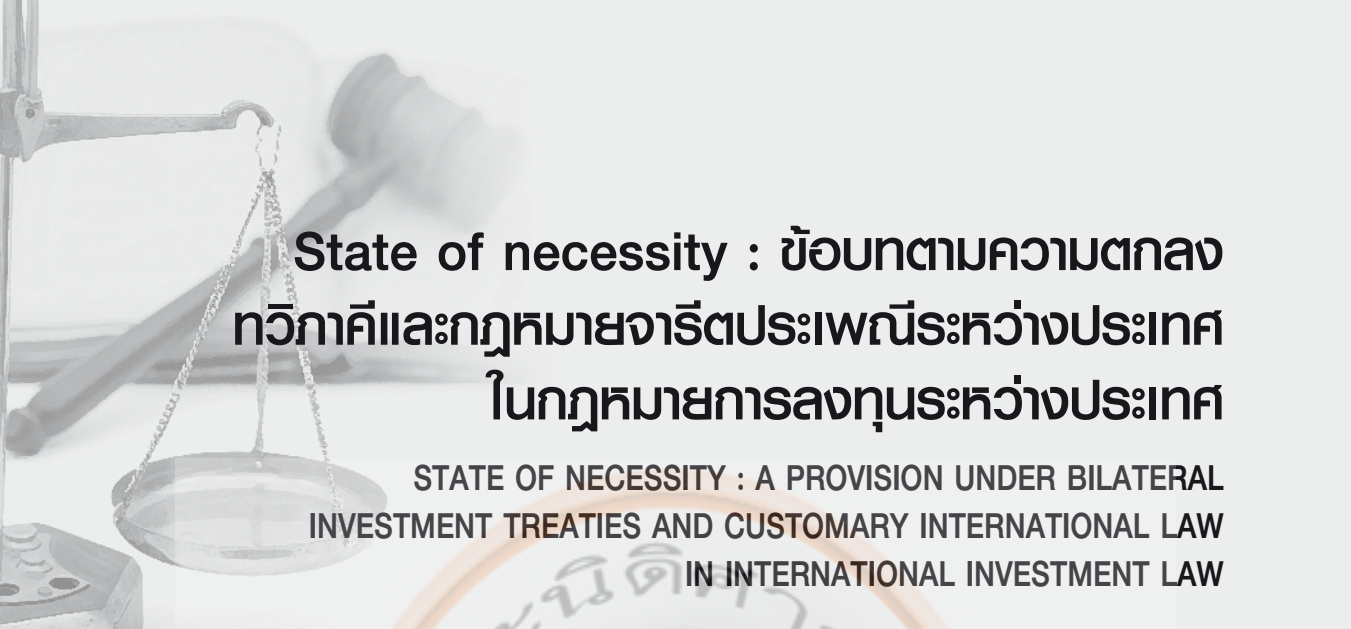




State of necessity : ข้อบทตามความตกลง ทวิภาคีและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

STATE OF NECESSITY : A PROVISION UNDER BILATERAL
INVESTMENT TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW
IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

ศิริชัย มงคลเกียรติศรี¹

บทคัดย่อ

State of necessity เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับทั้งในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวนี้รัฐภาคีสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ แต่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในคดี *CMS* และ *LG&E* คือ การปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ศาล หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศควรจะนำเอาหลักกฎหมายใดมาปรับใช้ก่อนระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาเพราะในหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นบ่งเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ามีลำดับศักดิ์เท่ากันไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ น.บ. ธรรมศาสตร์, น.ม. (กฎหมายระหว่างประเทศ) ธรรมศาสตร์, Master of Laws by Research, University of Aberdeen) PhD candidate, Centre for Energy, Petroleum, Mineral Law and Policy (CEPMLP) University of Dundee.

Abstract

State of necessity is one of the principles of international law which exists under both customary international law and treaties. This principle is normally found as an exceptional clause for a Party not to be accorded with international obligation in bilateral investment treaties (BITs). The problem of the invocation of this exceptional rule, recently, occurs from the arbitral tribunal awards in the *CMS* and the *LG&E* cases. The tribunals, in these two cases, expressly conflate the treaty defence with customary international law plea of necessity. To what extent, the judicial bodies should apply first customary international law or treaties.

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

1.1 ความเป็นมา

ในช่วงปลายปี ค.ศ. 1990 ต่อเนื่องจนถึงช่วงต้นปี ค.ศ. 2000 ประเทศอาเจนตินาประสบกับปัญหาทางด้านเศรษฐกิจอย่างรุนแรงจนทำให้รัฐบาลจำเป็นต้องประกาศสภาวะฉุกเฉินและดำเนินการออกกฎหมายตลอดจนแก้ไขกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนชาวอเมริกัน ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวของรัฐบาลประเทศอาเจนตินานั้นได้มีการกล่าวอ้างข้อยกเว้นในการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาเจนตินา ข้อบทที่ 11 (Article XI) ด้วยเหตุความมั่นคงแห่งรัฐ (National security) นอกจากนี้ ข้อยกเว้นในการปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยเหตุของความมั่นคงแห่งรัฐนี้ยังได้รับการยอมรับจากนานาประเทศที่ได้ปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน หรือที่เรียกว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law : CIL)

1.2 ความสำคัญของปัญหา

ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจคือ เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้นำข้อพิพาทนี้ขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งโดยธนาคารโลก หรือที่เรียกว่า ICSID ประเทศอาเจนตินาได้กล่าวอ้างถึงข้อยกเว้นในการปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งตามความตกลงทวิภาคีและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาทนี้ได้ให้ความเห็นและการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างกันไปโดยในบางคดีได้ปรับใช้เฉพาะข้อยกเว้นตามความตกลงทวิภาคี ในขณะที่อนุญาโตตุลาการอีกคดีหนึ่งได้ปรับใช้ทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

และความตกลงทวิภาคีไปพร้อมกัน ดังนี้ การปรับใช้ (application) ข้อยกเว้นตามพันธกรณีในสนธิสัญญาทวิภาคีและการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะมีวิธีการปรับใช้อย่างไร

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

จากกรณีพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างประเทศผู้ลงทุนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประเทศอาเจนตินา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ก่อให้เกิดคำถามที่น่าสนใจในทางวิชาการในสาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองว่า บ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีอย่างไร หากในประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้นมีทั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาซึ่งโดยธรรมชาติจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้กำหนดให้กฎหมายทั้งสองลักษณะถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแต่ก็ไม่ได้เป็นการกำหนดลำดับศักดิ์ (Hierarchy) ของบ่อเกิดของกฎหมายแต่อย่างใด

การศึกษาในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้น่าจะประสพความสำเร็จในการทำมาเข้าใจอย่างเป็นระบบของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นสำคัญโดยใช้หลักกฎหมาย State of necessity เป็นวัตถุในการศึกษาเนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ทั้งในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ² และกฎหมายสนธิสัญญา³

3. สมมติฐานและขอบเขตของการวิจัย

3.1 สมมติฐานของการวิจัย

จากสภาพปัญหาดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ปัญหาในการพิจารณาว่าจะต้องนำเอากฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะใดมาปรับใช้แก่กรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น ในการศึกษาสภาพปัญหานี้ สมมติฐานของการวิจัยคือ บ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมิได้ขัดกันแต่ประการใดแต่หากการนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศและการตีความสนธิสัญญามาใช้ในการพิจารณาสภาพปัญหาดังกล่าวจะสามารถอธิบายการปรับใช้กฎหมายสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

² Roberto Aguirre Luzi, "BITS & Economic crises : Do States have carte blanche?," in Investment Treaty Arbitration and International Law, TJ Grierson Weiler, (JurisNet, USA 2008) : 165-188

³ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาเจนตินาซึ่งต่อไปในงานเขียนนี้จะเรียกว่า US-Argentina BIT

3.2 ขอบเขตของการวิจัย

ในการกำหนดขอบเขตของการวิจัยนั้นจะเป็นการทำการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) โดยมุ่งเน้นในการศึกษาจากข้อบทของสนธิสัญญาทวิภาคีโดยเฉพาะอย่างยิ่ง US-Argentina BIT และสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทเกี่ยวกับ National security หรือ essential security interest เพื่อทำการศึกษเปรียบเทียบ อีกทั้งหลักกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ State of necessity และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตลอดจนหลักกฎหมายเรื่องการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁴

ดังนั้น ขอบเขตของการวิจัยจึงจะอาศัยการศึกษาค้นคว้าจากบทความ เอกสาร และตำราที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายสนธิสัญญา ตลอดจนคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นสำคัญ

4. วิธีการวิจัยและการทบทวนวรรณกรรม

ในงานเขียนดังกล่าวนี้จะได้ทำการศึกษถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศอาเจนตินาจนกระทั่งเป็นสาเหตุให้รัฐบาลอาเจนตินาจะต้องกล่าวอ้างเหตุ National security ขึ้นมาเพื่อยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณี โดยกรอบในการศึกษาวิจัยตามสภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้นนี้จะอาศัย Article XI แห่งสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาเจนตินาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วย state of necessity ตลอดจนร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งรัฐโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission : ILC) ข้อบทที่ 25 เป็นกรอบแห่งการศึกษา ทั้งนี้ ในการศึกษาประเด็นปัญหานี้จะทำการศึกษถึงประเด็นการปรับใช้ระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายสนธิสัญญาเป็นหลักโดยใช้ Article XI แห่งสนธิสัญญา US-Argentina BIT เป็นสื่อในการทำการการศึกษา

ในการกำหนดวิธีการวิจัยในประเด็นปัญหานี้จะใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) และกรณีศึกษา (case study) เป็นสำคัญโดยการนำเอาทฤษฎีข้อกฎหมายระหว่างประเทศและการตีความสนธิสัญญามาเป็นนิติวิธีในการศึกษาและทำความเข้าใจสภาพปัญหาดังกล่าว

⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ซึ่งต่อไปในงานเขียนนี้จะเรียกว่า VCLT หรือ Vienna Convention 1969

งานวรรณกรรมที่ใช้ในการศึกษาในสภาพปัญหานี้จะศึกษาจากคดีศึกษา (case study) ซึ่งมาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากคดี *CMS v Argentina* และคดี *LG&E v Argentina* ซึ่งจากคำชี้ขาดในสองคดีดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิดคำถามสำหรับนักกฎหมายทั้งจากฝ่ายวิชาการและในเชิงปฏิบัติว่าการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนี้มีการบังคับใช้อย่างไร ควรที่จะปรับใช้กฎหมายใดก่อนหรือหลังระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญา นอกจากนี้ งานวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับสภาพปัญหาดังกล่าวยังจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวความคิดถึงพื้นฐานของบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศตามธรรมเนียมจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อบทที่ 38 และลำดับศักดิ์ (hierarchy) ของบ่อเกิดของกฎหมาย ตลอดจนแนวความคิดเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาและหลักกฎหมายทั่วไป โดยการศึกษาในหัวข้อดังกล่าวนี้จะได้ทำการศึกษาเพิ่มเติมจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตำรากฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ “Principles of Public International Law” แต่งโดย Ian Brownlie ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศจากมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด

5. ผลการวิจัย

5.1 การก่อตัวของปัญหาในประเทศอาร์เจนตินา

ประเทศอาร์เจนตินาได้เจรจาและลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคีกับนานาประเทศเพื่อเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในอาณาเขตของตนเองและหนึ่งในประเทศที่อาร์เจนตินาได้ลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคีด้วยคือประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1994⁵ (The US-Argentina Bilateral Investment Treaty หรือเรียกว่า US-Argentina BIT) นักลงทุนชาวอเมริกันส่วนใหญ่ได้เข้ามาลงทุนในประเทศอาร์เจนตินาในช่วงปี ค.ศ. 1989 ซึ่งรัฐบาลอาร์เจนตินาเริ่มทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatization)⁶ โดยหนึ่งในอุตสาหกรรมที่มีการแปรรูปคืออุตสาหกรรมพลังงานก๊าซธรรมชาติและน้ำมัน ในช่วงปลายทศวรรษที่ 1990 ประเทศอาร์เจนตินาประสบกับปัญหาทางด้านเศรษฐกิจอย่างรุนแรง อัตราว่างงานพุ่งสูงขึ้นกว่าร้อยละ 25 อีกทั้งอัตรารายได้เฉลี่ยต่อประชากรลดลงถึงครึ่งหนึ่งทำให้จำนวนครึ่งหนึ่งของประชากรอยู่ในระดับความยากจนที่ต่ำกว่ามาตรฐาน⁷

⁵ The Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment 1994 accessed on 24 March 2010 at http://www.bilaterals.org/article.php?id_article=435.

⁶ Case No. ARB/01/8 *CMS v Argentina* (17 July 2003) at [19]

⁷ “Argentina’s Collapse : a Decline without Parallel” in *The Economist*, March 2-8, 2002, p.26.

ธนาคารหลายแห่งจำเป็นต้องปิดกิจการ⁸ เพียงชั่วเวลาข้ามคืนค่าเงินสกุลเปโซอาเจนตินาได้รับตัวลดต่ำกว่าร้อยละสี่สิบของมูลค่าและอาเจนตินาได้ประกาศให้อัตราแลกเปลี่ยนสกุลเงินเปโซต่อดอลลาร์สหรัฐมีค่าเท่ากับหนึ่งต่อหนึ่ง⁹ รัฐบาลได้ประกาศใช้กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวกับธุรกิจพลังงานในช่วงปลายปีค.ศ. 1999 อันส่งผลกระทบโดยตรงต่อนักลงทุนต่างชาติและเป็นการละเมิดต่อมาตรการการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนชาวอเมริกัน ทำให้มีคดีข้อพิพาททางการลงทุนได้ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICSID กว่าสี่สิบคดีในข้อกล่าวหาด้วยการละเมิดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญา BITS¹⁰

รัฐบาลอาเจนตินาได้ยื่นคำให้การต่อ ICSID แก่ข้อกล่าวหาว่าตนมิได้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีที่กำหนดไว้ใน BIT ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาเจนตินา ทั้งนี้เพราะสภาวะวิกฤตทางเศรษฐกิจที่ประเทศอาเจนตินาเผชิญอยู่นั้นเป็นเหตุหนึ่งแห่งข้อยกเว้นที่ได้กำหนดไว้ใน Article XI ว่าด้วยเหตุแห่งความจำเป็น (State of necessity) อีกทั้งเหตุแห่งความจำเป็นยังเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้ถือเป็นเหตุยกเว้นที่รัฐไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณี อนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดในบางคดีและเป็นที่น่าสังเกตว่าข้อเท็จจริงของกรณีพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับประเทศอาเจนตินาจะมีข้อเท็จจริงที่มีความใกล้เคียงกันอย่างมาก หากแต่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นกลับตัดสินในลักษณะที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีข้อพิพาทสองคดีดังต่อไปนี้คือ *CMS Gas v Argentina Republic*¹¹ และคดี *LG&E Energy Corporation v Argentina Republic*¹²

5.1.1 CMS Gas v Argentina

CMS เป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันที่เข้ามาซื้อหุ้นในกิจการขนส่งก๊าซเส้นทางสายเหนือ (Transportadora de as Del Norte : TGN) โดยได้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวรวมเป็นจำนวนร้อยละ 29.42¹³ ในช่วงเวลาที่ประเทศอาเจนตินาได้เริ่มแปรรูปกิจการ โดยภายใต้กฎหมายในขณะนั้นได้กำหนดให้มีการกำหนดพิกัดอัตราก๊าซเป็นสกุลเงินดอลลาร์อเมริกา แต่เมื่อเกิด

⁸ Ibid.

⁹ William Burke-White, "The Argentine Financial Crises : State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID system" (January 2008) University of Pennsylvania Law School Newsletter, 2.

¹⁰ Available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm> accessed on 27 July 2010.

¹¹ Case No. ARB/01/08 *CMS Gas Transmission Co v Argentina* (17 July 2003)

¹² Case No. ARB/02/01 *LG&E Corp v Argentina Republic* (3 October 2006)

¹³ *CMS Gas Transmission Co v Argentina* at [19]

วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ รัฐบาลประเทศอาร์เจนตินาได้ออกมาตรการต่าง ๆ มารวมทั้งการยกเลิกใช้พิกัดอัตราดังกล่าว และได้ประกาศให้ค่าเงินสกุลเปโซอาร์เจนตินามีค่าต่อดอลลาร์สหรัฐในอัตรา 1:1 ทำให้ CMS ได้รับความเสียหายคิดเป็นมูลค่ากว่า 26 ล้านดอลลาร์สหรัฐ CMS จึงได้ยื่นฟ้องประเทศอาร์เจนตินาต่ออนุญาโตตุลาการด้วยข้อหาการละเมิดต่อพันธะกรณีที่ประเทศอาร์เจนตินามีตามสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาร์เจนตินา ปีค.ศ. 1994 เนื่องด้วยประเทศอาร์เจนตินาได้ละเมิดต่อพันธะกรณีตาม Article II (2) ในการให้การปฏิบัติโดยเที่ยงธรรมและเป็นธรรม (fair and equitable)

ประเทศอาร์เจนตินาได้ให้การว่าตนมิได้ละเมิดพันธะกรณีทั้งนี้เพราะการดำเนินการต่าง ๆ รวมทั้งการปรับใช้มาตรการต่าง ๆ นั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐตามที่ Article XI ของสนธิสัญญาทวิภาคีได้กำหนดไว้ อีกทั้งได้ต่อสู้ว่าสิทธิของ CMS นั้นเป็นสิทธิในฐานะของผู้ถือหุ้นสำหรับการกำหนดพิกัดอัตราที่เป็นธรรมหาได้รวมถึงการมีส่วนได้ส่วนเสียทางการเงินของ TGN

5.1.2 LG&E Energy Corporation v Argentina

เช่นเดียวกับข้อพิพาทในคดี CMS ประเด็นข้อพิพาทในคดี LG&E เกิดขึ้นจากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศอาร์เจนตินาเช่นเดียวกัน LG&E เป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันที่ดำเนินธุรกิจทางด้านพลังงานและได้เข้ามาลงทุนในกิจการพลังงานในประเทศอาร์เจนตินาในช่วงของการแปรรูปกิจการ ข้อกล่าวหาที่ LG&E ได้ยกขึ้นกล่าวอ้างคือ ประเทศอาร์เจนตินาได้ละเมิดต่อพันธะกรณีตามสนธิสัญญาคือการปฏิบัติโดยเที่ยงธรรมและเป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นการละเมิดต่อข้อกำหนดที่เรียกว่า umbrella clause ทั้งนี้ เนื่องจาก LG&E ได้สูญเสียรายได้จากการปรับใช้มาตรการต่าง ๆ

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งสองคดีนี้เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุญาโตตุลาการนั้นได้ตัดสินแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีแรกนั้นอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินได้โดยสรุปใจความว่าประเทศอาร์เจนตินานั้นไม่สามารถยกข้อต่อสู้เรื่อง national security ทั้งตามสนธิสัญญาทวิภาคีหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นกล่าวอ้างได้ ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีหลังนั้นได้ตัดสินให้ประเทศอาร์เจนตินานั้นสามารถยกข้อต่อสู้เรื่อง national security ขึ้นเพื่อปกป้องประโยชน์ของรัฐได้ตามสนธิสัญญาทวิภาคี Article XI และร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบแห่งรัฐโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศซึ่งเป็นการยกอ้างขึ้นตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁴ แต่ทั้งนี้ ในทั้งสองคำชี้ขาด

¹⁴ LG&E Corp v Argentina at [256]-[259]

อนุญาตตุลาการก็ได้ให้ความเห็น หรือเหตุผลสนับสนุนว่าเพราะเหตุใดในคดีหนึ่งประเทศอาเจนตินาไม่สามารถยกข้อต่อสู้เรื่อง national security ได้ แต่ในอีกคดีหนึ่งกลับสามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้ได้ นอกจากนี้ ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ การปรับใช้ Article XI ตามสนธิสัญญาทวิภาคีกับการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในประเด็นปัญหาเดียวกันจะต้องปรับใช้กฎหมายใดก่อน ทั้งนี้ โดยธรรมชาติของกฏหมายระหว่างประเทศข้อบทที่ 38 ก็กำหนดไว้แต่เพียงว่าบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วยอะไรบ้าง แต่หาได้เป็นการกำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายแต่อย่างใด

ในส่วนต่อไปของบทความจะได้กล่าวถึงขอบทของสนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าวและหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตลอดจากร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งรัฐโดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ

5.2. National security ตามสนธิสัญญาทวิภาคีและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในส่วนที่สองนี้จะได้อ้างถึงข้อยกเว้นในการที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวได้ถูกกล่าวถึงทั้งในสนธิสัญญาและในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยจะแยกพิจารณาจากข้อบทตามสนธิสัญญาเป็นลำดับแรก

5.2.1 วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ภายใต้กรอบของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นสาระสำคัญของสนธิสัญญาดังกล่าวนี้อาจแยกพิจารณาได้ในสององค์ประกอบด้วยกัน คือประการแรก วัตถุประสงค์ของการทำสนธิสัญญาของรัฐ โดยรัฐในความหมายนี้หมายความว่ารวมทั้งรัฐที่อยู่ในฐานะรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) ในฐานะของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุนซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วมุ่งประสงค์ในการสร้างพันธกรณีระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นในรัฐต่างประเทศในการลงทุนไม่ว่าจะภายใต้หลักเกณฑ์ของการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment : NT) การให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment : MFN) การให้การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและเป็นธรรม (Fair and equitable Treatment) ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนที่จะไม่ถูกเวนคืนกิจการไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อม (Expropriation or indirect expropriation) ซึ่งการคุ้มครองในส่วนนี้หมายความว่ารวมถึงการโอนกิจการเป็นของรัฐ (nationalisation) และการแปรรูปวิสาหกิจ (privatisation)

ประการที่สอง ความมุ่งประสงค์ของนักลงทุนต่างชาติ (Foreign investor) ต่อสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน นักลงทุนต่างชาติย่อมมีความประสงค์ที่จะให้สิทธิและทรัพย์สินของตนที่ได้นำไปลงทุนในรัฐต่างประเทศได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน และมีความคาดหวังว่ามาตรการหรือกฎเกณฑ์ใดๆ ที่รัฐผู้รับการลงทุนประกาศใช้นั้นจะต้องเป็นธรรมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Fair, equitable and non-discrimination) อีกทั้งกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่างๆ ที่รัฐผู้รับการลงทุนประกาศใช้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีความชัดเจนทั้งในสาระของกฎหมายและทิศทางของกฎหมาย (legal certainty) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

แต่กระนั้น รัฐผู้รับการลงทุนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้รับการยอมรับว่ารัฐนั้นมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนเองที่จะดำเนินใดๆ ภายในอาณาเขตของตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับทรัพยากรของรัฐหรือที่เรียกว่า Permanent sovereignty over natural resources อีกทั้งโดยอำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐนั้นมีสิทธิที่จะดำเนินการใดๆ อันเป็นการชอบด้วยกฎหมายในการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐซึ่งรวมถึงความมั่นคงของรัฐ (national security) และความสงบเรียบร้อย (national interest and public order) ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงอาจกระทำการใดๆ เพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐได้โดยในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือว่าเป็นเหตุยกเว้นที่รัฐสามารถยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีได้ หนึ่งในมาตรการดังกล่าวนี้เรียกว่า State of necessity กรณีตัวอย่างที่รัฐจะยกเหตุแห่งความจำเป็นนี้เช่น นายแอนดรูเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐ A ได้เข้าไปลงทุนในธุรกิจปศุสัตว์ในการทำฟาร์มสัตว์ปีกเพื่อการบริโภคในรัฐ B ต่อมารัฐ B ได้เกิดปัญหาการแพร่ระบาดของไข้หวัดนกจนทำให้รัฐ B ต้องออกมาตรการและกฎเกณฑ์ต่างๆ ออกมาเพื่อควบคุมและดูแลสาธารณสุขของรัฐและประชาชนจึงได้มีการออกคำสั่งให้กำจัดสัตว์ปีกทั้งหมดที่อยู่ในพื้นที่ของการแพร่เชื้อและพื้นที่เสี่ยงซึ่งส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนายแอนดรู หรือกรณีที่นายแอนดรูได้เข้ามาลงทุนในธุรกิจเคมีภัณฑ์ในการผลิตยา ต่อมารัฐ B ได้รับผลกระทบจากภัยธรรมชาติสึนามิ รัฐบาลรัฐ B จึงได้ออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับให้บริษัทที่อยู่ในรัฐ B ระงับการจำหน่ายยาบางชนิดให้กับลูกค้าต่างประเทศและให้จัดจำหน่ายให้กับรัฐ B ก่อนเพื่อใช้ในการบรรเทาทุกข์โดยมูลค่าของสัญญาซื้อขายที่นายแอนดรูจะต้องขายให้กับรัฐ B อาจจะถูกกว่าที่จะต้องขายให้กับลูกค้าต่างประเทศและนายแอนดรูอาจจะต้องตกอยู่ในฐานะของบุคคลที่ผิดสัญญาซื้อขายและอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้

ดังนั้น ในกรณีของการอ้าง state of necessity ซึ่งเหตุประการหนึ่งดังได้กล่าวแล้วข้างต้นคือเพื่อคุ้มครองประโยชน์และความมั่นคงของรัฐซึ่งอาจเกิดจากปัญหาของการคุกคามความมั่นคงของรัฐทางกายภาพ (military issue) หรืออาจเกิดจากปัญหาวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ

(economic crisis) การยกเว้นการปฏิบัติตามพันธะกรณีระหว่างประเทศนั้นอาจส่งผลกระทบต่อ การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ นักลงทุนต่างชาตินั้นจะได้รับการคุ้มครองการลงทุนของตนอย่างไร เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกเหตุแห่งความจำเป็นเพื่อยกเว้นการปฏิบัติตามพันธะกรณีของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ดังนั้น ในส่วนต่อไปจะได้กล่าวถึงสาระสำคัญและการยกเหตุ national security ขึ้นเพื่อยกเว้นการปฏิบัติตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน แต่เนื่องด้วยเหตุดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับทั้งโดยกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศและสนธิสัญญา การที่รัฐผู้รับการลงทุนจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างจะเป็น การยกขึ้นกล่าวอ้างตามเหตุใด หลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิ สัญญาจะขัดกันหรือไม่และจะต้องนำมาปรับใช้อย่างไร ในส่วนต่อไปจะได้กล่าวถึงโดยศึกษาจาก หลักเกณฑ์ตามสนธิสัญญาก่อนเป็นลำดับแรก ตลอดจนการศึกษาถึงความสัมพันธ์ของกฎหมาย สนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีในประเด็นดังกล่าวนี้

5.2.2 National security ตามสนธิสัญญาทวิภาคี

กล่าวโดยทั่วไป สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนภาคีมักจะมีการตกลง กันไว้ในเรื่องข้อยกเว้นที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธะกรณีดังเช่นใน Article XI ซึ่งเรียกว่าเป็นเหตุแห่ง ความจำเป็น (state of necessity) ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศอาจเรียกขานบทดังกล่าวนี้ ว่าเป็น self-preservation measures หรือ non-precluded measures (NPM) ซึ่งข้อกำหนด ดังกล่าวนี้นหากได้ทำการศึกษาจากที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วจะพบว่าได้มีการกำหนด ไว้ในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณีมาช้านานแล้ว หากแต่การที่คู่กรณีได้นำเอาหลักกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้มาบัญญัติไว้ให้ชัดเจนเพื่อเป็นหลักฐานในการกล่าวอ้างถึง การมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ข้อกำหนดดังกล่าวนี้สามารถพบได้ในสนธิสัญญาทางการค้าและการลงทุนซึ่งอาจจะ มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน เช่น “Essential security interests” และ “National security” ซึ่งโดยส่วนใหญ่ของ BITs จะได้กำหนดข้อกำหนดว่าด้วย national security ไว้ ตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศอินเดียและประเทศสิงคโปร์ได้กำหนด ไว้ดังนี้

“1. Nothing in this Chapter shall be construed:

- (a) to require a Party to furnish any information, the disclosure of Which it considers contrary to its **essential security interests**; or*
- (b) to prevent a Party from taking any action which it considers*

*Necessary for the protection of its **essential security interests**...*¹⁵

ตัวอย่างของข้อกำหนดที่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้โดยใช้ถ้อยคำว่า “National security” เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศฮังการีและประเทศรัสเซีย (1995) บัญญัติไว้ดังนี้

*“3. This Agreement shall not preclude the application of either Contracting Party of measures, necessary for the maintenance of defence, **national security** and public order, protection of the environment, morality and public health.”*¹⁶

จากข้อกำหนดดังกล่าว อาจมีการโต้เถียงได้ว่าถ้อยคำทั้งสองนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “essential security interests” จะมีความหมายที่แคบกว่าคำว่า “national security” ทั้งนี้ถ้อยคำทั้งสองนี้ยังคงเป็นปัญหาที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการยังคงต้องพิจารณาเมื่อถูกนำขึ้นสู่การพิจารณา

จากกรณีวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศอาเจนตินา รัฐบาลอาเจนตินาได้อาศัยข้อบทของ Article XI แห่งสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาเจนตินาที่บัญญัติไว้ดังนี้

*“This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own **essential security interests**.”*¹⁷

ในคดีที่ได้กล่าวมาข้างต้น ประเทศอาเจนตินาได้ยกข้อบทของ Article XI ขึ้นกล่าวอ้างโดยอาศัยเหตุวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งรัฐเป็นอย่างยิ่งหรือ

¹⁵ The Economic Cooperation Agreement between India and Singapore (2005) Article 6.12.

¹⁶ Treaty between Hungary and the Russian Federation concerning the reciprocal encouragement and protection of investment 1995, Article 2.

¹⁷ The US-Argentina BIT 1994 http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=435 accessed on 24 March 2010.

ที่ในข้อพิพาทเรียกว่า “national security” ในทางกฎหมายระหว่างประเทศรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการจัดการทรัพยากรของตนเองหรือที่เรียกว่า permanent sovereignty over natural resources อาศัยอำนาจดังกล่าวนี้รัฐจึงมีสิทธิในการตรากฎหมาย หรือออกกฎเกณฑ์ใดๆ มาเพื่อปกป้องความมั่นคงของแห่งตน ดังนี้ เหตุความมั่นคงแห่งรัฐจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการยกเว้นการปฏิบัติตามพันธะกรณีที่จะต้องให้การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ¹⁸

5.2.3 National security ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับรัฐสมาชิกที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธะกรณีได้ในสามกรณีหลักดังต่อไปนี้คือ ด้วยเหตุสุดวิสัย (force majeure) ด้วยเหตุแห่งภัยพิบัติ (distress) ด้วยเหตุจำเป็น (necessity) ในทางระหว่างประเทศเหตุจำเป็นเปรียบเสมือนกับหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า self-preservation ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้รัฐสามารถที่จะดำเนินการใดๆ ที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งความคงอยู่แห่งรัฐแม้ว่ามาตรการที่ดำเนินนั้นจะส่งผลกระทบต่อกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹ แต่กระนั้น แม้ว่ารรัฐจะมีอำนาจในการดำเนินการตามหลัก self-preservation ก็ตาม Hugo Grotius ได้อธิบายไว้ในหนังสือกฎหมายระหว่างประเทศว่าการใช้สิทธิด้วยเหตุจำเป็นนี้มิได้เป็นการใช้สิทธิอย่างไม่มีขอบจำกัด²⁰ เหตุแห่งความจำเป็นนี้เป็นเสมือนกับกฎแห่งจริยธรรมสำหรับรัฐที่จะหลีกเลี่ยงที่จะปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งการกระทำดังกล่าวจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมาย (rule of law) ด้วยเช่นกัน²¹

เหตุแห่งความจำเป็นนี้อาจถูกยกขึ้นกล่าวอ้างได้ในสองกรณีคือ เพื่อเป็นการยกเว้นการละเมิดต่อพันธะกรณีระหว่างประเทศตามที่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้เมื่อรัฐกล่าวอ้างเหตุจำเป็นหรือเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐที่กล่าวอ้างในการละเมิดต่อพันธะกรณีระหว่างประเทศ²² ดังเช่นตัวอย่างในคดี *Neptune case*²³ เนปจูนเรือขนส่งเสบียงสัญชาติอเมริกันได้เดินทางจากเมือง Bordeaux ไปยังสหรัฐอเมริกาซึ่งในขณะนั้นเป็นช่วงระหว่างสงคราม ในระหว่างการขนส่ง

¹⁸ United Nations, ‘The Protection of National Security in IIAs’, in United Nations Conference on Trade and Development (ed.), *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (New York : United Nations, 2009) 25.

¹⁹ Roberto Aguirre Luzi, “BITs & Economic crises : Do States have carte blanche?” 165 (n 2).

²⁰ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace* (A.C. Campbell trans, 1901) 81.

²¹ Commentary to draft Article 33 (now draft Article 25), 32 YBILC (1970-2), para 31.

²² Tarcisio Gazzini, “Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v Argentina” (2008) 26 (3) JENRL 450, 457.

²³ 4 Moore’s International Arbitrations 3843.

นั้นได้ถูกจับกุมโดยเรือลาดตระเวนอังกฤษและถูกนำเข้าฝั่งที่ท่าเรือประเทศอังกฤษ ต่อมาเรือเนปจูนได้รับอนุญาตให้ออกเดินเรือได้แต่ตู้คลังสินค้ายังคงตกอยู่ในการควบคุมดูแลของรัฐบาลอังกฤษ เจ้าของตู้สินค้าจึงได้นำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากรัฐบาลอังกฤษได้จ่ายค่าชดเชยต่ำกว่าราคาสินค้าในตู้ ข้อต่อสู้หนึ่งที่รัฐบาลอังกฤษได้ยกขึ้นกล่าวอ้างคือเหตุแห่งความจำเป็น (necessity) เนื่องจากในเวลานั้นประเทศอังกฤษกำลังเผชิญกับสภาวะการขาดแคลนเสบียง

อนุญาโตตุลาการได้ให้ความเห็นว่า การยกข้อต่อสู้เหตุจำเป็นนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่จำเป็นและไม่สามารถที่จะแสวงหามาตรการอื่นใดมาใช้ทดแทนได้ ดังนั้น การกระทำของรัฐบาลอังกฤษในการการยึดตู้สินค้านั้นไม่สามารถที่จะยกข้อต่อสู้เรื่องเหตุแห่งความจำเป็นขึ้นกล่าวอ้างได้ ทั้งนี้เพราะรัฐบาลอังกฤษมิได้แสดงให้เห็นเป็นที่พอใจว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะดำเนินการได้ดีไปกว่าการยึดเรือขนส่งเสบียงและสินค้า

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการอ้างเหตุจำเป็นนั้นจะต้องเป็นกรณีที่รัฐจะอ้างเหตุจำเป็นได้นั้นก็ต่อเมื่อรัฐนั้นไม่สามารถที่จะแสวงหามาตรการอื่นใดมาใช้เพื่อป้องกันตนเองหรือผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐ (essential security interest) และการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการรบกวนหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น ๆ²⁴ และจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์เรื่องเหตุจำเป็นนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็เป็นเพียงการกำหนดไว้ด้วยถ้อยคำทั่วไป แต่หากการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีนี้จะต้องนำมาปรับใช้อย่างเคร่งครัดเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศ

5.2.4 การประมวลหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ “เหตุจำเป็น” และการปรับใช้ข้อต่อสู้ดังกล่าวในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ

โดยข้อมติแห่งสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติที่ 56/83 ได้ผ่านความเห็นชอบร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งรัฐโดยคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเดือนธันวาคมปีค.ศ. 2001²⁵ โดยในร่างฉบับดังกล่าวได้กำหนดความรับผิดชอบสำหรับกรณีที่รัฐได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อพันธะกรณีระหว่างประเทศ แต่กระนั้นก็ได้มีข้อบทในการยกเว้นความรับผิดชอบว่าด้วยเหตุแห่งจำเป็น (ข้อบทที่ 25) ซึ่งเป็นข้อต่อสู้ที่ประเทศอาเจนตินาได้ยกขึ้นต่อสู้ ข้อบทดังกล่าวได้บัญญัติไว้ดังนี้

²⁴ United Nations, ‘The Protection of National Security in IIAs’ (n 15) 34.

²⁵ ต่อไปบทความนี้เรียกว่า ข้อบท ILC

“1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

- a. is the only means for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
- b. does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

- a. the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
- b. the State has contributed to the situation of necessity.”²⁶

จากข้อบทดังกล่าวนี้เป็นที่สังเกตได้ว่าข้อบทดังกล่าวนี้ได้รับการยกย่องมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยเหตุจำเป็นโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นไว้ในคดี *Gabcikovo-Nagymaros case*²⁷ ว่าหลักกฎหมายว่าด้วยเหตุความจำเป็นนี้เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับมาช้านานแล้วในการยกเว้นความผิด (wrongfulness) ของการกระทำของรัฐภาคีที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศและข้อบทที่ 25 แห่งข้อบท ILC ได้นำมาบัญญัติไว้อีกครั้งเพื่อความชัดเจน แต่กระนั้น ในข้อบทแห่ง ILC ได้บัญญัติเพิ่มเติมด้วยว่าแม้ State of necessity จะเป็นเหตุแห่งการยกเว้นความผิดแต่หาได้ยกเว้นความรับผิดชอบ (liability) ของรัฐดังกล่าวนี้ไม่ รัฐภาคีที่ละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศยังคงต้องรับผิดชอบ เช่น การชดเชยค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย²⁸

โดยหลักกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 25 นี้กล่าวโดยสรุปได้ว่าองค์ประกอบของหลักกฎหมายเรื่องเหตุแห่งความจำเป็นตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น รัฐภาคีจะยกขึ้นต่อสู้ได้นั้นจะต้องครบตามองค์ประกอบของกฎหมายดังนี้คือ

²⁶ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, text and commentaries*, (Cambridge University Press, London 2002) 178.

²⁷ *The Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v Slovakia), 1997 ICJ No 92 at 41 [51].

²⁸ Article 27 of the ILC

1. มาตรการใดๆ ที่รัฐได้ประกาศใช้ด้วยเหตุแห่งความจำเป็นนั้นจะต้องเป็นวิธีการสุดท้ายที่รัฐพึงปฏิบัติเพื่อป้องกันเหตุอันร้ายแรงที่จะเกิดขึ้น (only means against a grave and imminent peril)²⁹ ดังนั้น การที่รัฐจะยกเหตุดังกล่าวนี้ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความผิดได้นั้นเหตุแห่งการคุกคามรัฐจะต้องเป็นเหตุอันร้ายแรงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้และมาตรการที่รัฐได้ประกาศใช้นั้นจะต้องเป็นวิถีทางเดียวที่รัฐจะพึงปฏิบัติ (only way available to safeguard that interest) ดังนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐสามารถเลือกที่จะปฏิบัติ หรือหามาตรการอื่นมาทดแทนได้แม้ว่าทางเลือกอื่นจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่รัฐมากกว่าวิธีการที่เลือก หรือยากต่อการปฏิบัติแต่หากมีความเป็นไปได้แล้ว การกระทำดังกล่าวของรัฐนั้นจะไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ด้วยเหตุแห่งความจำเป็นได้เลย ดังเช่นในคดี *Gabcikovo-Nagymaros* ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศฮังการีและประเทศสโลวาเกีย โดยทั้งสองประเทศได้ตกลงกันในการสร้างเขื่อนบนแม่น้ำดานูบในราวปีค.ศ. 1977 ต่อมาประเทศฮังการีได้ประกาศระงับโครงการดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่ามีการสำรวจและวิจัยที่น่าเชื่อถือว่าโครงการดังกล่าวนั้นส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมบริเวณโดยรอบ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาและตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวของประเทศฮังการีทำให้เป็นวิธีการสุดท้ายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งคุกคามความมั่นคงของฮังการี³⁰

2. องค์ประกอบทางกฎหมายประการต่อมาในการยกข้อต่อสู้เหตุแห่งความจำเป็นนั้นคือ มาตรการที่รัฐได้นำมาใช้ดังกล่าวนี้จะต้องไม่เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อรัฐภาคี หรือรัฐอื่นๆ หรือต่อสังคมระหว่างประเทศ³¹

3. องค์ประกอบประการต่อมาคือ เหตุแห่งความจำเป็นนั้นไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ได้หากรัฐที่ยกเหตุดังกล่าวนี้มีส่วนเกี่ยวข้องต่อเหตุแห่งการนำไปสู่การออกมาตรการเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของรัฐโดยอาศัยเหตุจำเป็น (the responsible State has contributed to the situation of necessity)³² ด้วยองค์ประกอบทางกฎหมายดังกล่าวนี้ ในคดี *Gabcikovo-Nagymaros* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้ตัดสินว่าประเทศฮังการีไม่สามารถยกข้อต่อสู้ด้วยเหตุแห่งความจำเป็น หรือเพื่อประโยชน์ของความมั่นคงแห่งรัฐ (national security) ได้เนื่องจากการกระทำของประเทศฮังการีคือการลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวและได้เริ่มลงมือดำเนินการสร้างเขื่อนไปแล้วนั้นถือได้ว่าฮังการีได้มีส่วนเกี่ยวข้องต่อเหตุแห่งการนำไปสู่การออกมาตรการเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของรัฐนั้นคือการระงับการสร้างเขื่อน เหตุผลภายใต้หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของรัฐภาคีอีกฝ่ายและเป็นการสร้างหลักประกันในทางระหว่างประเทศ

²⁹ Article 25 (1) (a) of the ILC

³⁰ *The Gabcikovo-Nagymaros Project*, 1997 ICJ No 92 at pp. 42-43 [55]

ว่าพันธกรณีจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม ดังนั้น การยกข้อต่อสู้ด้วยเหตุแห่งความจำเป็นนี้จึงต้องเป็นการนำมาปรับใช้ในลักษณะที่เคร่งครัด

5.2.5 ความสัมพันธ์ของเหตุแห่งความจำเป็นตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและบทบัญญัติตามสนธิสัญญาทวิภาคี

จากหลักกฎหมายดังกล่าวมาข้างต้นการยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับ national security นี้ได้รับการยอมรับทั้งภายใต้หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญา ปัญหาประการต่อมาที่จะต้องพิจารณาคือเมื่อมีคดีถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการกฎหมายใดจะถูกนำมาปรับใช้ก่อนเป็นลำดับแรกระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายสนธิสัญญา

จากคดีตัวอย่างสองคดีที่ได้กล่าวมาข้างต้น คือ คดี *CMS v Argentina* และคดี *LG&E v Argentina* อนุญาโตตุลาการทั้งสองคดีได้นำเอาทั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมและหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้นำมาประมวล (ILC) และกฎหมายสนธิสัญญามาปรับใช้ในคดีดังกล่าวนี้ โดยในคดี CMS นั้นอนุญาโตตุลาการได้นำเอาทั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายสนธิสัญญาคือ Article XI แห่งสนธิสัญญาทวิภาคี US-Argentina แต่กระนั้นในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็มีได้ให้เหตุผลว่าเพราะเหตุใดจึงนำเอาหลักเกณฑ์ทั้งสองมาปรับใช้กับข้อพิพาทดังกล่าว

ในขณะที่ในคดี LG&E นั้นอนุญาโตตุลาการได้นำเอาหลักกฎหมายในข้อบทที่ 25 แห่ง ILC ประกอบกับหลักกฎหมายสนธิสัญญา Article XI มาปรับใช้แก่คดี แต่ในคดีดังกล่าวนี้อนุญาโตตุลาการก็มีได้ให้เหตุผลไว้โดยชัดแจ้งเช่นเดียวกันว่าเพราะเหตุใดจึงนำเอาข้อบทที่ 25 และข้อบทในสนธิสัญญาทวิภาคีมาปรับใช้เพียงแต่กล่าวว่า “การวิเคราะห์หลักกฎหมายตามข้อบทที่ 25 แห่ง ILC เพียงอย่างเดียวเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะใช้ในการพิจารณาข้อต่อสู้ที่ประเทศอาเจนตินายกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งรัฐแต่จะต้องพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในสนธิสัญญา US-Argentina ว่ามาตรการที่ประเทศอาเจนตินายกขึ้นต่อสู้นั้นตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ”³³

³¹ Article 25 (1) (b) of the ILC

³² Article 25 (2) (b) of the ILC

³³ *LG&E Corp v Argentina* at [258]

เป็นที่ทราบกันดีว่าแม้โดยข้อบทที่ 38 (1) แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ³⁴ จะได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กระนั้น บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในข้อบทดังกล่าวนี้หาได้มีลำดับศักดิ์ (hierarchy) แต่อย่างใดไม่ ดังนั้นประเด็นปัญหาดังได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าจะต้องใช้กฎหมายใดในการปรับใช้ต่อข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นจึงต้องอาศัยบทบัญญัติหลักแห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศข้อบทที่ 38 และการตีความสนธิสัญญาตามสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา³⁵ ประกอบกันในการพิจารณา

โดยข้อบทแห่ง VCLT ว่าด้วยการตีความสนธิสัญญาได้บัญญัติไว้ว่า การตีความจะต้องตีความโดยหลักสุจริต (good faith) ตามตัวอักษรที่ได้บัญญัติไว้ภายใต้กรอบเจตนาและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา³⁶ ซึ่งการตีความสนธิสัญญานั้นอาจอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของรัฐภาคีในการพิจารณา³⁷ ดังนี้ จากข้อบทที่ 31 แห่ง VCLT อาจถูกนำมาใช้ในการอธิบายเหตุผลของการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ว่าการที่อนุญาโตตุลาการได้นำเอาหลักกฎหมายจารีตประเพณี (ทั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมในคดี CMS และกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับการประมวลใน ILC ในคดี LG&E) มาใช้ในการพิจารณาเนื่องจากข้อบทใน Article XI แห่งสนธิสัญญาทวิภาคี US-Argentina นั้นเป็นบทบัญญัติที่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นในการปฏิบัติตามพันธกรณีไว้อย่างกว้างๆ เพื่อประโยชน์แห่งการตีความสนธิสัญญา อนุญาโตตุลาการจึงได้นำเอาข้อบทที่ 31 (3) (c) มาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวนี้

ในอีกด้านหนึ่งนักวิชาการกลับเห็นว่าอนุญาโตตุลาการ หรือแม้แต่ศาลยุติธรรมก็ควรที่จะนำเอากฎหมายสนธิสัญญามาปรับใช้ก่อนในเบื้องต้น ทั้งนี้เพราะเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ตามหลักกฎหมายที่สำคัญของสนธิสัญญา คือ pacta sunt servanda อีกทั้งโดยหลักกฎหมายทั่วไปแล้วการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเดียวกัน และยังคงมีผลใช้บังคับทั้งในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีและสนธิสัญญานั้น ควรที่จะต้องพิจารณาจากตัวบทของสนธิสัญญาก่อนเป็นลำดับแรกเนื่องด้วยบทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นมีลักษณะเป็น

³⁴ Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า ข้อบทแห่ง ICJ

³⁵ Articles 31 and 32 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า ข้อบทแห่ง VCLT

³⁶ Article 31 (1) of VCLT

³⁷ Article 31 (3) (c) of VCLT

กฎหมายพิเศษหรือที่เรียกว่า *le specialis*³⁸

ดังนั้น หลักกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิบัติสืบต่อกันมาและมีความเชื่อว่าสิ่งที่ปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและต้องปฏิบัติตาม (*opinion juris*) นั้นได้มีสถานะเสมือนเป็นกฎหมายทั่วไป หรือที่เรียกว่า *lex genrale*³⁹ แนวความคิดดังกล่าวนี้ยังได้รับการอ้างอิงโดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *ADC and ADC&ADMC v Hungary*⁴⁰ ซึ่งในคดีดังกล่าวนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนกิจการโดยโจทก์ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในการสร้างสนามบิน Budapest-Ferihegy International Airport ตามสนธิสัญญาทวิภาคีในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไชปรัสและประเทศฮังการีซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1989 อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาเกี่ยวกับการปรับใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายสนธิสัญญาในคดีดังกล่าวโดยได้ตัดสินว่า “หลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้น (ในกรณีของข้อพิพาทดังกล่าวนี้คือการเวนคืนกิจการตามข้อบทที่ 4 แห่งสนธิสัญญาทวิภาคี) สามารถนำมาพิจารณาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงของข้อพิพาทได้ทันทีโดยหาจำต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายจารีตประเพณีก่อน เพราะบทบัญญัติตามกฎหมายสนธิสัญญาเปรียบเสมือนดังบทบัญญัติเฉพาะ (*lex specialis*)⁴¹ แต่ทั้งนี้ในสนธิสัญญาดังกล่าวนี้หาได้กำหนดไว้ซึ่งหลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าชดเชยไว้แต่ประการใด ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าชดเชย “full, unconditional and prompt compensation” จะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴²

³⁸ ความเห็นดังกล่าวนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Judge R Ago ในการพิจารณาการตีความความตกลงฉบับลงวันที่ 25 มีนาคม 1951 (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1980, 73[162]) นอกจากนี้ ความเห็นดังกล่าวนี้ยังได้รับการสนับสนุนโดยนักกฎหมายมากมาย เช่น นักกฎหมายจากกลุ่ม European Jean Monnet Program Jürgen Kurtz, “Adjudging the exceptional at international law : Security, public order and financial crisis” Jean Monnet Working Paper 06/08 at 34 available at www.JeanMonnetProgram.org accessed on 29 May, 2010.

³⁹ มีนักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งที่เห็นด้วยกับความคิดดังกล่าวนี้ เช่น Andrea Bjorklund, “Emergency Exceptions : State of Necessity and Force Majeure” *Oxford Handbook of International Investment Law* (Peter Muchlinski et. Al. eds., 2008) ; William Burke-White & Andreas von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties” 48 Va. J.Int’ Law (2008) 307-401.

⁴⁰ Case No ICSID/ARB/03/16 *ADC and ADC&ADMC v Hungary*, Award, 2 October 2006.

⁴¹ Ibid, at [481] นอกจากนี้ แนวความคิดดังกล่าวนี้ยังได้รับการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการในคดี *Phillips Petroleum Co Iran v Iran*, 29 June 1989, 21 Iran-USCT Rep 79 at [107]

⁴² Ibid, at [483]

6. สรุปผลการศึกษาวิจัยและข้อเสนอแนะ

ผลจากการศึกษาวิจัยในประเด็นปัญหาดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าผลการศึกษาวิจัยและข้อเสนอแนะที่ได้จากการศึกษาวิจัยในหัวข้อดังกล่าวนี้สามารถสรุปได้ดังนี้ คือ

6.1 สรุปผลการศึกษาวิจัย

State of necessity เป็นข้อยกเว้นที่รัฐผู้กล่าวอ้างหาจำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีไม่ ซึ่งส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติ รัฐมักจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้โดยอาศัยเหตุที่เรียกว่า “National security” หรือ “essential security interest” โดยหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ได้รับการพัฒนามาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและในปัจจุบันในสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือที่เรียกว่า BITs (Bilateral Investment Treaties) มักจะมีการกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ด้วยเสมอ ดังเช่นใน Article XI US-Argentina BIT⁴³

ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีข้อพิพาทระหว่างเอกชนสัญชาติของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งกับประเทศอาเจนตินานั้นเกิดขึ้นจากสภาพปัญหาทางเศรษฐกิจ (economic crisis) ประเทศอาเจนตินาจึงได้ยกข้อต่อสู้เรื่อง National security ขึ้นต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศซึ่งประเทศอาเจนตินาได้ยกข้อต่อสู้ขึ้นกล่าวอ้างในคำให้การโดยอ้างทั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณีและข้อบทตามสนธิสัญญา โดยในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการทั้งในคดี CMS และคดี LG&E นั้นก็ได้พิจารณาและปรับใช้ทั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณีและสนธิสัญญาทวิภาคีไปพร้อม ๆ กัน เพียงแต่ต่างกันตรงที่ในคดี CMS นั้นอนุญาโตตุลาการได้ยกเอาหลักกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมขึ้นปรับใช้ในขณะที่อนุญาโตตุลาการในคดี LG&E ได้ยกเอาหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับการประมวลขึ้นใหม่โดย ILC ขึ้นปรับใช้ โดยทั้งสองคดีดังกล่าวอนุญาโตตุลาการหาได้ให้เหตุผลในการปรับใช้บ่งเกิดกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองประการนั้นแต่อย่างใดและมีได้กล่าวโดยชัดแจ้งว่าจะต้องนำเอาหลักกฎหมายใดมาใช้บังคับก่อนเป็นลำดับแรก

จากการศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาโดยเฉพาะในส่วนของหลักกฎหมายทั่วไปและหลักการตีความสนธิสัญญาอาจกล่าวได้ว่าการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในทั้งสองคดีนั้นได้มีการพิจารณาถึงหลักกฎหมายทั่วไป (general principle : *lex specialis and lex generale*) ประกอบกับหลักการตีความสนธิสัญญาตามข้อบทที่ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 แต่เป็นการปรับใช้ในลักษณะที่เรียกว่า “บายพาส” (by pass) จึงทำให้เกิดปัญหาข้อถกเถียงในทางวิชาการ

⁴³ รัฐส่วนใหญ่ในทวีปยุโรป อาทิ สหราชอาณาจักร, ฝรั่งเศสและ เยอรมนี ตลอดจนประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการสร้างแม่แบบสนธิสัญญาทวิภาคี หรือที่เรียกว่า BIT model โดยได้มีการกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวไว้เช่นกัน

โดยความเคารพในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวนั้น โดยความเห็นส่วนตัวแล้วคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีทั้งสองนั้น อนุญาโตตุลาการได้นำเอาข้อบทแห่ง US-Argentina BIT มาปรับใช้โดยอาศัยการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีก่อน ซึ่งแม้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะไม่มีสถานะเป็น precedent เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ก็อาจมีลักษณะเป็น obiter dictum

ดังนี้ เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณา Article XI แห่ง US-Argentina BIT แล้วในข้อบทดังกล่าวก็เป็นเพียงข้อกำหนดให้รัฐภาคีสามารถยกเหตุ national security หรือ essential security interest ขึ้นกล่าวอ้างได้ แต่หาได้กำหนดองค์ประกอบของข้อกฎหมายไว้แต่อย่างใด ไม่ว่าลักษณะใดที่รัฐจะสามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นเพื่อละเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณี ดังนั้นโดยผลของข้อบทที่ 31 (3) (c) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนามาปรับใช้ คือการนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เพื่อประโยชน์ในการตีความ อีกทั้งโดยหลักกฎหมายทั่วไปแล้วนั้น การปรับใช้กฎหมายต่อข้อเท็จจริงนั้นหากในข้อเท็จจริงดังกล่าวมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายเฉพาะเรื่องและกฎหมายโดยทั่วไปแล้ว ศาลหรือองค์กรตุลาการก็จะต้องเป็นการนำเอาหลักกฎหมายเฉพาะมาปรับใช้แก่คดีก่อนเสมอ ส่วนการนำเอาหลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้นั้นก็เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายนั่นเอง

สำหรับประเด็นที่อนุญาโตตุลาการนั้นได้นำเอาร่างของ ILC มาใช้ปรับแก้ข้อพิพาทดังกล่าวนี้ โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญานั้น แม้ว่าร่างสนธิสัญญา (Draft) จะยังไม่มีค่าบังคับในทางกฎหมายแต่หากร่างสนธิสัญญานั้นได้รับการประมวลขึ้นมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วร่างสนธิสัญญาดังกล่าวก็จะมีผลใช้บังคับได้แต่ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴⁴ แต่หากการยกอ้างดังกล่าวขึ้นใช้พิจารณานั้นอาจด้วยเหตุผลในการพิสูจน์ความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าว

6.2 ข้อเสนอแนะ

1. ในการทำความเข้าใจและพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนักวิชาการในสาขาวิชาดังกล่าวนี้อาจจะต้องร่วมมือกันในการสร้างความเข้าใจอย่างเป็นระบบเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศและการสร้างผลงานทางวิชาการเพิ่มเติมเกี่ยวกับสภาพบังคับของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง

⁴⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (7th edn. OUP : London, 2008) 608.

ประเทศและสนธิสัญญา ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมให้นักกฎหมายได้มีความรู้และความเข้าใจมากยิ่งขึ้น ในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเพื่อการพัฒนาประเทศไทยอย่างยั่งยืน จะเห็นได้ว่าประเด็นข้อพิพาทที่ได้กล่าวไว้ในกรณีศึกษาข้างต้น นักกฎหมายประเทศอาเจนตินา ได้พยายามที่จะยกเอาหลักกฎหมายทั้งตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและ สนธิสัญญามาใช้เพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนในกรณีที่ประเทศกำลังประสบกับสภาวะวิกฤตการณ์ ทางเศรษฐกิจ

2. ประเด็นการศึกษาที่น่าสนใจประการต่อมาคือ การกล่าวอ้างเหตุ national security นั้น รัฐผู้รับการลงทุนจะอาศัยเหตุ หรือสภาวะการณใดได้บ้างในการยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณี โดยอาศัยเหตุ national security การอาศัยเหตุ national security จำเป็นต้องเป็นกรณีของ วิกฤตการณ์ทางทหาร หรือวิกฤตการณ์ทางการเมืองเท่านั้นหรือไม่ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้อาจเป็น หัวข้อที่น่าสนใจในการศึกษาต่อไปว่าหากประเทศไทยต้องประสบกับสภาวะการณหนึ่งๆ ที่อาจจะ เกิดขึ้นในอนาคตแล้ว ประเทศไทยจะอ้างเหตุ national security เพื่อยกเว้นการปฏิบัติตามพันธ กรณีระหว่างประเทศได้หรือไม่ หรือในกรณีที่ประเทศไทยเผชิญกับสภาวะความขัดแย้งทาง ความคิดทางการเมืองของกลุ่มคนสองฝ่ายในช่วงตั้งแต่กลางปี พ.ศ. 2552 จนกระทั่งถึงช่วงกลาง ปี พ.ศ. 2553 ประเทศไทยจะอ้างเหตุ national security เพื่อยกเว้นการให้การส่งเสริมและ การคุ้มครองการลงทุนแก่นักลงทุนต่างชาติได้หรือไม่ อย่างไร

เอกสารอ้างอิง

International Agreements

The Statute of the International Court of Justice.

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

The Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment 1994.

The Economic Cooperation Agreement between India and Singapore (2005).

Treaty between Hungary and the Russian Federation concerning the reciprocal encouragement and protection of investment 1995.

International Court of Justice Judgments and Arbitral Awards

The Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia), 1997 ICJ No 92.

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, ICJ Reports 1980, No 73.

Case No. ARB/01/8 *CMS v Argentina* (17 July 2003).

Case No. ARB/02/01 *LG&E Corp v Argentina Republic* (3 October 2006).

Case No ICSID/ARB/03/16 *ADC and ADC&ADMC v Hungary* (2 October 2006).

Phillips Petroleum Co Iran v Iran, 29 June 1989, 21 Iran-USCT Rep 79.

Books

Commentary to draft Article 33 (now draft Article 25), 32 YBILC, 1970-2.

Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace* A.C. Campbell trans, 1901.

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th edn. OUP : London, 2008.

James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, text and commentaries*, Cambridge University Press : London, 2002.

Peter Muchlinski et. Al, *Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP : London, 2008.

Articles

Amin George Forji, "Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity" 76 *Arbitration* (2010) 44-57.

Argentina's Collapse : a Decline without Parallel" in *The Economist*, March 2-8, 2002.

Jürgen Kurtz, "Adjudging the exceptional at international law : Security, public order and financial crisis" Jean Monnet Working Paper 06/08, 1-56 at www.JeanMonnetProgram.org

Roberto Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises : Do States have carte blanche?" in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, edited by TJ Grierson Weiler, JurisNet : USA, 2008, 165-188.

Stehan W. Schill, "International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises" 24 (3) *Journal of International Arbitration* (2007) 265-286.

Tarcisio Gazzini, "Necessity in International Investment Law : Some Critical Remarks on CMS v Argentina" (2008) 26 (3) *JENRL* 450-469.

United Nations, 'The Protection of National Security in IIAs', in United Nations Conference on Trade and Development (ed.), *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (New York : United Nations, 2009) 1-138.

William Burke-White, "The Argentine Financial Crises : State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID system" (January 2008) University of Pennsylvania Law School Newsletter.

William Burke-White & Andreas von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties" 48 *Va. J.Int' Law* (2008) 307-401.