

ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม: ศึกษากรณีข้อบทในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนว่าด้วย
หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE LEGAL EFFECT OF TREATIES TO A THIRD STATE: A CASE STUDY OF MOST
FAVOURED-NATION CLAUSE IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS

Miss Woranan Duang-udom



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม: ศึกษากรณีข้อบทใน
สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนว่าด้วยหลัก
ปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง

โดย

นางสาววรรณัน ดวงอุดม

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(นางสาวชวนาถ ทั้งสัมพันธ์)

วรรณัน ดวงอุดม : ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม: ศึกษากรณีข้อบทในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่ง (THE LEGAL EFFECT OF TREATIES TO A THIRD STATE: A CASE STUDY OF MOST FAVOURED-NATION CLAUSE IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS) อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.ชุมพร ปัจจุบันนท์, หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงกรณีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบทในสนธิสัญญาส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่ง ซึ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นสนธิสัญญานั้นย่อมมีผลผูกพันแก่รัฐภาคีเท่านั้นตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* และสนธิสัญญาย่อมไม่อาจก่อให้เกิดทั้งสิทธิ หรือหน้าที่ใดๆ แก่รัฐที่สามได้ตามหลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีสนธิสัญญาอาจมีผลผูกพันรัฐที่สามได้หากรัฐที่สามนั้นยินยอมโดยอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้มีการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวเอาไว้ในเรื่องสนธิสัญญากับรัฐที่สาม มาตรา 34 - 38 โดยจะต้องมีองค์ประกอบ 2 ส่วนสำคัญ คือเจตนาของรัฐภาคีที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สาม ประกอบกับเจตนายินยอมของรัฐที่สาม แต่สำหรับกรณีข้อบท MFN clause นั้น เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่น รัฐภาคีอีกฝ่ายจะอยู่ในฐานะรัฐที่สามที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ตนเป็นภาคีเพื่อรับบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นได้ โดยที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นไม่ได้มีเจตนาที่จะให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลไปยังรัฐที่สามแต่อย่างใด จึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจว่า ลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause นี้เป็นการขัดกับหลักพื้นฐานในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 และหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* หรือไม่อย่างไร และการที่รัฐที่สามจะอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อนำบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่นมาใช้นั้นมีขอบเขตแค่ไหนอย่างไร

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5686015634 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION / TREATY AND THIRD STATE / MOST FAVOURED-NATION CLAUSE / INTERANTIONL INVESTMENT AGREEMENT / LEGAL EFFECT OF TREATIES

WORANAN DUANG-UDOM: THE LEGAL EFFECT OF TREATIES TO A THIRD STATE: A CASE STUDY OF MOST FAVOURED-NATION CLAUSE IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS. ADVISOR: PROF. DR.CHUMPHORN PACHUSANOND, pp.

This thesis aims to study the legal effect of treaties to a third State: a case study of Most Favoured-Nation Clause (MFN clause) in International Investment Agreements. In the general principle of international law, a treaty is binding upon the parties to it according to “Pacta sunt servanda” rule, and treaty cannot create any right or obligation to a third State according to “ Pacta tertiis nec nocent nec prosunt” rule. Anyway, sometimes treaty can create rights or obligations binding on a third State if that State assent thereto. This rule has been set criteria in Part III Section 4 article 34 -38 of Vienna convention on the law of treaty 1969 (VCLT). In the Article 34- 38 of VCLT, there are two important conditions to hold a State or a group of States accountable for an obligation or right arising from a treaty to which it is not a party. The first condition is the will of the parties to create a legal obligation or right, the second is the consent of the third State. But in the case of MFN clause when the party of a basic treaty has given the more favourable treatment to any other State, the other party will turn into a third State of the treaty which has more favourable treatment, and can use MFN clause in the basic treaty to get the more favourable treatment in other treaty, although the party of other treaty have no intention to provide right or obligation to a third State. It is interesting that the legal mechanism of the MFN clause is inconsistent with the rule in the VCLT and the “Pacta tertiis nec nocent nec prosunt” rule, isn’t it, and how is the scope of the application of the MFN clause that can cause the third State to get more favourable treatment from other treaties.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2016

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงมาได้หากปราศจากความเมตตากรุณา และพลังใจจากบุคคลทั้งหลายเหล่านี้

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และเสียสละเวลาอันมีคุณค่าของท่าน คอยอบรม สั่งสอน ตลอดระยะเวลาที่ข้าพเจ้าได้ศึกษาเล่าเรียนที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยแห่งนี้ อีกทั้งได้ชี้แนะแนวทางที่ถูกต้องในการศึกษาวิจัย และผลักดันให้ผู้เขียนสำเร็จการศึกษาลงได้

ขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ ประธานกรรมการที่เมตตาผู้เขียนอย่างมากทั้งในชั้นเรียนกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนได้เสียสละเวลาอันมีค่าให้ข้อมูลและคำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ชวนาด ทั้งสัมพันธ์ รองอธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ที่รับเป็นกรรมการ และจุดประกายให้ผู้เขียนเลือกศึกษาวิจัยในหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อีกทั้งได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์และมีคุณค่าอย่างยิ่ง และขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล แม้ท่านจะต้องลาไปให้กำเนิดบุตรและไม่สามารถร่วมเป็นกรรมการในการสอบป้องกันเค้าโครงวิทยานิพนธ์ได้ แต่ท่านได้ให้ข้อมูลและคำแนะนำแก่ผู้เขียนเมื่อครั้งสอบเปิดเล่มวิทยานิพนธ์ ซึ่งมีคุณค่าในการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างมาก

และขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ ที่ให้ชีวิต และให้ทุกสิ่งทุกอย่างที่ดีที่สุดสำหรับลูกคนนี้เสมอมา วันแห่งความสำเร็จนี้คงจะไม่อาจมาถึง หากปราศจากท่านทั้งสอง ที่ได้ให้โอกาสในการเรียน ตลอดจนเป็นพลังใจให้ผู้เขียนมีแรงสู้ มานะ อดทนที่จะฟันฝ่าอุปสรรคทุกอย่างที่เข้ามาในระหว่างทางเดิน แม้ในวันที่ล้มลุกคลุกคลาน จนทำให้ผู้เขียนมีแรงที่จะลุกขึ้นเดินต่อ และไม่ละทิ้งความฝันไปเสียกลางทาง

ท้ายสุดนี้ขอขอบคุณญาติสนิทมิตรสหายทุกท่าน ที่คอยให้ความช่วยเหลือ คำปรึกษา และกำลังใจ ทำให้ผู้เขียนมีพลังใจ พลังกาย สามารถผ่านพ้นช่วงเวลาที่ยากลำบากลำบากนี้มาได้

คุณงามความดีอันพึงมีจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบแต่บิดา มารดา ญาติสนิท มิตรสหาย ครูบาอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ทุกท่าน และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีส่วนสร้างคุณประโยชน์ให้แก่สังคมสืบไป

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1	1
บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของการศึกษา	3
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	5
บทที่ 2	7
หลักการพื้นฐานเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม.....	7
2.1 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda).....	7
2.1.1 ที่มาของหลัก Pacta sunt servanda	8
2.1.2 องค์ประกอบของการเกิดสัญญา ตามหลัก Pacta sunt servanda.....	11
2.1.2.1 คำเสนอ (Offer).....	11
2.1.2.2 คำสนอง (Acceptance).....	12
2.1.2.3 คำเสนอสนองถูกต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญา.....	13
2.1.2.4 การเรียกร้องสิทธิ์ตามสัญญา (Claims).....	14
2.2 หลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt.).....	17

2.2.1	ที่มาของหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt	18
2.2.2	องค์ประกอบการเกิดผลผูกพันของสัญญาต่อบุคคลที่สามตามหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt	20
2.2.2.1	เจตนาของคู่ภาคีในสัญญา.....	20
2.2.2.2	เจตนายินยอมของบุคคลที่สาม	20
2.2.2.3	เจตนาคู่ภาคีในสัญญาต้องตรงกันกับเจตนาของบุคคลที่สาม	21
2.2.2.4	การเรียกร้องสิทธิตามสัญญาของบุคคลที่สาม (Claims)	21
2.3	หลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969	23
2.3.1	หลักสนธิสัญญามีผลผูกพันเฉพาะรัฐภาคี: มาตรา 34 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969.....	24
2.3.2	สนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม: มาตรา 35 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969.....	26
2.3.2.1	เจตนาของรัฐภาคีในการให้บทบัญญัติสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม	26
2.3.2.2	รัฐที่สาม	27
2.3.2.3	เจตนายินยอมของรัฐที่สามเป็นลายลักษณ์อักษร	28
2.3.3	สนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม: มาตรา 36 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969.....	31
2.3.3.1	เจตนาของรัฐภาคีในการให้สิทธิแก่รัฐที่สาม.....	32
2.3.3.2	รัฐที่สาม(third State) กลุ่มรัฐ (a group of States to which it belong) หรือรัฐทั้งหมด (all States).....	33
2.3.3.3	เจตนายินยอมของรัฐที่สาม.....	35
2.3.4	การเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งพันธกรณี หรือสิทธิของรัฐที่สาม: มาตรา 37 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969	37
2.3.4.1	การเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งพันธกรณีของรัฐที่สาม	38

2.3.4.2 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิของรัฐที่สาม.....	40
2.3.5 กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเปลี่ยนเป็นการผูกพันรัฐที่สามผ่านจารีตประเพณีระหว่างประเทศ: มาตรา 38 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969.....	41
2.4 ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีอื่น	44
2.4.1 สนธิสัญญาที่สร้าง objective regime หรือสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป.....	45
2.4.2 สนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ.....	47
2.4.3 สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause.....	48
บทที่ 3.....	51
ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง	51
3.1 หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง.....	51
3.1.1 ที่มาและประวัติของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง	51
3.1.2 วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง	54
3.2 ข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause)	55
3.2.1 ข้อบท MFN clause ในบริบทการค้าระหว่างประเทศ (Trade).....	57
3.2.1.1 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)	58
3.2.1.2 ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ General Agreement on Trade in Services (GATS)	59
3.2.1.3 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).....	60
3.2.2 ข้อบท MFN clause ในบริบทการลงทุนส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Promotion and Protection of Investment).....	62
3.2.2.1 รูปแบบของ MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน	62

ก. ข้อบท MFN clause ที่ยืนยันชัดแจ้งว่าใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท (Dispute settlement provision).....	62
ข. ข้อบท MFN clause อย่างกว้าง (Broad clause) ที่มีลักษณะกล่าวเป็นการทั่วไป เช่น “All matters” “All rights” “treatment” โดยไม่ได้มีการกล่าวถึงการใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท.....	63
ค. ข้อบท MFN clause อย่างแคบ (Narrow clause) ที่อาจจะมี non-exhaustive lists ซึ่งไม่ได้มีการกล่าวถึงการใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท.....	65
ง. ข้อบท MFN clause ที่ยืนยันชัดแจ้งว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท.....	66
3.2.2.2 หลักเกณฑ์ในการปรับใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน.....	66
ก. การปฏิบัติในสนธิสัญญาอื่นเป็นคุณกว่า (more treatment favourable).....	67
ข. การปฏิบัตินั้นต้องเป็นเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (Ejusdem generis).....	70
ค. เป็นการปฏิบัติ (Treatment) ที่อยู่ในขอบเขตความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา.....	72
3.2.2.3 รูปแบบของการปฏิบัติ (Treatment) ที่อยู่ในขอบเขตของ MFN clause	72
ก. การปฏิบัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive).....	72
- การยอมรับการลงทุน (Admission of Investment).....	73
- การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and equitable treatment).....	75
- การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment)	77
- การโอนกิจการและทรัพย์สินเป็นของรัฐ (Nationalization)	78

- การโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศ (Repatriation and Transfer)	81
- การรับช่วงสิทธิ (Subrogation).....	82
- การชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses)	85
ข. การปฏิบัติประเภทวิธีสบัญญัติ (Procedural)	87
- การระงับข้อพิพาท (Dispute settlement)	87
บทที่ 4.....	91
วิเคราะห์ข้อบ่งชี้ด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนเคราะห์ยิ่ง (MFN clause).....	91
กับหลักกฎหมายเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม.....	91
4.1 ข้อบท MFN clause เป็นข้อบทที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม.....	91
4.1.1 ข้อบท MFN clause กับเจตนาทำข้อเสนอ (Offer) ของรัฐภาคี.....	91
4.1.2 ข้อบท MFN clause กับเจตนาทำคำสนอง (Acceptance) ของรัฐภาคี.....	92
4.1.3 เจตนาสนองสนองถูกต้องตรงกันตามหลัก Pacta sunt servanda.....	92
4.1.4 เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่นทำให้รัฐ ภาคีอีกฝ่ายกลายเป็นรัฐสาม	93
4.1.5 ผลข้อบท MFN clause ทำให้รัฐภาคีฝ่ายที่กลายเป็นรัฐที่สามมีสิทธิได้รับการ ปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าซึ่งเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นได้.....	94
4.2 ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม กรณีข้อบท MFN clause อยู่ภายใต้หลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt.....	95
4.2.1 สนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวไม่อาจมีผลใดๆ ต่อรัฐที่ สามได้.....	95
4.2.2 ข้อบท MFN clause เป็นการแสดงเจตนาตกลงกันเพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่า อันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่น.....	96
4.3 ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause เป็นคนละระบบ (regime) กับ กรณีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969.....	98

4.3.1 ประเด็นเรื่องบ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สาม	98
4.3.2 เจตนาของรัฐภาคีในการกำหนดพันธกรณี หรือให้สิทธิแก่รัฐที่สาม	100
บทที่5.....	103
ปัญหาเรื่องขอบเขตในการที่รัฐที่สามปรับใช้ข้อบท MFN clause.....	103
เพื่อรับบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่น.....	103
5.1 ปัญหาการปรับใช้ข้อบท MFN clause กับการปฏิบัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive provision)	103
5.1.1 การปรับใช้ MFN clause กับเวลาการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา (entry into force).....	104
5.1.2 การปรับใช้ MFN clause กับบทบัญญัตินิยามของนักลงทุนหรือการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา.....	105
5.1.3 การปรับใช้ MFN clause เพื่อกำจัดบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่มีอยู่ในสนธิสัญญา.....	107
5.2 การปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติประเภทวิธีสบัญญัติหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Provision).....	108
5.2.1 กรณี MFN clause ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท	109
5.2.2 กรณี MFN clause ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท	110
5.2.3 กรณี MFN clause ไม่ได้ระบุว่าใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทหรือไม่	111
5.2.3.1 เหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้.....	112
ก. การระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติต่อการลงทุน	113
ข. บทบัญญัติระงับข้อพิพาทถือเป็นบทบัญญัติหนึ่งที่เป็นการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ.....	115
5.2.3.2 เหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้.....	118

ก. บทบัญญัติที่ระงับข้อพิพาทได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยผ่านการเจรจาตกลงกัน ของรัฐภาคีเพื่อหาวิธีการระงับข้อพิพาทเฉพาะในแต่ละ สนธิสัญญา	119
ข. เจตนายินยอมของรัฐภาคีเป็นเงื่อนไขแห่งเขตอำนาจในการพิจารณาคดี ของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction).....	121
ค. การแทนที่เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือกฎเกณฑ์ที่ได้มีการตกลง กันไว้ในสนธิสัญญา หรือก่อตั้งอำนาจในการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการขึ้นมาใหม่ นอกเหนือไปจากสนธิสัญญา ทำให้ เจตนาของรัฐภาคีเดิมถูกแทนที่ด้วยความพึงพอใจของผู้ลงทุน เอกชนเพียงรายใดรายหนึ่ง	122
ง. เป็นการปฏิเสธศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับการ ลงทุนว่าไม่มีความน่าเชื่อถือในการขจัดข้อพิพาท.....	125
จ. วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่มุ่งหมายเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนไม่ได้เป็นเครื่องสะท้อนซึ่งเจตนารมณ์ของทุก บทบัญญัติในสนธิสัญญาเสมอไป	126
ฉ. เป็นการเอาเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา เกินสมควร	127
บทที่ 6	131
บทสรุปและข้อเสนอแนะ	131
.....	144
รายการอ้างอิง	144
ภาคผนวก.....	149
Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses (1978)	150
Vienna convention on the Law of Treaties (1969).....	161
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	164

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โดยหลักแล้วในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เมื่อ Entity ใดก็ตามที่มีองค์ประกอบของความเป็นรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว Entity นั้น ย่อมมีสถานะและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นรัฐ อันคงไว้ซึ่งความมีอิสระและอำนาจอธิปไตยที่รัฐทุกรัฐจะต้องให้ความเคารพในอำนาจอันนั้น รัฐหนึ่งรัฐใดจะไปก้าวล่วงหรือละเมิดอำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจอสูงสุดของอีกรัฐหนึ่งไม่ได้ ในการทำสนธิสัญญาก็เช่นเดียวกัน รัฐที่ตกลงเข้ามาทำสนธิสัญญาร่วมกันต่างมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพในอำนาจอธิปไตยซึ่งกันและกัน และต่างต้องยอมสละอำนาจอธิปไตยของตนบางส่วนเพื่อเข้าผูกพันตนภายใต้เงื่อนไขและกฎเกณฑ์ตามสนธิสัญญานั้น ดังนั้นความยินยอมของรัฐที่เข้าผูกพันตนในสนธิสัญญาจึงเป็นปัจจัยที่สำคัญของการมีผลผูกพันของสนธิสัญญาแก่รัฐหนึ่งได้ ซึ่งโดยหลักแล้วการแสดงออกซึ่งเจตนาในการยินยอมสละอำนาจอธิปไตยบางส่วนเพื่อเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญานั้นก็คือการเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญานั้นเองและเมื่อใดที่รัฐได้ยินยอมเข้าผูกพันตนเป็นภาคีในสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันรัฐภาคีนั้น และรัฐภาคีเองย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพในเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในสนธิสัญญาที่ตนเข้าผูกพันด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) นั้นเอง

เมื่อสนธิสัญญามีผลผูกพันเฉพาะแก่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาซึ่งได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตนตามสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาโดยทั่วไปจึงไม่อาจก่อให้เกิดผลผูกพันรัฐที่สามซึ่งมิใช่รัฐภาคีได้ตามหลัก pacta tertiis nec nocent nec prosunt กล่าวคือบุคคลที่สามย่อมไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆ จากสัญญา แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีสนธิสัญญาอาจมีผลผูกพันรัฐที่สามได้หากรัฐที่สามนั้นยินยอมโดยอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้มีการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวเอาไว้ในเรื่องสนธิสัญญากับรัฐที่สาม มาตรา 34 – 38 ทั้งในเรื่องสนธิสัญญาที่ให้สิทธิ์แก่รัฐที่สามและสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม ยกตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาของรัฐชายฝั่งที่ให้สิทธิ์แก่รัฐที่สามในการเดินเรือผ่านน่านน้ำเป็นต้น ซึ่งในสภาวะการณ์ปัจจุบันโลกของเรามีแนวโน้มทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่มีลักษณะเชื่อมโยงถึงกันมากยิ่งขึ้น สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงเป็นกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในฐานะที่เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติ ในการเป็นหลักประกันว่าการลงทุนของตนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน โดยจะได้รับความคุ้มครองการเวนคืน ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และชาติที่

ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง รวมทั้งได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันกับการลงทุนในประเทศ ผู้รับการลงทุนอื่น ๆ และสามารถทำธุรกรรมทางออนไลน์ได้อย่างเสรี ทั้งนี้ หากเกิดปัญหาใด ๆ ขึ้น นักลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ ซึ่งการปฏิบัติเหล่านี้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนล้วนเป็นปัจจัยช่วยส่งเสริมให้ระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศนั้นมีการเจริญเติบโตและขับเคลื่อนไปได้ด้วยดี ทั้งยังเป็นเครื่องมือในการสร้างความร่วมมือ และความสมานฉันท์ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประชาคมระหว่างประเทศร่วมกันอีกด้วย ทำให้ประเทศต่างๆ ได้หันมาให้ความสนใจและจัดทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนทั้งแบบพหุภาคี (Multilateral) หรือทวิภาคี (Bilateral) เพื่อเป็นหลักประกัน และส่งเสริมความมั่นใจในการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น และเพื่อเป็นการรับประกันว่านักลงทุนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนยังรัฐผู้รับการลงทุน จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐผู้รับการลงทุนอย่างเป็นธรรม และไม่ถูกกีดกันจากการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้เองทำให้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่จึงได้มีการบัญญัติมาตรฐานการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนเอาไว้ในสนธิสัญญา ซึ่งหนึ่งในการคุ้มครองการลงทุนซึ่งเป็นการประกันการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุนที่จะขาดไปเสียไม่ได้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนทุกวันนี้ นั่นก็คือ หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most favoured nation treatment)

สำหรับข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ MFN clause ที่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น เป็นกลไกที่ทำให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทดังกล่าว สามารถนำเอาบทบัญญัติที่เป็นคุณจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ให้มีผลกับรัฐของตนได้ ทั้งที่รัฐตนนั้นไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทดังกล่าว ซึ่งรัฐภาคีฝ่ายที่เรียกร้องการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าตามข้อบท MFN clause อยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทหรือการปฏิบัติที่ดีกว่า เนื่องจากไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวแต่กลับสามารถได้รับผลจากข้อบทที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญานั้นได้ โดยที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นไม่ได้มีเจตนาที่จะให้สิทธิประโยชน์ใดๆ แก่รัฐที่สามเลย ซึ่งก็เป็นประเด็นที่น่าสนใจว่า ลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause ดังกล่าวเป็นการขัดกับหลักพื้นฐานในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามที่ว่าบุคคลที่สามไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา Pacta tertiis nec nocent nec prosunt หรือไม่อย่างไร และการที่รัฐที่สามใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนนำเอาบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ นั้นเชื่อว่าจะสามารถใช้ได้อย่างไรขอเขตไม่ เพราะหากเป็นเช่นนั้นการกระทำดังกล่าวอาจเป็นสร้างความขัดแย้งและความแตกแยกในสังคมระหว่างประเทศได้อย่างกว้างขวางมากกว่าที่จะเป็นผลดี ด้วยเหตุนี้เอง ข้าพเจ้าจึงมีความสนใจในประเด็นดังกล่าว และประสงค์ที่จะ

ศึกษาลึกลงไปในประเด็นนี้ ว่าผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามในกรณีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่งนั้นขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามที่ว่าบุคคลที่สามย่อมไม่มีสิทธิ หน้าที่ใดๆ จากสัญญา Pacta tertiis nec nocent nec prosunt หรือไม่ และสอดคล้องกับหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 หรือไม่ และการที่รัฐที่สามจะอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตน เพื่อนำบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่นมาใช้ นั้น มีขอบเขตมากน้อยเพียงใด เพื่อนำองค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาวิจัยนี้ไปปรับใช้ในอนาคตต่อไป

1.2 สมมติฐานของการศึกษา

ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เป็นข้อบทที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม ซึ่งอยู่ภายใต้หลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt) แต่เป็นคนละระบบ (regime) กับเรื่องสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สาม ตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ใน ส่วนที่ 4 เรื่องสนธิสัญญาและรัฐที่สามแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 โดยข้อบท MFN clause เป็นการที่รัฐภาคีในสนธิสัญญานั้นได้ตกลงกันเพื่อรับบทบัญญัติซึ่งเป็นคุณกว่าอันเป็นสิทธิประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่น ดังนั้น การที่รัฐที่สามจะได้รับสิทธิประโยชน์อันเป็นผลจากสนธิสัญญาอื่นจากผลของข้อบท MFN clause ในเรื่องใดได้บ้างนั้น ย่อมต้องพิจารณาจากเจตนาของรัฐภาคีที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาหลักเป็นสำคัญ

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า Pacta Tertiis nec nocent nec prosunt.
2. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม
3. เพื่อให้ทราบถึงชนิดหรือประเภทต่างๆ ของสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สาม
4. เพื่อให้มีความเข้าใจว่าสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่งนั้นมีความสัมพันธ์กับเรื่องสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามอย่างไร
5. เพื่อให้มีความเข้าใจถึงลักษณะทางกฎหมายของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่ง

6. เพื่อให้มีความเข้าใจในเรื่องของการปรับใช้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง
7. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการอ้างข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ไดรับอนุเคราะห์ยิ่งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและแนวทางการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว
8. เพื่อที่จะสามารถนำองค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาวิจัย ไปปรับใช้กับหลักกฎหมายและข้อเท็จจริงอื่นให้เกิดประโยชน์ได้

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิเคราะห์กฎหมายโดยพิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องของสนธิสัญญากล่าวคือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) และหลักบุคคลที่สามไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆ จากสัญญา (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt) ประกอบกับหลักกฎหมายในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention of the Law of Treaties 1969 : Section 4 Third State and The Treaties) โดยพิจารณาประกอบกับสนธิสัญญาต่างๆ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือความเห็นของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงอันเป็นที่ยอมรับที่แสดงให้เห็นถึงกรณีสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สาม เพื่อมุ่งแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นและพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ประกอบกับหลักกฎหมายในเรื่องสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ไดรับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause) ไม่ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของยกร่างคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ว่าด้วยเรื่อง MFN Clause (Draft Articles on most-favoured-nation clauses 1978) คำวินิจฉัยของคดีพิพาททางการค้าและการลงทุนในบริบทของวิธีระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States : ICSID) ตลอดจนบทความและความเห็นของนักกฎหมายที่ทรงคุณวุฒิเกี่ยวกับเรื่องข้อบ่งชี้ MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและปัญหาและสภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้ข้อบ่งชี้ดังกล่าว เพื่อพิสูจน์ข้อสมมติฐานที่ว่าผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามในกรณีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ไดรับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause) นั้นสอดคล้องและเป็นไปตามหลักการพื้นฐานในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามที่ว่าบุคคลที่สามย่อมไม่มีสิทธิ หน้าที่ใดๆ จากสัญญา (Pacta tertiis nec nocent nec

prosunt) โดยรัฐที่สามต้องอาศัยสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause เป็นฐานในการนำบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอื่นเท่านั้น ลำพังเพียงสนธิสัญญาอื่นที่มีข้อบทที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวไม่สามารถมีผลไปถึงรัฐที่สามได้ และการที่รัฐที่สามจะอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อนำบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่นมาใช้ นั้น มีขอบเขตไม่เกินไปกว่าเจตนาที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause นั้นเอง

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ ตันร่างกฎหมาย คำพิพากษาศาลโลก คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวินิจฉัยระงับข้อพิพาททางการลงทุนภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States: ICSID) สื่ออิเล็กทรอนิกส์ และเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการมีผลผูกพันของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม และสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause) รวมถึงการสัมภาษณ์และเก็บรวบรวมข้อมูลคำแนะนำจากคณาจารย์และบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน จากนั้นนำข้อมูลและความรู้ที่ได้หลังจากที่ได้ศึกษาค้นคว้าหาความรู้และรวบรวมข้อมูลต่างๆแล้ว มาวิเคราะห์และประมวลผล สรุปผลการวิจัยเพื่อพิสูจน์ข้อสมมติฐานที่ตั้งไว้ เพื่อนำองค์ความรู้ที่ได้ไปใช้ประโยชน์ในการปรับใช้กฎหมายเรื่องอื่นๆต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้มีความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า Pacta tertiis nec nocent nec prosunt.
2. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม
3. ทำให้ทราบถึงชนิดหรือประเภทต่างๆของสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สาม
4. ทำให้มีความเข้าใจว่าสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งนั้นมีความสัมพันธ์กับเรื่องสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามอย่างไร

5. ทำให้มีความเข้าใจถึงลักษณะทางกฎหมายของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่ง
6. ทำให้มีความเข้าใจในเรื่องของการปรับใช้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบ่งชี้ด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่ง
7. ทำให้ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการอ้างข้อบ่งชี้ด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและแนวทางการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว
8. สามารถนำองค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาวิจัย ไปปรับใช้กับหลักกฎหมายและข้อเท็จจริงอื่นให้เกิดประโยชน์ได้



บทที่ 2

หลักการพื้นฐานเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม

ในบทนี้ผู้เขียน จะอธิบายถึงหลักการพื้นฐานในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม กล่าวคือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) และหลักบุคคลไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆ จากสัญญา (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt) ซึ่งเป็นรากฐานและเป็นหัวใจสำคัญของหลักกฎหมายในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามทั้งหมด โดยจะบอกเล่าเรื่องราวประวัติความเป็นมาของสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามว่ามีประวัติความเป็นมาอย่างไรโดยแบ่งเป็นช่วงเวลาก่อนที่จะมีการร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และในช่วงเวลาของยุคสมัยปัจจุบัน เพื่อแสดงให้เห็นถึงที่มาของสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สาม วิวัฒนาการ และทิศทาง การเปลี่ยนแปลงของหลักสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามที่มีการเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใด เมื่อสภาพสังคม กาลเวลา และยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้เห็นถึงพัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องนี้ได้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

2.1 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda)

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับทั้งในกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าเป็นหลักการพื้นฐานของการทำสัญญา และสนธิสัญญาทุกฉบับ โดยเมื่อมีการตกลงทำสัญญาต่อกัน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนาเสนอสนองที่ต้องตรงกัน จึงจะถือกำเนิดเป็นสัญญา และเมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ต่อกันที่จะต้องผูกพันและปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแสดงเจตนาแต่โดยฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นไม่ได้ และหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ละเมิดพันธกรณีที่มีต่อกันตามสนธิสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิตามสัญญาที่จะเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามสัญญา หรือยกเลิกสัญญา หรือให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชดเชยค่าเสียหายแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ ดังนั้น ทั้งการเกิดขึ้นของสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา และการต้องปฏิบัติตามสัญญาล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta sunt servanda) ซึ่งยึดถือความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ¹

¹ปารวี พิสิฐเสนากุล, "หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในสัญญาทางปกครอง," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553). หน้า 5-6.

สำหรับในระบบกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อรัฐใดก็ตามได้มีเจตนาเข้าตกลงทำสนธิสัญญาต่อกัน โดยผ่านการเจรจาตกลงกันของตัวแทนผู้มีอำนาจของรัฐนั้นมีเจตนาเสนอสนองที่ต้องตรงกัน ย่อมถือกำเนิดเป็นสนธิสัญญาเกิดขึ้น เมื่อสนธิสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นย่อมต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะแก้ไขสนธิสัญญาด้วยเจตนาแต่โดยลำพังฝ่ายเดียวมิได้ ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) อีกทั้งยังต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริตด้วย และหากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา รัฐภาคีอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐภาคีฝ่ายนั้นปฏิบัติตามสนธิสัญญา เพิกถอนสนธิสัญญา หรือเรียกค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้

จึงเห็นได้ว่าหลัก Pacta sunt servanda เป็นหลักการพื้นฐานในเรื่องการทำสนธิสัญญาที่เป็นทั้งหลักกฎหมายทั่วไปและเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศ ทำให้มีการนำหลักการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาต่างๆ มากมาย เช่น ใน Declaration on the Rights and Duties of Nations หรือใน Institute of International Law (1921) หรือในมาตรา 20 ของ Harvard draft (1935) หรือในมาตรา 13 ของ Draft of Declaration on Rights and Duties of States (1949) หรือใน Declaration on Friendly Relations (1970) รวมถึงในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 วรรค 1 (c) เรื่องการเคารพและการปฏิบัติตามสนธิสัญญา² อีกทั้งยังได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในมาตรา 26³ ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาที่ได้รับการยอมรับของนานาประเทศ ว่า ทุกสนธิสัญญาที่มีผลบังคับนั้นย่อมผูกพันรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาและรัฐภาคีนั้นจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต

2.1.1 ที่มาของหลัก Pacta sunt servanda

หลัก Pacta sunt servanda หรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เริ่มมีวิวัฒนาการมาจากความเชื่อของคนในยุคโบราณ โดยชาวอียิปต์และชาวจีนมีความเชื่อว่าเทพเจ้าของตนในคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีส่วนในการสรรค์สร้างสัญญาขึ้น และเทพเจ้าเปรียบเสมือนหลักประกันและเครื่องช่วยให้อุสัญญานั้นรู้สึกถึงความผิดในการที่จะละเมิดสัญญา จากความเชื่อดังกล่าวทำให้เกิด

²O. Corten and P. Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol.1 (Oxford University Press, 2011), p. 661, para. 3.

³Vienna convention on the Law of Treaties 1969.

Article 26 Pacta sunt servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

พัฒนาการของหลัก Pacta sunt servanda ซึ่งได้ถูกยึดโยงเข้ากับความเชื่อหรือคำสอนทางศาสนา และศีลธรรมในรูปแบบต่างๆ⁴ ดังเช่น

ในศาสนาคริสต์ คัมภีร์ Old Testament ของ ได้กล่าวในเรื่องเกี่ยวกับการปฏิญาณตนหรือการสาบานตนต่อพระเจ้าว่า เมื่อมนุษย์ได้ปฏิญาณตนต่อพระเจ้า หรือได้ให้สัตย์สาบานที่จะผูกพันตามคำมั่นสัญญาแล้ว เขาผู้นั้นจะต้องไม่ผิดคำพูด แต่จะต้องปฏิบัติตามทุกสิ่งที่ได้กล่าวไว้⁵

หรือในศาสนาอิสลาม หลัก Pacta sunt servanda ก็ยังคงเป็นพื้นฐานของหลักคำสอนในศาสนาที่ว่า “ชาวมุสลิมจะต้องปฏิบัติตามข้อบัญญัติของศาสนา” ซึ่งหลักนี้ได้ปรากฏในอีกหลายแห่งในคัมภีร์อัลกุรอาน เช่น ในสุเราะฮ์ อัล-มาอิดะฮ์ ข้อ 1 ได้บัญญัติว่า “บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลาย จงปฏิบัติตามสัญญาให้ครบถ้วนเถิด...”⁶

ในกฎหมายโรมัน การทำสัญญาของชาวโรมันจะต้องยึดถือตามแบบพิธีเป็นหลัก กล่าวคือ ชาวโรมันจะทำสัญญาได้แต่เฉพาะกรณีที่สัญญานั้นอยู่ในรูปแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น หากชาวโรมันทำสัญญานอกเหนือไปจากแบบที่กฎหมายกำหนด สัญญานั้นย่อมไม่อาจใช้บังคับกันได้ นอกจากกฎหมายโรมันจะจำกัดรูปแบบของสัญญาแล้ว ยังจำกัดประเภทของบุคคลที่จะสามารถเข้าทำสัญญาด้วย โดยบุคคลที่สามารถเข้าทำสัญญาได้จะถูกจำกัดเพียงเฉพาะชายผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวเท่านั้น หากเป็นบุตร หรือภรรยาในบ้านไม่อาจมีสิทธิที่จะเข้าทำสัญญาตามกฎหมายได้ แต่ต่อมาในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 10 หรือยุคฟิวดัล (Feudalism) การทำสัญญาในสมัยนี้จะยึดถือศรัทธาระหว่างคู่สัญญา และความซื่อสัตย์ของคู่สัญญาเป็นหลัก ต่อมากฎหมายโรมันได้ถูกอิทธิพลความเชื่อของศาสนาคริสต์เข้ามาครอบงำ ซึ่งคำสอนในศาสนาคริสต์ในยุคสมัยนั้นได้ให้ความสำคัญกับหลักการเคารพและปฏิบัติตามสัญญา ทำให้รูปแบบในการทำสัญญาจะต้องมีการให้คำสัตย์สาบานเป็นการยืนยันการทำสัญญาตามแบบพิธี และจะต้องกระทำต่อหน้าพยาน⁷

ต่อมาในยุคคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งได้รับอิทธิพลของลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ ซึ่งส่งผลไปยังแนวคิดในเรื่องการทำสัญญา ทำให้เกิดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดขึ้น (Freedom of contract) โดยในยุคนี้เห็นว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการที่จะกระทำการใดๆ แต่เสรีภาพนั้นอาจถูกจำกัดจากรัฐได้ในบางกรณีหากเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในสังคมนั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญาที่เท่าเทียมกันเป็นผู้กำหนด

⁴Hans Wehberg, "Pacta Sunt Servanda" [Online].available on http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulr48&div=49&g_sent=1 .

⁵อนงค์ สมบุญเจริญ, "ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 8.

⁶อัลกุรอาน ฉบับภาษาไทย สุเราะฮ์ อัล-มาอิดะฮ์ ข้อ 1, [Online], 30 April 2016.available on <http://www.hebron.edu/quran/translate.php?sora=5&l=37>.

⁷ปารวี พิสิฐเสนากุล, หน้า 7.

ซึ่งการให้ความสำคัญของเจตนาแห่งคู่สัญญาที่นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (The Autonomy of the Will) กล่าวคือ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเต็มที่โดยที่รัฐไม่อาจยื่นมือเข้ามาแทรกแซงได้ เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าผูกพันตนทำสัญญาโดยสมัครใจ จึงเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด⁸

ดังนั้น เห็นได้ว่าหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* มีพื้นฐานมาจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ซึ่งทำให้คู่สัญญาเมื่อได้มีเจตนาตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันด้วยความสมัครใจแล้ว ย่อมต้องผูกพันตนภายใต้ข้อตกลงในสัญญาที่ตนได้แสดงเจตนาให้ไว้ และจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนการแสดงเจตนาที่ได้ให้ไว้ในสัญญาแต่โดยลำพังมิได้ และหากมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายก็จะบังคับการให้เป็นไปตามข้อผูกพันนั้น ปัจจุบันหลัก *Pacta sunt servanda* เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายทั้งในกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับหลัก *Pacta sunt servanda* ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ได้ถูกนำมาใช้กับหลักในการทำสนธิสัญญา โดยได้ถอดแบบมาจากหลักกฎหมายภายในประเทศในเรื่องการทำสัญญานั้นเอง โดยหากย้อนกลับไปในสมัยโรมันซึ่งได้แบ่งประเภทของกฎหมายที่บังคับใช้ในโรมันออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ *ius civile* ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างพลเมืองโรมันด้วยกันในการทำสัญญา และ *ius gentium* ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างพลเมืองโรมันกับชาวต่างชาติ (กฎหมายระหว่างประเทศในสมัยนั้น) สำหรับกฎหมาย *ius gentium* ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างพลเมืองโรมันกับชาวต่างชาติ การทำสัญญาระหว่างกันไม่จำเป็นต้องกระทำตามแบบแผนหรือแบบพิธีแต่อย่างใด ดังนั้นคำว่า *pactum* หรือ *pacta* ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายโรมัน *ius gentium* ดังกล่าว จึงมีลักษณะอย่างกว้างซึ่งแสดงความผูกพันทางกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างตัวกระทำกรโดยไม่มียึดติดกับเฉพาะสัญญาที่อยู่ในรูปของแบบแผน⁹ แนวความคิดนี้ได้รับความนิยมนับสนุนจากนักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อหลายท่าน ไม่ว่าจะเป็น Josef Kunz หรือ Dionisio Anzilotti หรือ Maurice Bourquin หรือ Suzanne Bastid ซึ่งต่างมีความเห็นในเรื่องนี้ว่า หลัก *Pacta sunt servanda* ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นสามารถใช้ได้กับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ในทุกรูปแบบและปรับใช้ได้ทุกเมื่อที่มีการตกลงผูกพันกันตามกฎหมาย แม้ว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างกันนั้นจะไม่ได้ทำในลักษณะที่เป็นทางการ (Formal) ก็ตาม แต่เมื่อความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว รัฐคู่ภาคีที่ได้

⁸ ธารพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 16-17.

⁹ Corten and Klein, Vol.1 p. 663-64.

ร่วมกันทำข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นย่อมต้องผูกพันอยู่ภายใต้พันธกรณีตามที่ได้ตกลงกันไว้ และจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นด้วยความสุจริต ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda ด้วย

ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้นำหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda ดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 26 ว่า “ทุกสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับย่อมผูกพันรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาและรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสุจริต”¹⁰

2.1.2 องค์ประกอบของการเกิดสัญญา ตามหลัก Pacta sunt servanda

2.1.2.1 คำเสนอ (Offer)

คำเสนอ เป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญา ดังนั้น เมื่อคำเสนอเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนาจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของการแสดงเจตนาและการถอนการแสดงเจตนาด้วย กล่าวคือ หากเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ “ทราบ” การแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น สำหรับการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อคำเสนอได้ “ไปถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา นั้น และทราบได้ที่คำเสนอนั้นยังไม่ได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา คำเสนอนั้นจึงยังไม่มีผล ผู้ทำคำเสนอ ย่อมสามารถบอกถอนคำเสนอนั้นได้เสมอ แต่การบอกถอนคำเสนอนั้นจะต้องไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา ก่อนหรืออย่างน้อยที่สุดไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาพร้อมกับคำเสนอนั้นด้วย¹¹

คำเสนอหรือการแสดงเจตนาขอทำสัญญานั้นจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ กล่าวคือ คำเสนอนั้นจะต้องชัดเจนเพียงพอที่หากผู้รับการแสดงเจตนาได้แสดงเจตนาทำคำสนองตอบกลับมาก็จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ แต่หากการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นไม่ชัดเจนเพียงพอและเมื่อมีการทำคำสนองตอบรับไปแล้วสัญญายังไม่อาจเกิดขึ้นได้ สิ่งที่แสดงเจตนา นั้นยังไม่อาจเรียกว่าเป็นคำเสนอตามกฎหมายได้ แต่อาจเป็นเพียงการแสดงความรู้สึกที่จะทำสัญญาเท่านั้น ซึ่งจะต้องมีการเจรจาตกลงทำคำเสนอสนองให้ถูกต้องตรงกันใหม่ ในภายหลังสัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้¹²

¹⁰“Vienna Convention on the Law of Treaties,” ed. United Nations (1969)..

Article 26 Pactasuntservanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith

¹¹ ศันท์กรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 13 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 273.

¹² จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 196.

สำหรับการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นถือเป็นนิติกรรมรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลผู้ทำคำเสนอฝ่ายเดียว ดังนั้นจึงเรียกได้ว่าการทำคำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (Unilateral act) ซึ่งมีผลผูกพันผู้ที่ทำนิติกรรมนั้นตามกฎหมาย โดยคำเสนออาจทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ หรืออาจทำต่อสาธารณชนก็ได้ และคำเสนอนั้นเมื่อได้แสดงเจตนาออกมาแล้ว ย่อมไม่อาจถอนได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ทำคำเสนอแก่บุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางและคำเสนอนั้นยังไม่ไปถึงบุคคลผู้รับการแสดงเจตนา นั้น แต่ใช้ว่าเมื่อผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาทำคำเสนอออกมาแล้ว คำเสนอนั้นจะผูกพันผู้แสดงเจตนาตลอดไปไม่ คำเสนอเช่นนั้นอาจสิ้นความผูกพันหรือไม่มีผลตามกฎหมายต่อไปได้ หากผู้รับการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นได้มีการบอกปิดคำเสนอไปยังผู้เสนอ หรือคำเสนอนั้นไม่ได้มีการสนองรับภายในกำหนดระยะเวลาตามคำเสนอ หรือกรณีที่คำเสนอไม่ได้มีกำหนดระยะเวลาทำคำสนอง คำเสนอนี้จะสิ้นผลผูกพันต่อเมื่อไม่มีการสนองรับจนพ้นระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวคำสนอนั้น หรือกรณีที่ผู้เสนอตาย หรือตกเป็นคนที่ไร้ความสามารถคำเสนอนั้นก็ย่อมสิ้นความผูกพันไปด้วย¹³

2.1.2.2 คำสนอง (Acceptance)

คำสนองคือการแสดงเจตนาตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ ซึ่งคำสนองเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับคำเสนอ ดังนั้นการแสดงเจตนาทำคำสนองจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติทั่วไปในเรื่องของการแสดงเจตนาและการถอนการแสดงเจตนาด้วย กล่าวคือ หากเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำสนอนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ “ทราบ” การแสดงเจตนาทำคำสนอนั้น สำหรับการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า คำสนอนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อคำสนองได้ “ไปถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา นั้น และทราบใดที่คำสนอนั้นยังไม่ได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา คำสนอนั้นจึงยังไม่มีผล ผู้ทำคำสนอย่อมสามารถบอกถอนคำสนอนั้นได้เสมอ แต่การบอกถอนคำสนอนั้นจะต้องไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา ก่อนหรืออย่างน้อยที่สุดไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาพร้อมกับคำสนอนั้นด้วย¹⁴

ลักษณะสำคัญของคำสนอนั้น จะต้องมีความชัดเจน แน่นนอน และไม่มีเงื่อนไข และไม่มีการแก้ไขจำกัด ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอ หากคำสนอนั้นมีข้อความแก้ไข ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอ คำสนองดังกล่าวถือเป็นการบอกปิดคำเสนอทำให้คำเสนอนั้น

¹³ Ibid., หน้า 200-04.

¹⁴ ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, หน้า 279.

เป็นอันสิ้นสุด และคำสนองดังกล่าวจะเป็นเสมือนการแสดงเจตนาทำคำเสนอขึ้นใหม่แทนคำเสนอเดิมที่สิ้นผลไปนั่นเอง¹⁵

อีกทั้งการแสดงเจตนาทำคำสนองจะต้องมุ่งไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือการแสดงเจตนาทำคำสนอนั้นจะต้องมุ่งไปยังบุคคลผู้ที่ได้ทำคำเสนอ เพื่อให้สัญญาเป็นอันเกิดขึ้น ซึ่งลักษณะประการนี้เองที่ทำให้คำสนองและคำเสนอมีความแตกต่างกัน เพราะคำสนอนั้นอาจเสนอต่อบุคคลเฉพาะเจาะจงก็ได้ หรือเสนอต่อสาธารณชนหรือบุคคลทั่วไปก็ได้ แต่คำสนอนั้นจะต้องมุ่งไปยังบุคคลเฉพาะเจาะจงเท่านั้น โดยการแสดงเจตนาทำคำสนองอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง เช่น การเขียน การพูด หรือแสดงอาการปฏิกิริยาโดยตรงว่าเจตนาตอบรับตามคำเสนอ หรืออาจแสดงเจตนาโดยปริยายก็ได้ ซึ่งการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยปริยายนั้น หมายถึงการกระทำที่สามารถสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับตามคำเสนอ¹⁶ เช่น หากมีการทำคำเสนอเพื่อขอซื้อสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งไปยังผู้ขาย และผู้ขายได้ส่งสินค้าที่ผู้ซื้อติดต่อขอซื้อตามคำเสนอไปให้ การที่ผู้ขายส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อแม้มิได้เป็นการบอกกล่าวสนองรับตามคำเสนอ แต่การกระทำดังกล่าวในการส่งสินค้าไปให้ผู้ซื้อนี้เองที่เป็นการกระทำที่สามารถสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับตามคำเสนอ และถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยปริยายแล้ว

เมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำสนองแล้ว และคำสนอนั้นต้องตรงตามคำเสนอ ทุกประการสัญญาจึงถือกำเนิดขึ้น เสมือนหนึ่งว่า การแสดงเจตนาทำคำสนองได้ผนวกกับการแสดงเจตนาทำคำเสนอรวมเป็นเจตนาเดียวกัน จนเรียกว่าเจตนาในสัญญาหรือเจตนาของคู่สัญญา¹⁷

2.1.2.3 คำเสนอสนองถูกต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญา

การแสดงเจตนาทำคำเสนอ และมีผู้แสดงเจตนาทำคำสนองตอบรับคำสนอนั้น โดยที่คำเสนอและคำสนองดังกล่าวถูกต้องตรงกันในทุกข้อทุกประการ สัญญาย่อมถือกำเนิดขึ้น แต่ตราบใดที่คำเสนอและคำสนองยังไม่ถูกต้องตรงกันทุกข้อและยังต้องมีการเจรจาตกลงกันอยู่ ตราบนั้นยังไม่อาจถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ในกรณีสัญญาที่มีรายละเอียด หรือมีมูลค่าในการทำสัญญาสูง คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงอาจต้องมีการเจรจาอภิปรายเพื่อทำการตกลงร่วมกันเสียก่อนที่จะมีการทำสัญญา เพื่อให้เจตนาเสนอสนองของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นถูกต้องตรงกันอย่างแท้จริง โดยอาจมีการประชุมเพื่อทำข้อตกลงในสัญญาร่วมกันเพื่อร่างหนังสือสัญญาที่มีข้อความ

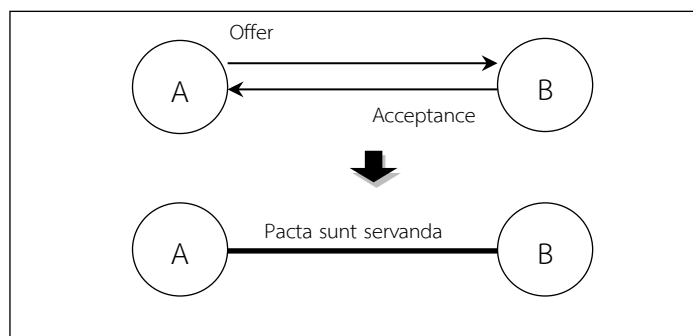
¹⁵ Ibid., หน้า 280.

¹⁶ จิต เศรษฐบุตร, หน้า 208-09.

¹⁷ ศนันทกรณ์ โสคติพันธ์, หน้า 281.

¹⁷ Ibid., หน้า 280.

หรือข้อตกลงร่วมกันที่ต้องตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹⁸ และเมื่อเจตนาเสนอสนองของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายถูกต้องตรงกันโดยครบถ้วนสมบูรณ์แล้วเมื่อนั้นสัญญาย่อมเกิดขึ้น



จากการที่คู่สัญญามีเสรีภาพอย่างเต็มที่ที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มีเจตนาร่วมกันที่จะตกลงทำสัญญาและสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายย่อมต้องผูกพันและปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันนั้น ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) หรืออาจกล่าวได้ว่าสำหรับคู่สัญญาแล้ว สัญญาเปรียบเสมือนกฎหมายที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รังสรรค์ขึ้นมาใช้บังคับระหว่างกันด้วยเจตนาของตนเอง ดังนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามสัญญานั้นอย่างเคร่งครัด โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่หรือพันธกรณี (Obligation) ต่อกันที่จะต้องปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามสัญญา

เมื่อความผูกพันตามสัญญาได้เกิดขึ้นจากเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สัญญานั้นย่อมไม่อาจเลิกกันไปเพราะเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงลำพังได้ เว้นแต่จะได้มีการตกลงกันทำสัญญากันใหม่เพื่อยกเลิกสัญญาเดิม หรือจะมีเหตุที่ทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้เท่านั้น¹⁹

2.1.2.4 การเรียกร้องสิทธิตามสัญญา (Claims)

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องให้ความเคารพต่อสัญญาที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาตน และคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่หรือพันธกรณี (Obligation) ต่อกันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda แต่หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดผิดข้อตกลง หรือไม่ปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่ได้ปฏิบัติผิดสัญญาย่อมมีสิทธิที่จะดำเนินการเรียกร้อง (Claims) ให้คู่สัญญา

¹⁸ Ibid., หน้า 210-11.

¹⁹ Ibid., หน้า 304.

ต้องการของรัฐคู่กรณีทุกฝ่ายเสียก่อนจนกว่าจะได้ข้อสรุปของข้อตกลงหรือสนธิสัญญาที่ถูกต้องตรงกัน สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นจึงจะถือกำเนิดขึ้นและมีผลผูกพันให้รัฐภาคีแห่ง สนธิสัญญานั้นต้องเคารพและปฏิบัติตาม ตามหลัก Pacta sunt servanda²⁴ กล่าวได้ว่าสนธิสัญญานั้นอาจมีผลผูกพันได้ก็แต่เฉพาะกรณีรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นได้มีเจตนายินยอมที่จะถูกผูกพัน ภายใต้บทบัญญัติหรือข้อตกลงตามสนธิสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้น เมื่อรัฐภาคีได้แสดงเจตนา ยินยอมดังกล่าวแล้ว รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะทำการเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขสนธิสัญญาโดยลำพัง แต่เพียงฝ่ายเดียว หรือละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาไม่ได้ หากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้กระทำการ ดังกล่าว รัฐภาคีอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิที่จะดำเนินการเรียกร้องสิทธิตามสนธิสัญญาโดยอาจใช้สิทธิ ทางศาลหรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รวมไปถึงการเรียกร้องให้รัฐภาคีฝ่ายที่ละเมิด ข้อตกลงหรือพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวได้ เช่นเดียวกันไม่ว่าจะทั้งกับข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือ ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือทั้งที่เป็นข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งแบบทวิภาคีหรือ พหุภาคี ก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานดังกล่าวเช่นว่านี้ด้วย²⁵

ซึ่งในเรื่องนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ได้มีคำวินิจฉัยโดยได้กล่าวอ้างซึ่งหลัก Pacta sunt servanda ดังกล่าวนั้น เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการทำข้อตกลงหรือ สนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งหมด ดังนี้

“หลักการพื้นฐานนี้...เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ข้อตกลงพหุภาคีนั้นเป็นผลลัพธ์ จากการตกลงกันตามบทบัญญัติในสนธิสัญญาอย่างอิสระเสรี ดังนั้นจึงไม่มีรัฐภาคี แห่งสนธิสัญญาใดที่จะมีอำนาจกระทำการใดโดยลำพัง หรือตกลงกันเฉพาะแต่ รัฐภาคีเพียงกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในการที่จะกระทำการอันเป็นการลบล้าง หรือทำให้ เสียหายซึ่งวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาดังกล่าวได้”²⁶

²⁴American society of International Law and the international Judicial Academy, "Pata Sunt Servanda," *General principles of international Law* (2008).

²⁵Corten and Klein, Vol.1 p. 670.

²⁶ICJ, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ Reports 1951, p. 21,

“It is... a generally recognized principle that a multilateral convention is the result of an agreement freely concluded upon its clauses and that consequently none of the contracting parties is entitled to frustrate or impair, by means of unilateral decisions or particular agreements, the purpose and raison d’etre of the convention.”

นอกจากนี้แนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* ยังได้ปรากฏในรูปแบบของคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการมากมายหลายคดี เช่น ในคดี *The Van Vokkelen v. Haiti* (1888) ได้มีการกล่าวว่า

“สนธิสัญญาทุกชนิด เมื่อได้ถูกจัดทำขึ้นโดยผู้ที่มีอำนาจกระทำการแล้วย่อมผูกพันรัฐ เฉกเช่นการที่สัญญาย่อมผูกพันคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งนั่นเอง”²⁷

หรือในคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *the Metzger and Co v. Haiti* (1900) ได้กล่าวไว้ว่า

“กล่าวได้ว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นย่อมผูกพันแก่ประเทศภาคีเช่นเดียวกับการที่สัญญาย่อมผูกพันปัจเจกชนผู้ทำสัญญา”²⁸

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* นั้น นอกจากจะเป็นหลักการพื้นฐานในการทำสัญญาตามระบบกฎหมายแพ่งแล้ว หลักการดังกล่าวยังเป็นที่ยอมรับและได้ถูกนำมาใช้เป็นหลักการพื้นฐานในการทำสนธิสัญญาในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏให้เห็นทั้งในตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลและองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อีกด้วย

2.2 หลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt.*)

หลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* นั้นหมายความว่า สัญญาไม่อาจสร้างพันธกรณีหรือสิทธิแก่บุคคลที่สามได้ (*Agreement neither impose obligation nor confer rights upon third party.*) ซึ่งหลักการดังกล่าวมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา กล่าวคือ เมื่อเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันมีผลทำให้สัญญาเกิดขึ้น ผลของสนธิสัญญาจึงย่อมผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวอย่างเคร่งครัดตามหลักเรื่องของ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*Pacta sunt servanda*) ดังนั้นบุคคลที่สามหรือบุคคลอื่นที่นอกเหนือไปจากคู่สัญญาในสนธิสัญญา เมื่อไม่ได้มีเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาระหว่างภาคีในสัญญากับบุคคลที่สามจึงไม่เกิดขึ้น ดังนั้น ผลของสัญญาดังกล่าวนั้นย่อมไม่อาจมีผลผูกพันบุคคลที่สามได้ จึงกล่าวได้ว่าหลัก บุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา *Pacta tertiis nec*

²⁷ J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, II (Washington 1898), p. 1849.

²⁸ *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, V (Government printing office, 1898), p. 369.

nocent nec prosunt นั้นเป็นหลักการที่สอดรับ และเป็นการเน้นย้ำซึ่งหลักการตามหลักสัญญา ต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda นั้นเอง²⁹

หลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา Pacta tertiis nec nocent nec prosunt. ดังกล่าวข้างต้นนี้ ได้รับการยอมรับทั้งในระบบกฎหมายภายในประเทศ และในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการทำสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันเฉพาะแก่รัฐที่ยอมเข้าผูกพันตนเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาเท่านั้น เพราะรัฐแต่ละรัฐล้วนแต่มีความเป็นอิสระและคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยที่รัฐอื่นใดก็ไม่อาจก้าวล่วงได้ ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจทำสนธิสัญญาแล้วนำไปใช้บังคับหรือให้สนธิสัญญานั้นมีผลผูกพันรัฐอื่นซึ่งไม่ได้มีเจตนายินยอมเข้าผูกพันตนเป็นรัฐภาคีในสนธิสัญญาไปได้

2.2.1 ที่มาของหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt

หลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt หรือเรียกโดยย่อว่า หลัก Pacta tertiis นั้น มีต้นกำเนิดจากกฎหมายลักษณะสัญญา (Law of Contract) ในสมัยกฎหมายโรมัน ซึ่งในยุคกฎหมายโรมันตอนต้นนั้นมีความคิดว่าสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดผลแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญาได้ กล่าวคือ ได้มีการจำกัดผลของสัญญาให้มีผลแก่เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ แม้แต่การทำสัญญาที่จะให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกก็ไม่อาจกระทำได้ โดยหากมีการทำสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก สัญญานี้ย่อมตกเป็นโมฆะอย่างสิ้นเชิง³⁰ ด้วยเหตุที่ถือว่านิติกรรมย่อมผูกพันต่อบุคคลผู้กระทำนิติกรรมนั้นโดยใจสมัคร จึงทำให้สัญญาต้องมีผลผูกพันผู้ทำสัญญาเท่านั้น ดังคำกล่าวภาษาละตินที่ว่า “สิ่งที่ทำขึ้นระหว่างกันย่อมไม่สามารถก่อความเสียหายหรือผลดีแก่ผู้อื่น” Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest หรือ Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest.³¹

จากหลัก Pacta tertiis ตามกฎหมายลักษณะสัญญาของยุคกฎหมายโรมันที่มีความเคร่งครัดดังกล่าว ต่อมาได้มีวิวัฒนาการและค่อยๆ เปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นมากขึ้น จากเดิมที่สัญญาไม่อาจสร้างพันธกรณีหรือสิทธิประโยชน์ใดๆ แก่บุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญาได้เลย แต่ในระยะต่อมาเริ่มมีความเห็นว่า หากแม้สัญญาไม่ควรบังคับบุคคลภายนอกในลักษณะที่ทำให้บุคคลภายนอกนั้นต้องเสียประโยชน์ แต่อย่างน้อยสัญญาก็ควรให้ผลเป็นประโยชน์แก่บุคคลภายนอกได้ เพราะการกระทำดังกล่าวนอกจากจะเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่บุคคลภายนอกแล้ว ยังไม่ได้ทำให้

²⁹ Chinkin Christine, *Third Parties in International Law*(Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 25-26.

³⁰ ศันสน์ภรณ์ โสติพันธ์, หน้า 303.

³¹ จิต เศรษฐบุตร, หน้า 244.

บุคคลภายนอกนั้นต้องเสื่อมเสียสิทธิแต่ประการใด ทำให้ในปลายสมัยจักรวรรดิโรมันหลังจากที่ได้มีการย้ายเมืองหลวงไปที่กรุงคอนสแตนติโนเปิลแล้ว มีแนวคิดของการทำสัญญาค่าปรับ หรือที่เรียกว่า *Stipulatio poenae* เกิดขึ้น กล่าวคือ กรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกันแล้วมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่กระทำการตามสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่กระทำการตามสัญญานั้นชำระหนี้หรือกระทำการอันหนึ่งอันใดอันเป็นค่าปรับจากการไม่กระทำตามสัญญานั้นให้แก่บุคคลภายนอก³² และกรณีสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกที่สามารถทำได้ในยุคนั้นมีแค่เพียงกรณีของการให้สินสอดเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก และการให้โดยเสนหาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกเท่านั้น³³

อย่างไรก็ตามแนวคิดที่ว่าบุคคลภายนอกไม่มีสิทธิที่จะถือเอาประโยชน์จากสัญญาโดยตรงได้ก็ยังคงเป็นแนวทางที่ยึดถือปฏิบัติกันอยู่เรื่อยมา แต่ก็มีแนวโน้มของความพยายามที่จะลดทอนความเคร่งครัดหรือทำให้หลักการดังกล่าวมีความอ่อนปรนลง จนกระทั่งประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มวางข้อยกเว้นของหลักสัญญามีผลผูกพันเฉพาะรัฐภาคีขึ้น โดยการวางหลักเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1121 ซึ่งมีใจความว่า เมื่อบุคคลภายนอกแสดงเจตนารับประโยชน์จากสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกแล้ว คู่สัญญาจะเพิกถอนสัญญาเดิมไม่ได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการวางข้อยกเว้นของหลัก *Pacta tertiis* โดยให้บุคคลภายนอกมีสิทธิโดยตรงที่จะเข้าถือเอาประโยชน์จากสัญญาได้ หากเป็นกรณีของสนธิสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกและบุคคลภายนอกนั้นมีเจตนาที่จะยินยอมรับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวด้วย³⁴

แต่ทั้งนี้ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าหลัก *Pacta tertiis* ดังกล่าวข้างต้นนี้ค่อนข้างมีข้อจำกัดและสร้างความไม่สะดวกในการทำสัญญา ระบบกฎหมายต่างๆจึงได้มีความพยายามในการพัฒนาแนวคิดและค้นหาหลักเกณฑ์อื่นขึ้นมาประกอบ เพื่อลดทอนความเคร่งครัดและข้อจำกัดของหลัก *Pacta tertiis* ลง โดยท้ายสุดนั้นได้บทสรุปที่ว่า สัญญาไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใดๆ แก่บุคคลอื่นภายนอกสัญญาได้หากปราศจากซึ่งเจตนายินยอม หรืออีกนัยหนึ่งคือ หากบุคคลที่สามนั้นมีเจตนายินยอม สัญญาก็อาจมีผลผูกพันบุคคลที่สามนั้นได้นั่นเอง

ซึ่งหลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญานี้ (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) ได้รับการยอมรับทั้งระบบกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ในการทำสนธิสัญญาสนธิสัญญาอำมผูกพันเฉพาะรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาเช่นกัน รัฐที่สามอื่นใดไม่สามารถมีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสนธิสัญญาได้หากปราศจากซึ่งเจตนายินยอม โดยหลักการดังกล่าวได้ถอดแบบมาจากกฎหมายภายในประเทศและได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ส่วนที่ 4 เรื่อง

³² Ibid., หน้า 251.

³³ ศันนัทกรณ โสทธิพันธุ์, หน้า 303.

³⁴ จิต เศรษฐบุตร, หน้า 251.

สนธิสัญญากับรัฐที่สาม ในมาตรา 34 ว่า “สนธิสัญญาย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐที่สาม หากปราศจากซึ่งเจตนายินยอมจากรัฐที่สามนั้น” ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานหรือเป็นหัวใจในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามนั่นเอง

2.2.2 องค์ประกอบการเกิดผลผูกพันของสัญญาต่อบุคคลที่สามตามหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt

2.2.2.1 เจตนาของคู่ภาคีในสัญญา

องค์ประกอบหรือเงื่อนไขประการแรกของการเกิดผลผูกพันของสัญญาต่อบุคคลที่สามนั้นคือเจตนาของคู่ภาคีในสัญญาที่จะให้สัญญาที่ได้ตกลงทำขึ้นระหว่างภาคีสัญญานั้นมีผลผูกพันไปยังบุคคลที่สามหรือมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามซึ่งก็คือบุคคลภายนอกสัญญานั้น เช่น ภาคีในสัญญาได้มีการระบุเป็นลายลักษณ์อักษรว่าตกลงกันชำระหนี้ หรือให้ซึ่งสิทธิ หรือประโยชน์ใดๆ แก่บุคคลภายนอกสัญญาโดยอาจระบุตัวตนบุคคลที่สามไว้เฉพาะเจาะจงหรือไม่ระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงก็ได้ เช่น การทำสัญญาดอกกันระหว่างคู่สัญญาตกลงให้ที่ทางเดินเข้าออกที่ดินที่ได้สร้างร่วมกันนั้นเป็นทางสาธารณของหมู่บ้านที่ใครก็สามารถใช้เดินทางสัญจรไปมาได้ เป็นต้น

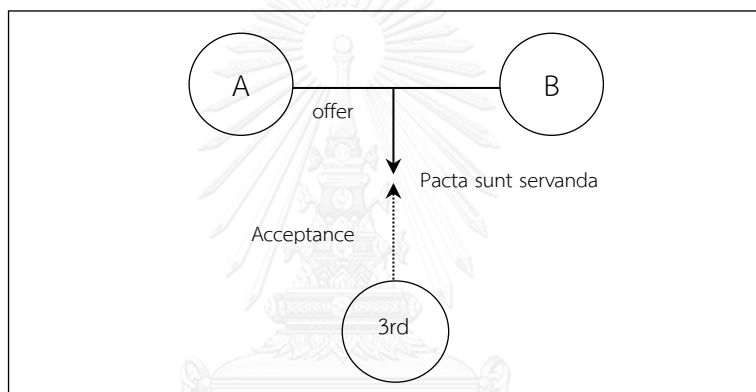
2.2.2.2 เจตนายินยอมของบุคคลที่สาม

องค์ประกอบหรือเงื่อนไขประการถัดมาของการเกิดผลผูกพันของสัญญาต่อบุคคลที่สามนั้นคือเจตนายินยอมของบุคคลที่สาม ที่จะยินยอมเข้าผูกพันตนตามเงื่อนไขในสัญญา หรือยินยอมรับสิทธิประโยชน์ตามที่ระบุไว้ในสัญญานั้น ซึ่งเจตนายินยอมดังกล่าวของรัฐที่สามนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะขาดไม่ได้ของการมีผลของสัญญาแก่บุคคลที่สาม เนื่องจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาดังที่ได้กล่าวไปในตอนต้นว่า สัญญาย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญาตามเจตนาที่ได้แสดงออกนั้น ดังนั้นบุคคลที่สามหรือบุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญา หากไม่ได้มีเจตนาที่แสดงว่าต้องการผูกพันตามสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาย่อมไม่อาจมีอำนาจใดๆ ที่จะบังคับให้บุคคลผู้นั้นต้องผูกพันในข้อตกลงอันนอกเหนือไปจากเจตนาของตนได้³⁵

³⁵ Ibid., หน้า 245.

2.2.2.3 เจตนาคู่ภาคีในสัญญาต้องตรงกันกับเจตนาของบุคคลที่สาม

หากคู่ภาคีในสัญญาที่ได้มีเจตนาไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในการให้ข้อตกลงในสัญญานั้นมีผลไปยังบุคคลที่สามซึ่งอยู่นอกสัญญา และบุคคลที่สามเช่นว่านั้นก็มิเจตนายินยอมที่จะเข้าผูกพันตามข้อตกลงในสัญญา หรือบุคคลที่สามนั้นยินยอมรับสิทธิประโยชน์จากข้อสัญญาดังกล่าว เท่ากับเจตนาของคู่ภาคีและเจตนาของรัฐที่สามนั้นต้องตรงกัน เกิดเป็นสัญญาระหว่างคู่ภาคีฝ่ายหนึ่งกับบุคคลที่สามอีกฝ่ายหนึ่งเกิดขึ้นตามหลัก Pacta sunt servanda ซึ่งสัญญาที่เกิดจากเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันที่เกิดขึ้นใหม่นี้เองที่ผูกพันคู่ภาคีกับบุคคลที่สามเข้าด้วยกัน ทำให้คู่ภาคีมีหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงที่ให้ไว้แก่บุคคลที่สามตามสัญญา ในขณะที่เดียวกันบุคคลที่สามก็มีความผูกพันตามข้อสัญญาที่ตนได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันนั้นด้วย ดังที่ปรากฏในแผนภาพ



2.2.2.4 การเรียกร้องสิทธิตามสัญญาของบุคคลที่สาม (Claims)

เมื่อสัญญาระหว่างคู่ภาคีแห่งสัญญาและบุคคลที่สามได้เกิดขึ้นแล้ว ทั้งคู่ภาคีแห่งสัญญาและบุคคลที่สามนั้น ต่างต้องให้ความเคารพต่อการแสดงเจตนาของตนที่ได้แสดงออกไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda แต่หากภาคีในสัญญาไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาที่ได้ให้ไว้แก่บุคคลที่สาม บุคคลที่สามนั้นย่อมมีสิทธิ์ที่จะดำเนินการเรียกร้อง (Claims) ให้ภาคีแห่งสัญญาปฏิบัติตามสัญญา หรือตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ โดยการใช้สิทธิทางศาลและอาจเรียกร้องค่าเสียหาย (Compensation) อันเกิดจากการละเมิดข้อตกลงหรือพันธกรณีตามข้อตกลงดังกล่าวได้ เช่นเดียวกับกรณีของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของภาคีคู่สัญญาดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นนั่นเอง³⁶

³⁶Christine, p. 52.

หลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. ดังกล่าวข้างต้นนี้ ได้รับการยอมรับทั้งในระบบกฎหมายภายในประเทศ และในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการทำสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันเฉพาะแก่รัฐที่ยอมเข้าผูกพันตนเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาเท่านั้น เพราะรัฐแต่ละรัฐล้วนแต่มีความเป็นอิสระและคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยที่รัฐอื่นใดก็ไม่อาจก้าวล่วงได้ ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจทำสนธิสัญญาแล้วนำไปใช้บังคับหรือให้สนธิสัญญานั้นมีผลผูกพันรัฐอื่นซึ่งไม่ได้มีเจตนายินยอมเข้าผูกพันตนเป็นรัฐภาคีในสนธิสัญญาไปได้³⁷ ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องและเป็นการกล่าวซ้ำซึ่งหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* โดยรัฐภาคีคู่สัญญาย่อมผูกพันภายใต้พันธกรณีในสนธิสัญญาตามเจตนาที่ตนได้แสดงออกไป รัฐที่สามอื่นใด นอกเหนือไปจากรัฐภาคีคู่สัญญาตราบใดที่ไม่ได้มีการแสดงเจตนายินยอมที่จะเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา สนธิสัญญานั้นก็ไม่อาจมีผลผูกพันรัฐที่สามซึ่งไม่ได้มีเจตนาต้องตรงกันไปได้ แต่หากรัฐที่สามนั้นได้แสดงเจตนายินยอมเข้าผูกพันตามพันธกรณีหรือสิทธิประโยชน์ที่รัฐภาคีคู่สัญญาได้มีเจตนาให้สนธิสัญญานั้นขยายผลไปถึงแล้ว เจตนาของรัฐที่สามและรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาย่อมต้องตรงกัน เกิดเป็นความผูกพันตามระหว่างรัฐภาคีคู่สัญญากับรัฐที่สามนั้นตามหลัก *Pacta sunt servanda* และเมื่อความผูกพันดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้วทั้งรัฐภาคีคู่สัญญาและรัฐที่สามที่ได้แสดงเจตนายินยอมดังกล่าว ย่อมต้องปฏิบัติตามและให้ความเคารพซึ่งข้อตกลงตามสัญญาที่ตนได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันกันนั้นด้วย

จึงกล่าวได้ว่าหลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิ หรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* นี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนอกจากจะเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* แล้ว หลักการดังกล่าวยังตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเรื่องของอำนาจอธิปไตยและความเป็นอิสระของรัฐด้วยนั่นเอง

ซึ่งในเรื่องนี้ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ได้มีการกล่าวซ้ำถึงหลักการดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยคดี *Status of Eastern Carelia* โดยได้วินิจฉัยว่าประเทศรัสเซียนั้นไม่จำเป็นต้องยอมรับระบบกระบวนการระงับข้อพิพาทของกติกาสหพันธ์ประชาชาติ (the Covenant of the League of Nations) จนกว่าประเทศรัสเซียนั้นจะได้มีเจตนาตกลงยอมรับซึ่งกติกาดังกล่าว ดังคำกล่าวที่ว่า

“หลักการนี้เป็นเพียงการปรับใช้และรับเอาหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่าหลักว่าด้วยความอิสระของรัฐมาใช้นั่นเอง”³⁸

³⁷Corten and Klein, Vol.1 p. 887-88.

³⁸PCIJ, Advisory Opinion of 23 July 1923, Series B, no. 5, p.27.

“This rule, moreover, only accept[ed] and applie[d] a principle which [was] a fundamental principle of international law, namely, the principle of the independence of States.”

หรือในคำวินิจฉัยของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ในคดี Certain German Interests in Polish Upper Silesia ได้กล่าวว่า

“สนธิสัญญาจะสามารถสร้างกฎเกณฑ์ผูกพันแก่เฉพาะรัฐซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่ยังเป็นที่สงสัยหรือไม่แน่ชัด จึงไม่อาจอนุมานได้ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวได้ให้ประโยชน์อื่นใดแก่รัฐที่สามได้”³⁹

หรือในคำวินิจฉัยของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ในคดี Freezones of Upper Savoy and the District of Gex ก็ได้มีการวินิจฉัยว่า มาตรา 435 ของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ค.ศ. 1919 นั้น ไม่อาจผูกพันประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งไม่ใช่ภาคีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวได้ เว้นแต่ประเทศสวิสเซอร์แลนด์นั้นจะได้ตกลงยอมรับซึ่งข้อตกลงดังกล่าว⁴⁰

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิ หรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา Pacta tertiis nec nocent nec prosunt นอกจากจะเป็นหลักการพื้นฐานของการทำสัญญา (Contract law) ในกฎหมายแพ่งทั่วไปที่ใช้ในนั้น หลักการดังกล่าวยังเป็นหลักการพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับและถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศโดยถือเป็นหัวใจสำคัญพื้นฐานในการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต่างๆ มากมายดังที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างไปข้างต้นอีกด้วย

2.3 หลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

หลักในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม หรือหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt นั้นเกิดขึ้นตั้งแต่ในยุคสมัยกฎหมายโรมัน และมีการพัฒนาต่อแนวคิดต่อมาเรื่อยๆ ในระบบกฎหมายทุกระบบ ในกฎหมายระหว่างประเทศเองก็เช่นเดียวกัน ได้มีการนำหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt นี้มาใช้กับการทำสนธิสัญญาด้วย ซึ่งเดิมทีในเรื่องของการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นไม่ได้มีการบัญญัติรวบรวมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมีแต่เพียงอยู่ในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ต่อมาได้มีพัฒนาการและมีความพยายามในการรวบรวมเอาจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่มีอยู่กระจัดกระจายเหล่านั้นมารวบรวมเป็นลายลักษณ์อักษรและจัดเป็นระบบ เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์และแนวทางร่วมกันของบรรดารัฐต่างๆ ที่อยู่ร่วมกันในประชาคมระหว่างประเทศ

³⁹ PCIJ, Advisory Opinion of 25 July 1926, Series A, no. VII, p.28-29.

“A treaty only creates law as between the States which are parties to it; in case of doubt, no rights can be deduced from it in favour of third States.”

⁴⁰ PCIJ, Advisory Opinion of 7 June 1932, Series A/B, no. 46, p.141.

จนในที่สุดจึงถือกำเนิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ขึ้น ซึ่งในอนุสัญญานี้ ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความหมาย ขั้นตอน ผลของสนธิสัญญา การใช้ การตีความ และการสิ้นสุดของสนธิสัญญา อันเป็นแนวปฏิบัติสำหรับการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐเอาไว้ และได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามไว้ใน ส่วนที่ 4 มาตรา 34 – 38 ว่าด้วยเรื่องของสนธิสัญญาและรัฐที่สาม⁴¹ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป

2.3.1 หลักสนธิสัญญามีผลผูกพันเฉพาะรัฐภาคี: มาตรา 34 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักพื้นฐานในเรื่องของสนธิสัญญากับรัฐที่สามไว้ในมาตรา 34 โดยได้นำหลักการพื้นฐานในเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามที่ว่า บุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา Pacta tertiis nec nocent nec prosunt มาเป็นหลักพื้นฐานในการบัญญัติมาตรา 34 ดังนี้

Article 34 General rule regarding third States⁴²

A Treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

มาตรา 34 หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐที่สาม

สนธิสัญญาไม่ก่อให้เกิดทั้งพันธกรณีหรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สามหากปราศจากซึ่งเจตนายินยอมของรัฐที่สามนั้น”

ในมาตรา 34 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ได้นำเอาหลักบุคคลที่สามไม่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา หรือ Pacta tertiis nec nocent nec prosunt มาเป็นฐานในการบัญญัติ โดยได้วางหลักว่าสนธิสัญญานั้นจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐที่สามได้หากปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามนั้น เนื่องจากการที่รัฐยอมผูกพันตนภายใต้สนธิสัญญานั้น รัฐได้ยินยอมสละอำนาจอธิปไตยของตนบางส่วนเพื่อเข้าผูกพันตนที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขและเคารพในหลักเกณฑ์ กติกา ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ดังนั้นการที่จะให้สนธิสัญญามีผลผูกพันแก่รัฐใดรัฐหนึ่งได้ ย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมและเจตจำนงของรัฐนั้นๆ ตามหลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตย และความเป็นเอกราชของรัฐ ทั้งนี้ ความยินยอมและเจตจำนงของรัฐที่จะแสดงออกถึงเจตนาที่จะเข้าผูกพันตนภายใต้สนธิสัญญานั้น ๆ แสดงออกจากการที่รัฐได้เข้าร่วมเป็นรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นเอง ด้วยเหตุนี้เองโดยหลักแล้วสนธิสัญญาจึงไม่อาจก่อให้เกิดผลผูกพันแก่รัฐอื่นที่ไม่ใช่

⁴¹"Vienna Convention on the Law of Treaties." Section 4 Treaty and Third State.

⁴²Ibid.

รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ แต่ทั้งนี้หากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นมีความประสงค์ให้สนธิสัญญาก่อผลผูกพันแก่รัฐอื่นที่ไม่ใช่ภาคีแห่งสนธิสัญญา สนธิสัญญานั้นจะมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ได้รับคามยินยอมจากรัฐที่สามนั้นเท่านั้น ตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 34 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

ที่ผ่านมากรณีพิพาทระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามนั้นมีมากมายหลายกรณีด้วยกัน แต่กรณีตัวอย่างที่น่าสนใจที่ผู้เขียนได้หยิบยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างในการพิจารณานั้น ก็คือคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่แสดงถึงการเน้นย้ำหลักการพื้นฐานซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามมาตรา 34 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ซึ่งก็คือ หลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ที่ว่าสนธิสัญญาย่อมไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันรัฐที่สามซึ่งมิได้เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาได้หากปราศจากซึ่งเจตนายินยอมจากรัฐที่สามนั้น ดังเช่นในคดี *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*⁴³ ได้มีการเน้นย้ำหลักการพื้นฐานเรื่องเจตนายินยอมของรัฐที่สามไว้ โดยศาลได้วินิจฉัยว่าสนธิสัญญาแวร์ซายส์ไม่อาจมีผลผูกพันประเทศสวิตเซอร์แลนด์ซึ่งไม่ใช่ภาคีในสนธิสัญญา ดังนั้นเมื่อดินแดนชาวออยตอนบนและเมืองเก็ทซ์ซึ่งเป็นเขตเสรีเดิมซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของอาณาจักรซาร์ดิเนีย เมื่อประเทศฝรั่งเศสเป็นผู้สืบทอดดินแดนดังกล่าวจากอาณาจักรซาร์ดิเนียจึงย่อมต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่เหนือดินแดนนั้นด้วย ดังนั้นประเทศฝรั่งเศสจึงไม่อาจอ้างสนธิสัญญาแวร์ซายส์เพื่อยกเลิกเขตเสรีเหนือดินแดนชาวออยตอนบนและเมืองเก็ทซ์ดังกล่าวและจัดเก็บภาษีกับคนชาวเจนีวาประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้⁴⁴

จากคำพิพากษาศาลในคดี *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* ดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าศาลได้ใช้หลักบุคคลที่สามไม่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญาหรือหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของสนธิสัญญาในการวินิจฉัยประเด็นพิพาทดังกล่าวในประเด็นที่ฝรั่งเศสนั้นไม่อาจนำสนธิสัญญาแวร์ซายส์ซึ่งสวิตเซอร์แลนด์ถือเป็นรัฐที่สาม เพราะไม่ใช่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา มากกล่าวอ้างและผูกพันให้ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ต้องปฏิบัติตามได้ กล่าวคือศาลยังคงเน้นย้ำในหลักพื้นฐานที่ว่าสนธิสัญญาไม่อาจมีผลผูกพันรัฐอื่นที่ไม่ใช่ภาคีในสนธิสัญญาได้หากปราศจากเจตนาและความยินยอม ซึ่งเป็นหัวใจของผลสนธิสัญญาที่มีต่อรัฐที่สามตามมาตรา 34 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั่นเอง

⁴³ *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, France v. Switzerland, Judgement, ICJ GL No 32, PCIJ Series A/B No 46, ICGJ 293 (PCIJ 1932), 7th June 1932, Permanent Court of International Justice.*

⁴⁴ *Malgosia Fitzmaurice, "Third Parties and the Law of Treaties," Max Planck Yearbook of United Nations Law Vol.6: p. 87-90.*

2.3.2 สนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม: มาตรา 35 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักเรื่องของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามไว้ในมาตรา 35 ดังนี้

Article 35⁴⁵ Treaties Providing for obligations for third States

An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

มาตรา 35 สนธิสัญญาที่กำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สาม

พันธกรณีจะเกิดขึ้นแก่รัฐที่สามจากบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาหากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นมีเจตนาให้บทบัญญัติเช่นนั้นเป็นหนทางแห่งการก่อตั้งพันธกรณี และรัฐที่สามนั้นได้แสดงเจตนายอมรับพันธกรณีเช่นนั้นเป็นลายลักษณ์อักษร

โดยทั่วไปแล้วรัฐที่สามไม่อาจถูกผูกพันในการที่ขัดกับเจตนาของตน ซึ่งมาตรา 35 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ได้เน้นย้ำในหลักการดังกล่าวว่าเจตนายินยอมของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นเสมอหากรัฐนั้นจะต้องถูกผูกพันจากบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งในสนธิสัญญาที่ตนนั้นไม่ได้เป็นภาคี⁴⁶ ซึ่งองค์ประกอบสำคัญของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีต่อรัฐที่สามตามมาตรา 35 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.3.2.1 เจตนาของรัฐภาคีในการให้บทบัญญัติสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม

เจตนาของรัฐภาคีเป็นองค์ประกอบหรือปัจจัยสำคัญประการแรกที่จะนำไปสู่การกำหนดว่ารัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นมีเจตนาที่จะขยายผลของสนธิสัญญาไปยังรัฐที่สามหรือไม่ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการร่างอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ไม่ได้ระบุถึงรูปแบบในการแสดงออกซึ่งเจตนาดังกล่าวของรัฐภาคีว่าต้องมีรูปแบบอย่างไรใด ดังนั้น จึงต้องอาศัยการตีความโดยใช้หลักการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 เพื่อค้นหาซึ่งเจตนาของรัฐภาคีในการให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม ซึ่งตัวอย่างของการตีความเพื่อค้นหาเจตนาของรัฐภาคี เช่น อาจใช้วิธีการสังเกตจากการกระทำของรัฐภาคี หรือการร่าง

⁴⁵"Vienna Convention on the Law of Treaties."

⁴⁶United Nations, *Yearbook International Law Commission 1966*, Vol.II (United Nations, 1967), p. 227.

สนธิสัญญา (travaux preparatoires) เหล่านี้สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานที่สมเหตุสมผลที่บ่งชี้เจตนาของรัฐภาคีที่มุ่งหมายจะสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามเช่นนั้นได้⁴⁷

เจตนาของรัฐภาคีในการให้บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามนั้น เมื่อรัฐภาคีได้แสดงเจตนาเช่นนั้นผ่านบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาแล้ว ย่อมมีผลทางกฎหมายผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติเช่นนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเปรียบเสมือนการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นที่ย่อมผูกพันตัวรัฐภาคีผู้แสดงเจตนาในบทบัญญัตินั้นเองตามหลักการเคารพสนธิสัญญา Pacta sunt servanda โดยไม่ขึ้นกับปัจจัยว่ารัฐที่สามที่บทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นมีเจตนาสร้างพันธกรณีไปถึงนั้นจะมีเจตนายินยอมหรือยอมรับข้อตกลงดังกล่าวหรือไม่⁴⁸

ในเรื่องนี้ Mr. Yasseen หนึ่งในผู้ร่วมอภิปรายในคณะกรรมการการยกร่าง ได้ให้ความเห็นว่า ‘รัฐภาคีในสนธิสัญญาไม่อาจสร้างพันธกรณีซึ่งมีผลผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐที่สามได้พวกเขาทำได้เพียงเสนอพันธกรณีดังกล่าวเท่านั้น’⁴⁹ ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาในการกำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สามนั้นจึงมีความสำคัญแต่ยังไม่เพียงพอในเงื่อนไขที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีได้ คำเสนอหรือข้อเสนอดังกล่าวจะต้องได้รับการตกลงยินยอมโดยรัฐที่สามเสียก่อนจึงจะทำให้เกิดผลโดยสมบูรณ์ได้

2.3.2.2 รัฐที่สาม

ตามมาตรา 2 (h)⁵⁰ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 รัฐที่สามนั้นหมายถึงรัฐที่ไม่ใช่รัฐภาคีในสนธิสัญญา ดังนั้นย่อมหมายความว่า การกำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามมาตรา 35 นี้ หมายถึงการที่รัฐภาคีได้กำหนดพันธกรณีแก่รัฐใดก็ตามที่ไม่ใช่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ซึ่งหากพิจารณาจากถ้อยคำในตัวของมาตรา 35 แล้วจะเห็นว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ใช้คำว่า ‘a third State’ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 ที่ใช้คำว่า ‘third State, or to a group to States to which it belongs, or to all States’ ซึ่งหมายความว่ากรณีสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 นั้นอาจให้สิทธิแก่รัฐที่สามในลักษณะที่เป็นรัฐเดี่ยว หรือกลุ่มรัฐหลายรัฐก็ได้ จึงทำให้เกิดประเด็นที่พิจารณาว่า

⁴⁷Corten and Klein, Vol.1 p. 905, footnote 26-27.

⁴⁸Ibid., p. 906, para. 9.

⁴⁹United Nations, Yearbook International Law Commission 1964, I (United Nation, 1965), p. 74.

⁵⁰“Vienna Convention on the Law of Treaties.”

Article 2 (h) “Third State” A State that not a party to a treaty.

ในกรณีสนธิสัญญาที่กำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามมาตรา 35 นี้สามารถกำหนดพันธกรณีให้แก่รัฐที่สามในลักษณะที่เป็นกลุ่มรัฐหลายรัฐได้หรือไม่

ซึ่งในรายงานการประชุมครั้งที่สามของคณะกรรมการวิชาการในการยกร่างกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา The Law of Treaties อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น Sir Humphrey Waldock ได้เสนอให้มีการบัญญัติ มาตรา 35 เรื่องสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามในรูปแบบบทบัญญัติดังนี้

“A State is bound by a provision of a treaty to which it is not a Party if---

(a) The Parties to the treaty intended that the provision in question should be the means of creating a legal obligation binding upon the particular State or a class of States to which it belongs.”⁵¹

ซึ่งจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขของสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามที่ Sir Humphrey Waldock ได้เสนอนั้นนอกจากคำว่า State แล้วยังรวมถึงกรณีของ ‘a classe of States to which it belongs’ ด้วย ถึงแม้ว่าในท้ายสุดแล้วบทบัญญัติในมาตรา 35 ของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้นจะมีการตัดคำว่า ‘กลุ่มรัฐ’ (a class of States) ออกไป แต่หากพิจารณาจากต้นร่างของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในทางข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏสิ่งใดที่จะเป็นการกีดกันการกำหนดพันธกรณีตามสนธิสัญญาแก่ ‘กลุ่มรัฐ’ (a class of States) แต่อย่างใด⁵² ดังนั้น สนธิสัญญาที่กำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามนัยของมาตรา 35 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ นอกจากจะกำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สามรัฐเดียว หรืออาจกำหนดพันธกรณีให้แก่กลุ่มรัฐที่สามก็ได้เช่นกัน

2.3.2.3 เจตนายินยอมของรัฐที่สามเป็นลายลักษณ์อักษร

กล่าวได้ว่าจุดเริ่มต้นของพันธกรณีใดๆ ก็ตามที่จะมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ จะต้องถือกำเนิดจากเจตนายินยอมของรัฐที่สามนั้น ลำพังเพียงเจตนาของรัฐภาคีที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นมีผลผูกพันรัฐที่สามเพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้สนธิสัญญานั้นผูกพันรัฐที่สามได้ แต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าพันธกรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้เฉพาะจากเจตนายินยอมของรัฐที่สามนั้นและเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่ได้ให้ความยินยอมเช่นนั้น เมื่อเจตนาของรัฐภาคีและเจตนาของ

⁵¹Sir H. Waldock, "Third Report on the Law of Treaties, a/Cn.4/167," Yearbook International Law Commission 1964 Vol.II Part One (1965): p. 17.

⁵²Corten and Klein, Vol.1 p. 905, para. 7.

รัฐที่สามต้องตรงกัน สัญญาหรือความผูกพันระหว่างรัฐภาคีและรัฐที่สามย่อมเกิดขึ้น รัฐภาคีและรัฐที่สามต่างต้องเคารพต่อเจตนาที่ได้แสดงออกนั้น และปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้มีการตกลงกันตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* นั้นเอง แต่เนื่องจากสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามนั้น รัฐที่สามจะต้องถูกผูกพันตามหน้าที่หรือพันธกรณีตามสัญญาที่รัฐภาคีได้มีเจตนา กำหนดขึ้น ดังนั้น เจตนายินยอมที่ถูกต้องและแท้จริงของรัฐที่สามจึงเป็นสิ่งสำคัญ เพราะหากเจตนา ยินยอมของรัฐที่สามนั้นยังไม่แน่นอนชัดเจนแต่รัฐภาคีบังคับตามสัญญา ให้รัฐที่สามต้องปฏิบัติตาม พันธกรณีที่รัฐภาคีเป็นผู้กำหนดขึ้นย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่รัฐที่สามที่จะต้องรับภาระและ ผูกพันตามสนธิสัญญา ดังนั้น เพื่อเป็นการยุติข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นจากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ มาตรา 35 กรณีพันธกรณีที่สร้างขึ้นแก่รัฐที่สามจากบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นก็ต่อเมื่อรัฐที่สาม นั้นได้แสดงเจตนายอมรับพันธกรณีดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร⁵³

สำหรับตัวอย่างของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม เช่น ในมาตรา 19⁵⁴ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1971 ที่กำหนดให้หน่วยงานระหว่าง ประเทศในการควบคุมยาสามารถร้องขอให้รัฐบาลของประเทศที่มีปัญหาให้ข้อมูลหรือชี้แจงเพื่อแก้ไข ปัญหา ซึ่งประเทศในที่นี้รวมถึงรัฐที่ไม่ใช่ภาคี ซึ่งเป็นกรณีของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม แม้จะไม่ได้มีการระบุถึงการแสดงออกซึ่งเจตนายินยอมของรัฐที่สามในการยอมรับพันธกรณีตาม สนธิสัญญาดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ก็ไม่ใช่ข้อยกเว้นของความต้อการเจตนายินยอมของรัฐที่สามตามมาตรา 35 นี้แต่อย่างใด แม้ว่าในกรณีนี้บางครั้งรัฐที่สามอาจต้องยอมตกลงรับมาตรการ ที่ไม่เป็นคุณแก่รัฐตนที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาซึ่งตนไม่ได้เป็นภาคีก็ตามแต่อย่างไรเสียรัฐที่สามก็ไม่ได้ ถูกผูกพันตามกฎหมายหรือพันธกรณีใดๆ ที่จะต้องยอมรับข้อตกลงดังกล่าวแต่อย่างใด⁵⁵ หรือในกรณี ของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม โดยกำหนดพันธกรณีแก่รัฐที่สามซึ่งไม่ใช่รัฐภาคีแห่ง สนธิสัญญาและไม่ได้มีเจตนายินยอมแต่ต้องยอมรับการกระทำของรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้น เป็นสิ่งที่ อยู่นอกเหนือไปจากขอบเขตของมาตรา 35 นี้ ยกตัวอย่างเช่น กลไกทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องรัฐ ผู้รุกราน (Aggressor State) ซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายทั่วไปที่นอกเหนือไปจากกฎหมายว่าด้วย สนธิสัญญา (the law of treaties) นอกจากนั้นในมาตรา 75 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้กำหนดข้อจำกัดพันธกรณีที่สามสามารถเกิดขึ้นได้จากสนธิสัญญาไว้กรณีสำหรับรัฐผู้รุกรานซึ่งเกี่ยวเนื่อง กับมาตรการตามกฎบัตรสหประชาชาติโดยคณะกรรมการการยกร่างเห็นว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญา ที่ทำขึ้นโดยผู้มีอำนาจชัยชนะ (Victorious powers) สามารถบังคับแก่รัฐผู้รุกรานโดยชอบธรรม

⁵³ Ibid., p. 907, para. 11.

⁵⁴ "Un Convention on Psychotropic Substances of 21 February 1971," ed. United Nations.

Article 19 Measures by the Board to ensure the execution of the provisions of the convention.

⁵⁵ United Nations, "Treaty Series," (1984): p. 190.

แม้รัฐผู้รุกรานจะไม่ได้ยินยอมก็ตาม แต่ในความยุติธรรมนี้วัตถุประสงค์ของข้อเรียกร้องที่ได้สร้างพันธกรณีแก่รัฐผู้รุกรานนั้นไม่ได้เกิดจากทั้งกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา (the law of treaties) หรือเกิดจากตัวสนธิสัญญาเองแต่มาจากหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (the law on State responsibility) จากตัวกฎบัตรสหประชาชาติ ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ากรณีของรัฐผู้รุกรานนี้เป็นข้อยกเว้นเรื่องเจตนายินยอมของรัฐที่สาม ตามมาตรา 35 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 แต่อย่างใด ซึ่งในรายงานยกร่างและคำอธิบายของคณะกรรมการการยกร่างในปี 1964 นั้นปรากฏความเห็นวาทบัญญัติสนธิสัญญาที่กำหนดพันธกรณีแก่รัฐผู้รุกรานนั้นไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา⁵⁶ ดังนั้น ในปี 1966 คณะกรรมการการยกร่างจึงตัดสินใจเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง Aggressor States เพื่อความครอบคลุมและชัดเจนในเรื่องนี้⁵⁷

สำหรับประเด็นเรื่องการแสดงออกซึ่งเจตนายอมรับพันธกรณีของรัฐที่สามตามมาตรา 35 นี้ เดิมทีคณะกรรมการการยกร่างส่วนใหญ่มีความเห็นว่าเจตนายอมรับพันธกรณีดังกล่าวสามารถให้แบบโดยนัยหรือโดยปริยายได้ แต่การมองว่าการแสดงเจตนาโดยปริยายนั้นเพียงพอแล้วนั้นอาจทำให้เกิดความขัดแย้งกับหลักการที่คณะกรรมการการยกร่างได้วางไว้ นั่นก็คือข้อตกลงดังกล่าวจะต้องเป็นอันรู้กันโดยชัดแจ้งไปถึงรัฐภาคี ดังนั้น เพื่อที่จะคุ้มครองรัฐที่สามจากพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาที่เจตนายินยอมของตนนั้นยังไม่ได้ถูกให้ออกไป คณะกรรมการการยกร่างจึงตกลงให้ยกร่างที่ยื่นเสนอการพิจารณาของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี 1966 ว่าเจตนายินยอมจะต้องมีการแสดงออก (expressly)⁵⁸ แต่อย่างไรก็ตาม ยกร่างดังกล่าวเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ของรัฐที่เข้าร่วมประชุมพิจารณาร่างเป็นอย่างมาก โดยรัฐเหล่านั้นเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะที่คลุมเครือจนเกินไป ด้วยเหตุดังกล่าวสาธารณรัฐเวียดนามจึงได้เสนอต่อที่ประชุมให้บัญญัติว่าคำว่า ‘expressly accept’ นั้นเป็นการแสดงเจตนายอมรับที่เป็นฐานอย่างกว้างที่สุด ซึ่งรวมทั้งการตกลงยอมรับอย่างเป็นทางการ หรือการตกลงยอมรับด้วยวาจาในรูปแบบอื่นๆ อยู่ด้วย ซึ่งไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่รัฐที่สามที่จะต้องถูกผูกพันตามสนธิสัญญาแต่อย่างใด ดังนั้นจึงควรที่จะให้รัฐที่สามนั้นได้แสดงเจตจำนงการตกลงยอมรับพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น อย่างไรก็ตามก็ยังมีฝั่งที่ไม่เห็นด้วยกับ

⁵⁶"Report of the Ilc Covering the Work of Its 16th Session", a/5809," Yearbook International Law Commission 1964. Vol.II Part two (1965): p. 190.

⁵⁷ Corten and Klein, Vol.1 footnote 26-27, p. 908, para. 12.

⁵⁸ United Nations, "Report of the Ilc Covering the Work of Its 18th session," Yearbook International Law Commission 1966 Vol.II Part Two (1967): p. 247.

"An Obligation arises for a State from a provision of a treaty to which it is not a Party if the Parties intend the provision to be a means of establishing the obligation and the third State has expressly accepted that obligation."

แนวความคิดนี้เนื่องจากเห็นว่าจะไปขัดกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่าสนธิสัญญานั้นสามารถมีได้ทั้งแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ การบัญญัติบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเท่ากับว่าใช้ได้กับเฉพาะบริบทที่มีการทำสนธิสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นแต่ในท้ายสุดแล้วก็ได้ข้อสรุปว่าการตกลงยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาของรัฐที่สามนั้นจะต้องมีการแสดงออกซึ่งเจตนาและต้องการระดับของความมีลักษณะเป็นทางการของการแสดงออกซึ่งเจตนาที่นั้นเพื่อคุ้มครองอำนาจอธิปไตยของรัฐที่สามนั้น จึงทำให้บทบัญญัติในมาตรา 35 นี้การแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐที่สามในการยินยอมรับพันธกรณีตามบทบัญญัติในสนธิสัญญาที่ตนไม่ได้เป็นภาคีนั้นจะต้องแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น⁵⁹

2.3.3 สนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม: มาตรา 36 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักเรื่องของสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สามไว้ในมาตรา 36 ดังนี้

Article 36⁶⁰ Treaties providing for rights for third States

(1) A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the Third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated. Unless the treaty otherwise provides.

(2) A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

มาตรา 36 สนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม

(1) สิทธิจะเกิดแก่รัฐที่สามจากบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาหากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีเจตนาให้บทบัญญัติเช่นนั้นให้สิทธิดังกล่าวแก่รัฐที่สาม หรือกลุ่มรัฐ หรือรัฐทุกรัฐ และรัฐที่สามมีเจตนายินยอมเช่นนั้นด้วย เจตนายินยอมดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานว่ามีอยู่ตราบเท่าที่การแสดงออกซึ่งเจตนาตรงกันข้ามนั้นไม่ปรากฏ เว้นแต่สนธิสัญญาจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

(2) การใช้สิทธิของรัฐตามบทบัญญัติใน (1) จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขสำหรับการใช้สิทธิดังกล่าวที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาหรือที่ถูกก่อตั้งขึ้นสอดคล้องกับสนธิสัญญานั้น

⁵⁹Corten and Klein, Vol.1 footnote 26-27, p. 912, para. 19-20.

⁶⁰"Vienna Convention on the Law of Treaties."

เดิมในเรื่องของสนธิสัญญาที่ให้สิทธิ์แก่รัฐที่สามนั้นมีทฤษฎีหรือแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแบ่งออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ด้วยกัน กล่าวคือ แนวความคิดแรกเรียกว่า 'Third-party Stipulation' approach แนวความคิดนี้มองว่าในเรื่องสนธิสัญญาที่ให้สิทธิ์แก่รัฐที่สามนั้น เป็นข้อกำหนดสิทธิประโยชน์เพื่อรัฐที่สาม โดยที่รัฐภาคีในสนธิสัญญาสามารถก่อตั้งสิทธิเพื่อประโยชน์แก่รัฐที่สามได้โดยตรงผ่านเจตจำนงของรัฐภาคีในสนธิสัญญาเอง สิทธิตามสนธิสัญญาที่มีแก่รัฐที่สามนั้นเกิดขึ้นนับตั้งแต่ที่มีการบัญญัติบทบัญญัติที่ให้สิทธิ์ดังกล่าว โดยที่รัฐที่สามไม่จำเป็นต้องมีการแสดงเจตนายอมรับแต่อย่างใด และในทางกลับกันรัฐที่สามก็ไม่อาจปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ว่าสิทธิ์นั้นได้เกิดขึ้นแล้วได้ รัฐที่สามทำได้แต่เพียงการสละซึ่งสิทธิ์เท่านั้นหากว่าสิทธิ์ที่เกิดขึ้นตามสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นขัดกับเจตจำนงของรัฐที่สามนั้น⁶¹ แนวความคิดที่สองเรียกว่า 'Collateral agreement' approach แนวความคิดนี้มองว่าลำพังเจตจำนงของรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้นยังไม่สมบูรณ์ในตัวเองที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการให้ประโยชน์แก่รัฐที่สามเจตจำนงดังกล่าวของรัฐภาคีนั้นเพียงแต่เป็นการให้ประโยชน์แก่รัฐที่สามโดยที่รัฐที่สามจะต้องตกลงยอมรับประโยชน์นั้น เพื่อที่จะทำให้ประโยชน์ดังกล่าวตามสนธิสัญญากลายเป็นสิทธิ์ที่เกิดแก่รัฐที่สามเกี่ยวกับประโยชน์นั้น

ซึ่งในการบัญญัติเรื่องสนธิสัญญาที่ให้สิทธิ์แก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ไม่ได้บัญญัติในทิศทางของการสนับสนุนแนวความคิดทั้งสองข้างต้นไป ในทิศทางใดทิศทางหนึ่ง หรือว่าตัดสินว่าแนวความคิดใดถูกความคิดใดผิด แต่จุดมุ่งหมายของการบัญญัติในมาตรา 36 นี้ก็เพื่อที่จะกำหนดลักษณะทั่วไปของเงื่อนไขในการที่รัฐที่สามซึ่งไม่ได้ถูกผูกพันในฐานะภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นจะสามารถเรียกร้องสิทธิประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาดังกล่าวได้อย่างไร⁶² โดยแบ่งออกเป็นสองอนุมาตราด้วยกัน สำหรับมาตรา 36 (1) ได้วางหลักเกณฑ์ของการที่รัฐภาคีจะให้สิทธิตามสนธิสัญญาแก่รัฐที่สามอย่างไร ส่วนมาตรา 36 (2) ได้วางหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิของรัฐที่สามตามสนธิสัญญา ทั้งนี้ องค์ประกอบของสนธิสัญญาที่ให้สิทธิ์แก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.3.3.1 เจตนาของรัฐภาคีในการให้สิทธิ์แก่รัฐที่สาม

องค์ประกอบที่สำคัญประการแรกของสนธิสัญญาที่ให้สิทธิ์แก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั่นก็คือ เจตนาของรัฐภาคีที่จะต้องมีความต้องการที่จะให้บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นให้สิทธิ์แก่รัฐที่สาม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบในส่วน

⁶¹United Nations, "Official Records, Cra, 18th Session, 854th Meeting," Yearbook International law Commission 1966 Vol.I (1967): p. 76.

⁶²Waldock, p. 19.

เจตนาของรัฐภาคีที่จะให้สิทธิตามสนธิสัญญาของตนไปยังรัฐที่สามนั้นถือเป็นองค์ประกอบหรือเงื่อนไขที่จำเป็นต้องมี (sine qua non condition) เพราะหากปราศจากซึ่งเจตนาของรัฐภาคี เช่นว่านี้แล้ว บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาย่อมไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สามได้ และในทางกลับกัน รัฐที่สามเองย่อมไม่อาจอ้างสิทธิประโยชน์ใดๆ จากบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นได้ด้วยเช่นกัน เช่นเดียวกับกรณีสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามมาตรา 35 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในข้างต้น องค์ประกอบในส่วนของเจตนาของรัฐภาคีเป็นองค์ประกอบหรือเงื่อนไขสำคัญที่จำเป็นต้องมีเช่นเดียวกันกับในมาตรานี้ แต่มีจุดต่างกันตรงที่ในมาตรา 35 เจตนาของรัฐภาคีนั้นจะต้องเป็นเจตนาที่จะสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม ส่วนในมาตรา 36 นั้นเจตนาของรัฐภาคีนั้นจะต้องเป็นเจตนาเพื่อที่จะให้สิทธิแก่รัฐที่สาม แต่ทั้งสองมาตรานี้มีจุดร่วมเดียวกันคือเจตนาของรัฐภาคีที่จะต้องปรากฏขึ้นในรูปของบทบัญญัติเฉพาะซึ่งแสดงออกอย่างชัดเจนและแน่นอนจนถึงเจตนาของรัฐภาคีดังกล่าวนั้น หากเจตนาของรัฐภาคีเช่นว่านี้ยังไม่แน่นอนหรือยังคลุมเครือ ย่อมไม่อาจก่อให้เกิดพันธกรณีใดๆ แก่รัฐที่สาม (กรณีมาตรา 35) หรือรัฐที่สามย่อมไม่อาจอ้างสิทธิประโยชน์ใดๆ จากบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นได้ (กรณีมาตรา 36)⁶³

นอกจากนี้ความแตกต่างระหว่างเจตนาของรัฐภาคีในการให้สิทธิ (มาตรา 36) และเจตนาของรัฐภาคีในการสร้างพันธกรณี (มาตรา 35) นั้นมีความแตกต่างกันตรงที่พันธกรณีตามสนธิสัญญา (Obligation) กรณีมาตรา 36 นั้นมีไว้แก่รัฐภาคีในการที่จะต้องให้สิทธิตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นแก่รัฐที่สามในขณะที่พันธกรณีตามสนธิสัญญา (Obligation) กรณีมาตรา 35 นั้นมีไว้ให้แก่รัฐที่สามที่จะต้องกระทำตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาไม่ใช่มีไว้ให้แก่รัฐภาคีต้องกระทำเองแต่อย่างใด⁶⁴

2.3.3.2 รัฐที่สาม (third State) กลุ่มรัฐ (a group of States to which it belong) หรือรัฐทั้งหมด (all States)

ตามมาตรา 2 (h)⁶⁵ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 รัฐที่สามนั้นหมายถึงรัฐที่ไม่ใช่รัฐภาคีในสนธิสัญญา ดังนั้น ย่อมหมายความว่า การให้สิทธิแก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 นั้นหมายถึงการที่รัฐภาคีให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐใดก็ตามที่ไม่ใช่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นย่อมอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 36 นี้ ซึ่งการที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีเจตนาที่จะให้สิทธิแก่รัฐที่สามนั้น

⁶³Corten and Klein, Vol.1 p. 932.

⁶⁴Ibid., p. 933.

⁶⁵"Vienna Convention on the Law of Treaties."

Article 2 (h) "Third State" A State that not a party to a treaty.

อาจให้รัฐที่สามในลักษณะที่เป็นรัฐเดี่ยวๆ (individual State) หรืออาจให้ในลักษณะที่เป็นกลุ่มรัฐ (a group of States) หรือให้ในลักษณะที่เป็นการทั่วไปหรือรัฐทั้งหมด (all States) ก็ได้

สำหรับการให้สิทธิในลักษณะที่เป็นรัฐที่สามรัฐใดรัฐหนึ่งเฉพาะ เช่น ในมาตรา 109⁶⁶ ของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ที่ให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศเดนมาร์กในประเด็นเกี่ยวกับเรื่องพรหมแดนหรือในมาตรา 358⁶⁷ และมาตรา 374⁶⁸ ให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในการให้ใช้แม่น้ำไรน์ (Rhine river) และสิทธิในการบอกเลิกสนธิสัญญา St. Gothard railway treaty⁶⁹

สำหรับการให้สิทธิในลักษณะที่เป็นกลุ่มรัฐที่สาม เช่น กรณีในสนธิสัญญา มิตรภาพหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ที่ได้มีการให้สิทธิประโยชน์แก่เหล่ารัฐพันธมิตรทั้งหมด และประเทศผู้ให้ความช่วยเหลือ โดยการสละสิทธิเรียกร้องแม้ว่ารัฐบางรัฐที่ได้สิทธิประโยชน์ตาม สนธิสัญญานี้จะไม่ใช่ภาคีแห่งสนธิสัญญาก็ตาม⁷⁰ หรือในมาตรา 35⁷¹ ของกฎบัตรสหประชาชาติที่ได้ ให้สิทธิแก่รัฐที่มีใช้สมาชิกสามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของคณะมนตรีความมั่นคงหรือ สมัชชาได้ หรือในข้อตกลงดินแดนในภาวะทรัสตี (the Mandate and Trusteeship Agreement) ซึ่งมีบทบัญญัติให้สิทธิประโยชน์แก่กลุ่มรัฐสมาชิกไม่ว่าจะขององค์การสันนิบาตชาติหรือสหประชาชาติ⁷²

สำหรับกรณีตัวอย่างของการให้สิทธิแก่รัฐทั่วไปหรือรัฐทุกรัฐ เช่นในกรณี ของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ และการผ่านช่องทางทะเล หรือช่องแคบ⁷³ เช่นในอนุสัญญา Constantinople (1888) ที่เกี่ยวกับคลองซูเอซ (Zuez canal) หรือในสนธิสัญญา Hay-Pauncefote(1901) ที่เกี่ยวกับคลองปานามา (Panama canal) หรือใน มาตรา 380 – 386 ของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Versailles treaty) ที่เกี่ยวกับคลองคีล (Kiel canal) เป็นต้น⁷⁴

⁶⁶"Treaty of Versailles by the Allied and Associated Powers and Germany Part Iii." Article 109.

⁶⁷Ibid., Article 358

⁶⁸Ibid., Article 374

⁶⁹, Vol.1 p. 934.

⁷⁰United Nations, *Yearbook International Law Commission 1966*, Vol.II p. 228.

⁷¹"Charter of the United Nation," ed. United Nation.

Article 35 (2) "A state which is not a Member of the United Nations may bring to the attention of the Security Council or of the General Assembly any dispute to which it is a party if it accepts in advance, for the purposes of the dispute, the obligations of pacific settlement provided in the present Charter."

⁷²the South-West Africa cases, I.C.J. Reports 1962, p. 329-331 and p. 410; the Northern Cameroons case, I.C.J. Reports 1963, p. 29.

⁷³United Nations, *Yearbook International Law Commission 1966*, Vol.II ,p. 228.

⁷⁴Ibid.

สำหรับประเด็นที่ว่า การให้สิทธิแก่รัฐที่สาม กลุ่มรัฐ หรือรัฐอื่นๆ ในลักษณะเป็นการทั่วไปนั้น จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องระบุตัวตนของรัฐที่สามแน่ชัดไว้ในสนธิสัญญาหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ Sir Humphrey Waldock ผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการการยกร่างได้ให้ความเห็นเรื่องนี้ไว้ว่า ตัวตนของรัฐที่สามนั้นไม่จำเป็นต้องระบุชี้เฉพาะเจาะจงไว้ในสนธิสัญญาแต่อย่างใด เพียงแค่ตอบคำถามให้ได้ว่ารัฐภาคีมีเจตนาให้สิทธิแก่รัฐที่สามหรือไม่ หากรัฐภาคีมีเจตนาเช่นนั้นแล้ว ก็เพียงพอและไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุตัวตนชี้เฉพาะแก่รัฐที่สามแต่อย่างใด⁷⁵ เพราะท้ายที่สุดตัวตนของรัฐที่สามนั้นจะปรากฏให้เห็นออกมามีชัดเจนด้วยตัวของมันเอง เช่น สนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐใดรัฐหนึ่งเป็นการเฉพาะซึ่งแน่นอนว่าสนธิสัญญาให้สิทธิแก่รัฐที่สามประเภทนี้จะต้องมีการระบุตัวตนชี้เฉพาะรัฐที่รับสิทธิประโยชน์จากสนธิสัญญาชัดเจนเฉพาะเจาะจง หรืออย่างในกรณีสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่กลุ่มรัฐที่สามก็ย่อมที่จะต้องระบุว่ากลุ่มรัฐที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญาเป็นกลุ่มรัฐใด หรือสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐเป็นการทั่วไปแม้จะไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงถึงตัวตนรัฐที่สามชัดเจน แต่ท้ายที่สุดแล้ว รัฐที่จะได้รับประโยชน์จากสิทธิดังกล่าวนั้นก็ปรากฏให้เห็นผ่านการให้สิทธิจากสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นเอง โดยรัฐที่สามที่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญานี้ย่อมได้รับสิทธิประโยชน์ตามสัญญาผ่านการให้สิทธิ (exercise rights) แยกเป็นปัจเจกส่วนตัว ในฐานะที่เป็นหนึ่งในสมาชิกกลุ่มรัฐ หรือหนึ่งในสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้สนธิสัญญาระบุว่าให้สิทธิแก่กลุ่มรัฐหรือรัฐอื่นเป็นการทั่วไป แต่ท้ายที่สุดแล้วย่อมมีหนทางที่จะนำไปสู่การบ่งชี้หรือระบุตัวรัฐที่สามที่ได้รับประโยชน์จากสิทธิตามสนธิสัญญานั้นให้ปรากฏขึ้นได้ด้วยตัวของมันเองในที่สุด⁷⁶

2.3.3.3 เจตนายินยอมของรัฐที่สาม

สำหรับองค์ประกอบในส่วนสุดท้ายของมาตรา 36 ในเรื่องของสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้นก็คือ เจตนายินยอมของรัฐที่สาม ซึ่งในมาตรา 36 (1) ได้บัญญัติไว้ว่าสิทธิจะเกิดขึ้นแก่รัฐที่สาม ‘หากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีเจตนาให้บทบัญญัติเช่นนั้นให้สิทธิดังกล่าวแก่รัฐที่สาม...และรัฐที่สามมีเจตนายินยอมเช่นนั้นด้วย’ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้แน่นอนว่าเจตนายินยอมของรัฐที่สามที่เป็นเงื่อนไขหรือองค์ประกอบในข้อนี้ก็คือเจตนาของรัฐที่สามที่รัฐภาคีในสนธิสัญญามีเจตนาที่จะให้สิทธิตามสนธิสัญญานั้นด้วยนั่นเอง รัฐที่สามอื่นๆ นั้นไม่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด และหากพิจารณาถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 36 (1) ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่ามีการใช้คำว่า “และ” จึงชัดเจนว่าทั้งเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา และเจตนายินยอมของรัฐที่สามนั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ต้องมีควบคู่กันทั้งสองเจตนาจึงจะก่อให้เกิดสิทธิ

⁷⁵Corten and Klein, Vol.1 , footnote 26-27, p. 935.

⁷⁶Ibid., p. 935, para. 14.

ตามสนธิสัญญานั้นได้⁷⁷ กล่าวคือเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา และเจตนาของรัฐที่สามจะต้องถูกต้องตรงกันตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* นั้นเอง เมื่อรัฐภาคีและรัฐที่สามมีเจตนาที่ต้องตรงกันแล้วรัฐภาคีและรัฐที่สามต่างมีความผูกพันต่อกันตามสนธิสัญญา โดยรัฐภาคีก็มีหน้าที่ที่จะต้องให้สิทธิแก่รัฐที่สามตามสัญญา และรัฐที่สามก็ย่อมได้รับสิทธิตามสัญญาที่จะใช้สิทธิที่รัฐภาคีได้ให้ นั้น และสามารถเรียกร้องให้รัฐภาคีปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยการให้สิทธิตามที่ระบุไว้ นั้นเอง

สำหรับประเด็นที่ว่า การแสดงออกซึ่งเจตนายินยอมของรัฐที่สามนั้นจะต้องมีรูปแบบของการแสดงออกซึ่งเจตนาดังกล่าวของรัฐที่สามอย่างใดอย่างหนึ่งชัดเจนออกมาหรือไม่ นั้น ฝ่ายที่สนับสนุนแนวความคิดที่ว่าสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สามเป็นลักษณะของ ‘Collateral agreement’ เห็นว่าเจตนายินยอมของรัฐที่สามในกรณีของสนธิสัญญาที่ให้สิทธินั้น มีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับกับกรณีของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงออกชัดเจน แต่สามารถพิจารณาจากการใช้สิทธินั้นได้ (exercise right) สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนแนวความคิด ‘Third-party Stipulation’ ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่าแนวความคิดนี้เห็นว่าสิทธินั้นได้เกิดขึ้นแล้วนับตั้งแต่ที่ได้มีการบัญญัติบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สามในสนธิสัญญานั้น รัฐที่สามทำได้เพียงการยอมรับหรือใช้สิทธิซึ่งเกิดขึ้นแล้วนั้น หรือไม่ก็ทำการสละซึ่งสิทธิที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นแล้ว หากสิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐที่สามนั้น และการสละซึ่งสิทธิดังกล่าวสามารถกระทำโดยปริยายได้ ผ่านการที่รัฐที่สามนั้นไม่ใช้สิทธินั้น (non-exercise) ซึ่งคณะกรรมการการยกเว้นเห็นว่า การตีความไปในทิศทางที่สนับสนุนในแนวความคิดทางใดเพียงแนวความคิดหนึ่งอาจนำไปสู่ผลลัพธ์ซึ่งแนวปฏิบัติที่แตกต่างกันในภายหลังได้ ดังนั้นคณะกรรมการการยกเว้นจึงตัดสินใจที่จะบัญญัติให้สนธิสัญญาให้สิทธิแก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ ในลักษณะที่เป็นจุดกึ่งกลางระหว่างทั้งสองแนวความคิดโดยไม่ชี้เข้าไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่ง โดยเลือกที่จะบัญญัติว่า ‘its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated’ กล่าวคือ เจตนายินยอมดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานว่ามีอยู่ตราบเท่าที่การแสดงออกซึ่งเจตนาตรงกันข้ามนั้นไม่ปรากฏ เพื่อที่จะทำให้เกิดความยืดหยุ่นระหว่างทั้งสองแนวความคิดที่ว่าสิทธิของรัฐที่สามนั้นเกิดขึ้นเมื่อใด และเพื่อเป็นการลดช่องว่างระหว่างความแตกต่างของทั้งสองแนวความคิดข้างต้นด้วย⁷⁸

⁷⁷ Ibid., p. 935, para. 15.

⁷⁸ United Nations, *Yearbook International Law Commission 1966*, Vol. II, p. 229.

2.3.4 การเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งพันธกรณี หรือสิทธิของรัฐที่สาม: มาตรา 37 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักเรื่องของการเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งพันธกรณี หรือสิทธิของรัฐที่สามไว้ในมาตรา 37 ดังนี้

Article 37⁷⁹ Revocation or modification of obligations or rights of third States

(1) When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed.

(2) When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

มาตรา 37 การเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงพันธกรณีหรือสิทธิของรัฐที่สาม

(1) เมื่อพันธกรณีได้เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามตามมาตรา 35 แล้ว พันธกรณีนั้นอาจจะถูกเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่โดยเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาและเจตนาของรัฐที่สามเท่านั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าพวกเขาได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น

(2) เมื่อสิทธิได้เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 แล้ว สิทธินั้นจะไม่อาจถูกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยรัฐภาคีได้ หากเป็นที่ยอมรับว่าสิทธิเช่นนั้นไม่อาจเพิกถอนหรือสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สาม

การเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพันธกรณีหรือสิทธิของรัฐที่สามตามมาตรา 37 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้เป็นการสะท้อนกรอบความคิดและตรรกะในการพิจารณามากกว่าที่จะเป็นการสะท้อนแนวปฏิบัติสากลเพราะในความเป็นจริงแล้วค่อนข้างเกิดขึ้นได้ยาก ซึ่งเดิมต้นร่างในปี ค.ศ. 1964 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงพันธกรณี หรือสิทธิของรัฐที่สามนั้นมีรูปแบบเดียวกัน กล่าวคือรัฐที่สามจะต้องให้ความยินยอมในการที่จะเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหรือพันธกรณีเสมอ เว้นแต่จะปรากฏในสนธิสัญญาว่าบัพัญญัติเช่นนั้น

⁷⁹"Vienna Convention on the Law of Treaties."

สามารถเพิกถอนได้⁸⁰ แต่การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนั้นรัฐหลายรัฐมีความเห็นว่ายังเป็นการบัญญัติได้ไม่ดีพอ และไม่ได้ให้ความคุ้มครองรัฐที่สามเท่าที่ควร ดังนั้นในปี ค.ศ. 1966 คณะกรรมาธิการยกร่างจึงได้ตัดสินใจที่จะพัฒนารูปแบบของการเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือพันธกรณีของรัฐที่สามให้มีความแตกต่างกัน ดังที่ปรากฏให้เห็นในมาตรา 37 ในปัจจุบัน ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นสองกรณี ดังนี้

2.3.4.1 การเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งพันธกรณีของรัฐที่สาม

Article 37⁸¹ Revocation or modification of obligations or rights of third States

(1) When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed.

การเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งพันธกรณีของรัฐที่สามในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 37 (1) โดยพันธกรณีที่เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามจากสนธิสัญญานั้น อาจถูกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่ด้วยเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา และเจตนายินยอมของรัฐที่สามเท่านั้น เว้นแต่จะเป็นที่ยอมรับกันว่าได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น

บทบัญญัติมาตรา 37 (1) นี้ การเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งพันธกรณีของรัฐที่สามตามมาตรา 35 จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบครบ 2 ประการ ประการแรกคือเจตนาของรัฐภาคีในการที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนพันธกรณีของรัฐที่สามดังกล่าว และประการที่สองคือ เจตนาของรัฐที่สามผู้ซึ่งมีหน้าที่ตามพันธกรณีนั้น ซึ่งองค์ประกอบของเจตนาทั้งสองประการเป็นไปตามหลักการพื้นฐานที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* นั่นเอง โดยเมื่อรัฐภาคีและรัฐที่สามต่างมีเจตนาต้องตรงกันแล้วย่อมที่จะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนแต่โดยลำพังฝ่ายเดียวมิได้ ดังนั้น หากรัฐที่สามมีเจตนาที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนพันธกรณีดังกล่าว รัฐภาคีก็จะต้องมีเจตนาต้องตรงกันในการที่จะแก้ไข

⁸⁰"Report of the Ilc Covering the Work of Its 16th Session", a/5809," p. 184. Article 61. Revocation or amendment of provisions regarding obligations or rights of third States

"When an obligation or right has arisen under article 59 or 60 for a State from a provision of a treaty to which it is not a party, the provision may be revoked or amended only with the consent of that State, unless it appears from the treaty that the provision was intended to be revocable."

⁸¹"Vienna Convention on the Law of Treaties."

เปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนพันธกรณีดังกล่าวด้วย ในทางกลับกันหากรัฐภาคีมีเจตนาที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนพันธกรณีของรัฐที่สาม รัฐที่สามก็จะต้องมีเจตนาต้องตรงกันโดยยินยอมให้รัฐภาคีกระทำการดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพันธกรณีของรัฐที่สามนั้นมีความเกี่ยวพันและมีความซับซ้อนมากกว่าที่คิด เพราะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงซึ่งพันธกรณดังกล่าวอาจนำไปสู่การที่รัฐที่สามอาจจะต้องเริ่มต้นหรือยอมรับผลผูกพันในนิติสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่เปลี่ยนแปลงไป หรือบางครั้งอาจจะต้องยอมผูกพันตนกับรัฐอื่นเพื่อที่จะกระทำการตามพันธกรณนั้น⁸² ดังนั้นเจตนายินยอมของรัฐที่สามจึงเป็นเงื่อนไขหรือองค์ประกอบสำคัญที่ไม่อาจมองข้ามไปได้

สำหรับการแสดงเจตนาตามมาตรา 37 (1) นี้ไม่ได้มีการระบุชัดเจนว่าเจตนาของรัฐภาคีและเจตนาของรัฐที่สามนั้นจะต้องมีการแสดงออกอย่างไร ดังนั้นเพียงแค่ออบคำถามให้ได้ว่าเจตนาเช่นนั้นมียุ่จริงหรือไม่ก็เพียงพอ ไม่จำกัดว่าเจตนาเช่นนั้นจะต้องมีการแสดงออกมาในรูปแบบใด อาจจะเป็นเจตนาโดยปริยาย หรือเจตนาโดยชัดแจ้งก็ได้ อย่างไรก็ตามหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงซึ่งพันธกรณีของรัฐที่สามโดยทำให้รัฐที่สามนั้นต้องยอมรับพันธกรณีที่หนักขึ้น ก็เป็นเหตุอันสมควรที่การแสดงออกซึ่งเจตนาดังกล่าวควรเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 35 เรื่องของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามด้วยนั่นเอง⁸³

เจตนาของรัฐภาคีและเจตนาของรัฐที่สามในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนซึ่งพันธกรณตามสนธิสัญญานั้นเป็นเงื่อนไขหรือองค์ประกอบที่จำเป็นต้องมี ‘เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น’ ซึ่งการบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ได้แบ่งภาระการพิสูจน์ออกเป็น 2 กรณี กรณีแรกคือกรณีของรัฐที่ให้ความสำคัญเรื่องเจตนาของรัฐภาคีและเจตนาของรัฐที่สาม กรณีนี้เจตนาของรัฐที่สามจึงเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอน กับอีกกรณีหนึ่งคือกรณีของรัฐที่ไม่ได้ให้ความสำคัญเรื่องเงื่อนไขเจตนาของรัฐภาคีและรัฐที่สามในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนพันธกรณตามสนธิสัญญาซึ่งจะเปิดโอกาสให้สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ นั่นเอง⁸⁴

⁸²Corten and Klein, Vol.1 , p. 945, para. 5.

⁸³Sir H. Waldock, "The Sixth Report on the Right of Treaties," Yearbook International Law Commission 1966 Vol.II (1967): p. 71-73.

"a mere notification by the contracting parties could be enough in order to revoke the third State's obligation, as such revocation is advantageous, whereas the modification of its obligation would requires its consent."

⁸⁴Corten and Klein, Vol.1 p. 945, para. 7.

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกซึ่งพันธกรณีที่มีแก่รัฐที่สามตามสนธิสัญญานั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสำคัญสองส่วนควบคู่กันนั่นก็คือ ทั้งเจตนาของรัฐภาคีที่จะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนซึ่งพันธกรณีที่มีแก่รัฐที่สามนั้น และส่วนที่สองก็คือเจตนายินยอมของรัฐที่สามที่ยอมให้รัฐภาคีแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนซึ่งพันธกรณีดังกล่าวด้วย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* และหลักเรื่องเจตนายินยอมของรัฐที่สาม *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* นั้นเอง

2.3.4.2 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิของรัฐที่สาม

Article 37⁸⁵ Revocation or modification of obligations or rights of third States

(2) When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิของรัฐที่สามในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา มาตรา 37 (2) โดยสิทธิที่เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามจากสนธิสัญญานั้นไม่อาจถูกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยรัฐภาคีได้ หากมีเจตนาบัญญัติให้สิทธิเช่นนั้นไม่อาจเพิกถอนหรือสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สาม

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ใช้กับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสิทธิของรัฐที่สามที่กำหนดโดยรัฐภาคีเท่านั้น ไม่รวมถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสิทธิของรัฐที่สามที่กำหนดโดยรัฐที่สามนั่นเอง⁸⁶ แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐที่สามจะต้องถูกบังคับให้รับผลประโยชน์จากสิทธิที่รัฐภาคีได้ให้นั้นแต่รัฐที่สามเองนั้นอาจตัดสินใจได้เสมอว่าจะใช้หรือไม่ใช้ซึ่งสิทธิดังกล่าว และจึงไม่จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงกรณีที่รัฐที่สามจะประกาศเพิกถอนซึ่งประโยชน์จากสิทธิดังกล่าวนี้

บทบัญญัติมาตรา 37 (2) นี้พยายามที่จะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างความคล่องตัว ทางฝั่งของรัฐภาคีที่จะทำให้ไม่เกิดความชักช้าในการที่จะให้สิทธิที่เป็นคุณแก่รัฐที่สาม กับความต้องการความแน่นอนทางกฎหมายสำหรับรัฐที่สามผู้ซึ่งรับประโยชน์ดังกล่าว ซึ่งการหาจุด

⁸⁵"Vienna Convention on the Law of Treaties."

⁸⁶United Nations, "Report of the Ilc Covering the Work of Its 18th session," p. 230.

สมมูลนี้ถือเป็นประเด็นสำคัญในการอภิปรายโต้แย้งระหว่างกลุ่มแนวความคิดที่สนับสนุนทฤษฎี ‘Collateral agreement’ ฝ่ายหนึ่ง กับกลุ่มแนวความคิดที่สนับสนุนทฤษฎี ‘Third-party Stipulation’ อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งต่างฝ่ายต่างมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันเมื่อกล่าวถึงเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนซึ่งสิทธิที่เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามตามสนธิสัญญา ทางฝั่งของ ‘Collateral agreement’ ที่มองว่าเจตนายินยอมของรัฐที่สามนั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญจึงจะทำให้เกิดสิทธิตามสัญญา รัฐภาคีย่อมมีเสรีภาพในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกซึ่งสิทธิดังกล่าวตราบเท่าที่รัฐที่สามยังไม่ได้ให้เจตนายินยอมที่ทำให้เกิดสิทธินั้น ส่วนทางฝั่งที่สนับสนุนทฤษฎี ‘Third-party Stipulation’ ที่มองว่าสิทธิของรัฐที่สามนั้นเกิดขึ้นโดยตรงจากสนธิสัญญานั้นแล้ว จึงต้องพิจารณาว่าสิทธิดังกล่าวไม่อาจดำเนินการเพิกถอนได้โดยปราศจากเจตนายินยอมของรัฐที่สาม เพราะมิฉะนั้น สิทธิเช่นว่านั้นจะสูญเสียความมั่นคงและเสถียรภาพในทางกฎหมายไป ดังนั้นท้ายสุดแล้ว กลุ่มความเห็นทั้งสองแนวคิดจึงได้มาบรรจบกันที่กึ่งกลาง โดยที่กำหนดให้เจตนาของรัฐที่สาม เป็นเงื่อนไขหรือองค์ประกอบสำคัญที่จะต้องมีการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนซึ่งสิทธิของรัฐที่สามตามสนธิสัญญา⁸⁷

2.3.5 กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเปลี่ยนเป็นการผูกพันรัฐที่สามผ่านจารีตประเพณีระหว่างประเทศ: มาตรา 38 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

Article 38 Rules in a treaty becoming binding on third States through international custom

Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.

มาตรา 38 กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญากลายเป็นการผูกพันรัฐที่สามผ่านจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ไม่มีสิ่งใดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 - 37 ที่จะขัดขวางกฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาที่เปลี่ยนเป็นการผูกพันรัฐที่สามในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับ เช่นว่านั้น

ในบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ แท้จริงแล้วเป็นเสมือนบทบัญญัติซึ่งเป็น Safe guard clause⁸⁸ ซึ่งไม่ได้มีไว้เพื่อแสดงผลกระทบใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นจาก

⁸⁷Corten and Klein, Vol.1 p. 946, para. 10.

⁸⁸Happper Collins, in *Collins English Dictionary* (2009).

สนธิสัญญาแก่รัฐที่สาม แต่บทบัญญัติมาตรา 38 นี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะยืนยันให้ชัดเจนว่า บทบัญญัติอื่นๆ ใน Section 4 Part III ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้นไม่อาจใช้เป็น เครื่องยกเว้นผลที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้มาตรา 38 นั้น ยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อที่จะชี้ให้เห็นว่าพันธกรณีหรือสิทธิที่เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามโดยเริ่มต้นจากผลของ สนธิสัญญา ภายหลังอาจเปลี่ยนแปลงเป็นพันธกรณีหรือสิทธิที่มีผลผูกพันรัฐที่สามภายใต้กฎเกณฑ์ ของกฎหมายจารีตประเพณีได้ แม้ว่าเงื่อนไขหรือองค์ประกอบตามที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์เรื่องผล ของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้นยังไม่ครบถ้วนก็ตาม ดังนั้น คณะกรรมาธิการร่างจึงได้บัญญัติมาตรา 38 นี้ขึ้นในลักษณะที่เป็นข้อสงวนไว้ เพื่อป้องกัน ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการอ้างบทบัญญัติมาตรา 34 -37 ข้างต้นเพื่อปฏิเสธความชอบด้วยกฎหมาย จากพันธกรณีหรือข้อผูกพันที่เกิดขึ้นจากกระบวนการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁸⁹

ในเบื้องต้นเรื่องความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติ Safe guard clause ตามมาตรา 38 นี้ไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้นกล่าวได้ว่านั้นยังไม่มี ความชัดเจนนัก เนื่องจากรูปแบบการเกิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีกับหลักกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญานั้นไม่ได้มีความ เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน ดังนั้น จึงทำให้มีหลายๆ ฝ่ายในการประชุมคณะกรรมาธิการร่างนั้นเห็นว่า ไม่ควรจะนำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ซึ่งเป็นเรื่องกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา (the Law of treaties)แต่อย่างไรก็ตามก็มีนักกฎหมายอีกหลายท่านที่เห็นประโยชน์ของการบัญญัติ บทบัญญัติมาตรา 38 นี้ไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา แม้ว่าจะไม่ได้มีความจำเป็นว่าจะต้องมีบทบัญญัติ ดังกล่าวอย่างเคร่งครัดหรือจะขาดไปเสียมิได้ แต่ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่ามีความเป็นไปได้ ที่อาจเกิดเหตุการณ์ในการอ้างบทบัญญัติในมาตราก่อนซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องสนธิสัญญา เพื่อนำมาใช้เป็น ข้อยกเว้นความผูกพันของรัฐที่สามตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีได้ ดังนั้น คณะกรรมาธิการร่างจึงเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติมาตรา 38 ที่ทำหน้าที่เป็น Safe guard clause ดังกล่าวนี้อยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969⁹⁰

สำหรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามความหมายของมาตรา 38 แห่งอนุสัญญา กรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ กล่าวได้ว่าเป็นกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ก่อตัวขึ้น ภายหลังจากที่มีการทำสนธิสัญญา ไม่ใช่กรณีของกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่แล้วและได้มีการ จำลองแบบมาไว้ในสนธิสัญญาแต่อย่างใด โดยคณะกรรมาธิการร่างได้มีความพยายามที่จะบัญญัติ มาตรา 38 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนานี้ให้ครอบคลุมเหตุการณ์ทั้งสองกรณี แต่อย่างไรก็ตาม Sir H.

“Safe guard clause” (noun) a clause in a contract, etc., that ensures the protection of something against problems, etc.”

⁸⁹United Nations, "Report of the Ilc Covering the Work of Its 18thsession," p. 231.

⁹⁰Corten and Klein, Vol.1 p. 950, para. 2.

Waldock ได้มีความเห็นให้ควรวินิจฉัยจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นใหม่มากกว่า เพราะไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ก็เป็นสิ่งที่ยากที่จะบ่งบอกหรือชี้ชัดได้ว่าวันที่ถือว่าจารีตประเพณีดังกล่าวนั้นได้ถือว่าเริ่มก่อตัวขึ้นคือวันใด ในที่สุดจึงได้มีการบัญญัติมาตรา 38 ว่า ‘สนธิสัญญากลายเป็นการผูกพันรัฐที่สามผ่านจารีตประเพณีระหว่างประเทศ’⁹¹ โดยหมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นหลังจากที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเท่านั้น และสำหรับจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นก่อนช่วงเวลาที่มีผลใช้บังคับย่อมสามารถมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีนั่นเองอยู่แล้วโดยไม่ต้องยุ่งเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา นอกจากนี้กฎหมายจารีตประเพณีตามนัยความหมายของมาตรา 38 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ จะต้องเป็นจารีตประเพณีที่เป็นที่ยอมรับ และควรจะเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป (general recognition) เช่นเดียวกันกับความตามมาตรา 38 (1) ของ the Statute of the International Court of Justice (ICJ) ที่กล่าวถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่า เปรียบเสมือนเป็นพยานหลักฐานของแนวปฏิบัติทั่วไป (general practice) ซึ่งได้รับการยอมรับในฐานะกฎหมาย⁹²

สำหรับการแปรสภาพจากกฎเกณฑ์ในสนธิสัญญากลายเป็นกฎเกณฑ์ในกฎหมายจารีตประเพณี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การก่อตัวของจารีตประเพณีที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่เริ่มต้นจากสนธิสัญญานั้น นับเป็นปรากฏการณ์ที่ถูกยกขึ้นพิจารณาบ่อยครั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ซึ่งได้มีการอภิปรายโต้เถียงกันในเรื่องนี้ ยกตัวอย่างเช่นในคดี North Sea Continental Shelf, ซึ่งมีประเด็นโต้เถียงเกี่ยวกับมาตรา 6 ของ the Geneva Convention (1958) on the Continental Shelf ว่า

‘บทบัญญัติที่สร้างแบบแผนหรือหลักเกณฑ์ โดยที่เริ่มต้นเป็นแค่เพียงสนธิสัญญาแล้วค่อยๆ พัฒนาเปลี่ยนแปลงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และปัจจุบันได้รับการยอมรับและมองว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมาย (opinio juris) ด้วยเหตุผลนี้ บทบัญญัติที่สร้างแบบแผนหลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงกลายมามีผลผูกพันแม้แต่กับประเทศที่ไม่ได้เคยเป็นรัฐภาคีของสนธิสัญญานั้น กระบวนการนี้ถือเป็นความเป็นไปที่สมบูรณ์แบบที่ได้สร้างหลักการที่เป็นที่ยอมรับขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ใหม่ในการก่อตัวขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในขณะที่เดียวกัน ผลลัพธ์ดังกล่าวก็พิจารณาได้ว่าถือเป็นการบรรลุเป้าหมายหรือประสบผลสำเร็จ’⁹³

⁹¹ Ibid., p. 951, para. 5.

⁹² Ibid., p. 952, para. 7.

⁹³ International Court of Justice Reports 1969, p. 41, para. 71,

“a norm-creating provision which has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the opinio juris, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention. There is no doubt that this process

จึงพิจารณาได้ว่าพันธกรณีแก่รัฐที่สามที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญานั้น อาจเปลี่ยนแปลง เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หากบทบัญญัติเช่นว่านั้นได้รับการยอมรับว่าเป็น กฎหมายดังนั้นเมื่อจารีตประเพณีดังกล่าวได้ก่อตัวขึ้นแล้ว รัฐที่ยอมรับจารีตประเพณีเช่นว่านั้นย่อม ไม่อาจใช้กฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาตามมาตรา 34-37 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ข้างต้น มาเป็นเครื่องมือในการยกเว้นผลผูกพันที่เกิดขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณีนั้นได้ ซึ่งเป็นไปตาม วัตถุประสงค์ของ Safe guard clause ในมาตรา 38 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้

2.4 ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีอื่น

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้นว่าในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักเรื่องผลของ สนธิสัญญาต่อรัฐที่สามไว้ว่า สนธิสัญญาไม่อาจมีผลต่อรัฐที่สามได้หากปราศจากเจตนายินยอม (มาตรา 34) สำหรับสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามนั้นตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักไว้ว่าจะต้องประกอบไปด้วยเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นที่จะให้บทบัญญัติ ในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม และรัฐที่สามนั้นมีการแสดงออกซึ่งเจตนายินยอมพันธกรณี ดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 35) สำหรับสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สามนั้นก็ในการทำงาน เดียวกันคือจะต้องประกอบด้วยเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญา ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม และรัฐที่สามนั้นมีเจตนายินยอมโดยอาจเป็นการยินยอมโดยชัดแจ้งหรือ โดยปริยายก็ได้ (มาตรา 36) และได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสนธิสัญญาที่สร้าง พันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามไว้ในมาตรา 37 รวมถึงมีการบัญญัติ safe guard clause เพื่อไม่ให้ มีการนำบทบัญญัติในมาตรา 34-37 ในอนุสัญญากรุงเวียนนา มายกเว้นหลักการตามกฎหมายจารีต ประเพณีไว้ในมาตรา 38

แต่อย่างไรก็ตามผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของกรณีที่สนธิสัญญาอาจมีผลต่อรัฐที่สามเท่านั้น นักกฎหมายระหว่างประเทศ หลายท่านมีความเห็นว่ายังมีกรณีที่สนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามในกรณีอื่นๆ นอกเหนือไปจาก หลักเกณฑ์ของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามมาตรา 35 หรือสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่ รัฐที่สามตามมาตรา 36 ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ด้วย ดังเช่นตัวอย่างที่ผู้เขียน จะได้หยิบยกขึ้นมาอธิบายต่อไป

is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed. At the same time this result is not lightly to be regarded as having been attained."

2.4.1 สนธิสัญญาที่สร้าง objective regime หรือสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป

สนธิสัญญาที่มีผลเป็นการสร้าง objective regime หรือสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป (erga omnes) โดยเป็นสนธิสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษแยกออกมาจากสนธิสัญญาอื่นทั่วไป โดยสามารถจำแนกสนธิสัญญาประเภทนี้ได้จากวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา และลักษณะเหตุการณ์เฉพาะบางอย่าง ซึ่งแน่นอนว่าสนธิสัญญาประเภทนี้ย่อมมีผลแก่รัฐที่สามด้วย เช่น สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการใช้พื้นที่น่านน้ำ (Maritime zone) หรือดินแดนอาณาเขต (Land territory) ของรัฐ หรือการใช้สถานที่ในอาณาเขตใดอาณาเขตหนึ่ง ภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สนธิสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยเงื่อนไขเป็นไปตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา⁹⁴

ในมาตรา 38 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักว่าบทบัญญัติในมาตรา 34 –37 แห่งอนุสัญญานี้ไม่สามารถนำมายกเว้นสนธิสัญญาที่กลายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในที่นี้รวมถึงสนธิสัญญาที่กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป หรือ erga omnes ด้วย ในยกเว้นกรณีการได้กล่าวยกตัวอย่างของสนธิสัญญาที่มีลักษณะนี้ เช่น สนธิสัญญาสันติภาพ (peace treaty) สนธิสัญญาที่สร้างระบบหรือสถานะความเป็นกลาง (neutralization) หรือสนธิสัญญาแบ่งเขตแดน (Delimitarization)⁹⁵ ซึ่งสนธิสัญญาเหล่านี้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและมีผลผูกพันรัฐที่สามแม้ไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาด้วย แต่อย่างไรก็ตามการมีผลผูกพันรัฐที่สามดังกล่าวนี้เกิดจากสถานะความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของข้อบทหรือสนธิสัญญาดังกล่าว ไม่ได้เกิดจากตัวสนธิสัญญานั้นผูกพันรัฐที่สามโดยตรง เพราะอย่างไรก็ตามสนธิสัญญาจะผูกพันผู้ใดได้จะต้องอยู่ภายใต้หลักเจตนายินยอมเสมอ แต่เมื่อข้อบทในสนธิสัญญานั้นมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้เองที่ทำหน้าที่ผูกพันรัฐที่สาม หรือ ทุกๆรัฐในประชาคมโลก เพียงแต่หลักเกณฑ์ และถ้อยคำเหล่านั้นได้นำมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาอีกชั้นหนึ่ง⁹⁶

⁹⁴Corten and Klein, Vol.1 , p. 956.

⁹⁵Sir Gerald Fitzmaurice, "Fifth Report on the Law of Treaties," Yearbook International Law Commission 1966 Vol.II (1967): p. 80.

⁹⁶ลาวัญญ์ ถนัดศิลปะกุล, "การวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำ ความตกลงการค้าเสรี."

โดยในเรื่องนี้ Sir Humphrey Waldock ได้มีการเสนอร่าง (proposal) เกี่ยวกับเรื่องสนธิสัญญาที่สร้าง objective regime เอาไว้ว่าสนธิสัญญาจะสร้าง objective regime ก็ต่อเมื่อมีการปรากฏในถ้อยคำตัวบทและบริบทสถานะแวดล้อมแห่งสนธิสัญญานั้นที่สรุปได้ว่ารัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นมีเจตนาที่จะสร้างประโยชน์เป็นการทั่วไป (general interest) หรือ สร้างพันธกรณีเป็นการทั่วไป (general obligation) หรือให้สิทธิแก่รัฐอื่นเป็นการทั่วไป (general right) ซึ่งเป็นประโยชน์ พันธกรณี หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับดินแดน รัฐ อาณาเขต พื้นดิน แม่น้ำ ทางเดินน้ำ ทะเล ท้องทะเล ผืนอากาศ หรือบริเวณใดบริเวณหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยกำหนดซึ่งประโยชน์ พันธกรณี หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ ให้กับรัฐภาคีในสนธิสัญญา รวมไปถึงรัฐใดๆ ที่มีอำนาจเกี่ยวเนื่องในเรื่องที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา หรือรัฐใดๆ ที่ได้มีเจตนายินยอมให้กับบทบัญญัติที่เป็นประเด็นเช่นนั้น⁹⁷ ซึ่งตัวอย่างของสนธิสัญญาที่สร้าง objective regime เช่นสนธิสัญญาแบ่งเขตแดน สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทางเดินเรือ หรือน่านน้ำสาธารณะ เป็นต้น แต่แบบเสนอโครงการที่ Sir Humphrey Waldock ได้นำเสนอไปนั้นเป็นที่วิพากษ์ วิจารณ์กันอย่างแพร่หลายใน ILC โดย Sir Humphrey Waldock ได้กล่าวอภิปรายในการป้องกันแบบเสนอโครงการของตนว่าหากสนธิสัญญาประเภทนี้ไม่ได้รับการยอมรับเข้าบรรจุไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาแล้ว ก็จะเหลือเพียงแค่หลักกฎหมายจารีตประเพณีเท่านั้นที่จะครอบคลุมเนื้อหาในเรื่องนี้ได้ ซึ่งแน่นอนว่าย่อมจะมีกระบวนการขั้นตอนที่ช้ากว่ามาก อย่างไรก็ตามในปี 1964 คณะกรรมาธิการยกร่างได้ตัดสินใจที่จะไม่นำเรื่องสนธิสัญญาที่สร้าง objective regime ตามแบบเสนอโครงการดังกล่าวมาไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา โดยให้เหตุผลว่าในเรื่องสนธิสัญญาที่สร้าง objective regime ดังกล่าวตามแบบเสนอโครงการยังไม่น่าจะเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป ฉะนั้นเพื่อป้องกันข้อครหาดังกล่าวจึงไม่นำมาบัญญัติไว้เป็นบทบัญญัติเฉพาะเจาะจงในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1964⁹⁸

⁹⁷Waldock, "Third Report on the Law of Treaties, a/Cn.4/167," p. 25.

"A treaty establishes an objective regime when it appears from its terms and from the circumstances of its conclusion that the intention of the parties is to create in the general interest general obligations and rights relating to a particular region, State, territory, locality, river, waterway, or to a particular area of sea, sea-bed, or air-space; provided that the parties include among their number any State having territorial competence with reference to the subject-matter of the treaty, or that any such State has consented to the provision in question."

⁹⁸Corten and Klein, Vol.1 p. 957.

2.4.2 สนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ

สำหรับสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามารถสนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของประชาคมระหว่างประเทศร่วมกันนั้น ส่วนใหญ่ปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญาพิเศษเช่นกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งมีบทบัญญัติที่ตกลงร่วมกันของภาคีสมาชิกในอันที่จะก่อตั้งระบบประชาคมโลกที่สันติสุข ประกอบด้วยกฎระเบียบ และกฎเกณฑ์ในความสัมพันธ์ของมวลสมาชิก ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นการวางระบบ หรือ สถานภาพซึ่งมีผลบังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับทั่วโลก หรือกล่าวอ้างได้ทั่วโลก ซึ่งเรียกว่า *Erga Omnes* หรือกรณีของกฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้รัฐผู้รุกรานจะต้องปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ เป็นต้น ดังนั้น บทบัญญัติ กฎหมาย กฎเกณฑ์ และมาตรการเหล่านี้หากกำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยอ้อมมีผลผูกพันรัฐภาคีรวมทั้งรัฐที่สามด้วย โดยเหตุที่เป็นกฎหมายที่กล่าวอ้างได้ทั่วโลกนั่นเอง

สำหรับกรณีกฎบัตรสหประชาชาติ (UN charter) มาตรา 2(6)⁹⁹ ที่กำหนดให้องค์การสหประชาชาติจะต้องทำให้เป็นที่มั่นใจว่ารัฐที่มีได้เป็นสมาชิกของสหประชาชาติจะกระทำการโดยสอดคล้องกับหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติเท่าที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ นั้นแม้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2(6) ดังกล่าว ดูเหมือนเป็นการกำหนดพันธกรณีให้กับรัฐที่สามซึ่งก็คือรัฐที่ไม่ใช่สมาชิกของสหประชาชาติที่จะต้องปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติ แต่แท้จริงแล้วบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหน้าที่ให้องค์การสหประชาชาติที่จะต้องดำเนินการให้เป็นที่มั่นใจว่ารัฐอื่นๆที่ไม่ใช่สมาชิกลำดับนั้นดำเนินการหรือปฏิบัติสอดคล้องกับหลักการในกฎบัตรในเรื่องสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเฉพาะแต่องค์การสหประชาชาติเท่านั้นที่ผูกพันในข้อบทดังกล่าว ไม่ได้หมายความว่ารัฐที่ไม่ใช่สมาชิกในกฎบัตรสหประชาชาติจะต้องผูกพันภายใต้ข้อบทดังกล่าวโดยตรงแต่อย่างใด¹⁰⁰ แต่รัฐที่ไม่ใช่สมาชิกยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามซึ่งธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นหลักการที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายในสังคมระหว่างประเทศที่กล่าวอ้างได้ทั่วโลก หรือ *erga omnes* ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

นอกจากนี้ยังมีกรณีของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับรัฐผู้รุกราน (Agressor state) ในกฎบัตรสหประชาชาติที่บัญญัติให้รัฐผู้รุกรานจะต้องปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ แม้ว่ารัฐผู้รุกรานดังกล่าวนั้นอาจไม่ได้เป็นประเทศสมาชิกในองค์การสหประชาชาติก็ตาม

⁹⁹"Charter of the United Nation.", Chapter I: Purposes and Principles,

Article 2 (6), "The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security."

¹⁰⁰, Vol.1 , p. 893.

แต่มาตรการเหล่านี้ย่อมมีผลผูกพันรัฐที่สามด้วย แต่อย่างไรก็ตามผลผูกพันดังกล่าวกับรัฐที่สามนั้น ไม่ได้เกิดจากตัวบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติที่มีผลผูกพันรัฐที่สามที่ไม่ใช่สมาชิกโดยตรง แต่กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐที่สามในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับทั้งจากรัฐที่สามและรัฐอื่นๆ ทั่วไปและเป็นกฎหมายที่อาจกล่าวอ้างได้ทั่วโลก erga omnes นั้นเอง¹⁰¹

2.4.3 สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause

สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured-nation clause) ที่มีผลในการให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถใช้ข้อบทดังกล่าวรับประโยชน์จากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ทำขึ้นกับรัฐอื่นได้ ทั้งที่รัฐภาคีฝ่ายที่ใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่นนั้นอยู่ในฐานะรัฐที่สามและไม่ได้มีนิติสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องใดๆ กับสนธิสัญญานั้น ซึ่งการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามดังกล่าวนี้เป็นประเด็นที่น่าสนใจและเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันในวงกว้างว่า ผลของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ต่อรัฐที่สาม นั้นมีความขัดแย้งหรือสอดคล้องกับหลักทั่วไปเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงหลักเกณฑ์ที่ได้วางไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 หรือไม่ประการใด ซึ่งผู้เชี่ยวชาญได้นำมาวิเคราะห์และอภิปรายถึงความสัมพันธ์ของหลักการดังกล่าวในบทต่อไป

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ไม่ว่าจะ เป็น ข้อตกลง สัญญา หรือสนธิสัญญาในระบบกฎหมายใดก็ตาม สัญญาหรือสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันคู่สัญญาได้ ก็แต่ด้วยเกิดจากการมีเจตนาเสนอสนองที่ต้องตรงกันของภาคีคู่สัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda เท่านั้น และเมื่อรัฐภาคีได้แสดงเจตนาและยอมผูกพันตนภายใต้ข้อตกลงในสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วย่อมต้องเคารพต่อการแสดงเจตนาที่ตนได้แสดงออกไป และจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ระบุไว้ในสนธิสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ดังนั้น โดยหลักแล้วสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันแก่เฉพาะรัฐภาคีที่ได้แสดงเจตนาตกลงกัน และสนธิสัญญาย่อมไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ แก่บุคคลที่สามได้ตามหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt นั้นเอง

¹⁰¹ เช่น มาตรา 75 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติว่า “The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State’s aggression. และโปรดดู ILC Commentary on draft Art. 70, YBILC (1966), ii, p 268.

แต่หากรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้นมีเจตนาที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญามีผลผูกพันไปยังรัฐที่สามที่ไม่ใช่รัฐภาคีในสนธิสัญญา สนธิสัญญาดังกล่าวจะสามารถมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ก็ต่อเมื่อรัฐที่สามนั้นได้มีเจตนายินยอมที่จะผูกพันตามบทบัญญัติดังกล่าวด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ารัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาและรัฐที่สามจะต้องมีเจตนาเสนอสนองที่ต้องตรงกันตามหลัก *Pacta sunt servanda* นั้นเอง สนธิสัญญาดังกล่าวจึงจะมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ ซึ่งหลักกฎหมายเรื่องสนธิสัญญากับรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ด้วยในมาตรา 34 – 38 กล่าวคือ สนธิสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดหน้าที่หรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สามหากปราศจากซึ่งเจตนายินยอมสำหรับกรณีที่รัฐภาคีมีเจตนาที่จะให้บทบัญญัติสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม รัฐที่สามนั้นก็จะต้องมีเจตนายินยอมรับพันธกรณีนั้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย สนธิสัญญาดังกล่าวจึงจะมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ (มาตรา 35) หรือกรณีที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีเจตนาให้สิทธิแก่รัฐที่สาม รัฐที่สามก็จะต้องมีเจตนาในการรับสิทธิประโยชน์นั้นด้วยเช่นกัน สนธิสัญญาดังกล่าวจึงจะมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ (มาตรา 36) หรือแม้กระทั่งในเรื่องการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิ หรือพันธกรณีที่มีผลผูกพันรัฐที่สามนั้น ก็จะต้องเกิดขึ้นโดยเจตนาที่ต้องตรงกันระหว่างรัฐภาคีและรัฐที่สามด้วย (มาตรา 37)

อย่างไรก็ตามการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามที่ได้มีการวางหลักไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 มาตรา 34- 38 นั้นเป็นกรณีของสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามอันเกิดจากเจตนาของรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่มีเจตนาให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามโดยตรง ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นเพียงแต่กรณีหนึ่งที่สนธิสัญญาจะสามารถมีผลไปยังรัฐที่สามได้เท่านั้น ยังมีกรณีที่สนธิสัญญาอาจมีผลผูกพันหรือมีผลต่อรัฐที่สามได้ในรูปแบบอื่นที่อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ไม่ได้นำมาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะ ดังเช่น สนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Objective regime) เป็นต้น

สำหรับกรณีการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามอันเนื่องมาจากผลของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น ก็เป็นอีกหนึ่งกรณีของสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สาม ซึ่งแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 เนื่องจากการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าเกิดจากการที่รัฐภาคีมีเจตนาที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามโดยตรง และรัฐที่สามนั้นก็จะมีเจตนายินยอมรับซึ่งพันธกรณีหรือสิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวนั้น ในขณะที่การมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามเนื่องด้วยผลของข้อบท MFN clause นั้น เป็นกรณีที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause นั้นเองที่มีเจตนาตกลงกันเพื่อรับผลจากสนธิสัญญาอื่น กล่าวคือ หากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐอื่นในสนธิสัญญาอื่น รัฐภาคีอีกฝ่ายที่อยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาที่มีการ

ปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นนั้นด้วยการตกลงในลักษณะเช่นนี้ของข้อบท MFN clause ทำให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause ที่ตกอยู่ในฐานะรัฐที่สามารถได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นได้ โดยที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นไม่ได้มีเจตนาที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญามีผลไปยังรัฐที่สามแต่อย่างใด ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีของข้อบท MFN clause จึงแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ของการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause ที่ทำให้ให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม และแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างกับกรณีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 โดยละเอียดในบทต่อไป



บทที่ 3

ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง

ในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง โดยจะกล่าวถึงประวัติความเป็นมา วัตถุประสงค์และความสำคัญ ตลอดจนวิวัฒนาการของหลักการดังกล่าวที่ได้พัฒนามาสู่การเป็นบทบัญญัติหรือข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง ที่มีความสำคัญในระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศในทุกบริบท ไม่ว่าจะเป็นบริบทของการค้าสินค้า การค้าบริการ ทรัพย์สินทางปัญญา หรือการลงทุนระหว่างประเทศ จากนั้นจึงอธิบายลักษณะกลไกการทำงานของข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์เชื่อมโยงกับประเด็นเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามต่อไป

3.1 หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง

3.1.1 ที่มาและประวัติของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่งปรากฏครั้งแรกช่วงปลายสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 17¹⁰² ในสนธิสัญญามิตรภาพ การพาณิชย์และนาวิ (Friendship, commerce and navigation treaties)¹⁰³ ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่มีบทบาทหน้าที่หลักในการจัดการกับปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างภาคีที่เกิดขึ้นโดยปกติธรรมดาของการค้าและการพาณิชย์ระหว่างกัน ซึ่งผู้ค้าที่ไม่ได้รับการผูกขาดในตลาดต่างประเทศก็มีความพยายามที่จะให้ตนเองนั้นได้รับการปฏิบัติที่ไม่ต้องไปกล่าวคู่แข่งทางการค้าของตน เดิมข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่งจะมีลักษณะเป็นบทบัญญัติอย่างกว้าง สามารถปรับใช้กับประเด็นต่างๆ ได้มากมายอาทิเช่น ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิสิทธิพิเศษ ความคุ้มกัน ข้อยกเว้นซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตทางการค้า การพาณิชย์และการเดินเรือ หรือประเด็นในเรื่องของหน้าที่และข้อห้ามในการเดินเรือ การนำเข้าหรือส่งออกสินค้า ดังที่ปรากฏในสนธิสัญญามิตรภาพและการค้าระหว่างสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส ค.ศ. 1778 (Treaty of Amity and Commerce between the United States and France 1778) หรือที่ปรากฏในสนธิสัญญา

¹⁰²August Renisch, *Standard of Investment Protection*(Oxford university press, 2008), p. 61.

¹⁰³Yannick Radi, "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'," *The European Journal of International Law* Vol.18 no.4 (2007): p. 758.

มิตรภาพ การเดินเรือ และการพาณิชย์ระหว่างสหรัฐอเมริกาและราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ ค.ศ. 1794 (Amity, Navigation and Commerce Treaty (the Jay's Treaty) between the United States and Great Britain 1794)¹⁰⁴ โดยมีลักษณะเป็น MFN Clause แบบมีเงื่อนไข กล่าวคือ การให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐภาคีอีกฝ่ายนั้นจะขึ้นอยู่กับว่ารัฐฝ่ายที่จะรับสิทธิประโยชน์นั้นได้ให้อะไรตอบแทนรัฐผู้ให้ด้วย แต่ต่อมาในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 18 MFN Clause ได้มีวิวัฒนาการกลายเป็น MFN Clause แบบไม่มีเงื่อนไข ดังที่ปรากฏในสนธิสัญญาทางการค้าระหว่างราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และฝรั่งเศส ค.ศ. 1869 (the Chevalier-Cobden Treaty) ได้ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 20 ซึ่งแรกเริ่มที่จุดประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยังดังกล่าวก็เพื่อที่จะป้องกันการเลือกปฏิบัติในบริบททางการค้าระหว่างประเทศ (International Trade) แต่ต่อมาได้มีการนำหลักการดังกล่าวขยายขอบเขตไปยังบริบทในการลงทุนระหว่างประเทศ (International investment) โดยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งในบริบททางการค้า (Trade) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการประกันว่าบุคคลใดในอธิปไตยของรัฐตนที่เข้าไปทำการค้าในดินแดนอาณาเขตของรัฐต่างชาติ จะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกันกับบุคคลในรัฐอธิปไตยอื่น แต่ต่อมาอิทธิพลของหลักดังกล่าวได้แผ่ขยายอิทธิพลไปยังบริบทอื่นๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เนื่องจากหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นหลักการที่เกี่ยวกับการป้องกันการเลือกปฏิบัติ ซึ่งย่อมเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับระบบเศรษฐกิจอื่นๆ ที่เกี่ยวกับหลักในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออุตสาหกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศยุโรปตะวันตกได้ก้าวเข้าสู่การเปลี่ยนแปลงไปเป็นระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในช่วงปี ค.ศ. 1815 – 1870 และมีแนวคิดที่ว่าประเทศแต่ละประเทศต่างมีอำนาจอธิปไตยในความเป็นรัฐเท่าเทียมกัน จึงควรมีสติที่จะได้รับโอกาสในการแข่งขันทางการค้าที่เท่าเทียมโดยไม่มีกีดกันและเลือกปฏิบัติให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นพิเศษ ซึ่งหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งเป็นส่วนสำคัญที่จะช่วยป้องกันการเลือกปฏิบัติดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีความพยายามที่จะสร้างระบบพหุภาคีขึ้น (Multilateralism) จึงได้มีการนำหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งแบบไม่มีเงื่อนไขมาใช้ โดยลักษณะของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งแบบไม่มีเงื่อนไขจะมีลักษณะเป็นอัตโนมัติกล่าวคือจะมีผลกับรัฐผู้รับประโยชน์ทันทีที่ได้มีการให้สิทธิประโยชน์กับรัฐที่สาม โดยรัฐผู้รับประโยชน์นั้นไม่จำเป็นต้องเสียค่าตอบแทนอย่างใดก่อน ซึ่งหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งแบบไม่มีเงื่อนไขนี้ได้ถูกนำมาใช้ในบริบททางการค้าระหว่างประเทศเรียกได้ว่าเป็นหัวใจหรือแก่นของการค้าระหว่างประเทศดังที่ปรากฏให้เห็นใน GATT และ WTO ในปัจจุบัน และได้

¹⁰⁴UNCTAD, "Most Favoured Nation Treatment," UNCTAD Series on International Investment Agreement II (2010): p. 9-10.

แผ่ขยายไปยังในบริบทของการลงทุนระหว่างประเทศโดยปรากฏให้เห็นในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน BIT ที่มีใช้กันอย่างแพร่หลายในทุกวันนี้

สำหรับฐานทางกฎหมายของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งนั้น กล่าวได้ว่า มาจากฐานของสนธิสัญญาที่ได้มีการบรรจุข้อบท MFN clause เอาไว้ โดยข้อบทอาจอยู่ในรูปของ บทบัญญัติที่แยกต่างหากเฉพาะ หรืออาจอยู่ในรูปแบบของการผสมผสานรวมอยู่ในบทบัญญัติอื่นๆ ในสนธิสัญญาก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งในบริบทของข้อตกลงการค้าระหว่างประเทศ ข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ในบริบทของ สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผลใช้อยู่ในปัจจุบัน ก็จะต้องมีการบรรจุข้อบท MFN clause เอาไว้ในข้อตกลงหรือสนธิสัญญา แต่ MFN clause ก็ยังคงเป็นพันธกรณีที่มีฐานมาจาก สนธิสัญญาเท่านั้น ซึ่งเป็นเรื่องของพันธกรณีที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ แต่ไม่ใช่หลักกฎหมายระหว่าง ประเทศที่สามารถปรับใช้กับรัฐทั่วไปในฐานะที่เป็นพันธกรณีทั่วไปทางกฎหมายที่เป็นอิสระแยก ต่างหากจากการตกลงยินยอมในสนธิสัญญาแต่อย่างใด ถึงแม้ว่า MFN treatment จะสามารถพบ เห็นได้ในฐานะที่เป็นแนวปฏิบัติทั่วไปของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนก็ตาม แต่ก็เป็นที่ ชัดเจนว่าประเทศต่างๆ จะให้สิทธิประโยชน์ใน MFN treatment และยอมสร้างพันธกรณีนี้ก็แต่ เฉพาะในบริบทกรณีที่มีการตกลงกันเป็นข้อบทไว้เฉพาะในสนธิสัญญาที่ได้ผูกพันตนเท่านั้น ดังเช่นที่ ในมาตรา 7 ของ Draft Articles on MFN¹⁰⁵ ได้บัญญัติไว้ว่า

Article 7 “Nothing in the present articles shall imply that a State is entitled to be accorded most-favoured-nation treatment by another State otherwise than on the basis of an international obligation undertaken by the latter State”

“ไม่มีสิ่งใดในบทบัญญัตินี้ที่จะอนุมานได้ว่ารัฐมีหน้าที่จะต้องให้ MFN treatment แก่อีกรัฐหนึ่งนอกไปเสียจากอยู่บนพื้นฐานของพันธกรณีระหว่างประเทศที่ได้ตกลงกันโดยรัฐ เช่นว่านั้น”

นอกจากนี้ใน Commentaries ของ MFN Draft Articles ดังกล่าว ยังได้มีการ กล่าวถึงประเด็นเรื่องของฐานทางกฎหมายของ MFN treatment ว่า แม้ในทางปฏิบัติพันธกรณี ตามหลักปฏิบัติดังกล่าวโดยปกติแล้วจะไม่สามารถพิสูจน์เป็นอย่างอื่นได้นอกจากการมีข้อตกลง เป็นข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญา และแม้ว่าการให้ MFN treatment นั้นจะพบว่าได้มีการ นำมาใช้บ่อยครั้งในสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีหลักปฏิบัติดังกล่าวก็มีได้ มีพยานหลักฐานที่จะยืนยันได้ว่าหลักปฏิบัติดังกล่าวนี้ได้มีการพัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายจารีต

¹⁰⁵United Nations, "Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978," *Yearbook of the International Law Commission 1978* Vol.II Part Two (2005): p. 24.

ประเพณีแต่อย่างใด ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ามีเพียงแค่นิติสัญญาเท่านั้นที่เป็นฐานทางกฎหมายของ MFN treatment นั้นเอง¹⁰⁶

3.1.2 วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง

ในบริบททางการค้าระหว่างประเทศหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งถือเป็นปัจจัยสำคัญที่มีส่วนช่วยในการประกันพื้นที่ในการมีบทบาทของบรรดาผู้ค้าทั้งหลายในกลุ่มการค้า ที่จะสามารถนำผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการของประเทศตนผ่านพรมแดนเข้าไปยังต่างประเทศในกลุ่มผู้ค้านั้นได้อย่างเท่าเทียมกันกับประเทศผู้ค้าด้วยกันรายอื่น ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ MFN treatment จึงเปรียบเสมือนเป็นแกนกลางของระบบการค้าระหว่างประเทศ เช่นเดียวกันกับ MFN treatment ในบริบทของการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งก็มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะประกันความเท่าเทียมกันของเงื่อนไขในการแข่งขันทางการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติที่กำลังมองหาพื้นที่ในการเริ่มการลงทุนหรือบริหารจัดการการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน ดังนั้น นักลงทุนต่างชาติจึงย่อมที่จะมองหาหลักประกันที่เพียงพอที่จะทำให้มั่นใจได้ว่า พวกเขาจะไม่ถูกทำให้ต้องเสียเปรียบในการแข่งขันทางการลงทุนจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวก็คือการที่ผู้เข้าแข่งขันการลงทุนรายอื่นจากประเทศอื่นได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า ดังนั้นมาตรฐาน MFN จึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยสร้างความเท่าเทียมกันของโอกาสในการแข่งขันระหว่างผู้ลงทุนที่มาจากประเทศต่างๆ กัน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายโอกาสทางการแข่งขันจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุปัจจัยจากการพิจารณาประเด็นในเรื่องของสัญชาตินั้นเอง

MFN clause นั้นเป็นเครื่องมือหนึ่งในสนธิสัญญาซึ่งเรียกได้ว่าใกล้ชิดกับจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของตัวสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมากที่สุด โดย MFN clause จะแสดงบทบาทหน้าที่โดยการที่จะประกันความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติและเงื่อนไขต่างๆ ในสนธิสัญญาในระหว่างนักลงทุนด้วยกัน ว่าสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะให้อิสระในเงื่อนไขที่จะเข้ามาประกอบกิจการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ และ/หรือให้ข้อเสนอในการคุ้มครองไปยังผู้ลงทุนและการลงทุนของพวกเขาโดยปราศจากข้อผูกมัด ซึ่งในทางปฏิบัติผลกระทบของ MFN treatment จะมีลักษณะที่แตกต่างออกไปหากได้มีการใช้ร่วมกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) นอกจากนั้นหากเป็นกรณีของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีลักษณะของการให้ความคุ้มครองตั้งแต่ก่อนการก่อตั้งการลงทุนแล้ว (Pre-establishment model) MFN

¹⁰⁶UNCTAD, p. 23.

clause ยังเป็นเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงการทำลายการแข่งขันทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นจากการเลือกประเทศที่จะเข้ามาลงทุนอีกด้วย¹⁰⁷

3.2 ข้อบ่งชี้ด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งเป็นหลักการที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนการกีดกันทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพและความเท่าเทียมกันในระบบการแข่งขันทางเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับทั้งในบริบทของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมาอย่างยาวนาน และถูกนำมาบรรจุไว้เป็นบทบัญญัติทั้งในบริบทของสนธิสัญญาเกี่ยวกับการค้า การบริการ และการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนซึ่งมีผู้ให้นิยามความหมายของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ MFN clause ไว้มากมายหลายแนวทางด้วยกันซึ่งจะแตกต่างกันไปตามบริบทของการปรับใช้หลักดังกล่าว

สำหรับความหมายของ MFN clause ในบริบททางการค้า T. Flory ได้ให้ความหมายไว้ว่า MFN clause คือบทบัญญัติในสนธิสัญญา ซึ่งรัฐภาคีได้ตกลงว่าหากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งทำสนธิสัญญาทางการค้ากับรัฐที่สามโดยให้ประโยชน์ทางการค้าที่เป็นพิเศษแก่รัฐที่สามนั้น ผลประโยชน์ดังกล่าวจะต้องให้แก่รัฐภาคีคู่สัญญาด้วยนัยเดียวกัน¹⁰⁸

C.Hyde ได้ให้ความหมาย MFN clause ในบริบททางการค้าไว้ว่า MFN clause คือเครื่องประกันการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ (a pledge of non – discrimination) อย่างง่าย ๆ ต่อการค้าภาคีอื่นๆ หรือเครื่องประกันที่อาจทำให้รัฐอื่นได้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันกับรัฐที่สามใดๆ¹⁰⁹

นอกจากความหมายในบริบททางการค้าดังกล่าวข้างต้นแล้ว คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้มีการร่างว่าด้วยเรื่อง MFN Clause (Draft Articles on most-favoured-nation clauses ขึ้นในปี 1978 เพื่อเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ของสหประชาชาติโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ได้มีการกำหนดนิยามความหมายของ MFN Clause และ MFN treatment เอาไว้ใน มาตรา 4 และ มาตรา 5 ดังนี้

Article 4 “A most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations.”

¹⁰⁷ Alejandro Faya Rodriguez, "The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?," *The Selected Works of Alejandro Faya Rodriguez* (2008)..

¹⁰⁸ *The International Law Commission Report on MFN Clause*, op. cit., footnote 1,p. 163.

¹⁰⁹ ปรีชา โทธิ, "Mfn Clause ใน Gatt และผลกระทบทางกฎหมายต่อประเทศกำลังพัฒนา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 3.

มาตรา 4 “MFN Clause คือบทบัญญัติหนึ่งในสนธิสัญญาซึ่งรัฐได้ยอมผูกพันตนเองโดยสร้างพันธกรณีไปยังคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งในการที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN Treatment) ในขอบเขตความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้”

Article 5 “Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting state to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to a person or things in the same relationship with that third State.”¹¹⁰

มาตรา 5 “MFN Treatment คือการปฏิบัติที่รัฐผู้ให้ได้ให้แก่รัฐผู้รับประโยชน์หรือให้แก่บุคคลหรือสิ่งใดๆ ในความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้กับรัฐนั้น ในลักษณะที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่รัฐผู้ให้ได้ขยายให้แก่รัฐที่สาม หรือให้แก่บุคคลหรือสิ่งใดๆ ในความสัมพันธ์อย่างเดียวกันกับรัฐที่สามนั้น”

ซึ่งจากความหมายที่ปรากฏในยกย่องคณะกรรมการการค้าดังกล่าวจะเห็นได้ว่านอกจากรัฐแล้ว MFN treatment ยังหมายรวมถึงการปฏิบัติที่รัฐผู้ให้ ได้ให้แก่บุคคลหรือสิ่งใดๆ ในความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ อีกด้วย ซึ่งคำว่าบุคคลหรือสิ่งใดๆ นั้นหมายรวมถึงบุคคลหรือสิ่งใดๆ ที่สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการปฏิบัติได้ โดยอาจหมายถึงบุคคลตามธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ และสิ่งใดๆ ก็ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะถึงวัตถุประสงค์หรือไม่มีรูปร่างเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกิจกรรม (activities) อาทิเช่น การกระทำการต่างๆ เกี่ยวกับการค้า วิชาชีพ การเข้าออกท่าเรือ เหล่านี้เป็นต้น หรืออาจหมายรวมถึงการบริการ (Services) ซึ่งเหล่านี้สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการปฏิบัติตาม MFN Treatment ได้เช่นเดียวกัน

สำหรับคำว่าความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ (Determine relationship) หมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐ (State concerned) กับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหรือสิ่งใดๆ ถูกกำหนดโดยบทบัญญัติที่อยู่ในสนธิสัญญา ซึ่งในตัวบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานี้เองจะเป็นตัวกำหนดบุคคลหรือสิ่งใดๆ ว่าหมายถึงใครหรือสิ่งใดที่จะให้ MFN treatment มีผลไปถึง และการกำหนดนี้จะต้องรวมถึงความเชื่อมโยงระหว่างรัฐผู้รับประโยชน์กับบุคคลหรือสิ่งใดนั้นด้วย¹¹¹

จากนิยามความหมายในยกย่องของคณะกรรมการการค้าดังกล่าว สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า MFN treatment ในบริบทของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น เป็นการประกันว่ารัฐเจ้าของดินแดนได้ขยายความคุ้มครองไปยังนักลงทุนต่างชาติและการลงทุนของพวกเขาเหล่านั้น

¹¹⁰United Nations, "The International Law Commission Report on the Mfn Clause," *Yearbook of International Law Commission* Vol.II Part two: p. 10.

¹¹¹"Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978," p. 22.

โดยการปรับใช้การปฏิบัติที่จะไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่นักลงทุนต่างชาติของรัฐที่สามใด ๆ นั้นเอง

สำหรับรูปแบบของหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ เป็นบทบัญญัติในบริบทต่างๆ ของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ มีดังนี้

3.2.1 ข้อบท MFN clause ในบริบทการค้าระหว่างประเทศ (Trade)

การค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันที่มีแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยเน้น การส่งเสริมการค้าแบบเสรี เพื่อขยายอัตราการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศให้เพิ่มมากยิ่งขึ้น โดยเป็นการกระจายแหล่งส่งออกและนำเข้าของสินค้า ลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศโดย ลดการตั้งกำแพงภาษีและมาตรการที่มีใช้ภาษีให้เหลือน้อยที่สุด เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันกัน ในตลาดเศรษฐกิจสร้างความมั่นใจให้กับผู้ค้า และนักลงทุนต่างประเทศว่าจะไม่ถูกกีดกันทางการค้า หรือถูกกระทำโดยมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน และกลไก สำคัญที่ทำให้เกิดการส่งเสริมและสร้างความมั่นใจของผู้ค้าและนักลงทุนต่างประเทศดังกล่าว นั่นก็คือ หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง MFN clause¹¹²

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง MFN clause เป็นหลักการที่ทำให้การค้า ระหว่างประเทศเป็นไปในลักษณะที่เท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ซึ่งภายใต้ ข้อตกลงขององค์การการค้าระหว่างประเทศ WTO นั้น ประเทศต่างๆ ไม่อาจกระทำการอันเป็นการ เลือกปฏิบัติกับประเทศคู่ค้า เช่นการให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะไม่ได้ แต่จะต้องให้การปฏิบัติต่อประเทศคู่ค้าที่เป็นสมาชิกร่วมกันใน WTO ด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ซึ่งหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ทั้งในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษี ศุลกากรและการค้า General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) ความตกลงว่าด้วย การค้าบริการ General Agreement on Trade in Services (GATS) และความตกลงว่าด้วยสิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)¹¹³ ดังนี้

¹¹²World Trade Organization, "Principle of Trading System" [Online].available on https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm

¹¹³United Nations, "General Agreement on Trade in Services," United Nations Treaties Series Vol. 1869 (1994): p. 183, Article II.

3.2.1.1 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

สำหรับข้อบท MFN clause ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) นั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 1 ดังนี้

Article I:

General Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III,* any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นพิจารณาได้ว่าในความตกลง GATT นั้นได้มีการบัญญัติ MFN clause ไว้ในมาตรา 1 ซึ่งเป็นมาตราแรกของความตกลง และยังสามารถพบข้อบท MFN clause ได้ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมในบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ของ GATT อีกด้วย จึงกล่าวได้ว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง MFN clause นั้นถือเป็นองค์ประกอบซึ่งเป็นเสาหลักของความตกลง GATT หรือระบบการค้าแบบพหุภาคี (Multilateral trading system) เลยทีเดียว ซึ่งหลักการสำคัญของ MFN clause ในมาตรา 1 ของความตกลง GATT นั้นนำมาใช้กับกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกสินค้าระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากรศุลกากร และค่าธรรมเนียมที่กำหนดหรือเกี่ยวเนื่องกับการนำเข้าหรือส่งออก หรือกำหนดชำระเงินระหว่างประเทศเพื่อการชำระเงินสำหรับการนำเข้าหรือส่งออก และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีการเรียกเก็บภาษีและค่าใช้จ่ายดังกล่าว และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎระเบียบและพิธีการเกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออก บรรดาสิทธิประโยชน์ใดๆ สิทธิพิเศษ หรือความคุ้มกันที่ได้รับจากคู่สัญญาฝ่ายใด ๆ สำหรับ

ผลิตภัณฑ์ใด ๆ ที่ให้ไว้สำหรับประเทศอื่น ๆ สิทธิประโยชน์นั้นจะต้องให้แก่ต่อผลิตภัณฑ์ที่คล้ายคลึงกันของประเทศอื่นๆ ที่เป็นสมาชิกในความตกลงโดยทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไขด้วย

3.2.1.2 ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ General Agreement on Trade in Services (GATS)

ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ General Agreement on Trade in Services (GATS) นั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเนื้อหาสาระของความตกลงซึ่งมุ่งเน้นในเรื่องของความโปร่งใส (Transparency) และการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discriminal) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศสมาชิกนั้นมีการขยายตัวมากยิ่งขึ้น เพื่อส่งเสริมและเปิดเสรีทางการค้าบริการ (Progressive Liberalisation) แม้ว่าความตกลง GATS จะคล้ายคลึงกับความตกลง GATT ในหลายๆ ด้าน แต่ในรายละเอียดแล้ว มีความแตกต่างกัน และหลักการพื้นฐานต่างๆ ก็ได้มีการนำมาปรับให้เหมาะสมกับการค้าบริการด้วย

สำหรับหลักการ MFN clause ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานในเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในความตกลง GATS มาตรา 2 ดังนี้

Article II:

Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.
2. A Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions.
3. The provisions of this Agreement shall not be so construed as to prevent any Member from conferring or according advantages to adjacent countries in order to facilitate exchanges limited to contiguous frontier zones of services that are both locally produced and consumed.

หลัก MFN ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 ของความตกลง GATS นี้ เป็นหนึ่งในพันธกรณีทั่วไป (General Obligations) ที่ประเทศสมาชิกในความตกลงดังกล่าวมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน โดยมาตรา 2 ของความตกลงนี้มีเนื้อหาว่า “ประเทศสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ค้าบริการของประเทศสมาชิกอื่นโดยทันทีและโดยปราศจากเงื่อนไข ซึ่งการปฏิบัติที่ไม่ดีไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่การบริการและผู้ค้าบริการที่มีลักษณะเดียวกันของประเทศอื่น” กล่าวคือ ไม่ว่าจะประเทศสมาชิกจะมีข้อผูกพันด้านการค้าบริการหรือไม่ มากน้อยเพียงใดก็จะต้องให้การปฏิบัติเท่าเทียมกันระหว่างประเทศคู่ค้าเสมอ ตัวอย่างเช่น ไทยต้องปฏิบัติต่อธนาคารจากสหรัฐฯ เช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อธนาคารญี่ปุ่น หรือธนาคารสิงคโปร์ไม่ว่าจะมีข้อผูกพันในสาขาธนาคารหรือไม่ เพราะ MFN สำหรับบริการถือเป็น General Obligations พันธกรณีทั่วไปที่ต้องให้แก่กันนั่นเอง¹¹⁴

3.2.1.3 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อรับอนุเคราะห์ยิ่งนอกจากจะถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นหลักการพื้นฐานทั้งในความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า GATT ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ GATS ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ก็ยังมีการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นหลักการพื้นฐานของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) ดังที่ปรากฏในมาตรา 4 ของความตกลง TRIPS ดังต่อไปนี้

Article 4:

Most-Favoured-Nation Treatment

With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members. Exempted from this obligation are any advantage, favour, privilege or immunity accorded by a Member:

(a) deriving from international agreements on judicial assistance or law enforcement of a general nature and not particularly confined to the protection of intellectual property;

¹¹⁴ พิมพ์ชนก วอนขอพร, การเจรจาการค้าบริการใน Wto, พิมพ์ครั้งที่ 1, เอกสารทางวิชาการชุดที่ 21 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 30-31..

(b) granted in accordance with the provisions of the Berne Convention (1971) or the Rome Convention authorizing that the treatment accorded be a function not of national treatment but of the treatment accorded in another country;

(c) in respect of the rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations not provided under this Agreement;

(d) deriving from international agreements related to the protection of intellectual property which entered into force prior to the entry into force of the WTO Agreement, provided that such agreements are notified to the Council for TRIPS and do not constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination against nationals of other Members.

ความตกลง TRIPS ได้วางหลักเกณฑ์มาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและวาง บรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องขอบเขตของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท การบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสมาชิกไว้ โดยได้ทำการรวบรวม กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในความตกลงนี้เพื่อให้รวมเป็น ฉบับเดียวกัน ซึ่งความตกลง TRIPS นี้จะมีผลผูกพันประเทศสมาชิกของ WTO ให้ต้องยึดถือตามความ ตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ ได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ.1967 (Paris Convention) อนุสัญญากรุงเบิร์น ค.ศ.1971 (Berne Convention) อนุสัญญากรุง โรม (Rome Convention) และอนุสัญญาการออกแบบวงจรรวมภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยทรัพย์สิน ทางปัญญา เกี่ยวกับวงจรรวม (Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits) อีกทั้งในความตกลง TRIPS ดังกล่าวยังได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ใหม่ๆ ขึ้นเพื่อให้ความ คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา อีกด้วย¹¹⁵ ซึ่งการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPS นี้ ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของประเทศสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สิน ทางปัญญาระหว่างสมาชิกด้วยกัน ซึ่งหนึ่งในความคุ้มครองที่สำคัญนั้นก็คือ การให้ความคุ้มครองตาม หลัก MFN clause ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของความตกลงดังกล่าวข้างต้น โดยมีหลักการสำคัญคือ ในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิประโยชน์ สิทธิพิเศษหรือความคุ้มกันใด ที่ประเทศสมาชิกได้มอบให้กับคนชาติของประเทศอื่น สิทธิประโยชน์เดียวกันนั้นจะต้องมอบให้แก่ ประเทศสมาชิกอื่น ๆ โดยทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไขด้วยเช่นกัน

¹¹⁵ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.), "การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SmeS ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา" [Online].available on <http://www.sme.go.th/SiteCollectionDocuments/วิจัยSMEs/FATและผลกระทบ/การทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา/a078/a078.pdf>

3.2.2 ข้อบท MFN clause ในบริบทการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Promotion and Protection of Investment)

สำหรับ MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น พันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในการจัดให้มี MFN Treatment นั้นมีมายาวนานเริ่มตั้งแต่ในยุคสมัยของสนธิสัญญาว่าด้วยไมตรี การพาณิชย์และนาวิ เป็นต้นมาและต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงในยุคของสนธิสัญญาการลงทุนแบบพหุภาคีในยุคสมัยปัจจุบันซึ่งรวมไปถึงความตกลงในระดับภูมิภาคทางการค้าที่ผนวกเรื่องของการลงทุนไว้ความตกลงด้วย จึงเห็นได้ว่าสำหรับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน MFN treatment ก็ถือได้ว่าเป็นเสาหลักของพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนด้วยเช่นกันในการที่จะประกันการปฏิบัติของรัฐภาคีที่ให้แก่รัฐภาคีอีกฝ่ายว่าการปฏิบัตินั้นจะไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐที่สามนั่นเอง MFN Clause ทำให้รัฐภาคีต้องมีการปฏิบัติต่อกันในลักษณะที่การปฏิบัตินั้นไม่ด้อยกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐที่สาม ซึ่งหลักการในข้อนี้ทำให้เกิดความมีเสถียรภาพและมั่นคงสำหรับรัฐภาคีทั้งฝ่ายของผู้ลงทุนและฝ่ายของรัฐผู้รับการลงทุน ในฝั่งของผู้ลงทุนก็จะทำให้แน่ใจได้ว่ารัฐผู้ลงทุนเหล่านี้จะไม่ถูกขับออกจากระบบเศรษฐกิจด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐผู้รับการลงทุนไปให้การปฏิบัติที่ดีกว่าแก่รัฐที่สาม ส่วนทางฝั่งของรัฐผู้รับการลงทุนก็จะมีความสะดวกในการที่จะสามารถบริหารจัดการการลงทุนระหว่างประเทศในประเทศของตนโดยที่ไม่จำเป็นต้องเสียเวลาในการเจรจาข้อตกลงกับรัฐผู้ลงทุนกันใหม่ในทุกครั้ง ซึ่งด้วยเหตุผลนี้เองเป็นเหตุให้ MFN Clause ถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

3.2.2.1 รูปแบบของ MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ถึงแม้ภายใต้บทบัญญัติ MFN Clause จะมี Basic concept ที่เหมือนกัน แต่รูปแบบของการบัญญัติ MFN clause ที่ปรากฏในแต่ละสนธิสัญญาก็อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไป ตามการเจรจาตกลงของรัฐภาคีในแต่ละสนธิสัญญา แต่ทั้งนี้สามารถจำแนกรูปแบบของ MFN Clause ตามลักษณะของบทบัญญัติที่ปรากฏ ได้ออกเป็น 4 กลุ่มใหญ่ ดังนี้

ก. ข้อบท MFN clause ที่ยืนยันชัดเจนว่าใช้กับบทบัญญัติระงับข้อ

พิพาท (Dispute settlement provision)

ข้อบท MFN clause ประเภทนี้ในตัวบท MFN clause ที่ปรากฏในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะมีการระบุไว้ชัดเจนว่า MFN clause นี้ใช้กับบทบัญญัติข้อใดบ้างในสนธิสัญญา ซึ่งรวมถึงให้ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทด้วย ยกตัวอย่างเช่น ข้อตกลง

ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่กับไอร์แลนด์เหนือและสาธารณรัฐโมซัมบิก สำหรับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน¹¹⁶ ในมาตรา 3(3) ดังนี้ มาตรา 3 (3)

Article 3

National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) of this Article shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”

ซึ่งได้บัญญัติว่า “เพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดข้อสงสัยในกรณีนี้จึงยืนยันว่าการปฏิบัติที่ให้ตาม (1) และ (2) ของมาตรานี้ให้ใช้บังคับกับบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 11 ของสนธิสัญญานี้” ซึ่งหมายความว่า ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาย่อมใช้บังคับรวมถึงมาตรา 9¹¹⁷ ของสนธิสัญญาที่เป็นเรื่องของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีสัญญาด้วยนั่นเอง หรือในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างเอกวาดอร์ และ สหราชอาณาจักร มาตรา 3 ซึ่งระบุให้ใช้ MFN treatment กับทุกบทบัญญัติในสัญญาซึ่งรวมถึงบทบัญญัติระงับข้อพิพาทด้วย

Article 3

National treatment and Most-Favoured-Nation Provisions

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provide for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Article 1 to 11 of this Agreement.

ข. ข้อบท MFN clause อย่างกว้าง (Broad clause) ที่มีลักษณะกล่าวเป็นการทั่วไป เช่น “All matters” “All rights” “treatment” โดยไม่ได้มีการกล่าวถึงการใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท

ข้อบท MFN clause ประเภทนี้ในข้อบท MFN clause ที่ปรากฏในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะมีการบัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำในข้อบทที่มีลักษณะ

¹¹⁶Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Mozambique for the Promotion and Protection of Investments ", (2007).

¹¹⁷Ibid., Article 9 Disputes between the Contracting Parties.

อย่างกว้าง และกล่าวเป็นการทั่วไป โดยอาจมีการใช้ถ้อยคำว่า “all matters”, “all rights” หรือ “all treatment” โดยไม่ได้กล่าวระบุชี้เฉพาะว่า MFN clause ดังกล่าวนี้นี้ให้ใช้กับบทบัญญัติใดบ้าง รวมถึงไม่ได้กล่าวถึงการใช้ออบท MFN clause กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า รูปแบบของข้ออบท MFN clause อย่างกว้างนี้เป็นรูปแบบที่ปรากฏมากที่สุดในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ยกตัวอย่างเช่น ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่าง อาเจนตินาและสเปน¹¹⁸ ในมาตรา 4 (2) ที่มีการใช้คำว่า “all matters” ในข้ออบท MFN clause ดังนี้

Article IV
Treatment

(2) In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be no less favourable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country.

หรือในสนธิสัญญาพลังงาน Energy charter treaty ที่ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในส่วนที่ 3 เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศด้านพลังงานทั้งหมด ก็มีการบัญญัติข้ออบท MFN clause ในลักษณะอย่างกว้าง (Broad clause) ไว้ในมาตรา 10(3) โดยใช้คำว่า “treatment” ในการบัญญัติในข้ออบท MFN clause ดังนี้

PART III
INVESTMENT PROMOTION AND PROTECTION
Article 10
Promotion, Protection and Treatment of Investments

(3) For the purposes of this Article, “Treatment” means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third State, whichever is the most favourable.

¹¹⁸“Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments,” (1992)..

หรือในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-ตุรกี ก็ได้ใช้ลักษณะของข้อบท MFN clause อย่างกว้างเช่นเดียวกัน ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 3 โดยใช้คำว่า “treatment” ดังนี้

Article 3

National and Most-Favoured-Nation Treatment

(1) Neither Contracting Party shall subject investments in its territory owned or controlled by investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State.

ค. ข้อบท MFN clause อย่างแคบ (Narrow clause) ที่อาจจะมี non-exhaustive lists ซึ่งไม่ได้มีการกล่าวถึงการใช้กับทบบัญญัติระดับข้อพิพาท

ข้อบท MFN clause ประเภทนี้ในข้อบท MFN clause ที่ปรากฏในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะมีการบัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำในลักษณะที่แคบลงมากกว่ารูปแบบของ MFN clause อย่างกว้างที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยอาจมีการระบุเฉพาะเจาะจงเป็นเรื่องราวว่า MFN clause ใช้กับเรื่องใดบ้าง หรือมีการยกตัวอย่างของการปฏิบัติหรือ treatment ที่เกี่ยวกับการลงทุนที่อยู่ในความหมายหรือขอบเขตของข้อบท MFN clause แต่ไม่ได้กล่าวถึงกรณีของทบบัญญัติระดับข้อพิพาท เช่นที่ปรากฏใน Japan-Malaysia Economic Partnership Agreement (2006) โดยได้กำหนดลักษณะของ Investment activities ไว้ในมาตรา 75 ก่อนที่จะบัญญัติข้อบท MFN clause ไว้ในมาตรา 76 ดังนี้

Article 76

Most-Favoured-Nation Treatment

Each Country shall accord to investors of the other Country and to their investments treatment no less favourable than that it accords in like circumstances to investors of a third State and to their investments, with respect to investment activities.

‘Investment activities being defined in Article 75 as “*establishment, acquisition, expansion, management, operation, maintenance, use, possession, liquidation, sale, or other disposition of investment*”

หรือใน North American Free Trade Agreement ในมาตรา 1103 ได้มีการบัญญัติ MFN treatment ในลักษณะที่เป็น non-exhaustive list โดยยกตัวอย่างเหตุการณ์เฉพาะซึ่งจะต้องให้ MFN treatment แก่การลงทุนและผู้ลงทุน ดังนี้

<p><i>Article 1103</i></p> <p><i>Most-Favoured-Nation Treatment</i></p> <p>(1) Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.</p> <p>(2) Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances to investments of investors of any other Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.</p>
--

ง. ข้อบท MFN clause ที่ยืนยันชัดเจนว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท

ข้อบท MFN clause ประเภทนี้ในข้อบท MFN clause ที่ปรากฏในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะมีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท เช่นที่ปรากฏในข้อตกลงเสรีทางการค้าระหว่างสาธารณรัฐโดมินิกัน อเมริกากลาง และสหรัฐอเมริกา¹¹⁹ ซึ่งมีข้อห้ามการใช้ MFN treatment กับการกระทำที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization Dispute Settlement actions) เป็นต้น¹²⁰

3.2.2.2 หลักเกณฑ์ในการปรับใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นแม้จะมีรูปแบบในการบัญญัติในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละสนธิสัญญาแต่หลักการหรือแก่นของข้อบท MFN clause นั้นยังคงเหมือนกัน กล่าวคือ รัฐภาคี

¹¹⁹"Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement," (2004).

¹²⁰Stephanie L. Parker, "A Bit at a Time : The Proper Extension of the Mfn Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties," *The Arbitration Brief* 2 No.2 (2012): p. 35.

แห่งสนธิสัญญาจะต้องให้การปฏิบัติต่อการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายไม่ด้อยไปกว่า การปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐอื่น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนจะกล่าวอ้างข้อบท MFN clause เพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นนั้น มีดังนี้

ก. การปฏิบัติในสนธิสัญญาอื่นเป็นคุณกว่า (more treatment favourable)

เนื่องจากใจความสำคัญของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนไม่ว่าจะเป็นในบทนิยามของ Draft Articles on most-favoured-nation clauses (1978) หรือที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผลใช้บังคับอยู่ใน ทุกวันนี้ คือการที่รัฐภาคีได้ประกันการปฏิบัติต่อกันว่า จะให้การปฏิบัติแก่การลงทุนหรือนักลงทุน ของรัฐภาคีอีกฝ่ายไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐอื่นตั้งนั้นหากรัฐภาคี ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติแก่รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งด้อยกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่รัฐอื่น รัฐภาคีฝ่ายที่ ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่นนั้นด้วย จึงพิจารณาได้ว่าหลักเกณฑ์ที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะสามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญา ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ที่สำคัญ ประการแรกนั้นคือการปฏิบัติในสนธิสัญญาอื่นที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause ได้ให้การปฏิบัติไปนั้นมีลักษณะที่เป็นคุณกว่าการปฏิบัติที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้รับ ซึ่งหลักเกณฑ์ ข้อนี้เป็นไปตามกลไกธรรมชาติในการทำงานของข้อบท MFN clause ที่มีลักษณะของความเป็น สัมพัทธ์ (Relative nature)¹²¹ โดยจะต้องมีการเปรียบเทียบการปฏิบัติระหว่างสองการปฏิบัติที่ให้กับ นักลงทุนต่างชาติสองสัญชาติขึ้นไปเสมอ หากพบว่าการปฏิบัติที่เป็นไปในลักษณะของการเลือก ปฏิบัติหรือความไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือพบว่าการปฏิบัติหนึ่งเป็นคุณกว่าอีกการปฏิบัติหนึ่งเมื่อนั้น กลไกการทำงานของ MFN clause จึงจะเริ่มต้นขึ้นแต่หากการปฏิบัติที่ให้แก่การลงทุนหรือนัก ลงทุนต่างชาติเหล่านั้นมีลักษณะที่เท่าเทียมกัน หรือเหมือนกัน แม้ว่าการปฏิบัตินั้นจะแยบแค้นไหน ก็ตามก็ไม่อาจถือได้ว่าการละเมิดข้อตกลงตามข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาไปได้¹²²

¹²¹Rodriguez, p. 92.

¹²²United Nations, "Report of the International Law Commission on Its Thirtieth Session," Draft Articles on most-favoured-nation-clauses with commentaries 1978 (2005): p. 29.

"...The grant of most-favoured nation treatment is not necessarily a great advantage to the beneficiary State. It may be no advantage at all if the granting State does not extend any favours to third States in the domain covered by the clause. All that the contracting party concerned will treat the other party as well as it treats any third State--which may be very badly. It has been rightly said in this connection that, in the absence of any undertakings to third States, the clause remains but an empty shell"

การเปรียบเทียบการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าระหว่างสองสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นนั้นจะต้องเป็นการเปรียบเทียบลักษณะของการปฏิบัติแบบ Clause by clause หรือแบบบทบัญญัติต่อบทบัญญัติ ซึ่งการเปรียบเทียบในลักษณะดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักว่าด้วยเรื่องชนิดเดียวกัน Ejusdem generis (ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป) เพราะหากเปรียบเทียบการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่า โดยปรับใช้ข้อบท MFN clause กับเฉพาะส่วนบทบัญญัติที่เป็นสิทธิประโยชน์ เพียงอย่างเดียวทำให้ผู้เรียกร้องสามารถเรียกร้องเพียงใช้แค่ถ้อยคำหรือประโยคเพียงแค่ว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของบทบัญญัติในสนธิสัญญาอื่นเฉพาะส่วนที่เป็นคุณกับผู้เรียกร้องเท่านั้น ซึ่งอาจนำไปสู่ความวุ่นวายที่จะตามมาในภายหลังดังนั้นจุดกึ่งกลางที่เหมาะสมควรจะเป็นการเปรียบเทียบบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าแบบ Clause by Clause approach หรือคือแบบบทบัญญัติต่อบทบัญญัติ ซึ่งทำให้การใช้ข้อบทจะต้องใช้ในลักษณะที่ยกมาทั้งบทบัญญัติในข้อนั้น ยกตัวอย่างเช่น หากผู้เรียกร้องจะนำเอาข้อบทเกี่ยวกับการโอนกิจการเป็นของรัฐที่เป็นคุณกว่า จากสนธิสัญญาอื่น แล้วจะต้องนำเอาข้อบททั้งข้อบทมาใช้ ไม่ใช่จะนำเฉพาะส่วนที่เป็นประโยชน์ตอนใดตอนหนึ่งในข้อบทมา หรือนำเอาสนธิสัญญาทั้งฉบับมาใช้แทนที่แต่อย่างใด¹²³

แต่กรณีของการปฏิบัติประเภทวิธีสบัญญัติอย่างเช่นบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญานั้นยังมีปัญหาเรื่องการเปรียบเทียบลักษณะที่เป็นคุณกว่าระหว่างสองสนธิสัญญาอยู่มาก เพราะเป็นการยากที่จะระบุว่าวิธีการระงับข้อพิพาทในแต่ละสนธิสัญญานั้นแบบใดที่จะมีลักษณะที่เป็นคุณกว่ากัน แต่ทั้งนี้การปฏิบัติประเภทวิธีสบัญญัติก็ยังอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการเปรียบเทียบลักษณะที่เป็นคุณแบบ clause by clause หรือข้อบทต่อข้อบทเช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ข้อตกลงสัญญาระหว่างรัฐ A กับ รัฐ B ได้บัญญัติว่า กรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีจะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitral tribunal) ตามกฎ Arbitration Rules of UNCITRAL 1976 ในขณะที่รัฐ A กับ รัฐ C ตกลงกันว่ากรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างกันจะต้องใช้ ICSID forumn ตาม ICSID Convention หากผู้ลงทุนรัฐ B อ้าง MFN Clause ในสนธิสัญญาพื้นฐานเพื่อที่จะเรียกร้องบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาระหว่างรัฐ A และรัฐ C ซึ่งในกรณีนี้ก็คือการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดย ICSID forumn แต่ในขณะเดียวกันก็จะคงไว้ซึ่งการใช้กฎของ UNCITRAL Arbitration Rules ด้วย เช่นนี้ข้อเรียกร้องดังกล่าวของ รัฐ B จะสามารถกระทำได้หรือไม่?

¹²³PR Thulasidhass, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles," *Amsterdam Law Forum* Vol.7-1 (2015): p. 5.

สถานการณ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นได้มีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID Tribunal ในคดี Siemens v. Argentina case¹²⁴ ซึ่งในคดีนี้เป็นเรื่องพิพาทระหว่างผู้ลงทุนชาวเยอรมันฝ่ายหนึ่งกับ Argentina Republic ฝ่ายหนึ่ง ซึ่งใน Art.10 ของ Argentina – Germany BIT 1991 บัญญัติว่า กรณีที่เกิดข้อพิพาทสามารถตกลงระงับกันเองได้ระหว่างภาคีภายในระยะเวลา 6 เดือน และกรณีที่ไม่มีการตกลงระงับข้อพิพาทกันเองดังกล่าว ข้อพิพาทนั้นสามารถนำขึ้นสู่ศาลภายในหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของผู้รับการลงทุนเพื่อระงับข้อพิพาทภายในระยะเวลา 18 เดือน หากข้อพิพาทยังคงมีอยู่ต่อไปอีกจึงจะสามารถนำขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ (International Arbitration) อย่างไรก็ตามผู้ร้องได้อ้าง MFN Clause ในสนธิสัญญาพื้นฐานเพื่อที่จะเลี่ยงระยะเวลา 18 เดือนที่จะต้องดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศผู้รับการลงทุน โดยนำเอาบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่น (สนธิสัญญาระหว่าง Argentina กับ Chile 1991) ที่ไม่ได้มีเงื่อนไขบังคับก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่ใน Article X ของสนธิสัญญาระหว่าง Argentina กับ Chile 1991 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะบังคับให้ต้องเลือกทางใดทางหนึ่ง (A fork in the road) แต่ในสนธิสัญญาพื้นฐาน (Argentina v. Germany BIT) ไม่มีลักษณะบังคับให้ต้องเลือกทางใดทางหนึ่งดังเช่นบทบัญญัติดังกล่าว โดยในการพิจารณาคดี Argentina ให้ข้อต่อสู้ว่าตั้งแต่ที่ผู้ร้องได้เริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทกับศาลภายในประเทศ Argentina เท่ากับผู้ร้องได้ตกลงเลือกวิธีในการระงับข้อพิพาททางนั้นไปแล้ว ดังนั้นผู้ร้องจึงไม่อาจเลือกวิธีระงับข้อพิพาททางอื่นเช่นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้อีก เพราะบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่ผู้ร้องอ้างเพื่อนำมาใช้กับผู้ร้องนั้นเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะบังคับให้ต้องเลือกทางใดทางหนึ่งนั่นเอง เมื่อผู้ร้องเลือกทางใดไปแล้ว สิทธิในการดำเนินคดีอีกทางหนึ่งก็จะป็นอันระงับลงทันที

ในท้ายสุดอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องของบริษัท Siemens ผู้ร้อง ในการเรียกร้องที่จะรับบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยได้กล่าวว่า การจะรับเอาบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นจะต้องรับเอามาทั้งข้อบท ไม่ใช่เพียงแต่จะเรียกร้องเอาเฉพาะบทบัญญัติบางส่วนของข้อบทที่เป็นคุณแก่ตนเท่านั้น ดังที่ได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า

“การมีความเข้าใจเรื่องกลไกการทำงานของ MFN Clause ที่เป็นไปในลักษณะทิศทางเช่นนั้นอาจเป็นการทำลายเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติ ซึ่งมุ่งหมายที่จะสร้างความกลมกลืนราบรื่นในการตกลงที่จะให้ประโยชน์แก่ภาคีโดยพิจารณาจาก

¹²⁴Siemens A.G. v.The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004.

บทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าที่ได้ให้แก่รัฐอื่น ดังนั้นพันธกรณีที่ภาคีจะเรียกร้องสิทธิประโยชน์ภายใต้สนธิสัญญานี้ จึงต้องพิจารณาถึงผลได้ผลเสียของสนธิสัญญาดังกล่าวในลักษณะที่เป็นองค์รวมทั้งหมด มากกว่าการที่จะพิจารณาเฉพาะแต่ส่วนที่เป็นผลประโยชน์เพียงส่วนเดียว...”¹²⁵

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปว่าหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่จะต้องแสดงให้เห็นศาลหรือองค์กรที่วินิจฉัยข้อพิพาทการลงทุนพิจารณาการที่จะปรับใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับการปฏิบัติจากสนธิสัญญาอื่นได้นั้นก็คือ จะต้องสามารถแสดงให้เห็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเห็นได้ว่าการปฏิบัติที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ให้ในสนธิสัญญาอื่นนั้นเป็นคุณกว่าการปฏิบัติที่รัฐภาคีฝ่ายนั้นได้รับ โดยการเปรียบเทียบลักษณะการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นจะต้องเปรียบเทียบแบบ clause by clause หรือข้อบทต่อข้อบท ไม่ใช่เพียงแต่จะหยิบยกหรือเปรียบเทียบเฉพาะบางส่วนของบทบัญญัติที่เป็นคุณแก่ตนมาพิจารณาเปรียบเทียบเท่านั้น

ข. การปฏิบัตินั้นต้องเป็นเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (Ejusdem generis)

ดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้วว่าหลักเกณฑ์ที่รัฐที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ การปฏิบัตินั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขเบื้องต้นที่ว่า การปฏิบัติในสนธิสัญญาอื่นนั้นเป็นการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าการปฏิบัติที่รัฐภาคีอีกฝ่ายนั้นได้รับ นอกจากนี้องค์ประกอบสำคัญของการปรับใช้ข้อบท MFN clause ประการที่สอง คือ การปฏิบัตินั้นยังต้องเข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่ว่า การปฏิบัติในสนธิสัญญาอื่นที่เป็นคุณกว่านั้นจะต้องเป็นเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือกลไกในการทำงานของ MFN clause นั้นอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน Ejusdem generis นั่นเอง แม้ว่าบทบัญญัติ MFN clause จะมีการบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “การปฏิบัติที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกันหรือเงื่อนไขที่เหมือนกัน” (like circumstances or conditions) หรือไม่ก็ตามการปรับใช้ MFN clause ก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกันนี้เสมอ¹²⁶ ซึ่งในเรื่องนี้ในยกร่างคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ว่าด้วย MFN clause ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในข้อนี้ไว้

¹²⁵Siemens A.G. v. The Argentine Republic, supra note 24, para. 120.

¹²⁶Rodriguez, p. 92.

ในมาตรา 9 และมาตรา 10¹²⁷ ของยกร่างฉบับดังกล่าว โดยใน commentary ของยกร่างดังกล่าว ได้กล่าวถึงทั้งสองมาตราไว้ในเรื่องขอบเขตของ MFN clause ว่าจะต้องอยู่ในขอบเขตของเรื่องที่มีสาระสำคัญเหมือนกันทั้งในเรื่องของลักษณะตัวผู้ที่จะอ้างข้อบท MFN clause และในเรื่องของลักษณะการปฏิบัติที่จะอ้างข้อบท MFN clause ด้วย โดยทั้งสองสิ่งนี้ในสนธิสัญญาพื้นฐาน และสนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าจะต้องมีสาระสำคัญที่เหมือนกันหรือมีลักษณะเดียวกันจึงจะสามารถใช้ MFN clause เพื่อรับการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ได้ตามหลักของ Ejusdem generis นั้นเอง¹²⁸

ยกตัวอย่างเช่นรัฐ A ทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause กับ รัฐ B โดยมีข้อตกลงในสนธิสัญญาดังกล่าวบทบัญญัติในเรื่องการโอนผลประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุนได้กำหนดให้มีการชำระค่าธรรมเนียมการโอนผลประโยชน์ตอบแทนกลับประเทศ ในขณะที่สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐ A และรัฐ C มีข้อตกลงในเรื่องเดียวกันนี้ (same subject-matter) กล่าวคือเรื่องเกี่ยวกับการโอนผลประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุนกลับประเทศว่าให้ปลอดจากการชำระค่าธรรมเนียมการโอนใดๆ ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่รัฐ A ได้ให้การปฏิบัติต่อการลงทุนแก่รัฐ C ในเรื่องการโอนผลประโยชน์ตอบแทนกลับประเทศในลักษณะที่เป็นคุณกว่าที่ให้แก่รัฐ B ดังนั้นรัฐ B ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐ A กับรัฐ C ที่มีข้อตกลงเรื่องการโอนผลประโยชน์ตอบแทนกลับประเทศที่ดีกว่า

¹²⁷"Draft Articles on Most-Favoured-Nation-Clauses", (1978).

Article 9 Scope of rights under a most-favoured-nation clause

1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause.

2. The beneficiary State acquires the rights under paragraph 1 only in respect of persons or things which are specified in the clause or implied from its subject-matter.

Article 10 Acquisition of rights under a most-favoured-nation clause

1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires the right to most-favoured-nation treatment only if the granting State extends to a third State treatment within the limits of the subject-matter of the clause.

2. The beneficiary State acquires rights under paragraph 1 in respect of persons or things in a determined relationship with it only if they:

(a) belong to the same category of persons or things as those in a determined relationship with a third State which benefit from the treatment extended to them by the granting State and

(b) have the same relationship with the beneficiary State as the persons and things referred to in subparagraph (a) have with that third State.

¹²⁸United Nations, "Report of the International Law Commission on Its Thirtieth Session," p. 27.

สามารถใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับการปฏิบัติต่อการลงทุนเรื่องการโอนผลประโยชน์ตอบแทน โดยปลอดจากการชำระค่าธรรมเนียมใดๆ ในสนธิสัญญาระหว่างรัฐ A กับรัฐ C ซึ่งเป็นการปฏิบัติที่ดีกว่า (more favourable treatment) ในเรื่องเดียวกันเมื่อเปรียบเทียบกับการปฏิบัติที่รัฐ B ได้รับมาใช้กับรัฐตนได้

ค. เป็นการปฏิบัติ (Treatment) ที่อยู่ในขอบเขตความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าวัตถุประสงค์ของ MFN Clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนก็เพื่อที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติและส่งเสริมความมั่นใจในการลงทุนของนักลงทุนว่า รัฐผู้รับการลงทุนจะให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนในลักษณะที่ไม่ต้องไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐอื่น ดังที่ปรากฏในคำนิยามของ MFN clause มาตรา 4 ของ Draft Article MFN Clause 1968 ที่บัญญัติว่า MFN Clause คือบทบัญญัติในสนธิสัญญาซึ่งรัฐได้สร้างพันธกรณีต่ออีกรัฐหนึ่งในการที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN Treatment) ในขอบเขตความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงไว้ ซึ่งการปฏิบัติในขอบเขตความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกัน ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในแต่ละฉบับนั้นอาจมีเนื้อหาของสาระของการปฏิบัติที่ตกลงจะให้ความคุ้มครองแก่กันแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคี แต่โดยเนื้อหาของสาระของการปฏิบัติที่รัฐภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมักจะตกลงให้ความคุ้มครองแก่กันนั้น สามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ 1. การปฏิบัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive) และ 2. การปฏิบัติประเภทวิธีบัญญัติ (Procedural) ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป

3.2.2.3 รูปแบบของการปฏิบัติ (Treatment) ที่อยู่ในขอบเขตของ MFN clause

ก. การปฏิบัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive)

ลักษณะของการปฏิบัติประเภทสารบัญญัติที่รัฐภาคีอาจใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตน (Basic treaty) เพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่นมาใช้ได้นั้น คือบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่เป็นเนื้อหาพันธกรณีตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่มีอยู่ในสนธิสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมักมีข้อบทที่กำหนดพันธกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนที่มีต่อนักลงทุนมากกว่าพันธกรณีของรัฐผู้ลงทุน และมักจะกำหนดให้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมีขอบเขตในการคุ้มครอง

ที่กว้าง โดยที่รัฐผู้รับการลงทุนอาจจำกัดขอบเขตความคุ้มครองบางประการเพื่อปกป้องผลประโยชน์แห่งรัฐในบางกรณีไว้ซึ่งลักษณะของการปฏิบัติประเภทสารบัญญัติที่ปรากฏในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยทั่วไปแล้ว มีดังนี้

- การยอมรับการลงทุน (Admission of Investment)

หนึ่งในวิธีการที่จะทำให้การลงทุนนั้นได้รับประโยชน์และการคุ้มครองตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาส่งเสริมการลงทุนนั้นก็คือ หลักการยอมรับการลงทุน เนื่องจากการลงทุนระหว่างประเทศนั้นเป็นการที่นักลงทุนต่างชาติจะต้องเข้าไปทำการลงทุนยังดินแดนอาณาเขตของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนนั้นย่อมมีอำนาจอธิปไตยและสิทธิขาดเหนือดินแดนอาณาเขตของตนที่จะบริหารจัดการบรรดาทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์ใดๆ ที่เกิดขึ้นบนดินแดนของตนได้ เหตุที่ต้องกำหนดให้มีการยอมรับการลงทุนก่อนที่จะให้สิทธิประโยชน์และการคุ้มครองตามสนธิสัญญานั้น เนื่องจากหลักพื้นฐานที่ว่าการลงทุนใดๆ ที่ได้รับสิทธิประโยชน์และการคุ้มครองตามสนธิสัญญาควรจะเป็นการลงทุนที่เป็นประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน¹²⁹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในเรื่องการยอมรับการลงทุนที่มีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมักจะมีลักษณะอย่างกว้างๆ เพื่อเปิดช่องให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถออกแบบวิธีการและกำหนดหลักเกณฑ์ในการยอมรับการลงทุนเอง ซึ่งหากแบ่งตามประเภทของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาจแยกออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ กล่าวคือ

ประเภทแรกคือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบ Post-established model ซึ่งสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนประเภทนี้ในเรื่องของการยอมรับการลงทุนจะถูกกำหนดโดยกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่รัฐผู้รับการลงทุนเป็นผู้กำหนด ซึ่งนั่นหมายความว่ากฎหมายและหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้อาจมีการเปลี่ยนแปลงหรือกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่โดยรัฐผู้รับการลงทุนได้ตลอดเวลา และหากพิจารณาในแง่ของเสรีภาพในการที่นักลงทุนจะเข้ามาลงทุนยังประเทศที่ใช้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบ Post-established model ดังกล่าว ก็คงจะมีน้อยนัก ซึ่งยกตัวอย่างของสนธิสัญญาที่มีการใช้รูปแบบ Post-established model เช่น สนธิสัญญาระหว่าง Joubin-Bret 2008 แต่อย่างไรก็ตามในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนรูปแบบนี้ MFN clause สามารถทำงานได้ครอบคลุมวงจรส่วนที่เหลือทั้งหมดหลังจากที่นักลงทุนได้ผ่านการยอมรับการลงทุนเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนแล้วนั่นเอง แต่ในเรื่องของกิจกรรมใดๆ ที่เกี่ยวกับการก่อตั้งการลงทุน MFN clause จะไม่ครอบคลุมไปถึง ยกตัวอย่างเช่น

¹²⁹ไซตรัส เพตประเสริฐ, "สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย - จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 9.

ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างเม็กซิโกและสหราชอาณาจักร ค.ศ. 2006 (Mexico-United Kingdom BIT 2006)¹³⁰ ซึ่งได้มีการแยกบทบัญญัติในเรื่องการยอมรับการลงทุน ออกต่างหากจากบทบัญญัติ MFN clause นอกจากนี้ก็ยังมีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ใช้โมเดลแบบ Post-established model แต่ไม่ได้แยกบทบัญญัติเรื่องการยอมรับการลงทุนออกจาก MFN clause เช่นในสนธิสัญญาฉบับปี ค.ศ. 1996 (the Energy Charter treaty of 1996) ซึ่งมีการใช้ MFN clause ในลักษณะแบบ Post-established model แต่สำหรับในช่วงก่อนการลงทุนหรือ Pre-established นั้นได้กำหนดให้มีข้อตกลงเพิ่มเติมโดยการเจรจาตกลงกันในภายหลัง¹³¹

ประเภทที่สองคือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบ Pre-established model ซึ่งสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนประเภทนี้ได้เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยต้น ค.ศ. 1990 โดยได้ขยายช่วงเวลาของสนธิสัญญาครอบคลุมไปถึงก่อนที่จะมีการก่อตั้งการลงทุน ตัวอย่างเช่นในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้การคุ้มครองการลงทุนแบบ Pre-established model ยังสามารถพบเห็นได้บ่อยในลักษณะของบทบัญญัติก่อนการก่อตั้งในเขตการค้าเสรี FTA ซึ่งในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบ Pre-established model จะครอบคลุมไปถึงช่วงการเริ่มต้นเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งย่อมาหมายความว่ารัฐผู้รับการลงทุนไม่อาจออกมาตรการหรือเงื่อนไขใดๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติกับนักลงทุนต่างชาติในการที่พวกเขาเหล่านั้นจะเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ภายใต้การมีสนธิสัญญาแบบ Pre-established model นี้ เท่ากับรัฐได้ยอมรับที่จะจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนในการที่จะออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติบางส่วนลง ดังนั้นตามธรรมชาติของสนธิสัญญารูปแบบนี้ซึ่งจะต้องตามมาด้วยข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นบางประการของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อป้องกันไว้สำหรับเหตุผลกรณีจำเป็น

¹³⁰ "Mexico-United Kingdom Bit ", (2006).

Article 2 admission of Investments

Each Contracting Party shall admit investments in accordance with its laws and regulations.

Article 4 National Treatment and Most-Favoured-Nation Provision

1. Neither contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords, in like circumstances, to investments or returns of its own investors or to investments or returns of investors of any third State."

2. Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords, in like circumstances, to its own investors or to investors of any third State.

¹³¹ the Energy Charter treaty of 1996 , Article 10 Promotion, Protection and Treatment of Investment.

บางประการ เช่น ในเรื่องความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น และสำหรับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนชนิดนี้ กล่าวได้ว่าได้มีการให้ MFN treatment ตั้งแต่ก่อนที่จะมีการก่อตั้งการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนและนั่นย่อมหมายถึงว่า MFN treatment ย่อมครอบคลุมไปถึงทุกช่วงของวงจรในการลงทุนด้วย

- การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and equitable treatment)

หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม เป็นมาตรฐานการปฏิบัติทางกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิม (classical international law standard) ที่เป็นที่ยอมรับกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งถือกำเนิดขึ้นจากแนวทางการปฏิบัติของรัฐ แต่หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่ได้มีนิยามหรือคำจำกัดความที่แน่นอน ทำให้ต้องอาศัยการตีความซึ่งอาจมีผลแตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี โดยสามารถพิจารณาได้จากแนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) ทฤษฎี (doctrine) และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ (decisions of international tribunals)¹³² มาตรฐานดังกล่าวจึงมีความหมายกว้าง แม้ว่าหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมนี้จะไม่สามารถกำหนดความหมายที่แน่นอนได้ก็ตาม แต่คำจำกัดความอย่างกว้างที่แสดงถึงใจความสำคัญของหลักการดังกล่าวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นคือการที่รัฐผู้รับการลงทุนนั้นถูกมองหวังว่าจะให้ความคุ้มครองที่สมเหตุสมผลแก่นักลงทุนต่างชาตินั้นถึงการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ลงทุนเหล่านั้นด้วย¹³³

สำหรับคำว่า การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมนั้น หมายถึง การปฏิบัติของรัฐต่อนักลงทุนต่างชาตินั้นจะต้องเป็นการปฏิบัติที่สมเหตุสมผลและตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมภายใต้หลักนิติรัฐและนิติธรรม ส่วนคำว่า การปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรมนั้น หมายถึง การปฏิบัติของรัฐต่อนักลงทุนต่างชาติดังกล่าวเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยอื่น เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา¹³⁴ ซึ่งหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมนี้ถือเป็นหลักการปฏิบัติต่อการลงทุนที่สำคัญที่มักจะถูกนำมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยส่วนใหญ่ เพราะหลักการดังกล่าว

¹³²F.A. Mann, "Note British Treaties for the Promotion and Protection of Investment," *The British Yearbook of International Law*, 52 (1981): p. 243.

¹³³"United Nations Centre on Transnational Corporation and International Chamber of Commerce," (1988), supra note 3, p. 30.

"It is normally assume that under general international law, a host state is expected to give reasonable protection to foreigners and their property."

¹³⁴ไซตริส เพศประเสริฐ, หน้า 11.

เป็นส่วนสำคัญที่ช่วยคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติอย่างกว้าง เพื่อให้ได้รับการปฏิบัติจากรัฐผู้รับการลงทุนในลักษณะที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล โดยการปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวนี้ยังหมายความรวมถึงรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องไม่ปฏิบัติแก่นักลงทุนต่างชาติในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมโดยการเลือกปฏิบัติด้วย (Non - discrimination)

สำหรับขอบเขตของการให้ความคุ้มครองตามหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม นั้นมีขอบเขตที่กว้างกว่าหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง¹³⁵ ยกตัวอย่างเช่น นักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาตั้งโรงงานผลิตยาในรัฐผู้รับการลงทุน ต่อมารัฐผู้รับการลงทุนได้มีการทำความตกลงกับรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนนั้นและออกคำสั่งควบคุมราคาขายผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าว และในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุนนั้นได้มีการบัญญัติหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมไว้ หากมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งควบคุมราคาขายผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยกรณีพิพาทนี้ ย่อมสามารถพิจารณาได้ว่าการควบคุมราคาผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวเป็นไปอย่างเที่ยงธรรมและเป็นธรรมและเป็นการกระทำที่สมเหตุสมผลเป็นไปตามหลักปฏิบัติที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือไม่ แต่หากในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไม่ได้มีการบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจพิจารณาการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนข้างต้นได้ เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวเป็นการประกาศใช้กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนและมีผลบังคับกับผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติและคนต่างชาติซึ่งไม่อาจพิจารณาตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งได้เนื่องจากได้บังคับใช้การปฏิบัติเหล่านี้เท่าเทียมกันโดยไม่มีการให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่ผู้ใดเป็นพิเศษนั่นเอง

จากตัวอย่างข้างต้นจึงเห็นได้ว่าหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมนี้สามารถให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนต่างชาติได้กว้างที่สุด ในขณะที่หากเป็นเรื่องเดียวกันนั้นการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติตามหลักการอื่นไม่สามารถครอบคลุมไปถึงได้ อีกทั้งหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมได้มีการนำมาปรับใช้ร่วมกับหลักการอื่นๆ ในการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติด้วย¹³⁶ เช่น การเวนคืนกิจการ การส่งเงินกลับสู่ประเทศ รวมไปถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ MFN clause นี้ด้วย

¹³⁵ Mann, supra note 7, p.243-44.

¹³⁶ ไชติรส เพศประเสริฐ, หน้า 13.

- การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นหลักการหนึ่งในการให้ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการเลือกปฏิบัติ (Non - discrimination) โดยรัฐผู้รับการลงทุนนั้นให้การประกันแก่รัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุนต่างชาติว่า จะให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกันกับที่รัฐผู้รับการลงทุนนั้นได้ให้การปฏิบัติแก่คนชาติของตน¹³⁷ ซึ่งหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้ถือเป็นหลักปฏิบัติต่อการลงทุนที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เนื่องจากหลักการดังกล่าวเป็นหลักการสำคัญที่จะประกันสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนต่างชาติจะได้รับว่า สิทธิประโยชน์ใดที่การลงทุนของนักลงทุนคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นได้รับ สิทธิประโยชน์นั้นย่อมได้แก่การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยเช่นเดียวกัน เช่น การบัญญัติกฎหมายภายในให้กิจการสำหรับการค้าเครื่องตีของคนชาติรัฐผู้รับการลงทุนต้องเสียภาษีให้กับรัฐผู้รับการลงทุนในอัตราร้อยละ 2 ของรายได้กิจการต่อปี เช่นนี้กิจการเกี่ยวกับการค้าเครื่องตีประเภทเดียวกันของนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนกิจการดังกล่าวในรัฐผู้รับการลงทุนย่อมต้องเสียภาษีให้กับรัฐผู้รับการลงทุนในอัตราร้อยละ 2 เช่นเดียวกัน รัฐผู้รับการลงทุนจะกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติต้องเสียภาษีในอัตราที่สูงกว่าไม่ได้ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติโดยทั่วไปและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น รัฐผู้รับการลงทุนกับรัฐผู้ลงทุนนั้น มีความแตกต่างกันทางต้นทุนในการลงทุนเป็นอย่างมาก เพราะโดยส่วนใหญ่แล้วรัฐผู้รับการลงทุนมักจะเป็นประเทศที่ด้อยพัฒนา หรือกำลังพัฒนา ส่วนรัฐผู้ลงทุนนั้นมักจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งมีต้นทุนทางการลงทุนสูง ไม่ว่าจะเป็นด้านเงินทุน วิทยาการ และเทคนิคต่างๆ ในการผลิตเกี่ยวกับกิจกรรมที่ลงทุนนั้นก้าวไกลไปกว่ารัฐผู้รับการลงทุนมาก หากกำหนดให้มีการปฏิบัติต่อการลงทุนของนักลงทุนคนชาติผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติในลักษณะที่เหมือนกันทุกประการย่อมส่งผลเสียต่อรัฐผู้รับการลงทุนเป็นอย่างมาก ดังนั้น ในบางกรณีรัฐผู้รับการลงทุนจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดขอบเขตของการใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้¹³⁸ ทำให้ประเทศสังคมนิยมบางประเทศจะจำกัดขอบเขตของการใช้หลักการดังกล่าวอย่างเข้มงวด หรือบางครั้งก็อาจไม่บัญญัติหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเลย อย่างเช่นในสาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นต้น หรือในบางกรณีรัฐภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาจกำหนดให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีผลใช้บังคับเป็นรายกรณีไป เพื่อสงวนสิทธิประโยชน์ที่จำเป็นไว้ให้กับคนชาติของตน โดยอาจกำหนดกิจการที่เป็นข้อสงวนในการใช้

¹³⁷"United Nations Centre on Transnational Corporation and International Chamber of Commerce," supra note 10, p. 30.

¹³⁸J.W. Salacuse, "Bit by Bit : The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact of Foreign Investment in Developing Countries," 24 *International Lawyer* (1990): p. 668.

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้แนบท้ายสนธิสัญญา ดังเช่นที่ปรากฏในพิธีสารแนบท้ายสนธิสัญญาสองฝ่าย ต้นแบบของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้จำกัดขอบเขตการใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับกิจการ การขนส่งทางทะเล ทางอากาศ การประกันภัย การธนาคาร กิจการกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ เป็นต้น¹³⁹

ในบางครั้งหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอาจถูกนำมาบัญญัติไว้รวมกันกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause) ในสนธิสัญญาก็ได้ เนื่องจากทั้งสองหลักการนี้มีหัวใจสำคัญเพื่อการจัดการเลือกปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยกันทั้งคู่ ต่างกันตรงที่เกณฑ์ที่ใช้ในการเปรียบเทียบมาตรฐานการปฏิบัติ สำหรับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเกณฑ์ที่ใช้ในการเปรียบเทียบมาตรฐานการปฏิบัติของนักลงทุนต่างชาติ คือการปฏิบัติแก่นักลงทุนคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน แต่สำหรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งนั้น เกณฑ์ที่ใช้ในการเปรียบเทียบมาตรฐานการปฏิบัติของนักลงทุนต่างชาติ คือการปฏิบัติแก่นักลงทุนของรัฐที่สามนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐตุรกีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ต่างตอบแทน ข้อ 4(2) ที่บัญญัติว่า ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนเหล่านั้นที่จัดตั้งขึ้นแล้วที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนของตนเอง หรือการลงทุนของผู้ลงทุนของรัฐที่สามใดๆ ในสภาวะการณ์คล้ายคลึงกัน แล้วแต่ว่ากรณีใดจะเป็นคุณกว่ากัน¹⁴⁰ เป็นต้น

- การโอนกิจการและทรัพย์สินเป็นของรัฐ (Nationalization)

ดังที่ทราบกันดีว่าวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นก็เพื่อคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาดำเนินกิจการในการลงทุนยังรัฐผู้รับการลงทุน ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งหนึ่งในข้อห่วงกังวลของนักลงทุนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในรัฐต่างแดนนั้น คือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการโอนกิจการและทรัพย์สินเป็นของรัฐ (Expropriation หรือ Nationalization)¹⁴¹

การโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐเป็นปรากฏการณ์ทางการลงทุนที่เกิดขึ้นมายาวนานนับตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ซึ่งในสมัยนั้นการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐปรากฏขึ้นในรูปแบบของการโอนทรัพย์สินจากกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐโดยการริบทรัพย์สิน

¹³⁹P.T. Kohona, "Investment Protection Agreement : An Australian Perspective," *21 Journal of World Trade Law* (1978): p. 93.

¹⁴⁰"Agreement between the Kingdom of Thailand and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments," (2005).Article IV Treatment of Investments.

¹⁴¹กรมสนธิสัญญา กระทรวงการต่างประเทศ, "สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-Bit)," เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง "สนธิสัญญาสัมปทานและสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน วันที่ 8-10 กันยายน 2549:107-137 (2550): หน้า 113.

(Confiscation)¹⁴² และเริ่มเด่นชัดขึ้นในช่วงหลังการปฏิวัติในประเทศรัสเซีย ซึ่งมีการเปลี่ยนระบบการปกครองในลักษณะรวมศูนย์โดยยึดถือประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ จึงได้มีการนำมามาตรการต่างๆ เพื่อทำให้ทรัพย์สินของเอกชนตกเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ต่อมาในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง เกิดภาวะความฝืดเคืองทางเศรษฐกิจอย่างหนักเนื่องจากผลของภัยพิบัติจากสงคราม ประเทศต่างๆ มีความจำเป็นในการฟื้นฟูประเทศ จึงทำให้บรรดารัฐต่างๆ จึงหันมาใช้มาตรการในการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชน รวมไปถึงกิจการและทรัพย์สินของบริษัทต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนให้ตกเป็นของรัฐผู้รับการลงทุนนั้น¹⁴³

การโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐนั้น ถือเป็นความเสี่ยงที่มีใช้ในเชิงพาณิชย์ (non-commercial risk) และไม่สามารถคาดหมายได้ในช่วงเวลาก่อนหรือขณะดำเนินกิจการว่าความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นกับกิจการในการลงทุนของตนหรือไม่ แตกต่างจากความคาดหมายในเรื่องของผลประโยชน์ตอบแทนในรูปของตัวเงิน หรือผลผลิต ที่สามารถคาดคะเนได้จากผลประกอบการของกิจการที่ดำเนินอยู่นั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามหลังยุคปลดปล่อยอาณานิคม แนวโน้มในทางระหว่างประเทศนั้นมีความตื่นตัวและให้ความสำคัญของความเท่าเทียมกันในรัฐและอำนาจอธิปไตย (sovereignty) โดยถือว่ารัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือประชากร และเหนือดินแดนอาณาเขตของตน ทำให้รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลและทรัพย์สินที่อยู่ในดินแดนอาณาเขตของตนได้ตามหลัก territorial jurisdiction ดังนั้นรัฐผู้รับการลงทุนย่อมมีอำนาจในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินและกิจการต่างๆ เหนือดินแดน รวมถึงการโอนหรือเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐได้¹⁴⁴

อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายระหว่างประเทศการโอนกิจการและทรัพย์สินไปของคนต่างชาติไปเป็นของรัฐนั้นถือเป็นสิ่งต้องห้าม และไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่เป็นการกระทำภายใต้เงื่อนไขที่สรุปได้จากจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศดังนี้

1. มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชน (Public purpose) เช่นการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐเพื่อความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของมหาชนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁴⁵

¹⁴²Gillion White, *Nationalization of Foreign Property*(London Stevens & Sons Limited, 1961), p. 52.

¹⁴³ไซตริส เพศประเสริฐ, หน้า 22.

¹⁴⁴J.G. Stark, *supra* note 1, p. 242.

¹⁴⁵Martin Domke, "Foreign Nationalizations : Some Aspects of Contemporary International Law," *55 The American Journal of International Law*, (1961): p.585-600.

2. ไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) กล่าวคือจะต้องไม่เป็นการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐโดยเลือกปฏิบัติแก่เฉพาะกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติ โดยเฉพาะ แต่มาตรการดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นการบังคับโดยทั่วไปแก่กิจการหรือทรัพย์สินที่จัดอยู่ในประเภทเดียวกันหรือสถานการณ์เดียวกันอย่างเท่าเทียม¹⁴⁶

3. มีการชดเชยหรือเยียวยาความเสียหาย (Compensation) กล่าวคือในการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยโดยทันทีตามสมควร (Promptly) อย่างเพียงพอ (Adequately) เต็มมูลค่าตามราคาตลาดและมีประสิทธิภาพ (Effectively) เช่นการชดเชยเป็นเงินสดหรือทรัพย์สินที่แลกเปลี่ยนเป็นเงินสดเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาอย่างแท้จริงได้¹⁴⁷

4. กระทำภายใต้กระบวนการทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ กล่าวคืออาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของรัฐซึ่งกิจการและทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่โดยได้รับการตรวจสอบตามกระบวนการทางกฎหมายของรัฐโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁴⁸

แม้ในมุมมองของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐนั้น โดยหลักแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐก็ตาม แต่ในทางกลับกันการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐดังกล่าวก็เป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้เกิดการชะลอตัวทางเศรษฐกิจและการค้าเป็นอย่างมาก เนื่องจากมาตรการดังกล่าวถือเป็นความเสี่ยงที่ผู้ลงทุนต่างชาติต่างเกรงกลัวว่าจะเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นกับกิจการของตนที่หากได้เข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนนั้น ดังนั้น ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงมักที่จะบัญญัติมาตรการในการเวนคืนกิจการเป็นของรัฐและค่าทดแทนไว้ เพื่อเป็นหลักประกันและส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติมีแรงจูงใจในการกล้าที่จะเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนนั้น โดยบางสนธิสัญญาอาจกำหนดไม่ให้มีการเวนคืนกิจการหรือโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไปเป็นของรัฐไม่ว่ากรณีใดๆ หรืออาจกำหนดเงื่อนไขของการเวนคืนกิจการหรือโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไปเป็นของรัฐไว้ในบางกรณี พร้อมทั้งระบุค่าทดแทนจากการดำเนินการดังกล่าวไว้ด้วยโดยอาจจะระบุให้มีมูลค่าเท่ากับมูลค่าตลาดของการลงทุนที่ถูกเวนคืนทันที ก่อนที่เวนคืนการชำระค่าทดแทนจะต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้า และอาจมีการกำหนดดอกเบี้ยให้ด้วย ซึ่งหากในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐภาคีได้จัดทำขึ้นระหว่างกันนั้นมีการกำหนดในเรื่องการโอนและเวนคืนกิจการในลักษณะที่ด้อยกว่าที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้แก่รัฐอื่น เช่น อาจมีการกำหนดการโอนหรือเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไปเป็นของรัฐโดยไม่มีการกำหนดค่าชดเชยให้ หรือมีการกำหนดค่าชดเชย

¹⁴⁶Ibid., p. 603.

¹⁴⁷ไซตริส เพศประเสริฐ, หน้า 28.

¹⁴⁸Ibid.

ให้น้อยกว่า หรือไม่มีดอกเบี้ยให้ เช่นนี้เท่ากับว่ารัฐภาคีฝ่ายที่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านี้ย่อมสามารถใช้ผลของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาเพื่อรับบทบัญญัติในเรื่องการโอนหรือเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนในสนธิสัญญาอื่นที่ดีกว่านั้นมาใช้กับตนด้วยได้เช่นกัน

- การโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศ (Repatriation and Transfer)

เป็นที่ทราบกันดีว่าวัตถุประสงค์ในการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาในตลาดการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนนั้น ก็เป็นไปเพื่อการแสวงหาผลประโยชน์หรือกำไรจากการลงทุน และนำเงินที่ได้จากการลงทุนนั้นกลับสู่ประเทศของตนดั่งนั้น ยิ่งนักลงทุนต่างชาติได้รับความสะดวกในการโอนผลประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุนดังกล่าวกลับสู่ประเทศของตนมากเท่าไร ก็จะเป็นการกระตุ้นความต้องการของนักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนยังรัฐผู้รับการลงทุนมากเท่านั้น แต่ในทางกลับกัน หากนักลงทุนต่างชาติไม่ได้รับความสะดวกหรือมีข้อจำกัดในการโอนเงินหรือผลประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุนกลับสู่ประเทศของตน ก็จะทำให้แนวโน้มที่นักลงทุนต่างชาติอยากที่จะเข้ามาลงทุนหรือตั้งกิจการในรัฐผู้รับการลงทุนยิ่งลดน้อยถอยลงไปเท่านั้น ทำให้หลักการโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศ เป็นหลักการหนึ่งที่สำคัญซึ่งถูกนำมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอย่างแพร่หลายเพื่อเสริมสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติ และมักจะกำหนดให้ประเทศภาคีสัญญาให้หลักประกันที่จะให้ความสะดวกในการนำเข้าหรือส่งออกซึ่งเงินทุนและผลตอบแทนจากการลงทุนกลับสู่ประเทศของตนได้¹⁴⁹

เนื้อหาของหลักการโอนเงินทุนและผลตอบแทนจากการลงทุนกลับสู่ประเทศนั้น สามารถแยกพิจารณาออกเป็น 3 เรื่องหลักๆ ดังนี้

1. การกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถโอนออกนอกประเทศ โดยอาจกำหนดรายละเอียดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถโอนออกนอกประเทศไว้อย่างกว้าง เช่น ในความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองทรัพย์สินที่ใช้ลงทุน ที่ใช้ถ้อยคำว่า “การโอนทุนของการลงทุนและผลตอบแทนจากการลงทุน...”¹⁵⁰ หรือใน Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the promotion and protection of investments, 1975 ที่

¹⁴⁹โกศล ฉันทิกุล, "ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน : ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ," วารสารนิติศาสตร์ (15 มิถุนายน 2528): หน้า 17.

¹⁵⁰ราชกิจจานุเบกษา, ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองทรัพย์สินที่ใช้ลงทุน, เล่ม 96 ตอนที่ 144, หน้า 9.

ใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติว่า “ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ใช้ลงทุน”¹⁵¹ แต่บางความตกลงก็จะกำหนดรายละเอียดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถโอนออกนอกประเทศไว้อย่างละเอียด เช่นใน Article 7(1) ของ Agreement on Economic Co-operation between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Kingdom of Netherlands, 1972¹⁵²

2. การแลกเปลี่ยนและอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาจกำหนดให้การโอนเงินทุนหรือผลตอบแทนที่ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินตราอื่นๆ ได้โดยเสรีหรือกำหนดให้เป็นเงินตราสกุลเดียวกับเงินทุนที่ใช้ลงทุนในตอนเริ่มแรก หรือเปลี่ยนเป็นสกุลเงินตราที่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ลงทุนและรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง

3. ข้อจำกัดในการโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศ กล่าวคือ รัฐผู้รับการลงทุนอาจกำหนดข้อจำกัดบางประการในการโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศได้ในบางกรณี เช่น อาจกำหนดให้รัฐผู้ลงทุนไม่สามารถโอนเงินทุนหรือผลตอบแทนโดยเสรีหากกรณีสภาพทางการเงินหรือเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนเปลี่ยนแปลง เพื่อป้องกันสภาวะการขาดดุลทางการเงินและการไหลเวียนทางการเงินระหว่างประเทศที่ไม่พึงประสงค์ของรัฐผู้รับการลงทุนนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น ประเทศที่กำลังพัฒนา มักจะมีการจำกัดสิทธิการโอนเงินออกนอกประเทศเนื่องจากอาจไม่มีสกุลเงินตราต่างประเทศเพียงพอและส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจในภาพรวมได้¹⁵³ เป็นต้น

ดังนั้น เห็นได้ว่าในเรื่องของการโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศนั้น หากรัฐภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ได้ทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยมีการตกลงเรื่องการโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศแก่นักลงทุนของรัฐอื่น ในลักษณะที่เป็นคุณกว่าที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาพื้นฐาน (Basic treaty) รัฐภาคีฝ่ายที่ได้รับการปฏิบัติเกี่ยวกับการโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศที่ดีกว่า ย่อมสามารถอ้างข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติเรื่องการโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศที่ดีกว่าในสนธิสัญญาอื่นนั้นมาใช้กับรัฐตนได้เช่นกัน

- การรับช่วงสิทธิ (Subrogation)

ในการลงทุนระหว่างประเทศนี้นักลงทุนต่างชาติหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องเผชิญกับความเสี่ยงจากการลงทุนทั้งในเชิงพาณิชย์ และไม่เชิงพาณิชย์ ซึ่งความเสี่ยงจากการลงทุน

¹⁵¹ ICSID, *International Law of the World* (New York: Oceana, 1991), p. 126.

¹⁵² ไซดริส เพศประเสริฐ, หน้า 30-31.

¹⁵³ กระทรวงการต่างประเทศ, หน้า 114.

ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์นี้เองที่เป็นความเสี่ยงที่นักลงทุนต่างชาตินั้นต่างหวงเกรงเนื่องจากไม่สามารถคาดคะเนหรือคาดการณ์ล่วงหน้าจากผลประกอบการในการลงทุนได้ เช่น ความเสี่ยงจากการอาจถูกเวนคืนทรัพย์สินหรือกิจการเป็นของรัฐ การไม่สามารถโอนเงินทุนหรือผลประโยชน์ตอบแทนออกนอกประเทศ หรือการกระทำอื่นใดของรัฐผู้รับการลงทุนที่กระทบกระเทือนต่อการลงทุน เช่น การเกิดสงครามกลางเมือง การผิดสัญญาเนื่องจากเหตุผลทางการเมือง เป็นต้น¹⁵⁴ ดังนั้นในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ จึงมักจะกำหนดหลักการรับช่วงสิทธิ (Subrogation) ไว้เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองรัฐคู่ภาคีว่า หากนักลงทุนต่างชาติได้มีการทำประกันความเสี่ยงที่มีไม่เชิงพาณิชย์เกี่ยวกับการลงทุนไว้กับองค์กรหรือหน่วยงานรับประกันภัยการลงทุนของรัฐผู้ส่งออกการลงทุน และเกิดกรณีที่ผู้รับประกันได้ชำระเงินให้แก่ผู้ลงทุนของตน ภายใต้การประกันความเสี่ยงที่มีไม่เชิงพาณิชย์เกี่ยวกับการลงทุนนั้นรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งจะยอมรับการมอบสิทธิหรือข้อเรียกร้องใดๆ ของผู้ลงทุนดังกล่าวต่อรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศเมื่อได้รับค่าทดแทนจาก EXIM BANK แล้วก็สามารถมอบสิทธิหรือข้อเรียกร้องใดๆ ที่ตนมีให้กับ EXIM BANK เพื่อใช้สิทธิเรียกร้องแทนกับรัฐที่ตนไปลงทุนต่อไป¹⁵⁵

การรับช่วงสิทธิในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง กรณีที่ลูกหนี้มีหนี้ที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้ แต่มีบุคคลภายนอกเข้ามาชดใช้หนี้ดังกล่าวให้กับเจ้าหนี้ บุคคลภายนอกนั้นจึงได้รับช่วงสิทธิในหนี้ดังกล่าวแทนเจ้าหนี้คนเดิม โดยการรับช่วงสิทธิตามกฎหมายภายในประเทศสามารถมีได้ทั้งโดยผลแห่งกฎหมาย และโดยสัญญาระหว่างคู่กรณี¹⁵⁶ แต่การรับช่วงสิทธิในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เป็นการรับช่วงสิทธิโดยผลของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมักเกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างรัฐคู่กรณีในการทำสนธิสัญญาประกันการลงทุน แต่การรับประกันภัยการลงทุนโดยบริษัทเอกชนนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีการเรียกเก็บเบี้ยประกันภัยในอัตราสูงทำให้นักลงทุนต่างชาติไม่สามารถจ่ายเบี้ยประกันดังกล่าวได้ ดังนั้น รัฐผู้ส่งออกการลงทุนจึงได้มีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐเพื่อรับประกันภัยการลงทุนดังกล่าว และมีการบัญญัติข้อตกลงทางการลงทุนในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดให้หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐผู้ส่งออกการลงทุนที่รับประกันภัยการลงทุนเหล่านี้สามารถเข้าสวมสิทธิแทนนักลงทุนต่างชาติ เพื่อเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายกับรัฐผู้รับการลงทุนจากความเสียหายที่มีไม่เชิงพาณิชย์ที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนผู้เอาประกันได้ ทำให้เบี้ยประกันที่นักลงทุนจะต้องจ่ายแก่หน่วยงาน

¹⁵⁴ ไซตรัส เพศประเสริฐ, หน้า 32.

¹⁵⁵ กระทรวงการต่างประเทศ, หน้า 114.

¹⁵⁶ เส็นีย์ ปราโมทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2, เล่ม 2 (พระนคร อักษรสาสน์, 2505), หน้า 988-89.

หรือองค์การรับประกันภัยดังกล่าวนั้นถูกลง และนักลงทุนเองได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่การลงทุนได้อย่างทันที่¹⁵⁷

ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในเรื่องการรับช่วงสิทธิ หรือการสรวมสิทธิ (subrogation) นั้น อาจมีรูปแบบการบัญญัติแตกต่างกันไปในแต่ละสนธิสัญญา แต่โดยหลักแล้วจะมีเนื้อหาของการบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวที่คล้ายคลึงกัน นั่นก็คือ เมื่อการลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหายจากการโอนหรือเวนคืนกิจการไปเป็นของรัฐโดยรัฐ ผู้รับการลงทุน และการลงทุนดังกล่าวได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากรัฐ หรือตัวแทนของรัฐ ที่ตนตั้งขึ้น แล้วรัฐหรือตัวแทนของรัฐดังกล่าวสามารถสืบสิทธิ (succeed) ในสิทธิหรือข้อเรียกร้องของผู้ลงทุนที่มีต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้¹⁵⁸ ดังเช่นในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต้นแบบของ AALCC ได้กำหนดไว้ในมาตรา 12 ดังนี้

ถ้าภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งจ่ายค่าชดเชยต่อความเสียหาย ซึ่งเกิดแต่ทรัพย์สินที่ใช้ลงทุนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในอาณาเขตของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งภาคีฝ่ายหลังจะยอมรับ

- (a) การเวนคืนหรือสิทธิเรียกร้องใดๆ จากผู้ได้รับค่าชดเชยให้แก่ภาคีสัญญาฝ่ายแรกหรือตัวแทนที่ภาคีสัญญาฝ่ายนั้นตั้งขึ้น และ
- (b) ภาคีสัญญาฝ่ายแรกหรือตัวแทน ที่ภาคีสัญญาฝ่ายนั้นตั้งขึ้น ได้รับสิทธิโดยอาศัยการรับช่วงสิทธิที่จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ และข้อเรียกร้องของผู้ได้รับค่าชดเชย¹⁵⁹

หรือในความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐตุรกีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน ข้อ 7 เรื่องการสรวมสิทธิ บัญญัติว่า

1. หากการลงทุนของผู้ลงทุนของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับการประกันการคุ้มครองความเสี่ยงที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ภายใต้ระบบที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายการสรวมสิทธิของผู้รับประกันภัยอันเป็นผลจากกรรมธรรม์ประกันภัยจะได้รับการรับรองโดยภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง
2. ผู้รับประกันภัยจะไม่ได้รับสิทธิในการใช้สิทธิใดๆ นอกเหนือจากสิทธิซึ่งผู้ลงทุนจะได้รับสิทธิในการใช้สิทธิ

¹⁵⁷ A Akinsaya, *International Protection of Foreign Direct Investment in the Third World*(1987), p. 69-70.

¹⁵⁸ วิชาญ ธนากรมธธา, "การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT)," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 141.

¹⁵⁹ Asian-African Legal Consultative Committee, *Model Bilateral Agreement on Promotion and Protection of Investment*(1984), p. 252, 65-66.

3. ข้อพิพาทระหว่างภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกับผู้รับประกันภัยจะถูกระงับลงตามบทบัญญัติในข้อ 9 ของความตกลงนี้¹⁶⁰

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าข้อตกลงการรับช่วงสิทธิในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นบทบัญญัติหนึ่งในสนธิสัญญาซึ่งให้ประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติในแง่ที่สามารถให้ตัวแทนของรัฐผู้ส่งออกการลงทุนในการรับประกันภัยสามารถชดเชยความเสียหายที่มีใช้เชิงพาณิชย์ เช่น การเวนคืนกิจการไปเป็นของรัฐ ให้กับนักลงทุนต่างชาติได้โดยพลันเพราะตัวแทนผู้รับประกันเหล่านั้นมีหลักประกันในการเข้าสรวมสิทธิแทนนักลงทุนต่างชาติที่จะเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายดังกล่าวกับรัฐผู้รับการลงทุนได้โดยตรง ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับการเยียวยาความเสียหายได้อย่างทันท่วงที ดังนั้นสนธิสัญญาที่มีข้อตกลงในการรับช่วงสิทธิจึงถือเป็นการปฏิบัติแก่การลงทุนที่เป็นคุณแก่นักลงทุนต่างชาติมากกว่าการที่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไม่มีข้อบ่งชี้ดังกล่าว ซึ่งอยู่ในขอบเขตของข้อบท MFN clause ที่รัฐที่สามจะใช้เพื่อที่จะรับข้อบทเรื่องการสรวมสิทธิในสนธิสัญญาอื่นที่เป็นการปฏิบัติแก่การลงทุนที่เป็นคุณกว่ามาใช้กับตนได้นั่นเอง

- การชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าในการลงทุนระหว่างประเทศนั้น นอกจากความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์ที่อาจเกิดขึ้นจากสภาวะการณ์ตามปกติของการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาติยังต้องมีความเสี่ยงจากการลงทุนที่มีใช้เชิงพาณิชย์ อันได้แก่ ความเสี่ยงจากการโอนกิจการเป็นของรัฐ หรือความเสี่ยงจากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากสงคราม กบฏ จลาจล หรือเหตุการณ์อื่นๆ ในทำนองเดียวกันที่เกิดขึ้นในรัฐผู้รับการลงทุนอีกด้วย ซึ่งความเสี่ยงที่มีใช้เชิงพาณิชย์เหล่านี้อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะต้องเยียวยาและชดเชยค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนที่ได้รับผลกระทบดังกล่าวและรวมไปถึงการที่รัฐผู้รับการลงทุนนั้นละเมิดข้อตกลงหรือพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนด้วย ดังนั้น หากเกิดกรณีที่รัฐมีการเวนคืนกิจการของนักลงทุน หรือมีการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา นักลงทุนหรือรัฐผู้ส่งออกการลงทุนย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐผู้รับการลงทุนนั้นชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวได้¹⁶¹

โดยทั่วไปแล้วในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาจมีการบัญญัติเรื่องการชดเชยความเสียหายไว้แยกเป็นบทบัญญัติเฉพาะต่างหากหรืออาจกล่าวรวมอยู่ในเรื่องของบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการโอนกิจการหรือเวนคืนกิจการเป็นของรัฐก็ได้ หรือบางครั้งอาจมี

¹⁶⁰Agreement between the Kingdom of Thailand and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.", Article VII Subrogation.

¹⁶¹สิริรัตน์ ศรีจรียาพรกุล, "กลไกการระงับข้อพิพาทการลงทุนของอาเซียน," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขา นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 99-100.

การผสมผสานเรื่องค่าชดเชยความเสียหายดังกล่าวกับหลักกว่าด้วยคนชาติ และหลักปฏิบัติว่าด้วยชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง โดยการกำหนดให้การปฏิบัติเกี่ยวกับนักลงทุนผู้ประสบความสูญเสียจากเหตุการณ์ดังกล่าวจะได้รับการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับค่าทดแทนความสูญเสียเช่นว่านั้นโดยรัฐผู้รับการลงทุนไม่ด้อยกว่าที่รัฐได้ให้แก่ผู้ลงทุนของตน หรือผู้ลงทุนของรัฐที่สาม ดังเช่น ในความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐตุรกีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน ข้อ 5 ที่กำหนดเรื่องการเวนคืนและค่าทดแทนความสูญเสีย ไว้ว่า

1. การลงทุนจะไม่ถูกเวนคืน โอนเป็นของรัฐ หรือตกอยู่ภายใต้บังคับโดยตรงหรือโดยอ้อมของมาตรการที่มีผลคล้ายคลึงกัน (ต่อไปในที่นี่เรียกว่า “การเวนคืน”) เว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะบนพื้นฐานของความเสมอภาค โดยมีการชำระค่าทดแทนโดยพลัน เพียงพอ และมีประสิทธิภาพภายใต้กระบวนการที่กำหนดโดยกฎหมายและหลักการทั่วไปของการประดิษฐ์ในข้อ 4 ของความตกลงนี้
2. ค่าทดแทนจะต้องมีจำนวนเท่ากับมูลค่าตลาดของการลงทุนที่ถูกเวนคืนก่อนการดำเนินการเวนคืน หรือก่อนการเวนคืนจะเป็นที่รับทราบของสาธารณะ การชำระค่าทดแทนจะต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้าและจะต้องจ่ายโอนได้อย่างเสรี ดังอธิบายในวรรค 2 ข้อ 6
3. ภายใต้กฎหมายของภาคีสัญญาฝ่ายที่ทำการเวนคืน ผู้ลงทุนที่ได้รับผลกระทบจะมีสิทธิจะให้มีการทบทวนคดีและการประเมินมูลค่าการลงทุนของตน โดยเจ้าหน้าที่ตุลาการหรือเจ้าหน้าที่อิสระอื่นๆ ของภาคีสัญญาฝ่ายเดียวกันนั้น ตามหลักการที่กำหนดไว้ตามวรรค 1 และ 2 ภาคีสัญญาที่ทำการเวนคืน จะพยายามทำทุกวิถีทางเพื่อให้แน่ใจว่า การทบทวนเช่นว่านั้นได้มีการดำเนินการโดยพลัน
4. ผู้ลงทุนของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งการลงทุนของตนประสบความสูญเสียในดินแดนของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเนื่องมาจากสงคราม กบฏ จลาจล หรือเหตุการณ์อื่นๆ ที่คล้ายคลึงกัน จะได้รับการประติบัติโดยภาคีสัญญาฝ่ายหลังที่ไม่ด้อยกว่าที่ภาคีสัญญาฝ่ายหลังให้แก่ผู้ลงทุนของตน หรือผู้ลงทุนของรัฐที่สามที่เกี่ยวข้องกับค่าทดแทนความสูญเสียเช่นว่านั้น แล้วแต่ว่ากรณีใดจะเป็นประโยชน์สูงสุด¹⁶²

¹⁶²“Agreement between the Kingdom of Thailand and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.”, Article V Expropriation and Compensation.

ดังนั้น หากในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมิได้มีการบัญญัติข้อกำหนดเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายไว้ หรือมีการกำหนดไว้แต่เมื่อเทียบกับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้แก่รัฐอื่นแล้วมีลักษณะที่ต่อยกว่าข้อกำหนดดังกล่าว นักลงทุนหรือรัฐภาคีผู้ส่งออกการลงทุนที่ได้รับความเสียหายดังกล่าวย่อมสามารถใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับข้อกำหนดการชดเชยความเสียหายที่เป็นคุณกว่าที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ให้แก่รัฐอื่นใด นั้นมาใช้กับตนด้วยได้เช่นกัน

ข. การปฏิบัติประเภทวิธีสบัญญัติ (Procedural)

ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นนอกจากการปฏิบัติประเภทสารบัญญัติดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้ว ยังมีการปฏิบัติอีกประเภทหนึ่งที่มีความสำคัญและจะต้องมีการบัญญัติไว้ในทุกสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน นั่นก็คือการปฏิบัติประเภทวิธีสบัญญัติหรือการระงับข้อพิพาทนั่นเอง

- การระงับข้อพิพาท (Dispute settlement)

กล่าวได้ว่าในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น ข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทถือเป็นข้อบทที่มีความสำคัญและขาดไปเสียมิได้ในทุกๆ สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนก็ว่าได้ เนื่องจากข้อบทดังกล่าวจะเป็นส่วนที่รับบทบาทในการทำหน้าที่กำหนดรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากการละเมิดพันธกรณีต่างๆ ในสนธิสัญญา การปรับใช้และการตีความข้อบทอื่นๆ ในสนธิสัญญาดังกล่าว รวมไปถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างเอกชนผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนด้วย

ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ปัจเจกชนโดยทั่วไปนั้นไม่ถือเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่จะมีสิทธิดำเนินกิจกรรมต่างๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจกรรมเกี่ยวกับศาล หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น กรณีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ผู้ที่จะมีสิทธิเป็นคู่พิพาทในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ก็จะเป็นรัฐคู่พิพาทเท่านั้น แต่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในเรื่องการระงับข้อพิพาทนี้ ได้เปิดโอกาสโดยการให้สิทธิแก่เอกชนผู้ลงทุนในการฟ้องร้องดำเนินคดีในคณะอนุญาโตตุลาการได้ หากข้อกำหนดในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้บัญญัติเช่นนั้น¹⁶³

¹⁶³ กระทรวงการต่างประเทศ, หน้า 116.

โดยทั่วไปแล้วข้อบ่งชี้ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ไม่ว่าจะเป็ข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับรัฐผู้ส่งออกการลงทุน หรือข้อพิพาทระหว่างเอกชนผู้ลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนก็ตาม ส่วนมากมักจะระบุให้คู่พิพาทนั้นระงับข้อพิพาทเบื้องต้นด้วยการปรึกษาหารือ หรือการเจรจาอย่างฉันทมิตรก่อน หากการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวไม่สำเร็จอาจกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน โดยอาจมีการกำหนดระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้พอสมควร หากระยะเวลาดังกล่าวได้ผ่านพ้นไปแล้วยังไม่สามารถที่จะแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทนั้นได้ คู่พิพาทจึงจะมีสิทธินำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ¹⁶⁴

สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1. การอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institutional Arbitration) เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้การดูแลและจัดการของสถาบัน อาทิเช่น อนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) หรือที่เรียกกันว่าศูนย์การระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for the Settlement of Investment Disputes-ICSID)

2. การอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) เป็นกระบวนการที่คู่พิพาทจะต้องดำเนินการต่างๆ เอง โดยสนธิสัญญาอาจมีการระบุให้การจัดตั้งรวมทั้งการดำเนินการของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (Arbitration Rules of United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) หรืออาจกำหนดให้คู่พิพาทไปตกลงกันเอง เป็นต้น¹⁶⁵

สำหรับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทนี้ ยังเป็นกรณีที่เป็นประเด็นปัญหาอยู่ว่าข้อบ่งชี้ด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งนั้นรวมถึงการปฏิบัติประเพณีวิสัยปฏิบัติหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ด้วยหรือไม่ ซึ่งที่ผ่านมานั้นในทางกฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทที่รัฐที่สามได้อ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นนั้น ยังไม่เป็นที่ยุติและแบ่งแยกออกเป็น 2 แนวทาง โดยมีทั้งแนวทางที่เห็นว่า

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid., หน้า 116-17.

MFN clause สามารถปรับใช้กับข้อบทประเภทวิสัยบัญญัติหรือบทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้ และแนวทางที่เห็นว่า MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้ ซึ่งผู้เขียน จะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 5

กล่าวโดยสรุปได้ว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของระบบ เศรษฐกิจระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุปัจจัยของเชื้อชาติ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยเฉพาะในเรื่องของการลดอุปสรรคทางการค้าและการลงทุน ตลอดจนช่วยส่งเสริมทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยหากเป็นเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกันก็ต้องให้การปฏิบัติที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันนั่นเอง ด้วยเหตุนี้เองทำให้หลักการดังกล่าวถูกนำมาบัญญัติเป็นข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ MFN clause ที่สามารถพบเห็นได้ในทุกบริบทของระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นบริบทของการค้าระหว่างประเทศ หรือการลงทุนระหว่างประเทศก็ตาม

สำหรับบริบทของการลงทุนระหว่างประเทศนั้น ข้อบท MFN clause จะปรากฏอยู่ในรูปของ ข้อบทหนึ่งที่บรรจุอยู่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ทั้งสนธิสัญญาแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี แต่รูปแบบของข้อบท MFN clause ในแต่ละสนธิสัญญานั้นอาจแตกต่างกันไปตามที่ได้มีการเจรจาตกลงกันของภาคีในแต่ละสนธิสัญญา แต่โดยหลักๆ แล้วอาจจำแนกรูปแบบของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้เป็น 4 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ 1) ข้อบทที่ระบุโดยชัดแจ้งว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้ 2) ข้อบทอย่างกว้าง (Broad clause) ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปโดยไม่กล่าวถึงว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทหรือไม่ 3) ข้อบทอย่างแคบ (Narrow clause) ที่อาจมี non-exhaustive list โดยไม่ได้กล่าวถึงการให้ใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาท 4) ข้อบทที่ยืนยันชัดแจ้งว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาท

แม้ว่ารูปแบบของการบัญญัติข้อบท MFN clause อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน แต่โดยสาระสำคัญของข้อบท MFN clause แล้วนั้นยังคงเหมือนกัน ดังเช่นที่ได้มีการให้คำนิยามของข้อบท MFN clause ไว้ใน Draft article on Most favoured nation clauses 1987 กล่าวคือ รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause นั้นจะต้องให้การปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายในลักษณะที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐอื่น ดังนั้นย่อมหมายความว่าหากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่น รัฐภาคีอีกฝ่ายที่อยู่ในฐานะของรัฐที่สามของสนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าดังกล่าวนั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นนั้นด้วย แต่ทั้งนี้สิทธิหรือการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่า

ที่รัฐภาคีมีสิทธิจะได้รับตามข้อบท MFN clause นั้นก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการปรับใช้ ข้อบท MFN clause ด้วย กล่าวคือ

1. จะต้องเกิดกรณีที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ให้การปฏิบัติแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐอื่น ในลักษณะที่เป็นคุณกว่า (More favourable treatment)
2. การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นจะต้องเป็นเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (Ejusdem generis)
3. การปฏิบัตินั้นอยู่ในขอบเขตความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา หรือเรียกว่าง่าย ๆ ว่าเป็นการปฏิบัติที่เกี่ยวกับการลงทุนที่อยู่ในขอบเขตของสนธิสัญญาที่ตกลงให้ข้อบท MFN clause ครอบคลุมไปถึงนั่นเอง

ซึ่งส่วนใหญ่การปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนที่อยู่ในขอบเขตของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นก็จะเป็นเรื่องที่คล้ายๆ กัน แต่อาจมีความแตกต่างกันบ้าง ในรายละเอียดแล้วแต่การเจรจาตกลงกันของรัฐภาคี ซึ่งสามารถแยกออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ 1) การปฏิบัติประเภทสารบัญญัติ เช่น การยอมรับการลงทุน (Admission of Investment) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable treatment) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) การโอนกิจการและทรัพย์สินเป็นของรัฐ (Nationalization) การโอนเงินทุน และผลตอบแทนออกนอกประเทศ (Repatriation and Transfer) การรับช่วงสิทธิ (Subrogation) การชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses) เป็นต้น 2) การปฏิบัติประเภทวิธีบัญญัติ เช่น บทบัญญัติระงับข้อพิพาท (Dispute settlement) เป็นต้น ทั้งนี้ บทบัญญัติประเภทวิธีบัญญัติ นี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าข้อบท MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติประเภทนี้ได้หรือไม่

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าจากหลักการและลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนดังกล่าวข้างต้น นำไปสู่การที่ทำให้รัฐที่สามนั้นสามารถใช้ ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ตนเป็นภาคีเพื่อรับการปฏิบัติ ที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นได้ โดยที่รัฐภาคีในสนธิสัญญาที่เป็นคุณกว่าดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลแก่รัฐอื่นแต่อย่างใด แต่เนื่องด้วยลักษณะของการบัญญัติ ข้อบท MFN clause ที่มีความหลากหลายและไม่ชัดเจนแน่นอนทำให้ปัญหาในเรื่องขอบเขตของการที่ รัฐที่สามจะได้รับสิทธิประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่นด้วยผลของข้อบท MFN clause ยังคงเป็นประเด็น ที่เป็นที่ถกเถียงกันและยังไม่ได้ข้อยุติ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์และอภิปรายในประเด็นปัญหา ดังกล่าวในบทต่อไป

บทที่ 4

วิเคราะห์ข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause)

กับหลักกฎหมายเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในตอนท้ายของบทที่ 2 ว่าสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured-nation clause) นั้นเป็นสนธิสัญญาที่มีผลในการให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถใช้ข้อบทดังกล่าวเพื่อรับประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่นที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ทำขึ้นกับรัฐอื่นได้ ทั้งที่รัฐภาคีฝ่ายที่ใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่นนั้นอยู่ในฐานะรัฐที่สามและไม่ได้มีนิติสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องใดๆ กับสนธิสัญญานั้นเลย ซึ่งการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามดังกล่าวนี้เป็นประเด็นที่น่าสนใจและเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันในวงกว้างว่า ผลของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ต่อรัฐที่สาม มีความสัมพันธ์กับหลักพื้นฐานเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงหลักเกณฑ์ที่ได้วางไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

4.1 ข้อบท MFN clause เป็นข้อบทที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม

4.1.1 ข้อบท MFN clause กับเจตนาทำคำเสนอ (Offer) ของรัฐภาคี

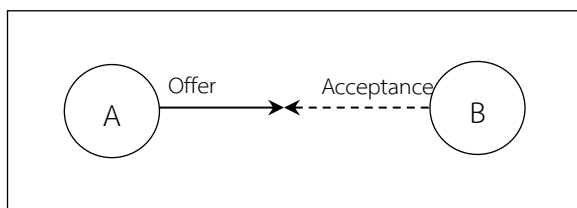


ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่าสาระสำคัญของข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น คือการที่รัฐผู้รับการลงทุนนั้นตกลงว่าจะให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนไม่ต้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐอื่น¹⁶⁶ ดังนั้น ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาจึงเปรียบเสมือนการที่รัฐภาคีฝ่ายที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้มีเจตนา

¹⁶⁶United Nations, "Report of the International Law Commission on Its Thirtieth Session," p. 22.

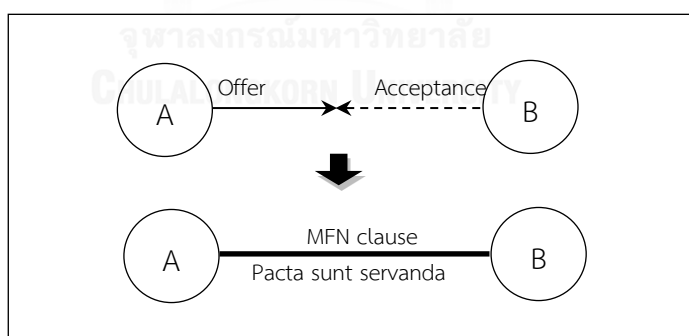
ทำคำเสนอให้แก่รัฐภาคีอีกฝ่ายในฐานะรัฐผู้ลงทุน ว่าหากรัฐผู้ลงทุนได้เข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว รัฐผู้รับการลงทุนจะให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนนั้นไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐที่สาม

4.1.2 ข้อบท MFN clause กับเจตนาทำคำสนอง (Acceptance) ของรัฐภาคี



นอกจากข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะมีสถานะเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอของรัฐภาคีฝ่ายที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว ในขณะเดียวกัน ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนยังเปรียบเสมือนการแสดงเจตนาทำคำสนอง (Acceptance) ของรัฐภาคีฝ่ายที่เป็นรัฐผู้ลงทุนว่า หากรัฐผู้รับการลงทุนได้ให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนรัฐที่สามอื่นในลักษณะที่เป็นคุณกว่าที่รัฐผู้ลงทุนได้รับ รัฐผู้ลงทุนจะรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นด้วย

4.1.3 เจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกันตามหลัก Pacta sunt servanda



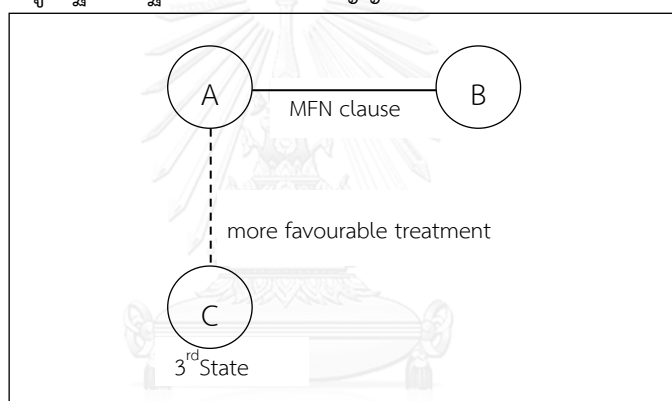
เมื่อคำเสนอของรัฐผู้รับการลงทุนและคำสนองของรัฐผู้ลงทุนถูกต้องตรงกันสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ลงทุนจึงมีผลผูกพันรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายให้ต้องเคารพและปฏิบัติตามข้อตกลง MFN clause ในสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda¹⁶⁷ ดังนั้น รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายในฐานะของรัฐผู้รับการลงทุนและ

¹⁶⁷Corten and Klein, Vol.1 p. 662.

รัฐผู้ลงทุนจะต้องไม่ละเมิดข้อตกลงตามบทบัญญัติ MFN clause ในสนธิสัญญา โดยจะต้องไม่ให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนรัฐที่สามอื่นใดในลักษณะที่เป็นคุณกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่กัน

4.1.4 เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่นทำให้รัฐภาคีอีกฝ่ายกลายเป็นรัฐสาม

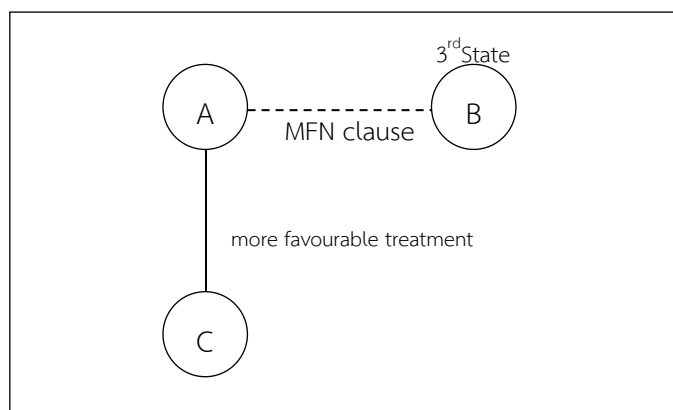
จากบทบัญญัติมาตรา 2 (h)¹⁶⁸ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 “รัฐที่สาม” (Third State) หมายถึง รัฐที่ไม่ใช่รัฐภาคีในสนธิสัญญา ดังนั้น คำว่ารัฐที่สามในบริบทของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause นั้นจึงสามารถพิจารณาได้สองกรณี กรณีแรกหากพิจารณาจากในมุมของสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause เป็นหลัก หากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่น รัฐที่ได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นย่อมอยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause ยกตัวอย่างเช่น



หากรัฐ A ทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause กับรัฐ B เท่ากับรัฐ A และรัฐ B ต่างผูกพันตนภายใต้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาซึ่งตนเป็นภาคีที่จะต้องให้การปฏิบัติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของกันและกันไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐอื่น ดังนั้นหากรัฐ A ได้ให้การปฏิบัติกับนักลงทุนหรือการลงทุนในลักษณะที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐ C ซึ่งไม่ใช่คู่ภาคีในสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause รัฐ C ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าจากรัฐ A นั้นย่อมอยู่ในฐานะรัฐที่สามในสายตาของรัฐ A กับรัฐ B ซึ่งเป็นรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause นั้นเอง

แต่ในขณะเดียวกันกรณีที่เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ได้ให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนรัฐอื่นในลักษณะที่เป็นคุณกว่า ย่อมมีผลทำให้รัฐภาคีอีกฝ่ายที่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นกลายเป็นรัฐที่สามในสายตาของรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้น ยกตัวอย่างเช่น

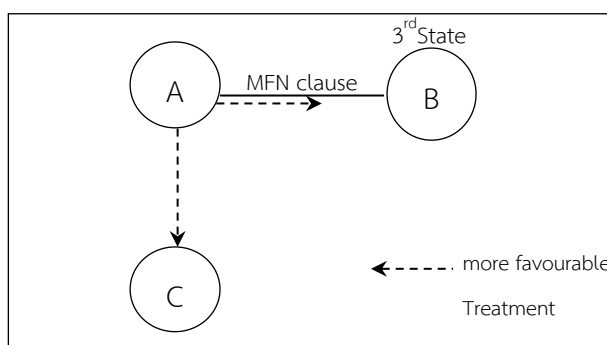
¹⁶⁸Vienna Convention on the Law of Treaties., Article 2 (h) “Third State” A State that not a party to a treaty.



หากรัฐ A ทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause กับรัฐ B เท่ากับรัฐ A และรัฐ B ต่างผูกพันตนภายใต้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาซึ่งตนเป็นภาคีที่จะต้องให้การปฏิบัติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของกันและกันไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐอื่น ดังนั้นหากรัฐ A ได้ให้การปฏิบัติกับนักลงทุนหรือการลงทุนในลักษณะที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐ C เมื่อนั้น รัฐ B ย่อมกลายเป็นรัฐที่สามในสายตาของสนธิสัญญาระหว่างรัฐ A และรัฐ C ที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั่นเอง

4.1.5 ผลข้อบท MFN clause ทำให้รัฐภาคีฝ่ายที่กลายเป็นรัฐที่สามมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าซึ่งเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นได้

เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่น ทำให้รัฐภาคีอีกฝ่ายกลายเป็นรัฐที่สามแล้ว ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนดังกล่าว มีผลทำให้รัฐภาคีจะต้องให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าตามสนธิสัญญาอื่นนั้นแก่รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย หรือกล่าวในอีกมุมหนึ่งได้ว่ารัฐภาคีฝ่ายที่ได้กลายเป็นรัฐที่สามนั้น สามารถรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่น เนื่องด้วยผลของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคีนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น



หากรัฐ A ทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause กับรัฐ B เท่ากับรัฐ A และรัฐ B ต่างผูกพันตนภายใต้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาซึ่งตนเป็นภาคีที่จะต้องให้การปฏิบัติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของกันและกันไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐอื่น ดังนั้นหากรัฐ A ได้ให้การปฏิบัติกับนักลงทุนหรือการลงทุนในลักษณะที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐ C เมื่อนั้น รัฐ B ย่อมกลายเป็นรัฐที่สามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐ A และรัฐ C โดยที่รัฐ B ในฐานะรัฐที่สามนี้จะต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลจากสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย โดยผลจากข้อบท MFN clause นั้นเอง

กล่าวโดยสรุปว่า ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ทำให้รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีกับรัฐอื่นที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่า สามารถใช้ข้อบทดังกล่าวรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเช่นนั้น อันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นแม้ว่าตนไม่ใช่รัฐภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวได้ ดังนั้น ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงเป็นข้อบทที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามได้ นั้นเอง

4.2 ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม กรณีข้อบท MFN clause อยู่ภายใต้หลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt.

ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 ว่าหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt¹⁶⁹ หรือหลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา นั้นเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของการทำสนธิสัญญาที่สอดคล้องกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta sunt servanda กล่าวคือสนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันแก่เฉพาะรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่ได้แสดงเจตนายินยอมผูกพันตนตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาย่อมไม่อาจก่อให้เกิดผลผูกพันแก่รัฐอื่นที่ไม่ใช่ภาคีในสนธิสัญญาไปได้ เช่นเดียวกับการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ซึ่งอยู่ภายใต้หลักบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา Pacta tertiis nec nocent nec prosunt ดังนี้

4.2.1 สนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวไม่อาจมีผลใดๆ ต่อรัฐที่สามได้

การที่ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน มีผลทำให้เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่น รัฐภาคีฝ่ายที่ได้รับ

¹⁶⁹Christine, p. 25-26.

การปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นจึงอยู่ในฐานะรัฐที่สามที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นนั้นได้ด้วย ซึ่งในการที่รัฐที่สามจะได้สิทธิประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่นนี้ จะต้องอาศัยฐานหรือบ่อเกิดแห่งสิทธิจากสนธิสัญญาส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause หรือเรียกว่า (Basic treaty) ซึ่งตนเป็นภาคีอยู่เป็นฐานเสมอ หากปราศจากซึ่งสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคีเป็นฐาน ลำพังเพียงแค่นสนธิสัญญาอื่นที่มีการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียว ไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ใดๆ แก่รัฐที่สามได้เลย ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่ว่าบุคคลที่สามไม่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา Pacta tertiis nec nocent nec nosunt นั้นเอง ดังเช่น ในคดี Anglo Iranian Oil¹⁷⁰ ระหว่างสหราชอาณาจักร และอิหร่าน (United Kingdom v. Iran) ซึ่งสหราชอาณาจักรได้อ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่าง สหราชอาณาจักร กับอิหร่าน เพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าที่ประเทศอิหร่านได้ไปให้แก่รัฐอื่นในสนธิสัญญาอื่น ซึ่งในคดีนี้ศาลได้กล่าวว่าสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause นั้นเป็นฐานสนธิสัญญาซึ่งสร้างความเชื่อมโยงทางกฎหมาย (juridical link) ระหว่างสหราชอาณาจักร และสนธิสัญญาอื่นและส่งผ่านสิทธิในสนธิสัญญาอื่นดังกล่าวมายังสหราชอาณาจักรนั้น ซึ่ง Schwarzenberger ได้กล่าวว่า MFN clause นั้นไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt แต่เป็นการกล่าวอ้างซึ่งหลักการดังกล่าว¹⁷¹ กล่าวคือ ลำพังเพียงสนธิสัญญาอื่นที่มีข้อบทหรือการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวโดยปราศจากสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause ที่รัฐผู้รับประโยชน์นั้นเป็นภาคีเป็นฐานแล้ว สนธิสัญญาดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใดๆ แก่รัฐผู้รับประโยชน์ (ในคดีนี้ก็คือสหราชอาณาจักร) ได้ตามหลัก ‘res inter alios acta’ นั้นเอง¹⁷²

4.2.2 ข้อบท MFN clause เป็นการแสดงเจตนาตกลงกันเพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่น

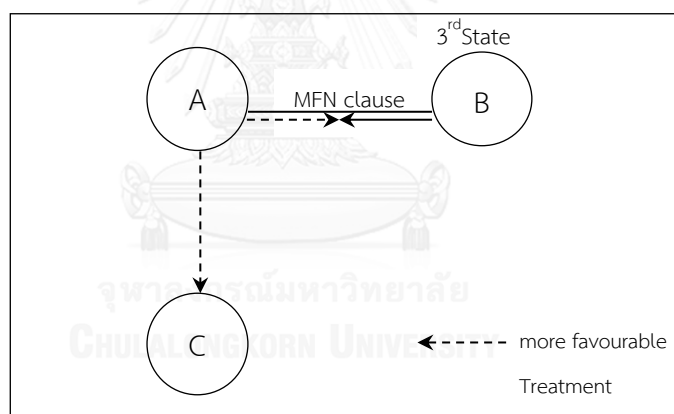
ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในข้างต้นว่าผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่นในสนธิสัญญาอื่น รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในสนธิสัญญาที่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า

¹⁷⁰Anglo-Iranian Oil Company case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, 1952 ICJ Rep. 93, 109 (Judgment of 22 July).

¹⁷¹Christine, p. 36, footnote 61.

¹⁷²Anglo-Iranian Oil Company case, *supra* note 6, at 109.

นั้นจะกลายเป็นรัฐที่สามที่จะต้องได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นนั้นด้วย¹⁷³ แต่ทั้งนี้ตามหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* นั้น สนธิสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดทั้งหน้าที่หรือสิทธิแก่รัฐที่สามได้ ส่งผลให้ลำพังเพียงแค่สนธิสัญญาอื่นที่มีการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวไม่อาจก่อให้เกิดผลใดๆ แก่รัฐที่สามได้ ซึ่งการที่รัฐที่สามจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นโดยอาศัยผลจากข้อบท MFN clause นี้ รัฐที่สามได้แสดงเจตนาตกลงกับรัฐภาคีอีกฝ่ายในการที่จะรับสิทธิประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นจากการที่รัฐภาคีอีกฝ่ายในสนธิสัญญาได้ให้การปฏิบัติที่ดีกว่าแก่รัฐอื่นในสนธิสัญญาอื่น ผ่านการบัญญัติข้อบท MFN clause ไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคี กล่าวคือ ข้อบท MFN clause ทำหน้าที่เป็นจุดเชื่อมโยงทางกฎหมาย (*juridical link*) ในการที่จะทำให้สนธิสัญญาอื่นที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำกับรัฐอื่นที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นสามารถมีผลมายังรัฐภาคีฝ่ายที่กลายเป็นรัฐที่สามของสนธิสัญญาดังกล่าวได้ โดยหากเกิดกรณีที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่นในสนธิสัญญาอื่น รัฐภาคีอีกฝ่ายที่อยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาที่เป็นคุณดังกล่าว มีเจตนาที่จะรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลจากสนธิสัญญาอื่นนั้นด้วย



ดังนั้น กรณีการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ภาคีอีกฝ่ายที่อยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาดังกล่าวย่อมได้รับผลจากสนธิสัญญาอื่นนั้นตามที่ได้มีการตกลงกันเพื่อรับผลของสนธิสัญญาดังกล่าวล่วงหน้าไว้ในข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคี ลำพังสนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวหากไม่มีการตกลงกันรับผลของสนธิสัญญาดังกล่าวในข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาหลักแล้ว สนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าดังกล่าวย่อมไม่อาจมีผลใดๆ แก่รัฐที่สามได้เลย ซึ่งสอดคล้องกับหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ที่ว่า สนธิสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดทั้งหน้าที่ หรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สามได้นั่นเอง

¹⁷³Corten and Klein, Vol.1 p. 930, para. 2.

4.3 ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause เป็นคนละระบบ (regime) กับกรณีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

แม้ว่าข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม ซึ่งสอดคล้องกับหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt ที่ว่าสนธิสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ แก่รัฐที่สามดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามกรณีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามจากผลของข้อบท MFN clause ดังกล่าว มีความแตกต่างจากกรณีของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณี หรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามทุกๆ ไป ดังที่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ดังนี้

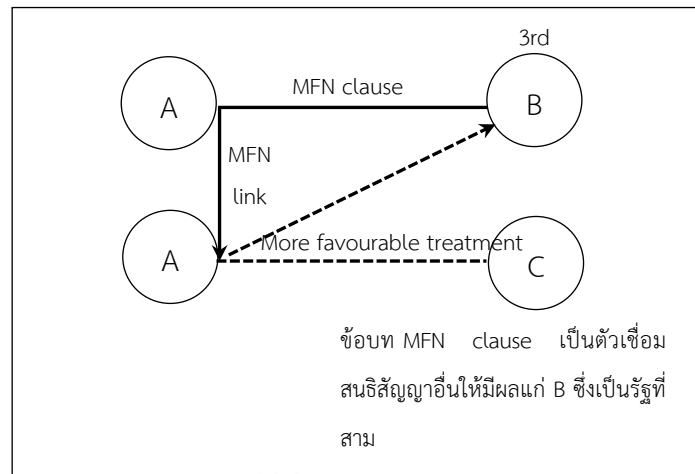
4.3.1 ประเด็นเรื่องบ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สาม

บ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 มาตรา 35 และมาตรา 36 เรื่องสนธิสัญญาที่ให้สร้างพันธกรณี หรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามนั้น¹⁷⁴ พันธกรณีหรือสิทธิของรัฐที่สามนั้นเกิดจากสนธิสัญญาอื่นที่รัฐที่สามไม่ได้เป็นภาคีโดยตรง โดยสนธิสัญญาดังกล่าวรัฐภาคีได้กำหนดพันธกรณีหรือสิทธิให้กับรัฐที่สามไว้ในสนธิสัญญานั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause เพราะสิทธิของรัฐที่สามกรณีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause นั้น เกิดจากตัวสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคีอยู่เอง ไม่ได้เกิดจากตัวสนธิสัญญาที่ให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐที่สามนั้นแต่อย่างใด¹⁷⁵ ดังที่ได้อธิบายไปข้างต้นว่า กรณีของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause นั้นทำให้เมื่อรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause ได้ไปให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่น รัฐภาคีฝ่ายที่ได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่านั้นจึงอยู่ในฐานะรัฐที่สามที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นนั้นได้ด้วย ซึ่งในการที่รัฐที่สามจะได้สิทธิประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่นนี้ จะต้องอาศัยฐานหรือบ่อเกิดแห่งสิทธิจากสนธิสัญญาส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause หรือเรียกว่า (Basic treaty) ซึ่งตนเป็นภาคีอยู่เป็นฐานเสมอ หากปราศจากซึ่งสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคีเป็นฐาน ลำพังเพียงแค่สนธิสัญญาอื่นที่มีการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ใดๆ แก่รัฐที่สามได้เลย

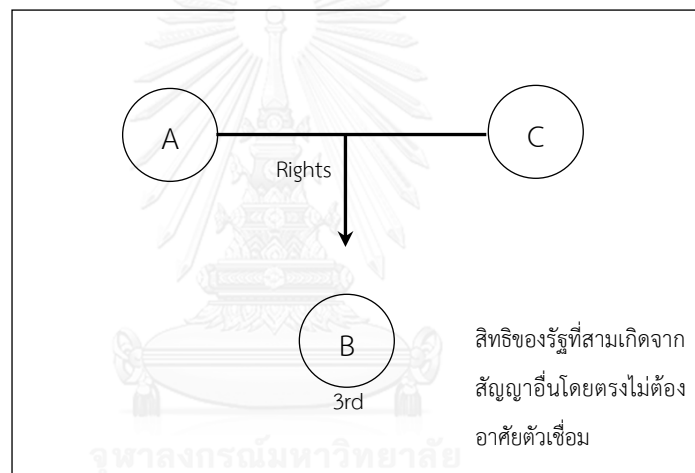
¹⁷⁴Ibid.

¹⁷⁵Renisch, p. 65.

กรณีข้อบท MFN clause



กรณีสนธิสัญญาอื่นทั่วไป

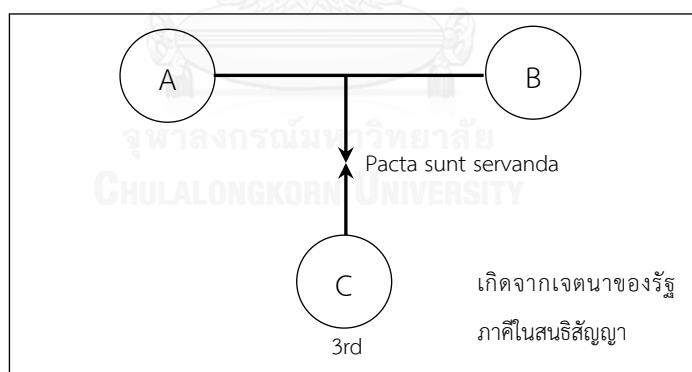


กล่าวโดยสรุปคือ สนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามโดยทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 35 และมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น บ่อเกิดแห่งสิทธิหรือพันธกรณีของรัฐที่สามนั้นเกิดจากตัวสนธิสัญญาอื่นที่รัฐที่สามนั้นไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าว ที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นมีเจตนาที่จะสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามโดยตรง แต่ในกรณีของ MFN clause นั้น บ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สามนั้นเกิดจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ซึ่งรัฐที่สามนั้นเป็นภาคี โดย MFN clause ทำหน้าที่เสมือนจุดเชื่อมโยงทางกฎหมาย (juridical link) ที่ทำให้สนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ทำแก่รัฐอื่นในลักษณะที่เป็นคุณกว่ามีผลแก่รัฐที่สามนั้นผ่านข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคี สิทธิประโยชน์ของรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ไม่ได้เกิดจากสนธิสัญญาอื่นที่มีข้อบทหรือการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเองโดยลำพังแต่อย่างใด

4.3.2 เจตนาของรัฐภาคีในการกำหนดพันธกรณี หรือให้สิทธิแก่รัฐที่สาม

ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ไม่ว่าจะป็นกรณีของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สามตามมาตรา 35 หรือสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สามตามมาตรา 36 องค์ประกอบหรือเงื่อนไขสำคัญที่สนธิสัญญาเหล่านี้จะต้องมีและขาดไปเสียมิได้ในการที่จะให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม นั่นก็คือเจตนาของรัฐภาคีทุกฝ่ายที่ได้ให้ไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าวนั้น โดยการกำหนดให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สาม หากปราศจากซึ่งเจตนาเช่นว่านี้แล้ว บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นไม่อาจก่อให้เกิดพันธกรณี หรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สาม และรัฐที่สามเองย่อมไม่อาจอ้างสิทธิประโยชน์ใดๆ จากบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นได้ ซึ่งเจตนาดังกล่าวจะต้องปรากฏขึ้นในรูปของบทบัญญัติเฉพาะที่แสดงออกถึงเจตนาของรัฐภาคีดังกล่าวนั้น หากเจตนาของรัฐภาคีเช่นว่านี้ยังไม่แน่นอนหรือยังคลุมเครือ ย่อมไม่อาจก่อให้เกิดพันธกรณีใดๆ แก่รัฐที่สาม (กรณีมาตรา 35) หรือไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ใดๆ แก่รัฐที่สามได้¹⁷⁶ (กรณีมาตรา 36) และเมื่อรัฐที่สามได้มีเจตนายินยอมรับพันธกรณี หรือสิทธิดังกล่าวแล้ว พันธกรณีหรือสิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวที่รัฐภาคีและรัฐที่สามได้แสดงเจตนาต้องตรงกันนั้นจึงจะมีผลผูกพันทั้งรัฐภาคีและรัฐที่สามให้ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวในสนธิสัญญาตามหลัก *Pacta sunt servanda* และหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ดังที่ปรากฏในแผนภาพ

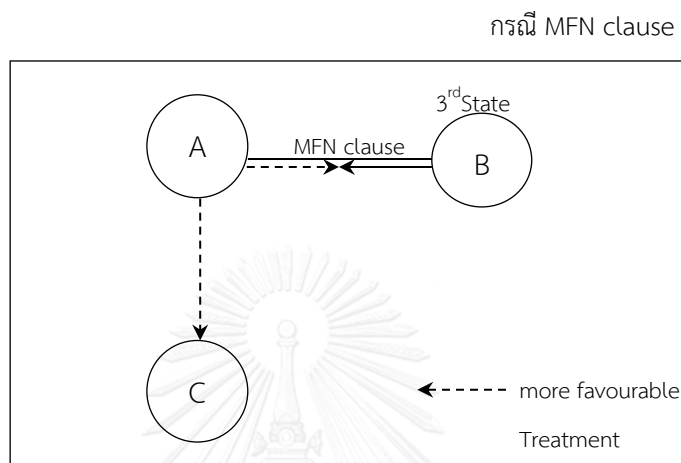
กรณีสนธิสัญญาอื่นทั่วไป



แตกต่างจากผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน กล่าวคือ สิทธิตามสนธิสัญญาซึ่งก็คือการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่า (more favourable treatment) ที่มีผลไปยังรัฐที่สามนั้น เกิดจากเจตนาของรัฐภาคีฝ่ายที่ได้ทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ไว้กับรัฐที่สามเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น รัฐภาคีอีกฝ่ายหรือรัฐภาคีฝ่ายอื่นที่เหลือในสนธิสัญญาที่มีบทบัญญัติที่เป็นคุณดังกล่าว (กรณีสนธิสัญญา Bilateral หรือกรณีสนธิสัญญา Multilateral) ไม่ได้มีเจตนาให้บทบัญญัติ

¹⁷⁶Corten and Klein, Vol.1 p. 932.

ในสนธิสัญญามีผลแก่รัฐที่สามแต่อย่างไร อีกทั้ง เจตนาของรัฐภาคีที่จะให้บทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามนั้น รัฐภาคีฝ่ายที่มีเจตนาดังกล่าวก็ได้แสดงเจตนาให้ไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ระหว่างรัฐภาคีนั้นกับรัฐที่สาม เจตนาดังกล่าวไม่ได้แสดงออกให้ไว้ในตัวของบทบัญญัติหรือสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามเองแต่อย่างไร ดังที่ปรากฏในแผนภาพ



กล่าวโดยสรุปได้ว่าลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause นั้นมีความแตกต่างจากพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ปรากฏอยู่ทั่วไป ทำให้ดูเหมือนว่าลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause ที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามได้นั้นขัดกับหลักการพื้นฐานที่ว่าบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* แต่หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วจะเห็นได้ว่า การทำงานของข้อบท MFN clause นั้นสอดคล้องและเป็นกรกล่าวอ้างซึ่งหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ดังกล่าว กล่าวคือรัฐที่สามที่จะได้รับผลซึ่งก็คือการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่ดีกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ก็ต่อเมื่อจะต้องมีฐานจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ที่ตนเป็นรัฐภาคีเสมอ ดังที่ศาลในคดี *Anglo-Iranian Oil Company* กล่าวว่ MFN clause ทำหน้าที่เป็น *juridical link* ในการเชื่อมให้รัฐผู้รับประโยชน์สามารถใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับสิทธิประโยชน์จากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายทำกับรัฐอื่น โดยที่ลำพังสนธิสัญญาอื่นที่มีบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่านั้นเพียงอย่างเดียวไม่อาจมีผลใดๆ แก่รัฐที่สามได้¹⁷⁷ เนื่องจากรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่เป็นคุณกว่านั้นไม่ได้มีเจตนาใดๆ ที่จะให้บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาให้สิทธิประโยชน์ใดๆ แก่รัฐที่สามโดยตรงแต่อย่างไร¹⁷⁸ หรืออาจกล่าวได้ว่าสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากผลของข้อบท MFN clause นั้นไม่ได้มีบ่อเกิดหรือถูกสร้างขึ้น

¹⁷⁷ Stephen Fietta, "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties : A Turning Point?," *Latham&Watkins* (2005): p. 132.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 930, para.2.

โดยสนธิสัญญาอื่นที่มีการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่า หากแต่เป็นสิทธิที่มีอยู่แล้วในสนธิสัญญาพื้นฐาน (Basic treaty) ที่บรรจุข้อบท MFN clause ดังกล่าวไว้แน่นอนเอง ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นนี้เองทำให้ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงไม่ใช่กรณีที่อยู่ในขอบเขตเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามที่มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ในส่วนที่ 4 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969¹⁷⁹ และแม้ว่าผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause รัฐภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ดังกล่าวจะต้องพึงตระหนักอยู่เสมอว่าสนธิสัญญาของตนนั้นอาจมีผลกระทบโดยอ้อม (Indirect effect) ไปยังรัฐที่สามได้โดยอาศัยข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนของรัฐที่สามอื่นๆ นั้นเป็นภาคีอยู่ก็ตาม¹⁸⁰ แต่อย่างไรก็ดีผลกระทบโดยอ้อมที่อาจเกิดขึ้นแก่รัฐที่สามดังกล่าวนี้ก็เกิดขึ้นโดยมิใช่เจตนา (unintentional)¹⁸¹ แต่เป็นผลกระทบโดยอ้อมที่เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามจากคุณสมบัติหรือลักษณะพิเศษของข้อบท MFN clause เป็นตัวเชื่อมโยงสนธิสัญญาเข้าด้วยกันนั่นเอง

ตารางสรุปความแตกต่างกรณีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969
กับกรณีผลจากข้อบท MFN clause

กรณีอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969	กรณี MFN clause
- บ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สามเกิดจากเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่เกิดผลแก่รัฐที่สาม	- บ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สามเกิดจากสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause ที่รัฐที่สามเป็นภาคีเองในการตกลงที่จะรับผลประโยชน์จากสนธิสัญญาอื่น
- เจตนาดังกล่าวให้ไว้ในสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สาม	- รัฐภาคีในสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามไม่ได้มีเจตนาให้บทบัญญัติในสนธิสัญญามีผลไปยังรัฐที่สามแต่อย่างใด
- บทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นมีผลในการสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามโดยตรง	- บทบัญญัติในสนธิสัญญามีผลไปยังรัฐที่สามโดยอ้อม (Indirect effect) ต้องอาศัยข้อบท MFN clause ระหว่างรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งที่ทำกับรัฐที่สามเป็นตัวเชื่อม (juridical link)

¹⁷⁹Renisch, p. 65.

¹⁸⁰Draft Article on Most-favoured-nation clauses, ILC report, supra note 1, at 26.

¹⁸¹Radi, p. 759.

บทที่ 5

ปัญหาเรื่องขอบเขตในการที่รัฐที่สามปรับใช้ข้อบท MFN clause

เพื่อรับบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่น

ในทุกวันนี้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ส่วนใหญ่จะมีการบรรจุข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งหรือ MFN Clause ไว้ในสนธิสัญญา ซึ่ง MFN Clause เป็นข้อบทที่กำหนดให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาจะต้องให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนของรัฐที่สามอื่นใด ด้วยเหตุนี้ MFN Clause จึงเปรียบเสมือนตัวเชื่อมสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเข้าด้วยกัน โดยการที่ทำให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาหนึ่งจะต้องจัดให้มีการปฏิบัติแก่นักลงทุนของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายในลักษณะที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้จัดให้แก่นักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาอื่น แต่อย่างไรก็ตามถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติ MFN Clause ในแต่ละสนธิสัญญามีความแตกต่างกันมากมายหลากหลายรูปแบบ ซึ่งความหลากหลายนี้เองเป็นผลทำให้ขอบเขตและการขยายความของการคุ้มครองตามข้อบทดังกล่าวสามารถเป็นไปได้หลากหลายทิศทางเมื่อเปรียบเทียบสนธิสัญญาหนึ่งกับอีกสนธิสัญญาหนึ่งและเกิดปัญหาขึ้นตามมาว่าขอบเขตของการที่รัฐที่สามจะใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ตนเป็นภาคีอยู่เพื่อรับการปฏิบัติที่ดีกว่าอันเป็นผลจากสนธิสัญญาอื่นที่ตนมิใช่ภาคีนั้นมีแค่ไหนอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในลำดับถัดไป

5.1 ปัญหาการปรับใช้ข้อบท MFN clause กับการปฏิบัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive provision)

แม้จะเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม กรณีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause นั้น รัฐที่สามสามารถอ้างข้อบทดังกล่าวในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตน เพื่อรับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive provision) ที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ หากเข้าหลักเกณฑ์ที่ว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาอื่นนั้นเป็นคุณกว่าบทบัญญัติที่รัฐที่สามนั้นได้รับ (more favourable treatment) และบทบัญญัติเช่นว่านั้นจะต้องเป็นเรื่องเดียวกัน หรือประเภทเดียวกันกับบทบัญญัติที่รัฐที่สามได้รับด้วยตามหลัก ejusdem generis แต่ทั้งนี้ก็เชื่อว่ารัฐที่สามจะสามารถใช้ข้อบท MFN clause ดังกล่าวเพื่อรับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่ดีกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ทุกประเภทของบทบัญญัติสารบัญญัติไม่

บทบัญญัติประเภทสารบัญญัติบางอย่าง รัฐที่สามก็ไม่อาจใช้ข้อบท MFN clause ในการกล่าวอ้างเพื่อรับบทบัญญัติดังกล่าวจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ได้ เช่นกรณีดังต่อไปนี้

5.1.1 การปรับใช้ MFN clause กับเวลาการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา (entry into force)

การที่รัฐที่สามจะอ้าง MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับเอาบทบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับเวลาการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาอื่นมาใช้ นั้น เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับเวลาการมีผลใช้บังคับของสัญญา หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขเวลาต่างๆ ที่อยู่ในสนธิสัญญา ถือเป็นเรื่องที่เป็นแก่นหรือเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้นๆ ซึ่งจะต้องมีการเจรจาตกลงกันผ่านเจตนายินยอมของรัฐภาคีทุกฝ่าย ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องของเงื่อนไขเวลาหรือระยะเวลาที่มีผลใช้บังคับของสนธิสัญญานั้นจะเชื่อมโยงกับอีกหลายๆ เรื่องในสนธิสัญญาเกี่ยวเนื่องกันไปหมด ดังนั้นหากมีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวย่อมจะส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติในเรื่องอื่นๆ หรือส่งผลกระทบต่อเรื่องอื่นๆ ในสนธิสัญญาเป็นวงกว้าง ดังนั้น บทบัญญัติประเภทนี้จึงไม่ควรที่จะถูกแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงได้จากการใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติเกี่ยวกับเวลาการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาอื่น¹⁸² ดังนั้น แม้บทบัญญัติเรื่องเวลาการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาจะถือเป็นบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติอย่างหนึ่งเช่นกัน แต่รัฐที่สามก็ไม่อาจแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวในสนธิสัญญาพื้นฐาน (Basic treaty) ของตนโดยอาศัยช่องทางการใช้ MFN clause เพื่ออ้างบทบัญญัติในเรื่องเวลาการมีผลใช้บังคับจากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายทำกับรัฐอื่นได้

โดยในเรื่องนี้ได้มีคำวินิจฉัยของ ICSID ได้กล่าวไว้ในคดีระหว่าง TECMED กับประเทศเม็กซิโก (TECMED v. Mexico 2003)¹⁸³ ซึ่งผู้ร้องพยายามที่จะหาช่องทางในการที่จะใช้สิทธิเรียกร้องย้อนหลังโดยการใช้ข้อบท MFN clause เพื่อที่จะนำบทบัญญัติเรื่องเวลา *ratione temporis* ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างออสเตรเลียและเม็กซิโก (the Australia – Mexico BIT) มาใช้โดยมุ่งหมายเพื่อที่จะให้สิทธิเรียกร้องจากการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนระยะเวลาที่สนธิสัญญาระหว่าง TECMED กับเม็กซิโกมีผลบังคับใช้ (entry into force) ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาท ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า

“ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการมีผลบังคับใช้หรือเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาในสนธิสัญญานั้น เกี่ยวข้องกับเวลาในการมีผลบังคับใช้ของบทบัญญัติสารบัญญัติอื่นๆ

¹⁸²UNCTAD, p. 60-61.

¹⁸³*Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/03/6, Award, 29 May 2003.

บทบัญญัติในสนธิสัญญา มากกว่าปัญหาในเรื่องวิธีพิจารณาความหรือเขตอำนาจในการพิจารณาคดี ด้วยเหตุผลสำคัญดังกล่าวปัญหาในเรื่องนี้จึงเป็นแกนหลักที่จะต้องได้รับการเจรจาตกลงกันเป็นการเฉพาะเจาะจงจากรัฐภาคี สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยที่จะต้องกำหนดโดยเจตนาของรัฐภาคีในการยอมรับข้อตกลงตามสัญญา ขณะเดียวกันปัญหานี้ยังเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงโดยตรงกับการกำหนดการมีผลบังคับใช้ของการให้ความคุ้มครองประเภทสารบัญญัติที่ให้นักลงทุนต่างชาติ รวมถึงยังเกี่ยวเนื่องกับการเข้ามาในระบบของการคุ้มครองการลงทุนในสนธิสัญญาของนักลงทุนต่างชาติอีกด้วย ดังนั้นการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่สามารถที่จะถูกลดทอนด้วยหลักการใน MFN clause ได้”¹⁸⁴

เช่นเดียวกับในคดี MCI กับเอกวาดอร์ (MCI v. Ecuador 2007)¹⁸⁵ ซึ่งผู้ร้องได้ขอให้ Tribunal วินิจฉัยให้เปลี่ยนแปลงระยะเวลาชั่วคราวในการปรับใช้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเพื่อรวมข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นก่อนระยะเวลาที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ โดยผู้ร้องขอให้ Tribunal พิจารณาสนธิสัญญาระหว่างอาร์เจนตินากับเอกวาดอร์ (Argentina v. Ecuador BIT 1994) ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาของรัฐที่สาม ซึ่ง Tribunal ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าวโดยยืนยันตามเหตุผลของฝ่ายเอกวาดอร์ที่ยึดตามแนวคำวินิจฉัยในคดี TECMED กับแม็กซิโกซึ่งเคารพในหลักการที่ว่าสนธิสัญญาไม่มีผลย้อนหลัง (Non-retroactivity of the BIT) และไม่อาจปรับใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาของสัญญาได้

5.1.2 การปรับใช้ MFN clause กับบทบัญญัตินิยามของนักลงทุนหรือการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา

การที่รัฐที่สามจะอ้าง MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับเอาบทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามของนักลงทุนหรือการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาอื่นมาใช้นั้น ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากแม้บทบัญญัติเรื่องนิยามของนักลงทุนหรือการลงทุน จะถือเป็นบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive provision) อย่างหนึ่งในสนธิสัญญาซึ่ง โดยหลักแล้วบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติเป็นที่ได้รับการยอมรับกันว่าอยู่ในขอบเขตกลไกการทำงานของ MFN clause ในการที่จะรับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ได้ก็ตาม แต่บทบัญญัติเรื่องนิยามของนักลงทุนหรือการลงทุนนั้น เป็นบทบัญญัติ

¹⁸⁴Ibid., para. 69.

¹⁸⁵M.C.I. Power Group L.C. and New Urbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award ,

ซึ่งถือเป็นแก่นในการกำหนดว่าใครหรือสิ่งใดที่อยู่ในขอบเขตความตกลงที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาซึ่งจะต้องเกิดจากเจตนาในการตกลงกันของรัฐภาคีเป็นตัวกำหนด การแก้ไขเปลี่ยนแปลงขอบเขตความตกลงดังกล่าวย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยสนธิสัญญาซึ่งเกิดจากเจตนาของรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายเช่นเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อบท MFN clause แล้ว ข้อบท MFN clause นั้นเป็นเพียงแค่บทบัญญัติย่อยบทหนึ่งซึ่งเป็นลักษณะของการให้ความคุ้มครองเพียงข้อหนึ่งที่บรรจุไว้ในสนธิสัญญาเท่านั้น ดังนั้น หากไม่เข้าใจเงื่อนไขแรกโดยเป็นบุคคลหรือการลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองหรือมีสิทธิหน้าที่ใดๆ จากสนธิสัญญาแล้ว ย่อมไม่อาจได้รับประโยชน์หรือความคุ้มครองใดๆ จากบทบัญญัติ MFN clause ซึ่งเป็นเพียงหนึ่งในบทบัญญัติให้ความคุ้มครองในสนธิสัญญานั้นได้เลย ดังนั้นการที่รัฐที่สามจะอ้างบทบัญญัติ MFN clause เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติสารบัญญัติประเภทคำนิยามของการลงทุนหรือนักลงทุนโดยนำบทบัญญัตินิยามจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ เพื่อให้การลงทุนหรือนักลงทุนที่พิพาท ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะไม่อาจเป็นผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามข้อบท MFN clause มาตั้งแต่ต้น

โดยในเรื่องนี้มีคำวินิจฉัยไว้ในคดีระหว่าง Societe Generale กับสาธารณรัฐโดมินิกัน (Societe Generale v. Dominican Republic)¹⁸⁶ ในคดีนี้รัฐโดมินิกัน ได้โต้แย้งว่า Tribunal ไม่มีอำนาจในการพิจารณาให้การลงทุนที่ไม่อยู่ในความตกลงภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างผู้ร้องกับรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งก็คือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโดมินิกันกับประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1999 (the Dominican Republic-France BIT 1999) โดยผู้ร้องได้ให้เหตุผลว่า ถึงแม้ว่าคำนิยามในการลงทุน (investment definition) ที่มีอยู่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโดมินิกันกับฝรั่งเศสจะไม่รวมถึงการลงทุนตามที่มีกรณีพิพาทก็ตาม แต่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่สาธารณรัฐโดมินิกันได้ทำกับรัฐอื่นนั้น (the DR-CRAFTA 2004) ได้มีการให้คำนิยามของการลงทุนที่รวมถึงการลงทุนพิพาทดังกล่าวด้วย บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นคุณกว่าบทบัญญัติเรื่องนิยามของการลงทุนที่ผู้ร้องได้รับในสนธิสัญญา จึงอาศัย MFN clause ในการที่จะอ้างบทนิยามในสนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้กับตนด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ Tribunal ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า

“ในแต่ละสนธิสัญญาได้มีการกำหนดไว้แล้วว่าการลงทุนใดที่จะได้รับการพิจารณาให้ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาและใครบ้างที่จะเป็นผู้ได้รับความคุ้มครอง

¹⁸⁶ *Societe Generale v. The Dominican Republic*, LCAI Case No. UN7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction.

เหล่านั้น และการกำหนดนิยามเหล่านั้นจะสามารถเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่โดยการแก้ไขสนธิสัญญาเท่านั้น ดังนั้น ในสถานการณ์นี้ จึงไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องกล่าวถึงบทบัญญัติเฉพาะอย่าง MFN clause ในสนธิสัญญา เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวจะสามารถปรับใช้แก่เฉพาะการปฏิบัติที่ให้แก่การลงทุนที่ได้มีการกำหนดนิยามไว้ในสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ไม่ได้มีไว้เพื่อปรับใช้กับบทนิยามของการลงทุนเองแต่อย่างใด”¹⁸⁷

ด้วยเหตุผลดังกล่าวอนุญาโตตุลาการต่างๆ จึงได้พิเคราะห์ออกมาเป็นเหตุผลทางกฎหมายพื้นฐานว่าในการที่จะอ้างบทบัญญัติ MFN clause นั้น เบื้องต้นจะต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิในการที่จะอ้างฐานจากสนธิสัญญานั้นได้ก่อน หรือกล่าวอีกทางหนึ่งได้ว่าอันดับแรกคือจะต้องสามารถใช้ตัวสนธิสัญญาหลักได้ผ่านบทบัญญัติเรื่องขอบเขตและคำนิยามในการบังคับใช้สนธิสัญญาเสียก่อน หากผ่านลำดับแรกนี้ไปได้แล้วรัฐผู้รับประโยชน์จาก MFN clause จึงจะสามารถอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาเพื่อมองหาบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้¹⁸⁸

5.1.3 การปรับใช้ MFN clause เพื่อกำจัดบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่มีอยู่ในสนธิสัญญา

โดยหลักแล้วรัฐที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause ที่มีอยู่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายทำกับรัฐอื่นได้ หากบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่านั้นเป็นเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกันกับการปฏิบัติที่รัฐที่สามได้รับ ซึ่งเป็นไปตามหลัก Ejusdem generis นั่นเอง ซึ่งลักษณะเช่นนี้ทำให้ต้องอาศัยการเปรียบเทียบกันระหว่างการปฏิบัติที่เกิดขึ้นสองการปฏิบัติในเรื่องเดียวกันว่าการปฏิบัติใดดีกว่าหรือด้อยกว่าอย่างไร แต่การที่รัฐที่สามใช้ข้อบท MFN clause ในการกำจัดบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่ตนได้รับจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนโดยอ้างว่าบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติดังกล่าวนี้ไม่มีอยู่ในการปฏิบัติที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ให้แก่รัฐอื่นในสนธิสัญญาอื่น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามีการปฏิบัติสองการปฏิบัติในเรื่องเดียวกันให้นำมาเปรียบเทียบกันได้ การใช้ MFN clause มากล่าวอ้างเพื่อกำจัดบทบัญญัติดังกล่าวจึงอยู่นอกเหนือหลักการการทำงานของข้อบท MFN clause การกล่าวอ้าง MFN clause ในลักษณะนี้จึงไม่อาจกระทำได้

ซึ่งกรณีที่รัฐที่สามอาศัย MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อกำจัดบทบัญญัติในสนธิสัญญาพื้นฐาน (Basic treaty) ที่ไม่เป็นคุณแก่ตนออกไป โดยอ้าง

¹⁸⁷ Ibid., para. 41.

¹⁸⁸ UNCTAD, p. 62.

เหตุผลที่ว่าบทบัญญัติที่ไม่เป็นคุณดังกล่าวไม่ได้ถูกบรรจุไว้ในสนธิสัญญาอื่น (สนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีอีกฝ่ายกับรัฐอื่น) ซึ่งการไม่มีซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเข้าเงื่อนไขของข้อบท MFN clause ในการที่รัฐภาคีไปให้การปฏิบัติแก่รัฐอื่นซึ่งเป็นคุณกว่า ได้มีการวินิจฉัยไว้ในคดีระหว่าง CMS กับอาร์เจนตินา (CMS v. Argentina 2007)¹⁸⁹ ซึ่งผู้ร้องได้พยายามที่จะเลี่ยงการปรับใช้ the emergency exception clause ซึ่งมีอยู่ในสนธิสัญญาพื้นฐาน กล่าวคือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกาและอาร์เจนตินา (the United States-Argentina BIT) โดย Tribunal ได้วินิจฉัยว่าข้อบท MFN clause ไม่ได้มีบทบาทหน้าที่ในการกำจัดบทบัญญัติดังเช่นที่ผู้ร้องพยายามกล่าวอ้าง โดยได้กล่าวว่า

“การที่มีบทบัญญัติที่ปรากฏในสนธิสัญญาอื่นซึ่งเป็นการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่นักลงทุนประเด็นโต้แย้งดังกล่าวจึงจะทำให้กลไกการทำงานของข้อบท MFN clause เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามการที่ไม่ปรากฏซึ่งบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งในสนธิสัญญาอื่นไม่อาจนำไปสู่ประเด็นโต้แย้งตามกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause ได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวไม่อยู่ในขอบเขตภายใต้หลักที่ว่าด้วยเรื่องเดียวกันตาม Ejusdem generis แต่อย่างใด”¹⁹⁰

ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวนำไปสู่บทสรุปที่ว่า การไม่ปรากฏซึ่งบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งในสนธิสัญญาอื่น ไม่สามารถที่จะใช้ข้อบท MFN clause เพื่อยกเลิกหรือกำจัดซึ่งบทบัญญัติที่มีอยู่ในสนธิสัญญาพื้นฐานได้ นั่นเอง

5.2 การปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติประเภทวิธีสับัญญัติหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Provision)

หลักการของข้อบท MFN Clause ทำให้รัฐภาคีต้องมีการปฏิบัติต่อกันในลักษณะที่การปฏิบัตินั้นจะต้องไม่ด้อยกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐที่สาม ในขณะที่เดียวกันหากรัฐภาคีฝ่ายใดไปให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญากับรัฐอื่น รัฐภาคีฝ่ายที่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นก็จะกลายเป็นรัฐที่สามของสนธิสัญญาที่มีข้อบทหรือได้รับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั่นเอง ซึ่งหลักการในข้อนี้ทำให้เกิดความมีเสถียรภาพและมั่นคงสำหรับรัฐภาคีทั้งฝ่ายของผู้ลงทุนและฝ่ายของรัฐผู้รับการลงทุน ในฝั่งของผู้ลงทุนก็จะทำให้แน่ใจได้ว่ารัฐผู้ลงทุนเหล่านี้จะไม่ถูกขับออกจากระบบเศรษฐกิจด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐผู้รับการลงทุนไปให้การปฏิบัติที่ดีกว่าแก่รัฐที่สาม ส่วนทางฝั่งของรัฐผู้รับการลงทุนก็จะมีควม

¹⁸⁹ CMS Gas Transmission Company v. The Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

¹⁹⁰ Ibid., p. 377.

สะดวกสบายตรงที่ว่าพวกเขาสามารถบริหารจัดการการลงทุนระหว่างประเทศในประเทศของเขาเอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องเสียเวลาในการเจรจาข้อตกลงกันใหม่ในทุกครั้ง ซึ่งด้วยเหตุผลนี้เองเป็นเหตุให้ MFN Clause ถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามสิ่งซึ่งมักจะเกิดขึ้นตามมาอยู่บ่อยครั้งนั้นก็คือการตีความที่ผิดพลาดและการปรับใช้ข้อบท MFN Clause อย่างไม่ถูกต้อง แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันมายาวนานว่าการปฏิบัติตามข้อบท MFN Clause นั้นหมายถึงบทบัญญัติที่เป็นสารบัญญัติ (Substantive Provisions)¹⁹¹ ที่อยู่ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน เช่นการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม Fair and equitable treatment การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ National treatment การโอนกิจการเป็นของรัฐและค่าชดเชย Expropriation and compensation การโอนผลประโยชน์ตอบแทนกลับประเทศ Free Transfer เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามยังมีประเด็นที่ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่ารัฐที่สามที่จะอ้างข้อบท MFN Clause เพื่อรับการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่ดีกว่าจากสนธิสัญญาอื่นนั้นรวมถึงในเรื่องของการระงับข้อพิพาทด้วยหรือไม่ (Dispute settlement provisions) ตัวอย่างของบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่รัฐที่สามพยายามที่จะนำ MFN Clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนมาปรับใช้ เช่น การไม่มีบทบัญญัติหรือมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการตั้งอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาท การใช้กฎเกณฑ์ในการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration rules) การมีข้อกำหนดของ Exhaustion of local remedies ก่อนที่จะมีการตั้งอนุญาโตตุลาการ การยกเว้นการอนุญาโตตุลาการถ้าได้มีการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศแล้ว (Local remedies) หรือกรณีที่มี Cooling period ก่อนที่จะอนุญาตให้มีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งสำหรับคำตอบของประเด็นปัญหาในเรื่องนี้นั้นสามารถแบ่งออกได้ตามรูปแบบของลักษณะการบัญญัติข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ดังนี้

5.2.1 กรณี MFN clause ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท

กรณีที่ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่ามีเจตนาให้ใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทด้วยนั้น เท่ากับเจตนาของรัฐภาคีได้ระบุชัดแจ้งแล้วว่าการปฏิบัติที่รัฐภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่บรรจุข้อบท MFN clause นี้ได้ประกันให้แก่กันนั้นรวมถึงการปฏิบัติประเภทวิธีสบัญญัติ หรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทในการลงทุนด้วย ทำให้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ลักษณะเช่นนี้ย่อมสามารถปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement provision) ได้ด้วย ดังนั้น ในกรณีนี้นอกจากบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่

¹⁹¹Parker, p. 34.

เป็นคุณกว่าแล้ว รัฐภาคีในสนธิสัญญาที่เปรียบเสมือนรัฐที่สามในสายตาของสนธิสัญญาอื่นย่อมสามารถอาศัยฐานจากข้อบท MFN clause ดังกล่าวในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับผลจากข้อบทประเภทวิธีสบัญญัติหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายทำกับรัฐอื่นมาใช้กับตนได้ด้วยตัวอย่างของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบท MFN clause ในลักษณะนี้ เช่น ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่กับไอร์แลนด์เหนือและสาธารณรัฐโมแซมบิกสำหรับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน¹⁹² มาตรา 3 (3)¹⁹³ ซึ่งได้มีการบัญญัติข้อบท MFN clause ว่า “เพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดข้อสงสัยในกรณีนี้จึงยืนยันว่าการปฏิบัติที่ให้ตาม (1) และ (2) ของมาตรานี้ให้ใช้บังคับกับบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 11 ของสนธิสัญญานี้” ดังนั้นหมายความว่าข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาย่อมใช้บังคับรวมถึงมาตรา 9¹⁹⁴ ของสนธิสัญญาที่เป็นเรื่องของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีคู่สัญญาด้วยนั่นเอง

5.2.2 กรณี MFN clause ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท

กรณีที่ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) ก็เช่นเดียวกันกับหลักการที่ได้อธิบายในข้างต้นว่ากรณีที่ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าเจตนาไม่ให้นำไปใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทด้วยนั้น เท่ากับเจตนาของรัฐภาคีได้ระบุชัดแจ้งแล้วว่าการปฏิบัติที่รัฐภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่บรรจุข้อบท MFN clause นี้ได้ประกันให้แก่กันนั้น ไม่รวมถึงบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทในการลงทุน ทำให้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบท MFN clause ลักษณะนี้ย่อมไม่สามารถปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติประเภทวิธีสบัญญัติหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทได้ (Dispute Settlement provision) ซึ่งเป็นไปตามหลักเจตนาของรัฐภาคีในสนธิสัญญา ดังนั้น หากนอกเหนือไปจากบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่เป็นคุณกว่าแล้ว รัฐภาคีในสนธิสัญญาที่เปรียบเสมือนรัฐที่สามในสายตาของสนธิสัญญาอื่นย่อมไม่สามารถอาศัยฐานจากข้อบท MFN clause ดังกล่าวในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติประเภทวิธีสบัญญัติ

¹⁹²“Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Mozambique for the Promotion and Protection of Investments ”.

¹⁹³Ibid., Article 3 National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) of this Article shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”

¹⁹⁴Ibid., Article 9 Disputes between the Contracting Parties.

หรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายทำกับรัฐอื่นมาใช้กับตนได้ ตัวอย่างของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบท MFN clause ในลักษณะนี้ อาทิเช่น ข้อตกลงเสรีทางการค้าระหว่างสาธารณรัฐโดมินิกัน อเมริกากลาง และ สหรัฐอเมริกา¹⁹⁵ ซึ่งมีข้อห้ามการใช้ MFN treatment กับการกระทำที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization Dispute Settlement actions)

5.2.3 กรณี MFN clause ไม่ได้ระบุว่าใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทหรือไม่

กรณีที่ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาไม่ได้ระบุว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทหรือไม่ เป็นรูปแบบของการบัญญัติข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผลใช้บังคับอยู่ในทุกวันนี้มากที่สุด และกล่าวได้ว่ารูปแบบการบัญญัติข้อบท MFN clause ในลักษณะนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและการปรับใช้ของข้อบท MFN clause มากที่สุดก็ว่าได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเด็นปัญหาที่ว่าข้อบท MFN clause ที่มีรูปแบบการบัญญัติในลักษณะนี้รัฐภาคีจะสามารถยกข้อบท MFN clause ดังกล่าวในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนขึ้นกล่าวอ้างเพื่อรับบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่อยู่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐภาคีอีกฝ่ายทำกับรัฐอื่น ส่งผลให้ตนซึ่งอยู่ในฐานะรัฐที่สามได้รับผลจากสนธิสัญญาที่มีข้อบทระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าทั้งที่ตนไม่ใช่รัฐภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งประเด็นปัญหาเรื่องที่ว่ารัฐที่สามสามารถอาศัยฐานจากข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) จากสนธิสัญญาอื่นได้หรือไม่นั้นมีความเห็นทางกฎหมายในมุมมองที่แตกต่างกัน แบ่งออกเป็น 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ

1. เห็นว่าข้อบท MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทได้ อย่างเช่นในคดี *Maffezini v. Spain*, *Siemens v. Argentina*, *RosInvest v. Russian Federation*, and *Renta 4 v. Russian Federation* ที่ได้มีแนวคำวินิจฉัยว่า MFN clause สามารถปรับใช้ได้ทั้งกับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติและบทบัญญัติประเภทวิธีสบัญญัติในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนซึ่งรวมถึงกรณีของบทบัญญัติระงับข้อพิพาทด้วย

2. เห็นว่าข้อบท MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท เช่นในคดี *Salini v. Jordan*, *Plama v. Bulgaria*, *Vladimir Berchader v. Russian Federation*, and *Wintershall v. Argentina* ที่ได้มีแนวคำวินิจฉัยในการที่จะปฏิเสธการปรับใช้

¹⁹⁵"Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement."

MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท¹⁹⁶ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายถึงแนวความคิดเห็นทั้งสองแนวทาง พร้อมทั้งเหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

5.2.3.1 เหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้

คำวินิจฉัยแรกที่เปรียบเทียบเหมือนจุดเริ่มต้นในการวินิจฉัยว่ารัฐที่สามารถใช้ MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ทำกับรัฐอื่นได้ นั่นก็คือคำวินิจฉัยในคดี *Maffezini v. Spain (2000)*¹⁹⁷ ซึ่งในคดีนี้เป็นครั้งแรกที่ผู้ร้องได้ใช้ MFN Clause จากสนธิสัญญาพื้นฐานเพื่อที่จะใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท โดย Maffezini เป็นนักลงทุนชาวอาเจนติน่าที่เปิดกิจการเกี่ยวกับบริษัทในประเทศสเปน ได้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของ ICSID ในคดีนี้สเปนในฐานะของรัฐผู้รับการลงทุนได้ปฏิเสธไม่ยอมรับเขตอำนาจในการพิจารณาของ ICSID โดยอ้างว่า Maffezini ไม่ได้ปฏิบัติตาม Article X ของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างอาเจนติน่าและสเปน (Argentina-Spain BIT 1991) ซึ่งจะอนุญาตให้นำคดีข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ เฉพาะกรณีที่ศาลภายในประเทศได้วินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวแล้วและไม่สามารถที่จะระงับข้อพิพาทได้ หรือกรณีที่ระยะเวลาได้ล่วงเลยไปกว่า 18 เดือน แล้วแต่อย่างใดจะถึงกำหนดก่อน แต่ Maffezini อ้างว่าระยะเวลา 18 เดือนดังกล่าว (Procedural cooling period) นี้ไม่อาจใช้บังคับกับผู้ร้องได้ เนื่องจาก MFN Clause ในสนธิสัญญาพื้นฐานนั้นอนุญาตให้ผู้ร้องสามารถใช้ข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาระหว่างสเปนกับชิลี (Chile – Spain BIT) ซึ่งไม่มีระยะเวลา Cooling period ซึ่งบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวเป็นคุณกว่าบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาที่ผู้ร้องได้รับ ซึ่งอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า กระบวนการในการระงับข้อพิพาทนั้นมีความเกี่ยวเนื่องกับการให้ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น จึงอนุญาตให้ Maffezini ดำเนินการตามข้อเรียกร้องได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คืออนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่าข้อบท MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) ได้ ซึ่งต่อมาในกรณีพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่รัฐที่สามได้มีการอ้างข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นในอีกหลายๆ คดีได้มีการยึดแนวคำวินิจฉัยจากคดี *Maffezini v. Spain (2000)* โดยวินิจฉัยให้รัฐที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause รับ

¹⁹⁶Thulasidhass, p.9.

¹⁹⁷Emilio Agustin Maffezini v.The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000.

บทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ อาทิเช่น ในคดี *Siemens v. Argentina* (2004), *Camuzzi v. Argentina* (2005) *Gas Natural v. Argentina* (2005), *Telefonica v. Argentina* (2006) *Suez et al. v. Argentina* (2006), *National Grid v. Argentina* (2006), *RosInvest v. Russia* (2007), *Renta 4 v. Russia* (2009), *Hochtief v. Argentina* (2011)¹⁹⁸ โดยมีเหตุผลสนับสนุนแนวทางการวินิจฉัยดังกล่าว ดังนี้

ก. การระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติต่อการลงทุน

เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยของคดีพิพาททางการลงทุนที่เห็นว่า MFN clause สามารถใช้ครอบคลุมถึงกรณีบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้นั้น เหตุผลที่สำคัญก็คือเห็นว่าการระงับข้อพิพาทถือหนึ่งในการปฏิบัติต่อการลงทุนได้ (Treatment of Investment) หากถ้อยคำที่ใช้ในข้อบท MFN clause นั้นกว้างพอที่จะถูกตีความให้เป็นเช่นนั้น¹⁹⁹ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่ารูปแบบของการบัญญัติข้อบท MFN clause ในแต่ละสนธิสัญญาอาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละสนธิสัญญาได้ ซึ่งกรณีที่ข้อบท MFN clause ไม่ได้มีการระบุชัดเจนว่าให้ใช้กับการปฏิบัติประเภทใดบ้างหรือว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทด้วยหรือไม่ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยการตีความคำว่า “การปฏิบัติ” (Treatment) ในข้อบท MFN clause ดังกล่าวว่าหมายความถึงสิ่งใดบ้างและมีขอบเขตแค่ไหนอย่างไร และเมื่อข้อบท MFN clause เป็นบทบัญญัติหนึ่งในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ซึ่งเป็นหนึ่งในประเภทของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น ในการตีความข้อบทยกข้อย่อมต้องอาศัยหลักในการตีความตามหลักกฎหมายในเรื่องของการตีความสนธิสัญญาในทางกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน²⁰⁰ ซึ่งหลักกฎหมายเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาที่เป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศนั้นก็คือ หลักการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969²⁰¹ ที่กำหนดให้การตีความสนธิสัญญาให้ตีความด้วยความสุจริต (good faith) ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำ (terms) แห่งสนธิสัญญาในบริบท (context) ของถ้อยคำเช่นว่านั้นและโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ (object) และความมุ่งประสงค์ (purpose) แห่ง

¹⁹⁸ นาดินรินทร์ จันทร์งาม, "การหลีกเลี่ยงวิธีพิจารณาความที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติโดยอาศัยข้อกำหนดว่าด้วยชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งในการโอนถ่ายการลงทุนระหว่างประเทศ: มุมมองจากคดี *Daimler V. Argentina*," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ปีที่ 41 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2555) (2555): หน้า 759-60.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Thulasidhass, p. 14.

²⁰¹ "Vienna Convention on the Law of Treaties."

Article 31 General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

สนธิสัญญานั้นด้วย²⁰² ดังนั้นในกรณีข้อบท MFN clause ที่มีการบัญญัติถ้อยคำของคำว่า “การปฏิบัติ” ไว้อย่างกว้างๆ เป็นการทั่วไป เช่น ใช้คำว่า Treatment, All treatments, All matters เหล่านี้ เมื่อประกอบกับหลักการตีความสนธิสัญญาดังกล่าวจึงสามารถตีความได้ว่า การระงับข้อพิพาทย่อมเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติตามนัยแห่งข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญานั้นด้วย ดังนั้นหากรัฐที่สามใช้ข้อบท MFN clause ที่มีรูปแบบของการบัญญัติในลักษณะอย่างกว้าง เพื่อรับเอาบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้กับตนย่อมสามารถกระทำได้

ในคดี Maffezini²⁰³ เป็นคดีแรกที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยให้ ผู้ร้องซึ่งเป็นนักลงทุนชาวประเทศอาร์เจนตินาซึ่งอยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาระหว่างสเปนกับชิลี (Chile-Spain BIT) สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาของตน (Argentina-Spain BIT) รับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาจากสนธิสัญญาระหว่างสเปนกับชิลี (Chile-Spain BIT) ที่ให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวนำข้อพิพาทขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศได้เลยโดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลา cooling period 18 เดือน เนื่องจากในสนธิสัญญาระหว่างอาร์เจนตินากับสเปนนั้นได้มีการบัญญัติข้อบท MFN clause ว่า “In all matters subject to this agreement, this treatment shall be not less favourable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country.”²⁰⁴ ซึ่งอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวได้ตีความคำว่า In all matters subject นั้นมีความหมายกว้างและรวมถึงเรื่องของการระงับข้อพิพาทด้วย ดังนั้นในคดีนี้จึงสามารถปรับใช้ MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้

นอกจากคดี Maffezini ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในคดี Siemens²⁰⁵ อนุญาโตตุลาการก็ได้มีการวินิจฉัยให้ผู้ร้องชาวเยอรมันซึ่งอยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาระหว่างอาร์เจนตินาและชิลี (the Chile BIT)²⁰⁶ สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาของตน (Germany-Argentina BIT) รับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาจากสนธิสัญญาระหว่างอาร์เจนตินาและชิลี (the Chile BIT) ที่ให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวนำข้อพิพาทขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศได้เลยโดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลา 18 เดือนได้โดย

²⁰² จุมพต สายสุนทร, หน้า 148.

²⁰³ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000

²⁰⁴ “Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.” Article IV Treatment (2).

²⁰⁵ Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004.

²⁰⁶ Argentina and Chile concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments of, 2 October 1991.

อาศัยแนวทางตามคำวินิจฉัยในคดี Maffezini แม้ว่าข้อบท MFN clause ในคดีพิพาทนี้จะมีลักษณะ ถ้อยคำในการบัญญัติที่แตกต่างจากในคดี Maffezini โดยมีลักษณะของการบัญญัติที่แคบลงมากกว่าก็ตาม²⁰⁷ แต่ Tribunal ก็ยังคงวินิจฉัยให้บทบัญญัติ MFN clause ในสนธิสัญญาระหว่างเยอรมันและ อาร์เจนตินานี้กว้างพอที่จะตีความรวมถึงการระงับข้อพิพาทด้วย²⁰⁸

ข. บทบัญญัติระงับข้อพิพาทถือเป็นบทบัญญัติหนึ่งที่เป็นการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าโดยปกติแล้วรูปแบบของการบัญญัติข้อบท MFN clause ในแต่ละสนธิสัญญาอาจมีความเหมือนกันหรือแตกต่างกันไปตามแต่ละสนธิสัญญาแต่อย่างไรก็ดีภายใต้ความแตกต่างเหล่านั้น ข้อบท MFN clause ล้วนแต่มีจุดมุ่งหมายร่วมกัน นั่นก็คือเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติจากการกีดกันหรือการทำลายโอกาสทางการแข่งขันการลงทุนด้วยเหตุปัจจัยเรื่องเชื้อชาติ (Non-discrimination) ดังนั้น ไม่ว่าถ้อยคำในข้อบท MFN clause แต่ละสนธิสัญญาจะมีความแตกต่างกันอย่างไร แต่ท้ายสุดแล้วต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกันก็คือการให้ความคุ้มครองหรือการประกันการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนต่อนักลงทุนต่างชาตินั้นเอง²⁰⁹ ซึ่งสามารถเห็นได้จากใน อารัมภบท (Preamble) ของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่ที่จะระบุถึงความมุ่งหมายในการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนไว้ ดังนั้น เมื่อจุดมุ่งหมายหลักของสนธิสัญญา ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในทุกฉบับมีเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมให้มีการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น กรณีมีข้อสงสัย การตีความจึงควรจะเป็นไปในทิศทางที่เป็นการให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติ²¹⁰ ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้อนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่รัฐที่สามได้ใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อขยายผลไปปรับสิทธิ

²⁰⁷The relevant MFN clause states: “(1) None of the Contracting Parties shall accord in its territory to the investments of nationals or companies of the other Contracting Parties shall accord in its territory to the investments of nationals or companies of the other Contracting Party or to investments in which they hold shares, a less favorable treatment than the treatment granted to the investments of its own nationals or companies of third States. (2) None of the Contracting Parties shall accord in its territory to nationals or companies of the other Contracting Party a less favourable treatment of activities related to investments than the treatment granted to its own nationals or companies or to nationals and companies of third States...(4) the nationals or companies of each Contracting Party shall enjoy in the territory of the other Contracting Party the treatment of the most favored nation in all matters covered in this Article.”

²⁰⁸Rodriguez, p. 94.

²⁰⁹Ibid., p. 93.

²¹⁰Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*(London: Kulwer Law International 1995), p. 17.

ประโยชน์ที่ดีกว่าในสนธิสัญญาอื่น ไม่ว่าจะเพื่อบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติหรือบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่น หากบทบัญญัตินั้นเป็นคุณหรือให้ประโยชน์ในการคุ้มครองการลงทุนหรือนักลงทุนมากกว่าก็ควรจะตีความไปในทิศทางนั้นเพราะเป็นวัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญานั้นเอง ซึ่งทำให้คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในหลายๆ คดีได้วินิจฉัยไปในทิศทางดังกล่าวว่าสามารถใช้ MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นเพื่อรับบทบัญญัติในระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ โดยถือว่าบทบัญญัติระงับข้อพิพาทถือเป็นบทบัญญัติหนึ่งซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และข้อบท MFN clause อย่างไม่สามารถแยกออกจากกันได้

ดังเช่นในคดี Maffezini ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทนั้นเกี่ยวเนื่องกับหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) ซึ่ง MFN clause สามารถปรับใช้ครอบคลุมหลักการดังกล่าวได้ ดังนั้นทำให้ MFN clause ย่อมสามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้เช่นเดียวกัน ดังที่อนุญาโตตุลาการได้กล่าวไว้ว่า

“เมื่อบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทที่อยู่ในสนธิสัญญาอื่น สามารถนำมาพิจารณาอย่างสมเหตุสมผลได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกับเรื่องหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) ซึ่งเป็นสิ่งที่ MFN Clause สามารถปรับใช้ครอบคลุมไปถึงได้ภายใต้สนธิสัญญาพื้นฐาน (Basic treaty) อันเกี่ยวกับการค้า การเดินเรือ หรือการลงทุน ดังนั้น บทบัญญัติวิธีสบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ MFN Clause สามารถครอบคลุมไปถึงได้”²¹¹

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น อนุญาโตตุลาการในคดี Maffezini จึงสรุปว่า MFN clause สามารถขยายไปยังบทบัญญัติประเภทวิธีสบัญญัติได้ ภายใต้บังคับแห่งข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวนโยบายสาธารณะ (public policy) โดยการนำไปสู่ซึ่งข้อสรุปในคำวินิจฉัยดังกล่าว อนุญาโตตุลาการได้อ้างคำวินิจฉัยในคดี Ambatielos²¹² ว่า

“เป็นเหตุผลที่ดีที่จะกล่าวสรุปว่าในทุกวันนี้ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทนั้น เกี่ยวพันกับการคุ้มครองสิทธินักลงทุนต่างชาติอย่างแยกไม่ออก ทั้งยังเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ค้าภายใต้สนธิสัญญาเกี่ยวกับการค้า”

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหัวใจสำคัญในการวินิจฉัยคดี Maffezini ก็คือข้อสรุปที่ว่า บทบัญญัติการระงับข้อพิพาท เป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนที่ถูบบัญญัติขึ้นภายใต้สนธิสัญญา

²¹¹Maffezini, para. 46.

²¹²The Ambatielos claim, supra note 16, p. 107.

ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ดังนั้น ด้วยคำจำกัดความดังกล่าวบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ด้วยคำจำกัดความดังกล่าวจึงสามารถถูกรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งในข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของ MFN Clause ด้วยนั่นเอง²¹³

การสรุปเกี่ยวกับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทว่ามีลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองนักลงทุนประเภทสารบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้การวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปรับใช้ MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในเวลาต่อมาได้ยึดถือแนวเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดี อย่างเช่นในคดี Siemens case อนุญาโตตุลาการได้กล่าวว่า

“บทบัญญัติระงับข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งของการให้ความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนที่สามารถเข้าถึงโดยข้อบท MFN Clause ได้”²¹⁴

หรือแม้แต่ในคดี AWG อนุญาโตตุลาการก็มีแนวคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไปในทิศทางเดียวกัน โดยอนุญาโตตุลาการได้กล่าวไว้ว่า

“ไม่มีเหตุผลใดที่จะแยกปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออกจากปัญหาอื่นๆ ที่อยู่ภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน”²¹⁵

นอกจากนี้ยังมีอีกหลายๆ คดีที่มีแนวคำวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกัน ได้แก่ คดี National Grid, Plc v. The Argentine Republic (2006) หรือในคดี Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic (2005) หรือในคดี RosInvest Co. UK Ltd. V. The Russian Federation (2007) หรือในคดี Austrian Airlines v. The Slovak Republic (2009)²¹⁶ เป็นต้น ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีเหล่านี้ได้มีแนวคำวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกันนั่นก็คือต่างเห็นว่าบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของข้อบท MFN clause และสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ที่ MFN clause ย่อมสามารถมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงและสามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้

²¹³United Nations, "Annex: Final Report Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause," Report of the International Law Commission sixty-seventy session (2015): p. 167.

²¹⁴Siemens, para. 102.

²¹⁵AWG Group Ltd. V. The Argentina Republic, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (August 2006), para. 59.

²¹⁶United Nations, "Annex: Final Report Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause," p. 168, footnote 95.

5.2.3.2 เหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้

แม้ว่าในคำวินิจฉัยข้อพิพาททางการลงทุนในหลายๆ คดีจะมีแนวคิดและคำวินิจฉัยที่ให้รัฐที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) จากสนธิสัญญาอื่นได้ โดยได้ยึดถือตามแนวคำวินิจฉัยในคดี *Ambatielos case* เป็นแนวทาง ดังเช่นในคดี *Maffezini case* คดี *Siemens case* และคดีอื่นๆ อีกมากมาย แต่ถึงกระนั้นก็ตามนักกฎหมายหลายๆ ท่าน และแนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนอีกในหลายๆ คดีที่มีแนวคิดเห็นต่างว่า MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ โดยมองว่าคำวินิจฉัยในคดี *Maffezini* และคดี *Siemens* หรือในคดีอื่นๆ ที่ได้ยึดแนวคำวินิจฉัยในคดี *Ambatielos* เป็นแนวทางเพื่อวินิจฉัยให้ MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ นั้น เป็นการวินิจฉัยซึ่งมีการตีความผิด (misread) ไปจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคณะอนุญาโตตุลาการในคำวินิจฉัยคดี *Ambatielos* ซึ่งแท้จริงแล้วในคดี *Ambatielos* นั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้ขยายขอบเขตการปรับใช้ข้อบท MFN clause ไปยังข้อบทเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม (administration of justice) ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติประเภทสารบัญญัติอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่ในฐานะบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งแก่นของบทบัญญัติทั้งสองประเภทดังกล่าวนี้มีความแตกต่างกัน โดยในคดี *Ambatielos* คำว่ากระบวนการยุติธรรม (administration of justice) และสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีโดยศาล (access to courts) นั้นถือเป็นบทบัญญัติคุ้มครองประเภทสารบัญญัติ (substantive protection) แต่ในขณะที่เรื่องการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาและการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญานั้นถือเป็นกระบวนการประเภทวิธีบัญญัติ (procedural mechanisms) ซึ่งเป็นคนละประเภทกันโดยสิ้นเชิง²¹⁷ ในคดี *Salini v. Jordan* ได้อธิบายในเรื่องดังกล่าวไว้ดังนี้

“อนุญาโตตุลาการได้ให้ข้อสังเกตว่าในคดี *Ambatielos* นั้น กรีก (Greece) ได้อ้างข้อบท MFN clause ในมุมมองเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของเขา ไม่ใช่การปรับใช้ข้อบท MFN clause เพื่อใช้กับข้อบทในการระงับข้อพิพาท แต่เป็นการปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติในสนธิสัญญาระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศอื่นๆ ประเทศซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าบุคคลในสัญชาติของรัฐนั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความยุติธรรม โดยได้รับสิทธิที่เสมอภาค และเท่าเทียมกัน ซึ่งผลลัพธ์จาก

²¹⁷Thulasidhass, p. 11.

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเป็นการปรับใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทโดยตรงไปได้”²¹⁸

นอกจากนี้ในคดี *Plama v. Bulgaria* ได้มีคำวินิจฉัยสอดคล้องกับความคิดเห็นของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้นว่า

“ในคดี *Ambatielos* เป็นการวินิจฉัยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการคุ้มครองประเภทสารบัญญัติในแง่ที่เกี่ยวกับการไม่ได้รับความยุติธรรมในศาลภายในประเทศ (denial of justice in the domestic courts) ไม่ได้เกี่ยวกับการรับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทของสนธิสัญญาอื่นเข้ามาใช้ในสนธิสัญญาพื้นฐานแต่อย่างใด”²¹⁹

ดังนั้นการยึดแนวคำวินิจฉัยจากคดี *Ambatielos* ดังกล่าวแล้ววินิจฉัยให้ MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติประเภทวิธีสบัญญัติ หรือบทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้นั้น จึงไม่น่าจะเป็นแนวทางการวินิจฉัยที่ถูกต้องนัก ทั้งนี้ เหตุผลต่างๆ ที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาททางการลงทุนได้สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้นั้น มีดังนี้

ก. บทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยผ่านการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีเพื่อหาวิธีการระงับข้อพิพาทเฉพาะในแต่ละสนธิสัญญา

เหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการใช้ MFN clause กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) ประการแรกนั้นคือ บทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยผ่านการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีเพื่อหาวิธีการระงับข้อพิพาทเฉพาะที่เกิดขึ้นในแต่ละสนธิสัญญานั้นๆ กล่าวคือบทบัญญัติระดับข้อพิพาทในแต่ละสนธิสัญญาได้ถูกออกแบบขึ้นผ่านการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้นๆ ว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามสนธิสัญญาเรื่องนี้ก็จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวในรูปแบบที่ระบุนี้ ซึ่งแต่ละสนธิสัญญาก็จะมีลักษณะเฉพาะและมีเจตนาในการระบุรูปแบบการระงับข้อพิพาทซึ่งแตกต่างกันออกไปเฉพาะในแต่ละสนธิสัญญา ดังนั้น จึงไม่อาจใช้ข้อบท MFN clause เพื่อนำบทบัญญัติระดับข้อพิพาทที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเจตนาใช้กับการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาอื่นมาใช้กับอีกสนธิสัญญาหนึ่งไปได้ ดังเช่นคำวินิจฉัยในคดี *Plama v. Bulgaria* ซึ่งสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่เป็นสนธิสัญญา

²¹⁸Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v.The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No.ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, Para 112.

²¹⁹*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No.ARB/03/24, Decision on Jurisdiction. 8 Feb 2005, supra note 33, para. 215.

พื้นฐานทำขึ้นระหว่าง Cyprus – Bulgaria โดยได้มีการเจรจาตกลงกันในขณะที่ Bulgaria อยู่ภายใต้การปกครองระบอบคอมมิวนิสต์ และโดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการปกครองด้วยระบอบคอมมิวนิสต์ย่อมไม่อาจมีการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศได้ ด้วยเหตุนี้ผู้ร้องจึงได้พยายามนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของ ICSID โดยอาศัยช่องทางของ MFN Clause เพื่อนำบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาที่ Bulgaria ได้ทำกับรัฐอื่นมาใช้ ซึ่งในคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าวของผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่า

“บทบัญญัติระงับข้อพิพาทในแต่ละเฉพาะสนธิสัญญา ได้ผ่านการเจรจาตกลงกันด้วยความมุ่งหมายที่จะแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ ดังนั้น จึงไม่อาจที่จะถูกนำไปสันนิษฐานว่ารัฐคู่สัญญาได้ตกลงให้บทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวสามารถขยายผลออกไปโดยการแทนที่ด้วยบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นที่ได้เจรจาตกลงกันในบริบทแวดล้อมที่ต่างออกไปโดยสิ้นเชิงได้”²²⁰

นอกจากคำวินิจฉัยในคดี *Plama v. Bulgaria* ดังกล่าวข้างต้นที่ยืนยันเหตุผลสนับสนุนที่ว่าบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยผ่านการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีเพื่อหาวิธีการระงับข้อพิพาทเฉพาะในแต่ละสนธิสัญญา จึงไม่อาจใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาอื่นมาใช้แทนที่กันได้แล้ว ในคดี *Tecmed v. Mexico*²²¹ อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ผู้ร้องซึ่งอยู่ในฐานะรัฐที่สามอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ทำกับรัฐอื่นเช่นกัน โดยในคดีนี้ผู้ร้องบริษัท *Tecmed* ได้อ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาพื้นฐานเพื่อที่จะนำบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นเพื่อนำมาเลี่ยงบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในสัญญาที่ได้กำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปี โดยอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า

“สำหรับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญานั้น พึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่ารัฐภาคีมีเจตนาที่จะตกลงการระงับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ดังนั้น รัฐภาคีก็ไม่ควรที่จะไปนำเอาบทบัญญัติในข้อตกลงหรือสนธิสัญญาอื่นที่ไม่ได้มีไว้เพื่อการเฉพาะนั้นอีก”

²²⁰*Plama v. Bulgaria*, supra note 33, para. 207.

²²¹*Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May

ข. เจตนายินยอมของรัฐภาคีเป็นเงื่อนไขแห่งเขตอำนาจในการพิจารณา คดีของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction)

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ทราบกันดีว่า เจตนาของรัฐภาคีที่ยอมรับเขตอำนาจในการพิจารณาระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นเป็นเงื่อนไขอันดับแรกที่ต้องมีสำหรับการพิจารณาคดีโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใดๆ หากปราศจากซึ่งเจตนายินยอมของรัฐดังกล่าวศาลหรืออนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นได้²²² อีกทั้งเจตนายินยอมดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนและไม่เป็นที่เคลือบคลุมหรือสงสัยด้วย ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวมาจากหลักพื้นฐานเรื่องอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐนั่นเอง เนื่องจากรัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเท่าเทียมกันซึ่งรัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจไปก้าวล่วงซึ่งอำนาจสูงสุดเช่นว่านั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รัฐที่เข้าสู่กระบวนการดังกล่าวจะต้องยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนลงเพื่อเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ ดังนั้น องค์กรหรือหน่วยงานที่จะมาทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐจะต้องเกิดจากความยินยอมของรัฐคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

เช่นเดียวกับกับกรณีข้อพิพาทในการลงทุนระหว่างประเทศตามสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน การที่จะระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยวิธีการโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศใดๆ ที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนดังกล่าว ย่อมต้องเกิดจากเจตนายินยอมของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ทั้งสองฝ่ายด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งเจตนายินยอมของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงออกโดยผ่านการบัญญัติข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยระบุเจตนาหรือข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไว้ในข้อบทดังกล่าวไว้ หากข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไม่ได้ระบุให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศย่อมไม่อาจมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวได้ หรือในกรณีที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ระบุวิธีการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาดังกล่าวไว้ โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการด้วยองค์กรอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททางการลงทุนองค์กรใดองค์กรหนึ่งไว้ แต่ผู้ร้องหรือรัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาเพื่อรับเอาข้อบทระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีอีกฝ่ายกับรัฐอื่นซึ่งมีการระบุองค์กรหรือหน่วยงานอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทขององค์กรอื่นหรือระบบอื่นไว้ โดยอ้างว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นคุณแก่ตนมากกว่าย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะในกรณีนี้ไม่อาจถือได้ว่ารัฐภาคีมีเจตนายินยอมรับ

²²² จุมพต สายสุนทร, หน้า 438 และ 57.

การอนุญาโตตุลาการในรูปแบบหรือองค์กรดังกล่าวทั้งที่ไม่ได้มีการตกลงยอมรับกันในสนธิสัญญา²²³ ซึ่งในเรื่องนี้อนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยข้อพิพาทในคดี Plama v. Bulgaria ได้ยึดหลักตามเหตุผลดังกล่าวข้างต้น โดยได้วินิจฉัยว่า

“ในทุกวันนี้ การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในการที่จะแก้ไขระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ แต่อย่างไรก็ตามปรากฏการณ์ดังกล่าวไม่อาจหลีกเลี่ยงจากเงื่อนไขบังคับก่อนซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในการอนุญาโตตุลาการไปได้ กล่าวคือ เงื่อนไขในเจตนาตกลงยอมรับกันของรัฐภาคีที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานที่เป็นที่รู้จักกันดีทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศว่าการตกลงยอมรับดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนและไม่เป็นที่สงสัย ซึ่งในกรอบความตกลงของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น ความตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมีขึ้นโดยเจตนายินยอมที่รัฐภาคีได้ให้ไว้แก่กันโดยเฉพาะกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญานั้น และส่งผ่านเจตนาในการตกลงยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมายังนักลงทุนของแต่ละรัฐภาคี หากนักลงทุนของรัฐภาคีดังกล่าวมีความต้องการที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เช่นว่านั้น ดังนั้น หากให้กรณีดังกล่าวสามารถเข้าถึงโดยกลไกการทำงานผ่าน MFN clause อาจส่งผลทำให้เกิดข้อกังขาเรื่องเจตนาของรัฐภาคีในการตกลงยอมรับการอนุญาโตตุลาการได้”²²⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ค. การแทนที่เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือกฎเกณฑ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา หรือก่อตั้งอำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขึ้นมาใหม่นอกเหนือไปจากสนธิสัญญา ทำให้เจตนาของรัฐภาคีเดิมถูกแทนที่ด้วยความพึงพอใจของผู้ลงทุนเอกชนเพียงรายใดรายหนึ่ง

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ผู้ที่จะถือเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ ได้แก่ รัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น เอกชนหรือปัจเจกบุคคลโดยทั่วไปแล้วไม่ถือเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่บางกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาจะกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้กับเอกชนหรือปัจเจกชนนั้นได้²²⁵ ซึ่งในขอบเขตของ

²²³Thulasidhass, p. 13.

²²⁴Plama v. Bulgaria, supra note 33, para. 198-199.

²²⁵จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 182.

สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนซึ่งเป็นเอกชนสามารถใช้สิทธิในการลงทุนตามข้อตกลงในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้นักลงทุนดังกล่าวนี้สามารถนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ตามสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามหลักการเคารพสัญญา *Pacta sunt servanda* ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของสนธิสัญญาทุกฉบับที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น ได้บัญญัติให้สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลบังคับนั้นย่อมผูกพันรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาและรัฐภาคีนั้นจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต²²⁶

ในบริบทของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเมื่อพิจารณาถึงรัฐภาคีคู่สัญญาแล้ว นักลงทุนก็ควรถูกพิจารณาในฐานะของภาคีแห่งสนธิสัญญาซึ่งมีหน้าที่หรือพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าวด้วยความสุจริตเฉกเช่นกัน²²⁷ ดังนั้น หากในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทไว้ โดยกำหนดให้มีการเจรจาไกล่เกลี่ยกันก่อนหรือให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อน หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้แล้วจึงจะมีสิทธินำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในกรณีนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นนักลงทุนของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้พันธกรณีตามสนธิสัญญาที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทตามขั้นตอนและกระบวนการที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาโดยการไกล่เกลี่ยหรือนำคดีสู่การพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในรัฐผู้รับการลงทุนนั้นด้วยความสุจริต มากกว่าการที่จะพิจารณาหาบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณแก่ตนจากสนธิสัญญาอื่นมาแทนที่ บทบัญญัติในสนธิสัญญาของตนเพื่อที่จะไม่ต้องขึ้นศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หรือเพื่อที่จะไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลา 18 เดือน จึงจะมีสิทธิระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วจุดมุ่งหมายของกระบวนการระงับข้อพิพาทนั้นก็เพื่อที่จะส่งเสริมให้มีความกลมกลืนในการทำงานของระบบกฎหมายในการที่จะสามารถแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทได้ตั้งแต่ในชั้นที่ใกล้ชิดแก่เหตุพิพาทนั้นมากที่สุด นั่นจึงเป็นเหตุผลที่ส่วนใหญ่แล้วในสนธิสัญญาจึงมักจะระบุให้มีการเจรจาไกล่เกลี่ยกันก่อนในเบื้องต้นหากเกิดกรณีพิพาทเกิดขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น กรณีบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนดังกล่าว จึงไม่ใช่เป็นแค่เพียงแบบฟอร์มหรือระยะเวลารอคอยที่จะไปสู่วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นเพียงเท่านั้น²²⁸ ดังนั้น หากปล่อยให้ผู้ร้องในคดีพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งโดยมากมักจะเป็นนักลงทุนต่างชาติ

²²⁶"Vienna Convention on the Law of Treaties.", Article 26

²²⁷Thulasidhass, p. 13.

²²⁸Ibid.

สามารถอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาเพื่อรับผลจากสนธิสัญญาอื่น โดยนำข้อบทหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้แทนบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่ได้มีการระบุไว้ในสนธิสัญญาพื้นฐาน การกระทำดังกล่าวเท่ากับเป็นการแทนที่เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือแทนที่กฎเกณฑ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา หรือก่อตั้งอำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขึ้นมาใหม่ นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา ทำให้เจตนาของรัฐภาคีเดิมถูกแทนที่ด้วยความพึงพอใจของผู้ลงทุนเอกชนรายใดรายหนึ่งอันนำไปสู่ปัญหาของการ Treaty shopping หรือการเลือกข้อบทจากสนธิสัญญาอื่นตามความพึงพอใจของเอกชนรายใดรายหนึ่งแทนที่จะถือเจตนาของรัฐภาคีคู่สัญญาซึ่งเป็นแก่นสำคัญในการทำสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกัน

โดยในอนุญาโตตุลาการในคดี Salini Case²²⁹ ได้วินิจฉัยเรื่องนี้ไว้ ซึ่งผู้ร้องในคดีนี้พยายามที่จะนำข้อเรียกร้องขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID แต่ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ใช้บังคับนั้นระบุให้ข้อพิพาททั้งหมดที่เกิดขึ้นตามสนธิสัญญาจะระงับโดยกระบวนการของศาลภายในรัฐผู้รับการลงทุน (Local courts) เท่านั้น แต่ผู้ร้องได้อ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนของตน โดยกล่าวว่าสนธิสัญญาอื่นที่ประเทศจอร์แดนซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ลงนามเป็นภาคีไว้ก่อนอนุญาโตตุลาการให้มีการระงับข้อพิพาทโดย ICSID ได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นคุณกว่าบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาที่ผู้ร้องได้รับ ผู้ร้องจึงจะประสงค์ที่จะใช้ข้อบท MFN clause เพื่อนำวิธีระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าดังกล่าวมาใช้กับกรณีของตนด้วย ซึ่งในการวินิจฉัยคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวพาดพิงถึงคำวินิจฉัยในคดี Maffezini ว่า การวินิจฉัยให้นำบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ได้เช่นนั้น ทำให้เกิดความไม่แน่นอนและยุ่งยากซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาของการ Treaty shopping ด้วย และยังได้กล่าวอีกว่า สำหรับข้อพิพาทในคดีนี้เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 3 ของสนธิสัญญาระหว่างอิตาลีและจอร์แดนซึ่งเป็นสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ใช้บังคับนั้น ไม่ได้แสดงถึงเจตนาของรัฐภาคีที่จะให้ข้อบทใดๆ ขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปยังบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้เลย จึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าถ้อยคำในข้อบท MFN clause ดังกล่าวนั้นครอบคลุมไปถึงการใช้บังคับกับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทด้วยแต่อย่างใด อีกทั้งผู้ร้องไม่สามารถที่จะเสนอข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการเห็นได้ว่า รัฐภาคีนั้นมีเจตนาที่จะให้ MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงวินิจฉัยว่าผู้ร้องไม่อาจอ้างข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ได้²³⁰

²²⁹SaliniCostruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v.The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No.ARB/02/13, Deciesion on Jurisdiction, 29 November 2004.

²³⁰Rodriguez, p. 94.

ง. เป็นการปฏิเสธศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับ การลงทุนว่าไม่มีความน่าเชื่อถือในการจัดซื้อพิพาท

การยอมรับให้ปรับใช้ MFN clause กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้นั้นอาจนำไปสู่การไม่ยอมรับหรือปฏิเสธอำนาจศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนว่าไม่มีความน่าเชื่อถือในการจัดซื้อพิพาทได้²³¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่บทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาพื้นฐานได้มีการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อน หากพ้นระยะเวลา 18 เดือน แล้วจึงจะมีสิทธิยื่นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ดังเช่นคำวินิจฉัยในคดี Maffezini และในคดี Siemens ดังที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้นว่า ทั้งสองคดีดังกล่าวอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้ผู้ร้องในฐานะรัฐที่สามารถอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาพื้นฐานที่ตนเป็นภาคี รับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ทำกับรัฐอื่นได้ โดยบทบัญญัติระดับข้อพิพาทดังกล่าวทำให้ผู้ร้องสามารถนำข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ทันทีโดยไม่ต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในรัฐผู้รับการลงทุนและต้องรอให้พ้นระยะเวลา 18 เดือนจากนั้นเสียก่อน²³² ซึ่งการวินิจฉัยในทิศทางดังกล่าวเท่ากับเป็นการสนับสนุนให้ผู้ร้องซึ่งก็คือนักลงทุนต่างชาติให้ไม่ต้องยอมรับเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทภายในรัฐผู้รับการลงทุนโดยการใช้ข้อบท MFN clause เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธเขตอำนาจในการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ ทั้งที่รัฐภาคีได้มีเจตนาตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าวและตกลงยอมรับกันไว้ในสนธิสัญญาแล้ว ซึ่งทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นใช้การไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นการไม่ยอมรับหรือปฏิเสธความน่าเชื่อถือในการพิจารณาโดยองค์กรระงับข้อพิพาทภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนดังกล่าวนั่นเอง

ซึ่งจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นทำให้มีหลายๆ ประเทศที่แสดงเจตนาไม่ยอมรับอำนาจในการพิจารณาคดีโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนับตั้งแต่เวลาเริ่มต้นในการทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เช่น กรณีประเทศอินเดียได้มีการตั้งข้อสงวนไม่ยอมรับเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเครือจักรภพแห่งประชาชาติ (Commonwealth countries)²³³ ซึ่งในเวลา

²³¹Thulasidhass, p. 11.

²³²Ibid., p. 11, footnote 25.

²³³Ibid.

ต่อมาได้มีการหยิบยกข้อสงวนดังกล่าวขึ้นมากล่าวอ้างในคดี The Aerial incident²³⁴ ในการพิจารณา คดีของ ICJ หลังสงคราม Kargil war ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เป็นหนึ่งในตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าเหตุผล ของการที่ประเทศเหล่านี้ได้มีการตั้งข้อสงวนในประเด็นนี้ไว้ เนื่องจากการที่สนธิสัญญาส่งเสริมและ คัดกรองการลงทุนระหว่างอินเดียและปากีสถาน (India – Pakistan BIT) ได้กำหนดให้มีกระบวนการ ระบุข้อพิพาทสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาใดๆ ด้วยวิธีการทางศาลภายในประเทศของ รัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น ก็เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทที่ให้การคุ้มครองนักลงทุนของรัฐภาคี แต่ละฝ่ายนั้นกลับกลายเป็นการกระทำที่เป็นการลดค่าหรือทำให้เป็นที่เสื่อมเสียเกียรติแก่ศาล ภายในประเทศของรัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเนื่องจากการแทนที่องค์กรดังกล่าวด้วยองค์กรระบุ ข้อพิพาทระหว่างประเทศ ดังนั้น ด้วยเหตุผลข้างต้นนี้ทำให้บทบัญญัติระบุข้อพิพาทในสนธิสัญญา ดังกล่าวจึงไม่สามารถใช้ MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติระบุข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นเพื่อที่จะ นำไปสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้

จ. วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่มุ่งหมายเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนไม่ได้เป็นเครื่องสะท้อนซึ่งเจตนารมณ์ของทุกบทบัญญัติในสนธิสัญญา เสมอไป

แม้วัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อที่จะส่งเสริมและให้ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนเป็นสำคัญ ซึ่งวัตถุประสงค์ เหล่านี้สามารถเห็นได้จากแทบทุกอารัมภบทในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่จะต้อง มีการกล่าวถึงความมุ่งหมายนี้ไว้เสมอ แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายที่จะให้ ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนดังกล่าว ไม่ได้เป็นเครื่องสะท้อนซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐภาคีใน ทุกบทบัญญัติของสนธิสัญญาเสมอไป ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน (Public order), การสาธารณสุข (Public health), ความมั่นคงระหว่างประเทศ (international security) หรือมาตรการฉุกเฉิน (emergency measure) เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติ เหล่านี้ถูกแทรกเข้าไปอยู่ในสนธิสัญญาในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของการปรับใช้สนธิสัญญามากกว่า ที่จะเป็นการส่งเสริมซึ่งวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายตามสนธิสัญญา²³⁵ ดังนั้น การที่จะใช้ ข้อสันนิษฐานว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะต้องตีความไปในทิศทาง

²³⁴Case concerning the Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India), Jurisdiction of the Court, Judgement of 21 June 2000, [2000] ICJ Reports, p. 12.

²³⁵Thulasidhass, p. 16.

ตามเจตนารมณ์ของสนธิสัญญา กล่าวคือ ความมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน เป็นหลักในทุกบทบัญญัติจึงไม่ถูกต้อง

เช่นเดียวกับบทบัญญัติระดับข้อพิพาทในสนธิสัญญา ที่ความมุ่งหมายของ บทบัญญัติดังกล่าวนั้นก็คือ ความมุ่งหวังที่จะระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นจากสนธิสัญญานั้น ดังนั้น การตีความบทบัญญัติระดับข้อพิพาทดังกล่าวโดยยึดหลักแต่เพียงพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของ สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นสิ่งสำคัญ โดยมุ่งที่จะตีความในทิศทางที่เป็นการให้ ประโยชน์แก่นักลงทุนเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงบริบทแวดล้อมอื่นๆ ย่อมเป็นการลดทอนซึ่ง ความสำคัญของเจตนาของรัฐภาคีในสนธิสัญญาในการบัญญัติข้อบทระงับข้อพิพาทดังกล่าวมากกว่าที่ จะเป็นการมุ่งหมายตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา²³⁶

ดังนั้น แม้ในคดี Maffezini หรือคดีอื่นๆ ซึ่งวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน ว่าบทบัญญัติระดับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) นั้นเป็นกลไกสำคัญที่เกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุน แต่หากพิจารณาจากกลไกตามธรรมชาติของบทบัญญัติระดับข้อพิพาท แล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติระดับข้อพิพาทนั้นถูกสร้างขึ้นหรือบัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการระงับ ข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีในสนธิสัญญาแต่ละเรื่องนั้นๆ ไม่ใช่บัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้สิทธิ หรือประโยชน์แก่ใคร²³⁷ ดังนั้น จึงไม่สมควรที่จะตีความว่าข้อบท MFN clause สามารถปรับใช้กับ บทบัญญัติระดับข้อพิพาทได้ โดยอ้างเหตุผลเพียงว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนในการที่จะให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

ฉ. เป็นการเอาเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลัง

พัฒนาเกินสมควร

การเปิดโอกาสให้รัฐที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับ บทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญาอื่น นอกจากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมา ข้างต้นแล้ว การกระทำดังกล่าวยังทำให้เกิดการเอาเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศ กำลังพัฒนาเกินสมควร เนื่องจากการตีความให้ปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติระดับ ข้อพิพาทได้นั้นเป็นการมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยทำให้รัฐผู้รับการลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนานั้นต้องเสียเปรียบทั้งในเรื่องเขตอำนาจ ศาลพิจารณาคดีภายในรัฐผู้รับการลงทุนที่เสมือนการถูกปล้นเขตอำนาจทางการศาลของประเทศผู้รับ การลงทุนและยังเป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติหรือรัฐผู้รับการลงทุนใช้ช่องดังกล่าวในการ

²³⁶ Ibid., p. 13.

²³⁷ Ibid., p. 17.

treaty shopping เลือกบทบัญญัติระดับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นตามความพึงพอใจของตน และบีบบังคับให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องยอมรับและใช้วิธีการระงับข้อพิพาทนั้น ซึ่งเกินไปกว่าเจตนาที่ได้ยินยอมตกลงกันในครั้งที่ทำสัญญา ลดทอนอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนเกินสมควรอีกด้วย²³⁸

กล่าวโดยสรุปได้ว่า จากลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ทำให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวจะต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐอื่น ดังนั้นหากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าแก่รัฐอื่น รัฐภาคีอีกฝ่ายซึ่งอยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้น ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติอันเป็นคุณกว่านั้นด้วย จึงกล่าวได้ว่าลักษณะกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause เช่นนี้เองที่ทำหน้าที่เปรียบเสมือนตัวเชื่อมโยงสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีอยู่หลากหลายนั้นเข้าด้วยกันนำไปสู่แนวปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน หรือมีมาตรฐานการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันนั่นเอง

แต่ด้วยความหลากหลายในเรื่องของรูปแบบการบัญญัติข้อบท MFN clause และเจตนาของรัฐภาคีในแต่ละสนธิสัญญาที่มีความแตกต่างกันไปตามแต่การเจรจาตกลงกันทำให้ขอบเขตในการปรับใช้ข้อบท MFN clause ในแต่ละสนธิสัญญานั้นย่อมมีความแตกต่างกันไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของข้อบท MFN clause ที่มีรูปแบบบทบัญญัติอย่างกว้างที่ไม่ได้มีการลงรายละเอียดว่าขอบเขตการปรับใช้ข้อบทดังกล่าวนี้ให้ใช้กับเรื่องใดบ้าง ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่าในกรณีที่สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ในลักษณะเช่นนี้รัฐภาคีฝ่ายที่ต้องกลายเป็นรัฐที่สามจะสามารถรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นโดยมีขอบเขตแค่ไหนอย่างไร ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้สามารถแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นใหญ่ด้วยกัน

ประเด็นแรก ปัญหาเรื่องการปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติ แม้จะเป็นที่ยอมรับกันมายาวนานว่าข้อบท MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติประเภทนี้ได้ก็ตาม แต่บทบัญญัติสารบัญญัติบางอย่างนั้นก็ไม่อาจปรับใช้กับข้อบท MFN clause ได้ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามของการลงทุนหรือนักลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญา หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องเวลาในการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญา (entry into force) เพราะเรื่องเหล่านี้เป็นเรื่องที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของสนธิสัญญาซึ่งจะต้องผ่านการเจรจาตกลงเฉพาะของรัฐภาคีในแต่ละสนธิสัญญา จึงไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยการใช้ข้อบท MFN clause เพื่อนำบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้ได้ หรือแม้แต่การใช้ข้อบท MFN clause เพื่อ

²³⁸ Ibid.

กำจัดบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติในสนธิสัญญาของตนโดยอ้างว่าการที่สนธิสัญญาอื่นไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวสนธิสัญญาอื่นจึงเป็นคุณกว่านั้นก็ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน *ejusdem generis* ที่เป็นเงื่อนไขสำคัญของการปรับใช้ข้อบท MFN clause นั้นเอง

ประเด็นที่สอง ปัญหาเรื่องการปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติประเภทวิธีสัญญาหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท ซึ่งในประเด็นนี้ยังคงเป็นปัญหาที่ยังไม่เป็นที่ยุติว่าข้อบท MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติประเภทนี้ได้หรือไม่ ซึ่งความเห็นของนักกฎหมายรวมไปถึงแนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศมีความเห็นที่แตกต่างกันไปเป็น 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ

แนวแรกเห็นว่า ข้อบท MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ โดยให้เหตุผลสนับสนุนว่าการระงับข้อพิพาทนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติต่อการลงทุน หากถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติข้อบท MFN clause นั้นกว้างพอที่จะถูกตีความให้เป็นเช่นนั้นได้ อีกทั้งบทบัญญัติระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองการลงทุนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของข้อบท MFN clause และสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ดังนั้น ข้อบท MFN clause ย่อมสามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้

แนวที่สองเห็นว่า ข้อบท MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ โดยมีเหตุผลสนับสนุนว่า บทบัญญัติระงับข้อพิพาทเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเฉพาะการระงับข้อพิพาทในแต่ละสนธิสัญญา ซึ่งต้องผ่านการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีเป็นการเฉพาะในแต่ละสนธิสัญญา จึงไม่อาจใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่บัญญัติเพื่อระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาอื่นมาใช้แทนที่กันได้ ประกอบกับในเรื่องเขตอำนาจของศาลหรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น (jurisdiction) เจตนายินยอมของรัฐภาคีเป็นเงื่อนไขสำคัญประการแรกที่จะต้องพิจารณา หากบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาไม่ได้มีการระบุเจตนายินยอมเช่นนั้นไว้ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจมีเขตอำนาจในการพิจารณาได้ การใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นย่อมไม่อาจถือได้ว่ารัฐภาคีมีเจตนายินยอมเช่นนั้นได้ อีกทั้งการใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้แทนที่บทบัญญัติระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาเดิมนั้นยังเป็นการแทนที่เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือแทนที่กฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา ทำให้เจตนาของรัฐภาคีในสนธิสัญญาถูกแทนที่ด้วยความพึงพอใจของผู้ลงทุนเอกชนเพียงรายใดรายหนึ่ง

นำไปสู่ปัญหาของการ Treaty shopping ปฏิเสธความน่าเชื่อถือหรือไม่ยอมรับเขตอำนาจในการพิจารณาคดีโดยองค์กรระงับข้อพิพาทภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งเป็นการบีบบังคับให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามที่คุณลงทุนพึงพอใจ เกินไปกว่าเจตนายินยอมตกลงกันในครั้งที่ทำสัญญา ถือเป็น การเอาเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศที่กำลังพัฒนาเกินสมควรอีกด้วย



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

หลักกฎหมายเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามมีรากฐานมาจากหลักพื้นฐานที่ว่า สัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* และบุคคลที่สามไม่มีทั้งสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ จากสัญญา *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* กล่าวคือ สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันเฉพาะแก่รัฐภาคีคู่สัญญาซึ่งได้มีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันตามหลัก *Pacta sunt servanda* เมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นและมีผลผูกพันแล้วรัฐภาคีต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ได้มีการแสดงเจตนาตกลงกันนั้น ดังนั้น โดยหลักแล้วสนธิสัญญาจึงไม่อาจมีผลผูกพัน หรือก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ แก่รัฐที่สามได้ ตามหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* แต่หากรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้นมีเจตนาทำคำเสนอให้สนธิสัญญามีผลไปยังรัฐที่สาม โดยอาจกำหนดพันธกรณี หรือสิทธิให้แก่รัฐที่สาม และรัฐที่สามนั้นมีเจตนายินยอมหรือสนองรับคำเสนอของรัฐภาคีที่ได้มีการกำหนดพันธกรณี หรือสิทธิให้แก่รัฐที่สามตามสนธิสัญญาดังกล่าว เมื่อนั้นเจตนาคำเสนอของรัฐภาคีย่อมต้องตรงกันกับเจตนาคำสนองของรัฐที่สาม เกิดเป็นสัญญาหรือความผูกพันระหว่างรัฐภาคีและรัฐที่สามนั้นตามหลัก *Pacta sunt servanda* ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักพื้นฐานเรื่องสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม *Pacta sunt servanda* และหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* นั้นเป็นหลักการที่สอดคล้องและเน้นย้ำซึ่งกันและกัน และเป็นหลักการซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 เรื่องผลของสนธิสัญญากับรัฐที่สามใน มาตรา 34 – 38 ดังนี้

มาตรา 34 สนธิสัญญาไม่อาจมีผลผูกพันรัฐที่สามหากปราศจากเจตนายินยอม ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานที่นำมาจากหลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* นั้นเอง โดยสนธิสัญญาจะก่อให้เกิดผลผูกพันแก่รัฐที่สามได้ก็ต่อเมื่อรัฐที่สามนั้นมีเจตนายินยอมเท่านั้น

มาตรา 35 สนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม กล่าวคือจะต้องประกอบไปด้วยเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม และรัฐที่สามนั้นมีการแสดงออกซึ่งเจตนายินยอมพันธกรณีดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร

มาตรา 36 สนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม กล่าวคือจะต้องประกอบด้วยเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นที่จะให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาให้สิทธิแก่รัฐที่สาม และรัฐที่สามนั้นมีเจตนายินยอมโดยอาจเป็นการยินยอมโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ได้

มาตรา 37 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สาม

(1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม กล่าวคือพันธกรณีที่เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามจากสนธิสัญญานั้น อาจถูกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่ด้วยเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาและเจตนายินยอมของรัฐที่สามเท่านั้น เว้นแต่จะเป็นที่ยอมรับกันว่าได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น

(2) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสนธิสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐที่สาม กล่าวคือสิทธิของรัฐที่สามสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้โดยอิสระโดยรัฐภาคี โดยที่ไม่ต้องมีเจตนายินยอมของรัฐที่สามตราบเท่าที่ไม่ได้มีการบัญญัติให้สิทธิเช่นนั้นจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้ต่อเมื่อได้รับเจตนายินยอมของรัฐที่สามนั้น

มาตรา 38 สนธิสัญญาเปลี่ยนเป็นการผูกพันรัฐที่สามผ่านกฎหมายจารีตประเพณีกล่าวคือมาตรา 38 นี้ทำหน้าที่เสมือน safeguard clause เพื่อไม่ให้มีการนำบทบัญญัติในมาตรา 34-37 ในอนุสัญญากรุงเวียนนามากล่าวอ้างเพื่อยกเว้นหลักการผูกพันของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตามผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของกรณีที่สนธิสัญญาอาจมีผลต่อรัฐที่สามเท่านั้น ยังมีกรณีที่สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามในกรณีอื่นๆ ด้วย ดังเช่น สนธิสัญญาสร้าง objective regime หรือสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่น สนธิสัญญา Antarctica สนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของประชาคมระหว่างประเทศร่วมกัน เช่น ในกฎบัตรสหประชาชาติ (UN charter) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ หรือเรื่องรัฐผู้รุกราน โดยที่ตัวกฎบัตรข้อนี้ผูกพันรัฐที่สามให้ต้องปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวแม้รัฐที่สามนั้นจะไม่ได้แสดงออกซึ่งเจตนายินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรดังเช่นที่ระบุไว้ในหลักการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาแต่อย่างใด ซึ่งสนธิสัญญาเหล่านี้ล้วนแต่มีความหลากหลายและมีความเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษในตัวเอง ของการที่สนธิสัญญาดังกล่าวนั้นสามารถมีผลต่อรัฐที่สาม แม้ไม่ใช่ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นได้ โดยไม่ได้มีการนำมาบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เป็นบทบัญญัติเฉพาะ ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 และผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามดังกล่าวไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบที่ได้มีการวางหลักไว้ในมาตรา 35 และมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969

นอกจากสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured-nation clause) ที่ยังเป็นที่ยุติวิพากษ์วิจารณ์อยู่ว่าข้อบท MFN clause ที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามนี้ อยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานเรื่องสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม Pacta tertiis nec nocent nec prosunt และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 หรือไม่ เนื่องจากหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หรือหลัก MFN นั้นถือเป็นหัวใจสำคัญที่ผลักดันและขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศในทุกวันนี้ เนื่องจากเป็นหลักการที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติ ลดอุปสรรค ตลอดจนส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพและความเท่าเทียมกันในการแข่งขันทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับมาอย่างยาวนานและได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นข้อบทว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ MFN clause ทั้งในบริบทของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏในมาตรา 1 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) และในมาตรา 2 ของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ General Agreement on Trade in Services (GATS) มาตรา 4 ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) และปรากฏอยู่ในความตกลงหรือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเกือบทุกฉบับอีกด้วย

สำหรับข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น ไม่ได้มีการกำหนดนิยามของข้อบทดังกล่าวชัดเจนตายตัวดังเช่นในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ แต่รูปแบบของการบัญญัติข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นอาจมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีในแต่ละสนธิสัญญา ซึ่งสามารถจำแนกรูปแบบหรือลักษณะในการบัญญัติข้อบท MFN clause ที่ปรากฏในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างๆ ออกเป็น 4 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ

1. ข้อบท MFN clause ที่ยืนยันชัดเจนว่าใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) เช่น ในมาตรา 3(3) ของข้อตกลงข้อตกลงระหว่างรัฐบาลสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่กับไอร์แลนด์เหนือและสาธารณรัฐโรมแซมบิกสำหรับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

2. ข้อบท MFN clause อย่างกว้าง (Broad clause) ที่มีลักษณะกล่าวเป็นการทั่วไป เช่น “All matters” “All rights” “treatment” โดยไม่ได้มีการกล่าวถึงการใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท ซึ่งเป็นรูปแบบที่ปรากฏมากที่สุดในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เช่น มาตรา 4(2) ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างอาเจนตินาและสเปน หรือในมาตรา 10(3)

สนธิสัญญาพลังงาน Energy charter treaty หรือในมาตรา 3 ของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-ตุรกี เป็นต้น

3. ข้อบท MFN clause อย่างแคบ (Narrow clause) ที่อาจจะมี non-exhaustive lists ซึ่งไม่ได้มีการกล่าวถึงการใช้กับบทบัญญัติระดับข้อพิพาท เช่น ใน Japan-Malaysia Economic Partnership Agreement (2006) โดยได้กำหนดลักษณะของ Investment activities ไว้ในมาตรา 75 ก่อนที่จะบัญญัติข้อบท MFN clause ไว้ในมาตรา 76 หรือใน North American Free Trade Agreement ในมาตรา 1103 ได้มีการบัญญัติ MFN treatment ในลักษณะที่เป็น non-exhaustive list โดยยกตัวอย่างเหตุการณ์เฉพาะซึ่งจะต้องให้ MFN treatment แก่การลงทุนและผู้ลงทุน เป็นต้น

4. ข้อบท MFN clause ที่ยืนยันชัดเจนว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท เช่นที่ปรากฏในข้อตกลงเสรีทางการค้าระหว่างสาธารณรัฐโดมินิกัน อเมริกากลาง และสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีข้อห้ามการใช้ MFN treatment กับกรณีการกระทำที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization Dispute Settlement actions) เป็นต้น

แม้ว่ารูปแบบของการบัญญัติข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นจะมีความแตกต่างกัน แต่หลักการหรือแก่นของข้อบท MFN clause นั้นยังคงเหมือนกัน กล่าวคือ รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะต้องให้การปฏิบัติต่อการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐอื่น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะกล่าวอ้างข้อบท MFN clause เพื่อรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นนั้น มีดังนี้

1. การปฏิบัติที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ให้กับรัฐอื่นในสนธิสัญญาอื่นเป็นคุณกว่า (more treatment favourable) การปฏิบัติที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้รับ
2. การปฏิบัตินั้นต้องเป็นเรื่องเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (Ejusdem generis) และ
3. จะต้องเป็นการปฏิบัติ (Treatment) ที่อยู่ในขอบเขตความสัมพันธ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา โดยรูปแบบของการปฏิบัติที่ปรากฏในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่ และอยู่ในขอบเขตของการปรับใช้ข้อบท MFN clause นั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

(1) บทบัญญัติประเภทสารบัญญัติ เช่น การยอมรับการลงทุน (Admission of Investment) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and equitable treatment) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) การโอนกิจการและทรัพย์สินเป็นของรัฐ (Nationalization) การโอนเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศ (Repatriation and การรับช่วงสิทธิ (Subrogation) การชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses) เป็นต้น

(2) บทบัญญัติประเภทวิธีสัญญา กล่าวคือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท ซึ่งกรณีนี้ยังคงเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันอยู่ว่า ข้อบท MFN clause นั้นสามารถปรับใช้กับบทบัญญัติประเภทนี้ได้หรือไม่

จากกลไกการทำงานของข้อบท MFN clause ดังกล่าวข้างต้นนั้น เมื่อนำมาวิเคราะห์กับ หลักกฎหมายเรื่องผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม พบว่า ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนนั้นเป็นข้อบทที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม กล่าวคือ

ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาเปรียบเสมือนเจตนาทำคำเสนอ (Offer) ของรัฐภาคี ฝ่ายที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้มีให้แก่รัฐภาคีอีกฝ่ายในฐานะรัฐผู้ลงทุน ว่าหากรัฐผู้ลงทุนได้เข้ามา ลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว รัฐผู้รับการลงทุนจะให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนนั้นไม่ด้อย ไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่รัฐที่สาม และในขณะเดียวกันข้อบท MFN clause ก็ยังทำหน้าที่ เปรียบเสมือนการแสดงเจตนาทำคำสนอง (Acceptance) ของรัฐภาคีฝ่ายที่เป็นรัฐผู้ลงทุนว่า หากรัฐ ผู้รับการลงทุนได้ให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนรัฐที่สามอื่นในลักษณะที่เป็นคุณกว่าที่รัฐ ผู้ลงทุนได้รับ รัฐผู้ลงทุนจะรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้นด้วย เมื่อคำเสนอของรัฐผู้รับการลงทุนและ คำสนองของรัฐผู้ลงทุนถูกต้องตรงกันสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ลงทุนจึงมี ผลผูกพันรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายให้ต้องเคารพและปฏิบัติตามข้อตกลง MFN clause ในสนธิสัญญา ดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *Pacta sunt servanda* ดังนั้น รัฐภาคีทั้งสองฝ่าย ในฐานะของรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ลงทุนจะต้องไม่ละเมิดข้อตกลงตามบทบัญญัติ MFN clause ในสนธิสัญญา โดยจะต้องไม่ให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนรัฐที่สามอื่นใดในลักษณะที่เป็น คุณกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่กัน หากรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ให้การปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าใน สนธิสัญญาอื่น ย่อมทำให้รัฐภาคีอีกฝ่ายที่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นกลายเป็นรัฐที่สามในสายตา ของรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่านั้น ซึ่งรัฐภาคีฝ่ายที่ต้องตกอยู่ในฐานะรัฐที่สาม ดังกล่าวสามารถรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่น เนื่องด้วยผลของข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญากล่าว

กล่าวโดยสรุปว่า ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ทำให้ รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในฐานะรัฐที่สามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีกับรัฐอื่นที่มีการปฏิบัติ ที่เป็นคุณกว่า สามารถใช้ข้อบทดังกล่าวรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเช่นว่านั้นอันเป็นผลของ สนธิสัญญาอื่นแม้ว่าตนไม่ใช่รัฐภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวได้ ดังนั้น ข้อบท MFN clause ใน สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงเป็นข้อบทที่ทำให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามได้นั่นเอง

ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนดังกล่าวข้างต้น เป็นกรณีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามที่อยู่ภายใต้หลัก *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. กล่าวคือ สนธิสัญญาที่มีการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเพียงอย่างเดียวนั้นไม่อาจ

มีผลต่อรัฐที่สามได้ จะต้องอาศัยข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคีเป็นจุดเชื่อมโยงทางกฎหมาย (juridical link) เพื่อที่จะรัฐที่สามนั้นจะรับผลจากสนธิสัญญาอื่นได้ โดยข้อบท MFN clause เป็นการแสดงเจตนาตกลงของรัฐที่สามกับรัฐภาคีอีกฝ่ายในสนธิสัญญาหลัก (basic treaty) ในการที่จะรับการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าอันเป็นผลของสนธิสัญญาอื่นนั่นเอง

แม้ว่าข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะทำให้สนธิสัญญา มีผลต่อรัฐที่สาม ซึ่งสอดคล้องกับหลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt ที่ว่าสนธิสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ แก่รัฐที่สามได้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามการมีผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามจากผลของข้อบท MFN clause ดังกล่าว ก็เป็นคุณละระบบ (regime) กับกรณีของผลของสนธิสัญญาที่ต่อรัฐที่สามดังที่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในส่วนที่ 4 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ดังนี้

ประเด็นแรกเรื่องบ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สาม โดยสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามโดยทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 35 และมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นั้น บ่อเกิดแห่งสิทธิหรือพันธกรณีของรัฐที่สามนั้นเกิดจากตัวสนธิสัญญาอื่นที่รัฐที่สามนั้นไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าว ที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นมีเจตนาที่จะสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามโดยตรง แต่ในกรณีของ MFN clause นั้น บ่อเกิดแห่งสิทธิของรัฐที่สามนั้นเกิดจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ซึ่งรัฐที่สามนั้นเป็นภาคี โดย MFN clause ทำหน้าที่เสมือนจุดเชื่อมโยงทางกฎหมาย (juridical link) ที่ทำให้สนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายได้ทำแก่รัฐอื่นในลักษณะที่เป็นคุณกว่ามีผลแก่รัฐที่สามนั้นผ่านข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาที่รัฐที่สามนั้นเป็นภาคี สิทธิประโยชน์ของรัฐที่สามกรณีข้อบท MFN clause ไม่ได้เกิดจากสนธิสัญญาอื่นที่มีข้อบทหรือการปฏิบัติที่เป็นคุณกว่าเองโดยลำพังแต่อย่างใด

ประเด็นที่สองคือเรื่องเจตนาของรัฐภาคีในการที่จะให้สิทธิแก่รัฐที่สาม โดยมาตรา 35 และมาตรา 36 ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ไม่ว่าจะเป็กรณีของสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีแก่รัฐที่สาม องค์ประกอบหรือเงื่อนไขสำคัญที่สนธิสัญญาเหล่านี้จะต้องมีและขาดไปเสียมิได้ในการที่จะให้สนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สาม นั่นก็คือเจตนาของรัฐภาคีทุกฝ่ายที่ได้ให้ไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าวนั้น โดยการกำหนดให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาสร้างพันธกรณีหรือให้สิทธิแก่รัฐที่สาม หากปราศจากซึ่งเจตนาเช่นว่านี้แล้ว บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นไม่อาจก่อให้เกิดพันธกรณี หรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สามได้ ในขณะที่กรณีข้อบท MFN clause สิทธิตามสนธิสัญญาซึ่งก็คือการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่า (more favourable treatment) ที่มีผลไปยังรัฐที่สามนั้น เกิดจากเจตนาของรัฐภาคีฝ่ายที่ได้ทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ไว้กับรัฐที่สามเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น รัฐภาคีอีกฝ่ายหรือรัฐภาคีฝ่ายอื่นที่เหลือในสนธิสัญญาที่มีบทบัญญัติที่เป็นคุณดังกล่าว (กรณีสนธิสัญญา Bilateral หรือกรณีสนธิสัญญา Multilateral) ไม่ได้มีเจตนาให้บทบัญญัติ

ในสนธิสัญญามีผลแก่รัฐที่สามแต่อย่างใด อีกทั้ง เจตนาของรัฐภาคีที่จะให้บทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าในสนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามนั้น รัฐภาคีฝ่ายที่มีเจตนาดังกล่าวก็ได้แสดงเจตนาให้ไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ระหว่างรัฐภาคีนั้นกับรัฐที่สาม เจตนาดังกล่าวไม่ได้แสดงออกหรือให้ไว้ในตัวของบทบัญญัติหรือสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามเองแต่อย่างใด

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐที่สามที่จะได้รับผลซึ่งก็คือการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่ดีกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ก็ต่อเมื่อจะต้องมีฐานจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ที่ตนเป็นรัฐภาคีเสมอตั้งแต่ศาลในคดี Anglo-Iranian Oil Company กล่าวว่า MFN clause ทำหน้าที่เป็น juridical link ในการเชื่อมโยงให้รัฐผู้รับประโยชน์สามารถใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับสิทธิประโยชน์จากสนธิสัญญาที่รัฐภาคีอีกฝ่ายทำกับรัฐอื่น โดยที่ลำพังสนธิสัญญาอื่นที่มีบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่านั้นเพียงอย่างเดียวไม่อาจมีผลใดๆ แก่รัฐที่สามได้เนื่องจากรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่เป็นคุณกว่านั้นไม่ได้มีเจตนาใดๆ ที่จะให้บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาให้สิทธิประโยชน์ใดๆ แก่รัฐที่สามโดยตรงแต่อย่างใด แม้ว่าผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามกรณีของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause รัฐภาคีในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ดังกล่าวจะต้องพึงตระหนักอยู่เสมอว่าสนธิสัญญาของตนนั้นอาจมีผลกระทบโดยอ้อม (Indirect effect) ไปยังรัฐที่สามได้โดยอาศัยข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนของรัฐที่สามอื่นๆ นั้นเป็นภาคีอยู่ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีผลกระทบโดยอ้อมที่อาจเกิดขึ้นแก่รัฐที่สามดังกล่าวนี้ก็เกิดขึ้นโดยมิใช่เจตนา (unintentional) แต่เป็นผลกระทบโดยอ้อมที่เกิดขึ้นแก่รัฐที่สามจากคุณสมบัติหรือลักษณะพิเศษของข้อบท MFN clause เป็นตัวเชื่อมโยงสนธิสัญญาเข้าด้วยกันนั่นเอง

แม้ว่าข้อบท MFN Clause ที่มีผลทำให้เกิดกรณีสนธิสัญญามีผลต่อรัฐที่สามดังกล่าวข้างต้นนั้นจะมีส่วนช่วยทำให้เกิดความกลมกลืนและความเชื่อมโยงระหว่างสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีอยู่กระจัดกระจายหลากหลายฉบับในระบบการลงทุนระหว่างประเทศเข้าด้วยกัน โดยทำให้เกิดมาตรฐานการปฏิบัติต่อการลงทุนแก่นักลงทุนต่างชาติที่มีลักษณะที่เท่าเทียม และไม่เลือกปฏิบัติ ส่งเสริมการแข่งขันทางการลงทุนอย่างเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ด้วยการกำหนดให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาที่มีข้อบท MFN clause นี้จะต้องปฏิบัติแก่นักลงทุนของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายในลักษณะที่ไม่ต้องไปกว่าการปฏิบัติที่ได้จัดให้แก่ักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาอื่น แต่ด้วยถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติ MFN Clause ในแต่ละสนธิสัญญามีความแตกต่างกันมากมายหลากหลายรูปแบบ ซึ่งความหลากหลายนี้เองเป็นผลทำให้ขอบเขตและการขยายความของการคุ้มครองตามข้อบทดังกล่าวสามารถเป็นไปได้หลากหลายทิศทาง และเกิดปัญหาขึ้นตามมาว่าขอบเขตของการที่รัฐที่สามจะใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ตนเป็นภาคีอยู่เพื่อรับการปฏิบัติที่ดีกว่าอันเป็นผลจากสนธิสัญญาอื่นที่ตนมิใช่ภาคีนั้นมีแค่ไหนอย่างไร

สำหรับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติ (Substantive provision) นั้น เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ารัฐที่สามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ หากอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาอื่นนั้นเป็นคุณกว่าบทบัญญัติที่รัฐที่สามนั้นได้รับ (more favourable treatment) และบทบัญญัติเช่นนั้นจะต้องเป็นเรื่องเดียวกัน หรือประเภทเดียวกันกับบทบัญญัติที่รัฐที่สามได้รับด้วยตามหลัก ejusdem generis เช่น การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม Fair and equitable treatment การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ National treatment การโอนกิจการเป็นของรัฐและค่าชดเชย Expropriation and compensation การโอนผลประโยชน์ตอบแทนกลับประเทศ Free Transfer เป็นต้น แต่ทั้งนี้ก็เชื่อว่ารัฐที่สามจะสามารถใช้ข้อบท MFN clause ดังกล่าวเพื่อรับบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่ดีกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ทุกประเภทของบทบัญญัติสารบัญญัติ ไม่ บทบัญญัติประเภทสารบัญญัติบางอย่าง รัฐที่สามก็ไม่อาจใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติเหล่านี้จากสนธิสัญญาอื่นได้ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับเวลาการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา (entry into force) บทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามของนักลงทุนหรือการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา หรือการปรับใช้ MFN clause เพื่อจำกัดบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่มีอยู่ในสนธิสัญญาโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้นในสนธิสัญญาอื่นซึ่งทำให้สนธิสัญญาอื่นนั้นเป็นคุณกว่า เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามสำหรับบทบัญญัติประเภทวิธีบัญญัติ (Procedural provision) ยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่ารัฐที่สามที่จะอ้างข้อบท MFN Clause เพื่อรับการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่ดีกว่าจากสนธิสัญญาอื่นนั้น รวมถึงในเรื่องของการระงับข้อพิพาทด้วยหรือไม่ (Dispute settlement provisions) ซึ่งสำหรับคำตอบของประเด็นปัญหาในเรื่องนี้นั้นสามารถแยกพิจารณาตามลักษณะรูปแบบของการบัญญัติข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน กล่าวคือ

กรณี MFN clause ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท เช่น ในข้อตกลงระหว่างรัฐบาล สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่กับไอร์แลนด์เหนือและสาธารณรัฐโมแซมบิกสำหรับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน มาตรา 3 (3) ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause ลักษณะเช่นนี้รัฐที่สามย่อมสามารถปรับใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement provision) จากสนธิสัญญาอื่นได้ หรือกรณีที่ MFN clause ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท เช่น ในข้อตกลงเสรีทางการค้าระหว่างสาธารณรัฐโดมินิกัน อเมริกากลาง และสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีข้อห้ามการใช้ MFN treatment กับกรกระทำที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (World trade Organization Dispute Settlement actions) ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อบท MFN clause

ลักษณะเช่นนี้รัฐที่สามยอมไม่อาจปรับใช้ข้อบท MFN clause เพื่อรับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement provision) จากสนธิสัญญาอื่นได้ เป็นไปตามเจตนาของรัฐภาคีสัญญาที่กำหนดไว้นั้นเอง

แต่สำหรับกรณีข้อบท MFN clause ไม่ได้ระบุว่าให้ใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทหรือไม่ นั้น กรณีดังกล่าวมีความคิดเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

1. แนวทางที่เห็นว่า MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้

เหตุผลแรกสนับสนุนแนวทางที่เห็นว่า MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้นั้น คือเห็นว่า การระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติต่อการลงทุนได้ (Treatment) หากถ้อยคำที่ใช้ในข้อบท MFN clause นั้นกว้างพอที่จะถูกตีความให้เป็นเช่นนั้น ดังเช่น คำวินิจฉัยในคดี Maffezini case คดี Siemens case เป็นต้น

อีกหนึ่งเหตุผลสำคัญที่สนับสนุนแนวทางที่เห็นว่า MFN clause สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้นั้น คือ เห็นว่าบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของข้อบท MFN clause และสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ดังนั้น MFN clause ย่อมสามารถมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงและสามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ เช่น คำวินิจฉัยในคดี Maffezini case คดี AWG case และมีคำวินิจฉัยในคดีอื่นๆ ที่ยึดเหตุผลตามแนวดังกล่าวอีก เช่น National Grid, Plc v. The Argentine Republic (2006) หรือในคดี Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic (2005) หรือในคดี RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation (2007) หรือในคดี Austrian Airlines v. The Slovak Republic (2009)

2. แนวทางที่เห็นว่า MFN clause ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้

เหตุผลประการแรกเนื่องจากเห็นว่าบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยผ่านการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีเพื่อหาวิธีการระงับข้อพิพาทเฉพาะในแต่ละสนธิสัญญา กล่าวคือบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในแต่ละสนธิสัญญาได้ถูกออกแบบขึ้นผ่านการเจรจาตกลงกันของรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้นๆ ว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามสนธิสัญญาเรื่องนี้ก็จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวในรูปแบบที่ระบุนี้ ซึ่งแต่ละสนธิสัญญาก็จะมีลักษณะเฉพาะและมีเจตนาในการระบุรูปแบบการระงับข้อพิพาทซึ่งแตกต่างกันไปเฉพาะในแต่ละสนธิสัญญา ดังนั้น จึงไม่อาจใช้ข้อบท MFN clause เพื่อนำบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่ถูกระงับขึ้นเพื่อเจตนาใช้กับการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาอื่นมาใช้กับอีกสนธิสัญญาหนึ่งไปได้ ดังเช่นคำวินิจฉัยในคดี Plama v. Bulgaria และคดี Tecmed v. Mexico

ประการที่สอง เจตนายินยอมของรัฐภาคีเป็นเงื่อนไขแห่งเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการหากปราศจากเจตนาดังกล่าว อนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทได้ (Jurisdiction) เช่นเดียวกันกับกรณีข้อพิพาทในการลงทุนระหว่างประเทศตามสัญญา

ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เจตนายินยอมของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงออกโดยผ่านการบัญญัติข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยระบุเจตนาหรือข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไว้ในข้อบทดังกล่าวนั้น หากข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไม่ได้ระบุให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศย่อมไม่อาจมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวได้ หรือในกรณีที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ระบุวิธีการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาดังกล่าวไว้โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการด้วยองค์กรอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททางการลงทุนองค์กรใดองค์กรหนึ่งไว้ แต่ผู้ร้องหรือรัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาเพื่อรับเอาข้อบทระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีอีกฝ่ายกับรัฐอื่นซึ่งมีการระงับข้อพิพาทหรือหน่วยงานอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทขององค์กรอื่นหรือระบบอื่นไว้ โดยอ้างว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นคุณแก่ตนมากกว่าย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะในกรณีนี้ไม่อาจถือได้ว่ารัฐภาคีมีเจตนายินยอมรับการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบหรือองค์กรดังกล่าวทั้งที่ไม่ได้มีการตกลงยอมรับกันในสนธิสัญญา เช่น ในคำวินิจฉัยที่ปรากฏในคดี *Plama v. Bulgaria*

ประการที่สาม การแทนที่เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือกฎเกณฑ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา หรือก่อตั้งอำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขึ้นมาใหม่นอกเหนือไปจากสนธิสัญญา ทำให้เจตนาของรัฐภาคีเดิมถูกแทนที่ด้วยความพึงพอใจของผู้ลงทุนเอกชนรายใดรายหนึ่ง หากปล่อยให้ผู้ร้องในคดีพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งโดยมากมักจะเป็นนักลงทุนต่างชาติสามารถอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาเพื่อรับผลจากสนธิสัญญาอื่น โดยนำข้อบทหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาอื่นมาใช้แทนบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่ได้มีการระบุไว้ในสนธิสัญญาพื้นฐาน การกระทำดังกล่าวเท่ากับเป็นการแทนที่เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือกฎเกณฑ์ที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา หรือก่อตั้งอำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขึ้นมาใหม่นอกเหนือไปจากสนธิสัญญา ทำให้เจตนาของรัฐภาคีเดิมถูกแทนที่ด้วยความพึงพอใจของผู้ลงทุนเอกชนรายใดรายหนึ่งอันนำไปสู่ปัญหาของการ Treaty shopping หรือการเลือกข้อบทจากสนธิสัญญาอื่นตามความพึงพอใจของเอกชนรายใดรายหนึ่งแทนที่จะถือเจตนาของรัฐภาคีคู่สัญญาซึ่งเป็นแก่นสำคัญในการทำสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกัน

ประการที่สี่ เป็นการปฏิเสธศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนว่าไม่มีความน่าเชื่อถือในการขจัดข้อพิพาท กล่าวคือเป็นการสนับสนุนให้ผู้ร้องซึ่งก็คือนักลงทุนต่างชาตินั้นไม่ต้องยอมรับเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทภายในรัฐผู้รับการลงทุนโดยให้ใช้ข้อบท MFN clause เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธเขตอำนาจในการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ ทั้งที่รัฐภาคีได้มีเจตนาตกลงระบุวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าว

และตกลงยอมรับกันไว้ในสนธิสัญญาแล้ว ซึ่งทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยองค์การศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นใช้การไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นการไม่ยอมรับหรือปฏิเสธความน่าเชื่อถือในการพิจารณาโดยองค์การระงับข้อพิพาทภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน

ประการที่ห้า วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่มุ่งหมายเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไม่ได้เป็นเครื่องสะท้อนซึ่งเจตนารมณ์ของทุกบทบัญญัติในสนธิสัญญาเสมอไป ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order), การสาธารณสุข (Public health), ความมั่นคงระหว่างประเทศ (international security) หรือมาตรการฉุกเฉิน (emergency measure) เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ถูกแทรกเข้าไปอยู่ในสนธิสัญญาในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของการปรับใช้สนธิสัญญามากกว่าที่จะเป็นการส่งเสริมซึ่งวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายตามสนธิสัญญา เช่นเดียวกับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญา ที่ความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้นก็คือการที่จะระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นจากสนธิสัญญานั้น การตีความบทบัญญัติระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยยึดหลักแต่เพียงพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นสิ่งสำคัญ โดยมุ่งที่จะตีความในทิศทางที่เป็นการให้ประโยชน์แก่นักลงทุนเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงบริบทแวดล้อมอื่นๆ ย่อมเป็นการลดทอนซึ่งความสำคัญของเจตนาของรัฐภาคีในสนธิสัญญามากกว่าที่จะเป็นการมุ่งหมายตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา

ประการสุดท้าย เป็นการเอาเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาเกินสมควร เนื่องจากการตีความให้ปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้นั้น เป็นการมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยทำให้รัฐผู้รับการลงทุนที่ส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนานั้นต้องเสียเปรียบทั้งในเรื่องเขตอำนาจศาลพิจารณาคดีภายในรัฐผู้รับการลงทุนเสมือนการโดนปล้นเขตอำนาจทางการศาล และบีบบังคับให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามที่รัฐผู้ลงทุนพึงพอใจ เกินไปกว่าเจตนาที่ได้ยินยอมตกลงกันในครั้งที่ทำสัญญา

ข้อเสนอแนะ

สำหรับประเด็นเรื่องการที่รัฐที่สามจะสามารถใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของตนเพื่อรับการปฏิบัติหรือบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท (Dispute settlement provision) ที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้หรือไม่ ที่ยังคงเป็นประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ และมีความคิดเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง และยังไม่เป็นที่ยุติ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้ในแนวทางที่เห็นด้วยกับการให้รัฐที่สามสามารถปรับใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาของตนเพื่อรับการปฏิบัติประเภทวิธีสบัญญัติ หรือบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้ด้วยเหตุผลเนื่องจากเห็นว่าหากใช้หลักการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ที่พิจารณาถึงความหมายของถ้อยคำและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแล้ว การระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติต่อการลงทุนได้ (Treatment) หากถ้อยคำที่ใช้ในข้อบท MFN clause นั้นกว้างพอที่จะถูกตีความให้เป็นเช่นนั้น และบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอย่างไม่สามารถแยกออกจากกันได้นั้น ก็เป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักและสามารถรับฟังได้อยู่พอสมควร แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการตีความข้อบท MFN clause ในลักษณะดังกล่าวที่ให้ใช้ MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทได้ทั้งที่ในสนธิสัญญาไม่ได้มีการระบุไว้ นั้น เป็นการตีความที่มุ่งที่จะให้ประโยชน์แก่นักลงทุนหรือรัฐผู้ลงทุนมากเกินไป และเป็นการเอาเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนมากเกินไป ทั้งในแง่ของเป็นการที่ปฏิเสธเขตอำนาจศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนปฏิเสธเขตอำนาจในการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ ทั้งที่รัฐภาคีได้มีเจตนาตกลงระบุนิติการระงับข้อพิพาทดังกล่าวและตกลงยอมรับกันไว้ในสนธิสัญญาแล้ว ซึ่งทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นใช้การไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นการไม่ยอมรับหรือปฏิเสธความน่าเชื่อถือในการพิจารณาโดยองค์กรระงับข้อพิพาทภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน และเป็นการแทนที่เจตนาของรัฐภาคีด้วยความพึงพอใจของนักลงทุนรายใดรายหนึ่งโดยการอ้างข้อบท MFN clause เพื่อจะใช้วิธีระงับข้อพิพาทที่ตนพึงพอใจจากสนธิสัญญาอื่น แทนที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการที่รัฐภาคีได้แสดงเจตนาตกลงกันในสนธิสัญญา และยิ่งไปกว่านั้นยังนำไปสู่ปัญหาของการ Treaty shopping สร้างความเสียหายให้แก่รัฐผู้รับการลงทุนมากเกินไป อีกทั้ง การปรับใช้ MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทดังกล่าวยังขัดกับหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในเรื่องเจตนายินยอมของรัฐภาคี และเจตนายินยอมในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งหลักพื้นฐานที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศอีกด้วย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการให้รัฐที่สามสามารถปรับใช้ข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาของตน

เพื่อรับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นนั้นรังแต่จะทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ขอบเขตในการรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่อยู่ในรัฐที่สามที่จะอ้างข้อบท MFN clause ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเพื่อรับการปฏิบัติหรือบทบัญญัติที่เป็นคุณกว่าจากสนธิสัญญาอื่นได้นั้น จึงควรที่จะมีทิศทางในการตีความโดยมุ่งที่เจตนารมณ์ของรัฐภาคีในการทำสนธิสัญญาเป็นหลัก ไม่ควรตีความไปไกลเกินกว่าเจตนาตั้งต้นของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย โดยควรจำกัดการปรับใช้ข้อบท MFN clause กับการปฏิบัติหรือบทบัญญัติประเภทสารบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติกับการลงทุนโดยตรงจริงๆ เท่านั้น ไม่ควรให้มีการปรับใช้ข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท Dispute settlement เว้นแต่กรณีที่รัฐภาคีได้ระบุไว้โดยชัดแจ้ง หรือแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าเจตนาให้ข้อบท MFN clause ใช้กับบทบัญญัติทุกประเภทรวมถึงบทบัญญัติระงับข้อพิพาทด้วยเท่านั้น เพื่อลดการเกิดประเด็นพิพาทในเรื่องนี้และลดช่องทางของการที่นักลงทุนหรือรัฐผู้ลงทุนจะใช้ข้อบท MFN clause ในการ treaty shopping เอาเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนมากเกินไปสมควร

สำหรับแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากจะมีการจัดทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไม่ว่าจะของประเทศไทยเองหรือของประเทศอื่นๆ ในอนาคต ควรที่จะมีการระบุให้ชัดแจ้งในสนธิสัญญาว่าข้อบท MFN clause นี้จะใช้กับบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทด้วยหรือไม่ สำหรับกรณีของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ได้มีการจัดทำขึ้นแล้ว อาจมีการทำข้อตกลงร่วมหรือความเข้าใจร่วมกันระหว่างภาคีในสนธิสัญญาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นนี้ว่า MFN clause จะใช้กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทด้วยหรือไม่ประการใด และในอนาคตหากมีการบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความแน่นอนชัดเจนในเรื่องของ MFN clause หรือหากจะมีการแก้ไขกร่างคณะกรรมการว่าด้วยเรื่อง MFN clause ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการเพิ่มเติมประเด็นเรื่องขอบเขตของการใช้ MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาท Dispute Settlement ให้ชัดเจนว่า ขอบเขตของ MFN clause นั้นไม่รวมถึงบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาท เว้นแต่จะมีการกระทำหรือการแสดงออกซึ่งเจตนาชัดแจ้งของรัฐภาคีในการให้ใช้กับ Dispute settlement หรือรัฐภาคีมีเจตนาตกลงกันเป็นอย่างอื่น เพื่อขจัดข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนและปัญหาความไม่แน่นอนในการที่จะอ้างข้อบท MFN clause กับบทบัญญัติระงับข้อพิพาทในอนาคต

รายการอ้างอิง

- Academy, American society of International Law and the international Judicial. Pata Surt Servanda. General principles of international Law (2008).
- "Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments." 1992.
- "Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Mozambique for the Promotion and Protection of Investments ". 2007.
- "Agreement between the Kingdom of Thailand and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments." 2005.
- Akinsaya, A. International Protection of Foreign Direct Investment in the Third World. 1987.
- "Charter of the United Nation." edited by United Nation.
- Christine, Chinkin. Third Parties in International Law. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Collins English Dictionary*. 2009.
- Committee, Asian-African Legal Consultative. Model Bilateral Agreement on Promotion and Protection of Investment. 1984.
- Corten, O., and P. Klein. The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary. Vol.1 Oxford University Press, 2011.
- "Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement." 2004.
- Domke, Martin. Foreign Nationalizations : Some Aspects of Contemporary International Law. 55 The American Journal of International law. (1961).
- "Draft Articles on Most-Favoured-Nation-Clauses ". 1978.
- Fietta, Stephen. Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties : A Turning Point? Latham&Watkins (2005).
- Fitzmaurice, Malgosia. Third Parties and the Law of Treaties. Max Planck Yearbook of United Nations Law Vol.6.

- Fitzmaurice, Sir Gerald. Fifth Report on the Law of Treaties. Yearbook International Law Commission 1966 Vol.II (1967).
- ICSID. International Law of the World. New York: Oceana, 1991.
- Kohona, P.T. Investment Protection Agreement : An Australian Perspective. 21 Journal of World Trade Law (1978).
- Mann, F.A. Note British Treaties for the Promotion and Protection of Investment. The British Yearbook of International Law,52 (1981).
- "Mexico-United Kingdom Bit ". 2006.
- Moore, J.B. History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party. II Washington 1898.
- . History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party. V Government printing office, 1898.
- Organization, World Trade. Principle of Trading System, [online] available from: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm].
- Parker, Stephanie L. A Bit at a Time : The Proper Extension of the Mfn Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties. The Arbitration Brief2 No.2 (2012).
- Radi, Yannick. The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'. The European Journal of International Law Vol.18 no.4 (2007).
- Renisch, August. Standard of Investment Protection. Oxford university press, 2008.
- Rodriguez, Alejandro Faya. The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping? The Selected Works of Alejandro Faya Rodriguez (2008).
- Salacuse, J.W. Bit by Bit : The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact of Foreign Investment in Developing Countries. 24 International Lawyer (1990).
- Stevens, Rudolf Dolzer and Margrete. Bilateral Investment Treaties. London: Kulwer Law International 1995.

- Thulasidhass, PR. Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles. Amsterdam Law Forum Vol.7-1 (2015).
- "Treaty of Versailles by the Allied and Associated Powers and Germany Part Iii."
- "Un Convention on Psychotropic Substances of 21 February 1971." edited by United Nations.
- UNCTAD. Most Favoured Nation Treatment. UNCTAD Series on International Investment Agreement II (2010).
- United Nations. Annex: Final Report Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause. Report of the International Law Commission sixty-seventh session (2015).
- . Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978. Yearbook of the International Law Commission 1978 Vol.II Part Two (2005).
- . General Agreement on Trade in Services. United Nations Treaties Series Vol. 1869 (1994).
- . The International Law Commission Report on the Mfn Clause. Yearbook of International Law Commission Vol.II Part two.
- . Official Records, Cra, 18th Session, 854th Meeting. Yearbook International Law Commission 1966 Vol.I (1967).
- . Report of the Ilc Covering the Work of Its 16th Session", a/5809. Yearbook International Law Commission 1964 Vol.II Part two (1965).
- . Report of the Ilc Covering the Work of Its 18thsession. Yearbook International Law Commission 1966 Vol.II Part Two (1967).
- . Report of the International Law Commission on Its Thirtieth Session. Draft Articles on most-favoured-nation-clauses with commentaries 1978 (2005).
- . Treaty Series. (1984).
- . Yearbook International Law Commission 1964. I United Nation, 1965.
- . Yearbook International Law Commission 1966. Vol.II United Nations, 1967.
- "United Nations Centre on Transnational Corporation and International Chamber of Commerce." 1988.
- "Vienna Convention on the Law of Treaties." edited by United Nations, 1969.

Waldock, Sir H. The Sixth Report on the Right of Treaties. Yearbook International Law Commission 1966 Vol.II (1967).

———. Third Report on the Law of Treaties, a/Cn.4/167. Yearbook International Law Commission 1964 Vol.II Part One (1965).

Wehberg, Hans. *Pacta Sunt Servanda*, 1959. [Online] available from:

http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulr48&div=49&g_sent=1].

White, Gillion. Nationalization of Foreign Property. London Stevens & Sons Limited, 1961.

เสนีย์ ปราโมทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 2 เล่ม 2 พระนคร อักษรสาสน์, 2505.

โกศล ฉันทิกุล. ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน : ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ. วารสารนิติศาสตร์ (15 มิถุนายน 2528).

โชติรส เพศประเสริฐ. สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย – จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญา. สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-Bit). เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง “สนธิสัญญาสัมปทานและสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน วันที่ 8-10 กันยายน 2549:107-137 (2550).

กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล. หลักเกณฑ์และผลทางกฎหมายของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาตามมาตรา 60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

———. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

ดาราวพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

นาถนิรันดร์ จันทร์งาม. การหลีกเลี่ยงวิธีพิจารณาความที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติโดยอาศัยข้อกำหนดว่าด้วยชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งในการอนุวัติตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ: มุมมองจากคดี Daimler V.

Argentina. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2555)
(2555).

ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพฯ: วิทยุชน,
2551.

ปรีชา โปธิ. Mfn Clause ใน Gatt และผลกระทบทางกฎหมายต่อประเทศกำลังพัฒนา, วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

ปารวี พิสิฐเสนากุล. หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในสัญญาทางปกครอง, วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

พิมพ์ชนก วอนขอพร. การเจรจาการค้าบริการใน Wto. เอกสารทางวิชาการชุดที่ 21. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ราชกิจจานุเบกษา. ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่
และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองทรัพย์สินที่ใช้ลงทุน. เล่ม 96 ตอนที่ 144.

ลาวัญญ์ ถนัดศิลป์. การวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำ ความตกลงการค้าเสรี.

วิศิษฐ์ ธนากรเมธา. การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (Bit), วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ศันนัทภรณ์ โสถลิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 13 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551.

สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.). การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ

Smes ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา, [Online] available from:

[http://www.sme.go.th/SiteCollectionDocumentsวิจัยSMEs/FATและผลกระทบ/การทำ
ข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา/a078/a078.pdf](http://www.sme.go.th/SiteCollectionDocumentsวิจัยSMEs/FATและผลกระทบ/การทำ
ข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา/a078/a078.pdf).

สิริรัตน์ ศรีจริยาพรกุล. กลไกการระงับข้อพิพาทการลงทุนของอาเซียน, วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขา
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

อนงค์ สมบุญเจริญ. ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา, วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชา
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

อัลกุรอาน ฉบับภาษาไทย สุเราะฮ์ อัล-มาอิดะฮ์ ข้อ 1. [Online] available from:

<http://www.hebron.edu/quran/translate.php?sora=5&l=37>. [30 April 2016].



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses (1978)

Article 1

Scope of the present articles

The present articles apply to most-favoured-nation clauses contained in treaties between States.

Article 2

Use of terms

1. For the purposes of the present articles:

- (a) “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;
- (b) “granting State” means a State which has undertaken to accord most-favoured-nation treatment;
- (c) “beneficiary State” means a State to which a granting State has undertaken to accord mostfavoured-nation treatment;
- (d) “third State” means any State other than the granting State or the beneficiary State;
- (e) “condition of compensation” means a condition providing for compensation of any kind agreed between the granting State and the beneficiary State, in a treaty containing a most-favoured-nation clause or otherwise;
- (f) “condition of reciprocal treatment” means a condition of compensation providing for the same or, as the case may be, equivalent treatment by the beneficiary State of the granting State or of persons or things in a determined relationship with it as that extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.

2. The provisions of paragraph 1 regarding the use of terms in the present articles are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in the internal law of any State.

Article 3

Clauses not within the scope of the present articles

The fact that the present articles do not apply to a clause on most-favoured treatment other than a most-favoured-nation clause referred to in article 4 shall not affect:

(a) the legal effect of such a clause;

(b) the application to it of any of the rules set forth in the present articles to which it would be subject under international law independently of the present articles.

Article 4

Most-favoured-nation clause

A most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations.

Article 5

Most-favoured-nation treatment

Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.

Article 6

*Clauses in international agreements between States to which
other subjects of international law are also parties*

Notwithstanding the provisions of articles 1, 2, 4 and 5, the present articles shall apply to the relations of States as between themselves under an international agreement containing a clause on mostfavoured-nation treatment to which other subjects of international law are also parties.

Article 7

Legal basis of most-favoured-nation treatment

Nothing in the present articles shall imply that a State is entitled to be accorded most-favourednation treatment by another State otherwise than on the basis of an international obligation undertaken by the latter State.

Article 8

The source and scope of most-favoured-nation treatment

1. The right of the beneficiary State to most-favoured-nation treatment arises only from the most-favoured-nation clause referred to in article 4, or from the clause on most-favoured-nation treatment referred to in article 6, in force between the granting State and the beneficiary State.

2. The most-favoured-nation treatment to which the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, is entitled under a clause referred to in paragraph 1 is determined by the treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.

Article 9

Scope of rights under a most-favoured-nation clause

1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause.

2. The beneficiary State acquires the rights under paragraph 1 only in respect of persons or things which are specified in the clause or implied from its subject matter.

Article 10

Acquisition of rights under a most-favoured-nation clause

1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires the right to mostfavoured-nation treatment only if the granting State extends to a third State treatment within the limits of the subject matter of the clause.

2. The beneficiary State acquires rights under paragraph 1 in respect of persons or things in a determined relationship with it only if they:

(a) belong to the same category of persons or things as those in a determined relationship with a third State which benefit from the treatment extended to them by the granting State and

(b) have the same relationship with the beneficiary State as the persons and things referred to in subparagraph (a) have with that third State.

Article 11

Effect of a most-favoured-nation clause not made

subject to compensation

If a most-favoured-nation clause is not made subject to a condition of compensation, the beneficiary State acquires the right to most-favoured-nation treatment without the obligation to accord any compensation to the granting State.

Article 12

Effect of a most-favoured-nation clause made

subject to compensation

If a most-favoured-nation clause is made subject to a condition of compensation, the beneficiary State acquires the right to most-favoured-nation treatment only upon according the agreed compensation to the granting State.

*Article 13**Effect of a most-favoured-nation clause made
subject to reciprocal treatment*

If a most-favoured-nation clause is made subject to a condition of reciprocal treatment, the beneficiary State acquires the right to most-favoured-nation treatment only upon according the agreed reciprocal treatment to the granting State.

*Article 14**Compliance with agreed terms and conditions*

The exercise of rights arising under a most-favoured-nation clause for the beneficiary State or for persons or things in a determined relationship with that State is subject to compliance with the relevant terms and conditions laid down in the treaty containing the clause or otherwise agreed between the granting State and the beneficiary State.

*Article 15**Irrelevance of the fact that treatment is extended
to a third State against compensation*

The acquisition without compensation of rights by the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, under a most-favoured-nation clause not made subject to a condition of compensation is not affected by the mere fact that the treatment by the granting State of a third State or of persons or things in the same relationship with that third State has been extended against compensation.

*Article 16**Irrelevance of limitations agreed between the granting State
and a third State*

The acquisition of rights by the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, under a most-favoured-nation clause is not affected by the mere fact that the treatment by the granting State of a

third State or of persons or things in the same relationship with that third State has been extended under an international agreement between the granting State and the third State limiting the application of that treatment to relations between them.

Article 17

*Irrelevance of the fact that treatment is extended to a third State
under a bilateral or a multilateral agreement*

The acquisition of rights by the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, under a most-favoured-nation clause is not affected by the mere fact that the treatment by the granting State of a third State or of persons or things in the same relationship with that third State has been extended under an international agreement, whether bilateral or multilateral.

Article 18

*Irrelevance of the fact that treatment is extended to a
third State as national treatment*

The acquisition of rights by the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, under a most-favoured-nation clause is not affected by the mere fact that the treatment by the granting State of a third State or of persons or things in the same relationship with that third State has been extended as national treatment.

Article 19

*Most-favoured-nation treatment and national or other
treatment with respect to the same subject matter*

1. The right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause is not affected by the mere fact that the granting State has agreed to accord as well to that beneficiary State national treatment or other treatment with respect to the same subject matter as that of the mostfavoured-nation clause.

2. The right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause is without prejudice to national treatment or other treatment which the granting State has accorded to that beneficiary State with respect to the same subject matter as that of the most-favoured-nation clause.

Article 20

Arising of rights under a most-favoured-nation clause

1. The right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause not made subject to a condition of compensation arises at the moment when the relevant treatment is extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.

2. The right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause made subject to a condition of compensation arises at the moment when the relevant treatment is extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State and the agreed compensation is accorded by the beneficiary State to the granting State.

3. The right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause made subject to a condition of reciprocal treatment arises at the moment when the relevant treatment is extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State and the agreed reciprocal treatment is accorded by the beneficiary State to the granting State.

*Article 21**Termination or suspension of rights under a
most-favoured-nation clause*

1. The right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause is terminated or suspended at the moment when the extension of the relevant treatment by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State is terminated or suspended.

2. The right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause made subject to a condition of compensation is equally terminated or suspended at the moment of termination or suspension by the beneficiary State of the agreed compensation.

3. The right of the beneficiary State for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most-favoured-nation clause made subject to a condition of reciprocal treatment is equally terminated or suspended at the moment of termination or suspension by the beneficiary State of the agreed reciprocal treatment.

CHULALONGKORN UNIVERSITY

*Article 22**Compliance with the laws and regulations
of the granting State*

The exercise of rights arising under a most-favoured-nation clause for the beneficiary State or for persons or things in a determined relationship with that State is subject to compliance with the relevant laws and regulations of the granting State. Those laws and regulations, however, shall not be applied in such a manner that the treatment of the beneficiary State or of persons or things in a determined relationship with that State is less favourable than that of the third State or of persons or things in the same relationship with that third State.

*Article 23**The most-favoured-nation clause in relation to treatment
under a generalized system of preferences*

A beneficiary State is not entitled, under a most-favoured-nation clause, to treatment extended by a developed granting State to a developing third State on a non-reciprocal basis within a scheme of generalized preferences, established by that granting State, which conforms with a generalized system of preferences recognized by the international community of States as a whole or, for the States members of a competent international organization, adopted in accordance with its relevant rules and procedures.

*Article 24**The most-favoured-nation clause in relation to
arrangements between developing States*

A developed beneficiary State is not entitled under a most-favoured-nation clause to any preferential treatment in the field of trade extended by a developing granting State to a developing third State in conformity with the relevant rules and procedures of a competent international organization of which the States concerned are members.

*Article 25**The most-favoured-nation clause in relation to treatment
extended to facilitate frontier traffic*

1. A beneficiary State other than a contiguous State is not entitled under a most-favoured-nation clause to the treatment extended by the granting State to a contiguous third State in order to facilitate frontier traffic.

2. A contiguous beneficiary State is entitled under a most-favoured-nation clause to treatment not less favourable than the treatment extended by the granting State to a contiguous third State in order to facilitate frontier traffic only if the subject-matter of the clause is the facilitation of frontier traffic.

*Article 26**The most-favoured-nation clause in relation to rights
and facilities extended to a landlocked third State*

1. A beneficiary State other than a landlocked State is not entitled under a most-favoured-nation clause to rights and facilities extended by the granting State to a landlocked third State in order to facilitate its access to and from the sea.

2. A landlocked beneficiary State is entitled under a most-favoured-nation clause to the rights and facilities extended by the granting State to a landlocked third State in order to facilitate its access to and from the sea only if the subject matter of the clause is the facilitation of access to and from the sea.

*Article 27**Cases of State succession, State responsibility
and outbreak of hostilities*

The provisions of the present articles shall not prejudice any question that may arise in regard to a most-favoured-nation clause from a succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States.

*Article 28**Non-retroactivity of the present articles*

1. Without prejudice to the application of any rule set forth in the present articles to which most-favoured-nation clauses would be subject under international law independently of these articles, they apply only to a most-favoured-nation clause in a treaty which is concluded by States after the entry into force of the present articles with regard to such States.

2. Without prejudice to the application of any rule set forth in the present articles to which clauses on most-favoured-nation treatment would be subject under international law independently of these articles, they apply to the relations of States as between themselves only under a clause on mostfavoured-nation treatment contained in an international agreement which is concluded by States and

other subjects of international law after the entry into force of the present articles with regard to such States.

Article 29

Provisions otherwise agreed

The present articles are without prejudice to any provision on which the granting State and the beneficiary State may otherwise agree.

Article 30

New rules of international law in favour of developing countries

The present articles are without prejudice to the establishment of new rules of international law in favour of developing countries.



Vienna convention on the Law of Treaties (1969).

PART III.

OBSERVANCE, APPLICATION AND
INTERPRETATION OF TREATIES

SECTION 1. OBSERVANCE OF TREATIES

Article 26

“Pacta sunt servanda”

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
- (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

- (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

SECTION 4. TREATIES AND THIRD STATES

Article 34

General rule regarding third States

A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

Article 35

Treaties providing for obligations for third States

An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

Article 36

Treaties providing for rights for third States

1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

Article 37

*Revocation or modification of obligations or
rights of third States*

1. When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed.

2. When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

Article 38

*Rules in a treaty becoming binding on third States
through international custom*

Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาววรรณัน ดวงอุดม เกิดเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2532 ที่จังหวัดยะลา ประวัติการศึกษา จบการศึกษาระดับมัธยมปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษาในปีการศึกษา 2549 จากนั้นปีการศึกษา 2550 ได้เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จบปริญญานิติศาสตร์บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 2 ในปีการศึกษา 2553 ต่อมาในปีการศึกษา 2554 ได้เข้าศึกษากฎหมายในชั้นเนติบัณฑิตที่สำนักอบรมศึกษากฎหมาย เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์ และสอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต สมัยที่ 64 ในปีการศึกษาเดียวกัน และในปีการศึกษา 2556 ได้เข้าศึกษาต่อระดับมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายระหว่างประเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ประวัติการทำงาน เมื่อปี 2556 ได้สอบบรรจุเข้าเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจ ที่บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนิติกร และในปี 2558 ได้ลาออกจากบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด เพื่อบรรจุเข้ารับราชการที่สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช.) ในตำแหน่งผู้ช่วยพนักงานไต่สวนปฏิบัติการ ปัจจุบันดำรงตำแหน่งพนักงานไต่สวนปฏิบัติการ สายงานกระบวนการ ยุติธรรม