

## บทที่ 2

### กระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance)

#### 1. กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความตกลงจัดทำเขตการค้าเสรีขององค์การการค้าโลก (WTO) ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน(AFTA) และภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ(NAFTA)

ดังที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วว่า โดยทั่วไปนั้นในกระบวนการระงับข้อพิพาท มีกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งที่ไม่มีผลผูกพัน และที่มีผลผูกพันให้ต้องทำตามคำตัดสินชี้ขาด แต่ก่อนที่จะได้ทำการศึกษากันในรายละเอียดของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความตกลงจัดทำเขตการค้าเสรีขององค์การการค้าโลก(WTO)<sup>1</sup> ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน(AFTA)<sup>2</sup> และภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ(NAFTA)<sup>3</sup> กันในประเด็นดังกล่าวนี้ จึงควรที่จะได้ทำการศึกษาในขอบเขต และการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทกันเสียก่อน ซึ่งถือเป็นข้อพิจารณาในเบื้องต้นก่อนที่จะได้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทกันต่อไป

#### 1.1 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมือนกัน

##### 1.1.1 กรอบและขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท

สำหรับในเรื่องของ กรอบและขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัติในความเข้าใจ ว่าด้วยกฎหมายและกระบวนการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes : DSU)<sup>4</sup> มีขอบเขตครอบคลุมข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดภายใต้ความตกลงองค์การการค้าโลก (WTO) เพื่อการระงับข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ ซึ่งว่าด้วยเรื่องของการขัดแย้งที่เกี่ยวกับการ

---

<sup>1</sup> ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า ภายใต้กรอบความตกลงฯ ของ WTO

<sup>2</sup> ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า AFTA

<sup>3</sup> ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า NAFTA

<sup>4</sup> ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า ความเข้าใจฯ

ตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลง (Application) ไม่ว่าจะกรณีที่มีการใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลง (Violation Complaint)<sup>5</sup> จนทำให้ผลประโยชน์ที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพึงได้รับตามความตกลง ไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อม ต้องเสียไปทั้งหมดหรือบางส่วน หรือเป็นกรณีที่ไม่ยอมปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลง รวมถึงเรื่องที่ไม่ได้เป็นการขัดต่อความตกลงของ WTO (Non-Violation Complaint)<sup>6</sup> หรือมีสถานการณ์ที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลง (Situation Complaint)<sup>7</sup> อย่างไรก็ตาม ในความตกลง บางฉบับก็มีข้อบทพิเศษ หรือเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ซึ่งในกรณีข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของความตกลง ฉบับใดขัดกับความเข้าใจ ก็ให้ใช้ข้อบทของความตกลง ฉบับนั้น นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลง มากกว่าหนึ่งฉบับ และรัฐคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะใช้ข้อบทของความตกลงใด ให้ประธานขององค์การระงับข้อพิพาท (The Chairman of the DSB) เป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้ โดยในความเข้าใจ นี้ได้ระบุให้กฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความเข้าใจ ใช้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิทธิและพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก และในความตกลงต่าง ๆ ซึ่งเป็นภาคผนวกแนบท้ายความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก โดยความตกลงดังกล่าวแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ความตกลงที่มีลักษณะเป็นความตกลงพหุภาคี (Multilateral Trade Agreements) ซึ่งประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกมีพันธกรณีจะต้องปฏิบัติตามโดยไม่สามารถยกเว้นได้ และ ความตกลงในลักษณะความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral Trade Agreements) ซึ่งจะผูกพันเฉพาะประเทศที่รับรองความตกลงเหล่านั้นเท่านั้น ซึ่งความเข้าใจ นี้ จะใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงข้างต้น โดยเรียกความตกลงทั้งหมดข้างต้นนี้ว่า Covered Agreements<sup>8</sup>

สำหรับในเรื่องของ กรอบและขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท ตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute

<sup>5</sup> DSU ; Article 3 para.8.

<sup>6</sup> DSU ; Article 26 para.1.

<sup>7</sup> DSU ; Article 3 para.3.

<sup>8</sup> ดูเพิ่มเติมได้จาก [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/legal\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm) หรือ กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์ , คำแปลกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย , ( กรุงเทพมหานคร : กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์ , 2537 ).

Settlement Mechanism 2004 : ASEAN EDSM)<sup>9</sup> มีขอบเขต และการใช้กระบวนการระดับข้อพิพาท เพื่อการระงับข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ ซึ่งว่าด้วยเรื่องของการข้อขัดแย้งที่เกี่ยวกับการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการให้บังคับความตกลงฯ (Application) เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่มีการใช้มาตรการที่ขัดต่อความตกลง (Violation Complaint) จนทำให้ผลประโยชน์ที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพึงได้รับตามความตกลงฯ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ต้องเสียไปทั้งหมดหรือบางส่วน หรือเป็นกรณีที่ไม่ยอมปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงฯ หรือมีสถานการณ์ที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงฯ (Situation Complaint) ได้<sup>10</sup> แต่อาจสังเกตเห็นได้ว่า ในขณะที่ความเข้าใจ กลับเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกสามารถฟ้องร้องคดีต่อกันได้ หากมีการร้องเรียนว่ามีการใช้มาตรการใดๆ ของรัฐสมาชิกคู่สัญญา แม้ว่าการใช้มาตรการดังกล่าวจะไม่ขัดต่อบทบัญญัติใดๆ ขององค์การการค้าโลกเลยก็ตาม (Non-Violation Complaints)<sup>11</sup> นอกเหนือไปจากที่รัฐสมาชิกสามารถฟ้องร้องคดีต่อกันโดยการกล่าวอ้างเรื่องเกี่ยวกับ Violation Complaints หรือ Situation Complaints<sup>12</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความเข้าใจ จะเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกใดที่ไม่ได้ละเมิดพันธกรณี (Non-Violation Complaints) ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็คงไม่มีผลแตกต่างไปจากในพิธีสารฯ ปี 2004 มากนัก เนื่องจากในคดีดังกล่าวนั้น (Non-Violation Complaints) รัฐสมาชิกฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องยกเลิกการใช้มาตรการที่ถูกฟ้องแต่อย่างใด และ รัฐสมาชิกฝ่ายที่ฟ้องคดีก็ไม่มีสิทธิจะไปทำการตอบโต้อีกฝ่ายหนึ่งได้ เพียงแต่อาจเจรจากันเรื่อง Mutually satisfactory adjustment ทั้งนี้ อาจรวมถึงเรื่องการให้การชดเชย (Compensation) ด้วย<sup>13</sup>

อย่างไรก็ตาม ในความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียนนั้น บางฉบับก็มีข้อบทพิเศษ หรือเพิ่มเติมเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งในกรณีที่มีความแตกต่างกันระหว่างข้อบทในความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียนใด กับในพิธีสารฯ ฉบับนี้ ก็ให้ใช้ข้อบทในความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียนฉบับนั้น<sup>14</sup> ทั้งนี้ โดยในพิธีสารฯ ปี 2004 มีความครอบคลุมข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิก

<sup>9</sup> ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า พิธีสารฯ ปี 2004.

<sup>10</sup> ASEAN EDSM ; Article 3 , para.2.

<sup>11</sup> DSU ; Article 26 , para.1.

<sup>12</sup> DSU ; Article 3 , para.8 and Article 26 , para.2.

<sup>13</sup> DSU ; Article 26 , para.1 (b) , (c) , (d).

<sup>14</sup> ASEAN EDSM ; Article 1 , para.2.

อาเซียน ที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน ที่กำหนดไว้ใน ส่วนแนบ I ของพิธีสารฯ ปี 2004 ( Appendix I Covered Agreements )<sup>15</sup>

สำหรับในเรื่องของ กรอบและขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า ( Chapter 20 on general dispute settlement of the 1992 NAFTA Treaty : NAFTA Chapter 20 )<sup>16</sup> มีขอบเขตครอบคลุม ข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ ภายใต้ความตกลงนาฟต้า ซึ่งว่าด้วยเรื่องเกี่ยวกับการ ตีความ (Application) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลงฯ (Interpretation) อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายทั้งหมด หรือบางส่วน แก่รัฐคู่พิพาท<sup>17</sup> ไม่ว่าจะ ความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นจากสาเหตุใดก็ตาม ( Violation Complaints , Non-Violation Complaints , Situation Complaints ) เหตุเพราะ ในนาฟต้ามิได้ระบุไว้เป็นการชัดแจ้งดังที่ ปรากฏใน WTO หรือ ASEAN ทั้งนี้ อาจสังเกตเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติฯ นาฟต่านี้ ไม่ได้ กำหนดให้รัฐสมาชิกสามารถร้องเรียนว่ามีสถานการณ์ใดๆ เกิดขึ้นในระหว่างรัฐสมาชิก(Situation Complaints) ซึ่งทำให้สิทธิประโยชน์ที่ตนคาดว่าจะได้รับภายใต้ความตกลงฯ ต้องเสียหายไป ทั้งหมด หรือบางส่วนได้ ดังเช่นที่มีในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ และในพิธีสารฯ ปี 2004 อย่างไรก็ดี แม้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะกำหนดขึ้นเพื่อให้รัฐสมาชิกสามารถใช้สิทธิร้องเรียนได้ ครอบคลุมทุกกรณีก็ตาม แต่ก็มีคลุมเครือไม่ชัดเจนถึงความหมายของสถานการณ์นั้น ว่ามี กรณีใดบ้างที่จะสามารถใช้สิทธิร้องเรียนโดยอาศัยหลักเกณฑ์นี้ได้ รวมทั้งจะส่งผลถึงการทำให้ เกิดการคัดค้านในด้านรายงานคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจนทำให้ กระบวนการพิจารณาเกิดความล่าช้าขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาใน ประวัติศาสตร์ของ GATT และ WTO จึงไม่ปรากฏว่ามีคณะผู้พิจารณาคดีใดถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อ พิจารณาในคดีดังกล่าวเลย<sup>18</sup>

ทั้งนี้ โดยในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า ไม่ครอบคลุม ข้อพิพาทภายใต้บทที่ 19 ว่าด้วยการตรวจสอบและการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเก็บภาษี

<sup>15</sup> ดูเพิ่มเติมได้จาก <http://www.aseansec.org/16754.htm>

<sup>16</sup> ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า บทบัญญัตินาฟต้า

<sup>17</sup> NAFTA Chapter 20 ; Article 2004.

<sup>18</sup> Mitsuo Matsushita , Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis , The World Trade Organization Law , Practice , and Policy, (Oxford : Oxford University Press , 2003) , p. 35.

ต่อต้านการทุ่มตลาดและตอบโต้การอุดหนุน (Chapter Nineteen : Review and Dispute Settlement in Antidumping and Countervailing Duty Matters) แต่จะครอบคลุมข้อพิพาทใดๆ ภายใต้ความตกลงในส่วนที่ 2 (Part Two) ที่เกี่ยวกับการค้าสินค้า (Trade in Goods) แต่ยกเว้น บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับยานยนต์ (Automotive Sector) ตามความตกลงแนบท้ายบทบัญญัติ นี้ 300-A (Annex 300-A) หรือในบทที่ 6 อันเกี่ยวกับพลังงาน (Chapter Six : Energy) ที่มีส่วน สัมพันธ์กับการลงทุน (relating to investment) นอกจากนี้ให้ครอบคลุมข้อพิพาทใดๆ ภายใต้ ความตกลงในส่วนที่ 3 (Part Three) ที่เกี่ยวกับอุปสรรคทางเทคนิคในด้านการค้า (Technical Barriers to Trade) และในบทที่ 12 ว่าด้วยการบริการเกี่ยวกับการค้าข้ามพรมแดน (Chapter Twelve : Cross-Border Trade in Services) รวมทั้ง ภายใต้ความตกลงในส่วนที่ 6 (Part 6) ที่ เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property)<sup>19</sup>

ดังนั้น หากพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องดังกล่าว ทั้งที่ปรากฏภายใต้กรอบ ความตกลงฯ ของ WTO , NAFTA หรือ AFTA แล้ว จะเห็นได้ว่า ล้วนได้วางขอบเขตครอบคลุม ข้อพิพาทใดๆ ทางการค้าที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงฯ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น และเป็น การใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลงฯ (Application) ในระหว่างรัฐสมาชิกภายใต้ความตกลงฯ ทั้งนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าโดยรัฐเท่านั้น ที่ จะเป็นผู้อาศัยสิทธิตามบทบัญญัตินี้ได้ซึ่งเมื่อได้พิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ และความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐแล้ว<sup>20</sup> จะเห็นได้ว่า “ รัฐ “ เป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศที่ถูกจัดตั้งขึ้นให้มีสิทธิหน้าที่ แต่โดยสภาพแล้วรัฐไม่ สามารถดำเนินการใดๆ ได้เอง จึงต้องดำเนินการโดยผ่านการกระทำของบุคคล อีกทั้ง ในทาง กฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐเท่านั้นที่มีสถานะทางกฎหมายและเป็นบุคคลในทางระหว่าง ประเทศ ซึ่งไม่รวมถึงบุคคลธรรมดา เช่นนี้จึงเกิดแนวคิดที่การกระทำของบุคคลธรรมดาที่ได้กระทำ ขึ้นจำเป็นต้องถ่ายทอด หรือโอนการกระทำนั้นให้แก่รัฐ ที่เรียกว่า “imputability” สำหรับ “หน่วยงาน หรือ องค์กรของรัฐ” ที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศขึ้นนั้น การ พิจารณาว่า เป็นองค์กรของรัฐหรือไม่ พิจารณาได้จากการเป็นหน่วยงานภายใต้หน่วยงานหลัก อันได้แก่ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ แต่มีข้อสังเกตบางประการของการกระทำ หรือละเว้น

<sup>19</sup> NAFTA Chapter 20 ; Article 2004 and Annex 2004.

<sup>20</sup> จุมพต สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3 , พิมพ์ครั้งที่ 3 ( กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2545 ) น. 81 – 98.

กระทำการของหน่วยงาน หรือองค์กรของรัฐ กล่าวคือ แม้เป็นการกระทำที่เกินกว่าขอบอำนาจ (ultra vires) ขององค์กรนั้นก็ตาม จะยกเป็นเหตุอ้างที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้ ในแง่ของความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้วไม่คำนึงถึงการจัดรูปแบบของศักราชภายในของรัฐ และไม่ว่าเป็นองค์กรในระดับใดของรัฐ

ดังนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่า แม้ผู้อาศัยสิทธิตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ จะไม่ใช่รัฐในทางข้อเท็จจริงในเชิงสังคมวิทยา แต่เป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นองค์กรของรัฐ ซึ่งรัฐเป็นผู้จัดตั้งให้มีขึ้น รวมทั้ง หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐได้ใช้อำนาจหน้าที่ภายใต้กรอบอำนาจนั้นเช่นนี้ ก็ถือว่าเป็นการกระทำใดๆ ซึ่งได้ทำลงไว้เป็นการกระทำลงไปในนามของรัฐด้วย

### 1.1.2 วิธปฏิบัติซึ่งนำมาใช้ในการดำเนินคดี

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจ<sup>21</sup> พิธีสาร ปี 2004<sup>22</sup> และบทบัญญัติขนาพต้า<sup>23</sup> จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วล้วนมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ รัฐสมาชิกภายใต้ความตกลงฯ ต่างก็มีความตกลงร่วมกัน เพื่อที่จะระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลงฯ (Application) โดยใช้วิธีการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสานกัน ทั้งในระหว่างวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิถีทางในทางการทูต (Diplomatic Means) กับ วิถีทางในทางกฎหมาย (Legal Means of Settlement) เข้าด้วยกัน โดยตามขั้นตอนของกระบวนการระงับข้อพิพาทได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทจะต้องดำเนินการเจรจาปรึกษาหารือกันก่อนเป็นอันดับแรกเพื่อให้บรรลุถึงข้อยุติซึ่งเป็นที่พอใจร่วมกัน ยิ่งไปกว่านั้น รัฐคู่พิพาทอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นซึ่งนอกเหนือไปจากการเจรจาปรึกษาหารือกันก็ได้ อาทิ การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย การจัดการเจรจา

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากปรากฏว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้นล้มเหลว รัฐคู่พิพาท ก็อาจมีคำร้องขอให้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” (Panel) ขึ้น เพื่อทำการพิจารณา และทำคำตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวนั้นต่อไป ทั้งนี้ เพื่อจะได้เข้าใจในหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว ทั้งในส่วนของการระงับข้อพิพาทที่เหมือนกัน และในส่วนที่แตกต่างกัน ทั้งในองค์การการค้าโลก (WTO) เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) และความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) มากขึ้น ดังนั้น จะได้มีการกล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

<sup>21</sup> DSU ; Article 3 , Article 4 , Article 5 and Article 6.

<sup>22</sup> ASEAN EDSM ; Article 3 , Article 4 and Article 5.

<sup>23</sup> NAFTA Chapter 20 ; Article 2006, Article 2007 and Article 2008.

### 1.1.3 การประนีประนอม (Conciliation)

ภายใต้ความเข้าใจ<sup>24</sup> ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทเป็นผู้มีสิทธิที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอม (Conciliation) หรือไม่ก็ได้ แล้วแต่ความสมัครใจของรัฐคู่พิพาท เป็นสำคัญว่าจะตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวนี้หรือไม่ โดยวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้จะเริ่มต้น หรือสิ้นสุดในเวลาใดก็ได้ และในทันทีที่มีการบอกเลิกการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) รัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายผู้กล่าวหาหรืออาจร้องขอต่อองค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ อย่างไรก็ตาม หากมีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) เกิดขึ้นภายใน 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายผู้กล่าวหาจะต้องให้ระยะเวลา 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ ก่อนที่จะขอให้มีการตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่ทั้งนี้ รัฐคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายผู้กล่าวหา อาจร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างระยะเวลา 60 วันก็ได้ ถ้าหากรัฐคู่พิพาทต่างเห็นว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ไม่เป็นผล นอกจากนี้ ข้อตกลงในการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ไม่ถือเป็นการกระทบต่อกระบวนการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ดังนั้น หากรัฐคู่พิพาทตกลงที่จะใช้วิธีการดังกล่าวนี้แล้ว แม้ว่าต่อมา จะได้ดำเนินการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเพื่อให้ทำการพิจารณาในคดีพิพาทดังกล่าวก็สามารถทำได้ อีกทั้ง รัฐคู่พิพาทก็ยังสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวต่อไปได้ แม้ว่าจะเป็นเวลาภายหลังการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้วก็ตาม

อนึ่ง ภายใต้ความเข้าใจ ได้กำหนดให้ผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (WTO Director-General) เป็นผู้มีบทบาทในการเสนอที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation)

อย่างไรก็ดี ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004<sup>25</sup> นี้ ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอมไว้คล้ายคลึงกันกับที่มีการบัญญัติไว้ภายใต้ความเข้าใจด้วยเช่นกัน<sup>26</sup> เพียงแต่ในพิธีสารฯ ปี 2004 ยังได้กำหนดบทบาทให้เลขาธิการอาเซียน (The Secretary-General of ASEAN) เป็นผู้มีบทบาทเสนอที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) จากประสบการณ์ที่ผ่านมาของเขตการค้าเสรีอาเซียน

<sup>24</sup> DSU ; Article 5.

<sup>25</sup> ASEAN EDSM ; Article 4.

<sup>26</sup> DSU; Article 5.

(AFTA) อาเซียนเองมักพยายามหลีกเลี่ยงการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ และพยายามหาทางออกของปัญหาระหว่างกันโดยวิธีการประนีประนอมเสมอมา โดยพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความขัดแย้งมากกว่าการแก้ไขความขัดแย้ง ทั้งนี้ โดยนิยมใช้ความสัมพันธ์ส่วนตัว และการทูตแบบชนชั้นนำในระหว่างผู้นำของอาเซียน ซึ่ง Tun Abdul Razak ได้เรียกการทูตของอาเซียนว่าเป็น “ การทูตแบบเสื้อกีฬา ” (sport shirt diplomacy) ซึ่งบอกเป็นนัยว่า การทูตคู่ระหว่างอาหารมือเย็น หรือในสนามกอล์ฟนั้นจะมีประสิทธิภาพมากกว่าการถกเถียงกันในที่ประชุม<sup>27</sup> แต่อย่างไรก็ตาม นักวิเคราะห์ก็ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้จะค่อยๆ ลดความสำคัญลง เนื่องจากผู้นำรุ่นใหม่ ๆ ของอาเซียนที่ขึ้นมาใช้อำนาจแทนรุ่นเก่าๆ

สำหรับในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA)<sup>28</sup> นั้น ก็ได้วางข้อกำหนดอันเกี่ยวกับเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) เอาไว้เช่นกัน โดยกำหนดว่า เมื่อมีการร้องขอเจรจาปรึกษาหารือ แต่ทั้งนี้ หากภายใน 30 วันนับแต่ส่งคำร้องขอปรึกษาหารือรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ตอบรับคำร้องขอปรึกษาหารือนั้น หรือภายใน 45 วันนับแต่วันส่งคำร้องขอปรึกษาหารือ แม้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายจะได้เข้าร่วมเจรจาปรึกษาหารือด้วย แต่การปรึกษาหารือนั้นก็ไม่สามารถยุติข้อพิพาทในระหว่างกันได้ หรือในระยะเวลาอื่นใดก็ตามที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงกัน รวมทั้ง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเกษตรเน่าเสียง่าย (perishable agricultural goods) รัฐคู่พิพาทไม่อาจระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ภายใน 15 วันนับแต่วันส่งคำร้องขอปรึกษาหารือ ดังนั้น รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดก็อาจทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะกรรมการ (Commission) เพื่อขอให้มีการประชุมคณะกรรมการเกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว นอกจากนี้ ให้จัดส่งคำร้องดังกล่าวไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง และสำนักงานเลขานุการของนาฟต้า (Secretariate) ด้วย ทั้งนี้ คณะกรรมการ (Commission) จะต้องจัดให้มีการประชุมภายใน 10 วันนับจากวันที่มีการส่งคำร้องนั้น เพื่อยุติปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวให้เร็วที่สุด ซึ่งคณะกรรมการอาจจะทำคำชี้แนะ (recommendations) หรือจัดให้มีการประนีประนอม (Conciliation) ต่อปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว เพื่อให้รัฐคู่พิพาทสามารถยุติปัญหาด้วยความพึงพอใจร่วมกันได้ อย่างไรก็ตาม หากปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวนั้น ไม่อาจยุติลงได้ภายใน 30 วันหลังจากที่คณะกรรมการได้มีการเรียกประชุมเพื่อหาทางยุติปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว รัฐคู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายใดก็อาจจะทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะกรรมการ

<sup>27</sup> Sharon Siddique and Sree Kumar, *The 2 nd ASEAN Reader*. ,( Institute of Southeast Asian Studies, 2003) , p. 46.

<sup>28</sup> NAFTA Chapter 20 ; Article 2007.

(Commission) เพื่อขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท(Arbitral Panel) นอกจากนี้ให้ส่งคำร้องดังกล่าวไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง และสำนักงานเลขานุการของนาฟต้า (Secretariate) ด้วย

อย่างไรก็ดี จากข้อพิจารณาในกระบวนการฯ ข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า ความเข้าใจขององค์การการค้าโลก (WTO) บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) และบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA) นั้น ล้วนมีความคล้ายคลึงกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 นี้ มีความคล้ายคลึงเป็นอย่างมากกับในความเข้าใจ แต่อาจจะมีมีความคล้ายคลึงกันน้อยกว่าในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA) กล่าวคือ ภายใต้บทบัญญัติทั้งสามต่างก็ได้กล่าวถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ไว้เช่นเดียวกัน เพื่อเป็นการเพิ่มทางเลือกในการยุติข้อโต้แย้ง ในระหว่างรัฐคู่พิพาทภายใต้ความตกลงฯ

แต่ทั้งนี้ อาจจะมีมีความแตกต่างกันในบางประการ โดยภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 และ ความเข้าใจฯ ล้วนกำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทที่จะเป็นผู้เลือกวิธีการในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว แต่ในขณะที่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า กลับกำหนดให้สิทธิในการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการ (Commission)

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 นี้ จะได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวเอาไว้คล้ายคลึงกันกับบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ค่อนข้างมากก็ตาม แต่ทั้งนี้ จะสังเกตเห็นได้ว่า ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 นี้<sup>29</sup> ได้วางข้อกำหนดไว้ว่าเมื่อใดที่เลิกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอม (Conciliation) รัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายที่กล่าวหา ก็สามารถขอให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ทันที นั้นย่อมแสดงให้เห็นว่า หากเป็นกรณีที่รัฐคู่พิพาทใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอม (Conciliation) ในขณะที่ยังไม่ได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ดังนี้ หากพบว่าเมื่อใดที่การประนีประนอม (Conciliation) ไม่ประสบความสำเร็จ จึงทำให้สามารถจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกันต่อไปได้ แต่ทั้งนี้ ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 กลับมิได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้ว่า หากในกรณีที่เป็นการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ก่อนที่จะขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ช่วงกำหนด

<sup>29</sup> ASEAN EDSM ; Article 4 , para.1.

ระยะเวลาใดที่รัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องให้โอกาสแก่กันในการที่จะใช้วิธีการประนีประนอม (Conciliation) เป็นระยะเวลาเท่าใด และจะสิ้นสุดเมื่อใดนั้น เนื่องจาก หากไม่มีการกำหนด ระยะเวลาดังกล่าวเอาไว้ อาจทำให้เกิดข้อเสีย คือ จะกลายเป็นช่องทางให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ต้องการทำให้การดำเนินคดีล่าช้าออกไป สามารถใช้ช่องทางนี้เพื่อยื้อเวลาการดำเนินคดีออกไปได้

แต่ในขณะที่ ภายใต้ความเข้าใจ<sup>30</sup> ได้วางข้อกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่า หากเป็นกรณีที่มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) เกิดขึ้น ก่อนที่รัฐคู่พิพาทร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ได้กำหนดว่า หากมีการใช้วิธีการประนีประนอม (Conciliation) ภายใน 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายผู้ฟ้องร้องจะต้องให้ระยะเวลา 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ แต่ทั้งนี้ ก็อาจร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างระยะเวลา 60 วันได้ ถ้าหากรัฐคู่พิพาทต่างเห็นว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ไม่เป็นผลดังกล่าวนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า ช่วงกำหนดระยะเวลา 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ เป็นช่วงกำหนดระยะเวลาที่รัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่าย จะต้องให้โอกาสแก่กันในการที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอม (Conciliation) นั้น แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากรัฐคู่พิพาทต่างเห็นว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวไม่อาจยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้ ก็อาจร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างระยะเวลา 60 วันนั้นก็ได้

ดังนั้น หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ตามพิธีสารฯ ปี 2004 ว่าด้วยเรื่องการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วนั้น ยังมีความบกพร่องอยู่บางประการ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก (WTO) ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวแล้ว กลับพบว่ามีคุณสมบัติมากกว่า และสามารถช่วยแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในพิธีสารฯ ปี 2004 ควรบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ ในทำนองเดียวกันกับตามบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจ เพื่อจะได้ช่วยแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้น และเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเปรียบเทียบในเรื่องการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ดังกล่าวข้างต้นนี้ กับกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า

<sup>30</sup> DSU ; Article 5 , para.4.

(NAFTA)<sup>31</sup> แล้ว จะเห็นได้ว่า ในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ หรือนาฟต้า (NAFTA) นั้นได้วางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวนี้แตกต่างออกไปจากในพิธีสารฯ ปี 2004 และความเข้าใจ ซึ่งอาจเห็นความแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ จะต้องปรากฏว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาปรึกษาหารือกัน ไม่อาจทำให้ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้เสียก่อน รัฐคู่พิพาทจึงจะสามารถร้องขอต่อคณะกรรมการ (Commission) เพื่อให้คณะกรรมการเป็นผู้ดำเนินการระงับปัญหาข้อโต้แย้งดังกล่าวด้วยวิธีการประนีประนอมให้ (Conciliation) แต่รัฐคู่พิพาทในกรณีพิพาทดังกล่าว หากอาจตัดสินใจด้วยตนเองเพื่อที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ได้ไม่ ซึ่งแตกต่างไปจากในพิธีสารฯ ปี 2004 และความเข้าใจ เนื่องจากทั้งสองบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ล้วนกำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทเองที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) หรือไม่ก็ได้ เพียงแต่อาจจะร้องขอให้เลขาธิการอาเซียน (The Secretary-General of ASEAN) ในกรณีที่เป็นเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) หรือผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (WTO Director-General) ในกรณีที่เป็นองค์การการค้าโลก (WTO) เข้ามาช่วยดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวให้ หรือบุคคลดังกล่าวอาจจะเป็นผู้เสนอที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวให้ ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างดังที่ได้กล่าวมาแล้วนี้ จะเห็นได้ว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า ให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวอย่างจำกัดมากกว่าในพิธีสารฯ ปี 2004 และความเข้าใจ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า บทบัญญัติภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้าว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) ดังที่ได้กล่าวเอาไว้ในช่วงต้นแล้วนี้ ยังไม่เหมาะที่จะนำมาเป็นต้นแบบแก่บทบัญญัติในพิธีสารฯ ปี 2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) เพื่อใช้อุดช่องว่างในข้อบกพร่องตามพิธีสารฯ ปี 2004 ดังที่ได้กล่าวไว้ในช่วงต้น

#### 1.1.4 การไกล่เกลี่ย (Mediation)

เมื่อก้าวถึงเรื่องของการไกล่เกลี่ย (Mediation) ตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก (WTO) แล้ว อาจกล่าวได้ว่า ไม่ได้มีความแตกต่างกับเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) แต่อย่างใด<sup>32</sup>

<sup>31</sup> NAFTA Chapter 20 ; Article 2007, para.1 and para.5.

<sup>32</sup> DSU ; Article 5.

สำหรับในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ว่าด้วยเรื่องของการไกล่เกลี่ย (Mediation) ตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 แล้ว อาจกล่าวได้ว่า ไม่ได้มีความแตกต่างกันกับเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) แต่อย่างใด<sup>33</sup>

ส่วนในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ว่าด้วยเรื่องของการไกล่เกลี่ย (Mediation) ตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้าแล้ว อาจกล่าวได้ว่าก็ ไม่ได้มีความแตกต่างกันกับเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) แม้แต่น้อย<sup>34</sup>

ดังนั้น จากข้อพิจารณาในข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า ความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก (WTO) บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) และบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA) นั้น ไม่ได้มีความแตกต่างกันออกไปมากนัก ทั้งนี้ เป็นเพราะต่างก็ได้กำหนดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาท ด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation) เอาไว้เช่นเดียวกัน เพื่อเป็นการเพิ่มทางเลือกในการยุติปัญหา ข้อขัดแย้งกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทภายใต้ความตกลงฯ ก่อนที่จะได้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการ ทางกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบ แต่หากจะมีความแตกต่างอยู่บ้าง ก็เฉพาะในส่วนของบทบัญญัติ ว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA) ที่กำหนดให้สิทธิในการเลือกใช้วิธีการ ระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการ (Commission) ซึ่งทำให้มีความแตกต่างออกไป จากในพิธีสารฯ ปี 2004 และความเข้าใจ

อนึ่ง สำหรับข้อสังเกต ในปัญหาภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ว่าด้วยกระบวนการระงับ ข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับเรื่องของการไกล่เกลี่ย (Mediation) นั้น ก็มีลักษณะปัญหาเช่นเดียวกันกับ ที่ปรากฏในเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ในกรณีที่เป็น การ ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation) ก่อนที่จะขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทนั้น ช่วงกำหนดระยะเวลาใดที่รัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องให้โอกาสแก่กันในการที่จะใช้ วิธีการไกล่เกลี่ย และเป็นระยะเวลาเท่าใด รวมถึงจะสิ้นสุดเมื่อใดดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น ทั้งนี้ ในส่วนทางออกของปัญหาดังกล่าวนั้น ผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นเดียวกันกับที่ได้กล่าวไว้ใน เรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ให้นำบทบัญญัติภายใต้ความ เข้าใจ<sup>35</sup> ซึ่งว่าด้วยเรื่องของการไกล่เกลี่ย (Mediation) มาเป็นแม่แบบแก่พิธีสารฯ ปี 2004<sup>36</sup> เพื่อ ช่วยแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว

<sup>33</sup> ASEAN EDSM ; Article 4.

<sup>34</sup> NAFTA Chapter 20 ; Article 2007.

<sup>35</sup> DSU ; Article 5 , para.4.

### 1.1.5 การจัดการเจรจา (Good Office)

ในเรื่องของกระบวนการระงับข้อพิพาทว่าด้วยเรื่องการจัดการเจรจา (Good Office) นั้น ตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก (WTO) แล้ว อาจกล่าวได้ว่า ไม่ได้มีความแตกต่างกันกับในเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) แต่อย่างใด<sup>37</sup>

อย่างไรก็ดี ในจำนวนวิธีการระงับข้อพิพาททั้งสามวิธีนี้ ไม่ว่าจะเป็นการประนีประนอม (Conciliation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) หรือการจัดการเจรจา (Good Office) นั้น วิธีการที่จัดได้น่ามาใช้ในการระงับข้อพิพาทมากกว่าวิธีอื่น คือ การจัดการเจรจา (Good Office)<sup>38</sup>

ทั้งนี้ ในส่วนของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) นั้น สำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ว่าด้วยเรื่องของการจัดการเจรจา (Good Office) นั้น อาจกล่าวได้ว่า ไม่ได้มีความแตกต่างกันกับเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) แต่อย่างใด<sup>39</sup>

นอกจากนั้น ในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เอง ที่ว่าด้วยเรื่องของการจัดการเจรจา (Good Office) ตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้าแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ไม่ได้มีความแตกต่างกันกับในเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) แต่ประการใด<sup>40</sup>

ดังนั้น จากข้อพิจารณาในข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า ในความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก (WTO) บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) และบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA) นั้น ไม่ได้มีความแตกต่างกันมากนัก ทั้งนี้ เป็นเพราะต่างก็ได้กำหนดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการจัดการเจรจา (Good Office) เอาไว้เช่นเดียวกัน เพื่อเป็นการเพิ่มทางเลือกในการยุติ

<sup>36</sup> ASEAN EDSM ; Article 4 , para.1.

<sup>37</sup> DSU; Article 5.

<sup>38</sup> Mitsuo Matsushita , Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis , The World Trade Organization law , Practice , and Policy , ( Oxford : Oxford University Press , 2003 ) p. 27.

<sup>39</sup> ASEAN EDSM ; Article 4.

<sup>40</sup> NAFTA Chapter 20; Article 2007.

ปัญหาข้อโต้แย้งกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทภายใต้ความตกลงฯ แต่หากจะมีความแตกต่างอยู่บ้างก็ เฉพาะในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA) ที่กำหนดให้ สิทธิในการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการ (Commission) ซึ่งทำ ให้มีความแตกต่างออกไปจากในพิธีสารฯ ปี 2004 และความเข้าใจ

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีข้อสังเกตต่อปัญหาภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ว่าด้วยกระบวนการ ระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับเรื่องของการจัดการเจรจา (Good Office) นั้น ปรากฏลักษณะของ ปัญหาไม่แตกต่างจากในเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการจัดการเจรจา (Good Office) ก่อนที่จะขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ช่วงกำหนด ระยะเวลาใดที่รัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องให้โอกาสแก่กันในการที่จะใช้วิธีการไกล่เกลี่ย เป็น ระยะเวลาเท่าใด และจะสิ้นสุดเมื่อใด

ทั้งนี้ สำหรับในปัญหาข้อบกพร่องดังกล่าว ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า ควรนำเอาวิธีการ เช่นเดียวกันกับที่ได้เคยกล่าวไว้ก่อนหน้านี้ ทั้งในเรื่องของการประนีประนอม (Conciliation) และ การไกล่เกลี่ย (Mediation) มาใช้กับในเรื่องของการจัดการเจรจา (Good Office) ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ให้นำบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจ<sup>41</sup> ซึ่งว่าด้วยเรื่องของการจัดการเจรจา (Good Office) มาเป็นแม่แบบแก่พิธีสารฯ ปี 2004<sup>42</sup> เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาข้อบกพร่องดังกล่าว

อนึ่ง จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบ ในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผล ผูกพัน (Dispute Avoidance) นั้น เป็นประโยชน์อย่างมากต่อข้อพิพาทในทางการค้า และ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้ด้วยความเป็นมิตรต่อกันใน ระหว่างรัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าในส่วนของกระบวนการที่เหมือนกันดังกล่าวนี้ ทั้ง ที่ปรากฏภายใต้กรอบความตกลงการค้าเสรีขององค์การการค้าโลก (WTO) และ ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) รวมถึงภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) แล้ว ไม่ว่าจะ เป็นในเรื่องของ กรอบและขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท วิธีปฏิบัติซึ่ง นำมาใช้ในการดำเนินคดี การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย รวมถึง การจัดการเจรจานั้น ต่างก็ มีความคล้ายคลึงกัน โดยเฉพาะกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน ภายใต้กรอบความ ตกลงฯ ของ WTO และภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) นั้น มีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่าง มาก แม้จะยังคงมีความแตกต่างกันในบางประการ เนื่องจาก ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน

<sup>41</sup> DSU ; Article 5 , para.4.

<sup>42</sup> ASEAN EDSM ; Article 4 , para.1.

(AFTA) ยังคงมีความบกพร่องในเรื่องของความชัดเจนเกี่ยวกับกำหนดเวลาในการให้โอกาสแก่รัฐคู่พิพาทที่จะใช้สิทธิในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวดังที่ได้เคยกล่าวไว้แล้ว และควรต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุงต่อไป แต่ในขณะที่ ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) จะมีส่วนที่แตกต่างออกไปมากกว่าในกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความตกลงฯ ของ WTO และภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ดังที่ได้เคยกล่าวไว้ในข้างต้นแล้วนี้ แต่จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า ข้อแตกต่างดังกล่าว จะเป็นส่วนที่ช่วยยังประโยชน์ต่อการนำมาพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทได้ เมื่อได้มีการนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับกระบวนการภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ต่อไป

## 1.2 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน

### 1.2.1 การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation)

สำหรับในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) นั้น ภายใต้ความเข้าใจกำหนดให้รัฐคู่พิพาทจะต้องดำเนินการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันก่อนเป็นขั้นตอนแรกเพื่อหาข้อยุติในปัญหาที่พิพาทอันเกี่ยวกับการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) และการใช้บังคับความตกลง (Application) เว้นแต่ การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ไม่เป็นผล รัฐคู่พิพาทจึงจะมีสิทธิร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) ต่อไป<sup>43</sup> ทั้งนี้ โดยบทบัญญัติในความเข้าใจ ได้คำนึงถึงว่าการปรึกษาหารือ (Consultation) ย่อมเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ได้ผลดีและเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง อีกทั้งยังเป็นกระบวนการที่นำไปสู่การแก้ไขปัญหาในเชิงบวกอีกด้วย<sup>44</sup> โดยการเจรจาปรึกษาหารือกัน (Consultation) นั้น จะต้องเป็นไปด้วยการให้ความเห็นใจ (Sympathetic) และการให้โอกาสอันดีในการเจรจา ซึ่งจะต้องแจ้งการเจรจาปรึกษาหารือกันนั้นต่อองค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) รวมถึงคณะมนตรี และคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องด้วย<sup>45</sup>

<sup>43</sup> DSU ; Article 4.

<sup>44</sup> Mitsuo Matsushita , Thomas J.Schoenbaum and Petros C.Mavroidis , The World Trade Organization Law , Practice and Policy , (Oxford : Oxford University Press , 2003) p.26.

<sup>45</sup> ทักษิณ ฤกษ์สุต , แกตต์ และองค์การการค้าโลก (WTO), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2544) น.152.

ทั้งนี้ การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เริ่มต้นโดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นฝ่ายที่อ้างว่าตนเสียหาย หรือไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติทางการค้าของรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ได้ทำคำร้องขอปรึกษาหารือเป็นลายลักษณ์อักษรมายังรัฐสมาชิกที่เป็นรัฐคู่พิพาท พร้อมแสดงเหตุผลของการร้องขอรวมถึงการระบุมাত্রการที่เป็นประเด็น พร้อมเหตุผลทางกฎหมายที่สนับสนุนการทำคำขอนั้น โดยต้องแจ้งให้หน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องขององค์การการค้าโลกทราบด้วย นอกจากนี้ ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งได้รับคำร้องขอดังกล่าวจะต้องตอบคำร้องขอนั้นภายใน 10 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ และต้องดำเนินการปรึกษาหารือร่วมกันภายในระยะเวลาไม่เกิน 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ เพื่อให้จะให้บรรลุถึงข้อยุติซึ่งเป็นที่พอใจร่วมกัน อย่างไรก็ตาม หากรัฐคู่พิพาทฝ่ายดังกล่าว ไม่ตอบรับ หรือไม่เข้าร่วมในการปรึกษาหารือดังกล่าว รัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายผู้กล่าวหาจะมีสิทธิร้องขอต่อองค์การระงับข้อพิพาท (DSB) ให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ ในกรณีนี้ ถ้าหากรัฐคู่พิพาทเห็นว่าการปรึกษาหารือไม่อาจระงับข้อพิพาทได้ภายใน 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ หรือในระหว่างนั้น รัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายผู้กล่าวหาจะสามารถร้องขอให้จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้ นอกจากนี้ ในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเบาเสียหาย รัฐคู่พิพาทจะดำเนินการปรึกษาหารือกันภายในระยะเวลาไม่เกิน 10 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ หรือถ้าหากการปรึกษาหารืออื่นไม่อาจระงับข้อพิพาทกันได้ภายในระยะเวลา 20 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ รัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายผู้ร้องเรียน ก็อาจร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นก็ได้

อย่างไรก็ตาม ภายใต้ขั้นตอนในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) นี้ รัฐคู่พิพาทยังอาจระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นอีกได้ เช่น การประนีประนอม (Conciliation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และการจัดการเจรจา (Good Office) โดยทำควบคู่ไปกับการปรึกษาหารือได้ซึ่งวิธีการเหล่านี้มีลักษณะเป็นการระงับข้อพิพาททางการทูต และเป็นไปตามความสมัครใจของรัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญในการร่วมกันระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว ดังนั้น รัฐคู่พิพาทจึงอาจใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวนี้เมื่อใดก็ได้ และอายุติกระบวนกรเหล่านี้ในขั้นตอนใดก็ได้

ดังนั้น จากที่กล่าวในข้างต้นทำให้เห็นว่า กระบวนการในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO) นั้น มีลักษณะเป็น

การบังคับปรึกษาหารือ (Compulsory consultation)<sup>46</sup> ทั้งนี้ โดยกำหนดให้การเจรจาปรึกษาหารือเป็นขั้นตอนแรกของการระงับข้อพิพาท ซึ่งรัฐคู่พิพาทจะต้องเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาปรึกษาหารือกันก่อน จึงจะมีสิทธิร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกันต่อไปได้ นั่นเอง

นอกจากนี้ การที่บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ไว้เป็นเบื้องต้น เพื่อที่จะได้มาซึ่งข้อสรุปที่เป็นที่ยอมรับของรัฐคู่พิพาท และมีความสอดคล้องกันกับข้อตกลงภายใต้บังคับฯ การกำหนดเช่นนี้ย่อมเป็นการยืนยันหลักการที่ต้องให้รัฐคู่พิพาทอาศัยกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) สองฝ่ายในระหว่างรัฐคู่พิพาท ก่อนที่จะนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทในขั้นต่อไป<sup>47</sup>

สำหรับในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 นั้น<sup>48</sup> ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือไว้คล้ายคลึงกันกับในกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความตกลงฯ ของ WTO ทุกประการ แต่ทั้งนี้ อาจจะมีส่วนต่างกันออกไปบ้าง ก็เฉพาะในส่วนในเรื่องที่เกี่ยวกับการเจรจาปรึกษาหารือในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องสินค้าเน่าเสียง่าย ซึ่งได้กำหนดไว้เพียงแต่ว่าทุกฝ่ายจะต้องพยายามเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วสุดเท่านั้น แต่มิได้ปรากฏว่ากำหนดกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอนอย่างใดไว้ให้ชัดเจน ดังเช่นในกระบวนการภายใต้กรอบความตกลงฯ ของ WTO

สำหรับในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า (NAFTA) นั้น ก็ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทจะต้องดำเนินการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันก่อนเป็นขั้นตอนแรก เพื่อหาข้อยุติในปัญหาที่พิพาทอันเกี่ยวกับการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) และการใช้บังคับกับความตกลง (Application) เว้นแต่ การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ไม่เป็นผล รัฐคู่พิพาทจึงจะมีสิทธิร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ (Commission) หรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Arbitral Panel) ต่อไป<sup>49</sup>

<sup>46</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร , การระงับข้อพิพาททางการค้าของไทยใน WTO , (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550) น.4 - 6.

<sup>47</sup> ทักษมัย ถูกชะสุด , “หลักการระงับข้อพิพาทในแกตต์ และองค์การการค้าโลก,” วารสารกฎหมาย , เล่ม 1, ปีที่ 16, น.99 (ตุลาคม 2538).

<sup>48</sup> ASEAN EDSM ; Article 3 and Article 5.

<sup>49</sup> NAFTA Chapter 20 ; Article 2006 and Article 2007.

ทั้งนี้ การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เริ่มขึ้นโดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเห็นว่าผลประโยชน์ทางการค้าของตนต้องเสื่อมเสียไป เพราะการละเมิดกฎเกณฑ์ทางการค้าโดยรัฐสมาชิกอีกฝ่ายหนึ่ง ได้ทำคำร้องขอปรึกษาหารือ (Consultation) เป็นลายลักษณ์อักษรมายังรัฐสมาชิกที่เป็นรัฐคู่กรณีพิพาท พร้อมแสดงเหตุผลของการร้องขอ รวมถึงการระบุข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และเสนอมาตรการใดๆ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาท โดยต้องแจ้งให้สำนักงานเลขานุการของนาฟต้า (Secretariate) ทราบด้วย นอกจากนี้ ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งได้รับคำร้องขอดังกล่าวจะต้องตอบคำร้องขอนั้นภายใน 30 วันนับจากวันที่ได้ส่งคำร้องขอ และ ต้องดำเนินการปรึกษาหารือร่วมกันภายในระยะเวลาไม่เกิน 45 วันนับจากวันที่ได้ส่งคำร้องขอ นอกจากนี้ ในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเกษตรเน่าเสียง่าย (perishable agricultural goods) นั้น ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาท จะต้องดำเนินการปรึกษาหารือกันภายใน 15 วันนับแต่วันที่ส่งคำร้องขอ ในการนี้ ถ้าหากรัฐคู่พิพาทฝ่ายดังกล่าวไม่ตอบรับ หรือไม่เข้าร่วมในการปรึกษาหารือดังกล่าวรัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายผู้กล่าวหาอาจทำคำร้องขอให้มีการประชุมคณะกรรมการ เพื่อประชุมปรึกษาหารือให้ดำเนินการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ภายใต้ขั้นตอนดังกล่าว อาจมีการประนีประนอม (Conciliation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) การจัดการเจรจา (Good Office) ขึ้นก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากยังไม่สามารถยุติข้อพิพาทลงได้รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเขียนคำร้องเพื่อขอให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทผู้พิจารณาตัดสินก็ได้ (Arbitral Panel)

จากประสบการณ์ที่ผ่านมาของนาฟต้า การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐส่วนมากก็มักใช้การเจรจาปรึกษาหารือกันอย่างฉันท์มิตรมากกว่าการนำข้อพิพาทเข้าสู่การฟ้องร้องคดี ซึ่งข้อพิพาทส่วนมากก็สามารถยุติลงได้ในขั้นตอนนี้<sup>50</sup> อาทิ Uranium Exports Case (Canada v. the United States 1994) , Import Restrictions on Sugar (Canada v. the United States 1995) , Restrictions on Tomato Imports (Mexico v. the United States 1996) เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในระดับพหุภาคีทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นภายใต้กรอบความตกลงฯขององค์การการค้าโลก (WTO) เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) หรือความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ก็ตาม ล้วนได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการเจรจาปรึกษาหารือ(Consultation) โดยรัฐคู่พิพาทไว้เป็นขั้นตอนแรกของ

---

<sup>50</sup>Gustavo Vega Canovas, “ The Experience of NAFTA Dispute Settlement Mechanism : Lessons for the FTAA,” (March 2003) : 3. <<http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/Canovas.pdf>>.

กระบวนการระงับข้อพิพาททั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม อาจสังเกตเห็นได้ว่า แม้จะได้มีการกำหนดในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เอาไว้เช่นเดียวกันก็ตาม แต่ทว่าภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) นั้น ได้กำหนดให้มีกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันถึง 2 ระดับด้วยกัน กล่าวคือ ทั้งที่เป็นการปรึกษาหารือกันในระหว่างรัฐคู่พิพาท หรือเป็นการปรึกษาหารือกันในส่วน of คณะกรรมการ (Commission) เพื่อเป็นการระงับข้อพิพาทกันในขั้นต้น แต่ในขณะที่ ภายใต้กรอบความตกลงฯ ขององค์การการค้าโลก (WTO) และเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) นั้น ได้กำหนดให้มีกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือกัน แต่เพียงในระดับระหว่างรัฐคู่พิพาทระดับเดียวเท่านั้น โดยจะเห็นได้ว่า ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) กำหนดให้การเจรจาปรึกษาหารือในกรณีดังกล่าว สามารถดำเนินการปรึกษาหารือได้ทั้งในระหว่างรัฐคู่พิพาทเอง และโดยการทำคำร้องไปยังที่ประชุมคณะกรรมการ (Commission) ได้อีกด้วย แต่ในขณะที่ ภายใต้กรอบความตกลงฯ ขององค์การการค้าโลก (WTO) และเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) นั้น กำหนดให้การเจรจาปรึกษาหารือในกรณีดังกล่าว สามารถดำเนินการปรึกษาหารือได้เฉพาะแต่ในระหว่างรัฐคู่พิพาทเท่านั้น

นอกจากนี้ ต่างก็ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน (urgency) รวมทั้ง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย (perishable goods) เอาไว้ด้วยเช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้ ก็ยังคงมีความแตกต่างกันในบางประการ ดังจะเห็นได้ว่า ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ แต่เฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเกษตรเน่าเสียง่าย (perishable agricultural goods) เท่านั้น ซึ่งเป็นการวางข้อกำหนดไว้แคบกว่าภายใต้กรอบความตกลงฯ ขององค์การการค้าโลก (WTO) และเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ซึ่งให้ความคุ้มครองทั้งในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน (urgency) รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย (perishable goods) เอาไว้ด้วย

ดังนั้น หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ซึ่งเป็นการรวมตัวทางการค้าในระดับภูมิภาคที่ประเทศไทยเป็นรัฐสมาชิกนั้น แม้จะได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เอาไว้เช่นเดียวกันกับที่มีภายใต้กรอบความตกลงฯ ขององค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งเป็นองค์การทางการค้าในระดับสากลแล้วก็ตาม กล่าวคือ การกำหนดให้มีการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันในระหว่างรัฐคู่พิพาทนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ยังคงไม่เป็นการเพียงพอ จึงมีความเห็นว่า ควรจะเพิ่มกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation)

ในส่วนของคุณระกรมการ หรือคณะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องพิพาทนั้นอีกอย่างหนึ่ง เพื่อเปิดโอกาสให้มีการระงับข้อพิพาทกันด้วยวิธีการดังกล่าวมากขึ้น เพราะเหตุว่า หากข้อพิพาทสามารถที่จะยุติลงได้ด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ย่อมเป็นการสร้างสัมพันธภาพ และความเข้าใจอันดีให้กับรัฐคู่พิพาทได้ นอกเหนือจากนี้ การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว ยังสอดคล้องกับ “วิถีแห่งอาเซียน” อีกด้วย

นอกจากนี้ ในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน (urgency) รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย (perishable goods) ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียนนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ได้วางข้อกำหนดความคุ้มครองได้กว้างขวางครอบคลุมอยู่แล้ว เนื่องจากรัฐคู่พิพาทสามารถที่จะเจรจาปรึกษาหารือกันได้ ทั้งในเรื่องที่เป็นกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายก็ได้ แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน อันเกี่ยวข้องกับเรื่องการเจรจาปรึกษาหารือในกรณีดังกล่าวนั้น ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่า “จะต้องพยายามเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุด” เท่านั้น ซึ่งเป็นการกำหนดเอาไว้อย่างกว้างๆ และอาจจะทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ในภายหลัง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรจะกำหนดกรอบระยะเวลาให้ชัดเจน ดังเช่นในกรณีขององค์การการค้าโลก (WTO) กล่าวคือ รัฐคู่พิพาทจะต้องดำเนินการปรึกษาหารือกันภายใน 10 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ หรือถ้าการปรึกษาหารือนี้ไม่อาจจะระงับข้อพิพาทได้ภายใน 20 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ รัฐคู่พิพาทซึ่งเป็นฝ่ายผู้ร้องเรียนก็อาจร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้ ดังนี้ ก็จะทำให้รัฐคู่พิพาททราบกำหนดเวลาการดำเนินการในกรณีดังกล่าวได้ชัดเจนมากขึ้น ซึ่งจะทำให้ไม่เกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องกำหนดระยะเวลาขึ้นได้ในภายหลัง

ดังนี้ เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบ ในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) ทั้งในส่วนที่เหมือนกัน และ แตกต่างกัน ภายใต้กรอบความตกลงฯ ขององค์การการค้าโลก (WTO) และภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) รวมถึง ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ว่าในระบบการระงับข้อพิพาทในระดับพหุภาคีเหล่านี้ จะได้สร้างกระบวนการที่เป็นระบบ มีความต่อเนื่อง มีความแน่นอน ชัดเจน มีความเป็นกลาง และมีองค์กรหรือหน่วยงานคอยกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ได้รับการยอมรับจากบรรดารัฐต่างๆ ภายใต้ความตกลงฯ อันเป็นลักษณะของการระงับข้อพิพาทในระบบสถาบัน (Institutional) เช่นเดียวกันก็ตาม แต่ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มใด ต่างก็ได้นำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) มาใช้เพื่อแก้ไขปัญหา

ข้อพิพาทกันค่อนข้างมาก และข้อพิพาทส่วนใหญ่ก็สามารถยุติลงด้วยวิธีการนี้ ทั้งนี้ จากประสบการณ์ขององค์การการค้าโลก (WTO) แล้ว พบว่าก่อนวันที่ 1 กรกฎาคม 2002 มีข้อพิพาทจำนวน 118 เรื่อง โดยในจำนวนดังกล่าวนี้มีข้อพิพาทอยู่เป็นจำนวนถึง 107 เรื่องที่ได้รับการแก้ไขให้ยุติปัญหาข้อพิพาทลงได้ในขั้นตอนของการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพันนี้<sup>51</sup> และจากประสบการณ์ของเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) แล้ว พบว่าตั้งแต่เริ่มมีการก่อตั้งนาฟต้า (NAFTA) เป็นต้นมา การระงับข้อพิพาทมักเกิดขึ้นโดยวิธีการที่ไม่มีผลผูกพันมากกว่าการใช้วิธีการที่มีผลผูกพัน หรือวิธีการที่ต้องผ่านกระบวนการศาล หรือการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะเห็นว่า ได้มีการทำคำวินิจฉัยตัดสินคดีข้อพิพาทเกิดขึ้นทั้งหมดเพียง 3 กรณีเท่านั้น เนื่องจากข้อพิพาทเป็นจำนวนมากสามารถยุติลงได้ในขั้นของการเจรจาปรึกษาหารือนั่นเอง<sup>52</sup>

และยิ่งไปกว่านั้น หากศึกษาจากประสบการณ์ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) เอง ก็พบว่า ได้ทำการระงับข้อพิพาทโดยอาศัยวิธีการที่ไม่มีผลผูกพันเป็นจำนวนมากเช่นกัน ซึ่งรัฐสมาชิกในอาเซียนมักจะไม่นิยมการเผชิญหน้ากันแต่จะนิยมใช้การเจรจาทำข้อตกลงกันระหว่างรัฐคู่พิพาทมากกว่าการระงับข้อพิพาทกันโดยการใช้อำนาจพิจารณาข้อพิพาทกันอย่างเป็นทางการเหมือนในศาล ทั้งนี้ ดังจะสังเกตเห็นได้ว่า แม้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียน แต่ก็ไม่ปรากฏว่าได้เคยมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนเลย ทั้งนี้คงเป็นเพราะว่า ขนบธรรมเนียมประเพณีของคนในภูมิภาคนี้ มองว่าการใช้หลักกฎหมายเข้าตัดสินชี้ผิดถูก ให้เกิดการแพ้ชนะคดีนั้น มันเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อเกียรติยศศักดิ์ศรี ซึ่งผู้คนในภูมิภาคนี้ได้ให้ความสำคัญกับคุณค่าตรงนี้มากกว่าในเรื่องถูก หรือ ผิด (Right or Wrong) ดังนั้น จึงทำให้การแก้ไขปัญหาคอนพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียนเอง จึงได้เลือกใช้วิธีการที่ไม่กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของตนเป็นสำคัญ โดยหันไปอาศัยวิถีทางในทางการทูต หรือในทางการเมือง ทั้งโดยการเจรจาปรึกษาหารือ การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย และการจัดการเจรจาซึ่งเป็นหนทางที่สร้างความพอใจให้กับทุกฝ่ายและไม่กระทบต่อความสัมพันธ์ในระหว่างกัน นั่นเอง

<sup>51</sup> Yasuhei Taniguchi, Alan Yanovich and Jan Bohanes, The WTO in The Twenty-First Century Dispute Settlement, Negotiations, and Regionalism in Asia (Cambridge : Cambridge University Press, 2007.) p.102-103.

<sup>52</sup> Gustavo Vega Canovas, “ The Experience of NAFTA Dispute Settlement Mechanism : Lessons for the FTAA,” (March 2003) : 3. <<http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/Canovas.pdf>>.

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) นั้น ก็มีความสำคัญไม่ด้อยไปกว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการที่มีผลผูกพัน (Dispute Settlement) เช่นกัน และเป็นที่ยอมรับมากกว่า เนื่องจาก มีความรวดเร็ว ประหยัด และเป็นวิธีการที่รักษาความสัมพันธ์อันมิตรระหว่างกันไว้ได้ แต่อย่างไรก็ดี วิธีการดังกล่าวนี้ ยังคงมีข้อเสียในเรื่องของความล่าช้า และการไม่มีกรอบเวลาที่ชัดเจน จึงอาจทำให้ปัญหาข้อพิพาทมีความยืดเยื้อยาวนาน

## 2. กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี : TAFTA , TNZCEPA , ACFTA , U.S.-Chile FTA , Canada-U.S. FTA

ทั้งนี้ ในกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีก็เช่นเดียวกัน มีกระบวนการ ทั้งที่ไม่มีผลผูกพัน และที่มีผลผูกพันให้ต้องทำตามคำตัดสินชี้ขาด ดังนั้น ก่อนที่จะได้ทำการศึกษากันในรายละเอียดของกระบวนการ ภายใต้ TAFTA , TNZCEPA , ACFTA , U.S.-Chile FTA และ Canada-U.S. FTA กันในประเด็นดังกล่าวนี้ จึงควรที่จะได้ทำการศึกษาใน กรอบและขอบเขตการใช้กระบวนการฯ กันเสียก่อนเป็นประการแรก ก่อนที่จะได้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทกันต่อไป

### 2.1 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมือนกัน

#### 2.1.1 กรอบ และขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท

ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) นั้น ให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปตามบทที่ 18 ของความตกลงฯ ซึ่งถือเป็นการระงับข้อพิพาทที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับการดำเนินการตามพันธกรณีในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งในระหว่างรัฐกับรัฐ เกี่ยวกับการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลงฯ (Application) ทั้งนี้ โดยในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ครอบคลุมข้อพิพาทในหลายประการด้วยกัน<sup>53</sup> แต่อย่างไรก็ดี การระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัติฯ นี้จะไม่ใช้บังคับครอบคลุมไปถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการ

<sup>53</sup> TAFTA ; Article 1801, para.1. และอ่านเพิ่มเติมได้จาก [http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/tafta\\_toc.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/tafta_toc.html)

ใช้มาตรการสุขอนามัยพืชและมาตรฐานอาหาร (Sanitary and Phytosanitary Measures and Food Standard : SPS)<sup>54</sup> นโยบายการแข่งขัน (Competition Policy)<sup>55</sup> และการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Government Procurement)<sup>56</sup> รวมถึงการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) ด้วย แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง มาตรา 1102 ภายใต้ข้อตกลงนี้ด้วย<sup>57</sup> ซึ่งในเรื่องดังกล่าวจะมีการจัดตั้งคณะทำงาน (working groups) เพื่อรับผิดชอบโดยเฉพาะ

โดยความตกลงฯ ได้เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่า “ไม่มี ความใดในบทนี้ที่จะกระทบต่อสิทธิของรัฐสมาชิกที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศอื่นที่ทั้งสองฝ่ายเป็นสมาชิก”<sup>58</sup> หมายความว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความ การปฏิบัติตาม หรือการใช้บังคับความตกลงฯ เกิดขึ้นรัฐคู่พิพาทอาจเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการภายใต้บทที่ 18 นี้ หรือจะระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ อื่นที่ไทยและออสเตรเลียต่างเป็นสมาชิก ทั้งนี้ ต้องเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่ไม่มีความแตกต่างอย่างเป็นสาระสำคัญกับความตกลงระหว่างประเทศนั้น โดยเมื่อรัฐคู่พิพาทเลือกใช้กระบวนการการระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ ใดแล้ว จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ข้อตกลงฯ หนึ่งได้<sup>59</sup> เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทยินยอมโดยเปิดเผยให้ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททั้งสองกระบวนการ

สำหรับในส่วนของการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ (TNZCEPA) นั้น ให้การระงับข้อพิพาทนั้นเป็นไปตามบทที่ 17 ของความตกลงฯ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการแก้ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกัน เกี่ยวกับเรื่องของการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลงฯ (Application) ซึ่งในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ครอบคลุมข้อพิพาท

<sup>54</sup> TAFTA ; Chapter 6.

<sup>55</sup> TAFTA ; Chapter 12.

<sup>56</sup> TAFTA ; Chapter 15.

<sup>57</sup> TAFTA ; Chapter 11.

<sup>58</sup> TAFTA ; Article 1801, para.2.

<sup>59</sup> TAFTA ; Article 1801 , para.4.

ในหลายประการด้วยกัน<sup>60</sup> แต่ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัตินี้จะไม่ใช้บังคับครอบคลุมไปถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้มาตรการสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร (Sanitary and Phyto-sanitary Measures) การลงทุน (Investment) การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Government Procurement)

โดยในความตกลงฯ ได้เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ด้วย ดังจะเห็นได้ จากบทบัญญัติที่ว่า “โดยขึ้นอยู่กับวรรค 4 ไม่มีความใดในบทนี้ จะกระทบต่อสิทธิของรัฐคู่พิพาทที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศอื่นใดที่รัฐคู่พิพาทเป็นสมาชิกอยู่”<sup>61</sup> หมายความว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการตีความ การปฏิบัติตาม หรือการบังคับควบคุมความตกลงฯ รัฐคู่พิพาทอาจเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้บทที่ 17 นี้ หรือจะระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ อื่นที่ไทย และนิวซีแลนด์ต่างเป็นสมาชิกก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่ไม่มีความแตกต่างอย่างเป็นสาระสำคัญกับความตกลงระหว่างประเทศนั้น โดยเมื่อรัฐสมาชิกเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในความตกลงฯ ใดแล้ว จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ข้อตกลงฯ หนึ่งได้<sup>62</sup> เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทยินยอมโดยเปิดเผยให้ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของทั้งสองกระบวนการ<sup>63</sup>

ทั้งนี้ สำหรับในส่วนของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน (ACFTA) นั้น ให้การระงับข้อพิพาทนั้นเป็นไปตามความตกลงว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ และสาธารณรัฐประชาชนจีน (Agreement on Dispute Settlement Mechanism between The Association of Southeast Asian and the People's Republic of China) ซึ่งเป็นความตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างอาเซียน-จีน ( the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between the Association of Southeast Asian Nations and the People's Republic of China) เพื่อใช้เป็น

---

<sup>60</sup> TNZCEPA ; Article 17.1 , para.1. และดูเพิ่มเติมได้จาก <http://www.thaifita.com/ThaiFTA/Home/FTAbbyCountry/tabid/53/ctl/detail/id/22/mid/480/usemastercontainer/true/Default.aspx>

<sup>61</sup> TNZCEPA ; Article 17.1 , para.2.

<sup>62</sup> TNZCEPA ; Article 17.1 , para.4.

<sup>63</sup> TNZCEPA ; Article 17.1 , para.5.

เครื่องมือสำคัญในการแก้ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกันเกี่ยวกับเรื่องของการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับกับความตกลงฯ (Application)<sup>64</sup> ซึ่งในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ครอบคลุมข้อพิพาทว่าด้วยเรื่องการค้าสินค้า (Trade in Goods) การค้าบริการ (Trade in Services) และการลงทุน (Investment) ดังปรากฏภายใต้กรอบความตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ และสาธารณรัฐประชาชนจีน

โดยในความตกลงฯ ได้เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่า “ภายใต้วรรค 6 ไม่มีอะไรในความตกลงนี้ จะกระทบสิทธิใดๆ ของกลุ่มสมาชิก ที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาอื่นใด ที่กลุ่มสมาชิกเป็นสมาชิกอยู่”<sup>65</sup> หมายความว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการตีความ การปฏิบัติตาม หรือการใช้บังคับความตกลงฯ รัฐคู่พิพาทอาจเลือกที่จะระงับข้อพิพาทตามความตกลงระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างอาเซียน-จีน ( the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between the Association of Southeast Asian Nations and the People’s Republic of China) หรือจะระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ ขึ้นที่ไทยและจีนต่างเป็นสมาชิกก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่ไม่มีความแตกต่างอย่างเป็นสาระสำคัญกับความตกลงระหว่างประเทศนั้น โดยเมื่อรัฐคู่พิพาทเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ โดแล้ว จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้อีกความตกลงหนึ่งได้<sup>66</sup> เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทยินยอมโดยเปิดเผยให้ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททั้งสองกระบวนการ<sup>67</sup>

นอกจากนี้ สำหรับในส่วนของกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี (U.S.- Chile FTA) นั้น ให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปตามบทที่ 22 ของความตกลงฯ อันถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการแก้ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกัน เกี่ยวกับเรื่องของ

<sup>64</sup> ACFTA ; Article 2 para.1.

<sup>65</sup> ACFTA ; Article 2 para.5.

<sup>66</sup> ACFTA ; Article 2 para.6 and Article 2 para.8.

<sup>67</sup> ACFTA ; Article 2 para.7.

การตีความ การปฏิบัติตาม หรือการใช้บังคับความตกลงฯ ซึ่งในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ครอบคลุมข้อพิพาทในหลายประการด้วยกัน<sup>68</sup>

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะป็นกรณีที่สมาชิกอื่นนำมาตรวจการที่ขัดต่อพันธกรณีในความตกลงฯ หรือไม่ยอมปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงฯ หรือเป็นเหตุให้พันธกรณีไม่มีผลบังคับ หรือทำให้ประโยชน์ที่อีกฝ่ายพึงได้รับต้องเสื่อมค่าลง<sup>69</sup> โดยในความตกลงฯ ได้เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่า “ข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับกรณีใดๆ ที่หยิบยกขึ้นภายใต้ความตกลงฯ นี้ และความตกลงเขตการค้าเสรีอื่นที่รัฐคู่พิพาทเป็นสมาชิกอยู่ หรือ ภายใต้ความตกลงองค์การการค้าโลก (WTO) รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องเรียนอาจเลือกที่จะใช้กลไกการระงับข้อพิพาทใดก็ได้ โดยเมื่อเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทใดแล้ว ก็จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ความตกลงฯ หนึ่งได้”<sup>70</sup> หมายความว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการตีความ การปฏิบัติตาม หรือการใช้บังคับความตกลงฯ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องเรียนอาจเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้บทที่ 22 นี้ หรือจะระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ อื่นที่ดี และอเมริกาต่างเป็นสมาชิก หรือจะระงับข้อพิพาทในความตกลงขององค์การการค้าโลก (WTO) ก็ได้ แล้วแต่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ฟ้องร้องจะเป็นผู้เลือกใช้ โดยเมื่อเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ ใดแล้ว จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ความตกลงฯ หนึ่งได้

อย่างไรก็ตาม สำหรับในส่วนของกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา (Canada-U.S.FTA) นั้น ให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปตามบทที่ 18 ของความตกลงฯ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกันเกี่ยวกับการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลงฯ (Application) ทั้งนี้ โดยในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาท ดังกล่าวนี้ครอบคลุมข้อพิพาทในหลายประการด้วยกัน<sup>71</sup> แต่ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัตินี้ จะไม่ใช่

<sup>68</sup> U.S.- Chile FTA ; Article 22.2. และดูเพิ่มเติมได้จาก [http://www.ustr.gov/Trade\\_Agreements/Bilateral/Chile\\_FTA/Final\\_Texts/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/Section_Index.html)

<sup>69</sup> U.S.- Chile FTA ; Article 22.2 (a) , (b) and (c).

<sup>70</sup> U.S.- Chile FTA ; Article 22.3 , para.1 and para.2.

<sup>71</sup> Canada – U.S. ; Article 1801. และดูเพิ่มเติมได้จาก <http://wehner.tamu.edu/mgmt.www/NAFTA/fta/index.htm>

ครอบคลุมไปถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริการด้านการเงิน (Financial Services) และ การเก็บภาษีต่อต้านการทุ่มตลาดและการตอบโต้การอุดหนุน (Antidumping and countervailing Duty Cases)<sup>72</sup>

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะป็นกรณีที่สมาชิกอื่นใช้มาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีในความตกลงฯ หรือเป็นเหตุให้พันธกรณีไม่มีผลบังคับ หรือทำให้ประโยชน์ที่อีกฝ่ายพึงได้รับต้องเสื่อมค่าลง ในความตกลงฯ นี้ ได้เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่า “ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงฯ นี้ ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) และความตกลงอื่นใดภายใต้ GATT เป็นดุลยพินิจของรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ฟ้องร้องเป็นผู้เลือกที่จะใช้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงฯ นี้ หรือภายใต้ GATT โดยเมื่อเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทใดแล้ว ก็จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ความตกลงฯ หนึ่งได้”<sup>73</sup> หมายความว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการตีความ การปฏิบัติตาม หรือการใช้บังคับความตกลงฯ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ฟ้องร้องอาจเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้บทที่ 18 นี้ หรือจะระงับข้อพิพาทภายใต้ GATT ก็ได้ โดยเมื่อได้เลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ ใดแล้ว จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ความตกลงฯ หนึ่งได้

หากพิจารณาจากบทบัญญัติในกระบวนการระงับข้อพิพาทว่าด้วยเรื่องของกรอบ และขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ในช่วงต้นแล้ว ล้วนไม่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ ถือเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกันอันเกิดจากการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลงฯ (Application) ดังที่ได้กล่าวถึงไว้ในข้างต้นแล้วนั้น โดยที่รัฐคู่พิพาทสามารถเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงฯ ใดที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ก็ได้ แต่หากได้เลือกใช้ความตกลงฯ ใดเพื่อการระงับข้อพิพาทแล้วจะต้องใช้ไปตลอดจนเสร็จสิ้นกระบวนการ จะไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ความตกลงฯ หนึ่งได้ เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะได้อนุญาตโดยเปิดเผยให้ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของทั้งสอง

<sup>72</sup> Canada – U.S. FTA ; Article 1801 , para.1.

<sup>73</sup> Canada – U.S. FTA ; Article 1801, para.2 and para.3.

กระบวนการได้ ซึ่งไม่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กับในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี<sup>74</sup> และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>75</sup> เพราะต่างก็ได้วางข้อจำกัดการใช้บทบัญญัติเพื่อการยุติปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการตีความ การปฏิบัติตาม หรือการใช้นับบังคับความตกลงฯ ในระหว่างรัฐเอาไว้เช่นเดียวกัน ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในข้างต้น นั่นเอง แต่ทว่า ถ้าหากได้เลือกใช้ความตกลงฯ ใดเพื่อการระงับข้อพิพาทแล้ว จะต้องใช้ไปตลอดจนเสร็จสิ้นกระบวนการ โดยไม่สามารถย้อนกลับไปใช้กระบวนการภายใต้ข้อความตกลงหนึ่งได้ ทั้งนี้ อาจจะเป็นเหตุด้วยเหตุที่ว่าการย้อนกลับไปกลับมาโดยการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงหนึ่งแล้ว จะไปใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อความตกลงหนึ่งในขณะเดียวกันนั้นย่อมเป็นการสร้างความสับสน และทำให้เกิดความยุ่งยากได้

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า การวางข้อกำหนดในเรื่องการเปิดโอกาสให้แก่รัฐคู่พิพาทในการเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทได้มากกว่าหนึ่งกระบวนการสำหรับการระงับข้อพิพาทในคดีใดคดีหนึ่ง หากรัฐคู่พิพาทในคดีดังกล่าวได้ตกลงร่วมกันอย่างชัดแจ้งแล้วว่า ต้องการจะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทมากกว่าหนึ่งกระบวนการสำหรับคดีพิพาทเอาไว้ ดังเช่นในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน นั้น ย่อมเป็นการดีกว่าที่ไม่มีข้อกำหนดนั้นไว้ เนื่องจากเป็นการเปิดโอกาสให้แก่รัฐคู่พิพาทที่จะได้สามารถร่วมกันเลือกกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ และโดยการวางข้อกำหนดเช่นนี้ ย่อมแสดงถึง การให้ความสำคัญกับความต้องการของรัฐคู่พิพาทเป็นหลัก จึงย่อมส่งผลดีต่อการยอมรับ และปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ด้วยนั่นเอง

นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาในส่วนของรัฐที่จะเป็นผู้อาศัยสิทธิดังกล่าว ก็จะต้องปรากฏว่าเป็นรัฐ ซึ่งได้เข้าทำความตกลงภายใต้เขตการค้าเสรีนั้นๆ และมีความเป็นรัฐในทางระหว่างประเทศด้วย ดังได้เคยกล่าวไว้แล้วในตอนต้น

### 2.1.2 วิธีปฏิบัติซึ่งนำมาใช้ในการดำเนินคดี

ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย<sup>76</sup> เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์<sup>77</sup> เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน<sup>78</sup> เขตการค้า

<sup>74</sup> US-Chile FTA ; Article 22.2.

<sup>75</sup> Canada-U.S.FTA ; Article 1801.

<sup>76</sup> TAFTA ; Article 1801 , para.1. : This Chapter shall apply to the avoidance and settlement of disputes between the Parties concerning the interpretation ,

เสรีอเมริกา-ชิลี<sup>79</sup> และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>80</sup> ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เป็น

---

implementation or application of this Agreement except for Chapter 6 , Chapter 12 and Chapter 15 . In relation to Chapter 11 , this Chapter shall only apply to Article 1102.

<sup>77</sup> TNZCEPA ; Article 17.1, para.1. : Except as otherwise provided in this Agreement , this Chapter shall apply to the avoidance and settlement of disputes between the Parties concerning the interpretation , implementation or application of this Agreement.

<sup>78</sup> ACFTA ; Article 2 , para.1. : This Agreement shall apply to disputes arising under the Framework Agreement which shall also include the Annexes and the contents therein. Hereinafter , any reference to the Framework Agreement shall include all future legal instruments agreed pursuant to it unless where the context otherwise provides.

the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co – operation between The Association of South east Asian Nations and the People’s Republic of China ; Article 11, para.2. : Pending the establishment of the formal dispute settlement procedures and mechanism under paragraph 1 above , any dispute concerning the interpretation, implementation or application of this Agreement shall be settled amicably by consultations and / or mediation.

<sup>79</sup> US-Chile FTA ; Article 22.2 (a). : Except as otherwise provided in this Agreement , the dispute settlement provisions of this Chapter shall apply : with respect to the avoidance or settlement of all disputes between the Parties regarding the interpretation or application of this Agreement ;

<sup>80</sup> Canada-U.S.FTA ; Article 1801 , para.1. : Except for the matters covered in Chapter Seventeen (Financial Services) and Chapter Nineteen (Binational Dispute Settlement in Antidumping and Countervailing Duty Cases) , the provisions of this Part shall apply with respect to the avoidance or settlement of all disputes regarding the interpretation or application of this Agreement or whenever a Party considers that an actual or proposed measure of the other Party is or would be inconsistent with the obligations of this Agreement or cause nullification or impairment in the sense of Article 2001 , unless the Parties agree to use another procedure in any particular case.

ระบบ และมีขั้นตอนการดำเนินการอย่างเป็นแบบแผน กล่าวคือ การอาศัยวิธีการระงับข้อพิพาท โดยวิธีการที่ไม่มีลักษณะทางตุลาการ อันมีลักษณะเป็นวิถีทางในทางการทูต (Diplomatic Means) หรือโดยวิธีการที่ไม่มีผลผูกพันก่อนในเบื้องต้น ซึ่งได้แก่ การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) การประนีประนอม (Conciliation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และการจัดการเจรจา (Good Offices) แต่หากไม่สามารถอาศัยวิธีการดังกล่าวยุติข้อพิพาทในระหว่างกันได้ จึงอาจอาศัยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิถีทางในทางกฎหมาย (Legal Means of Settlement) ซึ่งได้แก่ การดำเนินคดีโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) กันต่อไป

ทั้งนี้ วิธีปฏิบัติซึ่งนำมาใช้ในการดำเนินคดี ในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีนี้ ต่างก็ได้กำหนดไว้เหมือนกัน กล่าวคือ ได้กำหนดให้การอาศัยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิถีทางในทางการทูตนั้น ก็พึงต้องเป็นไปเพื่อการยุติปัญหาข้อขัดแย้งอันเกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินงานตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีนั้นๆ รวมทั้ง ต้องเป็นไปเพื่อการแก้ไขข้อขัดแย้งอันเกี่ยวกับการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการให้ข้อบังคับความตกลงฯ (Application) ด้วย

อนึ่ง การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการในทางการทูต หรือวิธีการที่ไม่มีผลผูกพัน ในระหว่างกันโดยรัฐคู่พิพาท อาจเป็นการที่รัฐคู่พิพาททำการระงับข้อพิพาทระหว่างกันเองโดยตรง หรืออาจเป็นการที่รัฐคู่พิพาททำการระงับข้อพิพาทโดยอาศัยบุคคลที่สามให้เข้าร่วมโดยการเจรจา ระงับข้อพิพาทด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้ไม่มีลักษณะทางตุลาการแต่อย่างใด กล่าวคือ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่ต้องอาศัยพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ในการระงับข้อพิพาท นอกจากนี้ ผลแห่งการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวก็มิได้ผูกพันให้รัฐคู่พิพาทต้องปฏิบัติตามแต่ประการใด แต่อย่างไรก็ดี ถ้าหากปรากฏว่าการเจรจาปรึกษาหารือล้มเหลว รัฐคู่พิพาทก็อาจมีคำร้องขอเพื่อให้มีการจัดตั้ง “คณะอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral Tribunal) ขึ้น เพื่อทำการพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นให้เป็นที่ยุติได้

ทั้งนี้ เพื่อจะได้เข้าใจในหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว ทั้งในส่วนของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมือนกัน และในส่วนที่แตกต่างกันภายใต้เขตการค้าเสรีแต่ละเขต ทั้งในส่วนของเขตการค้าไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ (TNZCEPA) เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน (ACFTA) ประกอบกับในส่วนของเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี (US-Chile FTA) และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา (Canada-US FTA) มากขึ้น ดังนี้ จะได้มีการกล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

### 2.1.3 การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation)

การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่รัฐคู่พิพาทตกลงหันหน้าเข้าเจรจาพูดคุยต่อกันโดยตรง โดยรัฐคู่พิพาทต่างก็มีอำนาจเต็มที่ในการเจรจาโดยไม่ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือกระบวนการพิจารณา ดังเช่นในกรณีของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ “การเจรจาปรึกษาหารือ” (Consultation) จัดได้ว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถตอบสนองได้อย่างรวดเร็ว และยืดหยุ่นต่อข้อพิพาทระหว่างประเทศไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเป็นลักษณะในทางกฎหมาย หรือการเมือง หรือในลักษณะอื่นใด อีกทั้งหากรัฐคู่พิพาทต่างพร้อมใจที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ก็จะทำให้รัฐคู่พิพาทสามารถเข้าใจถึงปัญหาที่แท้จริงอันเป็นที่มาของข้อพิพาทเช่นว่านั้น และอาจเสนอวิธีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทนั้นได้โดยตรง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเจรจาปรึกษาหารือ” (Consultation) จัดเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ถือว่ามีประสิทธิภาพมากที่สุด นอกจากนี้ การเจรจาโดยตรงระหว่างรัฐคู่พิพาท นอกจากจะสามารถระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้แล้ว ยังอาจช่วยเสริมสร้างความสัมพันธ์ และความเข้าใจอันดีระหว่างคู่พิพาทอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพของความขัดแย้งให้กลายเป็นความสัมพันธ์อันดีได้อีกด้วย<sup>81</sup>

ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย<sup>82</sup> เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์<sup>83</sup> และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน<sup>84</sup> นั้น ต่างก็ได้มีการวางบทบัญญัติในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือเอาไว้เช่นเดียวกันโดยไม่มี ความแตกต่างกันแต่อย่างใด โดยกำหนดให้เป็นขั้นตอนแรกของการระงับข้อพิพาทในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากการตีความ (Interpretation) การปฏิบัติตาม (Implementation) หรือการใช้บังคับความตกลง (Application) ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวจะได้รับการแก้ไขโดยการปรึกษาหารือ (Consultation) ร่วมกันระหว่างรัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ในกรณีนี้ เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ทำคำร้องขอปรึกษาหารือ (Consultation) รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องตอบคำร้องขอภายใน 7 วัน นับจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ นั้น และจะต้องเข้าร่วมในการปรึกษาหารือ นั้นภายใน 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องนั้น เพื่อให้บรรลุข้อยุติซึ่งเป็น

<sup>81</sup> จุมพต สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2540) น. 6 - 8.

<sup>82</sup> TAFTA ; Article 1802.

<sup>83</sup> TNZCEPA ; Article 17.2.

<sup>84</sup> ACFTA ; Article 4.

ที่พอใจร่วมกัน แต่หากรัฐคู่พิพาทไม่ตอบคำร้องขอปรึกษาหารือภายใน 7 วัน หรือไม่ดำเนินการปรึกษาหารือร่วมกันภายใน 30 วัน หรือ หากมีการปรึกษาหารือร่วมกันแล้วแต่ปรากฏว่าการปรึกษาหารือร่วมกันนั้น กลับล้มเหลวในการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทดังกล่าวภายใน 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอให้มีการปรึกษาหารืออาจมีคำร้องขอไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อจัดตั้ง “คณะอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral Tribunal) กันต่อไป

แต่ทั้งนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี<sup>85</sup> แล้ว จะเห็นว่า แม้จะได้มีการบัญญัติในเรื่องการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เอาไว้เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน แต่ทั้งนี้ กลับได้วางข้อกำหนดเอาไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ในขณะที่เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน กำหนดให้การระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) นั้น เป็นการปรึกษาหารือร่วมกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทเท่านั้นดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น แต่ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี กำหนดให้มีกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันถึง 2 ระดับด้วยกัน กล่าวคือ ในขั้นตอนระหว่างรัฐคู่พิพาทและในขั้นตอนของคณะกรรมการ (Commission) ทั้งนี้ ในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ร่วมกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทนั้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดระยะเวลาในการที่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องตอบรับคำร้องขอปรึกษาหารือ หรือการที่จะต้องเข้าร่วมในการปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลาเท่าใดเอาไว้โดยชัดแจ้ง ดังเช่นที่มีกำหนดเอาไว้ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทสามารถทำการจัดตั้งบุคคลของหน่วยงานราชการ หรือองค์กรทางกฎหมายอื่นใด ที่มีความรู้ความชำนาญเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ เพื่อให้เข้ามาดำเนินการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ได้อีกด้วย

สำหรับในขั้นตอนของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) โดยคณะกรรมการ (Commission) นั้น ได้กำหนดไว้ว่า หากไม่อาจมีการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทได้ภายใน 60 วันนับจากวันที่ยื่นคำร้องขอปรึกษาหารือ กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือไปยังที่ประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการจัดให้มีการประชุมภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้ส่งคำร้องดังกล่าว เพื่อจัดให้มีการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทนั้น ดังนี้ หากข้อพิพาทดังกล่าว

<sup>85</sup> U.S.-Chile FTA ; Article 22.4 , 22.5 para.1 , para.4 and 22.6 para.1.

ไม่สามารถยุติลงได้ภายใน 30 วันนับจากวันที่คณะกรรมการได้จัดให้มีการประชุม หรือภายใน 75 วันหลังจากที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเสนอคำร้องขอ เพื่อให้มีการปรึกษาหารือต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งแล้วแต่คณะกรรมการไม่จัดให้มีการประชุมกันขึ้น ดังนี้ รัฐคู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายใดก็อาจร้องขอเป็นหนังสือไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อจัดตั้ง “คณะอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral Panel) กันต่อไป

นอกจากนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>86</sup> แล้ว จะเห็นว่าได้มีการบัญญัติในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เอาไว้เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน และเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี แต่ทว่าได้วางข้อกำหนดเอาไว้แตกต่างไปจากในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และ เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน แต่กลับมีความคล้ายคลึงกันกับในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา กำหนดให้มีกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันถึง 2 ระดับเช่นกัน ทั้งในส่วนของการเจรจาปรึกษาหารือร่วมกันในระหว่างรัฐคู่พิพาท และในส่วน of คณะกรรมการ (Commission) ทั้งนี้ โดยไม่ปรากฏว่าในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ร่วมกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทนั้น ได้กำหนดระยะเวลาในการที่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องตอบรับคำร้องขอปรึกษาหารือ หรือต้องเข้าร่วมในการปรึกษาหารือกันภายในกำหนดระยะเวลาเท่าใด ส่วนในขั้นตอนของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) โดยคณะกรรมการ (Commission) นั้น ได้กำหนดไว้ว่า หากไม่อาจมีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทได้ด้วยการเจรจาปรึกษาหารือภายใน 30 วันนับจากวันที่ยื่นคำร้องขอปรึกษาหารือ กำหนดให้รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการจัดให้มีการประชุมภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้ส่งคำร้องดังกล่าว เพื่อจัดให้มีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทนั้น ดังนี้ หากข้อพิพาทดังกล่าวไม่สามารถยุติลงได้ภายใน 30 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทเสนอคำร้องขอต่อคณะกรรมการ หรือภายในระยะเวลาอื่นใดที่คณะกรรมการตกลงไว้ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายทำคำร้องขอต่อคณะกรรมการ (Commission) เพื่อจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการ อนึ่ง คำร้องขอจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการมีผลนับจากวันที่มีคำร้องขอของรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

<sup>86</sup> Canada-U.S. FTA ; Article 1804 , Article 1805 , para.1 and Article 1807 , para.2.

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ว่าด้วยเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) นั้น ล้วนไม่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ต่างก็ได้กำหนดให้เป็นการปรึกษาหารือ (Consultation) กันในระหว่างรัฐคู่พิพาท อีกทั้ง ยังได้กำหนดระยะเวลาในการที่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องตอบรับคำร้องขอปรึกษาหารือ หรือต้องเข้าร่วมในการปรึกษาหารือกันอย่างชัดเจน

แต่เมื่อได้นำไปเปรียบเทียบกับระหว่าง ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา แม้จะได้มีการกำหนดในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เอาไว้ เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนก็ตาม แต่ทว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา ได้กำหนดให้มีกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันถึง 2 ระดับด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาปรึกษาหารือกันระหว่างรัฐคู่พิพาท หรือเป็นการเจรจาปรึกษาหารือในส่วนของคณะกรรมการ (Commission) เพื่อเป็นการระงับข้อพิพาทกันในขั้นต้น ก่อนที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

ดังนั้น หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาค การกำหนดให้มีการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) กันแค่เพียงในระหว่างรัฐคู่พิพาทเท่านั้น เห็นว่ายังคงไม่เป็นการเพียงพอ แต่ควรจะเพิ่มกลไกในการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ในส่วนของคณะกรรมการ หรือคณะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องพิพาทนั้นอีกด้วย ทั้งนี้ เพราะหากปัญหาข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะยุติลงได้ในระหว่างรัฐคู่พิพาท ก็ยังอาจจะยุติลงได้โดยคณะกรรมการ หรือคณะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องพิพาทนั้นก็ได้ ซึ่งการทำให้ข้อพิพาทยุติลงด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) ได้มากเท่าไรย่อมเป็นผลดีมามากเท่านั้น เนื่องจาก ย่อมจะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และทำให้ข้อขัดแย้งสามารถยุติได้อย่างรวดเร็วทันต่อสถานการณ์ทางการค้าอีกด้วย

#### 2.1.4 การประนีประนอม (Conciliation)

การประนีประนอม (Conciliation) หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่ผู้ประนีประนอมจะมีบทบาท และหน้าที่มากกว่าผู้ไกล่เกลี่ย กล่าวคือ จะทำหน้าที่คล้ายๆ กับอนุญาโตตุลาการ โดยผู้ประนีประนอมซึ่งเป็นบุคคลที่สามคนเดียว หรือหลายคนก็ได้ จะเข้าร่วมในการเจรจาข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่พิพาทด้วย โดยจะทำหน้าที่ในการสืบสวนหาข้อเท็จจริง และทำรายงานพร้อมข้อเสนอแนะเพื่อให้รัฐคู่กรณีพิพาทพิจารณา แต่การประนีประนอมนี้ก็แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน เนื่องจากรายงาน และข้อเสนอแนะของผู้ประนีประนอมเช่นนั้นจะไม่ถือเป็นคำชี้ขาดตัดสิน หรือมีผลผูกพันรัฐคู่พิพาทแต่ประการใด รัฐคู่พิพาทยังมีเสรีภาพที่จะใช้ดุลยพินิจว่าจะยอมรับรายงาน หรือข้อเสนอแนะของผู้ประนีประนอมหรือไม่<sup>87</sup>

ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย<sup>88</sup> เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์<sup>89</sup> เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน<sup>90</sup> นั้น ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทเป็นผู้ดำเนินการเอง อีกทั้ง ต่างก็ได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมหรือไม่ก็ได้แล้วแต่ความสมัครใจของรัฐคู่พิพาท ทั้งนี้ ยังได้กำหนดให้วิธีการดังกล่าวสามารถเริ่มต้น หรือสิ้นสุดเมื่อใดก็ได้

แต่ในขณะที่ ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ซีลี ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้วิธีการดังกล่าวสามารถเริ่มต้นได้ต่อเมื่อที่ประชุมคณะกรรมการได้รับคำร้องของรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วภายในกำหนดเวลาที่วางไว้ และให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในการอาศัยวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอม ทั้งนี้ โดยกำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการเป็นผู้ดำเนินการยุติปัญหาข้อขัดแย้งโดยอาศัยวิธีการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ขึ้นอยู่กับความสมัครใจของรัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญ เนื่องจากมิได้กำหนดไว้ในลักษณะที่เป็นการบังคับแต่ประการใดว่ารัฐคู่พิพาทจะต้องทำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าวด้วยเสมอ กล่าวคือขึ้นอยู่กับรัฐคู่พิพาทเอง ว่าต้องการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น หากแม้รัฐ

<sup>87</sup> จุมพต สายสุนทร , *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20* น. 253.

<sup>88</sup> TAFTA ; Article 1803.

<sup>89</sup> TNZCEPA ; Article 17.3.

<sup>90</sup> ACFTA ; Article 5 , para.1.

คู่พิพาทมิได้ทำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว ก็ไม่ตัดสิทธิรัฐคู่พิพาทในอันที่จะร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดี<sup>91</sup>

นอกจากนั้น หากได้พิจารณาในบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>92</sup> แล้ว กลับมิได้กำหนดในเรื่องของการประนีประนอมเพื่อการระงับข้อพิพาทเอาไว้แต่ประการใด โดยกำหนดไว้แต่เพียงการนำเอาวิธีการเจรจาปรึกษาหารือ และการไกล่เกลี่ย เพื่อใช้ในการยุติปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเท่านั้น

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรี ในระดับทวิภาคี ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ว่าด้วยเรื่องของการประนีประนอมนั้น ล้วนไม่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ต่างก็ได้มีการกำหนดในเรื่องของการประนีประนอมเอาไว้เช่นเดียวกัน และยังได้กำหนดไว้ว่าให้วิธีการดังกล่าวสามารถเริ่มต้น และสิ้นสุดลงเมื่อใดก็ได้ อีกทั้ง ยังได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทในอันที่จะเลือกใช้วิธีการประนีประนอมหรือไม่ก็ได้ และหากได้เลือกใช้วิธีการดังกล่าวรัฐคู่พิพาทก็สามารถเป็นผู้ดำเนินกระบวนการในการประนีประนอมได้โดยตนเอง แต่หากได้นำไปเปรียบเทียบกับกับในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี แม้จะได้มีการกำหนดในเรื่องของการประนีประนอมเอาไว้เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน อีกทั้งยังได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทในการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอมก็ตาม แต่ทว่าการประนีประนอมจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการเป็นผู้ดำเนินการให้เท่านั้น ซึ่งย่อมแสดงให้เห็นว่ากระบวนการประนีประนอมไม่อาจเริ่มต้นเมื่อใดก็ได้ และรัฐคู่พิพาทไม่อาจเป็นผู้ดำเนินกระบวนการในการประนีประนอมได้ด้วยตนเองเพียงลำพัง นอกจากนี้ ไม่อาจเปรียบเทียบกับกับในเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกาได้เนื่องจากจะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา มิได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอมเอาไว้แต่ประการใด

ดังนั้น หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกนั้น การระงับข้อพิพาทโดย

<sup>91</sup> US-Chile FTA ; Article 22.6 , para.1.

<sup>92</sup> Canada-US FTA ; Article 1804 and Article 1805.

วิธีการประนีประนอมนั้น เป็นสิ่งที่ควรจะต้องมีไว้เพื่อเป็นการเพิ่มทางเลือกในการระงับข้อพิพาท ข้อขัดแย้งให้แก่รัฐคู่พิพาทให้มีหลากหลาย เพื่อที่รัฐคู่พิพาทจะได้เลือกวิธีการใดวิธีการหนึ่งที่เหมาะสมกับกับปัญหาข้อพิพาทของตนได้ อีกทั้ง ยังมีความเห็นว่าการกำหนดให้เป็นสิทธิโดยอิสระของรัฐคู่พิพาทที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมด้วยความสมัครใจของตนเมื่อใดก็ได้ นั้น เป็นสิ่งที่เห็นว่าเหมาะสมอยู่แล้ว เพราะรัฐคู่พิพาทสามารถที่จะเลือกใช้วิธีการดังกล่าวยุติข้อพิพาทได้โดยทันทีที่ต่อสถานการณ์

#### 2.1.5 การไกล่เกลี่ย (Mediation)

การไกล่เกลี่ย (Mediation) หมายถึง กรณีที่บุคคลที่สามซึ่งชักชวนให้รัฐคู่พิพาทเข้าเจรจาระงับข้อพิพาทกัน โดยตนเองได้เข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาระงับข้อพิพาทด้วย ซึ่งจะมีบทบาทหน้าที่มากกว่าการเป็นเพียงผู้ชักชวนให้รัฐคู่พิพาทเข้าเจรจาระงับข้อพิพาทกัน (Good Offices) โดยผู้ไกล่เกลี่ยนั้น ต้องเข้าร่วมในการเจรจาระหว่างรัฐคู่พิพาทด้วยโดยการทำข้อเสนอเพื่อนำไปสู่การระงับข้อพิพาท แต่ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยย่อมไม่มีผลผูกพันรัฐคู่พิพาท เพราะถือว่าข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเพียงข้อเสนอแนะเท่านั้น รัฐคู่พิพาทจะเห็นด้วย หรือนำข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยไปดำเนินการต่อไปหรือไม่นั้น ย่อมอยู่ในดุลยพินิจของรัฐคู่พิพาทอย่างเต็มที่<sup>93</sup> ทั้งนี้ หน้าที่ในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะสิ้นสุดลงเมื่อรัฐคู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ หรือ เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายไม่ยอมรับข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ย หรือเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยถอนตัวจากการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย<sup>94</sup>

ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย<sup>95</sup> เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์<sup>96</sup> เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน<sup>97</sup> นั้น ล้วนได้มีการวางบทบัญญัติในเรื่องของการไกล่เกลี่ยไว้ด้วยเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทเป็นผู้ดำเนินการได้ด้วยตนเอง อีกทั้ง ยังได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือไม่ก็ได้แล้วแต่ความสมัครใจของรัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญ ยิ่งไปกว่านั้น ยังได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทสามารถเริ่มต้น หรือสิ้นสุดการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวเมื่อใดก็ได้

<sup>93</sup> จุมพต สายสุนทร , *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3* น. 252.

<sup>94</sup> จุมพต สายสุนทร , *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 81* น. 16 – 17.

<sup>95</sup> TAFTA ; Article 1803.

<sup>96</sup> TNZCEPA ; Article 17.3.

<sup>97</sup> ACFTA ; Article 5 , para.1.

แต่ทั้งนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี<sup>98</sup> แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้จะได้มีการบัญญัติในเรื่องการไกล่เกลี่ยเอาไว้ เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน แต่ทั้งนี้ กลับได้วางข้อกำหนดเอาไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี ได้กำหนดให้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยสามารถเริ่มต้นได้ก็ต่อเมื่อ รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ยื่นคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการเพื่อให้แก้ไขปัญหาข้อพิพาทก่อนในเบื้องต้นแล้ว จึงทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถเริ่มต้นขึ้นได้ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ (Commission) เท่านั้น ที่จะเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวได้ อนึ่ง ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญในอันที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยหรือไม่ก็ได้ โดยไม่เป็นการตัดสิทธิรัฐคู่พิพาทในอันที่จะร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีแต่อย่างใด<sup>99</sup>

นอกจากนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>100</sup> แล้ว จะเห็นได้ว่า ได้มีการบัญญัติในเรื่องของการไกล่เกลี่ยเอาไว้ เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน และเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี แต่ทว่าได้วางข้อกำหนดเอาไว้แตกต่างไปจากในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน แต่กลับมีความคล้ายคลึงกันกับเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกานั้น ได้กำหนดให้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย สามารถเริ่มต้นได้ก็ต่อเมื่อ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยื่นคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการแล้ว จึงทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถเริ่มต้นขึ้นได้ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ (Commission) เท่านั้น ที่จะเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวได้ อีกทั้ง ยังได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทอีกด้วย ว่าประสงค์จะระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยหรือไม่ก็ได้ เนื่องจากภายใต้

<sup>98</sup> U.S.-Chile FTA ; Article 22.5.

<sup>99</sup> U.S.-Chile FTA ; Article 22.6 , para.1.

<sup>100</sup> Canada-U.S. FTA ; Article 1805.

บทบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยต้องได้รับความยินยอมจากรัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญ<sup>101</sup>

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับภูมิภาค ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ว่าด้วยเรื่องการไกล่เกลี่ยนั้นล้วนไม่มีความแตกต่าง กล่าวคือ ได้มีการกำหนดในเรื่องของการไกล่เกลี่ยเอาไว้เช่นเดียวกัน และยังได้กำหนดให้วิธีการดังกล่าวสามารถเริ่มต้น และสิ้นสุดลงเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ รัฐคู่พิพาทสามารถที่จะเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ยหรือไม่ก็ได้ และหากได้เลือกใช้วิธีการดังกล่าวรัฐคู่พิพาทก็สามารถเป็นผู้ดำเนินการกระบวนการในการไกล่เกลี่ยได้โดยตนเอง แต่เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีทั้งสองนี้ แม้จะได้มีการกำหนดในเรื่องของการไกล่เกลี่ยเอาไว้เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน อีกทั้ง ยังได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทในการเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ยก็ตาม แต่ทั้งนี้ การไกล่เกลี่ยจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการเป็นผู้ดำเนินการให้เท่านั้น ซึ่งย่อมแสดงให้เห็นว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยไม่อาจเริ่มต้นเมื่อใดก็ได้ และรัฐคู่พิพาทไม่อาจเป็นผู้ดำเนินการกระบวนการในการไกล่เกลี่ยได้ด้วยตนเองเพียงลำพัง

ดังนั้น หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับภูมิภาคนี้ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ย โดยกำหนดให้เป็นความสมัครใจของรัฐคู่พิพาทที่จะเลือกใช้สิทธิดังกล่าวเมื่อใดก็ได้ นั้น เป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมดีอยู่แล้ว เพราะรัฐคู่พิพาทสามารถที่จะเลือกใช้วิธีการดังกล่าวยุติข้อพิพาทได้โดยทันทีที่ต่อสถานการณ์

ทั้งนี้ จากการศึกษาคณะวิเคราะห์เปรียบเทียบในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) ในส่วนของกระบวนการที่เหมือนกันดังกล่าวนี้ ทั้งที่ปรากฏภายใต้เขตการค้าเสรีในระดับภูมิภาคนี้ ทั้งภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ (TNZCEPA) และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน (ACFTA) รวมไปถึงตลอดถึงเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี (U.S. – Chili FTA) และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา (Canada-U.S. FTA) แล้ว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของ กรอบและขอบเขตการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท วิธีปฏิบัติ

<sup>101</sup> Canada-U.S. FTA ; Article 1805 , para.2.

ซึ่งนำมาใช้ในการดำเนินคดี การปรึกษาหารือ การประนีประนอม รวมถึงการไกล่เกลี่ยนั้น ต่างก็มีความคล้ายคลึงกันในประการสำคัญ ซึ่งได้กำหนดให้เป็นขั้นตอนแรกก่อนที่รัฐคู่พิพาทจะได้นำข้อพิพาทเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

แต่อาจจะสังเกตเห็นได้ว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น มีเพียงการให้รัฐคู่พิพาทได้อาศัยวิธีการระงับข้อพิพาทภายใต้กระบวนการดังกล่าว เพื่อยุติปัญหาข้อพิพาทในระหว่างกันเท่านั้น ซึ่งเห็นว่าจะเป็นการเปิดโอกาสให้น้อยเกินไป ทั้งนี้ เพราะถ้าหากสามารถให้รัฐคู่พิพาทยุติข้อขัดแย้งลงได้ด้วยวิธีการดังกล่าวได้ในทันที นอกจาก จะเป็นการประหยัดเวลา ประหยัดค่าใช้จ่ายแล้ว ยังช่วยทำให้ความสัมพันธ์ทางการค้ายั่งยืนอีกด้วย ดังนี้ ถ้าหากได้มีการเปิดโอกาสให้เพิ่มองค์กรหรือหน่วยงานเฉพาะใดเข้ามาเพื่อยุติปัญหาข้อขัดแย้งโดยอาศัยวิธีการในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) ดังเช่นในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี แล้ว ก็อาจจะมีส่วนช่วยทำให้ปัญหาการระงับข้อพิพาทยุติลงได้รวดเร็วมากยิ่งขึ้น

## 2.2 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน

### 2.2.1 การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation)

ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย<sup>102</sup> เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์<sup>103</sup> และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน<sup>104</sup> ดังได้กล่าวในข้างต้นว่า ได้มีการวางบทบัญญัติในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) เอาไว้เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น ได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมในส่วนของกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน (urgency) รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย (perishable goods) เอาไว้เป็นพิเศษ อีกด้วย ซึ่งไม่ปรากฏว่า ได้มีการวางข้อกำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ เอาไว้แต่ประการใด กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ นั้น ได้วางข้อกำหนดไว้ว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทต้องดำเนินการปรึกษาหารือร่วมกันก่อน โดยเมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ทำคำร้องขอปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทอีก

<sup>102</sup> TAFTA ; Article 1802.

<sup>103</sup> TNZCEPA ; Article 17.2.

<sup>104</sup> ACFTA ; Article 4 , para.7 and Article 6 , para.1.

ฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ร้องขอก็ต้องตอบคำร้องขอนั้นภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ และจะต้องเข้าร่วมในการปรึกษาหารือภายใน 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ เพื่อให้บรรลุข้อยุติซึ่งเป็นที่พอใจร่วมกัน แต่หากภายใน 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ ปรากฏว่าการปรึกษาหารือล้มเหลว รัฐคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายผู้ร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ จึงอาจมีคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อขอให้มีการจัดตั้ง “คณะอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral Tribunal) ได้

แต่ในขณะที่ ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมไว้อีกว่า หากภายใน 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ (สำหรับในกรณีปกติ) หรือภายใน 20 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ (สำหรับในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่าย) นั้น ปรากฏว่าการปรึกษาหารือล้มเหลว รัฐคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายผู้ร้องขอ ก็อาจมีคำร้องไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อขอให้มีการจัดตั้ง “คณะอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral Tribunal) ก็ได้

นอกจากนั้น เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการระบวนการระงับข้อพิพาทในอเมริกา-ชิลี<sup>105</sup> และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>106</sup> แล้ว จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาปรึกษาหารือกันนั้น ในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลีได้มีการวางข้อกำหนด เกี่ยวกับเรื่องการเจรจาปรึกษาหารือสำหรับในกรณีเกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่าย (perishable goods) เอาไว้ คล้ายคลึงกับที่มีในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน โดยกำหนดว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่าย และรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ทำคำร้องขอปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเข้าร่วมในการปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 15 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ เพื่อให้บรรลุข้อยุติซึ่งเป็นที่พอใจร่วมกัน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการปรึกษาหารือล้มเหลว รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอาจทำคำร้องขอเป็นหนังสือไปยังที่ประชุมของคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการ (Commission) เรียกประชุมภายในกำหนดเวลา 10 วันนับแต่วันที่ได้ยื่นคำร้องขอนั้น เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ หากภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่คณะกรรมการจัดการประชุมขึ้น แต่ไม่สามารถยุติข้อพิพาทดังกล่าวได้ หรือภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้เสนอคำร้องเพื่อการปรึกษาหารือไปยังที่ประชุมคณะกรรมการ แต่ที่ประชุมคณะกรรมการไม่จัดประชุมเพื่อ

<sup>105</sup> U.S.-Chile FTA ; Article 22.4 , para.3 , Article 22.5 , para.1(b) , para.4(c) and Article 22.6 , para.1 (a) , (c).

<sup>106</sup> Canada-U.S. FTA ; Article 1804.

แก้ปัญหาข้อพิพาทให้ ดังนั้น รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจมีคำร้องขอไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อขอให้มีการจัดตั้ง “คณะอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral Panel) ก็ได้

อนึ่ง มีข้อพิงสังเกตเห็นว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการปรึกษาหารือ (Consultation) ดังกล่าวนี้ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี กล่าวถึงแต่เพียงในกรณีที่เป็น “สินค้าเน่าเสียง่าย” (perishable goods) ไว้เท่านั้น แต่มิได้รวมถึงในกรณีเร่งด่วนอื่นใดที่นอกเหนือไปจากนี้เอาไว้ด้วย แต่จะเห็นได้ว่า ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น ได้กล่าวถึงทั้งในเรื่องที่เป็น “กรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน” (urgency) รวมถึงใน “กรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย” (perishable goods) เอาไว้ด้วย

นอกจากนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>107</sup> แล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ ดังเช่นในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน และเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี ไม่ว่าจะเป็นในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น เฉพาะแต่ในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน เท่านั้น ที่ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ โดยได้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการในกรณีดังกล่าวไว้ให้สั้น และกระชับมากกว่าในกรณีปกติ โดยกำหนดไว้ให้ดำเนินการปรึกษาหารือร่วมกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทไม่เกิน 10 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทผู้ถูกฟ้องร้องได้รับคำร้องขอ รวมทั้งการปรึกษาหารือกัน ต้องให้ได้ข้อยุติร่วมกันภายในเวลา 20 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทผู้ถูกฟ้องร้องได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ แต่เมื่อได้นำไปเปรียบเทียบกับในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลีแล้ว จะเห็นได้ว่า ยังคงมีความแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือ แต่เฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย (perishable goods) เอาไว้เท่านั้น หาได้มีกำหนดในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินด้วยไม่ นอกจากนี้ การเจรจาปรึกษาหารือในกรณีดังกล่าว กำหนดให้สามารถดำเนินการเจรจาปรึกษาหารือได้ทั้งในระหว่างรัฐคู่พิพาทเอง และโดยการทำคำร้องไปยังที่ประชุมคณะกรรมการ (Commission) ดังที่ได้กล่าวแล้วในข้างต้น

<sup>107</sup> Canada-U.S. FTA ; Article 1804.

ดังนั้น หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีนั้น โดยหากเป็นกรณีของเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์แล้ว ควรจะวางข้อกำหนดเพิ่มเติมในส่วนของกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย ดังเช่นที่มีในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน เอาไว้ด้วย เนื่องจากในปัญหาข้อพิพาทบางกรณี หรือในสินค้าที่พิพาทบางประเภท อาจมีความจำเป็นต้องเร่งดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยความรวดเร็วกว่าปกติ เพราะหากเนิ่นนานออกไป อาจก่อให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจเป็นอันมากก็เป็นได้ แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น จะได้วางข้อกำหนดดังกล่าวไว้แต่ก็เฉพาะเพียงในการเจรจาปรึกษาหารือกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเมื่อการเจรจาปรึกษาหารือกัน นับว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทในขั้นต้นที่ถือได้ว่าเป็นความรวดเร็ว ประหยัด ยืดหยุ่น และยังช่วยสร้างความเข้าใจอันดีในระหว่างคู่กรณีพิพาทได้อีกด้วย ดังนั้น จึงเห็นว่าการข้อกำหนดในเรื่องของการเจรจาปรึกษาหารือในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนี้ ควรได้เพิ่มเติมในส่วนของการดำเนินการเจรจาปรึกษาหารือ เพื่อระงับข้อขัดแย้งดังกล่าวโดยคณะกรรมการ (Commission) หรือหน่วยงานใด หรือคณะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องพิพาทนั้นเอาไว้ด้วย ดังเช่นที่มีในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี เพราะ ถ้าหากสามารถทำให้ข้อพิพาทยุติลงได้ในขั้นตอนนี้มากเท่าไรก็ย่อมจะเป็นผลดีต่อการค้ามากยิ่งขึ้นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม กำหนดระยะเวลาในขั้นตอนดังกล่าวนี้ อาจกำหนดให้ใช้เวลาในการดำเนินการระงับข้อพิพาทน้อยกว่าที่มีกำหนดไว้ในเขตการค้าเสรีอเมริกาชิลี ก็ได้ เพื่อให้การดำเนินการระงับข้อพิพาทในขั้นตอนดังกล่าวมีความรวดเร็วมากขึ้น

### 2.2.2 การจัดการเจรจา (Good Office)

การจัดการเจรจา (Good Office) หมายถึง กรณีที่บุคคลที่สาม ซึ่งชักชวนให้รัฐคู่พิพาทเข้าเจรจาระงับข้อพิพาทกัน โดยตนเองจะไม่เข้าร่วมในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทด้วย แต่จะอำนวยความสะดวกในด้านอื่นๆ ให้แก่คู่พิพาทเท่านั้น ทั้งนี้ การชักชวนให้คู่พิพาทเข้าเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยตรงนี้ นับเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอีกวิธีหนึ่งที่จะนำไปสู่การระงับข้อพิพาทได้รวดเร็วขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทุกฝ่ายไม่ต้องการเป็นฝ่ายที่ริเริ่มในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางการเมืองระหว่างประเทศ หรือศักดิ์ศรีของชาติ หรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตาม การชักนำ หรือ การชักชวนของบุคคลที่สามโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยรัฐ หรือประมุขของรัฐ หรือบุคคล ซึ่งได้รับการไว้วางใจจากคู่พิพาททุกฝ่ายว่ามีความจริงใจ และความบริสุทธิ์ใจที่ต้องการจะ

เห็นคู่พิพาทเข้าเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน จึงถือว่ามีประโยชน์อย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ และการกระทำในฐานะ “Good Offices” ของบุคคลที่สามนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อคู่พิพาทได้เข้าเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน<sup>108</sup>

ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย<sup>109</sup> เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์<sup>110</sup> นั้น ต่างก็ได้กำหนดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการจัดการเจรจา (Good Office) โดยรัฐคู่พิพาทอาจตกลงกันเมื่อใดก็ได้ เพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว ในการนี้อาจเริ่มต้น หรือสิ้นสุดลงเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ อาจจัดให้การระงับข้อพิพาทด้วยการจัดการเจรจา (Good Office) นั้น ดำเนินต่อไป ในขณะที่ข้อพิพาทดังกล่าวได้ถูกดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการแล้วก็ได้ แต่ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน<sup>111</sup> นั้น กลับไม่ได้กำหนดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการจัดการเจรจา (Good Office) แต่ประการใด โดยกำหนดเอาไว้แต่เพียงการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) การประนีประนอม (Conciliation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี<sup>112</sup> แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้จะได้มีการบัญญัติในเรื่องการจัดการเจรจา (Good Office) เอาไว้เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ แต่ทั้งนี้ กลับได้วางข้อกำหนดเอาไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี ได้กำหนดให้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการจัดการเจรจา (Good Office) สามารถเริ่มต้นได้ก็ต่อเมื่อ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยื่นคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการการค้า เพื่อให้ดำเนินการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว ดังนี้ จึงจะทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถเริ่มต้นขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ดี ได้กำหนดไว้ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการค้า (Commission) เท่านั้น ที่จะเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวได้ อนึ่ง ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญ ในอันที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการจัดการเจรจา (Good Office) หรือไม่ก็ได้

<sup>108</sup> จุมพล สายสุนทร อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 81* น.14 – 16.

<sup>109</sup> TAFTA ; Article 1803.

<sup>110</sup> TNZCEPA ; Article 17.3.

<sup>111</sup> ACFTA ; Article 5.

<sup>112</sup> U.S-Chile FTA ; Article 22.5.

โดยไม่เป็นการตัดสิทธิรัฐคู่พิพาทในอันที่จะร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ พิจารณา คดีแต่อย่างใด<sup>113</sup>

นอกจากนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขต การค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา<sup>114</sup> แล้ว จะเห็นได้ว่า กลับมิได้กำหนดในเรื่องของการจัดการเจรจา (Good Office) เอาไว้แต่ประการใด เช่นเดียวกันกับในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน โดยกำหนดไว้ แต่เพียงการนำเอาวิธีการเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) มา ใช้ในการยุติปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเท่านั้น

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีใน ระดับทวิภาคี ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขต การค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น เฉพาะแต่ในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน เท่านั้น ที่ไม่ได้วาง ข้อกำหนดในเรื่องของการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการจัดการเจรจา (Good Office) แต่ในขณะที่ ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ได้วางข้อกำหนดในเรื่อง ดังกล่าวเอาไว้ ดังที่กล่าวแล้วในข้างต้น แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วย วิธีการดังกล่าวนี้ สามารถเริ่มต้น และสิ้นสุดลงเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดไว้ให้เป็น สิทธิของรัฐคู่พิพาทเท่านั้น ที่จะสามารถเลือกใช้วิธีการจัดการเจรจา (Good Office) หรือไม่ได้ แต่ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี แม้จะได้มีการวางข้อกำหนดในเรื่องการระงับข้อ พิพาทโดยการจัดการเจรจา (Good Office) ไว้เช่นเดียวกันกับเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ก็ตาม แต่ทว่า การจัดการเจรจา (Good Office) จะเกิดขึ้นได้ก็ ต่อเมื่อ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือต่อที่ประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการ (Commission) เป็นผู้ดำเนินการให้เท่านั้น ซึ่งย่อมแสดงให้เห็นว่า กระบวนการจัดการเจรจา (Good Office) ไม่อาจเริ่มต้นขึ้นเมื่อใดก็ได้ และรัฐคู่พิพาทไม่อาจเป็นผู้ ดำเนินกระบวนการในการจัดการเจรจา (Good Office) ได้ด้วยตนเองเพียงลำพัง

ดังนั้น หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ภายใต้ กระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีโดยเฉพาะในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น ควร จะต้องมีการเพิ่มทางเลือกในการระงับปัญหาข้อขัดแย้งให้แก่รัฐคู่พิพาทให้มีหลากหลายมากขึ้น เพื่อให้รัฐคู่พิพาทได้เลือกวิธีการใดวิธีการหนึ่งที่เหมาะสมกับปัญหาข้อพิพาทของตนได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการบัญญัติกระบวนการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการจัดการเจรจา (Good

<sup>113</sup> U.S-Chile FTA ; Article 22.6 , para.1.

<sup>114</sup> Canada-U.S FTA ; Article 1804 and Article 1805.

Office) ไว้ในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ด้วย เพราะมีความเห็นว่า การกำหนดให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการจัดการเจรจา (Good Office) โดยกำหนดให้เป็นความสมัครใจของรัฐคู่พิพาทที่จะเลือกใช้สิทธิดังกล่าวเมื่อใดก็ได้เช่นเดียวกันกับที่บทบัญญัติไว้ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์นั้น เท่ากับเป็นการเพิ่มทางเลือกในการระงับข้อพิพาทให้แก่รัฐคู่พิพาท อีกทั้ง หากสามารถที่จะระงับข้อพิพาทลงด้วยวิธีการดังกล่าวได้ ก็ย่อมเป็นผลดีต่อการค้าซึ่งต้องการยุติปัญหาข้อพิพาทด้วยความรวดเร็ว และไม่ยุ่งยากซับซ้อน

ดังนั้นจากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) ทั้งในส่วนที่เหมือนกัน และแตกต่างกัน ภายใต้เขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ (TNZCEPA) และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน (ACFTA) รวมถึงเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี (U.S. – Chile FTA) และเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา (Canada – U.S. FTA) แล้ว จะเห็นได้ว่าแม้ในระบบการระงับข้อพิพาทในระดับทวิภาคีเหล่านี้ จะได้สร้างกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทขึ้นมาในลักษณะของ “Ad hoc” เพื่อใช้ระงับปัญหาข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีก็ตาม

แต่ทั้งนี้ วิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) ก็ยังเป็นข้อสำคัญประการแรก ที่ถูกจัดให้นำมาใช้ก่อนที่รัฐคู่พิพาทจะเข้าไปอาศัยพิธีการระงับข้อพิพาทที่มีผลผูกพัน (Dispute Settlement) ซึ่งหากรัฐคู่พิพาทสามารถยุติข้อพิพาทลงได้ในขั้นตอนดังกล่าว ก็ย่อมเป็นที่พอใจของทุกฝ่ายได้เป็นอันมากนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ภายใต้เขตการค้าเสรีดังกล่าวนี้ ยังไม่ปรากฏว่ามีประสบการณ์ที่ต้องอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาทเลย คงมีเพียงแต่ประสบการณ์ในเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกาเท่านั้น ซึ่งก็พบว่าข้อพิพาทโดยมากมักจะยอมยุติลงด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (Dispute Avoidance) มากกว่า เนื่องจากมองเห็นว่า ประสิทธิภาพในการใช้มาตรการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำตัดสินชี้ขาดคดีของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปได้ยาก<sup>115</sup>

ดังนั้น การอาศัยการเจรจาในระหว่างกันของรัฐคู่พิพาทอาจเกิดประโยชน์มากกว่า และ มีความยุ่งยากน้อยกว่านั่นเอง ด้วยเหตุนี้ ข้อบกพร่องใดซึ่งยังเป็นข้อด้อยของวิธีการดังกล่าวนี้ ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้า

---

<sup>115</sup> Yves L. Fortier . The Law and Economic of Dispute Resolution in The CANADA – UNITED STATES Context : The Canadian Perspective. 17 Can.-U.S. L.J. 231(1991) : 2.

เสรีอาเซียน-จีน ทั้งในเรื่องของการจัดให้มีองค์กร หรือหน่วยงานเฉพาะใด เข้ามาช่วยดูแลในการ  
ระงับข้อพิพาทตรงส่วนนี้ หรือในเรื่องที่เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ไม่มีกระบวนการจัดการเจรจา  
จรรวมทั้ง ในกรณีที่เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ไม่มี  
ข้อกำหนดในเรื่องเร่งด่วนฉุกเฉินฯ ดังนี้ เห็นว่าก็ควรได้จัดให้มีขึ้น เพื่อให้ช่วยยังประโยชน์ต่อรัฐ  
คู่พิพาทที่จะอาศัยวิธีการดังกล่าวเพื่อการระงับข้อพิพาทในระหว่างกัน นั้นเอง