

บทที่ 4

ปัญหาทางกฎหมายของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ประเทศไทยเข้าทำความตกลงภายใต้เขต
การค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ (TNZCEPA) เขตการค้าเสรี
อาเซียน-จีน (ACFTA) และเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA)

1. ปัญหาร่วมกันของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ประเทศไทยเข้าทำความตกลง

1.1. ปัญหาร่วมกันภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี

1.1.1 สิทธิในการร้องขอให้ตั้งคณะกรรมการ

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรี
ไทย-ออสเตรเลีย¹ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์² แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของสิทธิในการ
ขอให้ตั้งคณะกรรมการภายหลังจากการไม่ตอบคำร้องขอหารือ หรือภายหลังจากการไม่เข้า
สู่การหารือ³ ไม่ปรากฏว่าในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ได้
มีการกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ทำ
คำร้องขอปรึกษาหารือไปยังรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง แต่รัฐคู่พิพาทที่ถูกขอหารือนั้นไม่ตอบคำร้องขอ
หารือภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอหารือ หรือไม่ยอมเข้าสู่การหารือกัน
ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอหารือ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอให้
มีการปรึกษาหารือ³ ไม่อาจจะร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นได้

แต่ทั้งนี้ ในเรื่องดังกล่าว³ ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทใน
เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน³ แล้ว ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ³
สามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นได้โดยตรงโดยไม่ต้องรอให้ครบ
กำหนดระยะเวลา 60 วันก่อน ทั้งนี้ เมื่อปรากฏว่ารัฐคู่พิพาทที่ถูกขอหารือ³ ไม่ตอบคำร้องขอ

¹ TAFTA ; Article 1802 , para.1.

² TNZCEPA ; Article 17.2 , para.1.

³ ACFTA ; Article 4 , para.3.

หารือภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอ หรือไม่ยอมเข้าสู่การหารือกันภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอหารือ

อย่างไรก็ดี สำหรับในประเด็นปัญหาดังกล่าวที่ปรากฏในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์นี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นข้อบกพร่องที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งจะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทมีความล่าช้าโดยไม่จำเป็น เพราะจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการร้องขอให้มีการปรึกษาหารือแต่ก็ไม่ปรากฏว่ารัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะให้ความสนใจ และเห็นความสำคัญต่อคำร้องขอดังกล่าวนี้ไม่ เนื่องจากได้แสดงออกโดยการไม่ให้ความร่วมมือแก่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่าย ไม่ว่าจะโดยการไม่ตอบคำร้องขอหารือภายในกำหนดเวลา 7 วัน หรือการไม่ยอมดำเนินการหารือด้วยภายในกำหนดเวลา 30 วัน ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากจะต้องรอให้ครบกำหนดระยะเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือก่อน รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ขอหารือจึงจะสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้

เช่นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าจะเป็นการทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทมีความล่าช้าโดยไม่จำเป็น ดังนั้น จึงควรเร่งให้มีการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาดีโดยเร็วเพื่อเร่งหาข้อยุติ และแสวงหาแนวทางแก้ไขต่อปัญหาดังกล่าว อันจะส่งผลให้การค้าขายระหว่างกันสามารถเดินหน้าต่อไปได้ และระบบเศรษฐกิจไม่เกิดภาวะชะงักงัน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าอาจจะแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยการนำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวนี้ของเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁴ มาเป็นแนวทางในการวางข้อกำหนดดังกล่าวในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ก็ได้

นอกจากนี้ ในเรื่องสิทธิในการร้องขอให้ตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในระหว่างกระบวนการหารือนั้น เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย⁵ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์⁶ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁷ แล้วจะเห็นได้ว่าไม่ปรากฏว่าในเขตการค้าเสรีดังกล่าวนี้ได้มีการกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้ โดยกำหนดไว้เพียงว่าในกรณีที่มีการเจรจาปรึกษาหารือกันระหว่างรัฐคู่พิพาทแล้ว แต่ไม่อาจจะระงับข้อพิพาทกันได้นั้น รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ขอหารือสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นได้ภายหลังจากที่การเจรจาปรึกษาหารือไม่ประสบความสำเร็จภายใน

⁴ ACFTA ; Article 4 , para.3.

⁵ TAFTA ; Article 1804 , para.1.

⁶ TNZCEPA ; Article 17.4 , para.1.

⁷ ACFTA ; Article 6 , para .1.

กำหนดเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือเท่านั้น แต่ไม่สามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นภายในช่วงระหว่างระยะเวลา 60 วันของการปรึกษาหารือได้แต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในกรณีดังกล่าวนี้ก็เป็นการข่มขู่ที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ซึ่งส่งผลให้กระบวนการระงับข้อพิพาทมีความล่าช้าโดยไม่จำเป็น เพราะในเมื่อไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้แล้ว การรอให้ครบกำหนดระยะเวลาตามเงื่อนไขอาจจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใด เว้นเสียแต่ว่ารัฐคู่พิพาทจะต้องการเช่นนั้น แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายควรจะเปิดโอกาสให้สามารถที่จะร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในช่วงระหว่างระยะเวลา 60 วัน นั้นด้วยได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้ครบกำหนดระยะเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือเท่านั้น เพื่อจะได้เป็นทางเลือกอีกทางหนึ่งแก่รัฐคู่พิพาทซึ่งไม่ต้องการให้มีการยืดเยื้อ ดังนี้ ย่อมจะส่งผลดีต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทที่จะมีความรวดเร็วเพิ่มมากขึ้น เพราะในคดีทางเศรษฐกิจนั้นยังมีความล่าช้ามากเท่าไรยังมีความสูญมูลค่าทางเศรษฐกิจมากขึ้นเท่านั้น เพราะเกิดความไม่มั่นใจในการค้าการลงทุนระหว่างกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยกำหนดให้มีเรื่องของสิทธิในการร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในระหว่างกระบวนการปรึกษาหารือด้วยนั่นเอง ทั้งนี้ โดยอาจจะอาศัยต้นแบบจากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ขององค์การการค้าโลก (WTO)⁸ มาเป็นแนวทางในการวางข้อกำหนดดังกล่าวในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ซึ่งภายใต้ความเข้าใจฯ ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทซึ่งได้เจรจาปรึกษาหารือร่วมกันแล้ว และเห็นว่าการปรึกษาหารือนั้นคงไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ขอหารือก็อาจจะร้องขอต่อองค์การระงับข้อพิพาท (DSB) เพื่อให้มีการจัดตั้งคณะผู้พิจารณาคดีขึ้นภายในช่วงระหว่างระยะเวลา 60 วันของการปรึกษาหารือเช่นกันได้ ทั้งนี้ โดยสรุปแล้ว การแก้ไขปัญหาดังกล่าว ย่อมจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่กระบวนการระงับข้อพิพาทนั่นเอง

1.1.2 การติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาด

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย⁹ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์¹⁰ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน¹¹ แล้ว จะเห็น

⁸ DSU ; Article 4 , para.7.

⁹ TAFTA ; Article 1810 , para.2.

¹⁰ TNZCEPA ; Article 17.10 , para.2.

ได้ว่า ในเรื่องของการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดนั้น ไม่ปรากฏว่า ในเขตการค้าเสรีทั้งสามนี้ได้อ้างอิงข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า มิได้มีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบให้แก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีในการจัดทำรายงานความคืบหน้าของตนในการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีดังกล่าว และหรือองค์กรที่ช่วยกำกับดูแลการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะแต่อย่างใด¹² โดยกำหนดไว้แต่เพียงว่า รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีซึ่งต้องปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาด มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งแก่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นฝ่ายที่ชนะคดีให้ทราบถึงการดำเนินการใดๆ ที่ฝ่ายตนได้เสนอที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้รับคำชี้ขาดสุดท้าย¹³ หรือโดยกำหนดว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีซึ่งต้องปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาด มีหน้าที่ต้องแจ้งแก่รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายที่ชนะคดีถึงเจตจำนงของฝ่ายตนในอันที่จะปฏิบัติตามข้อเสนอแนะและคำชี้ขาดนั้น¹⁴

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ก็จะได้เห็นว่ามิได้มีลักษณะเป็นแค่เพียงกำหนดให้มีการแจ้งถึงการดำเนินการใดๆ ที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีนั้น เสนอที่จะปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่หมายรวมถึง การกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบให้แก่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีในการจัดทำรายงานความคืบหน้าของตนในการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดด้วยแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สำหรับในประเด็นดังกล่าวนี้ถือเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่ง ซึ่งควรที่จะได้รับการปรับปรุงแก้ไข เพราะเหตุว่า ถ้าหากมิได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ของรัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่แพ้คดีในการจัดทำรายงานความคืบหน้าในการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดไว้แล้ว ก็ย่อมจะส่งผลให้ในเขตการค้าเสรีดังกล่าวนี้ขาดประสิทธิภาพในการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้

¹¹ ACFTA ; Article 12 , para.1.

¹² ทั้งนี้ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย หมายถึง คณะกรรมาธิการร่วมความตกลงการค้าเสรี (คณะกรรมาธิการร่วม FTA) ส่วนในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ หมายถึง คณะกรรมาธิการร่วมความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดยิ่งขึ้น (คณะกรรมาธิการร่วม CEP) และสำหรับในส่วนหนึ่งของเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น ยังไม่ได้กำหนดให้มีองค์กรดังกล่าวนี้แต่อย่างใด

¹³ TAFTA ; Article 1810 , para .2. and TNZCEPA ; Article 17.10 , para.2.

¹⁴ ACFTA ; Article 12 , para.1.

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนี้ ควรได้มีการกำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี มีหน้าที่ความรับผิดชอบในการจัดทำรายงานความคืบหน้าในการปฏิบัติข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดไว้ด้วย และควรต้องวางข้อกำหนดในเรื่องของระยะเวลาในการส่งรายงานดังกล่าวเอาไว้ให้ชัดเจนด้วยเช่นกัน เพื่อที่จะได้ทราบกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอนในการส่งรายงานอันจะเป็นการป้องกันข้ออ้างในการปฏิเสธ หรือหลีกเลี่ยงการส่งรายงานดังกล่าว

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจจะใช้ข้อบกพร่องดังกล่าวโดยการนำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ ภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน¹⁵ มาเป็นแนวทางในการวางข้อกำหนดดังกล่าวของเขตการค้าเสรีทั้งสามนี้ก็ได้ ซึ่งภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องจัดทำรายงานดังกล่าวนั้น ให้แก่ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) ให้ทราบล่วงหน้า 10 วันถึงความก้าวหน้าในการปฏิบัติตามคำตัดสินทุกครั้งที่มีการประชุมดังกล่าว หรือ อาจจะทำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ จากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก (WTO)¹⁶ มาเป็นแนวทางในการวางข้อกำหนดดังกล่าวให้กับเขตการค้าเสรีทั้งสามนี้ก็ได้ ซึ่งภายใต้ความเข้าใจ ก็ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมีหน้าที่ในการจัดทำรายงานดังกล่าวนี้ ให้แก่องค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) อย่างน้อย 10 วันก่อนที่จะมีการประชุมขององค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) เช่นว่านั้นในแต่ละครั้ง ทั้งนี้ เพราะการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการดังกล่าวย่อมจะทำให้การติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมทั้ง จะส่งผลดีถึงการที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีจะให้ความเคารพ และให้การยอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย เพราะมีระบบซึ่งคอยตรวจสอบการปฏิบัติตามคำชี้ขาดอยู่ด้วยนั่นเอง

1.1.3 การดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนั้น ไม่ปรากฏว่าในเขตการค้าเสรีทั้งสองนี้ได้วางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า กำหนดระยะเวลาในการดำเนินคดีภายใต้เขตการค้าเสรีดังกล่าวนี้ กำหนดไว้แต่เฉพาะการดำเนินคดีในกรณีปกติเท่านั้น

¹⁵ ASEAN EDSM ; Article 15 , para.4 and para.6.

¹⁶ DSU ; Article 21, para.6.

ไม่ได้วางข้อกำหนดไว้สำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ด้วย จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่เมื่อเริ่มต้นขั้นตอนของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือกัน เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องตอบคำร้องขอปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ และจะต้องเข้าสู่การปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ¹⁷ แต่อย่างไรก็ดี หากการปรึกษาหารือล้มเหลวภายในกำหนดเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอเพื่อปรึกษาหารือ รัฐสมาชิกซึ่งร้องขอให้ปรึกษาหารือก็อาจมีคำร้องขอต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อจัดตั้งอนุญาโตตุลาการได้¹⁸

แต่ในขณะที่ เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน¹⁹ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่ายนั้น ได้มีการวางข้อกำหนดในกรณีดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนว่าให้มีการแยกการดำเนินคดีออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การดำเนินคดีในกรณีปกติ และการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ด้วย ดังจะเห็นได้ว่า สำหรับการดำเนินคดีในกรณีปกติแล้วภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน²⁰ ได้วางข้อกำหนดในกรณีดังกล่าวไม่ต่างไปจากการดำเนินคดีในกรณีปกติภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ซึ่งได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้วนี้ แต่สำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่ายแล้ว ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน²¹ ได้วางข้อกำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวด้วย แต่ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ไม่มีการวางข้อกำหนดสำหรับการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวเอาไว้ด้วยแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า สำหรับการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวนี้ เมื่อมีการร้องขอปรึกษาหารือรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ จะต้องเข้าสู่การปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลาไม่เกิน 10 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ แต่อย่างไรก็ดี หากการปรึกษาหารือไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ภายในกำหนดเวลา 20 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทซึ่งร้องขอให้มีการ

¹⁷ TAFTA ; Article 1802 , para.2. and TNZCEPA ; Article 17.2 , para.2.

¹⁸ TAFTA ; Article 1804 , para.1. and TNZCEPA ; Article 17.4 , para.1.

¹⁹ ACFTA ; Article 4 , para.7 and para.8 and Article 6 , para.1.

²⁰ ACFTA ; Article 4 , para.3 and Article 6 , para.1.

²¹ ACFTA ; Article 4 , para.7 and para.8 and Article 6 , para.1.

ปรึกษาหารือ ก็อาจมีคำร้องขอต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อจัดตั้งอนุญาโตตุลาการได้ด้วยเช่นกัน²² และไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ตั้งแต่เมื่อเริ่มทำการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้วเสร็จจนถึงวันที่คณะอนุญาโตตุลาการออกรายงานคำวินิจฉัยชี้ขาดฉบับสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาทนั้น สำหรับในกรณีปกติจะต้องไม่เกิน 120 วัน ส่วนในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสีย ง่ายแล้วจะต้องไม่เกิน 60 วัน และไม่ว่าในกรณีใดกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่เกิน 180 วัน หลังจากวันที่การจัดตั้งองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์²³

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ก็ให้เห็นได้ว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ไม่ได้วางข้อกำหนดสำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้เช่นเดียวกันกับที่มีการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ด้วยแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สำหรับในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ถือเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งซึ่งควรจะได้รับ การแก้ไขปรับปรุง เพราะเหตุว่า ในคดีบางลักษณะอาจมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีทั่วไป เนื่องจากเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย เป็นต้น ดังนั้น เพื่อช่วยป้องกันสินค้าที่อาจเน่าเสียได้ง่าย และป้องกันความเสียหายใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ล่าช้า ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ต้องเร่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีให้เสร็จโดยเร็วขึ้นเอง นอกจากนี้ การกำหนดกรอบเวลาที่ชัดเจนสำหรับกรณีดังกล่าวเอาไว้จะทำให้ทุกฝ่ายทราบถึงกรอบเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และสามารถเตรียมการในคดีรวมถึงกำหนดการณใดได้ล่วงหน้า ยิ่งไปกว่านั้น การกำหนดกรอบเวลาที่ชัดเจนไว้ก็จะมีผลช่วยทำให้ความตกลงใดๆ ในระหว่างรัฐคู่พิพาทเกี่ยวแก่คดีอยู่ภายใต้กรอบเวลาดังกล่าว อันมีผลทำให้การดำเนินคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วตามกำหนดเวลาที่แน่นอนด้วยนั่นเอง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ควรได้มีการกำหนดการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายไว้ เพื่อให้รัฐคู่พิพาทสามารถดำเนินคดีในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ โดยอาจจะนำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวนี้ จากบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาท

²² ACFTA ; Article 4 , para.7 and Article 6 , para.1.

²³ ACFTA ; Article 9 , para.8.

ของเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน²⁴ มาเป็นแนวทางในการวางข้อกำหนดดังกล่าวให้กับเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ก็ได้เพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่อง และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีทั้งสองนี้ นั่นเอง

1.2 ปัญหาความร่วมมือภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน(AFTA) กับภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี

1.2.1 สิทธิในการร้องขอให้ตั้งผู้พิจารณาคดีในระหว่างกระบวนการหารือ

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004²⁵ ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของสิทธิในการร้องขอให้ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างกระบวนการหารือ นั้น ไม่ปรากฏว่าในเขตการค้าเสรีอาเซียนได้มีการกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า เมื่อมีการร้องขอให้มีการปรึกษาหารือโดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง แต่เมื่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่ถูกขอหารือนั้นได้เข้าร่วมในการเจรจาปรึกษาหารือตามที่ถูกร้องขอให้หารือแล้ว แต่การเจรจาปรึกษาหารือเพื่อให้มีการยุติข้อพิพาทนั้นกลับล้มเหลว ไม่สามารถทำให้ยุติข้อพิพาทได้ภายในกำหนดเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้การปรึกษาหารือ ดังนี้ รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ขอหารือ สามารถร้องขอต่อที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (SEOM) เพื่อให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้แต่เฉพาะภายหลังจากที่การเจรจาปรึกษาหารือไม่ประสบความสำเร็จภายในกำหนดเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการหารือแล้วเท่านั้น²⁶ แต่ทั้งนี้ ไม่สามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นภายในช่วงระหว่างระยะเวลา 60 วันของการปรึกษาหารือได้แต่อย่างใด ดังนี้ จึงเป็นเหตุให้กระบวนการระงับข้อพิพาทอาจจะเกิดความล่าช้าขึ้นได้โดยไม่จำเป็น

นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย²⁷ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์²⁸ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-

²⁴ ACFTA ; Article 4 , para.7 and para.8 and Article 6 , para.1 and Article 9 , para.8.

²⁵ ASEAN EDSM ; Article 5 , para.1.

²⁶ ASEAN EDSM ; Article 5 , para.1.

²⁷ TAFTA ; Article 1804 , para.1.

จีน²⁹ แล้ว ทั้งนี้ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก็เป็นดังที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้แล้วในหัวข้อข้างต้นนั่นเอง ว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ขอหารือนั้น ไม่สามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นภายใน ช่วงระหว่างระยะเวลา 60 วันของการปรึกษาหารือได้แต่อย่างใด ทั้งนี้ จะต้องรอให้ครบกำหนด ระยะเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งย่อมจะเป็นการปล่อยให้เวลาสูญเปล่าอย่างเปล่าประโยชน์ ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงข้อบทใหม่เพื่อเร่งให้กระบวนการพิจารณาคดีเสร็จได้โดยเร็ว

จากข้อพิจารณาข้างต้นนี้ ทำให้เห็นได้ว่าในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการร้องขอให้ตั้งผู้พิจารณาคดีในระหว่างกระบวนการหารือนั้น ทั้งที่ปรากฏภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ต่างก็มีข้อบกพร่องในลักษณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว โดยการเพิ่มเติมในเรื่องของสิทธิในการร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือคณะอนุญาโตตุลาการ ในระหว่างกระบวนการปรึกษาหารือเข้าไปภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของเขตการค้าเสรีทั้งหลายเหล่านี้ด้วย อย่างไรก็ตาม อาจจะอาศัยต้นแบบจากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจ ขององค์การค้าโลก (WTO)³⁰ ดังที่ได้เคยกล่าวเอาไว้แล้วนั้น มาเป็นแนวทางในการวางข้อกำหนดดังกล่าว

1.2.2 ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางกฎหมาย

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004³¹ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางกฎหมายนั้น มีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับเรื่องของความเป็นธรรม และ ความเหมาะสมในการกำหนดให้ฝ่ายใดเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทางกฎหมายซึ่งควรได้รับการพิจารณา ดังจะเห็นได้ว่า ตามพิธีสารฯ ปี 2004 ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาท และรัฐสมาชิกฝ่ายที่สามต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และตัดสินคดีตามที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์กำหนด ตามที่เห็นควรเป็นรายคดีๆ ไป³² ทั้งนี้ หากมีการใช้เงินของกองทุนกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (DSM)³³ ไป

²⁸ TNZCEPA ; Article 17.4 , para.1.

²⁹ ACFTA ; Article 6 , para.1.

³⁰ DSU ; Article 4 , para.7.

³¹ ASEAN EDSM ; Article 14 , para.3 and Article 17, para.1 and para.2.

³² ASEAN EDSM ; Article 14 , para.3.

ก่อนเพื่อสำรองออกค่าใช้จ่ายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท องค์การอุทธรณ์ และค่าใช้จ่ายด้านบริหารอื่นๆ รัฐสมาชิกดังกล่าวนั้นก็จะต้องจ่ายคืนเข้ากองทุนตามที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์การอุทธรณ์กำหนด ตามที่เห็นสมควรเป็นรายคดีๆ ไป นอกจากนี้ รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้อง ออกค่าใช้จ่ายอื่นๆ รวมทั้งค่าทนายความของตน³⁴

ทั้งนี้ จากการพิจารณาข้อความที่กล่าวมาในข้างต้นแล้วนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นไปตามพิธีสารฯ ปี 2004 ฉบับนี้ ขาดความชัดเจนและไม่เป็นธรรม เหตุเพราะตามพิธีสารฯ ปี 2004 นั้น ได้กำหนดให้เป็นดุลยพินิจของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์การอุทธรณ์เป็นผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดตามที่ตนเห็นสมควรเป็นรายคดีๆ ไป ซึ่งการกำหนดไว้โดยกว้างและขาดความชัดเจนเช่นนี้ ย่อมเป็นสาเหตุหนึ่งที่อาจนำมาซึ่งความลังเลใจของรัฐคู่พิพาทในการจะเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยอาศัยกระบวนการพิจารณาคดีภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ฉบับนี้ เพราะผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดให้เป็นดุลยพินิจนั้นทำให้กลายเป็นความไม่ชัดเจนว่าฝ่ายใดควรจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการกำหนดให้ชัดเจนลงไปโดยเห็นว่าจะกำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายดังกล่าว

อนึ่ง การที่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีเป็นฝ่ายที่ควรจะต้องรับผิดชอบในภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าวแทนรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีด้วยนั้น ก็แต่เฉพาะในส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายของประธานอนุญาโตตุลาการ รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น ทั้งนี้ ก็เฉพาะแต่ที่เป็น “ค่าใช้จ่ายที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีต้องเสียไปเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีเท่านั้น แต่ต้องมิใช่เป็นค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพื่อประโยชน์ของตนแต่เพียงฝ่ายเดียว” ซึ่งข้อพิจารณาในประเด็นที่ว่า อะไรบ้างเป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี และอะไรบ้างเป็นค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพื่อประโยชน์ของตนแต่เพียงฝ่าย

³³ an ASEAN DSM Fund : the Fund ตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 มีลักษณะเป็นกองทุนหมุนเวียนโดยกำหนดให้ตั้งกองทุนกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพื่อสำรองค่าใช้จ่ายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ ในการพิจารณาคดีโดยให้สมาชิกทุกประเทศร่วมกันออกเงินเพื่อตั้งกองทุนในจำนวนที่เท่ากัน และกำหนดให้รัฐคู่พิพาท และ รัฐสมาชิกฝ่ายที่สามจะต้องจ่ายเงินคืนเข้ากองทุนตามที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์การอุทธรณ์ กำหนดเป็นกรณีๆ ไป

³⁴ ASEAN EDSM ; Article 17, para.1 and para.2.

เดียนั้น ก็ควรให้ผู้พิจารณาคดีเป็นผู้พิจารณาให้ ดังนี้ หากเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์แก่ตนฝ่ายเดียว มิใช่เพื่อประโยชน์ในคดีก็จะให้ใช้แทนกันไม่ได้³⁵

อย่างไรก็ดี การที่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรที่จะให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับภาระในเรื่องดังกล่าวแทนรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีด้วยนั้น เพราะผู้เขียนเห็นว่า หากแม้ว่ารัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจะยากจน มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า หรือเป็นประเทศที่ยังไม่พัฒนาก็ตาม แต่พยานหลักฐานทั้งหลายทั้งปวง ซึ่งจะเป็นกุญแจนำไปสู่ข้อความจริง ย่อมได้รับการหยิบยกขึ้นมาใช้พิสูจน์ข้อโต้แย้งอย่างเต็มที่ด้วยนั่นเอง และอีกสิ่งหนึ่งที่สนับสนุนความคิดนี้ คือ ผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งได้ปฏิบัติตามมาตรการใดๆ ภายใต้ข้อตกลงทางการค้าได้อย่างถูกต้องครบถ้วนสมบูรณ์จนได้เป็นฝ่ายชนะคดีแล้ว ถ้าหากต้องให้เขาเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบออกค่าใช้จ่ายเพื่อการดำเนินคดีทางกฎหมายอีก ทั้งๆ ที่เขาเป็นฝ่ายบริสุทธิ์ และปฏิบัติตามอยู่ภายใต้กรอบความตกลงทุกอย่าง นั้นย่อมเท่ากับเป็นการสร้างภาระที่เพิ่มมากขึ้นให้แก่เขา เพราะลำพังแต่เพียงการที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรการใดๆ ให้อยู่ภายใต้ข้อตกลงทางการค้าไปโดยตลอด ก็ถือว่าเป็นภาระความรับผิดชอบอย่างหนึ่งซึ่งสำคัญมากแล้ว แต่การที่จะต้องมีภาระเพิ่มมากขึ้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อฝ่ายตนเป็นผู้บริสุทธิ์มิได้กระทำผิดดังที่กล่าวอ้างแต่กลับต้องเข้ามาต่อสู้ต่อข้อกล่าวหาเหล่านั้น เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของฝ่ายตนให้ปรากฏอีก และยิ่งไปกว่านั้น คือ จะต้องเป็นฝ่ายที่รับผิดชอบออกค่าใช้จ่ายเหล่านั้นเองอีกด้วย นั้นย่อมเท่ากับว่า ความยุติธรรมกำลังทำร้ายผู้บริสุทธิ์ และไม่ได้มอบความเป็นธรรมอย่างแท้จริงให้กับผู้ที่ปฏิบัติตนในกรอบอย่างถูกต้องนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม หากมองในอีกด้านหนึ่งก็มีมุมมองและข้อสังเกตจากนักวิชาการว่า ถ้าหากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ นำหลักที่ว่า รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้อง

³⁵ ASEAN EDSM ; “ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีนั้น” กล่าวคือ ค่าค่าธรรมเนียมใดๆ ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามที่กฎหมายกำหนด อาทิ ค่าปฎิการ และ ค่าพาหนะพยานในคดีซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือคณะผู้พิจารณาคดีในองค์การอุทธรณ์ได้เรียกมาในคดี ค่าพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเข้ามาพิสูจน์ข้อความจริงทางเทคนิค ค่าใช้จ่ายในการพิสูจน์เอกสาร หรือค่าใช้จ่ายในการส่งเอกสาร เป็นต้น สำหรับ “ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนฝ่ายเดียว” กล่าวคือ เป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่เกี่ยวกับประโยชน์เพื่อการพิสูจน์ข้อความจริงในคดีให้ปรากฏ แต่เป็นเพียงค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์แก่ตนฝ่ายเดียวมิใช่เพื่อประโยชน์ในคดี อาทิ ค่าคัด ค่ารับรองสำเนา ค่าไปสำคัญ เป็นต้น

เป็นผู้จ่าย (Looser pays)³⁶ มาใช้เป็นเงินที่รัฐคู่พิพาทจะต้องจ่ายคืนเข้าสู่กองทุนกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนก็อาจจะทำให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไม่พอใจ และอาจจะนำไปสู่การสร้าง ความแตกแยกในระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียนได้ แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนกลับมองว่า การที่เรากังวลแต่ เรื่องดังกล่าวมากเกินไป เท่ากับเรากำลังปฏิเสธความยุติธรรม และสนับสนุนการเป็นคดีกันโดย ทางอ้อม เพราะผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นหลักการที่สำคัญหลักการ หนึ่ง ซึ่งจะมีส่วนช่วยในการลดปริมาณข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าของ อาเซียนได้ เพราะคู่กรณีพิพาทจะพยายามหาหนทางระงับข้อพิพาทกันโดยวิธีอื่นที่ประหยัดกว่า เช่น การเจรจาปรึกษาหารือ การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย หรือการจัดการเจรจา เป็นต้น และยังเป็นการช่วยลดปัญหาการที่รัฐสมาชิกอาเซียน มักจะละเมิดพันธกรณีกันบ่อยครั้ง เพราะนั่น ย่อมหมายความว่า ถ้าหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้กระทำการละเมิดพันธกรณี และถูกฟ้องเป็นคดีจนตก เป็นฝ่ายแพ้คดี ตนก็จะต้องมีภาระค่าใช้จ่ายมากขึ้นอีกหลายเท่าตัวด้วย

นอกจากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมาในข้างต้นแล้วนี้ หลักการที่กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่าย ที่แพ้คดีจะต้องเป็นผู้จ่ายนั้น ยังเป็นการช่วยคัดกรองแต่เฉพาะข้อพิพาทที่สำคัญ และเป็นปัญหา อย่างแท้จริง ซึ่งไม่อาจใช้วิธีทางใดในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้แล้วเท่านั้นอีกด้วย เพราะเหตุ ว่า การดำเนินการทางกฎหมายในแต่ละครั้ง นั้นย่อมหมายถึง การมีค่าใช้จ่าย และโดยเฉพาะ อย่างยิ่ง ถ้าเป็นรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีด้วยแล้ว ย่อมจะต้องมีภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทาง กฎหมายที่เพิ่มขึ้น ซึ่งสิ่งนี้ย่อมเป็นเหตุซึ่งใจประการหนึ่งให้กับรัฐสมาชิกอาเซียนรัฐหนึ่งรัฐใด ในอัน ที่จะหยิบยกเรื่องหนึ่งเรื่องใดเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารฯ ปี 2004 นี้ ด้วยนั่นเอง

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทใน เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย³⁷ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์³⁸ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน³⁹ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องของค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางกฎหมายนั้น ก็ได้วางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าว ไว้เช่นกัน แต่ต่างกันตรงที่ในบรรดาเขตการค้าเสรีในระดับทวีปาคีเหล่านี้ ไม่ได้กำหนดให้เป็น อำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่จะสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดตามที่เห็นควรเป็นราย คดีๆ ไปว่าฝ่ายใดควรจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และตัดสิน

³⁶ รัชนี บุญประไพ, ร่างพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ปี 2004 , (นนทบุรี : สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ , 2547) น. 32.

³⁷ TAFTA ; Article 1812.

³⁸ TNZCEPA ; Article 17.12.

³⁹ ACFTA ; ACF ; Article 15.

คดี⁴⁰ แต่ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายที่แพ้คดี หรือฝ่ายที่ชนะคดี จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางกฎหมาย อันเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้ง และ ค่าใช้จ่ายของตนด้วยตนเอง สำหรับค่าใช้จ่ายของประธานคณะอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น รัฐคู่พิพาทจะต้องรับผิดชอบในส่วนที่เท่าๆ กัน ดังจะเห็นได้ว่า ถึงแม้จะได้กำหนดเป็นการชัดเจนลงไป ว่าฝ่ายใดจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในส่วนใดบ้างเป็นที่แน่ชัดลงไปก็ตาม

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า สำหรับในกรณีที่เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนของอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้ง และค่าใช้จ่ายของตน ซึ่งได้กำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ในความรับผิดชอบของรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวด้วยตนเองนั้นก็ก็เป็นสิ่งที่ผู้เขียนมีความเห็นเหมาะสมแล้ว แต่อย่างไรก็ดี สำหรับในกรณีที่เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนของประธานคณะอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ เฉพาะแต่ที่เป็นค่าใช้จ่ายที่รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องเสียไปเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดให้รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายรับผิดชอบในส่วนที่เท่าๆ กันแล้ว เห็นว่าจะไม่เป็นธรรมต่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งได้พิสูจน์โดยกระบวนการทางกฎหมายแล้วว่าตนเป็นฝ่ายบริสุทธิ์จึงเป็นฝ่ายชนะคดีแล้วนั้น แต่กลับจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ในข้อกล่าวหาที่อีกฝ่ายหนึ่งได้กล่าวอ้างว่าตนได้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อความตกลงฯ จนทำให้เขาต้องได้รับความเสียหายนั้นอีก อันเท่ากับเป็นการเพิ่มภาระให้แก่รัฐสมาชิกฝ่ายนั้นมากเกินไป ทั้งนี้ เพราะการที่จะต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตนให้อยู่ภายใต้กรอบความตกลงฯ นั้น ก็เป็นภาระหน้าที่อันสำคัญประการหนึ่งอยู่แล้ว แต่เมื่อต้องถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำผิดต่อความตกลงที่ได้ทำไว้ร่วมกัน จึงทำให้ต้องขวนขวายพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนให้ปรากฏอีกด้วยนั้น จึงเท่ากับเป็นการเพิ่มภาระที่มากขึ้นให้แก่รัฐสมาชิกฝ่ายดังกล่าว ทำให้ต้องมีภาระที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อการนั้นอีก ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่เป็นธรรม

ดังนั้น จึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายดังกล่าวแทนรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีด้วยตามหลักการที่ว่า ผู้แพ้ต้องเป็นผู้จ่าย (Looser pays) ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับที่ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะได้มีการนำเอาไปใช้ในการกำหนดภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางกฎหมายภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน ด้วยนั่นเอง

⁴⁰ ASEAN EDSM ; Article 14 , para.3.

2. ปัญหาที่แตกต่างกันของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ประเทศไทยเข้าทำความตกลง

2.1. ปัญหาที่แตกต่างกันภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี

2.1.1. กรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลมาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการได้

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกัน ดังจะเห็นได้ว่าภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย⁴¹ สำหรับในกรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลใดให้มาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการได้นั้น ไม่ปรากฏว่าในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย ได้วางข้อกำหนดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่าได้กำหนดไว้แต่เพียงให้คณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน โดยรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนฝ่ายละ 1 คนภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 คนที่ได้รับการแต่งตั้งก็จะต้องตกลงร่วมกันเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 2 แล้วเสร็จ และรัฐคู่พิพาทได้เห็นชอบกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าวภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ดังนี้ อนุญาโตตุลาการนั้น จึงจะได้รับตำแหน่งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ⁴² แต่ถ้าหากอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ไม่ได้รับการแต่งตั้งภายในกำหนดเวลา 30 วัน หรือรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง หรือ ทั้งสองฝ่ายไม่เห็นชอบกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ดังนี้ รัฐคู่พิพาทจะต้องปรึกษาร่วมกันเพื่อแต่งตั้งประธานอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาต่อไปอีก 30 วัน⁴³

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลใด ให้มาดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีในคณะอนุญาโตตุลาการได้แล้วจะแก้ปัญหานี้อย่างไร เพราะจะสังเกตเห็นได้ว่า ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียนั้น ไม่ปรากฏว่าได้วางข้อกำหนดอย่างใดไว้สำหรับกรณีที่ไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการได้ คงมีเพียงกรณีที่ไม่สามารถเลือก

⁴¹ TAFTA ; Article 1805.

⁴² TAFTA ; Article 1805 , para.1 and para.2.

⁴³ TAFTA ; Article 1805 , para.3.

ประธานอนุญาโตตุลาการได้เท่านั้น ซึ่งได้วางข้อกำหนดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเอาไว้ โดยการให้รัฐคู่พิพาทหารือร่วมกันเพื่อตั้งประธานอนุญาโตตุลาการ

ด้วยเหตุนี้ ในประเด็นปัญหาดังกล่าว จึงถือได้ว่า เป็นข้อบกพร่องประการหนึ่ง ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้ง และภาวะชะงักงันของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีขึ้นได้ ดังนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้มีองค์กรกลางองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในเวลาที่เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรให้เป็นองค์การการค้าโลก (WTO) เข้ามาเป็นผู้ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เพราะเหตุว่า ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาทางการค้า และทั้งประเทศไทย และออสเตรเลีย ต่างเป็นรัฐสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ด้วยนั่นเอง ดังนี้ การให้องค์การการค้าโลก (WTO) เข้ามาเป็นผู้ทำหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงเห็นว่าจะมีความเหมาะสมกว่าการให้องค์กรอื่นเข้ามาเพื่อทำหน้าที่ในส่วนดังกล่าวนี้

ทั้งนี้ โดยการกำหนดให้ใช้หนทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ไม่สามารถทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ภายในกำหนดระยะเวลา โดยให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (The Director-General of WTO) รองผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (The Deputy Director-General of WTO) หรือเจ้าหน้าที่ที่มีอาวุโสรองลงมา (The Officer next in seniority) ซึ่งไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันกับรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมถึง ควรต้องกำหนดให้รัฐคู่พิพาทจะต้องยอมรับในการแต่งตั้งนั้นด้วย ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ มีลักษณะคล้ายคลึงกับข้อกำหนดในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์⁴⁴ ว่าด้วยเรื่องที่ไม่สามารถตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการได้ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁴⁵ ว่าด้วยเรื่องที่ไม่สามารถเลือกประธานอนุญาโตตุลาการได้นั่นเอง

สำหรับในส่วนของภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์⁴⁶ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลใดให้มาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการได้นั้น แม้ในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ จะได้วางข้อกำหนดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเอาไว้แล้วก็ตาม แต่ทว่ามีประเด็นปัญหา คือ ไม่ปรากฏว่าได้มีข้อกำหนดให้รัฐคู่พิพาทผู้ซึ่งไม่ใช่ฝ่ายที่ร้องขอให้บุคคลภายนอกเข้ามาช่วยทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องให้การยอมรับในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าวให้เป็นอนุญาโตตุลาการ

⁴⁴ TNZCEPA ; Article 17.5 , para.3.

⁴⁵ ACFTA ; Article 7 , para.3.

⁴⁶ TNZCEPA ; Article 17.5 , para.3.

ผู้พิจารณาคดีด้วยแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ว่า ถ้าหากรัฐคู่พิพาทฝ่ายดังกล่าวนี้ ไม่ให้การยอมรับในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นแล้ว ปัญหาในกรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลมาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการได้นั้น ก็ยังคงไม่สามารถแก้ไขปัญหาในกรณีดังกล่าวนี้ได้อยู่อีก นั่นเอง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ ควรจะได้วางข้อกำหนดเพิ่มเติม ในลักษณะเป็นการบังคับให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ต้องยอมรับในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเอาไว้ด้วย ดังจะเห็นได้ว่า ในเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์นั้น ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน โดยรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คนภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 คนที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องตกลงร่วมกันเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 2 แล้วเสร็จ และรัฐคู่พิพาทได้เห็นชอบกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าวด้วยภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าว อนุญาโตตุลาการนั้นจึงจะได้รับตำแหน่งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ⁴⁷

แต่ทั้งนี้ ถ้าหากรัฐคู่พิพาทไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในฝ่ายของตน เพื่อให้เข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีในคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแล้ว กฎหมายก็ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจร้องขอให้ประธานศาลโลก (The President of the ICJ) รองประธานศาลโลก (The Vice President of the ICJ) หรือผู้พิพากษาศาลโลกที่มีอาวุโสในลำดับถัดไป (The Member of the ICJ next in seniority) แล้วแต่กรณี ซึ่งไม่ได้มีสัญชาติของรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าว⁴⁸

แต่อย่างไรก็ดี มีข้อพึงสังเกตว่าไม่มีข้อกำหนดในส่วนไหนเลยที่ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องให้การยอมรับในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าวขึ้นเป็นอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีด้วย

ดังนั้น จึงอาจจะทำให้เกิดปัญหาดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้นได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการนำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

⁴⁷ TNZCEPA ; Article 17.5 , para.1 and para.2.

⁴⁸ TNZCEPA ; Article 17.5 , para.3.

ของเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน มาเป็นต้นแบบ ทั้งนี้ โดยมีการกำหนดให้ลักษณะเป็นการบังคับให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องให้การยอมรับในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเอาไว้ด้วย⁴⁹

นอกเหนือจากนี้ ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁵⁰ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลใดให้มาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการได้นั้น แม้ในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน จะได้วางข้อกำหนดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเอาไว้แล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้ มีประเด็นปัญหา คือ การกำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียว ให้ถือเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวของคณะพิจารณานั้น การวางข้อกำหนดไว้ดังนี้ จะมีความเป็นธรรมต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ และ คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจะให้ความยุติธรรมที่แท้จริงได้จริงหรือ รวมถึง รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งนั้น จะยอมรับในผลของคำชี้ขาดนั้นด้วยหรือไม่

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ ไม่ควรวางข้อกำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียว เป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวของคณะพิจารณา ดังจะเห็นได้ว่า ในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน นั้น ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการคณะหนึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน เว้นแต่จะได้อำนาจไว้เป็นอย่างอื่น โดยรัฐคู่พิพาทฝ่ายผู้ร้องจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คน ภายในกำหนดเวลา 20 วัน ส่วนรัฐคู่พิพาทฝ่ายผู้ถูกร้องก็ต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คน ภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ⁵¹

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่รัฐคู่พิพาทรายใดไม่จัดการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีคนเดียวของคณะพิจารณา⁵² ซึ่งข้อกำหนดในลักษณะบังคับให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายต้องยอมรับอนุญาโตตุลาการของรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งนั้น แม้จะดูเสมือนเป็นกุศโลบายให้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่นิ่งดูดาย และให้รีบขวนขวายแสวงหาอนุญาโตตุลาการในฝ่ายของตนขึ้นบ้างก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีเช่นว่ามานี้ก็อาจจะมีผลกระทบในด้านลบตามมาด้วยเช่นกัน เพราะคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่า รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งย่อมรู้สึกว่าคุณตนเป็นฝ่ายเสียเปรียบในคดี และอาจจะต้องเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ในที่สุด

⁴⁹ ACFTA ; Article 7 , para.3.

⁵⁰ ACFTA ; Article 7 , para.2.

⁵¹ ACFTA ; Article 7 , para.2.

⁵² ACFTA ; Article 7 , para.2.

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจจะทำให้รัฐคู่พิพาทฝ่ายดังกล่าว ไม่ยอมรับในผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งย่อมจะมีผลกระทบต่อไปถึงการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อาจจะไม่สามารถบังคับกันได้จริง หรืออาจจะไม่ยอมเข้าร่วมในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนเลยก็เป็นได้ แต่กลับหันไปใช้เวทีอื่นในการระงับข้อพิพาทแทน ซึ่งย่อมมีคำถามเกิดขึ้นได้ว่า แล้วบทบัญญัติฯ ดังกล่าวนี มีขึ้นเพื่อประโยชน์อะไร เหตุใดจึงไม่สามารถช่วยแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในระหว่างรัฐสมาชิกภายใต้ความตกลงฯ ได้ จนทำให้รัฐสมาชิกต้องหันไปใช้เวทีอื่นเพื่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแทน ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี ถือเป็นข้อบกพร่องอันสำคัญประการหนึ่งซึ่งควรต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุงนั่นเอง

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า สำหรับประเด็นปัญหาในกรณีที่ไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการได้นั้น อาจจะแก้ไขปัญหาคข้อบกพร่องดังกล่าวนี้ โดยการนำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวกับกรณีที่ไม่สามารถตกลงเลือกประธานอนุญาโตตุลาการในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁵³ มาปรับใช้กับกรณีที่ไม่สามารถตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน ซึ่งภายใต้บทบัญญัติฯ ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวนี้ ได้กล่าวว่า หากได้ความว่ารัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ก็ได้กำหนดให้รัฐคู่พิพาทที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ต้องร้องขอให้ผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (The Director-General of WTO) รองผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก (The Deputy Director-General of WTO) หรือเจ้าหน้าที่ที่มีอาวุโสรองลงมา (The Officer next in seniority) ซึ่งไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันกับรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และรัฐคู่พิพาทจะต้องยอมรับในการแต่งตั้งนี้

แต่ถ้าหากได้ความว่า รัฐคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ก็ให้รัฐสมาชิกร้องขอต่อประธานศาลโลก (The President of the ICJ) รองประธานศาลโลก (The Vice President of the ICJ) หรือ ผู้พิพากษาศาลโลกที่มีอาวุโสในลำดับถัดไป (The Member of the ICJ next in seniority) แล้วแต่กรณี ซึ่งไม่ได้มีสัญชาติของรัฐคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น และรัฐคู่พิพาทก็ต้องยอมรับในการแต่งตั้งดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ การแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการดังกล่าวจะนำมาซึ่งความเป็นธรรมต่อรัฐคู่พิพาททุกฝ่าย และทำให้มีความมั่นใจได้ว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดจะมีความเป็นธรรมอย่างแท้จริง ซึ่งย่อมส่งผลดีต่อการที่รัฐคู่พิพาททุกฝ่ายต่างให้ความเคารพ และยอมรับในผลของคำชี้ขาดนั้นด้วยนั่นเอง

⁵³ ACFTA ; Article 7 , para.3.

2.1.2 การทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้พิจารณาภายใต้บัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคี ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมทำความตกลงในทั้งสามเขตการค้าเสรีแล้ว จะเห็นได้ว่าในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์นั้น มีลักษณะปัญหาที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งมีความแตกต่างไปจากลักษณะปัญหาที่พบในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน ดังจะเห็นได้ว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย⁵⁴ และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์⁵⁵ นั้น ในเรื่องของการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ แม้จะได้กำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายที่รัฐคู่พิพาทจะต้องทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดเอาไว้ว่าต้องกระทำภายในกำหนดเวลา 14 วัน หลังจากวันที่ได้รับร่างรายงานคำชี้ขาด และให้โอกาสอย่างเพียงพอแก่รัฐคู่พิพาทที่จะทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาด โดยรัฐคู่พิพาทอาจเสนอข้อสังเกตเกี่ยวกับร่างดังกล่าวภายใน 14 วันหลังจากวันที่ได้รับร่างรายงานคำชี้ขาดนั้น แต่ทั้งนี้ มีข้อควรพิจารณาว่า ในบางกรณีที่เป็นคดีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย ซึ่งล้วนเป็นเรื่องเร่งด่วนที่ไม่อาจรอช้าได้ ดังนั้น จึงควรต้องกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้าย ซึ่งควรจะต้องเป็นกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่ากำหนดเวลา 14 วันในข้างต้น เพื่อให้รัฐคู่พิพาทได้ทำการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดสำหรับในกรณีดังกล่าวเอาไว้ด้วย

แต่อย่างไรก็ดี กลับไม่ปรากฏว่าภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์นั้น ได้กำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายสำหรับกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งกรณีเกี่ยวกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้แต่อย่างใด⁵⁶ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้อาจเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่ง ซึ่งอาจทำให้กรณีคดีพิพาทอันเกี่ยวข้องกับเรื่องเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนั้น ไม่ได้รับการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับสภาพการณ์แห่งคดี เพราะเหตุอันเนื่องจากการให้กรณีคดีดังกล่าวนี้ใช้กำหนดระยะเวลาเดียวกันกับกรณีคดีปกติทั่วไป จึงอาจทำให้ปัญหาในกรณีคดีดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการแก้ไขอย่างทันท่วงที อันอาจเป็นเหตุให้รัฐคู่พิพาทไม่ได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทของเขตการค้าเสรีดังกล่าว นั่นเอง

⁵⁴ TAFTA ; Article 1809 , para.2.

⁵⁵ TNZCEPA ; Article 17.9 , para.2.

⁵⁶ TAFTA ; Article 1809 , para.2. and TNZCEPA ; Article 17.9 , para.2.

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะต้องมีการกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายที่เหมาะสมสำหรับในกรณีคดีดังกล่าวเอาไว้ด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์แก่รัฐคู่พิพาททุกฝ่ายในอันที่จะได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงภายใต้กระบวนการวิธีพิจารณาคดีของเขตการค้าเสรีทั้งสองนี้นั่นเอง

อนึ่ง มีข้อควรสังเกตว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ไม่ปรากฏว่าได้มีการแยกประเภทคดีเอาไว้ตั้งแต่แรกในตอนเริ่มต้นคดี ว่าในกรณีใดควรเป็นกรณีคดีทั่วไป หรือในกรณีใดควรเป็นคดีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย ดังนั้น เมื่อถึงขั้นตอนของการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยรัฐคู่พิพาทจึงทำให้มีเพียงกำหนดกรอบระยะเวลาของการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเพียงกำหนดเวลาเดียวเท่านั้น ด้วยนั่นเอง

เช่นนี้แล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การจะกำหนดให้มีกรอบระยะเวลาสุดท้ายสำหรับการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในกรณีคดีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายได้ ก็ควรจะต้องมีการแยกประเภทคดีออกเป็นกรณีคดีปกติทั่วไป (ซึ่งใช้กำหนดเวลาที่ได้กำหนดเอาไว้แล้วภายใต้เขตการค้าเสรีทั้งสองนี้) และเป็นกรณีคดีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ด้วย ซึ่งจะได้ใช้กำหนดเวลาพิเศษที่ใช้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่สั้นกว่าในกรณีคดีปกติทั่วไป เพื่อให้การดำเนินคดีมีความกระชับ และรวดเร็วมากขึ้นนั่นเอง เพราะหากกำหนดการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้แต่เฉพาะเพียงขั้นตอนของการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดเท่านั้น ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า ถึงอย่างไรเสียการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวก็คงจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้อยู่ดี ดังนั้น ในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวนี้ ก็จึงควรต้องมีการกำหนดระยะเวลาเป็นพิเศษ สำหรับในกรณีดังกล่าวนี้เอาไว้เป็นการเฉพาะด้วย เพื่อให้การดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายภายใต้เขตการค้าเสรีทั้งสองนี้เกิดขึ้นได้จริง ซึ่งย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่กระบวนการระงับข้อพิพาท

สำหรับในส่วนของภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁵⁷ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ปรากฏว่าได้กำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายที่รัฐคู่พิพาทจะต้องทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ดังเช่นที่ปรากฏในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า ได้วางข้อกำหนดไว้

⁵⁷ ACFTA ; Article 9 , para.7.

เพียงว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสที่เพียงพอแก่รัฐคู่พิพาท เพื่อทบทวนร่างรายงานทั้งหมดก่อนที่จะสรุปร่างรายงาน⁵⁸ เท่านั้น แต่ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์นั้น ได้กำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายเพื่อทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดเอาไว้ว่าจะต้องกระทำภายในกำหนดเวลา 14 วันหลังจากวันที่ได้รับร่างรายงานคำชี้ขาด

ดังนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนนั้น ไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายสำหรับการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดเอาไว้แต่อย่างใด ซึ่งการวางข้อกำหนดไว้เพียงว่าต้องให้โอกาสที่เพียงพอแก่รัฐคู่พิพาทเพื่อทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดนั้น เป็นการกำหนดกรอบระยะเวลาที่ไม่ชัดเจน ขาดความแน่นอน เพราะย่อมจะทำให้เกิดคำถามขึ้นได้ว่าระยะเวลาเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นการให้โอกาสที่เพียงพอแล้ว ดังนั้น จึงอาจจะส่งผลให้ขั้นตอนของกระบวนการระงับข้อพิพาทในลำดับถัดไปเกิดความล่าช้าขึ้นได้

ด้วยเหตุนี้ ในประเด็นปัญหาดังกล่าว จึงถือได้ว่าเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่ง ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการวินิจฉัยคดีขึ้นได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายเพื่อการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดเอาไว้ให้ชัดเจนแน่นอน เพื่อจะได้เป็นการป้องกันปัญหาความล่าช้าในการดำเนินคดีอันเกิดจากกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ โดยอาจกำหนดให้ใช้หนทางในการแก้ไขปัญหา โดยอาจจะใช้กำหนดเวลา 14 วันหลังจากวันที่ได้รับร่างรายงานคำชี้ขาด เช่นเดียวกันกับหลักเกณฑ์ของเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ เพื่อใช้เป็นกรอบระยะเวลาสุดท้ายสำหรับในกรณีคดีปกติก็ได้⁵⁹

นอกจากนี้ สำหรับในกรณีคดีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย ก็ควรต้องกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายที่สั้นกว่ากำหนดเวลา 14 วันเพื่อให้รัฐคู่พิพาทได้ทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย ทั้งนี้ การแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ ย่อมจะมีส่วนช่วยทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทในขั้นตอนดังกล่าวนี้ของเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน มีกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอนมากขึ้น ซึ่งจะเป็นผลให้การดำเนินคดีภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้มีความรวดเร็วมากขึ้นด้วยนั่นเอง

⁵⁸ ACFTA ; Article 9 , para.7.

⁵⁹ TAFTA ; Article 1809 , para.2. and TNZCEPA ; Article 17.9 , para.2.

2.2 ปัญหาที่แตกต่างกันภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) กับภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีในระดับพหุภาคี

2.2.1 การดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเฝ้าเสี่ยงง่าย

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติภายใต้พิธีสารฯ ปี 2004 ของเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA)⁶⁰ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเฝ้าเสี่ยงง่ายนั้น แม้ตามพิธีสารฯ ปี 2004 จะได้มีการกล่าวถึงการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวนี้ไว้ก็ตามว่า “รัฐคู่พิพาท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์ จะต้องพยายามเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุด” แต่ก็ไม่ปรากฏว่า ได้กำหนดกรอบระยะเวลาเป็นพิเศษเฉพาะไว้สำหรับการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า ตั้งแต่เมื่อเริ่มต้นขั้นตอนของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือกัน เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องตอบคำร้องขอปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 10 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ และจะต้องหารือกันภายในกำหนดเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ⁶¹ แต่อย่างไรก็ดี ถ้าหากไม่มีการตอบคำขอปรึกษาหารือดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด 10 วัน ไม่มีการปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 30 วัน หรือการเจรจาปรึกษาหารือไม่อาจระงับข้อพิพาทได้ภายในกำหนดเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือรัฐคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอให้มีการปรึกษาหารือก็อาจขอให้มีการจัดตั้งคณะผู้พิจารณาคดีได้⁶² แต่ทั้งนี้ สำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเฝ้าเสี่ยงง่ายนั้น ไม่ปรากฏว่าได้กำหนดกรอบระยะเวลาเป็นพิเศษเฉพาะไว้สำหรับกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ คงกำหนดไว้เพียงแต่ให้รัฐคู่พิพาท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์จะต้องพยายามเร่งกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุดเท่านั้น⁶³

นอกจากนี้ ในขั้นตอนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และในขั้นตอนการพิจารณาคดีขององค์กรอุทธรณ์ ก็ไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ในกรณีดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใดอีกด้วย และเช่นกันแม้ว่า ในขั้นตอนขององค์กร

⁶⁰ ASEAN EDSM ; Article 3 , para.5.

⁶¹ ASEAN EDSM ; Article 3 , para.4.

⁶² ASEAN EDSM ; Article 5 , para.1.

⁶³ ASEAN EDSM ; Article 3 , para.5.

อุทธรณ์ จะได้กล่าวไว้โดย “ให้คำนึงถึงกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย เอาไว้ด้วยก็ตาม”⁶⁴ แต่ทั้งนี้ ก็ไม่ปรากฏอีกเช่นกันว่า ได้กำหนดกรอบระยะเวลาเป็นพิเศษ เฉพาะไว้สำหรับกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ก็จะสามารถเห็นได้ว่าตามพิธีสารฯ ปี 2004 ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) นั้น แม้มีการวางข้อกำหนดที่แสดงถึงการให้ความสำคัญกับกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ด้วยก็ตาม กล่าวคือ ได้กำหนดให้ “ต้องพยายามเร่งกระบวนการระดับข้อพิพาทให้เร็วที่สุด”⁶⁵ นั้น แต่อย่างไรก็ดี การวางข้อกำหนดไว้เช่นนี้ย่อมมีคำถามตามมาว่าแล้ว “เร็วที่สุด” นั้น คือ ระยะเวลาเท่าไร เพราะการกำหนดไว้เช่นนี้ ย่อมไม่อาจหากำหนดเวลาที่แน่นอนได้ เนื่องจากย่อมขึ้นอยู่กับภาระงานที่ต่างกันของรัฐคู่พิพาทแต่ละรายเป็นกรณีๆ ไปเป็นสำคัญ

แต่กระนั้นก็ตาม แม้จะมีข้อโต้แย้งว่า ในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนี้ เป็นกรณีพิเศษซึ่งยากที่จะกำหนดให้แน่นอนลงไปได้เช่นเดียวกับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีคดีปกติก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนกลับมีความเห็นว่า ถึงอย่างไรเสียควรต้องกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้ายเป็นหลักไว้ก่อน เพื่อให้รัฐคู่พิพาทถือเอากำหนดเวลาสุดท้ายเป็นหลักสำคัญ ที่ต้องถือปฏิบัติในการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าว เพราะไม่เช่นนั้น แม้จะได้มีการวางข้อกำหนดที่แสดงว่าได้มีการคำนึงถึงในกรณีดังกล่าวเอาไว้ด้วยก็ตาม แต่หากไม่วางกรอบระยะเวลาไว้ก็อาจจะมิได้ทำให้เกิดประโยชน์อันใด เพราะในทางปฏิบัติแล้วย่อมมีโอกาสน้อยมากที่รัฐคู่พิพาทจะเห็นร่วมกันว่ากรณีดังกล่าวควรเป็นกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินฯ เพราะคู่กรณีฝ่ายใดที่เป็นฝ่ายเสียประโยชน์ก็ย่อมต้องการที่จะยืดเวลาออกไปให้นานที่สุดเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สำหรับในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ถือเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งที่จะควรจะได้รับแก้ไขปรับปรุง เพราะเหตุว่า หากเราพิจารณาถึงในแนวคิด และทฤษฎีของการระงับข้อพิพาททางการค้าหลักหนึ่ง ซึ่งว่าด้วยเรื่องของ “หลักความรวดเร็ว” (Speediness) แล้ว เราจะเห็นว่าข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศพึงต้องใช้เวลาในการระงับข้อพิพาทให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อป้องกันความเสียหายทางเศรษฐกิจที่อาจจะเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเร่งด่วน หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายด้วยแล้ว ยิ่งการระงับข้อพิพาทล่าช้ามากเท่าไรหรือความเสียหายที่จะเกิดกับสินค้าก็ยิ่งเพิ่มมากขึ้นเท่านั้น เนื่องมาจากความสดใหม่ของสินค้าเหล่านี้มีผลต่อการเพิ่มขึ้น หรือลดลงของความต้องการของ

⁶⁴ ASEAN EDSM ; Article 12 , para.5.

⁶⁵ ASEAN EDSM ; Article 3 , para. 5.

ผู้บริโภคด้วยเช่นกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ควรได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาสุดท้าย สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ให้ชัดเจนด้วย ทั้งนี้ โดยอาจจะนำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวจากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก⁶⁶ มาเป็นแนวทาง ในการวางข้อกำหนดดังกล่าวให้กับเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) เพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) นั้นเอง

ทั้งนี้ ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยความเข้าใจ ขององค์การการค้าโลก(WTO) เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ ได้กำหนดว่า ในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนั้น รัฐคู่พิพาทจะต้องดำเนินการเจรจาหรือกันภายในระยะเวลาไม่เกิน 10 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ และทั้งนี้ ถ้าหากการเจรจาหรือไม่อาจจะระงับข้อพิพาทได้ภายในกำหนดเวลา 20 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ ก็อาจขอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นได้⁶⁷ ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายรัฐคู่พิพาท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์ จะต้องพยายามทุกวิถีทางที่จะเร่งรัดกระบวนการพิจารณาให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้⁶⁸ ทั้งนี้ โดยกำหนดกรอบระยะเวลาเป็นเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังนี้ คือ ให้ระยะเวลาตั้งแต่จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้วเสร็จ จนถึงวันที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทออกรายงานคำตัดสินฉบับสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาท สำหรับในกรณีปกติจะต้องไม่เกิน 6 เดือน ส่วนในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายไม่ควรเกิน 3 เดือน⁶⁹ และไม่ว่าในกรณีใดกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องไม่เกิน 9 เดือนหลังจากวันที่การจัดตั้งองค์ประกอบของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสมบูรณ์⁷⁰ นอกจากนี้ สำหรับในกรณีของกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นขององค์กรอุทธรณ์นั้น ก็ได้วางข้อกำหนดไว้ว่า ระยะเวลานับจากวันที่รัฐคู่พิพาทได้แจ้งว่าจะมีการอุทธรณ์อย่างเป็นทางการจนถึงวันที่องค์กร

⁶⁶ DSU ; Article 4 , Article 12 and Article 17.

⁶⁷ DSU ; Article 4 , para.8.

⁶⁸ DSU ; Article 4 , para. 9.

⁶⁹ DSU ; Article 12 , para. 8.

⁷⁰ DSU ; Article 12 , para. 9.

อุทธรณ์เวียนรายงานของตนให้รัฐสมาชิกทราบ สำหรับในกรณีปกติจะต้องไม่เกิน 60 วัน ส่วนในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายขึ้น ได้กำหนดไว้เพียงแต่ว่าเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาต้องคำนึงถึงเป็นพิเศษในกำหนดตารางเวลาการทำงานของตน⁷¹ด้วย และไม่ว่าในกรณีใดกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นขององค์กรอุทธรณ์จะต้องไม่เกิน 90 วัน⁷²

ทั้งนี้ การแก้ไขปัญหาดังกล่าว ย่อมจะช่วยสร้างความชัดเจนมากขึ้น สำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) และจะทำให้ทุกฝ่ายได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมทำความตกลงด้วย โดยเฉพาะภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายขึ้น ก็มีปัญหาเช่นกัน แต่เป็นประเด็นปัญหาที่แตกต่างออกไปจากในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) เพราะในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) ยังได้วางข้อกำหนดโดยให้คำนึงถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ด้วย เพียงแต่ไม่ปรากฏว่าได้วางกรอบระยะเวลาสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด

แต่ในขณะที่ ในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์นั้น กลับไม่ปรากฏว่ามีข้อกำหนดมาตราใดเลย ที่แสดงว่าในเขตการค้าเสรีดังกล่าว ได้คำนึงถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีดังกล่าวเลยแม้แต่น้อย ทั้งๆ ที่เรื่องดังกล่าวถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งที่จะต้องได้วางข้อกำหนดไว้ก็ตาม ดังจะเห็นได้ว่า กำหนดระยะเวลาในการดำเนินคดีภายใต้เขตการค้าเสรีดังกล่าวนี้ กำหนดไว้แต่เฉพาะการดำเนินคดีในกรณีปกติเท่านั้น ไม่ได้วางข้อกำหนดไว้สำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ด้วย จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่เมื่อเริ่มต้นขั้นตอนของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือ นั้น เมื่อรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องตอบคำร้องขอปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 7 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ และจะต้องเข้าสู่การปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลา 30 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้อง

⁷¹ DSU ; Article 17, para. 5.

⁷² DSU ; Article 17, para. 5.

ขอปรึกษาหารือ⁷³ แต่อย่างไรก็ดี หากการปรึกษาหารือล้มเหลวภายในกำหนดเวลา 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอเพื่อปรึกษาหารือ รัฐสมาชิกซึ่งร้องขอให้ปรึกษาหารือก็อาจมีคำร้องขอต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อจัดตั้งอนุญาโตตุลาการได้⁷⁴

แต่ในขณะที่ เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁷⁵ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนั้น ได้มีการวางข้อกำหนดในกรณีดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนว่าให้มีการแยกการดำเนินคดีออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การดำเนินคดีในกรณีปกติ และการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้ด้วย ดังจะเห็นได้ว่าสำหรับการดำเนินคดีในกรณีปกติแล้วภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁷⁶ ได้วางข้อกำหนดในกรณีดังกล่าวไม่ต่างไปจากการดำเนินคดีในกรณีปกติภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ซึ่งได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้วนี้ แต่สำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายแล้ว ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนได้วางข้อกำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวด้วย⁷⁷ แต่ในขณะที่ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ไม่มีการวางข้อกำหนดสำหรับการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวเอาไว้ด้วยแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้ว่า สำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนั้น เมื่อมีการร้องขอปรึกษาหารือรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ จะต้องเข้าสู่การปรึกษาหารือภายในกำหนดเวลาไม่เกิน 10 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ แต่อย่างไรก็ดีหากการปรึกษาหารือไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ภายในกำหนดเวลา 20 วันหลังจากวันที่ได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ รัฐคู่พิพาทซึ่งร้องขอให้มีการปรึกษาหารือ ก็อาจมีคำร้องขอต่อรัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อจัดตั้งอนุญาโตตุลาการได้ด้วยเช่นกัน⁷⁸ และไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายนี้ กรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ตั้งแต่เมื่อเริ่มทำการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้วเสร็จจนถึงวันที่

⁷³ TAFTA ; Article 1802 , para.2. and TNZCEPA ; Article 17.2 , para.2.

⁷⁴ TAFTA ; Article 1804 , para.1. and TNZCEPA ; Article 17.4 , para.1.

⁷⁵ ACFTA ; Article 4 , para.7 and para.8 and Article 6 , para.1.

⁷⁶ ACFTA ; Article 4 , para.3 and Article 6 , para.1.

⁷⁷ ACFTA ; Article 4 , para.7 and para.8 and Article 6 , para.1.

⁷⁸ ACFTA ; Article 4 , para.7 and Article 6 , para.1.

คณะอนุญาโตตุลาการออกรายงานคำวินิจฉัยชี้ขาดฉบับสุดท้ายให้แก่รัฐคู่พิพาทนั้น สำหรับในกรณีปกติจะต้องไม่เกิน 120 วัน ส่วนในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินรวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสีย ง่ายแล้วจะต้องไม่เกิน 60 วัน และไม่ว่าในกรณีใดก็ตาม กรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่เกิน 180 วัน หลังจากวันที่การจัดตั้งองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์⁷⁹

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ก็จะได้เห็นว่า ภายใต้เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ไม่ได้วางข้อกำหนดสำหรับการดำเนินคดีในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายเอาไว้เช่นเดียวกันกับที่มีการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวในเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีนด้วยแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สำหรับในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ถือเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งซึ่งควรจะได้รับแก้ไขปรับปรุง เพราะเหตุว่า ในคดีบางลักษณะอาจมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีทั่วไป เนื่องจากเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่าย เป็นต้น ดังนี้ เพื่อช่วยป้องกันสินค้าที่อาจเน่าเสียได้ง่าย และป้องกันความเสียหายใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้เฉพาะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ล่าช้า ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ต้องเร่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีให้เสร็จโดยเร็วขึ้นเอง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ทั้งในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ ควรได้มีการกำหนดกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน รวมทั้งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเน่าเสียง่ายไว้เพื่อให้รัฐคู่พิพาทสามารถดำเนินคดีในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ โดยอาจจะนำเอาต้นแบบซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวนี้ จากบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทของเขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน⁸⁰ มาเป็นแนวทางในการวางข้อกำหนดดังกล่าวให้กับเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย และเขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์ก็ได้ เพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่อง และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้เขตการค้าเสรีทั้งสองนี้ นั่นเอง

2.2.2 บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิจารณา

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ปี 2004⁸¹ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น กำหนดเพียงห้ามคนชาติ (Nationals of ASEAN Member States) ของรัฐคู่พิพาททำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัย

⁷⁹ ACFTA ; Article 9 , para.8.

⁸⁰ ACFTA ; Article 4 , para.7 and para.8 and Article 6 , para.1 and Article 9 , para.8.

⁸¹ ASEAN EDSM ; Appendix 2 , Article 1 , para.1.

ข้อพิพาทเท่านั้น แต่ไม่ปรากฏว่าห้ามพลเมือง (Citizens of Member States) ของรัฐคู่พิพาททำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยแต่อย่างใด ดังนี้ ย่อมแสดงว่า พลเมืองของรัฐคู่พิพาทสามารถได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า หากมีการแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐคู่พิพาทให้ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีพิพาทดังกล่าวแล้ว จะมั่นใจได้อย่างไรว่าบุคคลดังกล่าวจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยปราศจากอคติ ไม่มีความลำเอียง เพราะเหตุแห่งการเป็นพลเมืองของรัฐ ดังจะเห็นได้ว่า ในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) นั้น ได้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคณะหนึ่ง ประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน เว้นแต่ในกรณีที่รัฐคู่พิพาทได้ตกลงร่วมกันภายในกำหนดเวลา 10 วันนับแต่วันตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า ต้องการให้มีองค์คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจำนวน 5 คน ซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลที่เป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม และ ห้ามไม่ให้คนชาติของรัฐคู่พิพาททำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในกรณีพิพาทดังกล่าว เว้นแต่ รัฐคู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น⁸²

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ก็จะได้เห็นว่าในพิธีสารฯ ปี 2004 นี้ ห้ามเฉพาะคนชาติ หรือคนที่มีสัญชาติ (Nationals of ASEAN Member States) ของรัฐคู่พิพาทเท่านั้นในการทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเป็นประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ถือเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งที่ควรได้รับการแก้ไขปรับปรุง เพราะเหตุว่า คำว่า “คนชาติ หรือสัญชาติ” (Nationality) ของบุคคลธรรมดา (Nationality of Natural Persons) มีความหมาย เฉพาะแต่เพียงบุคคลที่ได้สัญชาติจากหลักสืบสายโลหิตของบุพการีที่มีสัญชาติของรัฐนั้น (jure sanguinis) และหลักดินแดนที่บุคคลนั้นเกิด (jure soli) หรือจากทั้งสองหลักซึ่งเป็นเครื่องที่แสดงถึง “ความเกี่ยวโยงแท้จริง” (genuine link) ระหว่างรัฐกับบุคคลที่รัฐจะให้สัญชาติ⁸³ แต่ในขณะที่ คำว่า “พลเมือง” (Citizen) นั้น มีความหมายที่กว้างกว่า เพราะนอกจากจะหมายถึงคนชาติ หรือบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นแล้ว ยังอาจรวมถึงบุคคลผู้ที่แม้จะไม่ได้มีสัญชาติของรัฐนั้น แต่หากมีความผูกพันเกี่ยวข้องกับรัฐนั้นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยการเข้าไปอาศัย เรียน หรือทำงาน ฯลฯ ในรัฐนั้น ก็ย่อมถือเป็นพลเมืองของรัฐนั้นด้วย

⁸² ASEAN EDSM ; Appendix 2 , Article 1 , para.1.

⁸³ จาก คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี Nottebohm อ้างโดย จุมพต สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2546) น. 285 – 291.

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่กำหนดห้ามเฉพาะ “คนชาติ” ของรัฐคู่พิพาท ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น จะเป็นการจำกัดที่แคบไปซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถให้ความยุติธรรมที่แท้จริงได้ แต่ถ้าหากกำหนดห้าม “พลเมือง” ของรัฐคู่พิพาทขึ้นเป็น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว จะเป็นการครอบคลุมได้มากกว่า ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ามี ความเหมาะสมกว่า ทั้งนี้ ก็เพื่อความเป็นกลาง ความโปร่งใส และเพื่อประโยชน์แห่งการ พิจารณาคดีด้วยความยุติธรรมปราศจากอคติอย่างแท้จริงนั่นเอง อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ใน บทบัญญัติภายใต้ความเข้าใจฯ ขององค์การการค้าโลก (WTO) ก็ได้วางข้อกำหนดห้ามมิให้ พลเมือง (Citizens of Members) ของรัฐคู่พิพาทเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เช่นกัน⁸⁴

นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทใน เขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมทำความตกลงด้วยนั้น ไม่ว่าจะเป็น เขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย⁸⁵ เขตการค้าเสรีไทย-นิวซีแลนด์⁸⁶ และเขตการค้าเสรีอาเซียน- จีน⁸⁷ แล้ว จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น ก็มีปัญหา เช่นกัน แต่เป็นปัญหาที่แตกต่างออกไปจากในเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) กล่าวคือ ไม่ ปรากฏว่าในเขตการค้าเสรีดังกล่าวนี้ ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของสัญชาติ หรือพลเมือง ของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการในคณะอนุญาโตตุลาการเอาไว้ให้มีความชัดเจน ลง ไปแต่อย่างใด ว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐคู่พิพาทดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร หรือจะต้องเป็นบุคคลผู้เป็นพลเมืองของรัฐคู่พิพาทดังกล่าวหรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ เป็น เพียงการวางข้อกำหนดไว้ว่า ให้รัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายเลือกอนุญาโตตุลาการในฝ่ายของตนขึ้นมา เท่านั้น⁸⁸

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นในกรอบของความตกลงภายใต้ เขตการค้าเสรีในระดับทวิภาคีนั้นแม้การไม่ได้กำหนดในเรื่องของสัญชาติ หรือพลเมือง ของบุคคล ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการในคณะผู้พิจารณาคดีเอาไว้ จะไม่ถึงกับเป็นข้อบกพร่องอัน สำคัญก็ตาม เพราะเหตุว่า อย่างไรก็ตาม เสียรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายคงจะต้องเลือกบุคคลผู้ที่เป็น

⁸⁴ DSU ; Article 8 , para.3.

⁸⁵ TAFTA ; Article 1805 , para.1.

⁸⁶ TNZCEPA ; Article 17.5 , para.1.

⁸⁷ ACFTA ; Article 7 , para.2.

⁸⁸ TAFTA ; Article 1805 , para.1. and TNZCEPA ; Article 17.5 , para.1. and ACFTA ; Article 7 , para.2.

ประโยชน์ต่อรัฐมากที่สุดไม่ว่าบุคคลดังกล่าวนั้นจะเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐ หรือ เป็นพลเมืองของรัฐหรือไม่ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า การวางข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวให้มีความชัดเจนลงไปนั้น ย่อมจะมีผลดีมากกว่าผลเสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นในกรณีที่ไม่สามารถเลือกบุคคลมาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการได้ และเป็นเหตุทำให้ต้องให้องค์กรกลางไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) หรือองค์การการค้าโลก (WTO) เข้ามาเป็นผู้ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแก่เขตการค้าเสรีดังกล่าว⁸⁹ ซึ่งภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวก็มิได้วางข้อกำหนดในเรื่องนี้เอาไว้แต่อย่างใด ดังนั้น เราก็ไม่อาจทราบได้ว่าองค์กรกลางจะเลือกบุคคลใดให้เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีให้แก่เรา ซึ่งอาจจะไม่ใช่บุคคลที่เราพึงพอใจก็ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า อย่างน้อยที่สุดการวางกรอบให้ชัดเจนลงไปว่าบุคคลผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีให้แก่รัฐใด ถ้าหากแม้ไม่ใช่เป็นบุคคลผู้ซึ่งมีสัญชาติ หรือเป็นพลเมืองของรัฐนั้น ก็จะต้องไม่ใช่บุคคลผู้ซึ่งมีสัญชาติ หรือเป็นพลเมืองของรัฐคู่กรณีพิพาทฝ่ายตรงข้าม ซึ่งการวางกรอบกฎเกณฑ์ในการเลือกบุคคลผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการไว้เช่นนี้ เท่ากับจะเป็นการช่วยป้องกันปัญหาความขัดแย้งในอนาคตเกี่ยวกับปัญหาข้อขัดข้องในกรณีดังกล่าวได้นั่นเอง

⁸⁹ TNZCEPA ; Article 17.5 , para.3. and ACFTA ; Article 7 , para.3.