

ปัญหาและแนวทางในการใช้กลไกทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ของประชาคมอาเซียน

Problems and Prospects Relating to Legal Mechanisms to Settle Dispute of ASEAN Community

รุ่งนภา อติศรมงคล¹

Rungnapa Adisornmongkon

Received Jul 2, 2019

Revised Nov 10, 2019

Accepted Nov 14, 2019

DOI: 10.14456/connexion.2019.18

บทคัดย่อ

งานวิจัยชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงประสิทธิภาพของกลไกทางกฎหมายที่อาเซียนใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิก โดยได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดอยู่ในพิธีสารที่เกี่ยวข้องฉบับต่าง ๆ รวมถึงกฎบัตรอาเซียน เปรียบเทียบกับกลไกที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทขององค์การระหว่างประเทศอื่น ได้แก่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และองค์การการค้าโลก เพราะเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างรัฐ คู่กรณีจะเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของสององค์กรนี้แทนการเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน และได้ศึกษาตัวอย่างของศาลสหภาพยุโรป อันนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคซึ่งเป็นสาเหตุที่ประเทศสมาชิกไม่นำกลไกทางกฎหมายของอาเซียนมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทด้านการเมือง ข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศสมาชิก เพื่อให้ได้แนวทางการแก้ไขที่จะเพิ่มประสิทธิภาพและการบังคับใช้ได้จริงของกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน

ผลการศึกษาพบว่า กลไกที่กำหนดอยู่ในพิธีสารที่เกี่ยวข้องฉบับต่าง ๆ มีกระบวนการที่สลับซับซ้อน การระงับข้อพิพาทต้องเกิดจากความตกลงยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย กรอบระยะเวลาที่สั้นอันเป็นปัญหากับการบังคับใช้จริง และปัญหาสำคัญ คือ การบังคับตามคำชี้ขาดหรือคำตัดสินที่ขาดความชัดเจนและเป็นรูปธรรม งานวิจัยชิ้นนี้จึงมีข้อเสนอว่าควรจัดตั้งองค์กรเฉพาะทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทและบังคับคำตัดสินเพื่อความถาวรและการทำงานอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น จึงเห็นควรจัดตั้งศาลยุติธรรมอาเซียนเพื่อการระงับข้อพิพาท

คำสำคัญ: กลไกการระงับข้อพิพาท / อาเซียน / การไกล่เกลี่ย / กฎบัตรอาเซียน / วิถีสถิติอาเซียน / ปฏิสัมพันธ์ของอาเซียน

¹ Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University, Bangkok, Thailand, e-mail: fsocmp@ku.ac.th

Abstract

This research aimed to study the effectiveness of legal mechanisms that ASEAN uses for dispute settlement among member states. It studies the principles in which are the related protocols through ASEAN Charter comparing the mechanism of other international organizations such as International Court of Justice and World Trade Organization. This is because the dispute parties have chosen the resolution mechanism of these organizations for settling the disputes instead of the mechanism of ASEAN. Furthermore, this paper studies role model of the Court of Justice of Europe Union. Pursuant to those lead to analyze the problems or obstructions that are the causes that member states deviate from regional mechanism and using other mechanism for settling political, economic and trade disputes. The expected occurrence is the guidance for effective and practical ASEAN mechanism on dispute settlement.

It has found that, the existing mechanisms of related protocols show the complex procedure, the beginning of procedure must be agreed by both parties, short period of time upon the proceeding. Theses all are the practical problem. Essentially, the enforcement of the adjudication or decision is ambiguity and abstract. This paper could be recommended to establish specific bureau, which is permanent and continuous working such a court of justices of ASEAN.

Keywords: Dispute settlement mechanism / ASEAN / Conciliation / ASEAN Way /

ASEAN's constructive engagement

ความสำคัญ และที่มาของปัญหาการวิจัย

อาเซียนมีเป้าหมายให้มีวิธีระงับข้อพิพาทในทุกด้านที่มีความร่วมมือกัน อาทิ ด้านการเมือง ความมั่นคง ด้านเศรษฐกิจ และด้านอื่น ๆ จึงได้สร้างกลไกการระงับข้อพิพาทเพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถยุติข้อขัดแย้งระหว่างกันได้หลากหลายวิธี โดยบัญญัติอยู่ในกฎหมาย 3 ฉบับหลัก ได้แก่ สนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 (Treaty of amity and cooperation in Southeast Asia 1976) พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ค.ศ. 2004 (ASEAN protocol on the enhanced dispute settlement mechanism 2004) พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท ค.ศ. 2010 (Protocol to the ASEAN charter on dispute settlement mechanism 2010) แต่อย่างไรก็ตามประเทศสมาชิกที่ลงนามรับรองพิธีสารดังกล่าวไม่ใช้กลไกที่ร่วมรับรองแต่เลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นที่ตนมีความไว้วางใจมากกว่า เช่น กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คดีตัวอย่างที่เห็นได้คือ

กรณีข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยและประเทศกัมพูชาในเรื่องเขตแดน ในปี พ.ศ. 2554 ข้อพิพาทระหว่างประเทศอินโดนีเซียและประเทศมาเลเซียเรื่องดินแดนเหนือหมู่เกาะสิปาดันและเกาะลิกิตัน (Sipadan and Ligitan) ในปี พ.ศ. 2541 หรือกรณีข้อพิพาทเหนือดินแดนเปดรา บลังกา และ ปูลัว บาตู (Pedra Branca and Pulau Batu) ระหว่างประเทศมาเลเซียและประเทศสิงคโปร์ ในปี พ.ศ. 2546 ซึ่งข้อพิพาทเหล่านี้ควรระงับภายใต้กลไกในสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 แต่ประเทศที่เป็นคู่พิพาทกลับนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะกลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารของอาเซียนมีข้อบกพร่อง ซึ่งมีผลต่อความน่าเชื่อถือในการเลือกใช้จากรัฐสมาชิก ส่วนข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจคู่พิพาทได้นำคดีเข้าสู่การระงับขององค์การการค้าโลก เช่น ข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยและประเทศฟิลิปปินส์ในเรื่องละเมิดข้อกำหนดเขตการค้าเสรี ในปี พ.ศ. 2551 หรือข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศเวียดนามและอินโดนีเซีย ในปี พ.ศ. 2558 ซึ่งควรจะระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ค.ศ. 2004 แต่คู่กรณีมิได้เลือกใช้ด้วยเหตุผลเดียวกัน

จากการศึกษารายละเอียดเนื้อหาของกฎบัตรอาเซียน และพิธีสารที่ว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนในด้านต่าง ๆ พบว่ามีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เช่น กระบวนการที่สลับซับซ้อน ครอบคลุมระยะเวลาในการพิจารณาข้อพิพาท ปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดหรือคำตัดสินซึ่งถือเป็นปัญหาสำคัญ นอกจากนี้การกำหนดให้เลขาธิการอาเซียนเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการตรวจตราการปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ข้อเสนอแนะ หรือคำตัดสินแล้วแต่กรณี แต่มิได้มีอำนาจหรือบทบาทในการเป็นผู้ตรวจตราอย่างแท้จริง หากแต่เป็นเพียงสื่อกลางในการส่งผ่านข้อพิพาทที่มีอาจะระงับได้ไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อตัดสิน ซึ่งส่งผลกระทบต่อปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการที่เหมาะสมกับประเทศสมาชิกผู้ละเมิดพันธกรณี ทำให้ประเทศสมาชิกคู่กรณีเกิดความไม่มั่นใจในกระบวนการติดตามผลว่าจะดำเนินอย่างไร่งใสและมีประสิทธิภาพตามหลักสากลหรือไม่ ประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาจึงเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทขององค์กรอื่น ซึ่งมั่นใจว่าจะสามารถปกป้องผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ การค้าได้ดีกว่า

ทั้งนี้ถ้าหากไม่สามารถสร้างความเชื่อมั่นให้ภาคีสมาชิกใช้สนธิสัญญาหรือพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทที่ร่วมกันรับรองได้ ก็ไม่อาจทำให้การเป็นองค์กรที่มีกฎหมายเป็นพื้นฐานในการดำเนินงาน หรือ Rule based organization ของอาเซียนประสบความสำเร็จได้ ดังนั้น การวิจัยครั้งนี้จะทำการศึกษาเพื่อค้นหาถึงเหตุผลและปัญหาที่เป็นข้อบกพร่องในกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพื่อหาข้อเสนอแนะอันเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาผลกระทบในการระงับข้อพิพาทด้านต่าง ๆ ได้แก่ ด้านการเมือง เศรษฐกิจการค้า และการตีความกฎหมายระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ตามที่กำหนดในพิธีสารฉบับต่าง ๆ ของอาเซียนโดยเปรียบเทียบกับกลไกการระงับข้อพิพาทขององค์กรอื่น ๆ เช่น สหประชาชาติ ศาลสหภาพยุโรป และองค์การการค้าโลก ตลอดจนศึกษาถึงแนวทางในการระงับข้อพิพาทด้านต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิก อันนำไปสู่การวิเคราะห์จุดบกพร่องของกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารว่าด้วยการระงับข้อพิพาทของอาเซียน เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขความบกพร่องเพื่อให้การบังคับใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

อนึ่ง งานวิจัยชิ้นนี้มุ่งศึกษาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐเป็นหลัก ในประเด็นด้านการเมือง เศรษฐกิจการค้าและปัญหาด้านการใช้และการตีความของกฎบัตรอาเซียนและข้อตกลงต่าง ๆ ที่รัฐสมาชิกร่วมลงนาม ดังนั้นในงานชิ้นนี้จึงไม่ได้ศึกษาถึงการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติภายใต้ ASEAN Comprehensive Investment Agreement ทั้งนี้เพราะอยู่นอกขอบเขตของงาน

วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (qualitative research) ซึ่งเป็นงานวิจัยเชิงนิติศาสตร์ตามแบบสังคมวิทยากฎหมาย โดยศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบกับกลไกการระงับข้อพิพาทขององค์กรระหว่างประเทศอื่น ซึ่งใช้ข้อมูลเอกสารเป็นหลักผ่านการวิเคราะห์ ใช้วิธีพรรณนา โดยอาศัยข้อมูลเชิงปฐมภูมิ อันได้แก่ ตัวบทกฎหมาย รวมทั้งข้อมูลทุติยภูมิ เช่น ตำรา รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ วารสารวิชาการ รายงานจากสถาบันและหน่วยงานต่าง ๆ ตลอดจนข้อมูลที่ได้จากอินเทอร์เน็ต

ผลการวิจัย

จากการศึกษา สามารถอภิปรายผลตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทฉบับต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. กลไกการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 (Treaty of amity and cooperation in Southeast Asia -TAC 1976)

เนื่องจากบทบัญญัติของกฎบัตรอาเซียน หรือ ASEAN Charter ในหมวดที่ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระบุไว้ว่า ต้องใช้กระบวนการสันติวิธี อันได้แก่ การปรึกษาหารือ การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย โดยมีคนกลางที่นำเชื้อถือเข้ามาช่วยทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเมืองภายใต้สนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ สนธิสัญญา TAC ได้กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทกันด้วยการไกล่เกลี่ย ประนีประนอม โดยกำหนดให้นำเรื่องเสนอต่อคณะมนตรีสภาสูง (high

council) กล่าวคือ เมื่อคู่พิพาทไม่สามารถเจรจากันเองได้ จะเสนอคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะมนตรี
 สภาสูงเพื่อดำเนินการจัดให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีเจรจา การไกล่เกลี่ย การไต่สวน หรือการประนีประนอม
 และอาจเสนอตัวเป็นคนกลางที่น่าเชื่อถือในการระงับข้อพิพาทด้วย จากความตอนหนึ่งในบทบัญญัติมาตรา 15
 ที่ว่า “the High Council shall take cognizance of the dispute or the situation and shall recommend to the
 parties in dispute appropriate means of settlement such as good offices, mediation, inquiry or conciliation.
 The High Council may however offer its good offices, or upon agreement of the parties in dispute,
 constitute itself into a committee of mediation, inquiry or conciliation” จากกลไกในการระงับข้อพิพาทของ
 สนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 นี้สามารถวิเคราะห์ปัญหาได้ ดังนี้

1) ปัญหาการเสนอข้อพิพาทต่อที่ประชุมคณะมนตรีสภาสูง

ประเทศที่มีข้อพิพาทต้องทำการยื่นคำร้องขอเป็นหนังสือผ่านช่องทางทางการทูตเสนอไปยัง
 คณะมนตรีสภาสูงและแจ้งให้รัฐที่เป็นคู่พิพาทรับทราบเพื่อให้ความยินยอม ถ้าไม่มีหนังสือยืนยันให้ความยินยอม
 จากรัฐที่เป็นคู่พิพาททั้งสองฝ่าย คณะมนตรีสภาสูงจะไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท และถึงแม้จะมีการช่วยเหลือ
 จากรัฐสมาชิกอื่นเพื่อให้ง่ายต่อการเห็นชอบของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายก็ตาม แต่ถ้าคู่กรณีไม่สมัครใจเข้าร่วมเจรจา
 เพื่อระงับข้อพิพาท กระบวนการระงับข้อพิพาทย่อมไม่อาจมีขึ้นได้ เนื่องจากสนธิสัญญานี้ไม่มีบทบัญญัติใด
 ห้ามประเทศสมาชิกอื่นให้การช่วยเหลือ แต่อย่างไรก็ตาม ความช่วยเหลือต่าง ๆ แม้มีก็ไม่เป็นผลซึ่งเห็นได้จาก
 ข้อพิพาทเรื่องเขตแดนระหว่างไทยกับกัมพูชาครั้งล่าสุดเมื่อ ปี พ.ศ. 2551 มีความช่วยเหลือจากประเทศสมาชิกอื่น
 ถึงสามครั้งด้วยกัน ทั้งจากสิงคโปร์ เวียดนาม และอินโดนีเซีย ที่ต้องการให้ไทยและกัมพูชาเข้าร่วมหารือและเจรจา
 ยุติข้อพิพาทที่ยืดเยื้อและเริ่มมีความรุนแรง แต่ก็ไม่สำเร็จ (International Crisis Group, 2011) และท้ายที่สุด
 ข้อพิพาทดังกล่าวก็ได้นำไปขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของสหประชาชาติ จากประวัติศาสตร์
 ในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเขตแดน ไม่ว่าจะกรณีระหว่างมาเลเซียกับอินโดนีเซีย ในดินแดนเกาะสิปาดัน และลิเกตัน
 กับข้อพิพาทเหนือดินแดนซาบารห์ ระหว่างมาเลเซีย และฟิลิปปินส์ (Akarapong, n.d.) ล้วนแต่ไม่สามารถตกลง
 ระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการภายในภูมิภาคได้ เพราะไม่ได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่าย จนต้องนำคดีขึ้นสู่
 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งแม้ว่าการยื่นคดีต่อศาลจะต้องเป็นการร้องขอโดยความริเริ่มร่วมกันของคู่พิพาททั้ง
 สองฝ่ายก็ตาม แต่รัฐฝ่ายพิพาทฝ่ายเดียวมีสิทธิเสนอคดีต่อศาลได้ แม้รัฐคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ยินยอมระงับ
 ข้อพิพาทด้วยก็ตาม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจในการพิจารณาคดีฝ่ายเดียวได้หากรัฐคู่กรณี
 พิพาทได้ทำคำประกาศเพื่อยอมรับเขตอำนาจของศาลไว้ล่วงหน้า หรือเป็นภาคีของตราสารทางกฎหมายต่าง ๆ เช่น
 กฎบัตร สนธิสัญญา หรืออนุสัญญา ซึ่งมีบทบัญญัติให้ภาคนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล
 (Nunthirapakorn, 2014) รวมถึงหลังจากที่มีการร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว ถ้ารัฐฝ่ายที่ถูกโต้แย้ง
 ยินยอมเข้าร่วมการพิจารณาคดีหรือโดยการส่งสำนวนของตนหรือไม่คัดค้านคำตัดสิน จะถือเป็นการยอมรับโดย

ปริยายซึ่งเขตอำนาจศาล (Thirawat, 2004) ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับอาเซียนแล้ว จึงเป็นการยากที่กระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งกำหนดภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้จะเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะข้อพิพาทในประเด็นเรื่องเขตแดนอันมีนัยของอำนาจอธิปไตย และบางกรณีมีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมหาศาลแฝงอยู่ เช่น กรณีข้อพิพาทเหนือหมู่เกาะในทะเลจีนใต้ที่เป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบัน และไม่สามารถเจรจาและร่วมจัดสรรผลประโยชน์กันได้เลย แม้ว่า ณ ปัจจุบัน ประเทศสมาชิกอาเซียนได้เข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกันแล้วก็ตาม

2) ผู้มีสิทธินำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท

กฎบัตรอาเซียนกำหนดให้รัฐสมาชิกซึ่งเป็นผู้พิพาทเท่านั้นที่มีสิทธินำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการประเทศสมาชิกอื่นที่ไม่ใช่ผู้พิพาทหรือมีส่วนเกี่ยวข้อง รวมถึงองค์กรอื่น ๆ ที่จัดตั้งภายใต้กฎบัตรอาเซียนไม่สามารถนำประเด็นพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของภูมิภาคได้ แต่ถ้าเป็นการระงับข้อพิพาทของสหประชาชาติ ซึ่งกำหนดให้สมาชิกสหประชาชาติ รวมถึงสมาชิกองค์การสหประชาชาติแม้ว่าจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท สามารถเสนอข้อพิพาทให้คณะมนตรีความมั่นคงดำเนินการแก้ไขได้ (Charter of United Nation 1945) นอกจากนี้ คณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติอาจเข้าแทรกแซงกรณีพิพาทได้ ถ้าเห็นว่าจำเป็นโดยเชิญผู้พิพาทมาหาข้อยุติได้ (Saisunthorn, 2005) ซึ่งทำให้ข้อพิพาทได้รับการระงับอย่างทันที่

3) องค์คณะในที่ประชุมของคณะมนตรีสภาสูง

องค์คณะในที่ประชุมคณะมนตรีสภาสูง ได้แก่ ตัวแทนระดับรัฐมนตรีจากประเทศสมาชิกทั้งหมด และยังรวมไปถึงประเทศนอกสมาชิกอาเซียนด้วยถ้าได้รับผลกระทบโดยตรงจากข้อพิพาท และในการประชุมเพื่อหาข้อเท็จจริง การไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมเพื่อหาข้อยุตินี้ ต้องได้มติเป็นเอกฉันท์เท่านั้น ซึ่งเป็นประเด็นที่สร้างปัญหา เพราะที่ประชุมประกอบด้วยตัวแทนของประเทศสมาชิกซึ่งรวมถึงประเทศคู่พิพาทด้วย ทั้งนี้ถ้ามติให้ฝ่ายประเทศตนเสียเปรียบคงไม่มีตัวแทนรัฐพิพาทโดยอ้อมยกมือยอมรับกับมติดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีที่ต้องสูญเสียดินแดนพิพาทให้ฝ่ายตรงข้าม ซึ่งถ้ายื่นพิจารณาในข้อพิพาทเรื่องดินแดนและเขตแดนระหว่างไทยกับกัมพูชา หรือระหว่างมาเลเซียกับอินโดนีเซีย ถึงแม้ว่าขนาดพื้นที่อันนำมาสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐจะไม่มากก็ตาม ยังไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ ดังนั้น แม้จะเข้าสู่กระบวนการของคณะมนตรีสภาสูง ย่อมจะมีปัญหาโดยมติจะไม่ได้รับการยอมรับจากทั้งสิบประเทศสมาชิก

4) การบังคับตามคำแนะนำของที่ประชุมคณะมนตรีสภาสูง

ถึงแม้ข้อพิพาทได้รับการยุติโดยคำแนะนำที่ผ่านมติเป็นเอกฉันท์จากที่ประชุมคณะมนตรีสภาสูงแล้วก็ตาม แต่คำแนะนำในการประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายแก่คู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม หากไม่มีการปฏิบัติตามมตินั้น จะมีการตรวจสอบหรือบังคับอย่างไรได้ ซึ่งในสนธิสัญญาฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ ดังนั้นจึงต้องย้อนกลับไปพิจารณากฎบัตรอาเซียน หรือ ASEAN Charter โดยมาตรา 27 กำหนดให้เลขาธิการอาเซียนส่งเรื่องไปที่ประชุมสุดยอดอาเซียนชี้ขาด แต่อย่างไรก็ตามถ้าพิจารณาหลักการสำคัญ

อันหนึ่งในมาตรา 2 (จ) ของกฎบัตรอาเซียนที่ว่าอาเซียนจะไม่เข้าไปก้าวล่วงกิจการภายในของประเทศสมาชิก ประกอบกับหลักการพื้นฐานในสนธิสัญญาฉบับนี้เองที่จะไม่มีการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น ดังนั้นอาเซียนจึงไม่มีอำนาจไปก้าวล่วงบังคับให้ประเทศใดปฏิบัติตามมติดังกล่าวได้

เช่นเดียวกันกับกรณีข้อพิพาทหาข้อยุติไม่ได้ กฎบัตรอาเซียนในมาตรา 26 กำหนดให้นำข้อพิพาทเข้าสู่ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อทำการตัดสิน และถ้าประเด็นพิพาทเป็นประเด็นทางการเมือง คงเผชิญกับคำถามที่ว่า การพิจารณาและทำคำตัดสินของที่ประชุมสุดยอดอาเซียนจะเข้าข่ายเป็นการแทรกแซงกิจการภายในหรือไม่ อีกทั้งที่ประชุมสุดยอดอาเซียนไม่ใช่กระบวนการตุลาการ ดังนั้นเมื่อข้อพิพาทไม่ได้รับการแก้ไข คู่กรณีจึงมักเสนอเรื่องให้อนุญาตตุลาการ หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งขาดตามที่ปรากฏอยู่ในหลายข้อพิพาทที่ผ่านมา (Woon, n.d.) ประกอบกับ มาตรา 17 ของสนธิสัญญานี้ ไม่ห้ามคู่พิพาทเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ตามมาตรา 33 (1) ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งก็คือการนำคดีเข้าสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม การนำข้อพิพาทไประงับยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแม้มีข้อดีในประเด็นการเริ่มต้นเข้าสู่คดีที่มีโอกาสเป็นไปได้มากกว่าการเสนอข้อพิพาทให้คณะมนตรีสภาพสูงของอาเซียนพิจารณาตามที่กล่าวมาในตอนต้น แต่ยังมีข้อด้อยในประเด็นของการบังคับให้ปฏิบัติตามคำตัดสิน หากรัฐไม่ยอมรับอำนาจศาล ข้อพิพาทย่อมไม่อาจระงับได้ในที่สุด ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบกับการระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป แม้โดยหลักศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปมีบทบาทในการบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ที่ตกลงกันได้ไว้ ใต้สวนซึ่งขาดเบื้องต้นในคำตัดสินของศาลภายในประเทศ และพิจารณาประเด็นพิพาทเกี่ยวกับการตีความกฎหมายสหภาพยุโรปก็ตาม แต่วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศาลคือการอำนวยความสะดวกทุกด้านเพื่อให้บรรลุซึ่งความมุ่งหมายของการจัดตั้งสหภาพยุโรป คือ พัฒนาความร่วมมือทางด้านการเมือง และเศรษฐกิจของบรรดาประเทศสมาชิก ดังนั้น แม้มีข้อพิพาทในประเด็นอันเกี่ยวกับการเมืองระหว่างรัฐสมาชิก ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปย่อมมีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทได้ ด้วยหลักที่ว่า ศาลไม่สามารถปฏิเสธความยุติธรรมได้ (Thanaphat, n.d.) และขณะเดียวกันรัฐสมาชิกจะไม่สามารถปฏิเสธอำนาจของศาลได้ตามกติกาของประชาคมที่มีผลผูกพันประเทศสมาชิก การนำคดีขึ้นสู่ศาลมีได้ 3 ทาง ตามกรอบที่วางไว้ใน EC Treaty 1957 คือ โดยรัฐสมาชิก (Article 226) โดยคณะกรรมการ (Article 227) และโดยศาลสหภาพยุโรปเอง (Article 228) (Thanaphat, n.d.)

5) ปัญหาการบังคับตามคำตัดสินของที่ประชุมสุดยอดอาเซียน

ประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าที่ประชุมสุดยอดอาเซียนมีอำนาจบังคับให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามหรือไม่ เนื่องจากอาเซียนเป็นองค์กรระหว่างประเทศ ทำให้โครงสร้างขององค์กรภายในอาเซียนไม่มีอำนาจบังคับเหนือรัฐสมาชิกอื่น กล่าวคือ ถ้ามีสถานะเป็นองค์กรเหนือรัฐ (supranational organization) องค์กรจะมีความเป็นอิสระจากรัฐบาลของประเทศสมาชิก โดยรัฐสมาชิกตกลงยินยอมโอนอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้องค์กรกลาง ๆ

จึงมีอำนาจในการบริหารงานและตัดสินใจที่มีผลผูกพันรัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น การเป็นเพียงองค์กรระหว่างประเทศของอาเซียน ถือเป็นข้อจำกัดที่ส่งผลให้อาเซียนไม่สามารถบังคับให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามผลการวินิจฉัย คำแนะนำ หรือคำตัดสิน อันทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนไม่มีประสิทธิภาพ

จากการเปรียบเทียบกลไกของสหประชาชาติที่สามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทได้สองช่องทาง คือ ให้คณะกรรมการความมั่นคงพิจารณาโดยการเสนอของสมาชิกสหประชาชาติ ย่อมเกิดโอกาสมากขึ้นในการเข้าสู่ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทซึ่งควรที่อาเซียนจะพิจารณาเพื่อนำมาเป็นแบบอย่าง นอกจากนี้ในการบังคับให้ปฏิบัติตามคำตัดสิน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีอำนาจวินิจฉัยว่าควรจะใช้มาตรการใด ๆ ที่ไม่มีการใช้กำลังอาวุธเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำวินิจฉัย เป็นต้นว่า การตัดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ การตัดวิถีทางคมนาคมต่าง ๆ โดยสิ้นเชิงหรือบางส่วน และการตัดความสัมพันธ์ทางการทูต (The United Nation Charter 1945, art. 41) ส่วนช่องทางที่สอง คือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาททางตุลาการที่มีความน่าเชื่อถือ อันนำมาสู่แนวโน้มในการที่คู่พิพาทเลือกใช้ในการระงับข้อพิพาท ประกอบกับสิ่งที่อาเซียนควรเรียนรู้จากประชาคมสหภาพยุโรป คือ การมีศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปในการเป็นองค์กรเพื่อการระงับข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากจะไม่มีปัญหาในการบังคับตามคำตัดสิน

2. กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทอาเซียน ค.ศ. 2004 (ASEAN protocol on enhanced dispute settlement mechanism –EDSM 2004)

แม้ว่ากฎบัตรอาเซียนจะกำหนดให้มีการออกกฎหมายเพื่อเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทให้ครบทุกด้าน ซึ่งทำให้เห็นว่าอาเซียนเป็นองค์กรในลักษณะของ ประชาคมที่ใช้กฎหมายเป็นพื้นฐาน หรือ Rule based community ก็ตาม แต่ยังมีปัญหาว่าเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกเกิดขึ้น กลับดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยกลไกขององค์กรอื่น แทนการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทตามที่ภูมิภาคกำหนดไว้ ต่างจากสหภาพยุโรปที่มีการจัดตั้งองค์กรในลักษณะที่เรียกว่า ใช้กฎหมายเป็นพื้นฐานเหมือนกัน แต่สำหรับสหภาพยุโรปมีการใช้กฎเกณฑ์ค่อนข้างเข้มงวด ถ้าประเทศใดละเมิดอนุสัญญา พันธกรณี หรือความตกลงร่วมกัน ประเทศสมาชิกสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลสหภาพยุโรป ซึ่งศาลจะตีความจากอนุสัญญาเป็นหลักว่า การกระทำของประเทศนั้นสอดคล้องกับลายลักษณ์อักษรหรือเจตนารมณ์ของอนุสัญญาในการรวมตัวของสหภาพยุโรปหรือไม่ อันถือเป็นประชาคมที่ใช้กฎหมายเป็นพื้นฐานอย่างสมบูรณ์ (Boonglom, 2014) ทั้งนี้เพราะเมื่อลักษณะขององค์กรอาเซียนและสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกัน จึงทำให้เห็นว่าประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ มีความเข้มงวดน้อยกว่า เนื่องจากอาเซียนเป็นองค์กรระหว่างประเทศธรรมดา ไม่ใช่องค์กรเหนือรัฐ อย่างสหภาพยุโรปที่เป็นสถาบันอันมีอำนาจทางกฎหมายอิสระจากองค์กรบริหารภายในของประเทศสมาชิกต่าง ๆ ซึ่งบางครั้งอาจกล่าวได้ว่า กฎบัตรอาเซียนเป็นเพียงคำประกาศที่ปราศจากความผูกพันทางกฎหมาย หรืออำนาจในการบังคับ (Lin, 2010) ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นว่าแม้จะมีกลไกการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจการค้าและการลงทุน

ระหว่างรัฐต่อรัฐมาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1996 คือ Protocol on Dispute Settlement Mechanism และปรับปรุงใหม่เป็น ASEAN protocol on enhanced dispute settlement mechanism เมื่อ ค.ศ. 2004 ซึ่งต่อไปนี้จะขอเรียกพิธีสารฉบับนี้ว่า EDSM จนถึงปัจจุบันยังไม่มีประเทศสมาชิกใดได้นำข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการค้าเข้าสู่กระบวนการภายใต้พิธีสารดังกล่าวเลย หากแต่ข้อพิพาทหลายเรื่องที่เกิดขึ้นได้เสนอต่อองค์การการค้าโลก (WTO) ทั้งนี้เพราะพิธีสาร EDSM ไม่ชัดเจนว่าถ้าคู่พิพาทจะเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทในเวทีอื่น ๆ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, art. 1 para. 3) เช่น ข้อพิพาทเรื่องการทุ่มตลาดระหว่างอินโดนีเซียกับประเทศอาเซียนบวกได้แก่ เกาหลีใต้ ในปี ค.ศ. 2004 (คดี WT/DS 312, 2004) หรือกรณีฟิลิปปินส์ยื่นฟ้องไทย ในปี ค.ศ. 2008 เรื่องสินค้าบุหรี่ป้อนเข้าจากฟิลิปปินส์ ซึ่งไทยปฏิบัติการในเรื่องภาษีที่แตกต่างระหว่างบุหรี่ป้อนในประเทศ กับบุหรี่ป้อนนำเข้าจากต่างประเทศอันเป็นการกีดกันทางการค้า (คดี WT/DS 371, 2008) และล่าสุดในปี ค.ศ. 2015 เวียดนามฟ้องอินโดนีเซีย ในเรื่องที่ดินอินโดนีเซียใช้มาตรการป้องกันการนำเข้าเหล็กและเหล็กแผ่นม้วน (คดี WT/DS 496, 2015)

จากการศึกษาสามารถวิเคราะห์ปัญหาได้ ดังนี้

1) คณะผู้พิจารณาในการวินิจฉัยข้อพิพาท

กรณีที่ข้อพิพาทไม่อาจตกลงกันได้เองระหว่างคู่กรณีด้วยวิธีการเจรจาหรือปรึกษาหารือ ถ้าคู่พิพาทต้องการระงับข้อพิพาทภายใต้กลไกของพิธีสาร EDSM ข้อพิพาทนั้นจะเข้าสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณาหรือ panel เช่นเดียวกับกลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก โดยองค์คณะผู้พิจารณา หรือ panel ขององค์การการค้าโลกมีจำนวน 3-5 คน เป็นคนที่เป็นกลางซึ่งคัดเลือกโดยผู้อำนวยการองค์การการค้าโลก แต่องค์คณะผู้พิจารณาภายใต้พิธีสารนี้ มีจำนวน 3-5 คน ซึ่งคัดเลือกโดยที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจ (Senior Economic Official Meeting: SEOM) ซึ่งบุคคลที่เป็นองค์คณะพิจารณานี้ไม่ได้มีบัญชีไว้ เพียงแต่กำหนดว่าจะเป็นผู้ที่มีประสบการณ์และทรงคุณวุฒิ โดยจะสังกัดในองค์กรของรัฐบาลหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องไม่มีสัญชาติของคู่พิพาทในคดีที่พิจารณา (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism: Appendix II 2004, para. 3, 5) ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจ ประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐสมาชิก ดังนั้นอาจส่งผลให้เกิดการแทรกแซงในกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ โดยเฉพาะภาคผนวกในการจัดตั้งองค์คณะผู้พิจารณากำหนดว่า องค์คณะอาจเป็นผู้แทนจากประเทศสมาชิกอาเซียนก็ได้ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism: Appendix II 2004, para. 8) ซึ่งถ้ามีประเทศสมาชิกใดต้องการให้ความช่วยเหลือในการเป็นองค์คณะจะทำให้เป็นการระงับข้อพิพาทในรูปแบบทางการเมือง ซึ่งอาจส่งผลต่อความเชื่อถือและความไว้วางใจว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทจะดำเนินอย่างโปร่งใสหรือไม่ อันนำมาซึ่งความไม่มั่นใจในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกของพิธีสารนี้ เช่นเดียวกับองค์กรอุทธรณ์ ซึ่งในพิธีสาร นี้ระบุว่าบุคคลที่เป็นคณะในองค์กร

อุทธรณ์ (appellate body) มาจากการแต่งตั้งของที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Minister: AEM) ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากประเทศสมาชิกทั้ง 10 ประเทศ

2) ปัญหาเรื่องกรอบระยะเวลา

ภายใต้พิธีสารนี้กำหนดให้องค์คณะผู้พิจารณาทำรายงานผลการพิจารณาคดีและคำตัดสินเสนอต่อที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจภายใน 60 วัน นับแต่วันที่มีการแต่งตั้งองค์คณะผู้พิจารณา (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, art.8 para. 2) ซึ่งหมายความว่าองค์คณะผู้พิจารณาต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและชี้ขาดให้เสร็จสิ้นก่อน 60 วัน นับว่าเป็นระยะเวลาที่น้อยมาก เมื่อเทียบกับขององค์การการค้าโลก ซึ่งให้เวลาทำรายงานเสนอต่อองค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Board: DSB) ภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่มีการแต่งตั้งองค์คณะพิจารณา (WTO's understanding on rules and procedure governing the settlement of disputes 1994, art. 12 para. 9) และเช่นเดียวกัน ถ้ามีการอุทธรณ์คำพิพากษาขององค์คณะผู้พิจารณาสู่อุทธรณ์ องค์การอุทธรณ์จะต้องทำรายงานเสนอต่อที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจ ภายใน 60 วันนับแต่วันตั้งองค์คณะอุทธรณ์ ซึ่งหลายคนวิจารณ์ว่าเป็นระยะเวลาที่ปฏิบัติได้ยาก เพราะก่อนส่งรายงานต้องมีการเวียนให้สมาชิกในองค์คณะพิจารณาและคู่พิพาทตรวจดูก่อน ซึ่งต้องใช้เวลาพอสมควร (Kraichitti, 2015) การกำหนดระยะเวลาเป็นสิ่งที่ดีเพื่อให้ทราบถึงกรอบเวลาของกระบวนการระงับข้อพิพาท หากแต่ระยะเวลาที่จำกัดมากอาจเป็นอุปสรรคต่อการเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าว

3) ปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดหรือคำตัดสิน

สิ่งหนึ่งที่ควรตระหนัก คือ การรวมกลุ่มทางการค้าในระดับภูมิภาคก่อตั้งขึ้นเพื่อพัฒนาการค้าและธุรกิจระหว่างประเทศ และปัจจัยหนึ่งในการก่อตั้ง คือ เหตุผลทางการเมืองและยุทธศาสตร์ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทจึงพยายามหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าในการระงับข้อพิพาทรูปแบบตุลาการหรือการที่ต้องมีองค์คณะพิจารณา แต่เลือกที่จะใช้วิธีการเจรจา ปรีกษาหารือกันซึ่งไม่เป็นทางการ ดังที่ปรากฏอยู่ในในอาเซียน (ASEAN way) แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการพิจารณาข้อพิพาทอย่างเป็นทางการและมีคำชี้ขาด ย่อมประสบกับปัญหาการบังคับให้ฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด หรือคำตัดสิน แตกต่างกับองค์การการค้าโลก ที่เป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจบังคับเหนือรัฐประกอบกับมีจำนวนสมาชิกมาก ซึ่งมีผลต่อพลังในการสร้างแรงกดดันแก่ประเทศที่ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด องค์การการค้าโลกจึงมีระบบในการบังคับที่มีประสิทธิภาพมากกว่าเนื่องจากมีกฎเกณฑ์ที่เข้มแข็งมากกว่าอำนาจต่อรองของประเทศที่มีอำนาจ ด้วยเหตุนี้ คู่พิพาทมักจะนำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกขององค์การการค้าโลก มากกว่าการใช้กลไกของภูมิภาค เพราะสร้างความมั่นใจมากกว่าในการปฏิบัติตามคำตัดสินของฝ่ายแพ้คดี

ถึงแม้พิธีสารฉบับนี้จะกำหนดให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจมีหน้าที่ตรวจสอบว่าประเทศฝ่ายแพ้คดีได้มีการปฏิบัติตามคำชี้ขาดขององค์คณะผู้พิจารณา หรือคำตัดสินขององค์การอุทธรณ์หรือไม่ ซึ่งถ้า

ไม่ปฏิบัติตามภายใน 60 วันนับแต่วันที่ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจได้รับรองรายงานขององค์คณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ หรือไม่มีการปฏิบัติตามภายในเวลาที่ตกลงกันได้ ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจจะอนุญาตให้ใช้มาตรการชั่วคราว การชดเชยหรือระงับการให้สิทธิ (compensation and suspension of concession) แต่ตามพิธีสารนี้ การชดเชยความเสียหายนี้ต้องมีการตกลงกัน กล่าวคือ เป็นภาคสมัครใจไม่ใช่การบังคับ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, art. 16 para. 1) ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจจึงมีเพียงอำนาจในการอนุญาตการระงับสิทธิประโยชน์เท่านั้น และถ้ามีการโต้แย้งการระงับสิทธิ ให้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, art. 16 para. 7) ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่ระบุไว้อาจเป็นบุคคลในองค์คณะผู้พิจารณาก็ได้ (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004, art. 16 para. 7) ซึ่งเหมือนกระบวนการจะไปวนกลับไปสู่จุดเริ่มต้น และไม่น่าจะเป็นวิธีแก้ไขปัญหาที่ดี นอกจากนี้ยังมีผู้กังวลว่า คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการใช้เสียงข้างมาก อาจถือว่าขัดกับหลักการของอาเซียนที่ต้องใช้ฉันทามติ (Woon, 2012) ดังนั้นจะขัดกับเจตนารมณ์ของกฎบัตรอาเซียนหรือไม่ อันอาจเกิดปัญหาการตีความพิธีสารนี้ในภายหลังได้ (Boonglom, 2014) และท้ายสุด ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำตัดสินอยู่อีก จะถือว่าเป็นข้อพิพาทที่ระงับไม่ได้จึงจะส่งเรื่องไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อพิจารณาชี้ขาด (ASEAN Charter 2007, art. 26) ซึ่งจะกลายเป็นการระงับข้อพิพาทในรูปแบบทางการเมือง และมีปัญหาในการบังคับตามมติของที่ประชุมสุดยอดอาเซียนซึ่งไม่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม

4) ปัญหาการให้สิทธิในการเลือกเวทีการระงับข้อพิพาท

ข้อ 1 วรรคสามในพิธีสารฉบับนี้บัญญัติว่า คู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทไประงับโดยวิธีการอื่น นอกเหนือจากพิธีสารฉบับนี้ได้ ก่อนที่จะมีการตั้งองค์คณะผู้พิจารณา จึงเป็นอิสระของคู่พิพาทที่จะนำข้อพิพาทไประงับยังองค์การการค้าโลก ซึ่งทำให้การบังคับใช้พิธีสารขาดความเฉียบขาด เนื่องจากไม่ได้กำหนดให้เป็นที่ของคู่พิพาทที่ต้องระงับข้อพิพาทภายใต้กลไกที่พิธีสารกำหนดเท่านั้น (Koesnaldi et al., 2014) นักวิชาการบางท่านเสนอว่าประเด็นการให้สิทธิในการเลือกเวทีระงับข้อพิพาทนี้ถือเป็นข้อบกพร่องของพิธีสารนี้ ดังนั้นพิธีสารฉบับนี้ควรบัญญัติให้รัดกุมโดยตัดสิทธิประเทศสมาชิกที่จะใช้เวทีระงับข้อพิพาทอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎบัตรอาเซียนและพิธีสารนี้ (Thanet Sujareekul, as cited in Boonglom, 2014)

3. กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาท ค.ศ. 2010 (Protocol to the ASEAN charter on dispute settlement mechanism- ACDSM 2010)

กระบวนการระงับข้อพิพาทหลักของพิธีสารฉบับนี้ คือ การตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาและตัดสินเมื่อคู่พิพาทไม่สามารถทำการเจรจา หรือปรึกษาหารือระหว่างกันได้โดยสันติวิธี อนุญาโตตุลาการถือเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกที่นิยม สำหรับข้อพิพาทด้านการค้าการลงทุน โดยสังเกตได้จากข้อตกลงทวิภาคี

พหุภาคีทางการลงทุนระหว่างประเทศมักจะกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ที่เป็นเช่นนี้เพราะอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทกึ่งตุลาการ ให้อิสระคู่พิพาทในการเลือกบุคคลที่เป็นองค์คณะอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาไม่เข้มงวดเหมือนศาล ดังนั้นจึงมีบรรยากาศในการพิจารณาคดีที่ดีกว่า และคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันให้ฝ่ายที่แพ้คดีต้องปฏิบัติตาม แต่จากที่ได้ศึกษาในพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทอาเซียน ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นกลไกใช้ระงับข้อพิพาทด้านการค้าการลงทุนมีการกล่าวถึงอนุญาโตตุลาการ เฉพาะกรณีคู่พิพาทฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณา (panel) หรือองค์กรอุทธรณ์ (appellate body) จนประเทศสมาชิกฝ่ายชนะคดีต้องทำการตอบโต้กับการไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินนั้น ซึ่งถ้าฝ่ายแพ้คดีมีการคัดค้านการตอบโต้ดังกล่าวว่าไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ฝ่ายตอบโต้ได้รับก็ให้ส่งเรื่องให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด และอนุญาโตตุลาการอาจเป็นคณะผู้พิจารณาเดิมก็ได้ ซึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้ไม่ได้เข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาทแต่อย่างใด ตรงข้ามกับพิธีสารฉบับนี้ ที่ให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก แต่อาจจะพิจารณาได้ว่าเป็นวิธีการที่ไม่น่าจะเข้ารูปเข้ารอยกับการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารนี้ เนื่องจากข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฉบับนี้เป็นเรื่องการตีความกฎบัตรอาเซียน และสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ ที่ประเทศสมาชิกร่วมตกลงไว้ซึ่งควรจะระงับข้อพิพาทโดยศาลมากกว่า ทั้งนี้เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับกลไกของสหภาพยุโรป ปัญหาการตีความกฎหมายและข้อตกลงต่าง ๆ ของสหภาพจะได้รับการยุติโดยศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป เนื่องจากประเด็นการตีความกฎหมายถือเป็นเรื่องสำคัญที่เมื่อได้รับการชี้ขาดแล้วจะไม่ได้มีผลเฉพาะต่อกรณีแต่ยังเป็นบรรทัดฐานสำหรับประเทศสมาชิกทั้งหมด เนื่องด้วยกฎหมายสหภาพมีผลใช้บังคับกับทุกประเทศที่เป็นรัฐสมาชิก ซึ่งถ้าใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดไม่มีผลต่อรัฐสมาชิกที่ไม่ใช่คู่พิพาทให้ถือเป็นแนวทางในการใช้กฎหมายให้ถูกต้องตรงกันอย่างเป็นทางการ อีกทั้งอนุญาโตตุลาการไม่ใช่องค์กรที่มีอำนาจบังคับให้รัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ อนึ่ง ความไม่เหมาะสมนี้อาจนำมาซึ่งอุปสรรคในการตัดสินใจของประเทศสมาชิกที่จะใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของพิธีสารนี้ โดยสามารถวิเคราะห์เป็นประเด็น ดังต่อไปนี้

1) กระบวนการที่สลับซับซ้อน

การระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสารฉบับนี้ คือ การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม หรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้ตัดสินว่าคู่พิพาทควรแก้ไขปัญหาดังด้วยวิธีใด คือ สภาความร่วมมืออาเซียน (ASEAN coordinating council) ประกอบด้วยประเทศสมาชิกอาเซียน ถึงแม้ว่าการเพิ่มวิธีการระงับข้อพิพาทกึ่งทางการเข้ามาในพิธีสารฉบับนี้เพื่อให้มีหลากหลายทางเลือกของวิธีการระงับข้อพิพาท นอกเหนือจากแบบไม่เป็นทางการ ตามที่มีอยู่ในกลไกการระงับข้อพิพาทในพิธีสารสองฉบับที่กล่าวมา แต่ถึงกระนั้น การระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้เมื่อสภาความร่วมมืออาเซียนเห็นชอบนั่นเอง นอกจากนี้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นโดยความต้องการร่วมกันจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ดังนั้น ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม จะต้องเสนอข้อพิพาทไปให้สภาความร่วมมือ

อาเซียนพิจารณาก่อน (Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism 2010, art 8 para. 4) ถ้าสภาความร่วมมืออาเซียนไม่อาจหาข้อยุติให้ได้จึงจะส่งเรื่องไปให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนพิจารณา (Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism 2010, art. 9 para. 4) อันเห็นได้ว่ากระบวนการนั้นมีหลายขั้นตอนสลับซับซ้อน จึงเป็นเรื่องค่อนข้างยากที่จะนำข้อพิพาทที่มีเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

2) ปัญหาการบังคับตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ

เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำตัดสิน โดยหลักการคู่พิพาทต้องผูกพันตามคำตัดสินดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ฝ่ายแพ้คดีไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินอาจจะเกิดปัญหาโดยไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่าในพิธีสารฉบับนี้จะกำหนดให้สำนักเลขาธิการอาเซียนมีหน้าที่ตรวจตราการปฏิบัติตามคำตัดสินของฝ่ายแพ้คดีก็ตาม (Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism 2010, art. 16) แต่เมื่อไม่มีการปฏิบัติตามคำตัดสิน ฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินต้องทำรายงานเสนอต่อสำนักเลขาธิการอาเซียนเพื่อส่งรายงานต่อไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อพิจารณาเอง ไม่ใช่หน้าที่ของสำนักเลขาธิการอาเซียน (ASEAN Charter 2007, art. 27) แสดงให้เห็นว่าสำนักเลขาธิการอาเซียนไม่ใช่ผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบการปฏิบัติตามคำตัดสิน แต่เป็นเพียงสื่อกลางในการส่งสารไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเท่านั้น ซึ่งไม่มีบทบาทและอำนาจเท่าที่ควรจะเป็น ทั้งนี้เพราะในพิธีสารนี้ไม่ได้ชี้ชัดว่าหลังจากรับรายงานแล้วสำนักงานเลขาธิการอาเซียนจะต้องปฏิบัติหรือมีอำนาจดำเนินการอย่างไรต่อไป และถึงแม้ว่ารายงานนั้นจะเสนอเข้าที่ประชุมสุดยอดอาเซียน ก็将与ประเด็นข้อคำถามเดิม ๆ ที่เป็นข้อจำกัดของที่ประชุมสุดยอดอาเซียน อาทิ มติของที่ประชุมต้องเป็นฉันทามติ และเมื่อเสนอเรื่องเพื่อให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนชี้ขาดอาจคงปฏิเสธไม่ได้ว่าเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาททางการเมือง เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่าที่ประชุมสุดยอดอาเซียนประกอบไปด้วยผู้นำของประเทศสมาชิกทั้งหมด และปัญหาเรื่องการไม่อาจบังคับให้ปฏิบัติตามคำตัดสินได้ (Phun, 2013) เว้นแต่มีการสร้างภาวะกดดัน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าถึงแม้คำตัดสินจากอนุญาโตตุลาการแล้วก็ตาม แต่ถ้าการบังคับคำตัดสินไม่มีความชัดเจนและมีวิธีการที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ จะส่งผลให้กลไกการระงับข้อพิพาทขาดความน่าเชื่อถือและขาดประสิทธิภาพตามไปด้วย

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ถึงแม้ว่าวิถีอาเซียน หรือ ASEAN Way จะเป็นหลักการที่ทำให้การเจรจาพูดคุยมีลักษณะฉันทามติที่มิตรถ้อยทีถ้อยอาศัย อันเป็นรากฐานของกลไกการระงับข้อพิพาท แต่หลักการเจรจาแบบถ้อยทีถ้อยอาศัยในรูปแบบอย่าง ไม่เป็นทางการนั้น ไม่เหมาะกับพลวัตอาเซียนในยุคศตวรรษที่ 21 นี้ ซึ่งอาเซียนได้ตระหนักถึงประเด็นนี้ จึงเปลี่ยนแปลงองค์กรและกำหนดให้อาเซียนเป็นประชาคมที่ใช้กฎหมายเป็นพื้นฐาน (rule based organization) ดังที่ปรากฏในกฎบัตรอาเซียน (ASEAN charter) ว่าอาเซียนต้องมีพิธีสารเฉพาะเพื่อสร้างกลไก

การระงับข้อพิพาทให้ครบทุกด้าน จึงเกิดพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐสามฉบับหลัก ได้แก่ สนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทอาเซียน ค.ศ. 2004 พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท ค.ศ. 2010 อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ในการเป็นประชาคมที่ใช้กฎหมายเป็นพื้นฐานของอาเซียนก็ไม่ประสบความสำเร็จ เพราะประเทศสมาชิกไม่นำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกที่ภูมิภาควางไว้ แต่นำข้อพิพาทไประงับภายใต้กลไกขององค์กรอื่นแทน ทั้งนี้เพราะตัวกลไกเองมีอุปสรรคในความชัดเจนและความน่าเชื่อถือ จนเป็นสิ่งที่กีดกันให้คู่พิพาทไม่ไว้วางใจในการเข้าสู่กระบวนการต่าง ๆ ที่มีอยู่

การที่อาเซียนไม่มีองค์กรระงับข้อพิพาทที่ทำหน้าที่โดยเฉพาะเป็นการถาวรและมีความต่อเนื่องเหมือนอย่างองค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) ขององค์การการค้าโลก แต่มีที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) ที่ประชุมเจ้าหน้าที่เศรษฐกิจอาเซียน (SEOM) และที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (AEM) ซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบไปด้วยตัวแทนจากประเทศสมาชิก จัดตั้งขึ้นชั่วคราวเพื่อประชุมตามวาระรอบเท่านั้น หากได้มีลักษณะเป็นการถาวรหรือมีหน้าที่ประจำในการระงับข้อพิพาทเพียงอย่างเดียว จึงขาดความต่อเนื่องอันเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทได้ หากเมื่อพิจารณาในรูปแบบการระงับข้อพิพาทขององค์กรอื่น ๆ อาทิ สหประชาชาติ สหภาพยุโรป จะพบว่าองค์กรเหล่านี้มีการจัดตั้งศาล ซึ่งเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยวิธีการลักษณะตุลาการเพื่อให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประเด็นการเมืองในเรื่องเขตแดนของประเทศ หรือระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมาย เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (international court of justice) ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป² (court of justice of European Union) เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการที่ชัดเจนและศาลจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวอย่างเคร่งครัด จึงทำให้รัฐคู่พิพาทมีความมั่นใจว่าจะได้รับความเป็นธรรมและปัญหาจะยุติ

สำหรับข้อพิพาทด้านการค้าการลงทุนระหว่างรัฐต่อรัฐนั้น เหมาะสมกับรูปแบบการระงับข้อพิพาทในลักษณะกึ่งตุลาการ ไม่ว่าจะเป็น อนุญาโตตุลาการ องค์กรคณะพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งไม่ว่าจะเรียกอย่างไร โดยรูปแบบแล้วไม่แตกต่างกัน ซึ่งจากสถิติในรายงานขององค์การการค้าโลกระบุว่าแนวโน้มของข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจไม่ว่าจะเป็นปัญหาในกลุ่มประเทศอุตสาหกรรม ประเทศพัฒนาแล้ว หรือประเทศกำลังพัฒนา มีแนวโน้มว่ามีการระงับข้อพิพาทในลักษณะกึ่งตุลาการ (Chase et al., 2013) ซึ่งพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับ

² ประโยชน์และบทบาทสำคัญของการจัดตั้งศาลสหภาพยุโรป คือ การมีหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลการใช้และการตีความกฎหมายสหภาพยุโรปให้เป็นไปโดยเอกภาพ เป็นศาลยุติธรรมกลางที่มีอำนาจบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือพันธกรณีต่าง ๆ ของประชาคมยุโรป นอกจากนี้ศาลนี้ยังมีอำนาจไต่สวนชี้ขาดเบื้องต้นในคำตัดสินจากศาลภายในประเทศสมาชิก มีอำนาจพิจารณาคดีไม่เฉพาะแต่คดีระหว่างรัฐต่อรัฐ แต่รวมถึงคดีที่เอกชนได้รับความเสียหายจากการดำเนินงานอันไม่ชอบของสถาบันในสหภาพยุโรปด้วย นอกจากนี้ศาลสหภาพยุโรปยังเปิดโอกาสให้เอกชนหรือประชาชนสามารถดำเนินคดีกับรัฐได้ กล่าวคือ ไม่จำกัดเฉพาะการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐ และคำตัดสินของศาลมีผลผูกพันให้ฝ่ายแพ้คดีต้องปฏิบัติตาม

ข้อพิพาทอาเซียน ค.ศ. 2004 น่าจะมาได้ถูกทางแล้ว คือ เป็นการระงับข้อพิพาทที่คัดลอกรูปแบบมาจากองค์การการค้าโลก ซึ่งเริ่มจากการตั้งคณะผู้พิจารณา หรือ panel และอุทธรณ์ต่อไปยังองค์กรอุทธรณ์ หรือ appellate body หากแต่ต้องแก้ไขในเรื่องของกรอบระยะเวลาในกระบวนการพิจารณาของคณะผู้พิจารณาให้ยาวกว่าที่บัญญัติไว้ ซึ่งมีระยะเวลาเพียง 60 วัน เมื่อเทียบกับขององค์การการค้าโลก ให้เวลานานถึง 6 เดือน ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณามีความรอบคอบและถี่ถ้วนในประเด็นข้อเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งเมื่อระยะเวลาสั้นจะส่งผลถึงความเคลือบแคลงสงสัยแก่คู่พิพาทโดยเฉพาะฝ่ายที่แพ้คดี ว่าคณะผู้พิจารณาข้อพิพาทได้มีการตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างละเอียดถี่ถ้วนรอบด้านก่อนทำรายงานคำตัดสินหรือไม่ และเมื่อมีข้อสงสัยเช่นนั้นย่อมมีโอกาสที่คู่พิพาทฝ่ายแพ้คดีจะไม่ยอมรับคำตัดสิน อย่างไรก็ตามถึงแม้การระงับข้อพิพาทโดยคณะผู้พิจารณาจะเป็นวิธีที่เหมาะสมแต่ยังมีปัญหาที่สำคัญอันเป็นเหตุให้คู่พิพาทไม่เลือกระงับข้อพิพาทตามกลไกนี้ คือ เมื่อฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำตัดสิน ย่อมมีอุปสรรคในการบังคับตามคำตัดสิน เนื่องจากอาเซียนไม่มีองค์กรถาวรซึ่งมีอำนาจเด็ดขาดในการบังคับให้ปฏิบัติตามคำตัดสินได้

การขาดสภาพบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินถือเป็นประเด็นสำคัญ ซึ่งเป็นผลจากการที่กลไกการระงับข้อพิพาทไม่ได้จัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับคำตัดสินไว้อย่างชัดเจน โดยข้อ 27 ของกฎบัตรอาเซียนและข้อ 1 ในภาคผนวก 6 ว่าด้วยกฎสำหรับการเสนอเรื่องการไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินแห่งพิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัย หรือคำตัดสิน อาจส่งเรื่องไปที่ประชุมสุดยอดอาเซียนตัดสิน อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่าที่ประชุมดังกล่าวมีอำนาจบังคับให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามผลจากกลไกการระงับข้อพิพาทอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด เนื่องจากอาเซียนเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ไม่ได้มีอำนาจบังคับเหนือรัฐสมาชิกเหมือนสหภาพยุโรป จึงเป็นข้อจำกัดอันส่งผลให้อาเซียนไม่สามารถบังคับให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามผลจากกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนได้

ดังนั้น การจัดตั้งศาลยุติธรรมในระดับภูมิภาคอาเซียนน่าจะเป็นวิธีการแก้ปัญหาที่ดี เพราะเป็นองค์กรที่มีลักษณะถาวร ไม่มีอำนาจหรือมีวาระทางการเมืองระหว่างประเทศซ้อนเร้นอยู่เหมือนในที่ประชุมสุดยอดอาเซียน และการบังคับคำตัดสินโดยศาลจะมีประสิทธิภาพมากกว่าการให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนซึ่งเป็นเวทีทางการเมืองเป็นผู้บังคับ

ประเด็นที่ว่าอาเซียนควรมีการจัดตั้งศาลหรือไม่นี้ มีการถกเถียงกันในคณะกรรมการระดับสูง (High Level Task Force: HLTF) มาตั้งแต่เวลาร่างกฎบัตรอาเซียน แต่ส่วนใหญ่กังวลว่าอาเซียนยังไม่มีความพร้อมจึงไม่มีการจัดตั้งศาลขึ้นในเวลานั้น และเกรงว่าจะกระทบกับวิถีอาเซียน (Phan, 2013) แต่อย่างไรก็ตามได้มีการบัญญัติไว้ข้อ 25 แห่งกฎบัตรอาเซียนเพื่อให้สำหรับอนาคต ความว่า

“Where not otherwise specifically provided, appropriate dispute settlement mechanism, including arbitration, shall be established for disputes which concern the interpretation or application of this Charter and other ASEAN instruments.”

จากเนื้อความในข้อ 25 ที่ว่าถ้าไม่มีการจัดหาไว้โดยเฉพาะในตราสารใด ๆ อาเซียนอาจกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ ที่มีความเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทได้ ดังนั้น จึงไม่น่ามีอุปสรรคในการจัดตั้งศาลระดับภูมิภาค เนื่องจากเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความเหมาะสม อนึ่ง ณ ปัจจุบันอาเซียนมีความเป็นพลวัตมากขึ้น ประกอบกับมีตราสารที่ร่วมตกลงกันนับร้อยฉบับ ฉะนั้นหากต้องการให้กลไกการระงับข้อพิพาทที่วางไว้ประสบความสำเร็จโดยประเทศสมาชิกไม่เลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทภายใต้กลไกของสถาบันอื่น จึงเห็นควรมีการจัดตั้งศาลยุติธรรมอาเซียนขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความกฎบัตรอาเซียนและข้อตกลงอื่น ๆ รวมถึงระงับข้อพิพาทด้านการเมืองและเป็นองค์กรที่มีอำนาจบังคับคำตัดสินจากการระงับข้อพิพาทด้านเศรษฐกิจการค้า

References

- Association of Southeast Asian Nations. (1976) *Treaty of amity and cooperation in Southeast Asia Indonesia*, 24 February 1976, Jakarta, Indonesia: ASEAN Secretariat, Association of Southeast Asian Nations.
- Association of Southeast Asian Nations. (2004) *2004 ASEAN protocol on enhanced dispute settlement mechanism*, Jakarta, Indonesia: ASEAN Secretariat, Association of Southeast Asian Nations.
- Association of Southeast Asian Nations. (2007) *The ASEAN charter*, Jakarta, Indonesia: ASEAN Secretariat, Association of Southeast Asian Nations.
- Association of Southeast Asian Nations. (2010) *Protocol to the ASEAN charter on dispute settlement mechanism*, Jakarta, Indonesia: ASEAN Secretariat, Association of Southeast Asian Nations.
- Boonglom, P. (2014) *Dispute settlement mechanism of ASEAN economic community: Focused on breaching of trade and investment agreements (กลไกในการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน: ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน)*, Master's thesis, Faculty of Law, National Institute of Development Administration, Thailand. (in Thai)

- Chase, C., et al. (2013) *Mapping of dispute settlement mechanisms in regional trade agreements- innovative or variations on a theme?*, Available: <https://ideas.repec.org/p/zbw/wtowps/ersd201307.html> [3 December 2019]
- International Crisis Group. (2011) *Waging peace ASEAN and the Thai-Cambodian border conflict*, Available: <https://www.crisisgroup.org/asia/south-east-asia/thailand/waging-peace-asean-and-thai-cambodian-border-conflict> [12 January 2019]
- Koesnaldi, J., et al. (2014) *For a more effective and competitive ASEAN dispute settlement mechanism*, Available: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2613871> [3 December 2019]
- Kraichitti, K. (2015) *Dispute settlement mechanism for ASEAN community: Experience, challenges and way forward*, Available: www.aseanlawassociation.org/12GAdocs/workshop5-thailand.pdf [10 April 2019]
- Kumkhun, A. (n.d.) *Boundary dispute management in ASEAN (การจัดการข้อพิพาทเขตแดนในอาเซียน)*, Available: www.polsci.tu.ac.th/fileupload/39/42.pdf [16 March 2019] (in Thai)
- Lekkiatkajorn, T. (n.d.) *The factors of success and development of Europe Union that ASEAN must watch drama and reflect through itself... (ปัจจัยความสำเร็จและพัฒนาการของสหภาพยุโรปอาเซียนต้องดูละครและย้อนดูตัว...)*, Available: thailawstudent.bizhat.com>EU-ASEAN [5 November 2019] (in Thai)
- Lin, C. H. (2010) ASEAN charter: Deeper regional integration under international law?, *Chinese Journal of International Law*, vol. 9, no. 4, pp. 821-837.
- Nunthirapakorn, T. (2014) ASEAN dispute settlement: Focused on the protocol to ASEAN charter on dispute settlement mechanism (การระงับข้อพิพาทอาเซียน: ศึกษากรณีพิพาทของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาท), *Ramkhamhaeng Journal Law Series*, vol. 3, no. 1, pp. 10-22. (in Thai)
- Phun, H. (2013) Towards a rules-based ASEAN: The protocol to the ASEAN charter on dispute settlement mechanism, *Arbitration Law Review*, vol. 5, no. 14, pp. 254-276.
- Saisunthorn, J. (2005) *International law vol. II (กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2)*, Bangkok: Vinyuchon. (in Thai)
- The United Nation. (1945) *Charter of the United Nations and statute of the international court of justice*, San Francisco, CA: The United Nation.

Thirawat, J. (2004) *International law vol. II (กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2)*, Bangkok: Vinyuchon.
(in Thai)

Woon, W. (n.d.) *The ASEAN charter dispute settlement mechanisms*, Available:
<http://elib.coj.go.th/Article/Singapore2.pdf> [20 March 2019]

Woon, W. (2012), *Dispute settlement the ASEAN way*, Available: <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2010/01/WalterWoon-Dispute-Settlement-the-ASEAN-Way-2012.pdf>
[3 December 2019]

WTO Dispute Settlement case No. DS312. (2004) *Indonesia v. Republic of South Korea*. Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia, Available:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds312_e.htm [6 March 2019]

WTO Dispute Settlement case No DS371. (2008) *The Philippines v. Thailand*. Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippine. The summary of Appellate body report, Available: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds371sum_e.pdf. [6 March 2019]

WTO Dispute Settlement case No. DS 496. (2015) *Viet Nam v. Indonesia*. Safeguard on Certain Iron or Steel Products, Available: https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/ds496rfe_01jun15_e.htm [6 March 2019]

WTO's Understanding on Rules and Procedure Governing the Settlement of Dispute 1994.