บทที่ 3

กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีผลผูกพัน (Dispute Settlement)

1 กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความตกลงการจัดทำเขตการค้าเสรีขององค์การการค้าโลก(WTO) ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน(AFTA) และภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

1.1 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมือนกัน

1.1.1 การระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

1.1.1.1 อำนาจในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ[1] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดให้รัฐคู่พิพาทสามารถเป็นผู้กำหนดได้ว่า จะให้อำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกว้าง หรือแคบอย่างไรก็ได้ โดยให้สิทธิดังกล่าวแก่รัฐคู่พิพาทภายใน 20 วันนับจากวันที่ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งเมื่อที่ประชุมองค์กรระงับข้อพิพาท (DSB)[2] มีฉันทามติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นมาแล้ว[3] ก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐคู่พิพาทต้องการกำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้อย่างไร[4] แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐคู่พิพาทไม่ได้กำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทดังกล่าวไว้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทตามมาตรฐานที่บทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ได้กำหนดไว้ให้

นอกเหนือจากนี้ ในการตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท DSB อาจมอบอำนาจให้ประธานของ DSB เป็นผู้กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ได้

---

[1] DSU ; Article 7.

[2] ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า DSB

[3] DSU ; Article 6.

[4] โดยปกติจะกำหนดขอบเขตอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทที่สอดคล้องกับคำร้องขอให้จัดตั้งคณะผู้พิจารณาคดี

ทั้งนี้ โดยต้องมีการปรึกษาหารือกับรัฐคู่พิพาทถึงเรื่องดังกล่าวด้วย และขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งได้กำหนดขึ้นนั้น จะต้องดำเนินการส่งเวียนไปให้รัฐสมาชิกทั้งหลายของ WTO ทราบด้วย[5]

อย่างไรก็ดี ขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในความเข้าใจฯ โดยทั่วไปกำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททำหน้าที่[6]ตรวจสอบเรื่องที่เสนอต่อDSBและเสนอข้อค้นพบ (Findings)ในรูปแบบของรายงานซึ่งจะมีข้อแนะนำ หรือคำตัดสินใดๆต่อเรื่องดังกล่าวซึ่งเป็นการช่วย DSB ในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความตกลงของ WTO ทั้งที่อยู่ในความเข้าใจฯ ฉบับนี้ และความตกลงในครอบคลุมเพื่อการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างรัฐสมาชิกภายใต้ความตกลงฯ แต่ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหาได้มีบทบาทในการเป็นผู้ทำคำตัดสินข้อพิพาทไม่ คงมีบทบาทเป็นเพียงผู้พิจารณาประเมินข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นทั้งหมด รวมทั้งพิจารณาสรุปให้แก่DSBเพื่อจัดทำข้อเสนอแนะหรือคำตัดสินต่อไป[7] นอกจากนี้ ได้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีอำนาจในการหาข้อมูล และขอคำแนะนำทางเทคนิคจากบุคคล หรือองค์กรที่เหมาะสม รวมทั้งการปรึกษากับคณะผู้เชี่ยวชาญ ในข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ หรือเทคนิคได้อีกด้วย[8]

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004 [9] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้ ไม่แตกต่างไปจากในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ เท่าใดนัก แต่ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทสามารถเป็นผู้กำหนดได้ว่า กรอบอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะมีแค่ไหน เพียงใด โดยให้สิทธิดังกล่าวแก่รัฐคู่พิพาทที่จะต้องตกลงกันก่อนที่ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM)[10] จะมีฉันทามติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[11]เท่านั้น นอกเหนือจากนี้ ก็มีความคล้ายคลึงกันกับที่มีการบัญญัติไว้ภายใต้ความเข้าใจฯ ทุกประการ[12]

---

[5] DSU ; Article 7,para.3.

[6] DSU ; Article 11.

[7] DSU ; Article 11.

[8] DSU ; Article 13 and Appendix 4.

[9] ASEAN EDSM ; Article 6.

[10] ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า SEOM

[11] ASEAN EDSM ; Article 5.

[12] ASEAN EDSM ; Article 6, para.1, para.3 and Article 7 and Article 8, para.4.

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติฯ นาฟต้า[13] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้คล้ายคลึงกันกับในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ และในพิธีสารฯ ปี2004 ด้วยเช่นกัน[14] อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่าในนาฟต้า ไม่ได้มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งเหมือนดังที่ปรากฏในความเข้าใจฯ หรือในพิธีสารฯ ปี 2004 ว่าเมื่อใดจึงจะให้รัฐคู่พิพาทใช้สิทธิในการกำหนดขอบเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ เนื่องจากภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้แต่เพียงว่าให้รัฐคู่พิพาทเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดขอบเขตอำนาจในการพิจารณาคดีได้เท่านั้น จึงเป็นความไม่ชัดเจน และอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องดังกล่าวขึ้นได้[15]

ดังนี้ หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องของอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ ตามพิธีสารฯ ปี2004 และในบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น ล้วนมีความคล้ายคลึงกันดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น ยังมีข้อบกพร่องอยู่บางประการโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเรื่องของกำหนดระยะเวลาในการให้รัฐคู่พิพาทใช้สิทธิในการกำหนดขอบเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ดังนี้ จึงเป็นความไม่ชัดเจนภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว แต่ในขณะที่ภายใต้บทบัญญัติในความเข้าใจฯ และในพิธีสารฯ ปี 2004 ได้กำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนดังที่กล่าวมาแล้ว ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า บทบัญญัติภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ว่าด้วยเรื่องของอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท มีความสมบูรณ์และเหมาะสมดีอยู่แล้ว ไม่จำต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขแต่อย่างใด

1.1.1.2 <u>บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ[16] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นภายหลังจากที่รัฐคู่พิพาทได้มีคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรต่อ DSB เพื่อให้ทำการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท สำหรับพิจารณาวินิจฉัยในปัญหาข้อพิพาทของตน โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะถูกจัดตั้งขึ้นภายหลังจากการประชุม DSB

---

[13] NAFTA Chapter 20 ; Article 2008.

[14] NAFTA Chapter 20 ; Article 2008,para.5.

[15] NAFTA Chapter 19 ; Review and Dispute Settlement in Antidumping and Countervailing Duty Matters. and NAFTA Chapter 20 ; Article 2004. and Article 2014 and Article 2015.

[16] DSU ; Article 6 and Article 8.

ซึ่งมีฉันทามติให้มีการจัดตั้ง อนึ่ง รัฐคู่พิพาทที่ขอให้มีการปรึกษาหารือนั้น อาจขอให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ ในกรณีที่รัฐสมาชิกฝ่ายหนึ่งได้รับคำขอปรึกษาหารือแต่ไม่ตอบคำขอนั้นภายใน 10 วัน หรือไม่ยอมหารือด้วยภายใน 30 วัน หรือในกรณีที่มีการหารือ แต่ในกรณีที่การปรึกษาหารือระหว่างรัฐคู่พิพาทไม่ประสบความสำเร็จภายในกำหนดเวลา 60 วันสำหรับกรณีปกติ หรือภายในกำหนดเวลา 20 วัน สำหรับกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่าย[17] นับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอเพื่อปรึกษาหารือ[18]

นอกจากนี้ มีข้อพึงสังเกตว่า รัฐคู่พิพาทมีสิทธิที่จะคัดค้านคำขอตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทครั้งแรกได้ แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องถูกตั้งอย่างช้าในการประชุมDSB ครั้งที่สอง เว้นแต่ DSB จะมีฉันทามติที่จะไม่ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[19]

ในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคณะหนึ่ง จะประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน เว้นแต่ ในกรณีที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงร่วมกันภายใน 10 วันนับแต่วันตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่าต้องการให้มีองค์คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจำนวน 5 คน[20] ซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม[21] ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเอกชน รวมทั้งผู้ที่เคยทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาคดีมาก่อน หรือผู้ที่เคยว่าคดีต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ผู้ที่เคยเป็นผู้แทนของสมาชิก หรือของภาคีคู่สัญญาของแกตต์ 1947 หรือเคยเป็นผู้แทนในคณะมนตรี หรือคณะกรรมการของความตกลงในครอบคลุมใดๆ หรือความตกลงที่มีมาก่อนความตกลงนั้น หรือในสำนักเลขาธิการ สอนหรือพิมพ์เผยแพร่กฎหมาย หรือนโยบายการค้าระหว่างประเทศ หรือเป็นเจ้าหน้าที่อาวุโสทางนโยบายการค้าของสมาชิก และต้องมิได้เป็นพลเมือง (Citizens of Members) ของรัฐคู่พิพาท (รวมถึงบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐสมาชิกทั้งปวงของสหภาพศุลกากร หรือตลาดร่วม ในกรณีที่สหภาพศุลกากร หรือ ตลาดร่วมเป็นคู่กรณีพิพาท ก็ไม่สามารถเป็น ผู้พิจารณาคดีในกรณีดังกล่าวได้) เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น[22]

---

[17] ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเรียกว่า กรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่าย

[18] DSU ; Article 4,para.3 para.7 and para.8 and Article 5, para.4 and Article 6.

[19] DSU ; Article 6,para.1.

[20] DSU ; Article 8,para.5.

[21] DSU ; Article 8, para.1.

[22] DSU ; Article 8,para.3.

ทั้งนี้ รัฐคู่พิพาทจะต้องให้การรับรองผู้ที่จะมาเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จากบุคคลซึ่งสำนักเลขาธิการองค์การการค้าโลก (The Secretariat) ได้จัดการคัดเลือกมาจากบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะเข้าร่วมในคณะพิจารณา ภายในกำหนดเวลา 20 วันหลังจากวันที่ DSB มีฉันทามติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม หากรัฐคู่พิพาทไม่ให้การรับรองดังกล่าวรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ก็อาจร้องขอต่อผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (the Director-General) ให้ทำการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะมาเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[23]

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004[24] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้โดยเนื้อหาสาระแล้วไม่ต่างไปจากในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ เพียงแต่กำหนดให้ SEOM จะเป็นผู้ทำการอนุญาตให้ตามคำขอดังกล่าว เว้นแต่ มีฉันทามติไม่ให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[25] แต่ทั้งนี้ ในการเสนอชื่อผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ให้เสนอชื่อผู้ที่เป็นคนชาติของรัฐสมาชิกอาเซียนก่อน(Nationals of ASEAN Members States) และต้องห้ามคนชาติ ของรัฐคู่พิพาททำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในกรณีพิพาทดังกล่าว เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้ รัฐคู่พิพาทจะต้องตกลงร่วมกันในการคัดเลือกบุคคลผู้ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้ภายในกำหนดเวลา 20 วันนับจากวันที่จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจร้องขอต่อเลขาธิการอาเซียน (the Secretary – General of ASEAN) เพื่อให้เป็นผู้ทำการคัดเลือกบุคคลผู้ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[26]

สำหรับบทบัญญัติฯ นาฟต้า ซึ่งว่าด้วยเรื่องของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว[27] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้คล้ายคลึงกันกับในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯและพิธีสารฯ ปี2004 แต่คงมีส่วนที่แตกต่างออกไปบางประการกล่าวคือ ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจมีคำร้องขอต่อคณะกรรมาธิการเพื่อให้ทำการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[28]

---

[23] DSU ; Article 8,para.6 and para.7.

[24] ASEAN EDSM ; Article 5.

[25] ASEAN EDSM ; Article 5, para.1 , para.2.and Appendix 2 ; Article 1, para.1.

[26] ASEAN EDSM ; Appendix 2 , Article 1, para.7.

[27] ASEAN EDSM ; Article 2008, Article 2009, Article 2010 and Article 2011.

[28] NAFTA Chapter 20 ; Article 2008 , para.1, para.2 and para.3.

ในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคณะหนึ่ง จะประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 5 คน โดยรัฐคู่พิพาทจะต้องตกลงเลือกบุคคลใดขึ้นมาเป็นประธานคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทภายในกำหนดเวลา 15 วันนับจากวันที่มีการร้องขอให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ถ้าหากรัฐคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ตามนั้น ภายในกำหนดเวลา 5 วัน จะต้องร่วมกันคัดเลือกบุคคลใดบุคคลหนึ่งผู้ซึ่งไม่ได้เป็นพลเมืองของรัฐคู่พิพาท (Citizen of that Party) มาเป็นประธานฯ[29] และภายใน 15 วันนับจากวันที่มีการคัดเลือกประธานฯแล้ว รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องทำการคัดเลือกองค์คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยการคัดเลือกจากบุคคลผู้ซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจำนวน 2 คน ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้มีที่มาจากแนวคิดว่า “สัญชาติทำให้เกิดความลำเอียง ”[30] ดังนั้น จึงต้องห้ามรัฐที่จะเลือกพลเมืองของตนขึ้นเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแต่ให้เลือกพลเมืองของรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายแทน แต่หากรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดไม่สามารถเลือกบุคคลใดให้เข้ามาเป็นองค์คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ ก็กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของรัฐคู่พิพาทฝ่ายนั้น จะต้องได้รับเลือกมาจากบุคคลผู้ซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่มีชื่อปรากฏอยู่ในบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะเข้าร่วมในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเท่านั้น (the roster members who are citizens of the other disputing Party)[31] ซึ่งเป็นการเลือกโดยอาศัยหลัก ”reverse selection process”[32] ซึ่งเรียกว่า “กระบวนการการเลือกแย้ง” ถือเป็นการประกันความเป็นกลางวิธีหนึ่ง[33] นอกจากนี้ ยังต้องเป็น ผู้ยินยอมที่จะปฏิบัติตัวตามประมวลวิธีพิจารณาคดีของผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทอีกด้วย (a code of conduct)

ดังนี้ หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ ตามพิธี

---

[29] NAFTA Chapter 20 ; Article 2011, para.1(a) and (b).

[30] Sidney Jr. Picker, “Symposium : NAFTA and The Expansion of Free Trade : Current Issues and Future Prospect ; Article : NAFTA Chapter Twenty - - Reflections on Party – to – Party Dispute Resolution , 14 Ariz. J. Int’l & Comp. Law 465 (1997) : 2183 - 2184.

[31] NAFTA Chapter 20 ; Article 2011, para.1 (c) and (d).

[32] David A. Gantz , “Dispute Settlement under The NAFTA and The WTO : Choice of Forum Opportunities and Risks for NAFTA Parties,”14 Am. U.Int’l L.Rev.1025(1999) : 1062-1064.

[33] NAFTA Chapter 20 ; Article 2009,para.2 and Article 2010.

สารฯ ปี 2004 และในบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น มีความคล้ายคลึงกันในส่วนที่ให้อำนาจแก่รัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญในการตัดสินใจคัดเลือกบุคคลใดให้มาดำรงตำแหน่งเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท รวมถึงคุณสมบัติของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็มีความคล้ายคลึงกัน แต่ทั้งนี้ ในส่วนที่แตกต่างกันออกไปบางประการในระหว่างความเข้าใจฯ พิธีสารฯ ปี 2004 และบทบัญญัติฯ นาฟต้า คือ ในนาฟต้านั้น กำหนดให้ในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคณะหนึ่งประกอบด้วยสมาชิกถึง 5 คน แต่ในขณะที่ความเข้าใจฯ และพิธีสารฯ ปี2004 โดยหลักแล้วกำหนดไว้เพียง 3 คน (ในกรณี 5 คนจัดเป็นกรณีพิเศษเพราะขึ้นอยู่กับความตกลงแต่ละคราวไป) สำหรับในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า จำนวนของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะมีส่วนสัมพันธ์เป็นอย่างยิ่งกับปริมาณของค่าใช้จ่าย และระยะเวลาในการดำเนินคดี ซึ่งหากจำนวนของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีมากก็จะยิ่งเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายให้แก่รัฐคู่พิพาทมากขึ้นตามไปด้วย นอกจากนี้ ยังก่อให้เกิดความยุ่งยากตามมาในเรื่องเกี่ยวกับ กำหนดการนัดหมายต่างๆ อีกด้วย ซึ่งในนาฟต้านั้น ก็พบปัญหาดังกล่าวเช่นกัน ซึ่งได้สร้างความยุ่งยากและเสียเวลาเป็นอย่างมาก จนส่งผลกระทบต่อกระบวนวิธีพิจารณาคดีที่ต้องล่าช้าออกไปเป็นอันมาก อาทิ ข้อจำกัดในเรื่องของความต่างกันของเขตเวลา กำหนดตารางเวลางานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแต่ละคนที่แตกต่างกัน เป็นต้น[34] ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในบทบัญญัติตามพิธีสารฯ ปี 2004 ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวนั้น ได้กำหนดจำนวนสมาชิกในองค์คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้อย่างเหมาะสมแล้ว ไม่มากหรือน้อยจนเกินไป นอกจากนี้ ยังมีข้อควรคำนึงถึงในเรื่องเกี่ยวกับบัญชีรายชื่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งในพิธีสารฯปี2004ไม่มีกำหนดไว้ แต่ในขณะที่ในความเข้าใจฯ และบทบัญญัติฯของนาฟต้าได้มีการกำหนดเอาไว้ ซึ่งการมีบัญชีรายชื่อฯจะเป็นการช่วยทำให้กระบวนพิจารณามีความรวดเร็วขึ้น ทั้งนี้ ในพิธีสารฯปี2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) จึงควรมีการกำหนดในเรื่องนี้ไว้ด้วย เพราะจากประสบการณ์ของนาฟต้าได้แสดงให้เห็นว่าการเลือกบุคคลใดให้เข้ามาทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องที่ยุ่งยาก และสร้างความล่าช้าให้กับการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีอีกด้วย[35]

---

[34] David A. Gantz, “Government-to-Government Dispute Resolution under NAFTA’ s Chapter 20 : A Commentary on The Process,” American Review of International Arbitration 11 (2000) : 490 – 492.

[35] David A, Gantz. Government-to-Government Dispute Resolution under NAFTA’S Chapter 20 : A Commentary on The Process. 11 Am. Rev. Int’l Arb.481(2000).

1.1.1.3 การดำเนินกระบวนพิจารณาโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า กระบวนการในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่มีกรอบระยะเวลากำหนดไว้อย่างชัดเจน[36] โดยกำหนดว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องดำเนินการจัดทำรายงานฉบับสุดท้าย (Final Report) ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 6 เดือนสำหรับในกรณีปกติ หรือภายในกำหนดเวลา 3 เดือนสำหรับในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ นับจากวันที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้รับการจัดตั้ง อย่างไรก็ตามในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องรายงานต่อ DSB เพื่อขอขยายระยะเวลาในการดำเนินการได้ แต่ทั้งนี้ ระยะเวลาในการดำเนินการทั้งหมดจะต้องไม่เกิน 9 เดือน

ดังนี้ เมื่อรัฐคู่พิพาทไม่สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทอันเนื่องมาจากความเสียหาย ด้วยการเจรจาปรึกษาหารือกันได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็สามารถร้องขอต่อDSB ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นเพื่อพิจารณาข้อพิพาทได้ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะถูกจัดตั้งขึ้นภายในไม่เกินการประชุมครั้งที่สอง หลังจากการร้องขอจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ถูกบรรจุในวาระการประชุมของDSB เว้นเสียแต่ว่า DSB จะมีฉันทามติไม่จัดตั้งคณะผู้พิจารณาคดี อนึ่ง ในการร้องขอจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเท่ากับเป็นการเริ่มต้นของการฟ้องร้องคดี ดังนั้น ในการร้องขอจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงต้องระบุถึงมาตรการเฉพาะนั้นเป็นลายลักษณ์อักษร และแสดงข้อกฎหมายอย่างย่อของข้อร้องเรียนเพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาอย่างชัดแจ้ง[37] ส่วนมาตรการใดๆ ที่มิได้รวมไว้ในคำร้องขอจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ไม่ถือเป็นมาตรการในประเด็นพิจารณา และจะไม่ได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วย[38] นอกจากนี้ รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องมอบคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรของตนต่อสำนักเลขาธิการ เพื่อให้เสนอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทันที[39] อนึ่ง รัฐสมาชิกฝ่ายที่สาม (third parties) ซึ่งมี

---

[36] DSU ; Article 12 , para.8 and para.9.

[37] DSU ; Article 6, para.1 , para.2.

[38] David Palmeter and Petros C. Mavroidis , Dispute Settlement in the World Trade Organization , (Hague : Kluwer Law International , 1999.) , p.76.

[39] DSU ; Article 12 , para.6.

ผลประโยชน์เกี่ยวข้องชัดเจน (substantial interest) ก็มีสิทธิที่จะเข้าร่วมในกระบวนวิธีพิจารณาคดีที่กำลังดำเนินอยู่ได้เช่นเดียวกัน[40]

ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีสิทธิในการแสวงหาพยานหลักฐานจากแหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องได้อย่างกว้างขวางทุกที่ ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาข้อมูล รวมทั้งคำแนะนำทางเทคนิคจากบุคคลต่างๆ หรือผู้ที่มีความรู้ความชำนาญ ตามที่เห็นว่ามีความเหมาะสม ยิ่งไปกว่านั้น หากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าข้อมูลใดที่ได้รับมา ซึ่งจัดว่าเป็นความลับก็จะไม่ถูกเปิดเผยถ้าไม่ได้รับอนุญาตอย่างเป็นทางการจากบุคคล องค์กร หรือหน่วยงานที่มีอำนาจของสมาชิกซึ่งให้ข้อมูล[41] อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า ไม่ได้มีการกำหนดเวลาสิ้นสุดในการรับฟังพยานหลักฐานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเอาไว้แต่อย่างใด ซึ่งย่อมแสดงว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็สามารถรับฟังพยานหลักฐานได้ตลอดเวลานั่นเอง[42]

ในการจัดทำรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ ในขั้นตอนแรก เรียกว่า การจัดทำรายงานฉบับชั่วคราว (Interim Report) ซึ่งเป็นการทบทวนเหตุการณ์หลังจากที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้พิจารณาข้อโต้แย้งต่างๆ ในคดีของรัฐคู่พิพาท ดังนี้ จึงเท่ากับเป็นการยืนยันข้อเท็จจริง และสาระสำคัญของข้อโต้แย้งทั้งสองฝ่ายให้ถูกต้องตรงกันนั่นเอง รัฐคู่พิพาทอาจทำการโต้แย้งรายงานดังกล่าวได้ แต่ต้องภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกำหนดไว้ให้ อนึ่ง รายงานฉบับชั่วคราวนั้น เกิดขึ้นหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้สำหรับการรับข้อโต้แย้งจากรัฐคู่พิพาท โดยประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นการบรรยาย และผลการพิจารณารวมทั้งข้อสรุปของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งรัฐคู่พิพาทอาจเสนอคำขอเพื่อให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททบทวนในด้านความถูกต้องของรายงานนั้นก่อนที่จะหมุนเวียนรายงานให้แก่สมาชิก คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะจัดให้มีการประชุมกับคู่กรณีในประเด็นที่ได้ระบุไว้ในคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามคำขอของคู่กรณี ถ้าไม่มีข้อโต้แย้งจากคู่กรณีใดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ จะถือว่ารายงานฉบับชั่วคราวนั้นเป็นรายงานฉบับสุดท้ายและจะเวียนให้สมาชิกทราบโดยเร็ว[43]

---

[40] DSU ; Article 10.

[41] DSU; Article 13 , para.1 and para.2.

[42] David Palmeter and Petros C. Mavroidis , Dispute Settlement in the world Trade Organization , (Hague : Kluwer Law International , 1999.) , p.76.

[43] DSU ; Article 15 para.1 , para.2.

ส่วนในขั้นตอนถัดมา เรียกว่า การจัดทำรายงานฉบับสุดท้าย (Final Report) ซึ่งเป็นการทำความเห็นเป็นคำวินิจฉัยนอกเหนือไปจากการอภิปรายในประเด็นต่างๆ ไว้แล้วในรายงานฉบับนั้น หลังจากที่รัฐคู่พิพาทได้โต้แย้งในขั้นตอนรายงานฉบับชั่วคราวแล้วนั่นเอง[44] และจะทำการสรุปคำตัดสินรายงานฉบับสุดท้ายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทให้แก่รัฐคู่พิพาท ในกรณีปกติจะไม่เกิน 6 เดือน และในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ จะไม่เกิน 3 เดือนนับแต่ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นมา แต่ไม่ว่าในกรณีใดก็ตามห้ามเกินกว่า 9 เดือน[45]

หลังจากนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะจัดส่งรายงานดังกล่าวให้แก่ DSB เพื่อให้ทำการพิจารณารับรองรายงานต่อไป โดย DSB จะพิจารณารับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหลังจากที่ได้เวียนรายงานนั้นให้แก่สมาชิกแล้วเป็นเวลา 20 วัน แต่ถ้าหากรัฐสมาชิกใดมีความประสงค์จะคัดค้านต่อรายงานดังกล่าวจะต้องทำอย่างน้อยภายในกำหนดเวลา 10 วันก่อนมีการประชุมของ DSB[46] ทั้งนี้ รายงานดังกล่าว จะได้รับการรับรองในการประชุม DSB ภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากที่เวียนรายงานให้แก่สมาชิก เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าจะอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่อไป[47] อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า ในความเข้าใจฯ ได้กำหนดให้รายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้รับการรับรองโดยทันทีหากไม่มีการไม่รับรองรายงานนั้นโดยฉันทามติ (หรือที่เรียกว่า หลักฉันทามติแบบกลับ : Negative Consensus) ซึ่งทำให้รัฐคู่พิพาทคัดค้านรายงานได้ยาก ดังนั้น จึงเปิดโอกาสให้มีการทบทวนรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวโดยผู้เชี่ยวชาญในองค์กรอุทธรณ์อีกชั้นหนึ่ง เพื่อเป็นการกลั่นกรองคำตัดสินอันจะทำให้เกิดความยุติธรรมแก่รัฐคู่พิพาท[48] อย่างไรก็ดี รายงานคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือองค์กรอุทธรณ์จะมีผลผูกพันรัฐคู่พิพาทให้ปฏิบัติตามทันทีเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้มีคำตัดสินออกมาแล้ว แต่ทว่าคำตัดสินดังกล่าวจะตกไปต่อเมื่อภายหลังจากที่ DSB ได้รับรอง (Adopt) รายงานนั้นแล้ว[49]

---

[44] DSU ; Article 15 , para.3.

[45] DSU ; Article 12 , para.9.

[46] DSU ; Article 16 , para.1 and para.2.

[47] DSU ; Article 16 , para.4.

[48] ทัชชมัย ฤกษะสุต , แกตต์ และองค์การการค้าโลก (WTO) , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2544) น.159.

[49] DSU ; Article 16 , para.4 and Article 17 , para.14.

สำหรับในบทบัญญัติตามพิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า กระบวนการพิจารณาในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ก็เป็นกระบวนการเช่นเดียวกันกับในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯเช่นกัน แต่อาจจะมีต่างออกไปบ้างก็แต่ในบางเรื่องบางประการ ดังจะเห็นได้ว่า [50] ในการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีนั้น[51] รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องยื่นคำฟ้องให้กับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก่อนการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทครั้งแรก[52] ซึ่งต้องให้ฝ่ายที่ฟ้องคดีแสดงความเห็นในประเด็นข้อพิพาทก่อน หลังจากนั้นฝ่ายที่ถูกฟ้องจึงได้แสดงความเห็นของตนในประเด็นข้อพิพาทนั้น[53] และให้รัฐคู่พิพาทยกประเด็นที่มีการโต้เถียงกัน (rebuttals) ในการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทครั้งที่สอง โดยให้ฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายยกข้อโต้เถียงของตนขึ้นว่ากล่าวก่อน หลังจากนั้น จึงให้ฝ่ายที่ฟ้องคดียกข้อโต้เถียงของตนขึ้นว่ากล่าวบ้าง และให้รัฐคู่พิพาทส่งคำฟ้องฉบับที่สองต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก่อนที่จะมีการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทครั้งที่ สอง[54] คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอาจถามคำถามรัฐคู่พิพาทเมื่อใดก็ได้ในระหว่างการประชุมนั้น หรืออาจส่งคำถามให้ตอบก็ได้[55] นอกจากนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดซึ่งได้รับอนุญาตให้แสดงความเห็นของตนในคดีพิพาทต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็จะต้องจัดทำเอกสารถ้อยแถลงส่งให้กับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วย[56]

หลังจากนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องทำการพิจารณาคดีข้อพิพาท รวมทั้งข้อเท็จจริงแห่งคดี ความตกลงที่เกี่ยวข้อง และพิจารณาว่ามีการปฏิบัติตามข้อบทแห่งความตกลงฯ หรือไม่ พร้อมทั้งจัดทำข้อสรุปและคำตัดสิน[57] โดยการพิจารณาคดีดังกล่าวจะต้องเป็นความลับและต้องไม่ยกร่างคำตัดสินต่อหน้ารัฐคู่พิพาท[58] ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทมีหน้าที่

---

[50] ASEAN EDSM ; Article 5 , para.2 and para.3.and Article 8 , para.4 and Article 13 , para.2. and Article 11.

[51] ASEAN EDSM ; Appendix 2. II , Article 1 and Article 2.

[52] ASEAN EDSM ; Appendix 2. II , Article 4.

[53] ASEAN EDSM ; Appendix 2.II , Article 5.

[54] ASEAN EDSM ; Appendix 2.II , Article 7.

[55] ASEAN EDSM ; Appendix 2.II , Article 8.

[56] ASEAN EDSM ; Appendix 2.II , Article 9 and Article10.

[57] ASEAN EDSM ; Article 7.

[58] ASEAN EDSM ; Article 8 , para.5.

จะต้องส่งรายงานสรุปข้อเท็จจริงและคำตัดสินดังกล่าวนั้นให้แก่ SEOM ภายใน 60 วันนับจากวันที่มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ดี หากมีกรณีพิเศษคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็อาจขอขยายระยะเวลาดังกล่าวเพิ่มเติมได้อีก 10 วัน แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตุเพิ่มเติมว่า ภายใต้พิธีสารฯ ปี2004 นี้ แม้จะได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาไว้ก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่าได้กำหนดกรอบเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาในกรณีคดีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ ไว้ดังเช่นในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ[59] ซึ่งการไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ กำกับไว้ อาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอน และความล่าช้าในการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวได้ นอกจากนี้ จะต้องให้โอกาสแก่รัฐคู่พิพาทได้พิจารณารายงานดังกล่าวนั้นก่อนที่จะส่งให้แก่ SEOM[60] รับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่อไป โดยที่ SEOM จะต้องรับรองรายงานภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ส่งมอบรายงานดังกล่าว เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าจะอุทธรณ์คำตัดสิน หรือ SEOM มีฉันทามติไม่รับรองรายงานนั้น[61] อนึ่ง จะสังเกตเห็นได้ว่า ตามพิธีสารฯ ปี 2004 ได้นำเอาหลักฉันทามติแบบกลับ (Negative Consensus) ในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ มาใช้ในเรื่องเกี่ยวกับการรับรองรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งการทำให้กระบวนการเป็นอัตโนมัติ เช่นนี้ย่อมทำให้เกิดความรวดเร็วในการดำเนินกระบวนการ และสร้างความเชื่อมั่นให้กับรัฐสมาชิกได้ว่าผลของการดำเนินการจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ และระยะเวลาที่กำหนดไว้

สำหรับเรื่องของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีภายใต้บทบัญญัติฯ นาฟต้า จะเห็นได้ว่า กระบวนการในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น การดำเนินกระบวนการในบางขั้นตอนมีความคล้ายคลึงกันกับในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี2004 แม้จะต่างกันบ้างก็ในบางประการ ดังจะเห็นได้ว่า เป็นกระบวนการที่มีกรอบระยะเวลากำหนดเอาไว้เช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯ และพิธีสารฯ ปี 2004 แต่ก็ไม่ปรากฏว่าได้กำหนดกรอบระยะเวลาสำหรับในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ เอาไว้ด้วย ซึ่งทำให้การดำเนินคดีโดยเร่งด่วนฯ สำหรับในสินค้าบางประเภทไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งย่อมส่งผลเสียหายต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจขึ้นได้นั่นเอง[62]

---

[59] ASEAN EDSM; Article 3, para.5.

[60] ASEAN EDSM ; Article 8 , para.2 and para.3.

[61] ASEAN EDSM ; Article 9 , para.1 and para.2.

[62] NAFTA Chapter 20 ; Article 2016 , para .2 and Article 2017, para .1.

ดังนี้ เมื่อรัฐคู่พิพาทไม่สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทอันเนื่องมาจากความเสียหายด้วยวิธีการเจรจาปรึกษาหารือกันได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็สามารถร้องขอต่อคณะกรรมาธิการเพื่อให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้[63] นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท มีสิทธิในการแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางเช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯ และพิธีสารฯ ปี 2004[64]

ในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีนั้น[65] ในการจัดทำรายงานฉบับแรก ซึ่งประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นการค้นหาข้อเท็จจริงใดๆ และการหาข้อยุติว่ามาตรการใดบ้างที่เป็นการขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงฯ หรือเป็นสาเหตุให้เกิดความเสื่อมไปหรือเสียไปของประโยชน์ทั้งหมดหรือบางส่วน รวมทั้ง คำตัดสินและข้อเสนอแนะใดๆ ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ทั้งนี้ รัฐคู่พิพาทอาจจะเสนอข้อโต้แย้งในรายงานฉบับแรกนั้นต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ แต่จะต้องทำภายในกำหนดเวลา 14 วันนับจากวันที่ได้มีการเสนอรายงานฉบับดังกล่าวแก่รัฐสมาชิก ซึ่งภายหลังจากที่ได้พิจารณาข้อโต้แย้งดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดที่ได้ทำการร้องขอก็อาจจะขอความเห็นจากรัฐสมาชิกใดๆ ที่ได้ร่วมในคดี หรือทำการพิจารณาในรายงานดังกล่าวนั้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง หรือทำการเพิ่มเติมใดๆ ตามที่เห็นว่าเหมาะสม อย่างไรก็ตาม เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นภายในกำหนดเวลา 90 วันหลังจาที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคนสุดท้ายได้รับการคัดเลือก หรือช่วงเวลาอื่นใดที่ได้ถูกกำหนดขึ้นไว้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทควรจะต้องเสนอรายงานฉบับแรกต่อรัฐคู่พิพาท[66]

ส่วนในขั้นตอนที่สองนั้น เป็นการจัดทำรายงายฉบับสุดท้าย ซึ่งเป็นการทำความเห็นเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่อปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่อรัฐคู่พิพาท โดยจะต้องจัดทำภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากที่มีการเสนอรายงานฉบับแรกต่อรัฐคู่พิพาท เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น หลังจากนั้น รัฐคู่พิพาทจะต้องส่งรายงานฉบับสุดท้ายดังกล่าว รวมทั้งหากมีรายงานใดๆ ของคณะกรรมาธิการที่พิจารณาตรวจสอบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ หรือความเห็นเพิ่มเติมใดๆ ของรัฐคู่พิพาท ซึ่งได้ทำขึ้นเป็นหนังสือก็ให้ส่งต่อ

---

[63] NAFTA Chapter 20 ; Article 2008 , para.1 and Article 2011 , para.1 , para.2.

[64] NAFTA Chapter 20 ; Article 2014 and Article 2015.

[65] NAFTA Chapter 20 ; Article 2012 , para.1 , para.2. and Article 2008 , para.3 and Article 2013.

[66] NAFTA Chapter 20 ; Article 2016 , para.2, para.4 and para.5.

คณะกรรมาธิการ[67] ทั้งนี้ ถ้าหากคณะกรรมาธิการไม่มีคำตัดสินเป็นอย่างอื่นต่างออกไปจากในรายงานฉบับสุดท้ายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว รายงานฉบับสุดท้ายดังกล่าวนั้นก็จะได้รับการประกาศอย่างเป็นทางการเพื่อให้สาธารณชนได้ทราบภายในกำหนดเวลา 15 วันหลังจากที่รายงานฉบับดังกล่าวนั้นได้ถูกส่งไปยังคณะกรรมาธิการ อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า ในบทบัญญัติฯ นาฟต้า รายงานฉบับสุดท้ายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ไม่อาจถือว่ามีผลเป็นคำตัดสินที่ผูกพันต่อรัฐคู่พิพาทในทันที เนื่องจากได้กำหนดให้คณะกรรมาธิการถือเป็นองค์กรสุดท้ายที่จะเป็นผู้ทำการรับรองคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่าจะให้รายงานฉบับสุดท้ายของคณะผู้พิจารณาคดีมีผลเป็นคำตัดสินหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากคณะกรรมาธิการมี คำตัดสินเป็นประการอื่นใด ซึ่งต่างออกไปจากที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททำคำตัดสินไว้ ก็ต้องถือตามคำตัดสินของคณะกรรมาธิการเป็นสำคัญ แต่หากคณะกรรมาธิการมีความเห็นพ้องด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ก็ให้ถือตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาที่ปรากฏในรายงานฉบับสุดท้ายนั้น ซึ่งข้อดีของวิธีการดังกล่าว คือ ย่อมทำให้รายงานคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้รับการตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี ในเรื่องเกี่ยวกับการรับรองรายงานคำตัดสินดังกล่าว ก็ไม่ปรากฏว่ามีข้อกำหนดใดในนาฟต้า ที่ให้นำเอาหลักฉันทามติแบบกลับ มาใช้ด้วยแต่อย่างใด[68] คงเป็นเพียงการนำเอาหลักเอกฉันท์ (unanimously agreed) มาใช้กับการรับรองรายงานคำตัดสินดังกล่าว ดังจะสังเกตเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติในนาฟต้าในหลายๆ กรณีจะนำเอาหลักเอกฉันท์มาใช้[69] ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะว่าในนาฟต้านั้นมีจำนวนรัฐสมาชิกเพียงแค่ 3 รัฐเท่านั้น ดังนั้น การนำเอาหลักเอกฉันท์มาใช้จึงอาจไม่สร้างความยุ่งยากในการทำคำชี้ขาดต่อเรื่องใดเรื่องหนึ่ง รวมถึงการใช้หลักดังกล่าวย่อมแสดงถึงการให้ความสำคัญต่อความเท่าเทียมกันในอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐอีกด้วย

ดังนี้ จากการพิจารณาจากในข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในเรื่องของการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ ตามพิธีสารฯ ปี2004 และในบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น ล้วนมีความคล้ายคลึงกัน แต่อย่างไรก็ดี อาจจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น พบข้อบกพร่องอยู่หลายประการไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของกรอบระยะเวลาสำหรับกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ หรือในเรื่องของกรอบระยะเวลาที่ขาดความชัดเจนแน่นอนทั้งในส่วนของการจัดทำรายงานฉบับแรก และฉบับสุดท้ายเหล่านี้ เป็นต้น แต่

---

[67] NAFTA Chapter 20 ; Article 2017 ,

[68] NAFTA Chapter 20 ; Article 2017 , para.4.

[69] NAFTA Chapter 20 ; Article 2016 , para.3 and Article 2017 , para.1.

ในขณะที่ ในความเข้าใจฯ ได้วางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนมากกว่า ซึ่งการวางข้อกำหนดที่มีความชัดเจนแน่นอนย่อมส่งผลดีต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในอันที่จะทำให้ทุกฝ่ายสามารถทราบกำหนดเวลาที่ชัดเจนแน่นอนในแต่ละขั้นตอน และสามารถคาดการณ์ใดๆ ได้ล่วงหน้า นอกจากนี้ หากคดีพิพาทได้ดำเนินไปตามกำหนดเวลาก็ย่อมทำให้คดีจบลงได้ด้วยความรวดเร็วอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในพิธีสารฯ ปี 2004 โดยส่วยใหญ่แล้ว มีคล้ายคลึงเป็นอันมากกับความเข้าใจฯอยู่แล้ว แต่ยังมีข้อบกพร่องบางประการที่ควรต้องปรับปรุง โดยเฉพาะในส่วนของกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ ดังนั้น หากต้องมีการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องดังกล่าว จึงควรจะหยิบเอาเรื่องดังกล่าวนี้ของความเข้าใจฯ มาปรับใช้ ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่มีความชัดเจนแน่นอน

1.1.1.4 <u>คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า หลังจากเสร็จสิ้นขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาคดีจนกระทั่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้จัดทำรายงานคำตัดสิน (Panel Reports) ออกมาแล้วนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเวียนเผยแพร่รายงานนั้นให้แก่รัฐสมาชิกของ WTO ได้รับทราบ เพื่อจะได้ทำการพิจารณาทบทวนรายงานดังกล่าวภายในกำหนดเวลา 20 วัน ก่อนที่ DSB จะมีการประชุมเพื่อรับรองรายงาน (Adoption of Panel Reports) ดังกล่าว[70] ซึ่ง DSB จะต้องทำการรับรองรายงานคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากวันที่ได้มีการเวียนเผยแพร่รายงานดังกล่าวให้รัฐสมาชิกได้รับทราบ เว้นแต่ DSB จะมีฉันทามติไม่รับเอารายงานนั้น หรือ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะได้อุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[71] ทั้งนี้ จะสังเกตเห็นได้ว่า ในความเข้าใจฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้การรับรองรายงานคำตัดสินเป็นไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งจะทำให้เกิดความรวดเร็วในการดำเนินกระบวนการ และสร้างความชัดเจนแน่นอน ว่าผลของการดำเนินการจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ และระยะเวลาที่กำหนดไว้

ทั้งนี้ ในกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท มีความเห็นว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีใช้มาตรการโดยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีแห่งความตกลงฯ ก็จะต้องทำคำตัดสินให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีปรับมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงฯ รวมทั้ง อาจจะเสนอแนะแนวทางในการปฏิบัติ

---

[70] DSU ; Article 16 , para.1.

[71] DSU ; Article 16 , para.4.

ตามคำตัดสินให้ด้วย อย่างไรก็ดี คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องไม่เป็นการเพิ่ม หรือลดสิทธิและพันธกรณีของรัฐสมาชิกที่มีอยู่ภายใต้ความตกลงฯ[72]

สำหรับพิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้คล้ายคลึงกับในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ทุกประการ เพียงแต่กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่รับรองรายงานคำตัดสินต่างออกไปโดย SEOMเป็นผู้ทำการพิจารณารับรองรายงานคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท [73]

ส่วนในบทบัญญัติฯ นาฟต้า จะเห็นได้ว่า หลังจากเสร็จสิ้นขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาคดีจนกระทั่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้จัดทำรายงานคำตัดสินออกมาแล้วนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะส่งรายงานคำตัดสินให้แก่รัฐคู่พิพาทเพื่อพิจารณารายงานฉบับดังกล่าว ทั้งนี้ รัฐคู่พิพาทจะเป็นผู้ส่งต่อรายงานคำตัดสินนี้ไปยังคณะกรรมาธิการเพื่อพิจารณารายงานดังกล่าวว่าคณะกรรมาธิการจะเห็นพ้องด้วยกับรายงานคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยหรือไม่ หากเห็นพ้องด้วยรายงานดังกล่าวก็จะได้รับการประกาศอย่างเป็นทางการภายใน 15 วันหลังจากที่ได้ส่งไปยังคณะกรรมาธิการเพื่อให้สาธารณชนทั่วไปได้รับรู้ เว้นแต่คณะกรรมาธิการจะมีคำตัดสินเป็นอย่างอื่น[74] ทั้งนี้ จะสังเกตเห็นได้ว่า ในบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้นไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้การรับรองรายงานคำตัดสินให้เป็นไปโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯ หรือตามพิธีสารฯ ปี 2004 แต่อย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่า ถ้าในกรณีที่คณะกรรมาธิการเห็นพ้องด้วยกับคำตัดสินนั้น ก็จะมีการวางกรอบเวลาเอาไว้ว่าหากภายในกำหนดเวลา 15 วันหลังจากวันที่รายงานคำตัดสินได้ถูกส่งไปยังคณะกรรมาธิการ แล้วรายงานคำตัดสินดังกล่าวยังไม่ได้รับการประกาศให้ได้รับรู้กัน ย่อมแสดงว่าคณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วยกับรายงานคำตัดสินนั้น และมีคำตัดสินเป็นอย่างอื่น แต่ทั้งนี้ มีข้อที่น่าพิจารณาว่า ในกรณีที่คณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วยกับรายงานคำตัดสิน และมีคำตัดสินเป็นอย่างอื่นนั้น ในบทบัญญัติฯ นาฟต้า กลับมิได้วางกรอบกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอนในการทำคำตัดสินสำหรับกรณีดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ซึ่งอาจจะเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการพิจารณา และ ทำให้การปฏิบัติตามคำตัดสินต้องถูกเลื่อนออกไปอย่างไม่มีกำหนดอีกด้วย ดังนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า

---

[72] DSU ; Article 19 , para.1 and para.2.

[73] ASEAN EDSM ; Article 8 , para.2 , para.3 and Article 9, para.1.and Article 14 , para.1, para.2.

[74] NAFTA Chapter 20 ; Article 2017, para.3 and para.4.

รายงานคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งคณะกรรมาธิการยังไม่เห็นพ้องด้วยนั้น ไม่ถือเป็นคำตัดสินสุดท้ายและไม่มีผลให้รัฐคู่พิพาทต้องปฏิบัติตามคำตัดสินแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ในกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีความเห็นว่า รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีใช้มาตรการโดยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีแห่งความตกลงฯ ในรายงานคำตัดสินนั้นก็จะกล่าวถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาท รวมทั้งการให้คำแนะนำต่อปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวด้วย และกำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องปรับมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีแห่งความตกลงฯ ให้สอดคล้องด้วย[75] ดังเช่นในกรณีของคำตัดสินในความเข้าใจฯ หรือตามพิธีสารฯ ปี 2004 แต่ทั้งนี้ ในบทบัญญัติฯ นาฟต้า ยังได้เปิดโอกาสให้กับรัฐคู่พิพาทได้ทำความตกลงร่วมกันในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอีกด้วย เพื่อหาข้อยุติที่รัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายพึงพอใจ[76]

จากประสบการณ์ในนาฟต้า พบว่า ตั้งแต่มีการลงนามจัดตั้งนาฟต้ากัน เป็นต้นมา ปรากฏว่าได้มีคำตัดสินคดีพิพาทระหว่างรัฐสมาชิก ภายใต้บทที่ 20 ของนาฟต้านี้ เพียงไม่กี่คดีเท่านั้น อาทิ คดี Poultry and Diary 1996 (U.S. v. Canada) , คดี Broomcorn Broom 1998 (Mexico v. U.S.) , คดี Cross border truck service 2001 (Mexico v. U.S.) เนื่องจากคดีส่วนมากสามารถยุติลงได้ในชั้นของการเจรจาปรึกษาหารือกันแล้ว[77]

ดังนี้ เมื่อได้พิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเรื่องคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ ตามพิธีสารฯ ปี 2004 และในบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น ล้วนมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ รายงานคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ถือเป็นที่สุดจนกว่าจะได้มีการรับรองรายงานดังกล่าว โดยองค์กรที่มีอำนาจให้คำรับรอง นอกจากนี้ ในรายงานคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทนั้นล้วนได้กล่าวถึง แนวทางในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทโดยการให้ปรับมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงฯ เป็นสำคัญ รวมทั้ง การเสนอแนะแนวทางในการปฏิบัติตามคำตัดสินด้วย แต่อย่างไรก็ดี จากข้อพิจารณาที่ผู้เขียนได้กล่าวในข้างต้นไว้แล้วนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วในบทบัญญัติฯ นาฟต้า ยังพบข้อบกพร่องอยู่บางประการแต่ในขณะที่ความเข้าใจฯ และตาม

---

[75] NAFTA Chapter 20 ; Article 2018 , para.1and para.2.

[76] NAFTA Chapter 20 ; Article 2019 , para.1.

[77] David A. Gantz , Dispute Settlement under The NAFTA and The WTO : Choice of Forum Opportunities and Risks for NAFTA Parties.14 Am. U.Int'l L.Rev.1025(1999).pp.1057 – 1075.

พิธีสารฯ ปี 2004 นั้น กลับมีความสมบูรณ์มากกว่า ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าตามพิธีสารฯ ปี 2004 นี้ มีความสมบูรณ์และเหมาะสมดีอยู่แล้วไม่จำต้องแก้ไขปรับปรุงแต่อย่างใด

1.1.2 การระงับข้อพิพาทโดยองค์กรอุทธรณ์

ในกรณีของการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรอุทธรณ์นี้ ภายใต้บทบัญญัติฯ นาฟต้า ไม่ปรากฏบทบัญญัติอันเกี่ยวด้วยเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงไม่สามารถนำกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้า มาพิจารณาเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ และพิธีสาร ฯ ปี 2004 ได้ ดังนั้น ในการศึกษาวิเคราะห์ภายใต้หัวข้อดังกล่าวนี้ จึงเป็นการศึกษาเฉพาะในส่วนของบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ และพิธีสารฯ ปี 2004 เท่านั้น ดังนี้คือ

1.1.2.1 อำนาจในการพิจารณาคดีขององค์กรอุทธรณ์

ในความเข้าใจฯ นั้น ได้กำหนดให้มีองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body : AB) ขึ้นมา ก็เพื่อให้ทำหน้าที่พิจารณากลั่นกรองการอุทธรณ์ในประเด็นข้อกฎหมาย และการตีความ ซึ่งจะช่วยทำให้การพิจารณาข้อพิพาทมีคุณภาพทางกฎหมายมากขึ้น[78] ทั้งนี้ เนื่องด้วยกลไกการระงับ ข้อพิพาทของ WTO ประกอบไปด้วยการรับรองรายงานคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทที่เป็นอัตโนมัติ โดยอาศัยหลักฉันทามติแบบกลับ จึงทำให้ระบบการระงับข้อพิพาทมีประสิทธิภาพในการบังคับการตามรายงานดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี เพื่อให้แน่ใจว่ารายงานวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่มีข้อผิดพลาด จึงได้มีการบัญญัติให้มีองค์กรอุทธรณ์ขึ้นในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ เพื่อพิจารณารายงานวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอีกชั้นหนึ่ง รวมทั้ง เป็นองค์กรที่ได้รับการคาดหวังว่าจะช่วยขัดขวางรัฐสมาชิกที่แพ้คดีในการคัดค้านความถูกต้องของรายงาน หรือข้ออ้างใดๆ ที่ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทไม่เป็นธรรม ไม่โปร่งใส มีข้อผิดพลาด หรือไม่สมบูรณ์[79]

โดยในความเข้าใจฯ[80] ได้วางข้อกำหนดให้องค์กรอุทธรณ์ มีอำนาจรับการอุทธรณ์รายงานจากรัฐคู่พิพาทที่ไม่พอใจผลสรุปในรายงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่มีขอบเขตอำนาจจำกัดเฉพาะเพียงการพิจารณาในประเด็นข้อกฎหมาย และการตีความกฎหมายในรายงาน

---

[78] บัณฑิต หลิมสกุล , “กลไกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน,” วารสารนิติศาสตร์ , เล่ม 2, ปีที่ 35, น.366 ,(มิถุนายน 2549).

[79] Ernst – Ulrich Petersmann , The Gatt / WTO Dispute Settlement System International Law , International Organizations and Dispute Settlement , (London : kluwer International Ltd., 1998) , pp.186 – 187.

[80] DSU ; Article 17, para. 6 , para. 9 and para.13.

ของคณะผู้พิจารณาดีเท่านั้น[81] รวมทั้ง มีอำนาจในการยืนตาม (uphold) แก้ไข (modify) หรือกลับ (reverse) คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในประเด็นที่เกี่ยวกับการตีความกฎหมายและความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้[82] นอกจากนี้ ยังมีอำนาจในการยกร่างระเบียบการทำงาน และการพิจารณาการอุทธรณ์เองเพื่อกำหนดขั้นตอนการทำงานของตนได้เองอีกด้วย ทั้งนี้ โดยต้องมีการปรึกษาหารือกับประธานของDSB และผู้อำนวยการของ WTO รวมทั้ง ต้องแจ้งให้สมาชิกทราบด้วย[83] ในอดีตที่ผ่านมา คดีแรกขององค์การการค้าโลกที่มีคำตัดสินในระดับอุทธรณ์นั้น เป็นการพิจารณาในคดี United States–Standards for Reformulated and Conventional Gasoline[84] ในคำอุทธรณ์ของอเมริกา ในกรณีข้อพิพาทกับบราซิลและเวเนซุเอลา

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004 นั้น ก็ได้กำหนดให้มีองค์กรอุทธรณ์ (AB) ขึ้นมา[85] ซึ่งได้กำหนดให้มีบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกันกับองค์กรอุทธรณ์ใน WTO อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตุว่า[86] ตามพิธีสารฯ ปี 2004 ไม่ได้ให้อำนาจแก่องค์กรอุทธรณ์โดยตรงในการเป็นผู้ยกร่างกระบวนพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์เอง โดยจำกัดอำนาจไว้เพียงแต่ในกรณีเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องทำการแก้ไขกระบวนพิจารณาเดิมซึ่งได้มีการยกร่างเอาไว้แล้ว ให้มีความเหมาะสมกับสภาวการณ์เป็นระยะๆ เท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจในการยกร่างกระบวนพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์นั้น เป็นอำนาจโดยตรงของ SEOM เองแต่เพียงลำพังเท่านั้น แต่ในขณะที่ ในความเข้าใจฯ[87] กลับวางข้อกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรอุทธรณ์ในการยกร่างระเบียบการทำงาน และพิจารณาการอุทธรณ์เอง ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การวางข้อกำหนดไว้ดังเช่นที่กล่าวในข้างต้นภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004นี้ เป็นการสร้างความยุ่งยากเพิ่มมากขึ้นให้กับขั้นตอนอุทธรณ์ กล่าวคือ หากพิจารณากันในความเป็นจริงแล้ว การสร้างให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่กว่าที่องค์กรดังกล่าวจะนำอำนาจที่มีออกมาใช้ได้ต้องผ่านกระบวนการมากมาย เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วอำนาจที่มีก็อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดในเวลาที่ต้องการก็ได้ ซึ่งจะเห็นว่า กว่าที่องค์กร

---

[81] DSU ; Article 17 , para.6.

[82] DSU ; Article 17 , par.13.

[83] DSU ; Article 17, para.9.

[84] บัณฑิต หลิมสกุล ,*อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 78 น.367.

[85] ASEAN EDSM ; Article 12 , para.6 , para.8 and para.12.

[86] ASEAN EDSM ; Article 12 , para.8.

[87] ASEAN EDSM ; Article 17 , para .9 .

อุทธรณ์จะได้ใช้อำนาจที่มีตามกฎหมายก็จะต้องรอให้ SEOM มีความเห็นร่วมกันในการกำหนดกระบวนพิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งกว่าที่จะมีความเห็นร่วมกันได้จะต้องใช้เวลาหมดไปมากน้อยเท่าไหร่ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า องค์กรใดที่เป็นผู้ลงมือปฏิบัติย่อมเป็นผู้รู้ถึงปัญหาและความต้องการ ดังนั้น ในเมื่อองค์กรอุทธรณ์เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีอุทธรณ์ จึงควรให้เป็นผู้มีอำนาจในการยกร่างกระบวนการพิจารณาของตนเอง แต่อย่างไรก็ดี ก็อาจจะมีการหารือกับ SEOM และเลขาธิการอาเซียน เพื่อความละเอียดรอบคอบ และความเข้าใจที่ตรงกันด้วย

นอกจากนี้ ยังมีข้อพึงสังเกตว่า ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 นั้น[88] แม้จะกำหนดให้องค์กรอุทธรณ์ สามารถเป็นผู้แก้ไขกระบวนพิจารณาของ SEOM ได้เป็นระยะๆ หากมีความจำเป็น โดยให้หารือกับ SEOM และเลขาธิการอาเซียนนั้น จึงมีข้อควรพิจารณาว่า ในกรณีอย่างใดจึงจะเรียกว่ามีความจำเป็น และโดยที่ต้องอาศัยการหารือกับ SEOM นั้น จะต้องใช้ระยะเวลาเท่าใดกว่าที่ทุกฝ่ายจะเห็นพ้องตรงกัน ว่าในกรณีใดจึงจะเรียกว่ามีความจำเป็น ซึ่งในขณะที่คดีพิพาททางการค้ากำลังเข้าคิวกันรอผลสัมฤทธิ์ของการอุทธรณ์ แต่องค์กรอุทธรณ์เองก็ยังไม่สามารถพิจารณาคดีใดให้ได้ เพราะแค่เริ่มต้นก็ติดขัดเกิดปัญหาเองเสียแล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว กระบวนการระงับข้อพิพาทของเขตการค้าเสรีอาเซียน จึงอาจจะไม่ใช่ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของรัฐสมาชิกอาเซียนก็เป็นได้ ดังนั้น ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรที่จะให้อำนาจแก่องค์กรอุทธรณ์ในการยกร่างระเบียบการทำงาน และพิจารณาการอุทธรณ์เอง แต่ทั้งนี้ ก็โดยมีการหารือกับ SEOM และเลขาธิการอาเซียนด้วย ดังเช่นที่บัญญัติไว้ภายใต้ความเข้าใจฯ[89]

1.1.2.2 <u>บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิจารณาคดีในองค์กรอุทธรณ์</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดให้องค์กรอุทธรณ์มีลักษณะเป็นองค์กรถาวร (Standing Appellate Body) ทั้งนี้ โดย DSB เป็นผู้ที่มีอำนาจที่จะทำการจัดตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติเหมาะสมให้เข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิจารณาคดีในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์กรอุทธรณ์ โดยเป็นบุคคลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ หรือสาขาอื่นๆ ที่เกี่ยวกับความตกลงในครอบคลุมต่างๆ และจะต้องไม่เป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐบาลใด รวมถึงต้องพร้อมที่จะสามามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตลอดเวลา แม้จะได้รับการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าในระยะเวลาอันสั้น และจะต้องไม่เข้าร่วมในการพิจารณาข้อพิพาทใด ซึ่งจะก่อให้เกิดการขัดแย้งซึ่งผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมอีกด้วย[90]

---

[88] ASEAN EDSM ; Article 12 , para.8.

[89] DSU ; Article 17 , para.9.

[90] DSU ; Article 17 , para.3.

ในองค์กรอุทธรณ์ ประกอบไปด้วยสมาชิกประจำองค์กรทั้งหมด 7 คนโดยมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี โดยในคณะผู้พิจารณาคดีคณะหนึ่งจะประกอบไปด้วยผู้พิจารณาคดีอุทธรณ์จำนวน 3 คน โดยจะมีการหมุนเวียนกันพิจารณาคดี (Rotation)[91] ในลักษณะของการสุ่มเลือกเอาจากสมาชิกทั้ง 7 คนขององค์กรอุทธรณ์ (Members of the Division) แต่อย่างไรก็ดี มีข้อพึงสังเกตว่า องค์การการค้าโลก ถือได้ว่า เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีขอบข่ายความรับผิดชอบที่กว้างขวางมาก แต่การกำหนดให้มีจำนวนสมาชิกเพียงแค่ 7 คน จึงถือว่ามีจำนวนน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ อาทิ International Court of Justice : ICJ (15 คน) , International Criminal Court : ICC (18 คน) , International Tribunal for the Law of the Sea : TILoS (21 คน) นอกจากนั้น ผู้พิจารณาคดีอุทธรณ์ยังมีวาระการดำรงตำแหน่งเพียงแค่คราวละ 4 ปี ซึ่งแตกแต่งจากองค์คณะผู้พิพากษาขององค์การระหว่างประเทศอื่นๆ ข้างต้นที่มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 9 ปี ซึ่งในขณะนี้ ถือว่า ปัญหาเกี่ยวกับจำนวนสมาชิกในองค์กรอุทธรณ์ และวาระในการดำรงตำแหน่งของผู้พิจารณาคดีอุทธรณ์เป็นปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นในองค์การการค้าโลก และยังไม่ได้รับการแก้ไข

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้ไม่แตกต่างไปจากในความเข้าใจฯ[92] แต่ทั้งนี้ อาจจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างเพียงเล็กน้อยเฉพาะในส่วนขององค์กรที่มีอำนาจในการจัดตั้งองค์กรอุทธรณ์ เนื่องจากในพิธีสารฯ ปี 2004 นั้น ได้กำหนดให้ที่ประชุมรัฐมนตรีด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (AEM) เป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดตั้งองค์กรอุทธรณ์รวมถึงบุคคลผู้ซึ่งจะดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิจารณาคดีในองค์กรอุทธรณ์ด้วย[93] แต่ในขณะที่ภายใต้ความเข้าใจฯ นั้น ได้กำหนดให้ DSB เป็นผู้มีอำนาจดังกล่าว[94] ทั้งนี้ อาจเนื่องด้วย ความแตกต่างในระหว่างโครงสร้างขององค์การทั้งสององค์การนี้เป็นสำคัญ จึงได้มอบอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวนี้ แตกต่างกันออกไปด้วยนั่นเอง

---

[91] DSU ; Article 17 , para.1 and para.2.

[92] ASEAN EDSM ; Article 12 , para.1 , para.2 and para.3.

[93] ASEAN EDSM ; Article 12 , para.1 and para. 2.

[94] DSU ; Article 17 , para.1 and para.2.

1.1.2.3 <u>การดำเนินกระบวนพิจารณาโดยองค์กรอุทธรณ์</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ อาจกล่าวได้ว่า เป็นกระบวนการที่มีกรอบระยะเวลากำหนดไว้อย่างชัดเจน[95] โดยกำหนดว่ากระบวนการในชั้นอุทธรณ์จะต้องแล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาไม่เกิน 60 วันนับจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้แจ้งการตัดสินใจของตนที่จะอุทธรณ์อย่างเป็นทางการ จนถึงวันที่องค์กรอุทธรณ์เวียนรายงานคำตัดสินของตน แต่อย่างไรก็ตาม หากไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จได้ภายใน 60 วัน ก็จะต้องแจ้งต่อ DSB เป็นลายลักษณ์อักษรถึงความล่าช้า รวมทั้งกำหนดเวลาที่คาดว่าจะสามารถเสนอรายงานนั้นได้ ซึ่งกระบวนการทั้งหมดจะต้องไม่เกิน 90 วัน

โดยกำหนดให้คำฟ้องอุทธรณ์มีได้เฉพาะรัฐคู่พิพาทเท่านั้น ที่จะอุทธรณ์รายงานของคณะผู้พิจารณาคดีได้ คู่ความฝ่ายที่สาม (third parties) ไม่มีสิทธิอุทธรณ์ แต่คู่ความฝ่ายที่สามซึ่งได้แจ้งให้ DSB ทราบถึงผลประโยชน์อันเกี่ยวข้องของตนตามมาตรา 10 อนุมาตรา 2 แล้ว ก็อาจทำความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังองค์กรอุทธรณ์ และอาจมีโอกาสที่จะชี้แจงต่อองค์กรอุทธรณ์ได้[96]

ทั้งนี้ การตัดสินคดีในองค์กรอุทธรณ์นั้น ก็โดยการใช้อำนาจในการยืนตาม แก้ไข หรือกลับ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเฉพาะในประเด็นข้อกฎหมาย และการตีความข้อกฎหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเท่านั้น แต่ไม่มีหน้าที่สร้างหลักกฎหมายใหม่แต่อย่างใด เพราะถ้าหากอนุญาตให้สร้างหลักกฎหมายได้ หน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ก็จะไปขัดกับหน้าที่ของที่ประชุมรัฐมนตรี หรือคณะมนตรีทั่วไป ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 9 อนุมาตรา 2 ของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกได้[97]

หลังจากนั้น รายงานคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body Report) จะได้รับการรับรองโดย DSB และจะได้รับการยอมรับจากรัฐคู่พิพาทโดยไม่มีเงื่อนไขในทันที เว้นแต่ DSB จะมีฉันทามติไม่ยอมรับรองรายงานดังกล่าวภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากที่ได้มีการเวียนรายงานให้รัฐสมาชิกพิจารณา ซึ่งกระบวนการรับรองคำตัดสินนี้ จะไม่กระทบต่อสิทธิของรัฐสมาชิกที่จะออกความเห็นของตนเกี่ยวกับรายงานคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์[98]

---

[95] DSU ; Article 17 , para.5.

[96] DSU ; Article 17 , para.4.

[97] ทัชชมัย ฤกษะสุต , *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 48 น. 167.

[98] DSU ; Article 17 , para.14.

สำหรับตามพิธีสารฯ ปี 2004 การดำเนินกระบวนพิจารณาในชั้นองค์กรอุทธรณ์อาจกล่าวได้ว่า โดยสาระสำคัญแล้วไม่มีความแตกต่างไปจากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯแม้แต่น้อย[99]

ดังนี้ เมื่อได้พิจารณาจากข้อเปรียบเทียบ ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ 2004 นั้น ได้วางข้อกำหนดในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยองค์กรอุทธรณ์ ไว้เช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของกรอบระยะเวลาในการพิจารณาคดี ผู้มีสิทธิในการดำเนินคดี และอำนาจหน้าที่ขององค์กรอุทธรณ์ในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ แต่มีข้อพึงสังเกตว่า ภายใต้ความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี 2004นั้น ได้กำหนดให้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการรับรองรายงานคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ไว้ต่างกัน เนื่องจากในความเข้าใจฯ กำหนดให้เป็นอำนาจของ DSB[100] แต่ในขณะที่ในพิธีสารฯ ปี 2004 กำหนดให้เป็นอำนาจของ SEOM[101] ซึ่งความแตกต่างในส่วนนี้ก็อาจจะเป็นผลมาจากโครงสร้างขององค์การที่แตกต่างกัน แต่ไม่วาจะอย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเมื่อโดยเนื้อหาที่เป็นข้อสาระสำคัญของการดำเนินการะบวนพิจารณาโดยองค์กรอุทธรณ์ทั้งที่อยู่ภายใต้ความเข้าใจฯ หรือพิธีสารฯ ปี 2004 นั้น ไม่ได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด ดังนั้น แม้จะมีความแตกต่างในส่วนที่เป็นรายละเอียดบางประการ คงไม่อาจทำให้ความคาดหวังในผลสัมฤทธิ์ของการดำเนินการที่ประสบความสำเร็จดังเช่นที่ปรากฏในองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกต้องผิดพลาดคลาดเคลื่อนออกไปด้วยแต่ประการใด ฉะนั้น การที่บทบัญญัติตามพิธีสารฯ ปี 2004 ได้วางข้อกำหนดในเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยองค์กรอุทธรณ์ไว้เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ เช่นนี้ ก็ย่อมจะสามารถคาดหวังได้ถึงความสำเร็จขององค์กรอุทธรณ์ได้เช่นเดียวกันกับที่องค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก ได้ประสบความสำเร็จมาแล้วนั่นเอง[102]

1.1.2.4 <u>คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า ผลคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์จะได้รับการยอมรับจากรัฐคู่พิพาทโดยไม่มีเงื่อนไข เว้นแต่ ในกรณีที่ DSB จะมีฉันทามติไม่รับรองรายงานคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากที่ได้เวียนรายงานนั้นต่อรัฐสมาชิก

---

[99] ASEAN EDSM ; Article 12 , para.4 , para.6, para.12 and , para.13.

[100] DSU ; Article 2.

[101] ASEAN EDSM ; Article 2.

[102] ศักดา ธนิตกุล , “Appellate Body กับบทบาทที่เป็น Judicial Activism : จำเป็นหรือทางเลือก ?,” ใน <u>อาจารียบูชา ศาสตรจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์</u>, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : 2550) : น. 331.

ซึ่งกระบวนการรับรองรายงานคำตัดสินนี้จะไม่กระทบต่อสิทธิของรัฐคู่พิพาทที่จะออกความเห็นของตนเกี่ยวกับรายงานคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์[103] คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ไม่มีผลเป็นบรรทัดฐาน (No stare decisis) กล่าวคือ ในทางทฤษฎีแล้วคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ ก็มีผลผูกพันแต่เฉพาะรัฐคู่พิพาทเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิกอื่นๆ หรือ แม้แต่รัฐคู่พิพาทนั้นในกรณีพิพาทอื่นของ WTO ด้วย แต่อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่ได้มีบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ของ WTO แล้ว องค์กรอุทธรณ์ได้มีคำตัดสินไปในเชิงที่ว่าคำตัดสินซึ่งได้รับความเห็นชอบจาก DSB มีลักษณะเป็นส่วนสำคัญแห่งหลักกฎหมายของ GATT และ WTO ซึ่งจะได้รับการพิจารณาหากมีประเด็นที่เกี่ยวข้องอยู่แม้จะไม่มีผลผูกพันก็ตาม สำหรับคำตัดสินซึ่งไม่ได้รับความเห็นชอบจาก DSB นั้น องค์กรอุทธรณ์มีความเห็นว่าแม้ไม่มีสถานะใดๆ ใน GATT หรือ WTO ก็ตาม แต่ก็ถือเป็นเครื่องชี้แนะที่มีประโยชน์ในประเด็นที่เกี่ยวข้อง[104]

ทั้งนี้ ในกรณีที่องค์กรอุทธรณ์มีความเห็นว่า รัฐคู่พิพาทใช้มาตรการโดยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีแห่งความตกลงฯ องค์กรอุทธรณ์จะต้องมีคำตัดสินให้รัฐสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีปรับมาตรการให้สองคล้องกับความตกลงฯ นอกจากนี้ ยังอาจเสนอแนะแนวทางในการปฏิบัติตามคำตัดสินนั้นได้[105] โดยคำตัดสินดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการเพิ่ม หรือ ลดสิทธิและพันธกรณีของรัฐคู่พิพาทภายใต้ความตกลงฯ[106]

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า ในเรื่องเกี่ยวกับคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์นั้นโดยสาระสำคัญแล้วไม่มีความแตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ภายใต้ความเข้าใจฯแต่อย่างใด[107]

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้รายงานคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ จะต้องระบุเรื่องค่าใช้จ่ายที่รัฐคู่พิพาท และฝ่ายที่สามในคดี จะต้องรับผิดชอบจ่ายคืนกองทุนกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ASEAN DSM Fund : DSM) อีกด้วย โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อสรุปและคำตัดสิน ทั้งนี้ องค์กรอุทธรณ์มีดุลยพินิจในการกำหนดตามที่เห็นควรเป็นกรณีๆ ไป[108]

ดังนี้ เมื่อได้พิจารณาจากข้อเปรียบเทียบ ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี 2004 แล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ ไว้

---

[103] DSU ; Article 17 para.14.

[104] ทัชชมัย ฤกษะสุต , *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 48น.168.

[105] DSU ; Article 19 , para.1.

[106] DSU ; Article 19, para.2.

[107] ASEAN EDSM ; Article 12 , para.13. and Article 14 , para.1, para.2.

[108] ASEAN EDSM ; Article 14 , para.3.

เช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของกำหนดเวลาในการรับรองรายงานคำตัดสิน สิทธิของรัฐคู่พิพาทในการทำความเห็นต่อรายงานคำตัดสิน รวมถึงคำตัดสิน และข้อเสนอแนะขององค์กรอุทธรณ์ ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า WTO มีองค์กรอุทธรณ์ที่เป็นองค์กรหลักสำคัญ และมีประสิทธิภาพเป็นอย่างดี สำหรับใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกในองค์การ โดยได้มีคำตัดสินข้อพิพาทที่อุทธรณ์แล้วระหว่างปี 1996 - 2004 จำนวนถึง 65 คำตัดสิน ซึ่งล้วนเป็นผลงานที่มีทั้งจำนวน และคุณภาพที่ได้รับการยอมรับในวงการการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก[109] ด้วยเหตุนี้ การที่บทบัญญัติตามพิธีสารฯ ปี 2004 ได้วางข้อกำหนดในเรื่องคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ไว้เช่นเดียวกันกับความเข้าใจฯ เช่นนี้ ก็ย่อมเป็นสิ่งที่ถือได้ว่าสมควรแล้ว ซึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทน้องใหม่อย่างอาเซียน (ASEAN) จะยึดถือเอาเป็นแบบอย่างและดำเนินรอยตามความสำเร็จของ WTO แต่อย่างไรก็ดี การที่อาเซียน (ASEAN) จะประสบความสำเร็จดังเช่น WTO หรือไม่นั้น ยังคงเป็นเรื่องที่ต้องรอการพิสูจน์กันต่อไป

1.1.3 <u>การดำเนินการภายหลังมีคำวินิจฉัยข้อพิพาท</u>

1.1.3.1 <u>การคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า แม้ในความเข้าใจฯ จะได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถใช้มาตรการตอบโต้เพื่อบีบบังคับให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือองค์กรอุทธรณ์ได้ก็ตาม แต่ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขในเรื่องของระดับความเท่าเทียมกัน (equivalent) ระหว่างการใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้ากับระดับของความสูญเสีย หรือความเสียหายที่ได้รับ[110] และในเรื่องของหลักการและกระบวนการในการใช้มาตรการตอบโต้ด้วย[111] ดังนั้น เมื่อได้สิ้นสุดระยะเวลาอันสมควรแล้ว แต่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดียังไม่อาจปฏิบัติตามคำตัดสินได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็อาจใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวต่อฝ่ายที่แพ้คดีได้ ซึ่งฝ่ายที่แพ้คดีไม่มีสิทธิคัดค้านเพื่อไม่ให้ฝ่ายที่ชนะคดีทำการตอบโต้ แต่มีสิทธิที่จะคัดค้านในเรื่องเกี่ยวกับระดับ หรือหลักการและกระบวนการของการใช้มาตรการตอบโต้ได้[112]

ทั้งนี้ เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี ได้คัดค้านว่าระดับของการตอบโต้มีความรุนแรงมากเกินกว่าความสูญเสีย หรือความเสียหายที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีได้รับ หรือได้คัดค้านว่ารัฐ

---

[109] *ศักดา ธนิตกุล , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 102 น. 331.

[110] DSU ; Article 22 , para.4.

[111] DSU ; Article 22 , para.3.

[112] DSU ; Article 22 , para.6.

คู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีไม่ได้ปฏิบัติตามหลักการและกระบวนการในมาตรา 22 อนุมาตรา 3 ซึ่งว่าด้วยเรื่องของลำดับก่อนหลังของการใช้มาตรการตอบโต้แต่ละประเภทและวิธีการของการใช้มาตรการตอบโต้[113] ให้ทำการเสนอเรื่องดังกล่าวไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเดิมจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหากเป็นไปได้ หรือไม่เช่นนั้นก็ให้ผู้อำนวยการของWTO แต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดขึ้นเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว โดยให้มีคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากวันที่สิ้นสุดระยะเวลาอันสมควร และห้ามใช้มาตรการตอบโต้ใดๆ ในระหว่างที่อนุญาโตตุลาการยังไม่มีคำชี้ขาด ทั้งนี้ ต้องแจ้งผลคำวินิจฉัยชี้ขาดให้ DSB ทราบด้วยโดยผลคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ถือเป็นที่สุด และผูกพันบังคับต่อรัฐคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินนั้น[114]

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า ก็ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถใช้มาตรการตอบโต้ในระดับที่เท่าเทียมกัน (equivalent) ต่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี ซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือองค์กรอุทธรณ์ไว้ เช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯ[115]

ส่วนในบทบัญญัติฯ นาฟต้า จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถใช้มาตรการตอบโต้ในระดับความเท่าเทียมกัน (equivalent) ต่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเอาไว้เช่นกัน[116] ดังนั้น เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินแล้วรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็อาจใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวต่อฝ่ายที่แพ้คดี ซึ่งฝ่ายที่แพ้คดีไม่มีสิทธิคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้ มีแต่เพียงสิทธิในการคัดค้านเกี่ยวกับเรื่องของระดับความเท่าเทียมกันของการใช้มาตรการตอบโต้เท่านั้น[117]

ทั้งนี้ เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีคัดค้านว่าระดับของการตอบโต้นั้น มากเกินกว่าความเสียหายที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีได้รับ ก็ให้เสนอเรื่องดังกล่าวต่อรัฐสมาชิก และสำนักงานเลขานุการของนาฟต้า รวมทั้ง คณะกรรมาธิการเพื่อให้ทำการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเพื่อวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว หรือไม่เช่นนั้นก็ให้รัฐสมาชิกเองเป็นผู้ดำเนินการ

---

[113] DSU ; Article 22 , para.6.

[114] DSU ; Article 22 , para.7.

[115] ASEAN EDSM ; Article 16 , para.4.

[116] NAFTA Chapter 20 ; Article 2019 , para.1.

[117] NAFTA Chapter 20 ; Article 2019 , para.3.

เพื่อให้การใช้มาตรการตอบโต้อยู่ในระดับที่เท่าเทียมกันกับความสูญเสียหรือเสียหายที่ได้รับนั้น[118] อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นผู้ทำคำตัดสินในข้อพิพาทดังกล่าวนั้น กระบวนวิธีพิจารณาคดีในกรณีนี้จะต้องสอดคล้องกันกับกระบวนวิธีพิจารณาคดีที่ได้ดำเนินการอยู่ก่อนด้วย และจะต้องมีคำตัดสินภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากวันที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคนสุดท้ายได้รับเลือก หรือในช่วงเวลาอื่นที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงร่วมกัน[119]

ดังนี้ หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ทั้งที่ปรากฏในเข้าใจฯ ตามพิธีสารฯ ปี 2004 และในบทบัญญัติฯ นาฟต้า ในเรื่องของการคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้นั้น จะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกัน เนื่องจากต่างก็ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี สามารถคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีได้ แต่ทั้งนี้ อาจมีข้อแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ ทั้งในความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี 2004 ได้ให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีในการคัดค้านทั้งในเรื่องของระดับความเท่าเทียมกันของการใช้มาตรการการตอบโต้ รวมทั้ง ในเรื่องของหลักการและกระบวนการในการใช้มาตรการการตอบโต้ด้วย แต่ในขณะที่ในบทบัญญัติฯ นาฟต้า กำหนดให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีในการคัดค้านได้เฉพาะแต่เพียงเรื่องของระดับความเท่าเทียมกันของการใช้มาตรการตอบโต้เท่านั้น ซึ่งไม่ค่อยกว้างขวางครอบคลุมเท่าใดนัก และย่อมแสดงให้เห็นว่าในนาฟต้าไม่ได้ให้ความคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการตอบโต้ด้วยแต่อย่างใด ซึ่งย่อมเป็นเหตุให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องได้รับความเสียเปรียบด้วยนั่นเอง ดังนี้ จึงถือเป็นข้อบกพร่องสำคัญประการหนึ่งของนาฟต้า

นอกจากนี้ ในเรื่องเกี่ยวกับการทำคำวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้มาตรการตอบโต้นั้น ทั้งในความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯปี 2004 ต่างก็ได้กำหนดให้ผลคำวินิจฉัยเป็นที่สุดและผูกพันบังคับต่อรัฐคู่พิพาทอย่างชัดเจน แต่ในขณะที่ในบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น ถึงแม้จะเข้าใจได้ว่าผลของคำวินิจฉัยควรเป็นที่สุด และผูกพันบังคับต่อรัฐคู่พิพาทได้ เนื่องจากภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้สิทธิแก่รัฐสมาชิกใด จะสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวได้อีกก็ตาม แต่ในบทบัญญัติฯ นาฟต้านี้ก็ไม่ได้เขียนไว้อย่างชัดแจ้งดังเช่นในความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี 2004 แต่อย่างใด ซึ่งมันได้ทำให้เกิดความคลุมเครือไม่ชัดเจน และทำให้รัฐคู่พิพาทไม่มั่นใจในผลคำตัดสินนั้นได้ ดังนั้น จากข้อพิจารณาในข้างต้นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในพิธีสารฯ ปี 2004 ซึ่งว่าด้วยเรื่องของการคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้ ซึ่งได้วางบทบัญญัติไว้เช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯ นั้น มีความสมบูรณ์

---

[118] NAFTA Chapter 20 ; Article 2019 , para.3.

[119] NAFTA Chapter 20 ; Article 2019 , para.4.

และเหมาะสมดีอยู่แล้ว เพราะมีความชัดเจนและครอบคลุมดี ด้วยเหตุนี้ จึงไม่จำต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขแต่อย่างใด

1.2 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่ต่างกัน

1.2.1 การระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

1.2.1.1 การดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่าย

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า ให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้ว่าตั้งแต่เมื่อเริ่มต้นขั้นตอนของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ เมื่อรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติทางการค้าได้ร้องขอให้มีการปรึกษาหารือกับรัฐใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายจากการปฏิบัติทางการค้าแล้ว สำหรับในกรณีปกติ รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายจากการปฏิบัติทางการค้าจะต้องแจ้งตอบกลับมาภายในกำหนดเวลา 10 วันนับแต่วันที่มีการร้องขอ และจะต้องเข้าสู่การปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือเพื่อให้บรรลุถึงข้อยุติซึ่งเป็นที่พอใจร่วมกัน[120] แต่อย่างไรก็ดี หากไม่มีการตอบกลับภายในกำหนดเวลา 10 วัน หรือไม่มีการปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 30 วัน หรือการเจรจาปรึกษาหารือไม่อาจระงับข้อพิพาทได้ภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายผู้ฟ้องร้องก็อาจขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้[121]

ส่วนในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯนั้น รัฐคู่พิพาทจะต้องดำเนินการเจรจาปรึกษาหารือกันภายในระยะเวลาไม่เกิน 10 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ และทั้งนี้ ถ้าหากการเจรจาปรึกษาหารือไม่อาจระงับข้อพิพาทได้ภายในกำหนดเวลา 20 วันหลังจากวันที่ได้รับ คำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายผู้ฟ้องร้องก็อาจขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้[122] ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ รัฐคู่พิพาท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์ จะต้องพยายามทุกวิถีทางที่จะเร่งรัดกระบวนวิธีพิจารณาให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้[123] ทั้งนี้ โดยกำหนดกรอบระยะเวลาเป็นเกณฑ์ในการดำเนิน

---

[120] DSU ; Article 4 , para.3.

[121] DSU ; Article 4 , para. 3 and para. 7.

[122] DSU ; Article 4 , para.8.

[123] DSU ; Articlr 4 , para. 9.

กระบวนพิจารณาดังนี้ คือ ให้ระยะเวลาตั้งแต่จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้วเสร็จจนถึงวันที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทออกรายงานคำตัดสินฉบับสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาท สำหรับในกรณีปกติจะต้องไม่เกิน 6 เดือน ส่วนในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ ไม่ควรเกิน 3 เดือน[124] และไม่ว่าในกรณีใดกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีในชั้นของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องไม่เกิน 9 เดือนหลังจากวันที่การจัดตั้งองค์ประกอบของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสมบูรณ์[125] นอกจากนี้ สำหรับในกรณีของกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีในชั้นขององค์กรอุทธรณ์นั้น ก็ได้วางข้อกำหนดไว้ว่า ระยะเวลานับจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้แจ้งว่าจะมีการอุทธรณ์อย่างเป็นทางการจนถึงวันที่องค์กรอุทธรณ์เวียนรายงานของตนให้รัฐสมาชิกทราบ สำหรับในกรณีปกติจะต้องไม่เกิน 60 วัน ส่วนในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ นั้น ได้กำหนดไว้เพียงแต่ว่าเป็นกรณีที่องค์กรอุทธรณ์ต้องคำนึงถึงเป็นพิเศษในกำหนดตารางเวลาการทำงานของตนด้วย[126] และไม่ว่าในกรณีใดกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีในชั้นขององค์กรอุทธรณ์จะต้องไม่เกิน 90 วัน[127] ทั้งนี้ การวางข้อกำหนดในเรื่องของระยะเวลาเร่งด่วนฉุกเฉินฯไว้ด้วยย่อมมีประโยชน์ในแง่ของการดำเนินคดีซึ่งรัฐคู่พิพาทไม่จำต้องมาทำความตกลงกันใหม่ให้เสียเวลา

สำหรับบทบัญญัติภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า แม้จะมีการกล่าวถึงการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ เอาไว้ก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่าได้กำหนดกรอบระยะเวลาสำหรับในกรณีดังกล่าวไว้เป็นพิเศษเช่นเดียวกันกับในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ แต่อย่างใด[128] ดังจะเห็นได้ว่า ในส่วนของกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ กำหนดไว้แต่เพียงว่ารัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์จะต้องพยามเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุดเท่านั้น แต่ไม่ปรากฏว่าได้กำหนดกรอบระยะเวลาเป็นพิเศษไว้สำหรับกรณีดังกล่าวเหมือนดังเช่นในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ[129] แต่อย่างใด ซึ่งเป็นการทำให้ไม่มีความชัดเจนในเรื่องกำหนดเวลาสำหรับการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวได้

---

[124] DSU ; Article 12 , para. 8.

[125] DSU ; Article 12 , para. 9.

[126] DSU ; Article 17, para. 5.

[127] DSU ; Article 17, para. 5.

[128] ASEAN EDSM ; Article 3 , para. 4 , para. 5 , Article 5 , para. 1 , Article 8 , para. 2 and Article 12 , para. 5.

[129] DSU ; Article 4 , para. 8 , Article 12 , para. 8 and Article 17, para. 5.

ส่วนในบทบัญญัติฯ นาฟต้า จะเห็นได้ว่า กำหนดไว้แต่ในเรื่องของสินค้าเกษตรเน่าเสียง่าย (perishable agricultural goods) เท่านั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯไว้ดังเช่นที่ปรากฏในบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี 2004 แต่อย่างใด นอกจากนี้ ในบทบัญญัติฯ นาฟต้า ก็ไม่ปรากฏว่าได้กำหนดกรอบระยะเวลาสำหรับในกรณีสินค้าเกษตรเน่าเสียง่ายในขั้นตอนการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด[130] กำหนดไว้แต่เฉพาะในขั้นตอนของการเจรจาปรึกษาหารือเท่านั้น[131] แต่อย่างไรก็ดี จะสังเกตุเห็นได้ว่า แม้ว่าในขั้นตอนการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดกรอบเวลาเป็นพิเศษไว้ก็ตาม แต่ทว่าในบทบัญญัติฯ นาฟต้า ยังได้เปิดช่องให้รัฐคู่พิพาทสามารถทำความตกลงกันเพื่อกำหนดกรอบระยะเวลาได้เอง ดังนี้ รัฐคู่พิพาทจึงอาจตกลงร่วมกันกำหนดกรอบระยะเวลาเป็นพิเศษสำหรับในกรณีสินค้าเกษตรเน่าเสียง่ายเอาไว้ก็ได้ อย่างไรก็ดี กำหนดเวลาดังกล่าวนี้ ยังขาดความชัดเจนแน่นอน เพราะอาจจะมีหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นพ้องร่วมกันของรัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญ

ดังนี้ เมื่อได้พิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวในข้างต้น ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ ตามพิธีสารฯ ปี 2004 และตามบทบัญญัติฯ นาฟต้าแล้ว จะเห็นได้ว่า แม้จะได้มีการกล่าวถึงเรื่องของกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้เช่นเดียวกัน แต่กระนั้นก็ตาม ต่างก็ได้กำหนดเนื้อหาในเรื่องดังกล่าวเอาไว้แตกต่างกันออกไปเป็นอันมาก โดยเฉพาะตามพิธีสารฯ ปี 2004 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดไว้แต่เพียงว่า “กรณีเร่งด่วนฯ รัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์จะต้องพยายามเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุด”[132] นั้น เป็นกรณีที่ไม่อาจหากำหนดเวลาที่ชัดเจนแน่นอนได้ เพราะขึ้นอยู่กับการเจรจาตกลงกันของคู่กรณีเป็นสำคัญ ว่าจะเห็นร่วมกันหรือไม่ว่ากรณีดังกล่าวควรเป็นกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ และนอกจากนี้ควรจะตกลงกำหนดกรอบระยะเวลาเท่าใดในการดำเนินกระบวนพิจารณาสำหรับกรณีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า อย่างน้อยที่สุดก็ควรกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายสำหรับกรณีดังกล่าวเอาไว้เป็นพิเศษด้วย เพราะหากเราถือเอากำหนดเวลาในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ โดยให้ใช้กำหนดเวลาเดียวกันกับกรณีปกติเสียแล้ว[133] ในกรณีใดที่เรา

---

[130] NAFTA Chapter 20 ; Article 2017, para. 1.

[131] NAFTA Chapter 20 ; Article 2006 , para.1, para. 2 and para. 4. and Article 2007, para. 1(c).

[132] ASEAN EDSM ; Article 3 , para. 5.

[133] ASEAN EDSM ; Article 12 , para. 8 and Article 17, para. 5.

ต้องการจะให้เร่งด่วน เพื่อเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุด ในทางปฏิบัติแล้วย่อมเป็นไปได้น้อยมากเพราะคู่กรณีฝ่ายที่เสียประโยชน์ก็ย่อมต้องการจะยื้อเวลาออกไปให้นานที่สุด ดังนั้น โอกาสในการที่จะยินยอมตกลงเห็นชอบด้วยกับคู่กรณีอีกฝ่ายจึงแทบเป็นไปไม่ได้นั่นเอง ฉะนั้น การที่พิธีสารฯ ปี 2004 ไม่ได้กำหนดในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้ให้ชัดแจ้ง ย่อมทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนไม่สามารถช่วยแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในกรณีดังกล่าวได้อย่างแท้จริง อันอาจเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้คู่กรณีพิพาทไม่นิยมใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนด้วยก็เป็นได้ ทั้งนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในเมื่อบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวนี้เอาไว้อย่างชัดเจน และข้อบทดังกล่าวนี้ก็มีประโยชน์อันสำคัญต่อการทำให้กระบวนพิจารณาคดีมีความรวดเร็วสามารถตอบสนองต่อข้อพิพาททางการค้าได้ในทุกๆ ประเภท และทำให้ทราบกำหนดระยะเวลาในการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯได้ล่วงหน้าเช่นนี้ ดังนั้น จึงอาจนำเอาข้อกำหนดดังกล่าวมาเป็นต้นแบบเพื่อวางข้อกำหนดที่เหมาะสมสำหรับกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน ต่อไป

1.2.1.2 <u>สิทธิในการร้องขอให้จัดตั้งคณะผู้พิจารณาคดีในระหว่างกระบวนการปรึกษาหารือ</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่าย ผู้ฟ้องร้องสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ในหลายประการ[134] ดังจะเห็นได้ว่าในกรณีที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ทำคำร้องขอปรึกษาหารือไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง แต่กลับไม่ตอบคำร้องขอหารือภายในกำหนดเวลา 10 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอ หรือไม่ยอมดำเนินการปรึกษาหารือกันภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอให้มีการปรึกษาหารือก็อาจร้องขอต่อ DSB เพื่อให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้[135]

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการเจรจาปรึกษาหารือกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทแล้ว แต่ทว่าไม่อาจระงับข้อพิพาทกันได้นั้น ซึ่งนอกจากในความเข้าใจฯ จะได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายผู้ฟ้องร้องสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นภายหลังจากที่การเจรจาปรึกษาหารือไม่ประสบความสำเร็จภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอแล้ว ยัง

---

[134] DSU ; Article 4 , para.3 and para.7.

[135] DSU ; Article 4 , para. 3.

ได้กำหนดให้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายผู้ฟ้องร้องอาจร้องขอต่อ DSB เพื่อให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นภายในช่วงระหว่างระยะเวลา 60 วันของการปรึกษาหารือนั้นก็ได้[136]

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ทำให้เห็นได้ว่าในความเข้าใจฯ นั้น ในกรณีที่เกี่ยวกับสิทธิในการร้องขอให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างกระบวนการปรึกษาหารือ มีความยืดหยุ่นเป็นอันมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างระยะเวลา 60 วันของการปรึกษาหารือได้โดยไม่จำต้องรอให้ครบกำหนดเวลา 60 วันก่อนก็ได้ ดังนี้ ย่อมเป็นข้อดีที่ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทมีความรวดเร็วมากขึ้น ซึ่งย่อมจะส่งผลต่อการเร่งให้คดีพิพาทจบลงได้อย่างรวดเร็ว ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่าย อันถือได้ว่าเป็นการตอบสนองต่อข้อพิพาททางการค้าได้เป็นอย่างดี เพราะถ้าหากยิ่ง ล่าช้านั่นย่อมหมายถึงการสูญเสียมูลค่าทางเศรษฐกิจไปด้วยนั่นเอง

สำหรับบทบัญญัติภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า แม้จะได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายผู้ฟ้องร้องสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ใน หลายกรณี แต่อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดให้สามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทในช่วงระหว่างระยะเวลาการปรึกษาหารือได้ เช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯแต่อย่างใด[137]

ส่วนในบทบัญญัติฯ นาฟต้า จะเห็นได้ว่าได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้เฉพาะในกรณีที่การระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือนั้น ไม่ประสบความสำเร็จภายในกำหนดเวลาที่วางไว้เท่านั้น แต่ไม่ปรากฏว่า ให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในอันที่จะร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ในช่วงระหว่างระยะเวลาของการปรึกษาหารือ เช่นเดียวกันกับในความเข้าใจแต่อย่างใด[138] ดังจะเห็นได้ว่า เมื่อมีการร้องขอให้มีการปรึกษาหารือโดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง แต่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่ถูกขอหารือนั้นไม่อาจตกลงเจรจาเพื่อหาข้อยุติในกรณีพิพาทร่วมกันได้ภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันส่งคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจร้องขอเพื่อให้มีการจัดประชุมคณะกรรมาธิการเพื่อช่วยแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น[139]

---

[136] DSU ; Article 4 , para.7.

[137] ASEAN EDSM ; Article 3 , para.4 , Article 5 , para.1. and DSU ; Article 4 , para.7.

[138] NAFTA Chapter 20 ; Article 2007 , para.1 , Article 2008 , para.1. and DSU ; Article 4 , para.7.

[139] NAFTA Chapter 20 ; Article 2006 and Article 2007 , para.1 (a).

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่มีการจัดประชุมคณะกรรมาธิการ เพื่อพยายามที่จะยุติปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว แต่ถ้าหากปัญหาข้อพิพาทนั้นยังไม่ได้รับการแก้ไขภายในกำหนดเวลา 30 วัน หลังจากวันที่คณะกรรมาธิการได้เรียกประชุมแล้วนั้น รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ก็อาจร้องขอต่อคณะกรรมาธิการ เพื่อให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้[140]

ดังนี้ เมื่อได้พิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวในข้างต้น ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ ตามพิธีสารฯ ปี 2004 และตามบทบัญญัติฯ นาฟต้าแล้ว จะเห็นได้ว่า เฉพาะแต่ในความเข้าใจฯ เท่านั้น ที่ได้วางข้อกำหนดอันเกี่ยวกับเรื่องของสิทธิในการร้องขอให้จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างกระบวนการปรึกษาหารือไว้ ส่วนในพิธีสารฯ ปี 2004 และบทบัญญัติฯ นาฟต้าหาได้มีการกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่พิธีสารฯ ปี 2004 กำหนดไว้แต่เฉพาะเมื่อต้องรอให้ครบกำหนดระยะเวลา 60 วันของการปรึกษาหารือเสียก่อน รัฐคู่พิพาทฝ่ายผู้ฟ้องร้องจึงจะสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้นั้น เป็นเหตุที่จะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทมีความล่าช้าโดยไม่จำเป็น ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เพื่อให้การดำเนินการในกระบวนการระงับข้อพิพาทมีความรวดเร็ว และเพื่อยังประโยชน์แก่คู่กรณีพิพาทในข้อพิพาททางการค้า ดังนั้น จึงควรที่จะแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในพิธีสารฯ ปี 2004 ให้มีเรื่องของสิทธิในการร้องขอให้จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทในระหว่างกระบวนการปรึกษาหารือเช่นเดียวกันกับที่มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในความเข้าใจฯ ด้วยนั่นเอง ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้ ย่อมจะเป็นผลดีต่อระบบกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน ที่จะกลายเป็นอีกทางเลือกหนึ่งซึ่งน่าสนใจ สำหรับนำไปใช้กับกรณีพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

1.2.2 <u>การดำเนินการภายหลังมีคำวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาท</u>

1.2.2.1 <u>การปฏิบัติตามคำแนะนำ หรือคำวินิจฉัยตัดสิน</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้ว่าเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือองค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาคดีแล้วมีความเห็นว่า รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดได้ใช้มาตรการใดที่เป็นการขัดกับความตกลงฯ ก็จะทำคำตัดสินออกมาโดยกำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายนั้นต้องปรับมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลงฯ รวมทั้งอาจเสนอแนะแนวทางในการปฏิบัติตามคำตัดสินนั้นไว้[141]

---

[140] NAFTA Chapter 20 ; Article 2008 , para.1 (a).

[141] DSU ; Article 19 , para.1.

ทั้งนี้ โดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี มีหน้าที่จะต้องแจ้งต่อ DSB ให้ทราบว่าตนมีความประสงค์จะปฏิบัติตามคำตัดสินและข้อเสนอแนะนั้น โดยจะดำเนินการอย่างไรบ้างเกี่ยวกับ คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือขององค์กรอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา 30 วัน หลังจากวันที่มีการรับรองรายงานคำตัดสินดังกล่าว[142] และจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือขององค์กรอุทธรณ์ทันที หรือไม่เช่นนั้นก็อาจปฏิบัติตามคำตัดสินดังกล่าวได้ในระยะเวลาอันสมควร (Reasonable period of time)[143] ในความเข้าใจฯ ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในลักษณะเป็นมาตรการบังคับในเรื่องของระยะเวลาอันสมควรไว้เป็นการเฉพาะ แต่หลักเกณฑ์ในมาตรา 21 อนุมาตรา 3 นี้ เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติเท่านั้น

ในคดี EC-Hormones เป็นคดีหนึ่งที่พูดถึงประเด็นระยะเวลาอันสมควร โดยอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า “ระยะเวลา 15 เดือน เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ ซึ่งสามารถกำหนดให้สั้นกว่า หรือยาวกว่า 15 เดือนได้ โดยขึ้นอยู่กับสภาวการณ์เฉพาะเรื่อง” [144] และหลักการนี้ได้กลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า เมื่อมีการบังคับการซึ่งมีผลกระทบต่อวิธีการบริหาร ระยะเวลาอันสมควร คือ ระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่รัฐสมาชิกจะสามารถปฏิบัติตามได้ ทั้งนี้ เพราะหลักเกณฑ์ตามมาตรา 21 อนุมาตรา 3 (c) ชี้ชัดว่าระยะเวลา 15 เดือนนับจากวันที่มีการรับรองรายงานของคณะผู้พิจารณา องค์กรอุทธรณ์ เป็นเพียงแนวทางในการปฏิบัติสำหรับอนุญาโตตุลาการไม่ใช่มาตรการบังคับ[145]

ดังนั้น หลังจากสิ้นสุดระยะเวลาอันสมควรแล้ว หากยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินได้ ในความเข้าใจฯ ก็ได้กำหนดให้มีมาตรการเยียวยาเพื่อแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถขอเจรจาเพื่อตกลงให้มีการชดใช้ที่เหมาะสม(Compensation) หรืออนุญาตให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถใช้มาตรการตอบโต้ (Retaliation) ได้ ดังจะกล่าวถึงต่อไป ทั้งนี้ จะสังเกตเห็นได้ว่า บทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ได้เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถปฏิบัติตามคำตัดสินภายในระยะเวลาอันสมควรได้นี้ ย่อมเป็นผลดีต่อการขยายโอกาส

---

[142] DSU ; Article 21 , para.3.

[143] DSU ; Article 21 , para.3.

[144] David Palmeter and Petros C. Mavroidis , Dispute Settlement in the World Trade Organization , (Hague : Kluwer Law International , 1999) p. 156 – 157.

[145] “ WTO analytical index : Dispute Settlement Understanding , Understanding on Rule and Procedures Governing the Settlement of Disputes , XXI Article 21” , <http://www.wto.orgenglishres_ebooksp_eanalytic_index_edsu_08_e.htm>

ให้ได้ปฏิบัติตามคำตัดสินได้มากขึ้น เพื่อลดการนำมาตรการตอบโต้มาใช้เพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำตัดสินนั้น

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004 จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดให้รัฐสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือองค์กรอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา 60 วันนับจากวันที่ SEOM ได้รับรองรายงานคำตัดสินนั้น โดยต้องทำรายงานเสนอต่อ SEOM เพื่อแจ้งความก้าวหน้าในการปฏิบัติตามคำตัดสินด้วย[146] อย่างไรก็ตาม ภายใน 14 วันนับจากวันที่ SEOM ได้รับรองรายงานคำตัดสิน รัฐสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีอาจขอขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินได้ในกรณีที่มีความจำเป็น และรัฐสมาชิกฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องไม่ปฏิเสธคำขอขยายระยะเวลาโดยไม่มีเหตุผล[147] ทั้งนี้ หากหลังจากสิ้นสุดระยะเวลา 60 วันนับจากวันที่มีการรับรองรายงานคำตัดสิน หรือภายในระยะเวลาที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงไว้ ปรากฏตามมาตรา 16 ก็เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถขอเจรจาเพื่อตกลงให้มีการชดใช้ที่เหมาะสม (Compensation) หรืออนุญาตให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถใช้มาตรการตอบโต้ (Retaliation) ได้ ดังจะกล่าวถึงต่อไป

ส่วนในบทบัญญัติฯ นาฟต้า จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติฯ นาฟต้า ได้วางข้อกำหนดไว้ว่าเมื่อรายงานคำตัดสินฉบับสุดท้ายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ได้ถูกส่งไปยังคณะกรรมาธิการเพื่อให้มีการทบทวนในรายงานคำตัดสินนั้น และโดยที่คณะกรรมาธิการมีความเห็นพ้องด้วยกับรายงานคำตัดสินดังกล่าว ดังนี้ คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงถือเป็นที่สุด[148] แต่อย่างไรก็ดี คำตัดสินดังกล่าวนี้หาได้มีผลผูกพันบังคับให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องปฏิบัติตามด้วยไม่[149] ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่อรัฐคู่พิพาทนั้นไม่มีผลผูกพัน และมีค่าบังคับใช้ที่อ่อนแอ[150] ทั้งนี้ ถ้าหากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท มีคำตัดสินว่ามาตรการนั้นขัดกับพันธกรณีของความตกลงฯ นี้ หรือเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายทั้งหมดหรือบางส่วนในหมวดของภาคผนวกที่ 2004 และโดยที่รัฐคู่พิพาทไม่สามารถบรรลุ

---

[146] ASEAN EDSM ; Article 15 , para.1and para. 4.

[147] ASEAN EDSM ; Article 15 , para.2 and para.3.

[148] NAFTA Chapter 20 ; Article 2017, para.4.

[149] NAFTA Chapter 20 ; Article 2018,para.1.

[150] Lorand Bartels , Federico Ortino,ed., Regional Trade Agreements and the WTO Legal System (Oxford : Oxford University Press , 2006) , p. 482.

ข้อตกลงร่วมกันในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทตามคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท[151] ภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้รับรายงานคำตัดสินฉบับสุดท้ายไว้ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็อาจใช้มาตรการตอบโต้โดยการระงับสิทธิประโยชน์ไว้ชั่วคราว จนกว่าที่จะมีการบรรลุถึงข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว[152]

ดังนี้ หากพิจารณาจากสิ่งที่ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำวินิจฉัยตัดสิน ทั้งที่ปรากฏในความเข้าใจฯ ตามพิธีสารฯ ปี 2004 และบทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น ล้วนมีความแตกต่างกันในประการสำคัญ เพราะหากพิจารณาในความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี 2004 แล้ว จะเห็นได้ว่า ในความเข้าใจฯ นั้น ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องปฏิบัติตามคำตัดสินทันที หรืออาจปฏิบัติตามคำตัดสินภายในระยะเวลาอันสมควรก็ได้ ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดที่แสดงถึงความยืดหยุ่นในการปฏิบัติตามคำตัดสิน แต่ในขณะที่ตามพิธีสารฯ ปี 2004 ไม่ได้กำหนดเรื่องของระยะเวลาอันสมควร ในการปฏิบัติตามคำตัดสินเอาไว้เลย และแม้จะได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถขอขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินออกไปได้ โดยที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีไม่อาจปฏิเสธคำขอนั้นได้โดยไม่มีเหตุผล ซึ่งย่อมเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้แก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถที่จะขยายระยะเวลาตามคำตัดสินออกไปได้ก็ตาม แต่ทว่าการวางข้อกำหนดเช่นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นกำหนดระยะเวลาที่ขาดความชัดเจนแน่นอน และขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของฝ่ายที่ชนะคดีเป็นสำคัญ ว่าจะเห็นด้วยกับกำหนดระยะเวลาที่อีกฝ่ายได้เสนอมาหรือไม่ ซึ่งอาจจะเกิดความไม่เป็นธรรมต่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในเรื่องนี้ ไม่ควรให้ฝ่ายที่ชนะคดีแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้มีการขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินนั้น แต่ควรให้ฝ่ายที่แพ้คดีหรือให้SEOM เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดระยะเวลาดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม อาจอาศัยต้นแบบจากความเข้าใจฯ เพื่อวางข้อกำหนดในพิธีสารฯ ปี 2004 ก็ได้ เพราะจะเห็นได้ว่าในความเข้าใจฯ นั้น[153] แม้จะยอมให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถขอขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินได้ (เรียกว่า ระยะเวลาอันสมควร) แต่ก็โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องเป็นระยะเวลาที่ได้รับความเห็นชอบจาก DSB หรือเป็นระยะเวลาที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงกัน หรือเป็นระยะเวลาที่ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด

---

[151] NAFTA Chapter 20 ; Article 2018 , para.2.

[152] NAFTA Chapter 20 ; Article 2018 , para.1 and Article 2019 , para.1 and 2.

[153] DSU; Article 21, para.1 and para.3.

ทั้งนี้ เมื่อมาพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติฯ นาฟต้าแล้ว กลับไม่ปรากฏว่าถ้าหากไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินได้ในทันทีแล้วจะสามารถขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินออกไปได้ดังเช่นในกรณีของพิธีสารฯ ปี 2004 หรือภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควรดังเช่นในกรณีของความเข้าใจฯ ด้วยไม่ นอกจากนี้ หากรัฐคู่พิพาทไม่เห็นพ้องด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว คำตัดสินก็จะไม่มีผลผูกพันต่อรัฐคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามและมีค่าบังคับที่ไม่มีประสิทธิภาพอีกด้วย แต่ในขณะที่ในความเข้าใจฯ และตามพิธีสารฯ ปี 2004 นั้น ถือเอาคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งถ้าหากไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินภายในเวลาที่กำหนดไว้ ก็จะเป็นเหตุทำให้ได้รับผลร้ายตามมา

นอกเหนือจากนี้ มีประเด็นที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องการบังคับตามคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียนว่าผลของคำตัดสินที่เกิดขึ้นจะสามารถนำเอามาใช้บังคับภายในประเทศได้หรือไม่นั้น สำหรับประเทศไทยแล้วภายใต้พรบ.อนุญาโตตุลาการ (ฉบับแก้ไขล่าสุด) พ.ศ.2545[154] ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยที่ทำขึ้นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศสามารถใช้บังคับภายในประเทศได้ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐที่มีผลผูกพัน และได้ทำขึ้นในความตกลงเขตการค้าเสรีต่างๆ สามารถนำเอามาใช้บังคับภายในประเทศไทยได้นั่นเอง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการยอมรับเอาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในเขตการค้าเสรีอาเซียนมาใช้บังคับภายในประเทศได้นั้น จะมีผลเท่ากับเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยทางการศาลของประเทศ แต่เมื่อมีกฎหมายภายในให้การรองรับอยู่เพียงพอแล้ว ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติอีกแต่อย่างใด[155]

---

[154] มาตรา 41 ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาอนุสัญญาหรือ ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้ เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

[155] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, “โครงการวิจัยเรื่อง ปัญหาหลักของเขตการค้าเสรีทั้งในระดับภูมิภาค และทวิภาคีที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นรัฐสมาชิก,” กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยา ลัยธรรมศาสตร์ , 2550.(อัดสำเนา)

1.2.2.2 <u>การใช้ค่าเสียหาย และมาตรการตอบโต้ทางการค้า</u>

เมื่อได้พิจารณาจากความเข้าใจฯ จะเห็นได้ว่า เรื่องการใช้ค่าเสียหาย และมาตรการตอบโต้ทางการค้า(Compensation and Retaliation) จัดเป็นมาตรการชั่วคราวซึ่งนำมาใช้เพื่อบีบบังคับให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องดำเนินการตามคำแนะนำ หรือคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือองค์กรอุทธรณ์นั้น[156] โดยการชดใช้ค่าเสียหาย(Compensation) นั้น เป็นมาตรการในลักษณะของความสมัครใจ และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของข้อตกลงระหว่างรัฐคู่พิพาท ซึ่งหากการชดใช้ค่าเสียหายไม่เป็นที่น่าพอใจ หรือตกลงกันไม่ได้ภายในกำหนดเวลา 20 วันหลังจากระยะเวลาที่สมควรสิ้นสุดลง รัฐสมาชิกก็สามารถร้องขอตามกระบวนการระงับข้อพิพาทต่อ DSB เพื่อใช้มาตรการตอบโต้แก่รัฐสมาชิกฝ่ายที่แพ้คดีได้ ส่วนในกรณีของการใช้มาตรการตอบโต้ (Retaliation) นั้น ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อลดหย่อน หรือการระงับสิทธิประโยชน์ (Suspension of Concessions) ต้องคำนึงถึงความเท่าเทียมกัน (equivalent) ระหว่างการใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้ากับระดับของความเสียหายที่ได้รับด้วย[157] ไม่ว่าจะเป็นมาตรการการตอบโต้ในสาขาเดียวกัน (parallel retaliation)[158] การตอบโต้ข้ามสาขา(cross-sector retaliation) หรือการตอบโต้ข้ามข้อตกลง(cross-agreement retaliation)[159] ทั้งนี้ การให้ระงับสิทธิประโยชน์ หรือการตอบโต้ทางการค้านั้น ถือว่า เป็นสิทธิของรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดี เว้นแต่ DSB มีฉันทามติไม่อนุญาตตามคำขอดังกล่าว

ในทางปฏิบัติ การที่ DSB อนุญาตให้ตอบโต้ข้ามสาขาได้ ย่อมทำให้การบังคับการให้เป็นไปตามคำเสนอแนะ หรือคำวินิจฉัยของ DSB มีประสิทธิภาพ เพราะประเทศผู้แพ้คดีย่อมจะไม่ทราบว่าสินค้าของตนในสาขาใดบ้างที่จะถูกตอบโต้จากมาตรการห้ามนำเข้า หรือจำกัดจำนวนสินค้าของประเทศผู้ชนะคดี ทำให้ผู้ประกอบการนำเข้าสินค้าในประเทศผู้ชนะคดีไม่กล้าเสี่ยงที่จะทำคำสั่งซื้อสินค้าที่อยู่ในรายการอันอาจถูกตอบโต้ได้ เนื่องจากไม่ทราบความว่าจะถูกตอบโต้หรือไม่อย่างไรจึงมักเลี่ยงไปสั่งซื้อสินค้าจากประเทศอื่นที่ไม่เสี่ยงต่อการถูกตอบโต้แทน อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรการตอบโต้นี้มักจะได้ผลดีเสมอสำหรับประเทศผู้ชนะคดีที่เป็นประเทศพัฒนาแล้ว เพราะประเทศผู้แพ้คดีที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา หรือพัฒนาน้อยที่สุดมักจะ

---

[156] DSU ; Article 22 , para.1 , para.2 , para.3,para.4 and para.8.

[157] DSU ; Article 22 , para.4.

[158] DSU ; Article 22 , para.3.

[159] ตัวอย่างเช่นในคดี EC - Bananas III เอควาดอร์ได้ขอใช้การตอบโต้ไขว้ โดยเสนอขอระงับการปฏิบัติตาม TRIPS ไม่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหภาพยุโรป

ต้องพึ่งตลาดสินค้าของประเทศผู้ชนะคดีเพื่อประโยชน์จากการส่งออกของตน จึงไม่อาจที่จะดื้อดึงได้ ไม่เหมือนกับกรณีของประเทศพัฒนาแล้วที่เป็นประเทศผู้แพ้คดีซึ่งไม่จำเป็นต้องพึ่งพาตลาดสินค้าภายในของประเทศกำลังพัฒนาที่ชนะคดี ดังนั้น แม้ประเทศกำลังพัฒนาจะกำหนดมาตรการตอบโต้ได้แต่ก็มักจะไม่ค่อยมีประสิทธิภาพเพราะถึงจะห้ามนำเข้าสินค้าจากประเทศพัฒนาแล้วได้ แต่ตลาดสินค้าส่วนใหญ่ของประเทศนั้นก็ไม่ได้อยู่ที่ประเทศกำลังพัฒนานี้อยู่แล้ว ดังนั้น การบังคับการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งข้อตกลงองค์การการค้าโลกจึงยังคงดำเนินไปโดยขึ้นอยู่กับน้ำหนักทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องของรัฐสมาชิกที่พิพาทกันด้วย[160] ในปัจจุบัน จึงมีแนวคิดในหมู่ประเทศกำลังพัฒนาที่จะหาทางแก้ไขไม่ให้ฝ่ายตนตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบในประเด็นการตอบโต้นี้[161]

สำหรับในพิธีสารฯ ปี 2004[162] จะเห็นได้ว่า ไม่แตกต่างไปจากบทบัญญัติในความเข้าใจฯ แม้แต่น้อย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อผู้มีอำนาจให้ทำการตอบโต้ (SEOM) ต้องได้อนุญาตให้ทำการตอบโต้ก่อน และต้องทำในระดับที่เท่าเทียม (equivalent) รวมถึงต้องเป็นไปตามลำดับก่อนหลังด้วย

ส่วนในบทบัญญัติฯ นาฟต้า[163] จะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิตอบโต้ทางการค้านั้น ก็ได้กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกันกับในในความเข้าใจฯ และพิธีสารฯ ปี 2004 เพียงแต่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถทำการตอบโต้ได้เองโดยลำพังโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตให้ทำการตอบโต้ก่อน ทั้งนี้ การที่ไม่ให้องค์กรอื่นเข้ามาช่วยทำการพิจารณาไตร่ตรองว่าจะอนุญาตให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีทำการตอบโต้ได้หรือไม่เช่นนี้ ย่อมเป็นการไม่ให้ความเป็นธรรมแก่ฝ่ายที่แพ้คดี ในอันที่จะแสดงข้อโต้แย้งคัดค้านว่าตนได้ปฏิบัติตามคำตัดสินนั้นแล้วหรือไม่ และยังเท่ากับปล่อยให้มีการใช้มาตรการตอบโต้อย่างไร้ขอบเขตโดยไม่มีการควบคุมอีกด้วย ซึ่งแม้ในบทบัญญัติฯ นาฟต้าจะได้กำหนดไว้ว่า ระดับของการใช้มาตรการตอบโต้ได้นั้นต้องเป็นระดับที่เท่าเทียมกัน(equivalent) ก็ตาม แต่เมื่อไม่มีองค์กรกลางใดเข้ามาควบคุมดูแลในส่วนนี้เช่นนี้แล้ว การวางข้อกำหนดดังกล่าวไว้

---

[160] Petros C.Mavroidis and Sally J.Van Siclen ,“The Application of the Gatt/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues,” Journal of World Trade 31 (October 1997) : 34.

[161] ประสิทธิ์ เอกบุตร , การระงับข้อพิพาททางการค้าของไทยใน WTO, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550) น.11 – 12.

[162] ASEAN EDSM ; Article 15 , para.1 and Article 16 , para.2 , para.3 , para.4 and para.6.

[163] NAFTA Chapter 20 ; Article 2019 , para.1 and para.2.

ก็อาจไร้ประโยชน์ นอกจากนี้ ยังไม่สามารถทำการตอบโต้ข้ามข้อตกลง(cross-agreement retaliation) ได้อีกด้วย

ดังนี้ หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องดังกล่าวนี้ ภายใต้บทบัญญัติฯ นาฟต้านั้น ได้วางข้อกำหนดที่ยังมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ แต่ในขณะที่ ในพิธีสารฯ ปี 2004 ซึ่งได้วางบทบัญญัติไว้เช่นเดียวกันกับในความเข้าใจฯ นั้น มีความสมบูรณ์มากกว่า ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติในพิธีสารฯ ปี 2004 นั้น มีความเหมาะสมดีอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในเรื่องประสิทธิภาพของการใช้มาตรการบังคับต่างๆ โดยเฉพาะมาตรการตอบโต้ทางการค้านี้ ยังคงเป็นข้อที่ควรต้องพิจารณากันต่อไป

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

2.1 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เหมือนกัน

2.1.1 การระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

2.1.1.1 การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติฯ ไทย–ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า เป็นกระบวนการที่มีกรอบระยะเวลากำหนดไว้อย่างชัดเจน[164] โดยกำหนดว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีคำชี้ขาดสุดท้ายเกี่ยวกับข้อพิพาทดังกล่าวภายในกำหนดเวลา 120 วันหลังจากวันที่มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่สามารถมีคำชี้ขาดได้ภายในกำหนดเวลา ก็จะต้องแจ้งแก่รัฐคู่พิพาทเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเหตุผลที่ล่าช้า รวมทั้งระยะเวลาที่คาดว่าจะมีคำชี้ขาดได้

โดยได้กำหนดให้การดำเนินคดีเริ่มต้นได้ต่อเมื่อมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติภายใต้ข้อตกลงใดข้อตกลงหนึ่งของความตกลงนี้ รวมถึงความตกลงอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย (Violation Complaints)[165] ดังนี้ เมื่อไม่สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทอันเนื่องมาจากความเสียหายด้วยการเจรจาปรึกษาหารือกันได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็สามารถร้องขอต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้มีการ

---

[164] TAFTA ; Article 1809 , para.3.

[165] TAFTA ; Article 1804 , para.2 (b).

จัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้[166] ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการมีสิทธิในการแสวงหาพยานหลักฐานใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการขอข้อมูล และคำแนะนำทางเทคนิคจากบุคคล หรือองค์กรใดๆ ที่เห็นสมควรได้ แต่จะต้องได้รับความเห็นชอบ และอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงกัน[167] อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ข้อมูลใดซึ่งถือว่าเป็นข้อมูลลับก็ห้ามมิให้ทำการเปิดเผยต่อสาธารณะ[168]

ในการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณาโดยปฏิบัติตามข้อบทของบทบัญญัติฯ นี้ และจะต้องทำการหารือกันในระหว่างคณะอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีเท่านั้น รัฐคู่พิพาทจะเข้าร่วมประชุมกับคณะอนุญาโตตุลาการได้ก็เฉพาะเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีก่อน[169] ทั้งนี้ โดยรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องจัดส่งคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งระบุข้อเท็จจริง ข้อต่อสู้ของตนภายในกำหนดเวลา 21 วันหลังจากวันที่ได้จัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ สำหรับรัฐคู่พิพาทซึ่งได้ร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และภายในกำหนดเวลา 21 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทซึ่งได้ร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ทำการจัดส่งคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการแล้วสำหรับรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง[170] โดยในการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะอนุญาโตตุลาการในครั้งแรกนี้[171] คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องขอให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และรัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องของตนต่อคณะอนุญาโตตุลาการในการประชุมครั้งแรกนี้ และให้รัฐคู่พิพาทยกประเด็นที่มีการโต้เถียงกันในการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะอนุญาโตตุลาการในครั้งที่สอง[172] โดยให้ฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีมีสิทธิเป็นฝ่ายยกข้อโต้เถียงของตนขึ้นว่ากล่าวก่อน หลังจากนั้น ฝ่ายที่ฟ้องคดีจึงมีสิทธิยกข้อโต้เถียงของตนขึ้นกล่าวบ้าง โดยรัฐคู่พิพาทจะต้องเสนอข้อโต้เถียงเป็นลายลักษณ์อักษรของตนต่อคณะอนุญาโตตุลาการก่อนมีการประชุมเพื่อนัดฟังคดีของคณะอนุญาโตตุลาการในครั้งที่สองนี้

---

[166] TAFTA ; Article 1804 , para.1, para.2 and Article 1805 , para.1 , para.2 , para.3 and para.4.

[167] TAFTA ; Article 1807 , para.10.

[168] TAFTA ; Article 1807 , para.2.

[169] TAFTA ; Article 1807 , para.1.

[170] TAFTA ; Article 1807 , para.3.

[171] TAFTA ; Article 1807 , para.4.

[172] TAFTA ; Article 1807 , para.5.

และคณะอนุญาโตตุลาการก็อาจซักถามและขอคำชี้แจงจากรัฐคู่พิพาทเมื่อใดก็ได้ ไม่ว่าในระหว่างการประชุม หรืออาจถามเป็นลายลักษณ์อักษรในภายหลัง[173] ทั้งนี้ โดยรัฐคู่พิพาทจะต้องจัดให้มีคำแถลงด้วยวาจาของตนที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการด้วย[174]

หลังจากนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งข้อเท็จจริงแห่งคดี ความตกลงที่เกี่ยวข้อง และพิจารณาว่ามีการปฏิบัติตามข้อบทแห่งความตกลง ฯ หรือไม่ พร้อมทั้งจัดทำข้อสรุปและคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี และอาจรวมถึงทางเลือกในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดด้วย[175] โดยจะต้องทำร่างรายงานคำชี้ขาด และให้โอกาสอย่างเพียงพอแก่รัฐคู่พิพาทในการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดนี้ภายในกำหนดเวลา 14 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้รับร่างรายงานคำชี้ขาด และคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อสังเกตใดๆ ที่ได้รับมานั้นเพื่อใช้ในการจัดทำรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายด้วย[176] นอกจากนี้ รายงานคำชี้ขาดสุดท้ายดังกล่าวจะต้องมีการจัดทำเป็นเอกสารสาธารณะภายในกำหนดเวลา 10 วันนับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาทด้วย[177]

สำหรับในส่วนของบทบัญญัติฯ ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย–นิวซีแลนด์ จะเห็นได้ว่าได้วางข้อกำหนดแทบจะทุกประเด็น[178] ไว้เช่นเดียวกันกับใน TAFTA หากจะมีต่างออกไปบ้างก็เฉพาะแต่ในส่วนของกำหนดเวลาในการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น[179] โดยคณะอนุญาโตตุลาการ จะได้รับการจัดตั้งขึ้นภายในกำหนดเวลาไม่เกิน 30 วัน ส่วนประธานฯ จะได้รับการจัดตั้งขึ้นภายในกำหนดเวลาไม่เกิน 37 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม กำหนดเวลาดังกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงได้ หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ตามปกติ แต่ในขณะที่ ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย คณะอนุญาโตตุลาการ จะได้รับการจัดตั้งขึ้นภายในกำหนดเวลาไม่เกิน 30 วัน ส่วนประธานฯ จะ

---

[173] TAFTA ; Article 1807 , para.6.

[174] TAFTA ; Article 1807 , para.7.

[175] TAFTA ; Article 1806 , para.1 and Article 1809 , para.1.

[176] TAFTA ; Article 1809 , para.2.

[177] TAFTA ; Article 1809 , para.4.

[178] TNZCEPA ; Article 17.4 , para.2 , para.2 (b) , Article 17.6 , para.1 , Article 17.7 and Article 17.9.

[179] TNZCEPA ; Article 17.4 , para.1 and Article 17.5 , para.1 , para.2 , para.3 and para.4.

ได้รับการจัดตั้งขึ้นภายในกำหนดเวลาไม่เกิน 67 วัน หลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้ ในส่วนของบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน[180] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้คล้ายคลึงกันกับใน TAFTA และ TNZCEPA เช่นกัน โดยแทบจะไม่มีความแตกต่างกันเลย แต่จะมีที่ต่างกันออกไปบ้างก็เฉพาะแต่ในส่วนที่เป็นประเด็นเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาสำหรับในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ กรอบระยะเวลาสุดท้ายสำหรับการจัดทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ กำหนดเวลาในการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงสิทธิในการแสวงหาพยานหลักฐานของคณะอนุญาโตตุลาการ และรัฐฝ่ายที่สามในคดี กล่าวคือ จะเห็นได้ว่า ในเขตการค้าเสรีอาเซียน–จีนนั้น สำหรับในกรณีปกติได้มีการวางข้อกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีคำชี้ขาดสุดท้ายเกี่ยวกับข้อพิพาทดังกล่าวภายในกำหนดเวลา 120 วัน และ สำหรับในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ นั้น จะต้องมีคำชี้ขาดสุดท้ายเกี่ยวกับข้อพิพาทดังกล่าวภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากวันที่มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้สมบูรณ์แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ระยะเวลาตั้งแต่ที่ได้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ครบถ้วนสมบูรณ์แล้วจนกระทั่งมีการออกรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาทไม่ควรเกินกำหนดเวลา 180 วัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดไว้เช่นนี้เป็นข้อดีซึ่งทำให้รัฐคู่พิพาทสามารถทราบกำหนดเวลาในการดำเนินคดีได้เองล่วงหน้า และยังมีส่วนช่วยให้การดำเนินคดีไม่ล่าช้าอีกด้วย

ทั้งนี้ เมื่อรัฐคู่พิพาทไม่สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือกันได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็สามารถร้องขอต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นได้ และต้องแจ้งให้รัฐสมาชิกที่เหลือทราบด้วย[181]

อาจสังเกตเห็นได้ว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน ไม่ปรากฏว่าได้วางข้อกำหนดไว้ในมาตราใดที่ให้สิทธิแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการแสวงหาพยานหลักฐานใดๆ ที่ตนเห็นสมควรได้ แต่จะต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่ได้จากการนำเสนอของรัฐคู่พิพาทเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นข้อด้อยภายใต้เขตการค้าเสรีนี้ เพราะในกรณีบางคดีอาจเป็นคดีที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องทางเทคนิคหรือเรื่องที่ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขานั้น จึงมีความจำเป็นต้องอาศัยผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ ดังนั้น การไม่เปิดโอกาสให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถแสวงหาพยานหลักฐานอื่นใดได้อีกนอกเหนือไปจากที่รัฐคู่พิพาทได้นำเสนอไว้แล้วนั้น อาจจะเป็นเหตุให้

---

[180] ACFTA ; Article 6 , para.1 , para.2 , para.2 (b) , Article 7 , Article 8 , Article 9 , para.1 , para.4 , para.7 , para.8 , para.9 and Article 10.

[181] ACFTA ; Article 7 , para.2 , para.3 and para.4.

คณะอนุญาโตตุลาการมีความเข้าใจต่อเรื่องดังกล่าวผิดพลาดคลาดเคลื่อนไปได้ ซึ่งยอมเป็นผลให้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดที่ผิดพลาด และไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน จึงควรจะได้มีการวางข้อกำหนดอันเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้เอาไว้ด้วยนั่นเอง โดยอาจจะนำเอาต้นแบบของTAFTA หรือ TNZCEPA[182] มาเป็นหลักในการวางข้อกำหนดของเขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน ก็ได้ อนึ่ง รัฐสมาชิกใดซึ่งมีผลประโยชน์ที่ชัดแจ้งในกรณีพิพาทดังกล่าว ก็สามารถเข้ามาเป็นรัฐฝ่ายที่สามได้ด้วย[183]

นอกจากนี้ ในส่วนของบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา – ชิลี[184] จะเห็นได้ว่า ก็ได้วางกรอบระยะเวลากำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน โดยกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 120 วัน หลังจากวันที่อนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีคนสุดท้ายได้รับเลือก[185] และภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้ทำการเสนอรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นต่อรัฐคู่พิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเสนอรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาท[186] อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า แม้ภายใต้เขตการค้าเสรีอเมริกา–ชิลี จะได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของสินค้าเน่าเสียง่าย (perishable goods) เอาไว้ แต่ในขั้นตอนการพิจารณาคดีของคณะผู้พิจารณาคดีนั้น กลับไม่ปรากฏว่าได้มีการวางกรอบระยะเวลาสำหรับในกรณีดังกล่าวเอาไว้ด้วยแต่อย่างใด ดังนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่าไม่ว่าจะเป็นกรณีปกติ หรือกรณีที่เกี่ยวกับเรื่องของสินค้าเน่าเสียง่าย ต่างก็ใช้กรอบระยะเวลาอย่างเดียวกัน ซึ่งก็คงไม่อาจจะคาดหมายได้ว่า จะสามารถยุติข้อพิพาทลงได้ด้วยความรวดเร็วไปกว่าในกรณีที่เป็นคดีปกติทั่วไปได้

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้การดำเนินคดีเริ่มต้นได้ต่อเมื่อปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนบทบัญญัติภายใต้ความตกลงฯ (Violation Complaints) หรือเป็นกรณีที่การปฏิบัติตามมาตรการใดๆ ภายใต้ความตกลงฯ นี้ แม้จะเป็นมาตรการที่ไม่ขัดต่อความตกลงฯ ก็ตาม (Non–Violation Complaints)[187] แต่ทั้งหลายเหล่านี้ ล้วนเป็นสาเหตุให้สิทธิประโยชน์ที่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งคาดว่าจะได้รับจะต้องเสียหายไปทั้งหมด หรือบางส่วน ในบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องของการปฏิบัติเยี่ยงคน

---

[182] TAFTA ; Article 1807 , para. 10 and TNZCEPA ; Article 17.7 , para.10.

[183] ACFTA ; Article 10 , para.1 para.2 and para.3.

[184] U.S.-Chile FTA ; Article 22.2 , Article 22.6 , Article 22.9 , Article 22.10 , Article 22.11 , Article 22.12 and Article 22.13.

[185] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.3.

[186] U.S.-Chile FTA ; Article 22.13 , para.1.

[187] U.S.-Chile FTA ; Article 22.2 (b).

ชาติ (National Treatment) และการเข้าสู่ตลาดของสินค้า (Market Access for Goods) กฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้าและกระบวนการผลิตสินค้า (Rules of Origin and Origin Procedures) และพิธีการศุลกากร (Customs Administration) อุปสรรคทางเทคนิคในด้านการค้า (Technical Barriers to Trade) การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Government Procurement) การค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross – Border Trade in Services) หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights)[188]

ดังนี้ เมื่อรัฐคู่พิพาทไม่สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาปรึกษาหารือกันได้ หรือไม่สามารถยุติข้อพิพาทลงได้โดยอาศัยคณะกรรมาธิการ[189] ดังนี้ รัฐคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถต้องขอต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นได้[190] นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังมีสิทธิในการแสวงหาพยานหลักฐานใดๆ ที่เห็นสมควรได้ รวมถึงข้อมูลและคำแนะนำทางเทคนิคซึ่งเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม แรงงาน สุขภาพ ความปลอดภัย หรือเรื่องในทางเทคนิคอื่นใดที่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวในกระบวนพิจารณาคดี[191] แต่ต้องทำการปรึกษาหารือกับรัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทด้วย[192] ทั้งนี้ ในกรณีที่ข้อมูลใดเป็นข้อมูลลับย่อมได้รับความคุ้มครองโดยห้ามมิให้ทำการเปิดเผยต่อสาธารณะ[193]

ในการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีนั้น[194] ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะให้รับทราบภายในกำหนดเวลา 10 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้เสนอเรื่องดังกล่าวนี้แล้ว ยกเว้น ข้อมูลที่เป็นความลับ[195] อนึ่ง หลักการที่กำหนดให้ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีแบบเปิดเพื่อความโปร่งใสในกระบวนการพิจารณา และเท่ากับเป็นการให้สิทธิในการรับรู้การพิจารณาคดีของบุคคลภายนอกโดยเฉพาะประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการพิจารณาคดีข้อพิพาทระหว่างรัฐนั้น แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับความตกลงเขตการค้าเสรี

---

[188] U.S.-Chile FTA ; Article 22.2 (c) and Annex. 22.2.

[189] U.S.-Chile FTA ; Article 22.6 , para.1.

[190] U.S.-Chile FTA ; Article 22.6 , para.1 , para.2 and Article 22.9 , para.1 (b) , (c) , (d).

[191] U.S.-Chile FTA ; Article 22.11 , para.1.

[192] U.S.-Chile FTA ; Article 22.11 , para.2.

[193] U.S.-Chile FTA ; Article 22.10 , para.1 (e).

[194] U.S.-Chile FTA ; Article 22.10 , para.1 (b) and (c) ,para.2 , para.3 and para.4.

[195] U.S.-Chile FTA ; Article 22.10 , para.1 (c).

อื่นๆ ที่ศึกษามาในข้างต้นก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวนี้เป็นข้อดีที่ภายใต้เขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีอื่นๆ ซึ่งไทยได้เข้าไปทำความตกลงด้วยนั้น ควรได้นำแนวทางการพิจารณาคดีแบบเปิด ซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถรับรู้ และเข้าถึงข้อมูลทั้งหลาย รวมถึงประเด็นซักถามในกระบวนพิจารณาคดีได้อย่างเสรีดังกล่าวนี้ มาปรับใช้กับความตกลงเขตการค้าเสรีของเราด้วย เพื่อเป็นการเพิ่มความโปร่งใส และการมีส่วนร่วมของประชาชนในระหว่างการพิจารณาคดี

นอกจากแนวทางในการพิจารณาคดีแบบเปิดแล้ว ยังได้เปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการรับฟังข้อมูลจากองค์กรที่มิใช่รัฐบาล (Non–Government entities) ซึ่งตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐสมาชิกได้อีกด้วย[196] ซึ่งการเปิดโอกาสให้รับฟังข้อมูลได้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ย่อมทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้านมากขึ้น และยังแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาระบบของการมีส่วนร่วมของบุคคลภายนอก ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า มีลักษณะเดียวกันกับเพื่อนของศาล (amicus curiae)[197] ภายใต้ความเข้าใจฯ มาตรา 13 ของ WTO ที่ให้อำนาจคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในการค้นหาข้อมูล และคำแนะนำทางเทคนิคจากองค์กรใดๆ ที่ตนเห็นว่าเหมาะสมได้อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเมื่อการอนุญาโตตุลาการ ถือได้ว่าเป็นสัญญาที่คู่กรณีพิพาทสามารถทำความตกลงกันว่าจะใช้กฎหมาย และกระบวนการพิจารณาคดีใดๆ ก็ได้ แต่มีเงื่อนไขสำคัญว่าจะต้องไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน[198] และในปัจจุบันกรอบความตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเอง[199] ก็ยอมรับสิทธิในการยื่นข้อมูลโดยเพื่อนของศาล เพื่อประกอบการพิจารณาคดีด้วยโดยมีเงื่อนไขว่าการยื่นข้อมูลดังกล่าว

---

[196] U.S.-Chile FTA ; Article 22.10 , para.1 (d).

[197] ใน Black's Law Dictionary ให้ความหมายว่า บุคคลที่มีความสนใจเป็นพิเศษ หรือมีความเห็นเป็นพิเศษต่อคดี หรือการรับฟังแบบฉันท์เพื่อน หรือฉันท์มิตรของศาล แต่บุคคลนั้นไม่ใช่คู่ความในคดีโดยอาจยื่นพยานหลักฐานดังกล่าวต่อศาลเพื่อเสนอความเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาของศาล และในบางกรณีอาจหมายรวมถึงพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย

[198] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , <u>รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทางการค้า</u> , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2549) น. 36 – 37.

[199] UNCITRAL Arbitration Rules ; Article 15 , para.1. : Subject to the Rules , the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate , provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.

จะต้องไม่กระทบสิทธิของคู่กรณีพิพาทในคดี ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจรับฟังข้อมูลจากแหล่งอื่นๆ ได้อย่างกว้างขวางเช่นนี้นั้น จึงเป็นข้อดีมากกว่าข้อเสีย แต่อย่างไรก็ดี มีข้อควรพิจารณาว่าข้อมูลที่ได้จากแหล่งดังกล่าวนี้ ได้วางกรอบหรือกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับฟังข้อมูลดังกล่าวไว้อย่างไร รวมถึงมีความน่าเชื่อถือ และความโปร่งใสเพียงใดซึ่งภายใต้ข้อกำหนดนี้ ได้กำหนดเพียงให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาคำร้องที่ได้จากองค์กรที่มิใช่รัฐบาลดังกล่าวนี้ได้ แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการรับฟังข้อมูลดังกล่าวนี้ไว้แต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรที่จะจัดให้มีคณะทำงาน หรือหน่วยงานใดที่รับผิดชอบ ซึ่งคอยทำหน้าที่ตรวจสอบความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่ได้รับมาก่อนนำเข้าสู่กระบวนพิจารณาคดี ว่าควรรับฟังได้เพียงใดเพื่อลดปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากความโปร่งใส และความน่าเชื่อถือดังกล่าว

หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งข้อเท็จจริงแห่งคดี ความตกลงที่เกี่ยวข้องแล้ว จะต้องจัดทำข้อสรุปและคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งอาจรวมถึงทางเลือกสำหรับรัฐคู่พิพาทในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดด้วย[200] โดยต้องทำร่างรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 120 วันหลังจากวันที่อนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีคนสุดท้ายได้รับเลือก และให้โอกาสอย่างเพียงพอแก่รัฐคู่พิพาทในการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดนี้ภายในกำหนดเวลา 14 วันหลังจากวันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้เสนอร่างรายงานคำชี้ขาดดังกล่าว หรือภายในกำหนดเวลาใดที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงร่วมกัน และคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อสังเกตหรือความเห็นใดๆ ที่ได้รับจากรัฐคู่พิพาท และอาจทำการพิจารณาในร่างรายงานคำชี้ขาดดังกล่าวนี้ใหม่อีกครั้ง พร้อมทั้งทำการตรวจสอบเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร[201]

อย่างไรก็ตาม ต้องทำรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่มีการเสนอร่างรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้น เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ ให้รัฐคู่พิพาทเสนอรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายดังกล่าวต่อสาธารณะ ภายในกำหนดเวลา 15 วันหลังจากที่ได้รับรายงานคำชี้ขาดสุดท้าย แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงข้อมูลใดๆ ที่เป็นความลับ[202]

---

[200] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.1 , para.2 and para.3.

[201] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.5 and para.6.

[202] U.S.-Chile FTA ; Article 22.13 , para.1.

ส่วนในบทบัญญัติฯ เขตการค้าเสรีแคนนาดา–อเมริกา[203] จะเห็นได้ว่า มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับใน U.S.-Chile FTA เช่นกัน แต่โดยกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 3 เดือนนับจากวันที่ประธานอนุญาโตตุลาการได้รับเลือก[204] และจะต้องเสนอรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายภายในกำหนเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้ทำการเสนอรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นต่อรัฐคู่พิพาท[205]

อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า ในเขตการค้าเสรีแคนนาดา–อเมริกาไม่มีการวางข้อกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถแสวงหาหลักฐานอย่างใดๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูล หรือ คำแนะนำทางเทคนิคจากบุคคลหรือจากองค์กรใดได้เลย แต่จะเห็นได้ว่า กลับได้วางข้อกำหนดให้คณะกรรมาธิการสามารถขอคำแนะนำใดๆ จากบุคคลหรือองค์กรที่มิใช่รัฐบาล รวมทั้งอาจขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคได้[206] ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีนี้ไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการแสวงหาพยานหลักฐานจากแหล่งอื่นเพิ่มเติมได้เอง นอกจากพยานหลักฐานที่รัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทได้เป็นผู้นำเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาคดี และที่คณะกรรมาธิการเป็นผู้แสวงหามาเพิ่มเติมให้เท่านั้น

ในการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีนั้น[207] โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำร่างรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 3 เดือนนับจากวันที่ประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้รับเลือก อย่างไรก็ดี ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะได้จัดทำร่างรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นเสร็จสิ้น จะต้องให้โอกาสแก่รัฐคู่พิพาทในการแสดงความเห็นต่อข้อเท็จจริงในร่างรายงานนั้นด้วย นอกจากนี้ ยังต้องให้โอกาสแก่รัฐคู่พิพาทในการทบทวนร่างรายงายคำชี้ขาดเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 14 วันนับจากวันที่ได้มีร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อสังเกต หรือความเห็นใดๆ ที่ได้รับจากรัฐคู่พิพาท และหากเห็นว่าเหมาะสมก็อาจทำการไต่สวนเพิ่มเติมได้[208]

---

[203] Canada-U.S. FTA ; Article 1801 , para.1 , Article 1804 , Article 1805 , Article 1806 and Article 1807.

[204] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.5.

[205] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.6.

[206] Canada-U.S. FTA ; Article 1802 , para.4 and Article 1805 , para.2.

[207] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.4 and para.5.

[208] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.5 and para.6.

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้ทำการเสนอรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นต่อรัฐคู่พิพาทนั้น ทั้งนี้เว้นแต่คณะกรรมาธิการจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รายงานคำชี้ขาดสุดท้ายของคณะอนุญาโตตุลาการจะได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณะ พร้อมกับความเห็นส่วนตนของอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดี และความเห็นใดๆ ของรัฐคู่พิพาทซึ่งต้องการเปิดเผยด้วย[209]

ดังนี้ จากที่ได้พิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเรื่องของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปรากฏภายใต้บทบัญญัติใน TAFTA , TNZCEPA , ACFTA รวมถึงใน U.S.-Chile FTA , Canada-U.S. FTA นั้น จะเห็นได้ว่า ในกระบวนการพิจารณาคดีมีความคล้ายคลึงกัน แต่อาจจะมีในส่วนรายละเอียดบางประการที่แตกต่างกันออกไปบ้าง อย่างไรก็ดี จากการพิจารณาในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีทั้งห้านี้ จะสังเกตเห็นได้ว่า ภายใต้ ACFTA และ U.S.-Chile FTA ได้วางข้อกำหนดบางประการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ดี และควรนำมาเป็นต้นแบบให้แก่เขตการค้าเสรีอื่นๆ เพื่อจะได้เสริมสร้างให้กระบวนการระงับข้อพิพาทมีความสมบูรณ์ และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่นใน ACFTA[210] นั้น ได้มีการวางข้อกำหนดในเรื่องของกรอบระยะเวลาสำหรับในกรณีปกติ และในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ เอาไว้แยกต่างหากจากกัน นอกจากนี้ ยังได้วางกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีทั้งหมด ตั้งแต่เริ่มมีองค์คณะอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งมีการออกรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายกำกับไว้อีกชั้นหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นข้อดีที่จะทำให้รัฐคู่พิพาทสามารถทราบกำหนดเวลาในการดำเนินคดีได้เองล่วงหน้า และยังมีส่วนช่วยทำให้การดำเนินคดีไม่ล่าช้ายืดเยื้ออีกด้วย นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาภายใต้ U.S.-Chile FTA แล้ว จะเห็นได้ว่า ได้มีการวางข้อกำหนดที่น่าสนใจ ในเรื่องของการเปิดเผยคำร้องของรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่าย และคำตอบข้อซักถามของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้แก่สาธารณะได้รับทราบหลังจากที่รัฐคู่พิพาทได้เสนอเรื่องดังกล่าวนี้แล้ว[211] ซึ่งถือเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีแบบเปิดเพื่อให้ประชาชนได้รับรู้ และเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเสรี โดยเฉพาะยางยิ่งในกรณีที่ประชาชนเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากคดีพิพาทดังกล่าว ทั้งนี้ ก็เพื่อความโปร่งใสในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดี และการมีส่วนร่วมของประชาชนนั่นเอง นอกจากนี้ ยังรวมถึงเรื่องของการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการรับฟังข้อมูลจากบุคคลภายนอกคดี ซึ่งย่อมเป็นการช่วยให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาคดีได้อย่างละเอียดรอบคอบ

---

[209] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.7.

[210] ACFTA ; Article 9 , para.8.

[211] U.S.-Chile FTA ; Article 22.10 , para.1 (c).

และรอบด้านมากยิ่งขึ้น อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า แม้ว่าบุคคลภายนอกคดีเหล่านั้น จะมีสิทธิในการเสนอข้อมูลประกอบการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ทว่าสิทธิในการรับฟังข้อมูลดังกล่าวหรือไม่ ยังคงเป็นอำนาจดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ ว่าข้อมูลใดมีความเหมาะสม และเป็นประโยชน์ต่อรูปคดี ดังนี้ ข้อมูลดังกล่าวจึงอาจจะไม่ได้มีบทบาทเข้าครอบงำต่อการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการได้ แต่สิ่งสำคัญซึ่งแสดงให้เห็นก็คือ การพัฒนาระบบของการมีส่วนร่วมของบุคคลภายนอกมากขึ้น มิใช่เป็นเพียงการพิจารณาคดีแบบปิดที่ให้สิทธิเพียงคู่กรณีพิพาทเหมือนเช่นในอดีตที่ผ่านมา

2.1.1.2 <u>คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ</u>

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้ว่าหากรัฐคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องมีคำชี้ขาดบนพื้นฐานของคำร้อง และข้อต่อสู้ของรัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทเท่านั้น ไม่อาจมีคำชี้ขาดนอกฟ้องนอกประเด็นได้[212] ทั้งนี้ ในคำชี้ขาดนั้นจะต้องระบุถึงคำวินิจฉัยในข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริง พร้อมทั้งเหตุผล และอาจรวมถึงทางเลือกสำหรับรัฐคู่พิพาทในการพิจารณาการปฏิบัติตามคำชี้ขาดด้วยก็ได้[213] ซึ่งคำชี้ขาดจะต้องเกิดขึ้นโดยฉันทามติ (consensus) เว้นแต่จะไม่สามารถบรรลุฉันทามติร่วมกันได้คณะอนุญาโตตุลาการก็อาจมีคำชี้ขาดโดยเสียงข้างมากได้ (majority)[214] ยิ่งไปกว่านั้น ให้ถือว่า สถานะของคำชี้ขาดสุดท้ายนี้เป็นที่สุดและมีผลผูกพันต่อรัฐคู่พิพาท[215] ซึ่งหมายความว่า รัฐคู่พิพาทจะต้องยอมรับต่อผลของคำชี้ขาดนั้นในทันทีโดยไม่สามารถอุทธรณ์ได้อีก

อย่างไรก็ดี ก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาดสุดท้าย จะต้องให้โอกาสอย่างเพียงพอแก่รัฐคู่พิพาทที่จะทบทวนร่างคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลา 14 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้รับร่างคำชี้ขาด ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณาข้อสังเกตใดๆ ที่ได้รับมาเพื่อใช้ในการจัดทำคำชี้ขาดสุดท้ายด้วย[216] และจะต้องมีคำชี้ขาดสุดท้ายภายในกำหนดเวลา 120 วันหลังจาก

---

[212] TAFTA ; Article 1809 , para.1.

[213] TAFTA ; Article 1806 , para.1 (c) and (d).

[214] TAFTA ; Article 1806 , para.3.

[215] TAFTA ; Article 1806 , para.2.

[216] TAFTA ; Article 1809 , para.2.

วันที่มีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่หากไม่สามารถทำได้ ก็จะต้องแจ้งแก่รัฐคู่พิพาทเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเหตุผลความล่าช้า รวมทั้งระยะเวลาที่คาดว่าจะมีคำชี้ขาดได้[217]

สำหรับในส่วนของบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์[218] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้เช่นเดียวกันกับใน TAFTA ทุกประการโดยไม่ได้มีความแตกต่างกันเลยแม้แต่น้อย

ส่วนในบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีเอเซียน-จีน[219] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้ไม่ต่างไปจากใน TAFTA และ TNZCEPA เว้นแต่ ในเรื่องของการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาด และกรอบระยะเวลาสุดท้ายในการจัดทำคำชี้ขาดคดี กล่าวคือ จะสังเกตเห็นได้ว่า ในกรณีของการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดนั้นใน ACFTA ได้วางข้อกำหนดไว้ว่า ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาดสุดท้าย คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสที่เพียงพอแก่รัฐคู่พิพาทเพื่อทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดนั้น[220] อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า แล้วกำหนดเวลาเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นการให้โอกาสที่เพียงพอแล้ว นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาทภายในกำหนดเวลา 60 วันสำหรับในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ และภายในกำหนดเวลา 120 วันสำหรับในกรณีปกติทั่วไป หลังจากวันที่ได้การจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว แต่ทั้งนี้ ไม่ว่าในกรณีใดก็ตาม ระยะเวลาจากวันที่ได้มีจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการครบถ้วนสมบูรณ์จนกระทั่งมีการออกรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาทไม่ควรเกินกำหนดเวลา 180 วัน[221] จะสังเกตเห็นได้ว่าใน ACFTA นี้ ได้วางข้อกำหนดว่าด้วยเรื่องของกรอบระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดสุดท้ายเอาไว้ จึงเป็นข้อกำหนดที่นับว่าได้ช่วยเสริมสร้างประสิทธิภาพให้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทได้เป็นอย่างดีเพราะการกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายไว้ ย่อมทำให้การดำเนินคดีมีกำหนดเวลาสุดท้ายแน่นอนชัดเจนนั่นเอง ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรที่จะนำข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นต้นแบบให้แก่กระบวนการระงับข้อพิพาทใน TAFTA[222] และ TNZCEPA[223] เพื่อที่จะได้ช่วยทำให้ขั้นตอนดังกล่าวนี้มีความชัดเจนแน่นอนมากยิ่งขึ้นนั่นเอง

---

[217] TAFTA ; Article 1809 , para.3 and para.4.

[218] TNZCEPA ; Article 17.6 , para.1 (c) , (d) , para.2 , para.3 and Article 17.9 , para.1 , para.2 , para.3 , para.4..

[219] ACFTA ; Article 8 , para.1 , para.3 (c) , para .4 , para.5 and Article 9 , para.9.

[220] ACFTA ; Article 9 , para .7.

[221] ACFTA ; Article 9 , para .8.

[222] TAFTA ; Article 1809 , para.3.

นอกจากนี้ ในส่วนของบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี[224] จะเห็นได้ว่า ก็ได้วางข้อกำหนดไว้คล้ายคลึงกันกับใน TAFTA ,TNZCEPA และ ACFTA เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี อาจจะมีประเด็นที่ต่างออกไปบ้างบางประการ กล่าวคือ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเกิดขึ้นโดยเอกฉันท์ (unanimously) เว้นแต่ จะไม่สามารถบรรลุเอกฉันท์ร่วมกันได้คณะอนุญาโตตุลาการก็อาจมีคำชี้ขาดโดยอาศัยเสียงข้างมาก (majority) ได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นเอกฉันท์ อนุญาโตตุลาการก็อาจให้ความเห็นส่วนตัว หรือความเห็นแย้ง (separate opinions) ในประเด็นดังกล่าวไว้ได้[225] แต่อย่างไรก็ดี ในการจัดทำรายงานคำชี้ขาดนั้น ไม่อาจจะเปิดเผยได้ว่า อนุญาโตตุลาการคนใดมีความเห็นข้างมาก หรือความเห็นข้างน้อยได้ (majority or minority opinions)[226] นอกจากนี้ มีข้อพึงสังเกตว่า แม้ไม่ปรากฏไว้ในมาตราใดโดยชัดแจ้งว่า ให้ถือว่าคำชี้ขาดสุดท้ายของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและมีผลผูกพันต่อรัฐคู่พิพาทในทันทีดังเช่นที่ปรากฏใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ก็ตาม แต่เนื่องจากการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น ถือได้ว่าเป็นการะงับข้อพิพาทอันมีลักษณะทางตุลาการด้วยเช่นกัน ดังนั้น เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาด หรือข้อเสนอแนะอย่างใดแล้ว ก็ย่อมต้องมีผลผูกพันต่อรัฐคู่พิพาทด้วย แต่ความผูกพันดังกล่าวจะผูกพันเฉพาะต่อรัฐคู่พิพาทเท่านั้นไม่มีผลไปถึงฝ่ายอื่นๆ ด้วย[227] นั่นเอง

ทั้งนี้ ก่อนที่จะมีคำชี้ขาดสุดท้าย หากรัฐคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นคณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องจัดทำรายงานเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 120 วันหลังจากวันที่คณะอนุญาโตตุลาการคนสุดท้ายได้รับเลือก[228] และจะต้องให้โอกาสแก่รัฐคู่พิพาทในการทบทวนร่างรายงานเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 14 วันนับแต่วันที่ได้มีการเสนอรายงานดังกล่าว หรือ ภายในกำหนดเวลาที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงกันเอาไว้[229] อย่างไรก็ดี จะต้องเสนอคำชี้ขาดสุดท้าย พร้อมทั้ง

---

[223] TNZCEPA ; Article 17.9 , para.3.

[224] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.1, para.2 , para.3 , para.6. and Article 22.13 , para.1.

[225] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.4.

[226] U.S.-Chile FTA ; Article 22.13 , para.2.

[227] อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2538) น.27.

[228] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.3.

[229] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.5.

ความเห็นส่วนตัวภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่มีการเสนอรายงานเบื้องต้น เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น[230]

สำหรับในบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีแคนาดา-อเมริกา[231] จะเห็นได้ว่า มีความคล้ายคลึงกันกับใน U.S.-Chile FTA เป็นอันมาก เว้นแต่ ในบางกรณีที่ได้วางข้อกำหนดไว้ต่างออกไป กล่าวคือ ได้กำหนดว่าก่อนที่จะมีคำชี้ขาดสุดท้าย หากรัฐคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำรายงานเบื้องต้นภายในกำหนดเวลา 3 เดือนหลังจากวันที่ประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้รับเลือก[232] นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเสนอคำชี้ขาดสุดท้าย พร้อมกับความเห็นส่วนตัว ภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่มีการเสนอรายงานเบื้องต้น[233]

ดังนี้ เมื่อได้พิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าในเรื่องคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งที่ปรากฏในบทบัญญัติภายใต้ TAFTA , TNZCEPA , ACFTA รวมถึง U.S.-Chile FTA และ Canada-U.S. FTA นั้น ในประเด็นหลักๆ แล้ว ล้วนมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ต่างก็เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดได้ เพื่อให้ข้อสังเกตและความคิดเห็นใดๆ แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการจัดทำคำชี้ขาดสุดท้าย และได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำคำชี้ขาดสุดท้ายเป็นเอกสารสาธารณะนั้น ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปได้มีส่วนร่วมในการรับรู้ผลแห่งคดีที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นที่สุด และผูกพันต่อรัฐคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้ TAFTA และ TNZCEPA นั้น ยังมีข้อบกพร่องในเรื่องของการกำหนดเวลาในการขยายระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดสุดท้ายที่ยังขาดความชัดเจนแน่นอนสำหรับในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดสุดท้ายล่าช้ากว่ากำหนดเวลา 120 วันหลังจากวันที่มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ระยะเวลาที่คณะอนุญาโตตุลาการคาดว่าจะมีคำชี้ขาดสุดท้ายได้ควรจะเป็นกำหนดระยะเวลาเท่าใด และปัญหาข้อบกพร่องภายใต้ ACFTA ในเรื่องเกี่ยวกับการไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดเอาไว้ชัดเจนแน่นอน เนื่องจากกำหนดไว้แต่เพียงว่า ต้องให้โอกาสที่เพียงพอแก่รัฐคู่พิพาทที่จะทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งโอกาสที่เพียงพอนั้นควรเป็นกำหนดเวลาเท่าใด ดังนั้น จึงควรต้องได้มีการแก้ไขปัญหาข้อบกพร่องดังกล่าวนี้

---

[230] U.S.-Chile FTA ; Article 22.13 , para.1.

[231] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.5 , para.6 , para.7.

[232] Canada-U.S. FTA ; Article 1807, para.5.

[233] Canada-U.S. FTA ; Article 1807, para.6.

ทั้งนี้ หากพิจารณาภายใต้ U.S.-Chile FTA และ Canada-U.S. FTA แล้ว มีข้อสังเกตเห็นว่า ได้วางข้อกำหนดระยะเวลาในการเสนอรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นแก่รัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทเอาไว้ด้วย[234] แต่ในขณะที่ ภายใต้ TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ไม่ปรากฏว่าได้วางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด คงกำหนดเอาไว้แต่เพียงกำหนดระยะเวลาในการเสนอคำชี้ขาดสุดท้ายเอาไว้เท่านั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าระยะเวลาในขั้นตอนเกี่ยวกับรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นนี้ สามารถที่จะใช้ระยะเวลาเท่าใดก็ได้ไม่จำกัด ซึ่งทำให้เกิดข้อสังเกตว่า อาจจะเป็นเหตุทำให้การใช้เวลาในขั้นตอนของรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นนี้ไปกินเวลาในส่วนของขั้นตอนในการทำคำชี้ขาดสุดท้ายก็ได้ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การวางข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการเสนอรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้น นอกเหนือไปจากที่มีกำหนดเวลาในการเสนอคำชี้ขาดสุดท้ายเอาไว้นั้น ก็จะเป็นการแบ่งกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนเอาไว้อย่างชัดเจน และเป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่าย ซึ่งจะทำให้สามารถคาดการณ์ถึงกำหนดการในขั้นตอนต่างๆ ได้ล่วงหน้า รวมทั้ง ยังเป็นการจัดสรรเวลาในแต่ละขั้นตอนไว้ให้เหมาะสมเพื่อป้องกันปัญหาในอนาคตที่เกิดจากการใช้เวลาในการดำเนินการในขั้นตอนหนึ่งแล้วทำให้ไปกระทบถึงการใช้เวลาในการดำเนินการในขั้นตอนอื่นๆ อีกด้วย ดังนั้น ทั้งภายใต้ TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA จึงควรได้มีการวางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องกำหนดระยะเวลาในการเสนอรายงานคำชี้ขาดเบื้องต้นนี้เอาไว้ด้วย เพื่อจะได้เป็นการช่วยทำให้กำหนดระยะเวลาในแต่ละขั้นตอนมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้เขตการค้าเสรีนั้นจะไม่จัดให้มีการอุทธรณ์คดีกันต่อ เหตุเพราะ อาจจะทำให้คดีต้องล่าช้าออกไปนั่นเอง ทั้งนี้ กล่าวกันโดยทั่วไปว่า การอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่มักตัดเหตุอุทธรณ์ลง เพราะประเทศต่างๆ พบว่าการปล่อยให้มีการอุทธรณ์ ทำให้คู่พิพาทเข้าไปใช้การอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น[235] และจะเห็นได้ว่า แม้ไม่มีการอุทธรณ์ก็ตาม แต่ในระบบของการอนุญาโตตุลาการยังมีเรื่องของการทบทวนรายงานคำชี้ขาด ซึ่งทำให้รัฐคู่พิพาทสามารถเข้าไปติดตามตรวจสอบคำวินิจฉัยและให้ข้อสังเกต พร้อมทั้งสามารถโต้แย้งในรายงานคำชี้ขาดได้อยู่แล้วนั่นเอง ดังนั้น การจะมีการอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่จึงอาจจะไม่ใช่สิ่งจำเป็น ทั้งนี้ โดยขั้นตอนของการทบทวนรายงานเบื้องต้น ถือเป็นขั้นตอนที่เทียบเท่ากับการอุทธรณ์ หรือการพิจารณาคดีใหม่ ซึ่ง

---

[234] U.S.-Chile FTA ; Article 22.12 , para.3. and Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.5

[235] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , <u>รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทางการค้า</u> , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2549) น. 16.

อาจเป็นเสมือนกระบวนการทางการศาลอุทธรณ์แบบหยาบๆ ฉะนั้น เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีแล้ว การทบทวนรายงานเบื้องต้นนี้จึงควรทำขึ้นด้วยความระมัดระวังรอบคอบอย่างดีที่สุด[236] ในมุมมองของนักวิชาการ และผู้ลงมือปฏิบัติคนสำคัญภายใต้เขตการค้าเสรีแคนนาดา-อเมริกา[237] มองว่า การอนุญาโตตุลาการได้รับสมญานามว่า “การแก้ไขข้อขัดแย้งทางเลือก” (alternative dispute resolution : ADR) ซึ่งได้ถูกนำมาใช้ในบริบททางการค้ามากขึ้น และมากขึ้น เพื่อตอบสนองต่อความไม่พอใจกับระบบศาลที่มีความยุ่งยาก ซับซ้อน เสียเวลา มีการอุทธรณ์ และใช้เงินจำนวนมาก อีกทั้ง การอนุญาโตตุลาการ ยังเป็นวิธีการระงับข้อขัดแย้งโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ทางการค้า อีกด้วย อย่างไรก็ดี “ADR” ไม่ใช่ยาวิเศษไปเสียทุกอย่าง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุญาโตตุลาการจะล้มเหลวได้ เมื่อกระบวนการของมันกลายเป็นสิ่งที่ซับซ้อนมากเกินไป ดังนั้น “ADR” จึงควรเป็นกระบวนการสำหรับใช้เป็น “ทางเลือก” (an alternative) ตลอดไป แต่ไม่ใช่ “แทนที่” (a replacement) สำหรับกลไกทางการศาลแบบเก่า (the traditional mechanisms of adjudication)[238]

2.1.2 <u>การดำเนินการภายหลังมีคำวินิจฉัยชี้ขาด</u>

2.1.2.1 <u>การปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ หรือคำชี้ขาด</u>

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย–ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทจะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยพลัน[239] (Promptly Comply) อันนำมาซึ่งหน้าที่ของรัฐคู่พิพาทที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในทันที และในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายถึงเจตจำนงของตนที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้รับคำชี้ขาดสุดท้าย[240] อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามได้ทันที หรือหากรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอให้จัดการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายนั้นไม่สามารถปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ รัฐคู่พิพาทจะต้องเข้าสู่การปรึกษาหารือโดยทันทีเพื่อหาข้อยุติซึ่ง

---

[236] Sidney Picker, Jr, 14 Ariz J.Int’l & Comp. Law 465, 1997 (Spring) : 5.

[237] L. Yves Fortier ในฐานะฑูตแคนนาดาประจำสหประชาชาติ

[238] L. Yves Fortier, “The Law and Economics of Dispute Resolution in The Canada-United States Context : The Canadian Perspective,” 17 CUSLJ 231 (1991) : 1-8.

[239] TAFTA ; Article 1810 , para.1.

[240] TAFTA ; Article 1810 , para.2.

เป็นที่ยอมรับร่วมกัน ทั้งนี้ อาจเป็นการกำหนดมาตรการซึ่งเป็นที่ยอมรับร่วมกัน[241] (a mutually acceptable resolution) โดยในความตกลงฯ ไม่ได้กำหนดรูปแบบไว้เพียงแต่ระบุว่าอาจเป็นการชดใช้ค่าเสียหาย (Compensation) หรือการทำความตกลงอื่นๆ (Alternative Arrangement) โดยที่รัฐคู่พิพาทจะตกลงในเรื่องของระยะเวลาอันสมควร(reasonable period of time) ในการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวด้วยเช่นกัน อนึ่ง การทำความตกลง หรือการชดใช้ค่าเสียหายถือเป็นมาตรการชั่วคราว (Temporary Measures) เท่านั้น และไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด จะสังเกตเห็นได้ว่า การวางข้อกำหนดใน TAFTA โดยการเปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทได้เข้าเจรจาร่วมกันภายหลังจากมีคำชี้ขาดแล้วอีกครั้งหนึ่งนี้ ผู้เขียนมองเห็นว่า เป็นข้อดีซึ่งจะมีส่วนช่วยทำให้รัฐฝ่ายที่แพ้คดียอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้มากขึ้น เพราะได้ร่วมกันหาแนวทางที่ทุกฝ่ายต่างพึงพอใจมากที่สุดร่วมกันได้

สำหรับในส่วนของบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย–นิวซีแลนด์[242] จะเห็นได้ว่าได้วางข้อกำหนดไว้เหมือนกันกับใน TAFTA ทุกประการไม่ได้มีความแตกต่างกันแต่ประการใด

ส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้คล้ายคลึงกันกับใน TAFTA และ TNZCEPA ด้วยเช่นกัน แต่ทั้งนี้ อาจจะมีในรายละเอียดบางส่วนที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ หากว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ในทันที ก็อาจมีระยะเวลาอันสมควรที่จะสามารถปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งเป็นกำหนดเวลาที่กำหนดร่วมกันโดยรัฐคู่พิพาท หรือหากไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ออกรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนี้รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถส่งเรื่องกลับไปยังคณะอนุญาโตตุลาการเดิม เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการนั้นปรึกษาหารือกับรัฐคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องและกำหนดระยะเวลาอันสมควรภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากที่มีการส่งเรื่องดังกล่าวกลับมาสู่คณะอนุญาโตตุลาการ[243] ทั้งนี้ การกำหนดให้มีกำหนดระยะเวลาอันสมควรเห็นได้ว่าเป็นข้อดีต่อการให้รัฐฝ่ายที่แพ้คดีมีโอกาสใช้ช่วงเวลาดังกล่าวในการพยายามปฏิบัติตามคำชี้ขาด อย่างไรก็ดี ถ้าหากข้อเสนอแนะ หรือคำชี้ขาดนั้น ไม่ได้รับการปฏิบัติตามภายในระยะเวลาอันสมควร ก็ให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย และการระงับสิทธิประโยชน์ ซึ่งเป็นมาตรการชั่วคราวขึ้น[244] นอกจากนี้ สำหรับ

---

[241] TAFTA ; Article 1810 , para.3.

[242] TNZCEPA ; Article 17.10 , para.1, para.2 and para.3.

[243] ACFTA ; Article 12 , para.1 and para.2.

[244] ACFTA ; Article 13 , para.1 and para.2.

ในกรณีที่รัฐคู่พิพาท มีข้อขัดแย้งเกี่ยวกับความมีอยู่ หรือความสอดคล้องกับกรอบความตกลงฯ ในมาตรการใดๆ ที่กำลังดำเนินอยู่ภายในระยะเวลาอันสมควรตามที่ได้มีการกำหนดเอาไว้นั้น กรณีพิพาทดังกล่าวอาจถูกส่งกลับสู่คณะอนุญาโตตุลาการเดิมในเวลาใดๆ ก็ได้ และคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำรายงานต่อรัฐคู่พิพาทภายในกำหนดเวลา 60 วันหลังจากวันที่มีการส่งเรื่องดังกล่าวนี้กลับสู่ตน[245]

นอกจากนี้ ภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา–ชิลี จะเห็นได้ว่า ไม่มีความแตกต่างไปจากใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA เท่าใดนัก ซึ่งได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดภายหลังจากที่ได้รับรายงานคำชี้ขาดสุดท้ายแล้ว แต่อย่างไรก็ดี มีลักษณะพิเศษประการหนึ่งซึ่งต่างออกไปจากในเขตการค้าเสรีอื่นๆ กล่าวคือ โดยกำหนดให้รัฐคู่พิพาท ซึ่งได้เห็นชอบร่วมกันกับการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็จะต้องทำความตกลงร่วมกันจนเป็นที่พอใจในแผนปฏิบัติการเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว (the action plan) ซึ่งสอดคล้องกันกับข้อสรุปและข้อเสนอแนะในคำชี้ขาด[246] และรัฐฝ่ายที่แพ้คดีต้องปฏิบัติตามแผนปฏิบัติการดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 45 วันนับจากวันที่ได้รับรายงาน คำชี้ขาดฉบับสุดท้าย หรือในเวลาอื่นใดที่ได้ตกลงร่วมกัน ทั้งนี้ ถ้าหากไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลา รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็จะเข้าทำการเจรจาปรึกษาหารือกับรัฐคู่พิพาทฝ่ายนั้น เพื่อหาข้อยุติร่วมกันในการชดใช้ค่าเสียหายกันต่อไป[247]

ส่วนภายใต้บทบัญญัติว่าฯ ในเขตการค้าเสรีแคนนาดา–อเมริกา จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้คณะกรรมาธิการให้ความตกลงเห็นชอบร่วมกันในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่สอดคล้องกับคำแนะนำในคำชี้ขาดสุดท้ายของคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ หากการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จฝ่ายที่แพ้คดีก็จะต้องมีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดี[248] อย่างไรก็ดี ถ้าหากคณะกรรมาธิการไม่อาจตกลงเห็นชอบในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวได้ภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้รับรายงานคำชี้ขาดสุดท้าย หรือภายในกำหนดเวลาอื่นใดที่คณะกรรมาธิการได้ตกลงกัน และรัฐคู่พิพาทได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือประโยชน์อื่นใดที่คาดว่าจะได้รับภายใต้ความตกลงฯนี้ อาจจะเสื่อมค่าลงจากการบังคับใช้ หรือการคงไว้ซึ่งมาตรการใดที่เป็นปัญหา ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็มีอิสระที่จะระงับสิทธิประโยชน์ที่เท่า

---

[245] ACFTA ; Article 12 , para.3.

[246] U.S-Chile FTA ; Article 22.14 , para.1and para.3.

[247] U.S-Chile FTA ; Article 22.15 , para.1.

[248] Canada-U.S. FTA ; Article 1807, para.8.

เทียมกันกับความเสียหายที่ฝ่ายตนได้รับได้จนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามความตกลง หรือปัญหาข้อพิพาทได้รับการแก้ไข[249]

ดังนี้ หากพิจารณาจากสิ่งที่ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าในเรื่องของการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือคำชี้ขาดนั้น ทั้งใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ล้วนมีความคล้ายคลึงกัน แต่ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณาจากใน U.S.-Chile FTA และ Canada-U.S.FTA แล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองเขตการค้าเสรีนี้ได้วางข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะเป็นพิเศษประการหนึ่งที่น่าสนใจ โดย U.S.-Chile FTA ได้กำหนดในเรื่องของจัดทำแผนปฏิบัติการ(the action plan) เพื่อการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทร่วมกัน[250] และในขณะที่ Canada-U.S. FTA ได้กำหนดให้คณะกรรมาธิการซึ่งเป็นเสมือนผู้แทนของรัฐคู่พิพาทเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบกับคำแนะนำในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งในเรื่องดังกล่าวเหล่านี้ล้วนเท่ากับเป็นการพยายามแสวงหาแนวทางการยุติข้อพิพาทซึ่งเป็นที่พอใจร่วมกันก่อน สิ่งนี้จึงย่อมเป็นผลดีต่อการบังคับการแก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีเพื่อให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ง่ายขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดให้รัฐคู่พิพาทจัดทำแผนปฏิบัติการ(the action plan) เพื่อการแก้ปัญหาข้อพิพาทร่วมกัน ดังที่ปรากฏใน U.S.-Chile FTA นั้น เป็นลักษณะที่เปิดโอกาสให้แก่รัฐคู่พิพาทได้เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางในการระงับข้อพิพาทร่วมกันได้มากกว่า และเปิดโอกาสให้หาวิธีการเพื่อการระงับข้อพิพาทซึ่งทั้งคู่พึงพอใจร่วมกันได้ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อทุกฝ่าย ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะได้นำเอาข้อกำหนดดังกล่าวนี้ของ U.S.-Chile FTA มาเป็นต้นแบบใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ด้วย เพื่อช่วยทำให้ระบบการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีเหล่านี้ สามารถตอบสนองต่อความต้องการของรัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด

ทั้งนี้ สำหรับในประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องของการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาตโตตุลาการในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีนั้น ไม่ว่าจะเป็นเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดที่เกิดขึ้นสามารถนำเอามาใช้บังคับภายในประเทศไทยได้ทันที โดยไม่จำต้องได้รับการพิจารณาให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนแต่อย่างใด ดังปรากฏตามมาตรา 41 ของพรบ.อนุญาโตตุลาการ (ฉบับแก้ไขล่าสุด) พ.ศ. 2545

2.1.2.2 <u>การชดใช้ค่าเสียหาย และมาตรการตอบโต้ทางการค้า</u>

---

[249] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.9.

[250] U.S-Chile FTA ; Article 22.14 , para.1 and para.3.

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดกระบวนการตอบโต้ของรัฐที่ได้รับความเสียหาย เพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่รัฐคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดไว้โดยความตกลงฯ ได้กำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย หรือการระงับการให้สิทธิประโยชน์ หากรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไม่ได้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อรัฐที่ได้รับความเสียหายถึงเจตนาที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้รับคำชี้ขาดนั้นแล้ว หรือรัฐคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันถึงข้อยุติซึ่งเป็นที่ยอมรับร่วมกันภายในกำหนดเวลา 30 วัน หรือรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดี เห็นว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรการที่กำหนดขึ้นจากข้อยุติซึ่งเป็นที่ยอมรับร่วมกัน[251]

ในกรณีดังกล่าวนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดี อาจแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่าตนประสงค์จะระงับการให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐคู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กล่าวข้างต้น โดยมาตรการระงับการให้สิทธิประโยชน์นี้ อาจถือเป็น “มาตรการตอบโต้” ซึ่งระดับของมาตรการตอบโต้เช่นว่านี้จะกระทำได้ในระดับที่เท่าเทียมกับการไม่สอดคล้องกับคำชี้ขาดเท่านั้น[252] (equivalent effect) โดยกำหนดให้ใช้มาตรการตอบโต้ในสาขาเดียวกันก่อนเป็นลำดับแรก[253] หลังจากนั้นจึงใช้มาตรการตอบโต้ข้ามสาขาได้ ทั้งนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถระงับสิทธิประโยชน์ได้ภายใน 30 วันหลังจากที่ได้แจ้งแก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีแล้ว[254] อนึ่ง การระงับสิทธิประโยชน์นี้ ถือเป็นมาตรการชั่วคราว (temporary measures) เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี ได้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดแล้วหรือได้มีข้อยุติอันเป็นที่ยอมรับร่วมกันแล้วจะต้องยกเลิกการระงับสิทธิประโยชน์นั้นเสีย[255]

เพื่อแก้ปัญหาในกรณีของการใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีโดยการระงับสิทธิประโยชน์ ไม่เท่าเทียมกับความไม่สอดคล้องของคำชี้ขาด จึงได้บัญญัติให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อคัดค้านดังกล่าวได้ ซึ่งหากพิจารณาแล้ว เห็นว่าระดับของการระงับสิทธิประโยชน์มากเกินไปก็จะต้องวินิจฉัยโดยปรับระดับของสิทธิประโยชน์ที่เห็นว่ามีผลกระทบให้เท่าเทียมกับความไม่สอดคล้องกับคำชี้ขาดนั้น[256] และถือว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันรัฐคู่พิพาท ซึ่งจะเห็นได้ว่าการวางข้อกำหนด

---

[251] TAFTA ; Article 1811 , para.1 (a)- (c).

[252] TAFTA ; Article 1811 , para.1 (c) .

[253] TAFTA ; Article 1811 , para.2 (a).

[254] TAFTA ; Article 1811 , para.2 (c).

[255] TAFTA ; Article 1811 , para.4.

[256] TAFTA ; Article 1811 , para.3.

ไว้เช่นนี้ มีลักษณะที่อิงกับบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ของ WTO จึงทำให้มีความคล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ดี ลักษณะเช่นนี้มีข้อดีที่วางกฎเกณฑ์เพื่อความเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย เพราะจะเห็นได้ว่ารัฐที่ชนะคดีต้องใช้มาตรการตอบโต้อย่างเท่าเทียม ส่วนรัฐที่แพ้คดีก็สามารถคัดค้านระดับของการใช้มาตรการตอบโต้ได้ นอกจากนี้ การกำหนดให้สามารถทำการตอบโต้ได้ในหลายลำดับยังเป็นการช่วยทำให้การใช้มาตรการตอบโต้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

สำหรับในส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์[257] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้เช่นเดียวกันกับใน TAFTA ทุกประการ

ส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน[258] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้คล้ายคลึงกันกับบัญญัติภายใต้ TAFTA และ TNZCEPA ด้วยเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี ยังคงมีในบางส่วนซึ่งต่างกันออกไป กล่าวคือ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจะสามารถระงับสิทธิประโยชน์ได้ต่อเมื่อ ได้ทำการเจรจากับรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อหาข้อตกลงร่วมกันในเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายที่จำเป็นใดๆ ก่อน และถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ภายในกำหนดเวลา 20 วัน หลังจากที่มีการร้องขอให้มีการเจรจาเรื่องการชดใช้ค่าเสียหาย จึงอาจร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการเดิมกำหนดระดับที่เหมาะสม (the appropriate level) ของการระงับสิทธิประโยชน์ให้ โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเสนอรายงานดังกล่าวต่อรัฐคู่พิพาทภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากที่มีการส่งเรื่องให้ตน แต่อย่างไรก็ดี อาจขยายเวลาดังกล่าวออกไปได้ แต่ต้องไม่ช้ากว่า 45 วัน[259] อย่างไรก็ดี มีข้อพึงสังเกตว่าใน ACFTAนั้น ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดระดับที่เหมาะสมของการระงับสิทธิประโยชน์ให้แก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก่อนที่จะให้มีการตอบโต้ด้วยวิธีการดังกล่าวนี้ ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่มีความแตกต่างออกไปจากในTAFTA และTNZCEPA ทั้งนี้ ก็เพื่อป้องกันปัญหาข้อโต้แย้งในอนาคตเกี่ยวกับเรื่องของระดับที่เหมาะสมของการใช้มาตรการตอบโต้นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ จึงไม่ปรากฏว่าใน ACFTA ได้ให้อำนาจแก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ว่าระดับของการใช้มาตรการตอบโต้ดังกล่าวนั้นมากเกินกว่าระดับที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีสามารถจะกระทำได้ เหมือนกับในกรณีของ TAFTA และ TNZCEPA นั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี การวางข้อกำหนดไว้เช่นนี้แม้จะมีข้อต่างไปจาก TAFTA และ TNZCEPA แต่ก็ยังเป็นข้อกำหนดที่ดี และกลับเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหากันแต่เนิ่นๆ ก่อนที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีใช้มาตรการตอบโต้มากเกินกว่าระดับที่เหมาะสมอีกด้วย

---

[257] TNZCEPA ; Article 17.11 , para.1(a) (b) (c), para.2 (a) (c) , para.3 , para.4.

[258] ACFTA ; Article 13 , para.1 , para.3 , para.5 (a) (b) and para.6.

[259] ACFTA ; Article 13 , para.2 and para.3.

ส่วนในบทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้การชดใช้ค่าเสียหาย หรือการระงับสิทธิประโยชน์ สามารถทำได้ต่อเมื่อข้อเสนอแนะและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการปฏิบัติตาม และแผนการปฏิบัติงาน (the action plan) เพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาทนั้นไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทร่วมกันได้ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็สามารถทำการเจราในเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายก่อน[260] ซึ่งถ้าหากไม่สามารถตกลงกันได้ หรือถ้าเห็นว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีจะไม่สามารถปฏิบัติตามความตกลงได้[261] ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจึงจะสามารถระงับการให้สิทธิประโยชน์ในระดับที่เท่าเทียมกัน (equivalent effect) แก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีได้ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันสุดท้ายที่ได้ทำหนังสือแจ้งเรื่องดังกล่าวนี้[262] แต่จะสังเกตเห็นได้ว่า ไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องลำดับของการระงับสิทธิประโยชน์อันใดก่อนหลังไว้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี เพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่ระดับของมาตรการการตอบโต้ที่ไม่เท่าเทียมกัน จึงได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี สามารถร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้พิจารณาเรื่องดังกล่าวได้ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการวินิจฉัยปรับระดับของสิทธิประโยชน์ให้มีความเท่าเทียมกันด้วย[263]

ทั้งนี้ หากรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีไม่อาจทำการระงับสิทธิประโยชน์ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้ส่งหนังสือแจ้งไปแล้วว่าตนต้องการจะระงับสิทธิประโยชน์ หรือหากเป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเรียกประชุมเพื่อพิจารณาในเรื่องที่ได้รับการร้องเรียนว่ามีการระงับการให้สิทธิประโยชน์ที่มากเกินกว่าระดับที่เท่าเทียม หรือในเรื่องเกี่ยวกับการขจัดความไม่สอดคล้องกับความตกลง หรือการทำให้ไม่มีผลบังคับหรือเสื่อมค่าลง ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้ค้นพบแล้วนี้ ภายในกำหนดเวลา 20 วันหลังจากวันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ส่งคำวินิจฉัย ชี้ขาด รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องทำการแจ้งเป็นหนังสือไปยังรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีเพื่อให้ประเมินเกี่ยวกับเงินประจำปี (an annual monetary)ที่ฝ่ายตนจะต้องจ่ายให้ โดยรัฐคู่พิพาทอาจทำการเจรจาปรึกษาหารือกันเพื่อหาข้อยุติร่วมกันในการประเมินดังกล่าวนี้ ไม่เกินกำหนดเวลา 10 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีได้แจ้งเป็นหนังสือให้ทราบ อย่างไรก็ดี หากไม่อาจหา ข้อยุติร่วมกันได้ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้เริ่มมีการเจรจาปรึกษาหารือ

---

[260] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , para.1.

[261] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , (a) and (b).

[262] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , para.2.

[263] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , para.3.

เงินประเมินที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจะได้รับนั้น จะต้องเป็นเงินสกุลดอลลาร์ (u.s. dollars) โดยเท่ากับร้อยละ 50 ของระดับสิทธิประโยชน์ที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ให้ (ตามมาตรา 22.15 อนุมาตรา 3) หรือถ้าไม่ได้กำหนดไว้ให้ก็จะต้องเป็นระดับร้อยละ 50 ซึ่งรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีเป็นผู้เสนอไว้ (ตามมาตรา 22.15 อนุมาตรา 2)[264] ซึ่งหากไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ทำการชำระหนี้เป็นงวดๆ ทุก 3 เดือน[265] อนึ่ง ถ้าหากรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไม่สามารถจ่ายเงินประเมินดังกล่าวได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็อาจจะระงับการให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีได้[266] อย่างไรก็ตาม ถ้าหากรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีได้ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็ให้คืนสิทธิประโยชน์ใดๆ แก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีโดยทันที[267] ดังนี้จากข้อพิจารณาในข้างต้น จะเห็นได้ว่า U.S.-Chile FTA นั้น มีความคล้ายคลึงกันกับ TAFTA และ TNZCEPA แต่มีข้อต่างไปในเรื่องของการวางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของเงินประจำปี (an annual monetary) ซึ่งถือเป็นข้อที่น่าสนใจเพื่อนำมาปรับใช้นอกเหนือไปจากการใช้มาตรการตอบโต้โดยการระงับสิทธิประโยชน์อย่างที่ผ่านๆ มา

ส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีแคนนาดา-อเมริกา[268] จะเห็นได้ว่าได้กำหนดให้การชดใช้ค่าเสียหาย หรือการระงับสิทธิประโยชน์สามารถกระทำได้ต่อเมื่อคณะกรรมาธิการไม่อาจบรรลุความตกลงที่ทำไว้ร่วมกันในการระงับข้อพิพาทภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีข้อเสนอแนะและคำชี้ขาดในข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว ซึ่งคณะกรรมาธิการไม่อาจแก้ไขปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวนั้นได้ภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้รับรายงานคำชี้ขาดสุดท้าย หรือภายในกำหนดเวลาอื่นใดที่คณะกรรมาธิการได้ตกลงกำหนดไว้ ประกอบกับรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือผลประโยชน์อื่นใดอันคาดหมายได้ภายใต้ความตกลงฯ นี้อาจจะเสื่อมค่าลงจากการบังคับใช้ หรือการคงไว้ซึ่งมาตรการที่เป็นปัญหา ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็อาจจะระงับการให้สิทธิประโยชน์ในระดับที่เท่าเทียมกันได้[269] จนกว่าจะได้บรรลุถึงความตกลงร่วมกันในการระงับข้อพิพาท อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า ไม่มีการกำหนดในเรื่องของสิทธิประโยชน์อย่างใดซึ่งจะต้องถูกระงับ รวมถึง เรื่องของลำดับการระงับสิทธิประโยชน์อย่างใด

---

[264] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , para.5.

[265] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , para.6.

[266] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , para.7.

[267] U.S.-Chile FTA ; Article 22.17.

[268] Canada-U.S. FTA ; Article 1807.

[269] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.9.

ก่อนหลังไว้เป็นการชัดแจ้ง อนึ่ง พบว่าจากประสบการณ์ของ Canada-U.S. FTA ในคดี Sugar exports (Canada v. the United States) แม้แคนนาดาจะเป็นฝ่ายชนะคดี แต่ก็ไม่ปรากฏว่าอเมริกายอมที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาด ซึ่งในคดีนี้ แคนนาดาไม่ได้ใช้มาตรการตอบโต้ต่ออเมริกาเพราะจะเห็นว่าได้ยกเลิกเส้นตายที่จะใช้มาตรการตอบโต้มาหลายครั้ง ทั้งนี้ เนื่องจากมองไม่เห็นว่าการตอบโต้จะสามารถช่วยเหลืออะไรได้ และเห็นว่าจะทำให้เกิดความเป็นศัตรูต่อกันอันจะเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างกันในภายหน้า[270] ดังนี้ หากพิจารณาจากข้อกำหนดดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าแม้จะวางข้อกำหนดไว้ให้มีการใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าได้ แต่กลับมีลักษณะที่เป็นการให้อำนาจแก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีมากเกินไปและโดยปราศจากการควบคุม ด้วยเหตุนี้จึงยังถือเป็นข้อกำหนดที่มีข้อบกพร่องอยู่มาก

ดังนี้ หากพิจารณาจากสิ่งที่ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าในเรื่องของการชดใช้ค่าเสียหาย และมาตรการตอบโต้ทางการค้า ทั้งที่ปรากฏใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ล้วนมีความคล้ายคลึงกันเป็นอันมาก แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาภายใต้ U.S.-Chile FTA แล้วจะเห็นได้ว่า มีการวางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของการให้เงินประจำปี (an annual monetary) เพื่อเป็นการทดแทนการที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีไม่อาจทำการใช้มาตรการตอบโต้ หรือในการที่มีความไม่สอดคล้องใดๆ กับความตกลงอันทำให้ความตกลงฯไม่มีผลบังคับ หรือได้ทำให้เสื่อมค่าลงไปนั้นไม่อาจขจัดออกไปได้นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่น่าสนใจ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรจะได้นำมาบัญญัติไว้ใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ด้วย เพื่อเป็นทางเลือกในการบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นอีกหนทางหนึ่ง รวมถึงอาจจะเป็นการหาทางออกสำหรับข้อด้อยของการใช้มาตรการตอบโต้โดยวิธีการระงับสิทธิประโยชน์ในบางกรณีที่ไม่มีประสิทธิภาพ และไม่สามารถแก้ไขปัญหาข้อพิพาทได้อย่างแท้จริง

---

[270] Yves L. Fortier , "The Law and Economic of Dispute Resolution in The CANADA – UNITED STATES Context : The Canadian Perspective,"17Can.-U.S.L.J. 231(1991) : p.2.

2.2 กระบวนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน

2.2.1 การระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

2.2.1.1 อำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย–ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างเคร่งครัดตามบัญญัติฯ โดยไม่ได้ให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทในการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใดนั้น แสดงให้เห็นว่า ไม่ได้เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีได้เองให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งเห็นว่า จะเป็นการวางข้อกำหนดที่คับแคบจนเกินไป แต่ถ้าหากไม่เปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถเข้ามาร่วมกำหนดด้วยได้ ก็จะช่วยทำให้การดำเนินการเป็นไปตามความประสงค์ของรัฐคู่พิพาท อันอาจเป็นการช่วยสร้างความพึงพอใจในการดำเนินคดี และทำให้คดีสามารถยุติลงได้ด้วยความรวดเร็วมากขึ้นอีกด้วย อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดใน TAFTA ได้กำหนดไว้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีขอบเขตอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้เฉพาะในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐอันเกี่ยวกับการตีความ(Interpretation) การปฏิบัติตาม(Implementation) หรือการใช้บังคับข้อความตกลงฯ(Application) ซึ่งไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือกันในระหว่างรัฐคู่พิพาทได้แล้ว[271] และมีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รวมถึงทำการวินิจฉัยชี้ขาดคดี และข้อเสนอแนะในรายงานคำชี้ขาด[272] นอกจากนี้ ยังมีอำนาจในการขอข้อมูล และคำแนะนำทางเทคนิคจากบุคคล หรือองค์กรใดๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข และข้อกำหนดที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ด้วย[273]

สำหรับภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย–นิวซีแลนด์[274] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการเอาไว้เช่นเดียวกันกับใน TAFTA ทุกประการ

---

[271] TAFTA ; Article 1801 , para.1 and Article 1804 , para.1.

[272] TAFTA ; Article 1806 , para.1.

[273] TAFTA ; Article 1807 , para.10.

[274] TNZCEPA ; Article 17.1, para.1 , Article 17.4 , para.1 , Article 17.6 , para.1. and Article 17.7 , para.10.

ส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน[275] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทเป็นผู้กำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการได้ ว่าจะให้กว้างหรือแคบอย่างไรก็ได้ แต่ทั้งนี้ จะต้องทำภายใน 20 วันนับจากวันที่ได้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ดี หากรัฐคู่พิพาทไม่ได้กำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทดังกล่าวไว้ คณะอนุญาโตตุลาการก็มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทตามมาตรฐานที่ได้บัญญัติไว้ภายใต้บทบัญญัติฯ[276] กล่าวคือ มีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบเรื่องใดๆ ที่เสนอต่อตนโดยการประเมินข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นทั้งหมด และให้ทำการเสนอผลการตรวจสอบ การวินิจฉัยชี้ขาดคดี รวมถึงข้อเสนอแนะในรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่อรัฐคู่พิพาท โดยข้อพิพาทที่ชี้ขาดนั้นต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐอันเกี่ยวกับการตีความ การปฏิบัติตาม หรือการใช้บังคับความตกลงฯ ซึ่งรัฐคู่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทกันได้ด้วยการปรึกษาหารือ[277] ทั้งนี้ อาจจะสังเกตเห็นได้ว่า ใน ACFTA ได้วางข้อกำหนดในเรื่องอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการไว้แตกต่างออกไปจากใน TAFTA และ TNZCEPA เนื่องจากใน TAFTA และ TNZCEPA ไม่ได้ให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทในการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ แต่ในขณะที่ ACFTA ได้ให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทเป็นสำคัญในการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการได้เอง อนึ่ง การให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทดังกล่าวนี้ เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐคู่พิพาทสามารถเป็นผู้กำหนดรูปคดีได้ด้วยตัวเอง ซึ่งย่อมเป็นการตอบโจทย์ความต้องการของรัฐคู่พิพาทได้อย่างตรงจุด และ ยังอาจส่งผลให้คดีพิพาทจบลงได้ด้วยความรวดเร็วอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่าใน ACFTA ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการการขอข้อมูล และคำแนะนำทางเทคนิคจากบุคคลหรือองค์กรใดๆ ได้แต่อย่างใด

---

[275] ACFTA ; Article 6 , Article 8.and The Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between ASEAN and China on the establishment of appropriate formal dispute settlement procedures and mechanism ; Article 11 , para.1.

[276] ACFTA ; Article 8 , para.1 and 2.

[277] ACFTA ; Article 6 , para.1 and The Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between ASEAN and China on the establishment of appropriate formal dispute settlement procedures and mechanism ; Article 11 , para.1.

ทั้งนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา–ชิลี[278] จะเห็นได้ว่าได้วางข้อกำหนดให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทเป็นผู้กำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาท รวมถึงการกำหนดขั้นตอนในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการว่าจะให้กว้างหรือแคบอย่างไรก็ได้[279] เช่นเดียวกันกับใน ACFTA แต่ทั้งนี้ รัฐคู่พิพาทยังมีสิทธิในการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีได้อีกด้วย อนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการเองก็อาจจะรับเอากระบวนการพิจารณาเพิ่มเติมได้หากไม่ขัดต่อข้อบังคับของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดี และได้ปรึกษาหารือกับรัฐคู่พิพาทแล้ว ยิ่งไปกว่านั้น ใน U.S.-Chile FTA ยังได้กำหนดให้คณะกรรมาธิการ สามารถแก้ไขข้อปฏิบัติของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วย[280] นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจในการขอข้อมูล และคำแนะนำทางเทคนิคอันเกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม แรงงาน สุขภาพ ความปลอดภัย หรือเรื่องทางเทคนิคอื่นๆ จากบุคคล หรือองค์กรใดๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมก็ได้[281]

นอกจากนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ใน Canada-U.S. FTA จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดในเรื่องอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ได้ให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทในการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด[282] เช่นเดียวกันกับใน TAFTA และ TNZCEPA แต่กลับให้สิทธิแก่คณะกรรมาธิการในการกำหนดเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่ คณะกรรมาธิการจะไม่ใช้สิทธินั้น คณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องดำเนินกระบวนพิจารณาตามข้อบังคับภายใต้บทบัญญัติฯนี้[283] อาทิ การพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย และทำการเสนอผลการตรวจสอบ การวินิจฉัยชี้ขาดคดี รวมถึงข้อเสนอแนะในรายงานคำชี้ขาดของตนต่อรัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาท[284] และโดยกำหนดให้คณะกรรมาธิการเป็นผู้ที่สามารถขอข้อมูล

---

[278] U.S.-Chile FTA ; Article 22.2 , para.1 , Article 22.6 , para.1 , Article 22.10 , para.4 and Article 22.11.

[279] U.S.-Chile FTA ; Article 22.6 , para.2 and Article 22.10 , para.2 , para.3 ,

[280] U.S.-Chile FTA ; Article 22.10 , para.2 and para.3.

[281] U.S.-Chile FTA ; Article 22.11 , para.1.

[282] Canada-U.S. FTA ; Article 1801 , para.1 and Article 1806.

[283] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.4.

[284] Canada-U.S. FTA ; Article 1806 , para.5.

และขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญได้ แต่กลับไม่ปรากฏว่าให้อำนาจในการขอข้อมูลดังกล่าวนี้แก่คณะอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด[285]

จากข้อพิจารณาในข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติงใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ว่าด้วยเรื่องอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น แม้ภายใต้เขตการค้าเสรีทั้งสาม จะได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทตามมาตรฐานที่ได้บัญญัติไว้ภายใต้บทบัญญัติฯ เช่นเดียวกันก็ตาม แต่ทว่า ภายใต้ ACFTA นั้นกลับมีความแตกต่างออกไปจาก TAFTA และ TNZCEPA โดยได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทมีสิทธิในการกำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการให้ต่างออกไปจากที่ได้บัญญัติไว้ก็ได้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นข้อดี เพราะเท่ากับเป็นการเปิดช่องให้รัฐคู่พิพาทสามารถกำหนดรูปคดีได้เองตามความเหมาะสมแก่กรณีพิพาทของตน แต่ทั้งนี้กลับมีข้อบกพร่องสำคัญที่ไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการขอข้อมูล และคำแนะนำทางเทคนิคได้ จึงอาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีข้อมูลอันจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นเรื่องที่ไม่มีความรู้ความชำนาญ ก็ย่อมจะส่งผลต่อคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่อาจไม่สามารถให้คามยุติธรรมที่แท้จริงแก่คู่พิพาทได้

นอกจากนี้ เมื่อได้นำเอาเขตการค้าเสรีทั้งสามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นไปเปรียบเทียบกับใน U.S.-Chile FTA และ Canada-U.S. FTA แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ในเขตการค้าเสรีทั้งห้าเขตนี้ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทตามมาตรฐานที่ได้บัญญัติไว้ภายใต้บทบัญญัติฯ เก็ตาม แต่ทว่าภายใต้U.S.-Chile FTA มีความคล้ายคลึงกันกับใน ACFTA เป็นอันมาก เนื่องจากได้กำหนดให้สิทธิแก่รัฐคู่พิพาทในการกำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการให้ต่างออกไปจากที่ได้บัญญัติฯ ไว้ได้เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้U.S.-Chile FTA นั้น มีความสมบูรณ์มากกว่า เพราะได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการขอข้อมูล และข้อแนะนำที่เห็นว่าเหมาะสมได้อีกด้วย ส่วนภายใต้ Canada-U.S. FTA นั้น ยังมีข้อบกพร่องในบางประการ โดยจะสังเกตเห็นได้ว่า ไม่ได้กำหนดให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการขอข้อมูล หรือคำแนะนำ ที่เห็นว่าเหมาะสมได้ แต่กลับให้อำนาจนี้เป็นของคณะกรรมาธิการ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดเช่นนั้นอาจจะทำให้เป็นเรื่องที่ยุ่งยากและเสียเวลาโดยไม่จำเป็น

ดังนี้ หากพิจารณาจากข้อเปรียบเทียบดังกล่าวในข้างต้นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสำหรับในเรื่องของอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น อาจจะทำการศึกษา

---

[285] Canada-U.S. FTA ; Article 1805 , para.2.

ต้นแบบที่ค่อนข้างมีความสมบูรณ์ และหลากหลายอย่างใน U.S.-Chile FTA เพื่อวางข้อกำหนดในเขตการค้าเสรีที่ไทยเป็นสมาชิกให้มีความสมบูรณ์มากขึ้น

2.2.1.2 <u>บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการ</u>

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย–ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า[286] ในคณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งจะประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน โดยรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คนภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 คนที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 2 ทั้งนี้ หากรัฐคู่พิพาทได้ให้ความเห็นชอบกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ด้วยภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าว อนุญาโตตุลาการนั้นก็จะได้รับตำแหน่งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ แต่หากอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ไม่ได้รับการแต่งตั้งภายในกำหนดเวลา หรือ รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่เห็นชอบกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ดังนี้ รัฐคู่พิพาทจะต้องปรึกษาหารือร่วมกันเพื่อแต่งตั้งประธานฯ ภายในกำหนดเวลาต่อไปอีก 30 วัน[287]

ดังนี้ มีข้อสังเกตว่า ถ้าหากเกิดปัญหาว่ารัฐคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะเลือกใครเป็นประธานฯได้อีก เช่นนี้แล้วจะแก้ไขปัญหาอย่างไร นอกจากนี้ ก็ไม่มีข้อกำหนดว่า ในกรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลมาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการได้แล้วจะทำอย่างไร อย่างไรก็ดี ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งแล้วได้ลาออก หรือไม่สามารถปฏิบัติงานได้ ก็ให้ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่มาแทนด้วยวิธีการเดิม และให้มีอำนาจหน้าที่ทั้งหมดของอนุญาโตตุลาการที่ถูกแทนที่นั้น[288]

ทั้งนี้ ในคณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่ง จะต้องประกอบไปด้วยบุคคลซึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม โดยจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีประสบการณ์ในด้านกฎหมาย ด้านการค้าระหว่างประเทศ หรือเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับความตกลงฯ รวมทั้งต้องเป็นบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือ และมีความเป็นอิสระโดยต้องไม่ขึ้น หรือได้รับคำสั่งจากรัฐคู่พิพาท นอกจากนี้ บุคคลผู้ซึ่งเป็นประธานฯ จะต้องไม่เป็นคนชาติ (a national) หรือมีถิ่นพำนักในดินแดน หรือได้รับการ

---

[286] TAFTA ; Article 1804 , para.1.

[287] TAFTA ; Article 1805 , para.1 , para.2 and para.3.

[288] TAFTA ; Article 1805 , para.5.

ว่าจ้างโดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทไม่ว่าในสถานะใดๆ[289] ทั้งนี้ หากผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทมีความเชี่ยวชาญแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาก็จะทำได้ด้วยความรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อย และวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ไม่ผิดพลาด[290]

สำหรับภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย– นิวซีแลนด์[291] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในการจัดตั้ง และคุณสมบัติของคณะอนุญาโตตุลาการ ไว้คล้ายคลึงกันกับใน TAFTA แต่อาจจะแตกต่างออกไปในส่วนที่ว่าด้วยกรณีที่ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือประธานฯ ได้ กล่าวคือ ใน TNZCEPA นั้น หากไม่สามารถทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือประธานฯ ได้ภายในกำหนดระยะเวลา และไม่มีความตกลงใดระบุไว้เป็นอย่างอื่น รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ประธานศาลโลก (The President of the ICJ) รองประธานศาลโลก (The Vice President of the ICJ) หรือผู้พิพากษาศาลโลกที่มีอาวุโสในลำดับถัดไป (The Member of the ICJ next in seniority) ซึ่งไม่ได้มีสัญชาติ (a national) ของรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือประธานฯนั้น[292]

ส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการแตกต่างออกไปจากใน TAFTA และ TNZCEPA กล่าวคือ ในกรณีที่การปรึกษาหารือระหว่างรัฐคู่พิพาทไม่ประสบความสำเร็จไม่ว่าในกรณีปกติ หรือในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอปรึกษาหารือมีสิทธิในการขอจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายได้[293] ในคณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งจะประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน เว้นแต่ จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในความตกลงฯ นี้ หรือ รัฐคู่พิพาทตกลงกันให้ต่างออกไปก็ได้ โดยรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในฝ่ายของตน แต่ถ้าฝ่ายใดไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลา อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวของคณะพิจารณา[294] อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า การวางข้อกำหนดไว้เช่นนี้ แม้จะเป็นข้อดีในแง่ที่มี

---

[289] TAFTA ; Article 1805 , para.6 and para.7.

[290] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 198 น. 36.

[291] TNZCEPA ; article 17.4 , para.1 and Article 17.5 , para.1, para.2, para.5 , para.6 and para.7.

[292] TNZCEPA ; Article 17.5 , para.3.

[293] ACFTA ; Article 6 , para.1.

[294] ACFTA ; Article 7, para.1 and para.2.

ลักษณะบังคับให้ต้องเลือก และทำให้คดีดำเนินไปได้ด้วยความรวดเร็ว เพราะถ้ารัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายนิ่งเฉยไม่พยายามขวนขวายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในฝ่ายตน ก็อาจจะทำให้ต้องเสียเปรียบในคดีได้ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า นอกจากจะไม่เป็นธรรมแล้ว ยังอาจทำให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายนั้นไม่เข้าร่วมในการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยอาศัยบทบัญญัติฯ ดังกล่าวนี้ แต่จะหันไปอาศัยเวทีระงับข้อพิพาทอื่นแทน หรือไม่ยอมรับผลคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเลยก็เป็นได้

ทั้งนี้ หลังจากวันที่อนุญาโตตุลาการคนสุดท้ายได้รับเลือก ต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นประธานฯ แต่หากไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งได้ในกำหนดเวลา และได้ความว่ารัฐคู่พิพาทเป็นสมาชิกของ WTO รัฐคู่พิพาทจะต้องร้องขอให้ผู้อำนวยการ WTO (The Director–General of WTO) รองผู้อำนวยการ WTO (The Deputy Director–General of WTO) หรือเจ้าหน้าที่ที่มีอาวุโสรองลงมา (The Officer next in seniority) ซึ่งไม่ได้มีสัญชาติ (a national) เดียวกันกับรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้ทำการแต่งตั้งประธานฯ และ รัฐคู่พิพาทจะต้องยอมรับการแต่งตั้งนั้น แต่หากได้ความว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกของWTO รัฐคู่พิพาทจะต้องร้องขอให้ประธานศาลโลก (The President of the ICJ) รองประธานศาลโลก (The Vice President of the ICJ) หรือผู้พิพากษาศาลโลกที่มีลำดับถัดไป (The member of the ICJ next seniority) ซึ่งไม่มีสัญชาติ (a national) ของรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้ทำการแต่งตั้งประธานฯ และรัฐคู่พิพาทจะต้องยอมรับการแต่งตั้งนั้น[295] อย่างไรก็ดี ทั้งนี้ โดยคณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งจะต้องประกอบไปด้วยบุคคลซึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม[296] ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งแล้ว ลาออก หรือไม่สามารถปฏิบัติงานได้ ก็ให้ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่มาแทนด้วยวิธีการเดิม และให้มีอำนาจหน้าที่ทั้งหมดของอนุญาโตตุลาการที่ถูกแทนที่นั้น[297]

นอกจากนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา–ชิลี[298] จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่การปรึกษาหารือไม่ประสบความสำเร็จ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจส่งคำร้องขอจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายได้[299] ในคณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งจะประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 3 คนโดยรัฐคู่พิพาทจะต้องร่วมกันเพื่อเลือกประธานฯ ก่อนเป็นอันดับแรก แต่ถ้าไม่สามารถเลือกประธานฯ ภายในกำหนดเวลาได้ ก็ให้เลือกประธานฯ

---

[295] ACFTA ; Article 7 , para.3.

[296] ACFTA ; Article 7 , para.6.

[297] ACFTA ; Article 7 , para.5.

[298] U.S.-Chile FTA ; Article 22.6 , Article 22.7 , Article 22.8 and Article 22.9.

[299] U.S.-Chile FTA ; Article 22.6 , para.1 and para.2.

จากจำนวนบุคคลผู้มีรายชื่อในบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ[300] ซึ่งไม่ใช่ผู้มีสัญชาติของรัฐคู่พิพาท หลังจากนั้น รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องเลือกอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน แต่ถ้าหากฝ่ายใดไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาได้ ก็ให้เลือกอนุญาโตตุลาการจากจำนวนบุคคลผู้มีรายชื่อในบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ[301] ซึ่งมีสัญชาติเดียวกันกับรัฐคู่พิพาทฝ่ายนั้น ยิ่งไปกว่านั้น ในกรณีที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดเชื่อว่าอนุญาโตตุลาการรายใดกระทำการอันเป็นการละเมิดประมวลวิธีพิจารณาคดี (Code of Conduct) ก็อาจทำการปรึกษาหารือกับอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหากเห็นตรงกันก็จะให้อนุญาโตตุลาการรายนั้น ออกจากการเป็นอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดี และจะเลือกคนใหม่มาแทนด้วยวิธีการเดิม[302] ทั้งนี้ บุคคลผู้ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสมด้วย[303]

หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีแคนนาดา–อเมริกา จะเห็นได้ว่า [304] ในคณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งจะประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 5 คน โดยรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะเลือกพลเมือง (citizens) ของตนฝ่ายละ 2 คน โดยคณะกรรมาธิการจะทำการเลือกบุคคลใดบุคคลหนึ่งขึ้นเป็นประธานฯ แต่ถ้าหากรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการได้ภายในกำหนดเวลา ดังนี้ ก็ให้เลือกอนุญาโตตุลาการมาจากบุคคลผู้มีรายชื่อในบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐคู่พิพาทฝ่ายนั้น นอกจากนี้ ถ้าหากคณะกรรมาธิการไม่สามารถตกลงเลือกบุคคลใดเป็นประธานฯ ได้ภายในกำหนดเวลา ดังนี้ คณะอนุญาโตตุลาการทั้ง 4 คนที่ได้รับเลือกแล้ว จะเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการคนที่ 5 ขึ้นเป็นประธานฯ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะให้บุคคลใดเป็นประธานฯ ก็ให้มีการเลือกประธานฯ จากบุคคลผู้มีรายชื่อในบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ในคณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่ง จะต้องประกอบไปด้วยบุคคลซึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม[305]

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA ว่าด้วยเรื่องบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการนั้น มีความคล้ายคลึงกันเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดตั้ง

---

[300] U.S.-Chile FTA ; Article 22.7 , para.1.

[301] U.S.-Chile FTA ; Article 22.7 , para.1.

[302] U.S.-Chile FTA ; Article 22.9 , para.1 , para.2 and para.3.

[303] U.S.-Chile FTA ; Article 22.7 , para.2 , Article 22.8 and Article 22.9 , para.1 (e).

[304] Canada-U.S. FTA ; Article 1806 para.1 and Article 1807 , para.2.

[305] Canada-U.S. FTA ; Article 1807 , para.1 and para.3.

อนุญาโตตุลาการ องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการแทน และคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ดี ใน TAFTA นั้น ไม่ปรากฏว่าได้วางข้อกำหนดอย่างใดไว้สำหรับกรณีที่ไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการได้ คงมีเพียงกรณีที่ไม่สามารถเลือกประธานอนุญาโตตุลาการได้เท่านั้น อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า แล้วถ้าหากรัฐคู่พิพาทไม่อาจทำการหารือเป็นยุติได้ว่าจะเลือกใครเพื่อตั้งให้เป็นประธานอนุญาโตตุลาการแล้ว เช่นนี้จะมีหนทางแก้ไขอย่างไรต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่า ทั้งในกรณีของ TNZCEPA และ ACFTA ได้กำหนดให้องค์กรกลางเป็นผู้ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในเวลาที่เกิดปัญหาทางตันในกรณีที่ไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งการให้องค์กรกลางเข้ามามีส่วนช่วยแก้ปัญหาตรงจุดนี้เป็นข้อดีอย่างยิ่ง เพราะนอกจากจะช่วยแก้ไขปัญหาในกรณีที่ไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการได้แล้ว ยังช่วยแก้ไขปัญหาในกรณีที่รัฐคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันหาข้อยุติได้ว่าจะให้ใครเป็นประธานอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วย[306] ด้วยเหตุนี้ ในกรณีของTAFTA ซึ่งผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตเป็นปัญหาไว้ข้างต้น จึงอาจนำเอาวิธีการของ TNZCEPA หรือ ACFTA ดังกล่าวนี้ มาใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้

อย่างไรก็ดี เมื่อได้ศึกษาจากเขตการค้าเสรีใน U.S.-Chile FTA และ Canada-U.S. FTA แล้ว จะเห็นได้ว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีนี้มีลักษณะเฉพาะตัวในบางอย่างที่น่าสนใจ ทั้งในเรื่องของการละเมิดต่อประประมวลวิธีพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ(Code of Conduct) และ ในเรื่องของบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ (The roster members) ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นลักษณะเฉพาะที่น่าสนใจ สำหรับนำไปปรับใช้กับเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีที่ประเทศไทยเป็นสมาชิก โดยเฉพาะในเรื่องของบัญชีรายชื่อฯ ของ U.S.-Chile FTA นั้น เราอาจจะสังเกตเห็นได้ว่า ในเขตการค้าเสรีทั้งสามที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกนั้น ล้วนให้ความสำคัญกับการแสวงหาบุคคลผู้ซึ่งจะเข้ามาทำหน้าที่เป็น ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดี แต่กลับไม่ได้คำนึงถึงว่าแล้วบุคลที่จะถูกเลือกให้มาเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนั้น จะมีหรือไม่ และถึงแม้จะมีแต่จะมีจำนวน

---

[306] “ การให้อำนาจแก่บุคคลที่สาม เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มาจากฝ่ายที่เป็นกลางเข้าร่วมในคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการครบถ้วนตามข้อตกลงนั้น มีประโยชน์สองประการคือ ในกรณีที่คู่กรณีประสบปัญหาอย่างแท้จริงในการที่จะตกลงกันเกี่ยวกับบุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการ การให้บุคคลที่สามเป็นผู้แต่งตั้งแทนก็เป็นทางออกให้แก่คู่กรณีอีกประการหนึ่งเป็นการป้องกันปัญหาที่เกิดจาก การที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ด้วยการปฏิเสธความร่วมมือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มาจากฝ่ายที่เป็นกลาง ” อ้างอิงจาก อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 227 น.14.

เพียงพอกับปริมาณคดีหรือไม่ และบุคคลดังกล่าวจะสามารถเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีให้ได้ในขณะที่เกิดปัญหาข้อพิพาทขึ้นหรือไม่ และบุคคลดังกล่าวจะทำหน้าที่โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐที่ได้เลือกตนให้มาเป็นอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดให้มีการจัดทำบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการไว้ก่อน นอกจากจะทำให้การดำเนินคดีเป็นไปได้ด้วยความรวดเร็วแล้ว ย่อมเท่ากับได้มีการคัดกรองบุคคลที่พึงประสงค์ไว้เป็นการล่วงหน้าอีกด้วย

2.2.2 การดำเนินการภายหลังมีคำวินิจฉัยชี้ขาด

2.2.2.1 การคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย–ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่าภายหลังจากมีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาทแล้ว รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องให้ความสำคัญต่อการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดด้วย หาไม่แล้วรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีก็มีสิทธิที่จะใช้มาตรการตอบโต้ต่อฝ่ายที่แพ้คดีได้โดยใช้มาตรการระงับสิทธิประโยชน์ชั่วคราว แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องเป็นการตอบโต้ในระดับที่เท่าเทียมกับความไม่สอดคล้องที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดไว้ด้วย[307] (Equivalent effect to the non–conformity found by the tribunal) หาไม่แล้ว ฝ่ายที่แพ้คดีก็มีสิทธิที่จะร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการจัดการประชุมขึ้นใหม่อีกครั้งหนึ่งเพื่อทำการพิจารณาเรื่องดังกล่าวโดยให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งหากได้พิจารณาแล้วเห็นว่าระดับของการระงับสิทธิประโยชน์นั้นมากเกินไป ก็ให้วินิจฉัยปรับระดับของการระงับของสิทธิประโยชน์ที่ได้พิจารณาแล้วว่ามันจะมีผลกระทบที่เทียบเท่ากับความไม่สอดคล้องของคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วยเพื่อให้รัฐสมาชิกฝ่ายที่ชนะคดีได้นำไปปฏิบัติต่อไป[308] โดยให้ถือว่า ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดโดยคณะอนุญาโตตุลาการนี้เป็นที่สุด และผูกพันบังคับต่อรัฐคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น[309]

สำหรับภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย–นิวซีแลนด์[310] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นเดียวกันกับใน TAFTA ทุกประการ

---

[307] TAFTA ; Article 1811 , para.1, para.2 (c) .

[308] TAFTA ; Article 1811 , para.3.

[309] TAFTA ; Article 1811 , para.4.

[310] TNZCEPA ; Article 17 .11, para.1, para. 2 (c) , para.3 , para.4.

ส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอาเซียน–จีน[311] จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏว่าได้วางข้อกำหนดในเรื่องของการคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไว้แต่อย่างใด เพราะจะสังเกตเห็นได้ว่าใน ACFTA นั้น การใช้มาตรการตอบโต้ของรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดี จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้ดุลยพินิจในการกำหนดระดับที่เหมาะสม (the appropriate level) ของการใช้มาตรการตอบโต้ให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดีไว้แล้ว ดังนั้น ปัญหาข้อพิพาทที่ว่าฝ่ายที่ชนะคดีจะใช้มาตรการตอบโต้เกินไปกว่าระดับที่เหมาะสมกับความไม่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจจะเกิดขึ้นได้นั่นเอง

นอกจากนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา–ชิลี[312] จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องของการคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี ไว้คล้ายคลึงกันกับใน TAFTA และ TNZCEPA และโดยนัยสำคัญแล้วก็ไม่มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด ส่วนภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีแคนนาดา–อเมริกา[313] จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏว่าได้วางข้อกำหนดในเรื่องของการคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีเอาไว้แต่อย่างใด

ดังนี้ เมื่อเปรียบเทียบภายใต้บทบัญญัติใน TAFTA, TNZCEPA และ ACFTA กับใน U.S.-Chile FTA ว่าด้วยเรื่องของการคัดค้านการใช้มาตรการตอบโต้แล้ว ในส่วนของ ACFTA ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวนี้มีความแตกต่างออกไปอย่างสิ้นเชิง แต่ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีอื่นๆ แล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีความต่างกันโดยนัยสำคัญ แต่อย่างไรก็ดี มีข้อพึงสังเกตว่า ได้กำหนดไว้เพียงแค่ว่าในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาแล้วมีความเห็นว่า ระดับของการระงับสิทธิประโยชน์ซึ่งฝ่ายที่ชนะคดีกระทำนั้นมากเกินไป จึงวินิจฉัยปรับระดับของการระงับสิทธิประโยชน์ให้เท่าเทียมกันเพื่อให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจะได้นำไปปฏิบัติต่อไปเท่านั้น แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อความเป็นธรรมแล้ว ควรจะต้องคำนึงถึงในส่วนที่ฝ่ายที่ชนะคดีได้ทำการใช้สิทธิเกินส่วนลงไปแล้วด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการป้องปรามให้ฝ่ายที่ชนะคดีได้ใช้สิทธิด้วยความรอบคอบ และระมัดระวังให้มากขึ้นด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า นอกจากคณะอนุญาโตตุลาการจะได้พิจารณากำหนดระดับของการระงับสิทธิประโยชน์ใหม่แล้ว ควรกำหนดให้มีการคืนสิทธิประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เท่าเทียมกันให้แก่ฝ่ายที่แพ้คดีในช่วงขณะเวลาที่ถูกรบกวนจากการใช้สิทธิเกิน

---

[311] ACFTA ; Article 13 , para.2 and para.3.

[312] U.S.-Chile FTA ; Article 22.15 , para.1, para.2 (a) (b) , para.3 and para.4.

[313] Canada-U.S. FTA ; Article 1807.

ส่วนอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายที่ชนะคดีด้วย ซึ่งอาจจะเป็นการชดใช้คืนด้วยเงินที่คาดว่าจะได้รับจากการสูญเสียประโยชน์นั้นก็ได้

2.2.2.2 <u>องค์กรที่ช่วยกำกับดูแล และสนับสนุนด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะ</u>

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่าได้วางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยกำกับดูแล และสนับสนุนด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะ อันเกี่ยวกับการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตาม และการดำเนินการตามความตกลงฯ นี้ไว้ ซึ่งเรียกว่า คณะกรรมาธิการร่วมความตกลงการค้าเสรี (คณะกรรมาธิการร่วม FTA) แต่อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่าใน TAFTA ได้วางข้อกำหนดขององค์กรอันเกี่ยวกับการสนับสนุนด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะไว้แต่อย่างใด

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการร่วม FTA[314] มีบทบาทหน้าที่อันสำคัญอยู่หลายประการ[315] แต่บทบาทหน้าที่อันสำคัญประการหนึ่ง ซึ่งเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะคือ ทำหน้าที่ดูแลรับผิดชอบเพื่อให้การเป็นไปตามความตกลงฯ โดยการติดตามตรวจสอบว่ามีการปฏิบัติตาม และการดำเนินการตามความตกลงนี้ได้อย่างถูกต้องเหมาะสมแล้วหรือไม่[316] ว่าหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทออกมาโดยเห็นว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือคำชี้ขาดนั้น โดยการทำให้มาตรการซึ่งพบว่าไม่สอดคล้องกับความตกลงภายใต้ข้อตกลงฯ ให้สอดคล้องได้ภายในกำหนดระยะเวลาแล้วหรือไม่

สำหรับภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ จะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยกำกับดูแล และสนับสนุนด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะ อันเกี่ยวกับการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตาม และการดำเนินการตามความตกลงฯ นี้ไว้ ซึ่งเรียกว่า คณะกรรมาธิการร่วมความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดยิ่งขึ้น (คณะกรรมาธิการร่วมCEP) (A Closer Economic Partnership Joint Commission : CEP Joint Commission) รวมทั้ง ได้วางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยสนับสนุนในด้านการระงับข้อพิพาทด้วย ซึ่งเรียกว่า หน่วยงานติดต่อ (Contact Point)

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการร่วมCEP[317] มีบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกันกับคณะกรรมาธิการร่วม FTA ของเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียทุกประการ[318]

---

[314] TAFTA ; Article 1701 and Article 1703 , para. 1.

[315] TAFTA ; Article 1702.

[316] TAFTA ; Article 1701 and Article 1702 , para. 1 (6).

[317] TNZCEPA ; Article 16.1 and Article 16.3 , para.1.

ส่วนหน่วยงานติดต่อ (Contact Point)[319] มีบทบาทหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกในการติดต่อสื่อสารระหว่างรัฐสมาชิกในเรื่องใดๆ ที่อยู่ภายใต้ความตกลงฯ ดังนั้น จึงย่อมมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนในด้านการระงับข้อพิพาท ด้วยการช่วยอำนวยความสะดวก เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปได้โดยง่าย และรวดเร็ว ซึ่งก็ย่อมจะเอื้อประโยชน์ให้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงฯ นั่นเอง[320]

อย่างไรก็ดี เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน[321] จะเห็นได้ว่า ไม่ได้วางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยกำกับดูแลด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะดังเช่นในTAFTA และ TNZCEPA แต่อย่างใด คงมีเพียงการวางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยสนับสนุนด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะเท่านั้น ซึ่งเรียกว่า หน่วยงานประสาน[322] (Liaison Office) ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่ามีลักษณะคล้ายคลึงกันกับหน่วยงานติดต่อ (Contact Point) ของ TNZCEPA แต่มีบทบาทหน้าที่กว้างขวางมากกว่า โดยมีบทบาทหน้าที่สำคัญในการรับผิดชอบเรื่องการประสานงานทั้งหมดที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาท และรับผิดชอบในการปฏิบัติงาน รวมถึงค่าใช้จ่ายของหน่วยงานที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นภายใต้บทบัญญัตินี้อีกด้วย[323]

ทั้งนี้ หากพิจารณาภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีอเมริกา-ชิลี[324] จะเห็นได้ว่าได้มีการวางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยกำกับดูแลด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะไว้เช่นเดียวกันกับที่มีใน TAFTA และ TNZCEPA เช่นกัน ซึ่งเรียกว่า คณะกรรมาธิการ (The Commission) แต่อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่าได้มีการวางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยสนับสนุนในการระงับข้อพิพาทเอาไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการ มีบทบาทหน้าที่คล้ายคลึงกันกับคณะกรรมาธิการร่วมFTA ของ TAFTA และคณะกรรมาธิการร่วมCEP ของ TNZCEPAเช่นกัน แต่ทว่าได้กำหนดบทบาทไว้เป็นการเฉพาะเรื่องมากกว่าโดยเน้นในเรื่องของการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตาม และดำเนินการตามความตกลงฯ เป็นสำคัญเพียงเรื่องเดียว แต่

---

[318] TNZCEPA ; Article 16.1 and Article 16.2 , para. 1 (b).

[319] TNZCEPA ; Article 16.4 , para. 1 and para. 2.

[320] TNZCEPA ; Article 16.4 , para. 2.

[321] ACFTA ; Article 3.

[322] ACFTA ; Article 3 , para. 1 (a) and (c).

[323] ACFTA ; Article 3 , para.1 (a) and (b) , para. 2.

[324] U.S.-Chile FTA ; Article 22.18.

ในขณะที่คณะกรรมาธิการร่วมFTA และคณะกรรมาธิการร่วมCEP ต้องมีบทบาทหน้าที่ในประการอื่นๆ อีกด้วย[325] ซึ่งบทบาทหน้าที่เฉพาะของคณะกรรมาธิการอันเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทนี้คือ จะคอยตรวจสอบทบทวนการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องปฏิบัติตามนั้นว่าได้ปฏิบัติตามแล้วหรือไม่ รวมทั้งติดตามตรวจสอบและทบทวนถึงความมีประสิทธิภาพของผลการปฏิบัติตามมาตรา 22.15 ในเรื่องเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตาม รวมถึงการระงับสิทธิประโยชน์ภายใต้ความตกลงฯ และการปฏิบัติตามมาตรา 22.16 ในเรื่องเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อการระงับข้อพิพาทอย่างแน่แท้ โดยคณะกรรมาธิการจะดำเนินการดังกล่าวในกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปีหลังจากที่ความตกลงเข้าสู่การบังคับ หรือภายในกำหนดเวลา 6 เดือนหลังจากที่สิทธิประโยชน์ได้ถูกระงับ หรือการประเมินเงินที่จะถูกจัดเก็บภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้[326]

นอกจากนี้ ภายใต้บทบัญญัติฯ ในเขตการค้าเสรีแคนนาดา-อเมริกา จะเห็นได้ว่า ได้มีการวางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยกำกับดูแลด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะไว้เช่นเดียวกันกับที่มี ใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA เช่นกัน ซึ่งเรียกว่า คณะกรรมาธิการ (The Commission) แต่อย่างไรก็ดี ก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการวางข้อกำหนดในเรื่องขององค์กรที่ช่วยสนับสนุนในการระงับข้อพิพาทเอาไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการ[327] มีบทบาทหน้าที่คล้ายคลึงกันกับคณะกรรมาธิการร่วมFTA ของ TAFTA คณะกรรมาธิการร่วมCEP ของ TNZCEPA และคณะกรรมาธิการ ของ U.S.-Chile FTA เช่นกัน แต่ถึงกระนั้นก็ตาม บทบาทหน้าที่ของคณะกรรมาธิการ ของ Canada-U.S. FTA ก็ยังมีลักษณะพิเศษเฉพาะของตัวเองเช่นกัน ซึ่งนอกจากจะเน้นและให้ความสำคัญในเรื่องของการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตาม และดำเนินการตามความตกลงฯ เป็นการเฉพาะแล้ว ยังมีบทบาทหน้าที่ในการช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาททางการค้าในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความ และการบังคับใช้กฎเกณฑ์ภายใต้ความตกลงฯ รวมถึงการพิจารณากรณีใดๆ ซึ่งจะมีผลกระทบกับกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้อีกด้วย[328] นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการอาจจะจัดตั้ง และมอบความรับผิดชอบให้คณะกรรมาธิการชั่วคราว

---

[325] TAFTA ; Article 1702. and TNZCEPA ; Article 16.2.

[326] U.S.-Chile FTA ; Article 22.18.

[327] Canada-U.S. FTA ; Article 1802 , para.2 , para.3 , para.5.

[328] Canada-U.S. FTA ; Article 1802 , para.1.

คณะกรรมาธิการถาวร หรือคณะทำงาน ให้ปฏิบัติหน้าที่ให้และอาจขอคำแนะนำจากบุคคล หรือองค์กรที่มิได้สังกัดรัฐได้[329]

จะเห็นได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติใน TAFTA , TNZCEPA และ ACFTA เมื่อได้นำเอาเปรียบเทียบกับใน U.S.-Chile FTA และCanada-U.S. FTA ว่าด้วยเรื่องขององค์กรที่กำกับดูแลและสนับสนุนด้านการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะแล้วจะเห็นได้ว่าใน U.S.-Chile FTA และ Canada-U.S. FTA ได้กำหนดบทบาทหน้าที่ขององค์กรที่กำกับดูแลด้านการระงับข้อพิพาทได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้องค์กรดังกล่าวดำเนินบทบาทหน้าที่เฉพาะในการกำกับดูแลด้านการระงับข้อพิพาทเท่านั้น จึงย่อมจะเป็นผลดีในอันที่จะช่วยทำให้มีเวลาอย่างเต็มที่สำหรับการทำงานในบทบาทหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งย่อมส่งผลถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพด้วยนั่นเอง แต่ในขณะที่ องค์กรใน TAFTA และ TNZCEPA กลับมีบทบาทหน้าที่อื่นๆ อีกหลายประการด้วยกัน ดังนั้น ความคาดหวังต่อประสิทธิภาพที่จะได้รับอย่างเต็มที่สำหรับบทบาทหน้าที่ในการกำกับดูแลด้านการระงับข้อพิพาท จึงไม่อาจจะคาดหวังได้อย่างเต็มที่นัก ซึ่งด้วยข้อบกพร่องดังกล่าวนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีของไทยอาจจะดึงเอาส่วนที่ดีของเขตการค้าเสรีดังกล่าวมาปรับใช้ เพื่อลดข้อบกพร่องให้น้อยลง และเพิ่มจุดแข็งของระบบให้มากขึ้น เพื่อความมีประสิทธิภาพของระบบการระงับข้อพิพาทนั่นเอง

---

[329] Canada-U.S. FTA ; Article 1802 , para.4.