกันให้ได้มากที่สุด ซึ่งเป็นทั้งแง่บวก คือ สามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแบบไม่มีผู้แพ้หรือผู้ชนะ (Win Win) และได้รับประโยชน์ร่วมกันทั้งสองฝ่าย แต่แง่ลบ คือการที่ทำข้อตกลงยืดหยุ่นกันมาก อาจกระทบถึงความก้าวหน้าของระบบเศรษฐกิจโดยรวมของอาเซียน ทั้งนี้ ควรคำนึงถึงภาพรวมของระบบเศรษฐกิจทั้งระบบ รวมทั้งคำนึงถึงประเทศสมาชิกอื่นที่อาจถูกกระทบจากความตกลงดังกล่าวด้วย