

บทที่ 4

กลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

1. กลไกการระงับข้อพิพาทก่อนการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

อาเซียน หรือสมาคมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เป็นการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของภูมิภาคที่อาจจะกล่าวได้ว่าเกิดขึ้นเนื่องมาจากเหตุผลทางด้านความมั่นคง ในระยะแรกการดำเนินงานของอาเซียนจึงเป็นการจัดทำกรอบงานอย่างกว้างๆ และยืดหยุ่นได้ เพื่อให้สอดคล้องกับความคิดเห็นอันหลากหลายของสมาชิก และเพื่อให้เป็นรากฐานอันมั่นคงสำหรับจุดมุ่งหมายร่วมกันต่อไป การรวมตัวกันของอาเซียนจึงไม่ค่อยเป็นรูปธรรมมากนัก ซึ่งการดำเนินงานของอาเซียนเริ่มชัดเจนขึ้นเมื่อมีการประชุมสุดยอดครั้งแรก พร้อมกับการลงนามในปฏิญญาสมานฉันท์ของอาเซียนและสนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ แต่อย่างไรก็ตามโครงการความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียนก็ยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร เนื่องจากหลายปัจจัยด้วยกัน เช่น การรวมตัวกันเกิดจากภัยคุกคามความมั่นคงจากภายนอก มิใช่แนวความคิดความเป็นภูมิภาคเดียวกัน สมาชิกอาเซียนไม่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศอยู่ระหว่างการพัฒนาอุตสาหกรรมภายใน จึงมองประเทศสมาชิกอื่นเป็นคู่แข่ง เป็นต้น

เมื่ออาเซียนได้จัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน หรือ อาฟต้า ประเทศสมาชิกอาเซียนมักจะมีข้อขัดแย้งในการปฏิบัติตามพันธกรณี ทำให้อาเซียนสูญเสียความน่าเชื่อถือจากนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งการยุติข้อพิพาทมักจะเป็นไปในลักษณะของการเจรจาประนีประนอม อลุ่มอล่วยซึ่งกันและกัน โดยเห็นแก่ความเป็นประเทศเพื่อนบ้านใกล้ชิด โดยไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย อาเซียนเห็นว่า หากมีการจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีลำดับขั้นตอนอย่างเป็นระบบ และมีกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม ก็จะทำให้การยุติข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกมีหลักการ โปร่งใส เป็นธรรม และเพิ่มความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนต่างชาติว่าประเทศสมาชิกจะปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างเคร่งครัด โดยหลีกเลี่ยงการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ และแก้ปัญหา ระหว่างกันโดยวิธีการประนีประนอมเช่นในอดีต อาเซียนจึงได้ร่วมกันจัดทำพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท โดยใช้กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (Understanding on Rules and Procedure Governing the Settlement of Disputes: DSU) เป็นต้นแบบ

1.1 กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 1996 (Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996)

เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2539 รัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนได้ร่วมกันลงนามใน “พิธีสารว่าด้วยการระงับข้อพิพาทของอาเซียน” (Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996) ณ กรุงมะนิลา ประเทศฟิลิปปินส์ โดยเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998)¹ เป็นความตกลงที่วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้าอุตสาหกรรม และเรื่องอื่นๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยได้กำหนดวิธีการ ขั้นตอน พร้อมทั้งรายละเอียดในการหาข้อยุติในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทนี้ใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยการเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน และความตกลงอาเซียนที่ระบุไว้ในส่วนแนบที่ 1 ของพิธีสารฯ ฉบับนี้ และความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียนที่จะมีขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความตกลงบางฉบับมีข้อพิเศษหรือข้อบทเพิ่มเติมเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและข้อบทเหล่านั้นขัดกับข้อบทของพิธีสารฯ ให้ใช้ข้อบทของความตกลงฉบับนั้น² โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1.1 การระงับข้อพิพาทโดยสมาชิกคู่พิพาท

- การหารือ

สมาชิกมีสิทธิหารือกับสมาชิกอื่น ในกรณีเกี่ยวกับการปฏิบัติตาม การตีความ หรือการบังคับใช้ความตกลงฯ หรือในกรณีที่เห็นว่า สมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลงฯ ทำให้ผลประโยชน์ที่ตนพึงได้รับไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ต้องเสียหายไปทั้งหมดหรือบางส่วน หรือกรณีที่เห็นว่าสมาชิกอื่นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลง

เมื่อมีการขอหารือ สมาชิกที่ได้รับคำขอหารือจะต้องตอบคำขอหรือหารือภายใน 10 วัน และทำการหารือภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับคำขอหารือ (Consultation) เพื่อหาข้อยุติเพื่อเป็นที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่าย³

¹ ข้อมูลจาก <http://www.aseansec.org>

² Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 1.1

³ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 2.3

- การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

สมาชิกคู่พิพาทอาจตกลงกันที่จะให้มีการจัดการเจรจา (Good Offices) การประนีประนอม (Conciliation) หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) ในเวลาใดๆ ก็ได้และจะสิ้นสุดลงเมื่อใดก็ได้⁴ สมาชิกอาจตกลงที่จะใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควบคู่กับการดำเนินการตามกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนก็ได้⁵ อย่างไรก็ตาม หากมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว จะต้องเลิกใช้กระบวนการดังกล่าวก่อนที่จะขอตั้งคณะผู้พิจารณาได้⁶ ทั้งนี้ เลขาธิการอาเซียนอาจเสนอการจัดการเจรจา การประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นการช่วยสมาชิกในการระงับข้อพิพาทได้⁷

1.1.2 การระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณา

การระงับข้อพิพาทโดยการ “คณะผู้พิจารณา” (Panel) ประกอบด้วย 3 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนการตั้งคณะผู้พิจารณา ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา และทำคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁸

(1) การตั้งคณะผู้พิจารณา

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ได้รับคำขอหรือ ให้เสนอเรื่องต่อที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) ซึ่งอาจมีมติให้ตั้งคณะผู้พิจารณา หรือมอบหมายให้หน่วยงานอาเซียนที่เกี่ยวข้องพิจารณา ในกรณีที่ความตกลงกำหนดไว้⁹ ในกรณีที่มีมติให้ตั้งคณะผู้พิจารณา จะต้องกระทำภายใน 30 วัน นับจากวันที่เสนอเรื่องต่อ SEOM โดย SEOM จะเป็นผู้กำหนดจำนวนองค์คณะและขอบเขต (Terms of reference) ของคณะผู้พิจารณา¹⁰

⁴ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 3.1

⁵ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 1.1

⁶ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 3.1

⁷ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 11.3

⁸ นิมนทวล ผิวทองคำ, “เขตการค้าเสรีอาเซียน,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542

⁹ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 4

¹⁰ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 5.2 , 5.3

ในกรณีนี้ที่เห็นสมควร SEOM อาจจะทำกรใดๆ เพื่อให้ได้ข้อยุติอย่างฉันทมิตร โดยไม่ต้องตั้งคณะผู้พิจารณาก็ได้ แต่ต้องดำเนินการภายใน 30 วัน นับจากวันที่เสนอเรื่องต่อ SEOM¹¹

คณะผู้พิจารณา คือผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือภาคเอกชน รวมทั้งผู้ที่เคยทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณามาก่อน หรือผู้ที่เคยว่าคดีต่อคณะผู้พิจารณา ผู้เคยเป็นเจ้าหน้าที่เลขาธิการอาเซียน ผู้ที่เคยสอนหรือมีผลงานตีพิมพ์ในเรื่องกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ หรือนโยบายการค้าระหว่างประเทศ หรือผู้ที่เคยเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงที่รับผิดชอบนโยบายการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งนี้ ในการเสนอชื่อผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิจารณา ให้เสนอชื่อผู้ที่เป็นคนชาติของสมาชิกอาเซียนก่อน¹² โดยคณะผู้พิจารณามือถือคณะ 3 คน ยกเว้นในกรณีที่คู่พิพาทตกลงให้มีมือถือคณะ 5 คน¹³ และห้ามคนชาติของสมาชิกคู่พิพาทหน้าที่เป็นผู้พิจารณา เว้นแต่คู่พิพาทตกลงเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ในการคัดเลือกผู้พิจารณานั้น มีความมุ่งหมายเพื่อประกันความเป็นอิสระและจะต้องมีภูมิหลังที่มีความหลากหลายอย่างเพียงพอ และต้องเป็นผู้ที่มีประสบการณ์กว้างขวาง

เลขาธิการอาเซียนจะเสนอให้มีการคัดเลือกคณะผู้พิจารณาต่อคู่พิพาท ซึ่งคู่พิพาทจะต้องไม่คัดค้านการคัดเลือก เว้นแต่มีเหตุผลอันสมควร โดยคู่พิพาทจะต้องตกลงกันภายใน 20 วัน นับจากวันที่ตั้งคณะผู้พิจารณา โดยการปรึกษาร่วมกับประธาน SEOM และทำการตั้งคณะผู้พิจารณา จากบุคคลที่เลขาธิการอาเซียนได้พิจารณาแล้วเห็นว่ามีความเหมาะสมที่สุด โดยประธาน SEOM จะเป็นผู้แจ้งให้สมาชิกทราบถึงองค์ประกอบของคณะผู้พิจารณาที่ได้ตั้งขึ้นภายในเวลา 10 วัน นับจากวันที่เจ้าที่รับรองคำร้องขอขึ้น ทั้งนี้ รัฐสมาชิกจะยอมรับในฐานะหลักทั่วไปในการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกทำงานในฐานะคณะผู้พิจารณาได้

(2) หน้าที่ของคณะผู้พิจารณา

คณะผู้พิจารณามีหน้าที่ในการพิจารณาประเด็นข้อพิพาท และข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมทั้งพิจารณาด้วยว่ามีการปฏิบัติตามข้อบทแห่งความตกลงฯ หรือไม่ รวมทั้งพิจารณาประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นการช่วยเหลือ SEOM ในการหน้าที่ตัดสิน¹⁴ ทั้งนี้จะต้องเสนอ

¹¹ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 4.3

¹² Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Appendix 2

¹³ คู่พิพาทอาจขอให้คณะผู้พิจารณามือถือคณะ 5 คนได้ แต่จะต้องตกลงกันภายใน 10 วัน นับจากวันที่ตั้งคณะผู้พิจารณา

¹⁴ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 5.1

ความเห็นต่อ SEOM ภายใน 60 วัน นับตั้งแต่วันที่ตั้งผู้พิจารณา หรือภายใน 70 วัน ในกรณีที่มีความจำเป็นพิเศษ ทั้งนี้จะต้องให้คู่พิพาทมีโอกาสพิจารณาความเห็นของคณะผู้พิจารณาก่อนที่จะเสนอต่อ SEOM¹⁵

คณะผู้พิจารณา ยังมีหน้าที่ในการวางระเบียบและวิธีการดำเนินงานของตนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคู่พิพาทต่อการรับฟังและการพิจารณาข้อพิพาท และเพื่อประโยชน์ในการพิจารณา คณะผู้พิจารณามีสิทธิแสวงหาข้อเท็จจริงและข้อมูลทางเทคนิคจากผู้ที่เกี่ยวข้องตามที่เหมาะสม และในการตอบคำถามของคณะผู้พิจารณา สมาชิกจะต้องให้ข้อมูลอย่างเต็มที่และโดยเร็ว¹⁶ และจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลลับของอีกฝ่ายที่ใช้ในการดำเนินคดี¹⁷ ทั้งนี้ เลขาธิการของอาเซียนจะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือคณะผู้พิจารณา โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับประวัติศาสตร์ และกำหนดกฎเกณฑ์ของสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกัน และจัดหาเลขาธิการให้แก่คณะผู้พิจารณา และให้การสนับสนุนด้านเทคนิคด้วย¹⁸

(3) การดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา

คณะผู้พิจารณา จะประชุมกันโดยพิจารณาต่อเนื่องกัน คู่ความในข้อพิพาทและคู่ความที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องจะปรากฏตัวในการประชุม ก็ต่อเมื่อได้รับเชิญจากคณะผู้พิจารณา ก่อนการประชุมเพื่อให้มาปรากฏตัวในการประชุมเท่านั้น¹⁹ การพิจารณาและเอกสารที่ส่งต่อคณะผู้พิจารณา จะถูกเก็บเป็นความลับ ทั้งนี้ไม่เป็นการขัดขวางคู่ความในการเปิดเผยถ้อยแถลงของตนต่อสาธารณะ และรัฐสมาชิกจะรักษาข้อมูลที่เป็นความลับที่รัฐสมาชิกอื่นเสนอต่อคณะผู้พิจารณา ซึ่งรัฐสมาชิกนั้นเจตนาให้เป็นความลับ โดยรัฐสมาชิกอาจร้องขอให้จัดหาข้อสรุปที่ไม่มีข้อมูลที่เป็นความลับที่สามารถเสนอสู่สาธารณชนได้

ก่อนการประชุมด้านสาระสำคัญของคณะผู้พิจารณากับคู่ความจะเริ่มขึ้น คู่พิพาทจะส่งข้อเสนอกที่เป็นลายลักษณ์อักษร ข้อเท็จจริง เหตุผล ข้อเสนอสนับสนุน หรือข้อโต้แย้งที่มีอยู่ต่อคณะผู้พิจารณา ในการพิจารณา คณะผู้พิจารณาจะถามคู่ความที่เป็นผู้ฟ้องคดีก่อน²⁰ และการโต้แย้ง

¹⁵ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 6

¹⁶ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 6

¹⁷ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Appendix 2

¹⁸ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 1.1

¹⁹ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 2.2

²⁰ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 2.5

อย่างเป็นทางการจะเริ่มในการประชุมด้านสาระสำคัญครั้งที่ 2 โดยที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามผู้ร้องมีสิทธิได้ทำการชี้แจงก่อน และตามด้วยคู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดี ทั้งนี้ คู่ความจะต้องเสนอข้อโต้แย้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะผู้พิจารณาก่อนการประชุม²¹ ทั้งนี้ไม่ว่าเวลาใดก็ตาม คณะผู้พิจารณาจะส่งคำถามให้คู่ความและถามคู่พิพาทให้อธิบายทั้งในระหว่างที่กำลังประชุม หรือให้อธิบายเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้²²

(4) การทำคำวินิจฉัย

เจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) จะต้องพิจารณารายงานความเห็นของคณะผู้พิจารณา และมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีข้อพิพาทภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับรายงาน จากคณะผู้พิจารณา หรือระยะเวลาอาจเพิ่มอีก 10 วัน หากมีความจำเป็นพิเศษ สมาชิกคู่พิพาทสามารถมีผู้แทนอยู่ในที่ประชุม SEOM ที่ทำการพิจารณาคดีได้ แต่จะต้องไม่มีส่วนร่วมในการทำคำตัดสินของ SEOM และโดยคำตัดสินให้ถือตามเสียงข้างมากของ SEOM²³

1.1.3 การอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาท

หากคู่พิพาทไม่พอใจคำตัดสินก็มีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาท โดยให้อุทธรณ์ต่อที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่คำวินิจฉัย²⁴ โดย AEM จะต้องมีการวินิจฉัยภายใน 30 วัน นับจากวันที่อุทธรณ์ หรือภายใน 40 วัน ในกรณีที่มีความจำเป็นพิเศษ รัฐมนตรีเศรษฐกิจของคู่พิพาทสามารถอยู่ในที่ประชุมของ AEM ที่ทำการพิจารณาคดีอุทธรณ์ได้ แต่จะต้องไม่มีส่วนร่วมในการทำคำตัดสินอุทธรณ์ โดยคำตัดสินให้ถือตามเสียงข้างมาก²⁵ และคำตัดสินของ AEM เป็นที่สุด และผูกมัดสมาชิกคู่พิพาท

1.1.4 การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท

พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท ปี 1996 ถือว่าการปฏิบัติตามคำตัดสินของ SEOM หรือ AEM เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สามารถยุติข้อพิพาทอย่างได้ผล จึงระบุให้คู่พิพาทตกลงกัน เพื่อกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามคำตัดสิน ซึ่งจะต้องไม่เกิน 30 วัน นับจาก

²¹ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 2.6

²² Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 2.7

²³ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 7

²⁴ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 8.1

²⁵ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 8.2

วันที่ SEOM หรือ AEM มีคำตัดสิน²⁶ ทั้งนี้ สมาชิกคู่พิพาทมีหน้าที่ต้องจัดทำรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรถึงความคืบหน้าในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยให้ SEOM หรือ AEM ทราบด้วย²⁷

1.1.5 การให้การชดเชยและการตอบโต้

หากรัฐสมาชิกไม่สามารถปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือไม่ปรับมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงฯ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องสามารถร้องขอก่อนสิ้นกำหนดเวลาพอสมควร เพื่อเจรจาเรื่องการให้การชดเชย ถ้าภายใน 20 วันหลังจากสิ้นอายุของกำหนดระยะเวลาพอสมควร คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันในเรื่องค่าชดเชยได้ รัฐสมาชิกอาจร้องขอที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน AEM อนุญาตให้ทำการตอบโต้²⁸ โดยการระงับการให้สิทธิประโยชน์ หรือการระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงที่เกี่ยวข้อง²⁹ อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติตามคำตัดสิน โดยปรับมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงเป็นสิ่งที่ยังปรารถนามากกว่าการให้การชดเชย และการระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือการระงับการปฏิบัติตามพันธกรณี³⁰ นอกจากนี้ ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ นี้ ตั้งแต่ขั้นตอนการหารือจนถึงการให้การชดเชยหรือการตอบโต้ จะต้องใช้เวลาสูงสุดไม่เกิน 290 วัน³¹ โดยเลขาธิการอาเซียนจะต้องสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้พิจารณา โดยเฉพาะในประเด็นประวัติศาสตร์ ภูมิหลัง กระบวนการพิจารณา รวมทั้งให้การสนับสนุนด้านธุรการและทางเทคนิค และยังคงมีหน้าที่ในการติดตามการปฏิบัติตามคำตัดสินของฝ่ายที่แพ้คดีด้วย³²

²⁶ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 8.2 , 8.3

²⁷ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 8.3

²⁸ มีข้อสังเกตว่าที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน AEM จะต้องอนุญาตให้ฝ่ายที่ชนะคดีทำการตอบโต้ได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องให้ความเห็นชอบโดยใช้ฉันทามติหรือเสียงข้างมาก

²⁹ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 9.1

³⁰ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 9.2

³¹ Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 10

³² Protocol on Dispute Settlement Mechanism 1996, Article 11

2. กลไกในการระงับข้อพิพาทภายหลังการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

เมื่อผู้นำอาเซียนได้ประกาศแถลงการณ์ Bali Concord II หรือ แถลงการณ์บาหลี ครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นการประกาศเจตนารมณ์กระชับความสัมพันธ์ของอาเซียนให้ใกล้ชิดยิ่งขึ้น ด้วยการมุ่งไปสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) อาเซียนได้เห็นชอบให้มีการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนให้มีความเข้มแข็ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนากระบวนการยุติข้อพิพาทให้มีประสิทธิภาพ และเร่งรัดให้มีผลสิ้นสุดเร็วขึ้น โดยให้เริ่มดำเนินการตามข้อเสนอแนะของคณะทำงานระดับสูงว่าด้วยการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอาเซียน (High-Level Task Force: HLTF) ให้มีกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนที่มีลักษณะเป็นระบบอิงกฎ (rule-based) มากขึ้น เพื่อช่วยแก้ปัญหารวมถึงข้อพิพาทที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศสมาชิกอาเซียน และเป็นแรงขับเคลื่อนสำคัญในการมุ่งไปสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

2.1 การระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน

2.1.1 ความเป็นมา³³

อาเซียนได้ตั้งคณะทำงานว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (Task Force on ASEAN Dispute Settlement Mechanism) ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายของอาเซียน เพื่อพิจารณากร่างพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทขึ้นใหม่ เพื่อใช้แทนพิธีสารว่าด้วยการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 1996 โดยคณะทำงาน ฯ ได้มีการประชุมรวมทั้งหมด 5 ครั้ง ระหว่างเดือนมีนาคมถึงเดือนกันยายน พ.ศ. 2547 ซึ่งในระหว่างนั้นก็ได้รับรายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) และที่ประชุมรัฐมนตรีด้านเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) รับทราบเป็นระยะๆ คณะทำงานฯ ได้จัดทำร่างพิธีสารว่าด้วยการระงับข้อพิพาทของอาเซียนฉบับสุดท้าย (Final Draft) สำเร็จเมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ.

³³ รัชวิชญ์ ปิยะปราโมทย์.(2547). ร่างพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004.รายงานวิจัย. สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์. น. 7.

2547 ซึ่งได้เสนอให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) ให้ความเห็นชอบ

เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 ที่ประชุมรัฐมนตรีด้านเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ได้จัดให้มีการลงนาม “พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004” ณ กรุงเวียงจันทน์ ประเทศลาว ซึ่งนับว่าเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีความเข้มข้นมากขึ้นกว่าฉบับเดิม ทั้งนี้ ในพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 ยังได้ปรับขั้นตอนในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนของอาเซียนให้มีความสะดวกและรัดกุมมากขึ้น ตามที่ที่ประชุมของคณะทำงานระดับสูงว่าด้วยการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอาเซียน (High-Level Task Force: HLTF) ได้ให้ความเห็นชอบ โดยแบ่งเป็น 3 ขั้นตอนหลัก³⁴ ดังนี้

2.1.2 ขั้นตอนการให้คำแนะนำ (Advisory Mechanism)

โดยได้จัดตั้งหน่วยงานขึ้นมา 2 หน่วยงาน เพื่อควบคุมดูแล และให้คำปรึกษาปัญหาแก่คู่พิพาท ดังนี้

2.1.2.1 หน่วยงานให้คำปรึกษาดูแลแก้ไขปัญหาการค้าทางการค้าและการลงทุน (ASEAN Consultation to solve Trade and Investment Issues: ACT)

เป็นหน่วยงานด้านกฎหมาย (ASEAN Legal Unit) ตั้งอยู่ที่สำนักงานเลขาธิการอาเซียน กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือ การตีความกฎหมาย การตีความความตกลง และการตีความพิธีสาร ฉบับต่างๆ ของอาเซียน โดยเฉพาะในส่วนของข้อพิพาททางด้านการค้าและการลงทุน เพื่อเป็นการช่วยเหลือภาคเอกชนในการแก้ไขปัญหา (Operational Problem) ได้อย่างรวดเร็ว เป็นการเสริมสร้างบรรยากาศที่ดีให้แก่นักธุรกิจในอาเซียน

กลไกของ ACT ใช้ต้นแบบมาจากสหภาพยุโรป (EU SOLVIT)³⁵ โดยในการดำเนินการจะเน้นให้บริการผ่านอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นเครือข่ายของภาครัฐ (ประเทศละ 1 แห่ง) เพื่อให้เป็นผู้ประกอบการในภาคธุรกิจและประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้โดยง่ายเมื่อต้องการ

³⁴ วทันยา สัตยวณิช.(2550). กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน. รายงานวิจัย. สำนักอาเซียน กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์. น. 8-28.

³⁵ ระบบ SOLVIT เป็นระบบที่ใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างภาคเอกชนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป โดยเริ่มดำเนินการตั้งแต่เดือนมิถุนายน 2545 ซึ่งจะมี European Commission เป็นผู้ประสานงานควบคุมดูแลและอำนวยความสะดวกในการใช้ระบบ ดูรายละเอียดที่ http://ec.europa.eu/solvit/site/index_en.htm

ร้องเรียนในกรณีพิเศษปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามข้อตกลงทางการค้า การบริการ และการลงทุน ของอาเซียน ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศหรือนอกประเทศอาเซียนอื่นก็สามารถร้องเรียกต่อ ACT ในประเทศของตนได้ทางอินเทอร์เน็ต

โดยที่ประชุมคณะมนตรีเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA Council) ครั้งที่ 18 เมื่อปี 2547 มีมติเห็นชอบขอบเขตอำนาจหน้าที่ (Terms of Reference: TOR) ของ ACT โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญ ดังนี้

(1) Home Coordination Unit (เรียกว่า Host ACT) เป็นหน่วย ACT ในประเทศสมาชิกอาเซียนที่ได้รับการร้องเรียนปัญหาขึ้นเป็นครั้งแรก มีหน้าที่หลัก ดังนี้

(1.1) หน้าที่ในการประสานงาน

- กรณีที่ได้รับเรื่องร้องเรียนปัญหาที่เกิดขึ้นภายในประเทศ Host ACT มีหน้าที่ดำเนินการประสานงาน (forwarding) หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องและติดตามผลการแก้ไขปัญหาเพื่อแจ้งให้ภาคเอกชนทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด

- กรณีที่ได้รับเรื่องร้องเรียนปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น Host ACT มีหน้าที่ดำเนินการประสานงานไปยัง Lead ACT และติดตามผลการแก้ปัญหาจาก Lead ACT เพื่อแจ้งให้ภาคเอกชนทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด

(1.2) หน้าที่ในการตรวจสอบกรณีปัญหา ก่อนที่ Host ACT จะนำปัญหาเข้าสู่ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต จะต้องตรวจสอบว่ากรณีดังกล่าวนี้มีมูล (the merits of the cross-border problem) ปัญหาดังกล่าวนี้อาจแก้ไขโดยใช้กลไกอื่นหรือไม่ และได้มีการนำปัญหาเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายอื่นหรือไม่ ซึ่ง Host ACT จะไม่นำปัญหาเข้าสู่กลไก ACT หากปัญหาดังกล่าวได้ถูกดำเนินการทางกฎหมายแล้ว

(1.3) หน้าที่จัดส่งและแจ้งข้อมูล

- Host ACT มีหน้าที่จัดส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาไปยัง Lead ACT เมื่อถูกร้องขอและมีหน้าที่ติดตามปัญหาการถูกร้องเรียน (the complainant) อย่างต่อเนื่องจนกว่ากรณีปัญหาจะถึงที่สุด

- Host ACT มีหน้าที่แจ้งต่อ Lead ACT และแจ้งข้อมูลเข้าสู่ระบบเครือข่ายทันที เมื่อกรณีปัญหาที่ถูกร้องเรียนภายใต้กลไก ACT เป็นอันสิ้นสุดเมื่อผู้ร้องเรียนได้ถอนข้อเรียกร้องหรือนำปัญหาเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย

(2) Lead Coordination Unit (เรียกว่า Lead ACT) เป็นหน่วยงาน ACT ในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นที่ถูกร้องเรียน มีหน้าที่หลัก ดังนี้

(2.1) หน้าที่ตอบรับข้อร้องเรียน Lead ACT มีหน้าที่ตอบรับ (accept a case) ปัญหาที่ถูกร้องเรียนภายใน 1 สัปดาห์ และจะต้องดำเนินการแจ้ง (forward) ปัญหาต่อไปยังหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง กรณีที่ Lead ACT มีได้แจ้งตอบรับปัญหา ระบบ ACT จะแสดงผลการปฏิเสธ (rejection) ซึ่ง Host ACT จะแจ้งไปยังผู้ร้องเรียนเพื่อให้ดำเนินการเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทอื่นต่อไป³⁶

(2.2) หน้าที่แจ้งผลการแก้ไขปัญหา Lead ACT มีหน้าที่แจ้งผลการแก้ไขปัญหาไปยังภาคเอกชนที่ร้องเรียนโดยผ่าน Host ACT ภายในระยะเวลาที่กำหนด

(3) สำนักเลขาธิการอาเซียน ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางร้องเรียนปัญหาเข้าสู่ระบบ ACT และกำกับดูแลกระบวนการดำเนินงาน รวมทั้งติดตามผลการแก้ไขปัญหาของประเทศสมาชิกภายใต้ระบบ ACT ทั้งนี้ ปัญหาที่ถูกร้องเรียนภายใต้ ACT จะปรากฏในระบบฐานข้อมูลเป็นระยะเวลา 5 ปี นับจากข้อมูลนั้นเริ่มมีการพิจารณาครั้งแรก³⁷

ในการบรรจุข้อมูลภายใต้ระบบ ACT จะดำเนินการโดย Host ACT และ Lead ACT เท่านั้น โดยสามารถใส่ข้อมูลเกี่ยวกับข้อร้องเรียนลงในระบบ ACT ทั้งนี้ Lead ACT มีหน้าที่ตรวจสอบข้อมูลให้ตรงกับสถานะล่าสุดเสมอหรือควรตรวจสอบอย่างน้อยเดือนละหนึ่งครั้ง ซึ่งผู้ร้องเรียนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่นๆ จะสามารถเข้าไปดูข้อมูลได้เท่านั้น (read-only access basis) แต่ไม่สามารถแก้ไขหรือบรรจุข้อมูลใหม่ได้ ซึ่ง ACT จะต้องแก้ไขปัญหาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับจากวันที่มีผู้ร้องเรียนปัญหาต่อ Host ACT หรือในกรณีมีข้อยกเว้น Host ACT และ Lead ACT อาจตกลงขยายระยะเวลาสิ้นสุดการดำเนินการออกไปได้อีก แต่ไม่เกินกว่า 4 สัปดาห์

ข้อเสนอในการแก้ปัญหามาของ ACT จะต้องเป็นไปตามหลักปฏิบัติและพันธกรณีของอาเซียน (ASEAN practices and commitments) หากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องไม่ยอมรับข้อเสนอดังกล่าว Host ACT มีสิทธิในการนำกรณีปัญหาเข้าสู่องค์กรระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน (ABC) หรือกลไกการระงับข้อพิพาทอื่นต่อไป

ในกรณีที่ Lead ACT พบว่าข้อร้องเรียนนั้นไม่มีมูล (the case lack merits) จะต้องแจ้งไปยัง Host ACT เพื่อแจ้งต่อไปยังผู้ร้องเรียน และต้องใส่ข้อมูลหลักฐานลงในระบบข้อมูลด้วย

³⁶ การดำเนินการใดๆ ของประเทศสมาชิก ไม่ว่าจะเป็นการล่าช้าในการตอบรับหรือดำเนินการอื่นๆ ระบบจะบันทึกข้อมูลโดยอัตโนมัติ กรณีที่ประเทศสมาชิกไม่สามารถดำเนินการได้ตามระยะเวลาที่กำหนดควรจะร้องขอขยายระยะเวลาในการดำเนินการ

³⁷ วทันยา สัตยวณิช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น. 11.

ซึ่งผู้ร้องเรียนอาจนำปัญหาดังกล่าวสู่องค์กรระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน (ABC) หรือกลไกการระงับข้อพิพาทอื่นต่อไป

ทั้งนี้ กลไกของ ACT ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย ซึ่งหากผู้ร้องเรียน หรือ Host ACT ไม่พอใจผลในการแก้ปัญหาที่อาจนำปัญหาลงเรียนต่อองค์กรระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน (ABC) หรือกลไกการระงับข้อพิพาทซึ่งกำหนดในพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 ต่อไป

2.1.2.2 ศูนย์กฎหมายของอาเซียน (ASEAN Legal Unit)

สำนักเลขาธิการอาเซียนได้จัดตั้ง “ศูนย์กฎหมายของอาเซียน” (ASEAN Legal Unit) ซึ่งประกอบด้วยนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญในเรื่องกฎหมายการค้า ซึ่งทำหน้าที่ในการตีความกฎหมาย ให้คำแนะนำในเรื่องข้อพิพาททางการค้าต่างๆ ตามที่ประเทศสมาชิกร้องขอ นอกจากนี้ยังมีบทบาทในการตรวจสอบและคัดแยกปัญหาในทางปฏิบัติ operational หรือ Technical ซึ่งเป็นการดำเนินการที่สามารถแก้ไขได้ด้วยการหารือสองฝ่าย (bilateral consultations) แทนที่จะต้องรายงานต่อองค์กรระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน (ASEAN Compliance Body: ACB) หรือเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Dispute Settlement Mechanism: DSM) โดย ASEAN Legal Unit ยังทำหน้าที่ให้คำแนะนำประเด็นทางกฎหมายและเลขานุการเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของ ASEAN Compliance Body (ACB) และกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนอีกด้วย ทั้งนี้ คำแนะนำของ (ASEAN Legal Unit) ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายใดๆ ต่อประเทศสมาชิก

2.1.3 ขั้นตอนการปรึกษาหารือ (Consultative Mechanism)

อาเซียนได้จัดตั้ง “องค์กรระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน” (ASEAN Compliance Body: ACB) เพื่อเป็นอีกช่องทางในการพิจารณาให้ข้อชี้แนะและแนวทางในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกได้เร็วยิ่งขึ้น โดย ACB มีรูปแบบการดำเนินงานตาม Textile Monitoring Body³⁸ ของ WTO กล่าวคือ เมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนประเทศใดประเทศหนึ่งหรือประเทศสมาชิกอาเซียนหลายประเทศไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนอันทำให้เกิดเป็นกรณีพิพาท สมาชิก ACB ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทดังกล่าว จะได้รับคำร้องขอการทบทวนและตรวจสอบข้อมูลหลักฐานที่

³⁸ ภายใต้ Agreement on Textiles and Clothing มาตรา 8 Textile Monitoring Body (TMB) ตั้งขึ้นเพื่อเป็นหน่วยงานกำกับดูแลการดำเนินการให้เป็นไปตามพันธกรณีความตกลงรวมทั้งตรวจสอบการดำเนินมาตรการต่างๆ ให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ภายใต้ WTO

เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทและให้ข้อเสนอแนะความเห็นในกรณีพิพาทดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งข้อเสนอแนะและความเห็นของ ACB จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่จะใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาอันเกิดจากกรณีพิพาทได้

อย่างไรก็ดี ความเห็นของ ACB ต่อกรณีพิพาทจะแจ้งโดยตรงไปยังประเทศที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อให้เร่งดำเนินการพิจารณาแก้ไขปัญหาอย่างจริงจัง นอกจากนี้ ความเห็นดังกล่าวจะใช้เป็นข้อมูลสำหรับประกอบการพิจารณาในกลไกการระงับข้อพิพาทอื่นของอาเซียนต่อไป ซึ่งหากประเทศสมาชิกไม่พอใจผลการพิจารณาดังกล่าว ก็สามารถใช้สิทธิในการยื่นคำร้องต่อคณะผู้พิจารณาของอาเซียน (ASEAN DSM Panel) ต่อไปได้

1. ขอบเขตและอำนาจหน้าที่ขององค์กรระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน (Terms of Reference of the ASEAN Compliance Body : ACB)

ที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนอย่างไม่เป็นทางการ(AEM Retreat) ครั้งที่10 เมื่อวันที่21เมษายน 2547 ณ ประเทศสิงคโปร์ กำหนดให้ ACB มีหน้าที่หลักในการพิจารณากรณีปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้กรอบความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียน โดยเฉพาะความตกลงว่าด้วยการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่ากันสำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน (Agreement on the Common Effective Preferential Tariff(CEPT) Scheme for the ASEAN Free Trade Area : AFTA) ความตกลงด้านการค้าบริการอาเซียน(ASEAN Framework Agreement on Services : AFAS) และความตกลงเขตการลงทุนเสรีอาเซียน(Framework Agreement on ASEAN Investment Area : AIA) และให้คำชี้แนะ/แนวทางแก้ไขปัญหา(findings and opinions) แก่ประเทศคู่กรณี และรับรอง Terms of Reference ของACB ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1.1 องค์กรคณะ ACB จะประกอบด้วยเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจอาเซียนจาก10 ประเทศสมาชิก ซึ่งสมาชิกจะพิจารณาคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งประธาน (chairmanship) และรองประธาน (Vice-Chairman) จากประเทศที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิพาท โดยจะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 1 ปี

1.2 บทบาทและหน้าที่ ACB มีหน้าที่ทบทวนข้อมูลหลักฐาน และให้ความเห็นต่อกรณีพิพาทของประเทศสมาชิกไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอาเซียนภายใต้ความตกลง CEPT AFTA ความตกลงด้านการค้าบริการอาเซียน (AFAS) และความตกลงเขตการลงทุนเสรีอาเซียน (AIA)

ทั้งนี้ กระบวนการของ ACB จะเริ่มขึ้นเมื่อได้รับคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรแจ้งข้อเท็จจริงในกรณีที่เกิดขึ้น ประเทศสมาชิกควรหลีกเลี่ยงการร้องเรียนต่อ ACB หากกรณีพิพาทนั้นสามารถแก้ไขได้โดยการหารือในระดับทวิภาคี หรือการหารือในคณะทำงาน/คณะกรรมการอาเซียนที่เกี่ยวข้อง

1.3 ความเห็นอันเป็นข้อสรุปต่อกรณีพิพาท

- ความเห็นของ ACB ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (not legally-binding) แต่เป็นแนวทางชี้แนะให้ประเทศสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดำเนินการแก้ไขปัญหากรณีพิพาทดังกล่าว

- ตัวแทน ACB จากประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีพิพาทต้องงดออกเสียง และงดเข้าการประชุมทบทวนข้อมูลและพิจารณาให้ความเห็นต่อกรณีพิพาทนั้น โดยที่สมาชิกใน ACB ที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีพิพาท (uninvolved members) จะต้องมีความเห็นอันเป็นฉันทามติ (consensus-basis) หากไม่สามารถมีฉันทามติตามเวลาที่กำหนด (stipulated timeframe) จะถือว่าการออกเสียงโดยสองในสามของสมาชิก ACB เพียงพอที่จะให้ความเห็นอันเป็นข้อสรุปต่อกรณีพิพาทได้ หากยังไม่สามารถได้เสียงส่วนใหญ่ (สองในสาม) ACB ต้องแถลงว่าไม่สามารถให้ความเห็นอันเป็นข้อสรุปต่อกรณีพิพาทนั้นได้

- ความเห็นใดๆ ของสมาชิก ACB ในที่ประชุมจะต้องไม่ถูกนำมาเปิดเผยนอกที่ประชุม ACB

- ACB อาจขอความเห็นจากแหล่งใดก็ได้ และ/หรืออาจขอคำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญต่างๆ รวมถึง ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย การเงิน การธนาคารจากประเทศสมาชิกที่เห็นสมควร และ ACB มีอำนาจขอข้อมูลประกอบจากประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีพิพาทได้

- ACB จะต้องทำความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรแจ้งต่อประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีพิพาท และแจ้งความเห็นดังกล่าวต่อ SEOM, AEM หรือ องค์กรในระดับรัฐมนตรีอื่นๆ ที่กำกับดูแลการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงของอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทนั้น

1.4 กำหนดระยะเวลา การดำเนินการภายใต้ ACB จะต้องชัดเจนและโปร่งใสทุกขั้นตอน ได้แก่ การเริ่มกระบวนการทบทวนข้อมูลหลักฐาน ข้อกำหนดในเรื่ององค์คณะของ ACB (quorum requirements) กระบวนการขอข้อมูลและความเห็น และการให้ความเห็นอันเป็นข้อสรุปต่อกรณีพิพาท ทั้งนี้ กำหนดให้ ACB ดำเนินการแก้ไขกรณีพิพาทให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร (reasonable period of time) แต่ไม่เกิน 90 วัน

1.5 สิทธิในการนำกรณีพิพาทเข้าสู่กลไกระงับข้อพิพาทอื่น การร้องขอให้มีการดำเนินการภายใต้ ACB ไม่กระทบต่อสิทธิของประเทศสมาชิกในการนำกรณีพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทอื่นภายใต้ความตกลงของอาเซียน รวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Dispute Settlement Mechanism)

1.6 สำนักเลขาธิการอาเซียน การประชุมของ ACB จะจัดขึ้นที่สำนักเลขาธิการอาเซียน โดยสำนักเลขาธิการอาเซียนจะทำหน้าที่เป็นเลขานุการของคณะ ACB

2. กระบวนการดำเนินงาน (Working Procedures) ของ ACB

ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสเศรษฐกิจอาเซียน (SEOM) ครั้งที่ 2/37 เมื่อวันที่ 20-22 มีนาคม 2549 ณ ประเทศมาเลเซีย ได้เห็นชอบเอกสารเกี่ยวกับรายละเอียดการดำเนินการขององค์กรระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสเพื่อติดตามการดำเนินงานตามพันธกรณีของอาเซียน ที่เรียกว่า “Working Procedures for the ASEAN Compliance Body (ACB)” ซึ่งจัดทำโดยคณะทำงานว่าด้วยกลไกยุติข้อพิพาทของอาเซียน (Task Force on ASEAN Dispute Settlement Mechanism) โดยใช้ “Working Procedures for Appellate Review” ภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทฉบับใหม่ของอาเซียนเป็นต้นแบบ ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปดังนี้

2.1 บทบาทและหน้าที่ของ ACB เมื่อมีคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรกรณีประเทศสมาชิกใดไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของอาเซียน ACB มีหน้าที่พิจารณาบททวนข้อมูลหลักฐานและให้ความเห็นต่อกรณีพิพาทดังกล่าวโดย ACB จะดำเนินการตาม TOR และความเห็นและมติของ SEOM หรือ AEM

2.2 ประธานและรองประธานของคณะ ACB จะคัดเลือกโดยสมาชิก ACB มีวาระการดำรงตำแหน่งปี และต้องไม่เป็นตัวแทนของประเทศคู่กรณี โดยประธานจะมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการดำเนินการของ ACB และหน้าที่อื่นๆ ที่ได้รับมอบหมายจากสมาชิก ACB เมื่อตำแหน่งประธานและรองประธานว่างลงเป็นการถาวรอันเนื่องมาจากการเจ็บป่วย ตาย ลาออก หรือหมดวาระ สมาชิกต้องเลือกสรรประธานหรือรองประธานคนใหม่ กรณีตำแหน่งประธานและ/หรือรองประธานว่างลงชั่วคราว ACB จะมอบหมายสมาชิกผู้ใดผู้หนึ่งรักษาการแทนซึ่งผู้นั้นจะต้องปฏิบัติหน้าที่จนกว่าประธานและ/หรือรองประธานสามารถกลับมาปฏิบัติหน้าที่ได้ตามเดิม

2.3 หลักเกณฑ์การดำเนินการ ACB จะต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง โดยหลีกเลี่ยงการมีส่วนร่วมได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และต้องไม่เปิดเผยกระบวนการดำเนินการใดๆ โดยสมาชิก ACB ห้ามพบปะหารือกับคู่พิพาทหรือบุคคลที่ 3 แห่งกรณีพิพาท โดยที่คู่กรณีอีก

ฝ่ายมิได้อยู่ด้วย และสมาชิกใดในองค์คณะ ACB จะต้องไม่หารือกับคู่พิพาทหรือบุคคลที่ 3 โดยไม่มีสมาชิก ACB อื่นอยู่ด้วย

2.4 การลาออกหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อันเนื่องมาจากความเจ็บป่วยหรือเหตุอันจำเป็นอย่างอื่น เมื่อมีเหตุข้างต้นสมาชิกจะต้องทำหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษรแจ้งต่อประธาน ACB โดยประธานฯ จะแจ้งเหตุดังกล่าวต่อสมาชิกอื่นใน ACB เจ้าหน้าที่อาวุโสเศรษฐกิจอาเซียน (SEOM) และเลขาธิการอาเซียน (secretary general) ทั้งนี้ สมาชิกใน ACB จะต้องดำเนินการคัดเลือกสมาชิกอื่นมาทำหน้าที่แทนในทันทีเมื่อเกิดกรณีข้างต้น

2.5 การสิ้นสุดหน้าที่ขององค์คณะ เมื่อสมาชิกใดสิ้นสุดการเป็นองค์คณะใน ACB แต่กระบวนกรณในกรณีพิพาทที่ตนเกี่ยวข้องนั้นยังไม่ถึงที่สุด ประธาน ACB มีอำนาจให้สมาชิกนั้นเป็นองค์คณะใน ACB เพื่อพิจารณากรณีพิพาทดังกล่าวต่อไปได้ โดยแจ้งให้ SEOM ทราบ

2.6 เงื่อนไขทั่วไป ในกระบวนการทบทวน ACB อาจขอความเห็นจากแหล่งใดก็ได้ และ/หรืออาจขอคำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญสาขาต่างๆ จากประเทศสมาชิกที่เห็นสมควร รวมถึงมีอำนาจในการขอข้อมูลและ/หรือเอกสารใดๆ เพื่อประกอบการพิจารณาจากประเทศสมาชิกที่เป็นคู่กรณี กรณีที่เกิดปัญหาหรือข้อสงสัยอันเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการดำเนินงานของ ACB ซึ่งไม่มีระบุในหลักเกณฑ์ข้อใดของกระบวนการดำเนินงานนี้ สมาชิก ACB อาจกำหนดกระบวนการดำเนินงานที่เหมาะสมต่อกรณีนั้น โดยแจ้งประเทศคู่กรณีและบุคคลที่ 3 ในคดี รวมทั้งสมาชิก ACB อื่น

เมื่อมีกรณียกเว้น อันเกี่ยวเนื่องกับกรอบระยะเวลาภายใต้หลักเกณฑ์การดำเนินงานนี้ปรากฏเป็นที่ชัดเจนว่าไม่ยุติธรรม ประเทศคู่กรณีหรือบุคคลที่ 3 ในคดีอาจร้องขอต่อ ACB ให้พิจารณากำหนดกรอบระยะเวลาดำเนินงานใหม่ได้ โดย ACB ต้องแจ้งกรอบระยะเวลาใหม่ต่อประเทศคู่กรณีและบุคคลที่ 3 ในคดีด้วย

2.7 เอกสารและหลักฐาน รวมทั้งข้อมูลประกอบ (a proof of service) ประเทศสมาชิกต้องยื่นเอกสารดังกล่าวต่อสำนักเลขาธิการอาเซียนตามกำหนดระยะเวลาที่ระบุภายใต้ Working Procedures เพื่อเสนอให้ ACB พิจารณาต่อไป และจะต้องส่งให้แก่ประเทศคู่กรณีหรือบุคคลที่ 3 ในคดีโดยเร็ว ซึ่งอาจส่งไปตามที่อยู่ (service address) หรือโดยโทรสาร ทั้งนี้ความเห็นใดๆ ของสมาชิก ACB ที่เสนอต่อที่ประชุมจะต้องไม่นำมากล่าวอ้างและเปิดเผยนอกที่ประชุม ACB

2.8 การแจ้งผลเป็นลายลักษณ์อักษร ACB จะต้องแจ้งผลการพิจารณาและความเห็นอันเป็นข้อสรุปแห่งกรณีพิพาทเป็นลายลักษณ์อักษรต่อประเทศสมาชิกคู่กรณี สำนักเลขาธิการ

อาเซียนและองค์กรในระดับรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแลการปฏิบัติตามพันธกรณีของอาเซียนอันเกี่ยวเนื่องด้วยกรณีพิพาทนั้น

3. ผลการแต่งตั้ง ACB

ประเทศสมาชิกได้ดำเนินการแต่งตั้งผู้แทนของตนในคณะ ACB โดยส่วนใหญ่เป็นเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจอาเซียน หรือ SEOM Leader สำหรับไทย ได้แต่งตั้งอธิบดีกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศเป็นผู้แทนไทยในองค์คณะ ACB โดยแจ้งให้สำนักเลขาธิการอาเซียนทราบตั้งแต่วันที่ 20 ตุลาคม 2547

2.1.4 ขั้นตอนการระงับข้อพิพาท

ภายหลังการลงนามในแถลงการณ์บาห์ลี ครั้งที่ 2 หรือ Bali Concord II อาเซียนได้เห็นชอบให้ปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Dispute Settlement Mechanism) ให้มีความเข้มแข็งและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเร่งรัดให้มีผลสรุปเร็วขึ้น ซึ่งได้มีการเห็นชอบตามข้อเสนอแนะของคณะทำงานระดับสูงว่าด้วยการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอาเซียน (High-Level Task Force: HLTF) ในที่ประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 9 เมื่อวันที่ 7-8 ตุลาคม พ.ศ. 2546 ณ เมืองบาห์ลี ประเทศอินโดนีเซีย โดยใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO เป็นต้นแบบในการปรับปรุงพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพื่อให้สามารถระงับข้อพิพาททางการค้าของอาเซียนได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อเป็นการรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC)

กระบวนการระงับข้อพิพาทใหม่ของอาเซียน

ประเทศสมาชิกอาเซียนมีสิทธิใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทใหม่ของอาเซียนได้เมื่อสิทธิประโยชน์ของตนตามความตกลงที่อยู่ภายใต้พิธีสารฯ ถูกกระทบ เนื่องจากประเทศสมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลงที่อยู่ภายใต้พิธีสารฯ ฉบับนี้ หรือมีสถานการณ์ใดๆ เกิดขึ้น โดยในขั้นแรก สามารถขอหารือกับประเทศสมาชิกคู่กรณี หากไม่สามารถตกลงกันได้ ในขั้นต่อไป ก็สามารถขอจัดตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) เพื่อพิจารณาตัดสิน หากประเทศคู่พิพาทไม่พอใจคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาสามารถยื่นอุทธรณ์คำตัดสินของคณะผู้พิจารณาได้ โดยให้องค์กรอุทธรณ์ (appellate body) เป็นผู้พิจารณาประเทศสมาชิกที่เป็นฝ่ายแพ้คดีต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ อีกทั้งยังต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีด้วย ทั้งนี้ การดำเนินงานในแต่ละขั้นตอนได้มีกรอบเวลาดำเนินการไว้อย่างชัดเจน แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน 445 วัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.2 พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004)

อาเซียนได้ตั้งคณะทำงานว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (Task Force on ASEAN Dispute Settlement Mechanism) ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายของอาเซียน เพื่อพิจารณาขยายพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทขึ้นใหม่ เพื่อใช้แทนพิธีสารว่าด้วยการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 1996 โดยคณะทำงานฯ ได้มีการประชุมรวมทั้งหมด 5 ครั้ง ระหว่างเดือนมีนาคมถึงเดือนกันยายน พ.ศ. 2547 ซึ่งในระหว่างนั้นก็ได้รับรายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) และที่ประชุมรัฐมนตรีด้านเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) รับทราบเป็นระยะๆ คณะทำงานฯ ได้จัดทำร่างพิธีสารฯ ฉบับสุดท้าย (Final Draft) สำเร็จเมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2547 และได้เสนอให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) ให้ความเห็นชอบ

ในระหว่างการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 10 เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 รัฐมนตรีด้านเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ได้มีการลงนามใน “พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004” (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004) ณ กรุงเวียงจันทน์ ประเทศลาว โดยพิธีสารฯ ฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้ทันทีภายหลังการลงนาม³⁹

“พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004” มีขอบเขตครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยการเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพิธีสารแก้ไขกรอบความตกลงว่าด้วยการเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน และความตกลงอาเซียนที่ระบุไว้ในส่วนแนบที่ 1 ของพิธีสารฯ และความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียนที่จะมีขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความตกลงบางฉบับมีข้อพิพาทหรือข้อบทเพิ่มเติมเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและข้อบทเหล่านั้นขัดกับข้อบทของพิธีสารฯ ให้ใช้ข้อบทของความตกลงฉบับนั้น⁴⁰ ในกรณีที่สมาชิกมีสิทธิที่จะฟ้องคดีภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนหรือกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความร่วมมืออื่น สมาชิกมีสิทธิที่

³⁹ อาเซียนประสบปัญหาเรื่องที่สมาชิกไม่ยอมให้สัตยาบันในความตกลงฯ ทำให้ความตกลงอาเซียนหลายฉบับไม่มีผลบังคับใช้ ความตกลงอาเซียนในภายหลังจึงกำหนดให้มีผลใช้บังคับเมื่อลงนาม

⁴⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 1.1, 1.2

จะเปลี่ยนไปใช้กลไกการระงับข้อพิพาทอื่นเมื่อใดก็ได้ แต่จะต้องก่อนมีคำขอให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) ตั้งคณะผู้พิจารณา⁴¹

“พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004” ได้จัดแบ่งกลไกการระงับข้อพิพาทได้ ดังนี้

2.2.1 การระงับข้อพิพาทโดยสมาชิกคู่พิพาท

- การระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือ (Consultations)

การหารือเป็นขั้นตอนแรกในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนปี 2004 ในกรณีที่สมาชิกเห็นว่าสิทธิประโยชน์ของตนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมภายใต้ความตกลงฯ ถูกกระทบ⁴² เนื่องจากสมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลงฯ หรือมีสถานการณ์ใดๆ เกิดขึ้น ก็สามารถหารือกับสมาชิกที่เกี่ยวข้องเพื่อหาข้อยุติซึ่งเป็นที่พึงพอใจของทั้งสองฝ่าย⁴³

คำขอหารือจะต้องทำเป็นหนังสือ ระบุถึงมาตรการที่เป็นข้อพิพาทและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยให้แจ้งต่อ SEOM ซึ่งฝ่ายที่ถูกหารือจะต้องตอบคำขอภายใน 10 วัน และจัดให้มีการหารือภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับคำขอ⁴⁴ หากฝ่ายที่ถูกขอหารือไม่ตอบคำร้องขอภายใน 10 วัน หรือไม่ยอมดำเนินการหารือภายใน 30 วัน หรือดำเนินการหารือแล้วไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ได้รับคำร้องขอ ประเทศสมาชิกที่ขอหารือสามารถเสนอต่อ SEOM ให้จัดตั้งคณะผู้พิจารณา เพื่อพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวได้เลย เว้นแต่ SEOM มีฉันทามติ (by consensus) ไม่จัดตั้งคณะผู้พิจารณา

ในกรณีเร่งด่วน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับของเน่าเสียง่าย คู่พิพาท คณะผู้พิจารณา และองค์กรอุทธรณ์จะต้องพยายามเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุด⁴⁵

- การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Good Offices, Conciliation or Mediation)

⁴¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 1.3

⁴² ความเสียหาย ได้แก่ ความเสียหายทั้งหมด หรือความเสียหายบางส่วน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 3.2)

⁴³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 3.2

⁴⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 3.3, 3.4

⁴⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 3.5

คู่พิพาทสามารถใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยให้คนกลางช่วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Good offices) หรือใช้การประนีประนอม (Conciliation) หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) โดยจะเริ่มใช้และเลิกใช้เมื่อไหร่ก็ได้⁴⁶ คู่พิพาทอาจตกลงที่จะใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคู่กับการดำเนินการตามพิธีสารฯ ก็ได้⁴⁷ อย่างไรก็ตามหากใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วจะต้องยุติการใช้กระบวนการดังกล่าวก่อนที่จะขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณาได้⁴⁸ เลขาธิการอาเซียนอาจเสนอเป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างสมาชิกก็ได้

2.2.2 การระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณา

พิธีสารฯ กำหนดให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) ทำหน้าที่ดูแลรับผิดชอบเพื่อให้การเป็นไปตามพิธีสารฯ โดยให้มีอำนาจในการจัดตั้งคณะผู้พิจารณา รับรองรายงานของคณะผู้พิจารณา และรายงานขององค์กรอุทธรณ์ ติดตามการปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ และอนุญาตให้ฝ่ายที่ชนะคดีตอบโต้โดยระงับการให้สิทธิประโยชน์ หรือระงับการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงฯ ในกรณีที่ฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำตัดสิน⁴⁹

กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 ใช้หลัก Negative consensus เช่นเดียวกับกลไกระงับข้อพิพาทของ WTO (Understanding on Rule and Procedures Governing the Settlement of Dispute: DSU) ซึ่งในการพิจารณาคำขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณา⁵⁰ การรับรองรายงานของคณะผู้พิจารณาและรายงานขององค์กรอุทธรณ์⁵¹ และการอนุญาตให้ฝ่ายที่ชนะคดีทำการตอบโต้⁵² ในกรณีที่ฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำตัดสิน หรือไม่อนุญาตให้ทำการตอบโต้แบบไม่สามารถทำได้ เนื่องจากตามหลัก negative consensus สมาชิกต้องอนุญาตให้ตั้งคณะผู้พิจารณารับรองรายงานคำตัดสินหรืออนุญาตให้ทำการตอบโต้เว้นแต่สมาชิกทั้งหมด

⁴⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 4.1

⁴⁷ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 4.2

⁴⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 4.1

⁴⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 2.1

⁵⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 5.1

⁵¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 9.1

⁵² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 16.1

รวมทั้งฝ่ายที่ฟ้องร้องคดีมีฉันทามติไม่ให้ตั้งคณะผู้พิจารณา หรือไม่รับรองรายงานคำตัดสินหรือไม่อนุญาตให้ทำการตอบโต้

(1) การตั้งคณะผู้พิจารณา

คณะผู้พิจารณามือสมัครคณะ 3 คน⁵³ ยกเว้นในกรณีที่คู่พิพาทตกลงให้มีองค์คณะ 5 คน⁵⁴ หากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาได้ภายใน 20 วัน นับจากวันตั้งคณะผู้พิจารณา สมาชิกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถขอให้เลขาธิการอาเซียนแต่งตั้งผู้พิจารณาได้ โดยจะต้องหารือกับประธานที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจอาเซียน (SEOM) ด้วย และจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จและแจ้งให้สมาชิกทราบถึงผลการแต่งตั้งภายใน 10 วัน⁵⁵ และห้ามคนชาติของสมาชิกคู่พิพาททำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาในกรณีพิพาทดังกล่าว เว้นแต่คู่พิพาทตกลงกัน

ให้เสนอคำขอตั้งคณะผู้พิจารณาให้ SEOM พิจารณาในการประชุม SEOM ครั้งแรกที่มีขึ้นภายหลังจากที่มีคำขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณา โดยให้ใส่คำขอดังกล่าวไว้ในวาระการประชุมด้วย ในกรณีไม่การประชุมหรือไม่มีแผนที่จะจัดการประชุมภายใน 45 วัน นับจากวันที่ได้รับคำขอดังกล่าว ให้ลงมติว่าจะรับคำขอดังกล่าว ให้ลงมติว่าจะตั้งคณะผู้พิจารณาหรือไม่ตั้งคณะผู้พิจารณาแล้วแต่กรณีโดยทางหนังสือ ในกรณีที่สมาชิกไม่ตอบให้ถือว่าสมาชิกนั้นเห็นชอบให้ตั้งคณะผู้พิจารณา การลงมติให้ตั้งหรือไม่ให้ตั้งคณะผู้พิจารณาต้องทำภายใน 45 วัน นับจากวันที่มีคำขอดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการลงมติในที่ประชุม SEOM หรือการลงมติทางหนังสือ

⁵³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.I

⁵⁴ คู่พิพาทอาจขอให้คณะผู้พิจารณามือสมัครคณะ 5 คน ได้แต่ต้องตกลงกันภายใน 10 วัน นับจากวันที่ตั้งคณะผู้พิจารณา

⁵⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.I

คำขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณาต้องทำเป็นหนังสือ โดยระบุว่ามีการหารือหรือไม่และจะต้องระบุมাত্রการที่เป็นประเด็นข้อพิพาท และสรุปข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สามารถเข้าใจปัญหาได้อย่างชัดเจน ในกรณีฝ่ายที่ฟ้องคดีขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณาและให้ใช้ขอบเขต⁵⁶ (terms of reference) อื่นที่ไม่ใช่ขอบเขตของมาตรฐาน⁵⁷ จะต้องระบุขอบเขตพิเศษไว้ในคำขอตั้งคณะผู้พิจารณาด้วย⁵⁸

(2) อำนาจหน้าที่ของคณะผู้พิจารณา

คณะผู้พิจารณามีหน้าที่พิจารณาข้อพิพาท ข้อเท็จจริงแห่งคดี รวมทั้งความตกลงที่เกี่ยวข้อง และพิจารณาว่ามีการปฏิบัติตามข้อบทแห่งความตกลงฯ หรือไม่รวมถึงการจัดทำข้อสรุปและคำตัดสินข้อพิพาท⁵⁹ โดยการพิจารณาของคณะผู้พิจารณาจะต้องเป็นความลับ คณะผู้พิจารณาจะต้องยกวางรายงานคำตัดสินโดยพิจารณาจากข้อมูลที่ได้รับและถ้อยแถลงของคู่พิพาท และจะต้องไม่ยกวางคำตัดสินต่อหน้าคู่พิพาท⁶⁰

⁵⁶ ที่ประชุม SEOM อาจให้อำนาจประธานฯ ยกวางขอบเขตของคณะผู้พิจารณาโดยหารือกับคู่พิพาท แต่คู่พิพาทจะต้องตกลงกันก่อนที่จะตั้งคณะผู้พิจารณาว่าจะใช้ขอบเขตดังกล่าวแทนขอบเขตมาตรฐาน และจะต้องเขียนขอบเขตดังกล่าวให้สมาชิกทั้งหมดพิจารณาด้วย ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงให้ใช้ขอบเขตดังกล่าว สมาชิกมีสิทธิยกประเด็นที่เกี่ยวข้องต่อที่ประชุม SEOM ในเวลาที่ตั้งคณะผู้พิจารณาได้ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms Article 6.3)

⁵⁷ เว้นแต่คู่พิพาทตกลงกันเป็นอย่างอื่นก่อนที่จะตั้งคณะผู้พิจารณา ให้คณะผู้พิจารณามีขอบเขตในการดำเนินการดังต่อไปนี้

“ให้พิจารณาเรื่องที่ (ชื่อของฝ่ายที่กล่าวหา) ยื่นต่อ SEOM ตามที่ปรากฏใน (ชื่อเอกสาร) โดยพิจารณาภายใต้ข้อบทที่เกี่ยวข้องของ (ชื่อของความตกลงที่อยู่ภายใต้พิธีสารฯ ที่ฝ่ายที่กล่าวหาระบุไว้) และทำรายงานการตัดสิน เพื่อให้ที่ประชุม SEOM รับรองหรือไม่รับรองรายงานของคณะผู้พิจารณา” (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms Article 6.1)

⁵⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 5.3

⁵⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 7

⁶⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 8.5

คณะผู้พิจารณาจะต้องส่งรายงานสรุปข้อเท็จจริงและคำตัดสินให้ SEOM ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ตั้งคณะผู้พิจารณา อย่างไรก็ตาม ในกรณีพิเศษ คณะผู้พิจารณาอาจขยายระยะเวลาดังกล่าวเพิ่มได้อีก 10 วัน แต่จะต้องให้โอกาสคู่พิพาทได้พิจารณารายงานก่อนที่จะส่งให้ SEOM

(3) วิธีพิจารณาของคณะผู้พิจารณา⁶¹ (panel proceedings)

คณะผู้พิจารณาจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยปฏิบัติตามข้อบทพิธีสารฯ และจะต้องหารือกันเฉพาะในระหว่างผู้พิจารณาเท่านั้น สมาชิกคู่พิพาทและสมาชิกที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องจะเข้าร่วมประชุมกับคณะผู้พิจารณาได้เฉพาะเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะผู้พิจารณาเท่านั้น⁶²

การพิจารณาคดีของคณะผู้พิจารณา และข้อมูลที่ส่งให้กับคณะผู้พิจารณาให้เก็บรักษาไว้เป็นความลับ แต่คู่พิพาทสามารถเปิดเผยท่าทีของตนต่อสาธารณชนได้ และสมาชิกจะต้องถือว่าข้อมูลลับที่สมาชิกอื่นส่งมอบต่อคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์เป็นข้อมูลลับ คู่พิพาทในคดีจะต้องทำทสรูปคำฟ้องที่สามารถเปิดเผยได้ ให้สมาชิกอื่นในกรณีที่ได้รับคำร้องขอ⁶³

คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องยื่นคำฟ้อง (written submission) ซึ่งพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 สามารถจำแนกคำฟ้องได้ดังนี้

- Violation Complaint ได้แก่ คำฟ้องซึ่งสมาชิกกล่าวหาสมาชิกอื่นว่าใช้มาตรการขัดกับพันธกรณีแห่งความตกลงฯ ซึ่งเป็นเหตุให้สมาชิกผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย

⁶¹ วิธีพิจารณาของคณะผู้พิจารณากำหนดไว้ในส่วนแนบ II (Appendix II) ของพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 มีข้อสังเกตว่า พิธีสารฯ ไม่ได้กำหนดไว้ในส่วนแนบ II ดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียว (integral part) กับพิธีสารฯ อนึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO ก็กำหนดเรื่องวิธีพิจารณาฯ ไว้ในทำนองเดียวกัน ซึ่งแม้จะไม่ได้กำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของความตกลง DUS แต่สมาชิกคู่พิพาท ฝ่ายเลขานุการ และคณะผู้พิจารณาใน WTO ก็ถือปฏิบัติตามแนวทางที่กำหนดไว้ในวิธีพิจารณาฯ อย่างเคร่งครัด

⁶² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.1 และ Appendix II.2

⁶³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 8.5 และ Appendix II.3

- Situation Complaint ได้แก่ คำฟ้องซึ่งสมาชิกกล่าวอ้างว่ามีสถานการณ์เกิดขึ้นระหว่างสมาชิก ซึ่งทำให้สิทธิประโยชน์ที่ตนคาดว่าจะได้รับภายใต้ความตกลง ฯ ต้องเสียหายไปทั้งหมด (nullify) หรือบางส่วน (impaired) ทั้งนี้ สถานการณ์ที่เกิดขึ้นไม่เกี่ยวข้องกับมาตรการใด ๆ

โดยในคำฟ้องจะต้องระบุข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และข้อกล่าวอ้างในประเด็นพิพาทแห่งคดีให้กับคณะผู้พิจารณาก่อนการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะผู้พิจารณาครั้งแรก⁶⁴ (first substantive meeting) และในการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะผู้พิจารณาครั้งแรก ให้ฝ่ายที่ฟ้องคดีแสดงความเห็นในประเด็นข้อพิพาทก่อน หลังจากนั้น จึงให้ฝ่ายที่ถูกฟ้องแสดงความเห็นของตนในประเด็นข้อพิพาท⁶⁵

ให้ฝ่ายที่สามที่ได้แจ้งต่อที่ประชุม SEOM ว่าตนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทได้แสดงความเห็นในการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะผู้พิจารณาครั้งแรกด้วย โดยให้จัดช่วงเวลาให้ฝ่ายที่สามแสดงความเห็นโดยเฉพาะ⁶⁶

ให้คู่พิพาทยกประเด็นที่มีการโต้เถียงกัน (rebut) ในการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะผู้พิจารณาครั้งที่สอง (second substantive meeting) โดยให้ฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายยกข้อโต้เถียงของตนขึ้นว่ากล่าว และให้คู่พิพาทส่งคำฟ้องฉบับที่สอง (written rebuttals หรือ second written submissions) ต่อคณะผู้พิจารณาก่อนที่จะมีการประชุม ฯ ครั้งที่สอง⁶⁷

คู่พิพาทและฝ่ายที่สามซึ่งได้รับอนุญาตให้แสดงความเห็นของตนในคดีพิพาทต่อคณะผู้พิจารณา จะต้องจัดทำเอกสารถ้อยแถลงส่งให้กับคณะผู้พิจารณาด้วย⁶⁸

คณะผู้พิจารณาอาจถามคำถามคู่พิพาทหรือฝ่ายที่สามเมื่อใดก็ได้ในระหว่างการประชุม ฯ หรืออาจส่งคำถามให้ตอบก็ได้⁶⁹

⁶⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.4

⁶⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.5

⁶⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.6

⁶⁷ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.7

⁶⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.9

และ Appendix II.10

⁶⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Appendix II.8

(4) การรับรองรายงานของคณะผู้พิจารณา

ที่ประชุม SEOM จะรับรองรายงานการประชุมภายใน 30 วัน นับจากวันที่คณะผู้พิจารณาได้ส่งมอบรายงานเว้นแต่สมาชิกที่เป็นคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าจะอุทธรณ์คำตัดสิน หรือ SEOM ดันทามติไม่รับรองรายงานการประชุม⁷⁰ ในกรณีที่สมาชิกคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าจะอุทธรณ์ ให้ระงับการรับรองรายงานไว้จนกว่าการอุทธรณ์จะเสร็จสิ้น⁷¹

ในกรณีที่ไม่มีการประชุม SEOM หรือไม่มีแผนที่จะจัดการประชุมฯ ภายใน 30 วัน นับจากวันที่คณะผู้พิจารณาได้ส่งมอบรายงาน ให้ลงมติว่าจะรับรองหรือไม่รับรองรายงานโดยทางหนังสือ ในกรณีที่สมาชิกไม่ตอบ ให้ถือว่าสมาชิคนั้นเห็นชอบให้รับรองรายงาน การลงมติรับรองหรือไม่รับรอง จะต้องทำให้เสร็จภายใน 30 วัน นับจากวันที่คณะผู้พิจารณาได้ส่งมอบรายงาน ไม่ว่าจะเป็น การลงมติในที่ประชุมฯ หรือการลงมติทางหนังสือ⁷²

(5) กรณีพิพาทที่มีผู้ฟ้องคดีหลายราย (procedures for multiple complainants)

ในกรณีที่มีสมาชิกมากกว่าหนึ่งประเทศขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณาในข้อพิพาทเรื่องเดียวกันให้ตั้งคณะผู้พิจารณาคณะเดียวเพื่อพิจารณาคำฟ้องเหล่านั้น หากเป็นไปได้ แต่จะต้องคำนึงถึงสิทธิของทุกสมาชิกที่เป็นฝ่ายฟ้องคดี โดยให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคำฟ้องของสมาชิกแต่ละประเทศโดยเฉพาะ และให้ทำรายงานแยกต่างหากสำหรับแต่ละสมาชิกหากได้รับคำร้องขอ⁷³

ให้ส่งคำฟ้องให้กับทุกประเทศสมาชิกที่ฟ้องคดี และให้มีสิทธิเข้าร่วมรับฟังการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะผู้พิจารณา (substantive meeting) ระหว่างที่สมาชิกอื่นที่ฟ้องคดีทำการเสนอความเห็นต่อคณะผู้พิจารณา⁷⁴

⁷⁰ เป็นการนำหลัก negative consensus ของกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO มาใช้ในการรับรองรายงานของคณะผู้พิจารณา

⁷¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 9.1

⁷² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 9.2

⁷³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 10.1 , 10.2

⁷⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 10.2

ในกรณีที่ตั้งคณะผู้พิจารณามากกว่าหนึ่งคณะเพื่อพิจารณาคำฟ้องซึ่งเกี่ยวเนื่องกับเรื่องเดียวกัน หากเป็นไปได้ ให้นำบุคคลเดียวกันทำหน้าที่พิจารณาในแต่ละคดี และให้ประธานกำหนดเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา⁷⁵

(6) ฝ่ายที่สาม (third party)

พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของสมาชิกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาทในคดีโดยตรง โดยกำหนดว่าในการพิจารณาคดี คณะผู้พิจารณาคดีจะต้องคำนึงถึงสิทธิของสมาชิกอื่นภายใต้ความตกลงฯ ด้วย และให้สมาชิกที่มีสิทธิประโยชน์เกี่ยวข้องถึงขนาดในคดี มีสิทธิแสดงความคิดเห็นต่อหน้าคณะผู้พิจารณาได้ในฐานะฝ่ายที่สาม และมีสิทธิที่จะได้รับคำฟ้องของคู่พิพาทในการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะผู้พิจารณาครั้งแรก แต่จะต้องแจ้งให้ที่ประชุม SEOM ก่อนว่าตนมีสิทธิประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี⁷⁶

นอกจากนี้ หากสมาชิกที่เป็นฝ่ายที่สามเห็นว่ามาตรการที่เป็นประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีมีผลทำให้สิทธิประโยชน์ของตนภายใต้ความตกลงฯ ต้องเสียหายทั้งหมด (nullify) หรือบางส่วน (impaired) ก็มีสิทธิที่จะฟ้องคดีเองได้⁷⁷

2.2.3 การอุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อพิพาท

(1) องค์การอุทธรณ์ (appellate body)

พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 กำหนดให้ตั้งองค์การอุทธรณ์คำตัดสินคณะผู้พิจารณา⁷⁸ โดยให้ที่ประชุมรัฐมนตรีด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (AEM)

⁷⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 10.3

⁷⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 10.1, 10.2 , 10.3

⁷⁷ ในกรณีดังกล่าวให้คณะผู้พิจารณาในคดีเดิมเป็นผู้พิจารณาซึ่งฝ่ายที่สามเป็นผู้ฟ้อง หากเป็นไปได้ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 11.4)

⁷⁸ สมาชิกองค์การอุทธรณ์จะต้องประกอบด้วยผู้ที่ได้รับการยอมรับและมีความตกลงอยู่ภายใต้พิธีสารฯ มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความตกลงที่อยู่ภายใต้พิธีสารฯ โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติและไม่เกี่ยวข้องกับรัฐบาลใดๆ และจะต้องติดตามความเคลื่อนไหวในเรื่องการระงับข้อพิพาทและกิจการอื่นๆ ของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.3)

เป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก 7 คน และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี ซึ่งอาจต่ออายุได้อีกหนึ่งวาระ องค์การอุทธรณ์มีองค์คณะในการพิจาราคดีอุทธรณ์ 3 คน โดยให้หมุนเวียนกันทำหน้าที่พิจารณาคดี⁷⁹ สมาชิกองค์การอุทธรณ์จะต้องไม่เข้าร่วมในการพิจารณาข้อพิพาทที่ตนมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อม⁸⁰

(2) การอุทธรณ์ (appellate)

ผู้ที่มีสิทธิอุทธรณ์ได้แก่ คู่พิพาทในคดีเดิมเท่านั้น โดยที่ฝ่ายที่สามไม่มีสิทธิอุทธรณ์ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สามอาจเสนอความเห็นของตนต่อองค์การอุทธรณ์ได้ หากได้แจ้งต่อที่ประชุม SEOM ว่าตนมีสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับคดีตามข้อ 11 วรรค 2 ของร่างพิธีสารฯ

องค์การอุทธรณ์จะต้องพิจารณาและทำรายงานคำตัดสินให้เสร็จภายใน 60 วัน นับจากวันที่สมาชิกคู่พิพาทแจ้งว่าจะอุทธรณ์คดี ในกรณีที่องค์การอุทธรณ์เห็นว่าไม่สามารถทำรายงานคำตัดสินให้เสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวก็อาจขยายกำหนดเวลาออกไปได้ อย่างไรก็ตาม องค์การอุทธรณ์จะต้องทำรายงานให้เสร็จภายใน 90 วัน ในทุกกรณี⁸¹

องค์การอุทธรณ์จะพิจารณาเฉพาะประเด็นข้อกฎหมาย ซึ่งได้ยกขึ้นว่ากล่าวแล้วในรายงานของคณะผู้พิจารณา และการตีความข้อกฎหมายของคณะผู้พิจารณาเท่านั้น⁸² โดยองค์การอุทธรณ์อาจตัดสินให้ยืนตาม หรือแก้ไข หรือกลับ คำตัดสินของคณะผู้พิจารณา⁸³

(3) การรับรองรายงานขององค์การอุทธรณ์

ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจ (SEOM) จะต้องรับรองรายงานภายใน 30 วันนับจากวันที่ส่งรายงานดังกล่าวให้สมาชิกพิจารณา เว้นแต่ SEOM มีฉันทามติไม่รับรองรายงานดังกล่าว⁸⁴

⁷⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.1

⁸⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.2

⁸¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.5

⁸² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.6

⁸³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.6

⁸⁴ เป็นกรนำหลัก negative consensus ของกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO มาใช้ในการรับรองรายงานขององค์การอุทธรณ์ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.13)

ในกรณีที่ไม่มีการประชุม SEOM หรือไม่มีแผนที่จะจัดการประชุมภายใน 30 วัน นับจากวันที่ส่งรายงานดังกล่าวให้สมาชิกพิจารณา ให้ลงมติว่าจะรับรองหรือไม่รับรองรายงานโดยทางหนังสือ ให้กรณีที่สมาชิกไม่ตอบ ให้ถือว่าสมาชิกรับเห็นชอบให้รับรองรายงาน การลงมติรับรองหรือไม่รับรองจะต้องให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับจากวันที่ส่งรายงานดังกล่าวให้สมาชิกพิจารณาไม่ว่าจะเป็นการลงมติในที่ประชุมหรือการลงมติทางหนังสือ⁸⁵

(4) การติดต่อกับคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์

ห้ามมิให้คู่พิพาทติดต่อฝ่ายเดียวกับคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคดีที่คณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์กำลังพิจารณาอยู่⁸⁶

คำฟ้องที่ยื่นต่อคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์จะต้องถือเป็นความลับ แต่จะต้องส่งให้กับคู่พิพาทอีกฝ่ายด้วย สมาชิกจะต้องถือว่าข้อมูลลับที่สมาชิกอื่นส่งมอบต่อคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์เป็นข้อมูลลับ อย่างไรก็ตาม คู่พิพาทสามารถเปิดเผยท่าทีของตนต่อสาธารณชนได้ และคู่พิพาทจะต้องจัดทำบทสรุปคำฟ้องที่ไม่เป็นความลับ (non-confidential version) ให้กับสมาชิกอื่นในกรณีที่ได้รับคำร้องขอ⁸⁷

2.2.4 การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยข้อพิพาท

ในกรณีที่คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์มีความเห็นว่า สมาชิกใช้มาตรการโดยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีแห่งความตกลงฯ คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์จะต้องมีคำตัดสินให้สมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีปรับมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงฯ⁸⁸ นอกจากนี้ ยังอาจเสนอแนะแนวทางในการปฏิบัติตามคำตัดสินก็ได้⁸⁹ ทั้งนี้ คำตัดสินจะต้องไม่เป็นการเพิ่มหรือลดสิทธิภายใต้ความตกลงฯ⁹⁰

⁸⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 12.13

⁸⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 13.1

⁸⁷ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 13.2

⁸⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 14.1

⁸⁹ ภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO ข้อเสนอแนะของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์เกี่ยวกับแนวทางในการปฏิบัติตามคำตัดสินไม่มีผลผูกมัดฝ่ายที่แพ้คดี (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 14.1)

⁹⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 14.2

นอกจากนี้รายงานจะต้องกำหนดรายละเอียดค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทและฝ่ายที่สามจะต้องรับผิดชอบหรือจ่ายคืนกองทุนกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน โดยคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์มีดุลยพินิจในการกำหนดตามที่เห็นควรเป็นกรณีๆ ไป⁹¹

ฝ่ายแพคคีจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) รับรองรายงานดังกล่าว⁹² และจะต้องทำรายงานเสนอต่อ SEOM เพื่อแจ้งความก้าวหน้าในการปฏิบัติตามคำตัดสินด้วย⁹³ โดยที่ฝ่ายแพคคีอาจขอขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินได้ในกรณีที่มีความจำเป็น และฝ่ายชนะคดีจะต้องไม่ปฏิเสธคำขอขยายระยะเวลาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุ⁹⁴ ทั้งนี้จะต้องตกลงกันภายใน 14 วัน นับจากวันที่รับรองรายงาน⁹⁵ และในกรณีที่จำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อปฏิบัติตามคำตัดสินในรายงานของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ ฝ่ายชนะคดีจะต้องอนุญาตให้ขยายระยะเวลาเพื่อปฏิบัติตามคำตัดสินให้เพียงพอ⁹⁶

คู่พิพาทอาจขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณา (Compliance Panel) เพื่อตัดสินว่า ฝ่ายที่แพคคีได้ปฏิบัติตามคำตัดสินแล้วหรือไม่ โดยหากเป็นไปได้คณะผู้พิจารณาในคดีเดิมเป็นผู้พิจารณาและให้ทำรายงานให้เสร็จภายใน 60 วัน ซึ่งอาจขยายระยะเวลาดังกล่าวได้แต่รวมแล้วจะต้องไม่เกิน 90 วัน⁹⁷

2.2.5 การให้การชดเชยและการระงับการให้สิทธิประโยชน์ (compensation and retaliation)

ในกรณีที่ฝ่ายแพคคีไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินภายใน 60 วัน นับจากวันที่มีการรับรองรายงาน หรือภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ ฝ่ายที่แพคคีจะต้องเจรจาเพื่อให้การชดเชย⁹⁸ กับฝ่ายที่ชนะคดีหากได้รับคำขอดังกล่าว และหากไม่สามารถตกลงกันได้ภายใน 20 วัน

⁹¹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 14.3

⁹² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 15.1

⁹³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 15.4

⁹⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 15.2

⁹⁵ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 15.3

⁹⁶ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 15.2

⁹⁷ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 15.5

⁹⁸ การให้การชดเชยเป็นเรื่องความสมัครใจ และจะต้องสอดคล้องกับความตกลงฯ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 16.1)

หลังจากสิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินแล้ว ฝ่ายที่ชนะคดีอาจขอให้ SEOM อนุญาตให้ทำการตอบโต้⁹⁹ ซึ่งรูปแบบของการตอบโต้สามารถแบ่งออกได้ 3 ประเภท คือ¹⁰⁰

1. Parallel retaliation ได้แก่ การระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาเดียวกับที่ความเสียหาย (nullification or impairment) เกิดขึ้น

2. Cross-sector retaliation ได้แก่ การระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีในสาขาอื่นภายใต้ความตกลงฉบับเดียวกัน

3. Cross-agreement retaliation ได้แก่ การระงับการให้สิทธิประโยชน์หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงฉบับอื่น

ที่ประชุม SEOM จะต้องอนุญาตให้ทำการตอบโต้ภายใน 30 วันนับจากสิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสิน เว้นแต่ มีฉันทามติไม่อนุญาตให้ทำการตอบโต้¹⁰¹

ในกรณีที่ไม่มีการประชุม SEOM หรือไม่มีแผนที่จะจัดการประชุมฯ ภายใน 30 วัน นับจากวันที่สิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสิน ให้ลงมติว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำการตอบโต้โดยหนังสือ ในกรณีที่สมาชิกไม่ตอบโต้ภายใน 30 วัน ให้ถือว่าสมาชิกนั้นมีมติอนุญาต การลงมติดังกล่าวจะต้องทำให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน¹⁰² และระดับในการตอบโต้จะต้องเท่ากับความเสียหายฝ่ายที่ชนะคดีได้รับ¹⁰³

หากฝ่ายที่แพ้คดีคัดค้านว่าระดับการตอบโต้มากกว่าความเสียหายที่ได้รับ หรือไม่ เป็นไปตามข้อบทของพิธีสารฯ ให้ส่งเรื่องให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยให้คณะผู้พิจารณาเดิมทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหากเป็นไปได้ หรือให้เลขาธิการแห่งอาเซียนเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการ

⁹⁹ พิธีสารฯ ต้องการให้สมาชิกปฏิบัติตามคำตัดสินเป็นสำคัญ ส่วนเรื่องการชดเชยและการตอบโต้ เป็นมาตรการชั่วคราวในกรณีที่ไม่มีการประชุมปฏิบัติตามคำตัดสินภายในกำหนดเท่านั้น (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 16.1)

¹⁰⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 16.3

¹⁰¹ เป็นการนำหลัก negative consensus ของกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO มาใช้ในการอนุญาตให้ทำการตอบโต้

¹⁰² ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 16.6

¹⁰³ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 16.4

โดยให้มีคำชี้ขาดภายใน 60 วัน นับจากวันสิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสิน และห้ามทำการตอบโต้ในระหว่างที่อนุญาโตตุลาการยังไม่มีคำชี้ขาด¹⁰⁴

กองทุนกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN DSM Fund)

กำหนดให้ตั้งกองทุนกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพื่อสำรองค่าใช้จ่ายคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ในการพิจารณาคดี โดยสมาชิกทุกประเทศจะต้องร่วมกันออกเงินเพื่อตั้งกองทุนในจำนวนที่เท่ากัน¹⁰⁵ และกำหนดให้คู่พิพาทและฝ่ายที่สามต้องจ่ายเงินคืนเข้ากองทุนตามที่คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์กำหนด¹⁰⁶

สถานที่พิจารณาคดี (venue of proceedings)

คณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณา ณ สำนักเลขาธิการอาเซียน¹⁰⁷ อย่างไรก็ตามสำหรับกระบวนการพิจารณาที่ไม่ใช่การประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะผู้พิจารณาสามารถดำเนินการที่ใดก็ได้ ตามที่คณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์เห็นสมควร แต่จะต้องหารือกับคู่พิพาทก่อน โดยคำนึงถึงเรื่องความสะดวกและประหยัดด้วย¹⁰⁸

ทั้งนี้ สำนักเลขาธิการอาเซียนจะต้องสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้พิจารณา โดยเฉพาะในประเด็นประวัติศาสตร์ภูมิหลัง และกระบวนการพิจารณา รวมทั้งให้การสนับสนุนด้านธุรการและทางเทคนิค นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ในการติดตามการปฏิบัติตามคำตัดสินของฝ่ายที่แพ้

¹⁰⁴ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 16.7

¹⁰⁵ สมาชิกทุกประเทศจะต้องร่วมกันออกเงินจัดตั้งกองทุนฯ ซึ่งคาดว่าในเบื้องต้นจะใช้เงินทั้งหมดประมาณ 333,293.13 เหรียญสหรัฐฯ หรือประมาณ 33,329.31 เหรียญสหรัฐฯ ต่อประเทศ ซึ่งกระทรวงพาณิชย์ได้ขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเพื่อใช้เงินจากงบกลาง กระทรวงการคลัง เป็นค่าใช้จ่ายดังกล่าว (หนังสือกระทรวงพาณิชย์ด่วนที่สุด ที่ พณ 0606/5311 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547)

¹⁰⁶ คู่พิพาทจะต้องคืนเงินเข้าสู่กองทุนฯ ตามที่คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์กำหนด (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 14.3)

¹⁰⁷ สำนักเลขาธิการอาเซียน ตั้งอยู่ ณ กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย (ASEAN Secretariat, Jl. Sisingamangaraja 70A, Kebayoran Baru, Jakarta 12011, Indonesia, www.asensec.org)

¹⁰⁸ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 20

คดีด้วย¹⁰⁹ โดยเลขาธิการอาเซียนจะเป็นผู้ประสานและรับเอกสารเกี่ยวกับข้อพิพาททั้งหมดและให้
ดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารตามความเหมาะสม และเป็นผู้ปรับปรุงรายชื่อความตกลงที่ระบุไว้ใน
ส่วนแนบ I เป็นระยะๆ ตามที่จำเป็น โดยจะต้องหารือกับที่ประชุม SEOM ก่อน¹¹⁰

¹⁰⁹ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 19.1
และ 19.2

¹¹⁰ ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanisms, Article 19.3
และ 19.4