

ปัญหาของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ
ในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศ

3.1 การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

ในกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ "สัญญาดังกล่าวย่อมเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายสาขาวิชาอันได้แก่ หลักว่าด้วยกฎหมายขัดกัน และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง"¹ การเลือกกฎหมายบังคับใช้ที่เหมาะสมกับภาวะการณ์เช่นนี้ เป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งนับเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลโดยเฉพาะหลักกฎหมายขัดกัน² แต่อย่างไรก็ดีในภาวะการณ์เช่นนี้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลโดยหลักกฎหมายขัดกันก็เป็นเพียงการหนึ่งที่จะช่วยชี้้นำกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา³

¹ Jean - Flavien Lalive, "Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company. Theory and Practice : Choice of Law in a New Arbitration Case", The International and Comparative Law Quarterly 13 (July 1964) : 988.

² พรรณี วาณิชสรณ์, "ความรับผิดชอบในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตภาคศึกษานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 46.

³ F.A. Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons," The British Yearbook of International Law, 35 (1959) : 45 - 46. และ Lord McNair "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations" The British Yearbook of International Law, 33 (1957) : 4.

หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกำหนดไว้ว่า กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างประเทศ (international contracts) ซึ่งมีองค์ประกอบต่าง ชาติ (foreign elements) ย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี⁴ ในกรณีสัญญา ระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ย่อมต้องอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายใดที่ให้อำนาจคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมา บังคับใช้ในสัญญา ในกรณีนี้ได้แก่ หลักกฎหมายขัดกัน เพราะเหตุว่า หลักกฎหมายขัดกัน เป็นหลักกฎหมายที่อนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ใน สัญญา เนื่องจากกฎหมายขัดกันมีวัตถุประสงค์ที่จะจัดสรรว่า ในกรณีที่นิติกรรมมีจุดสัมพันธ ์กับระบบกฎหมายหลายระบบกฎหมายใดควรจะเข้ามามีส่วนในการวางนิติสัมพันธ์มากที่สุด การที่จะหากกฎหมายมาบังคับใช้กับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่าง ชาติ ต้องขึ้นกับบทบัญญัติ กฎหมายขัดกัน บทบัญญัติกฎหมายขัดกันให้อำนาจกฎหมายต่างประเทศที่ศาลพิจารณำนำมาบังคับ ใช้ กฎหมายขัดกันจึงเป็นพื้นฐานของสัญญาระหว่างประเทศ⁵

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴ ชุมพร ปัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน", วารสารกฎหมาย 9 (มิถุนายน 2527) : 78.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79-80.

ในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศบทบัญญัติกฎหมายไทยในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 บัญญัติไว้ว่า ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสิ่งที่เป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น บทบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นการยอมรับหลักการในทฤษฎีการเลือกกฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี หรือทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก (La Loi D'autonomie) ในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ในปัจจุบันนี้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยอมรับว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างประเทศ ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายนั้นจะได้รับการยอมรับและยึดถือตามอยู่เสมอ⁵ ดังนั้น ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้เองที่ให้อำนาจคู่สัญญาที่จะเลือกนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา การยอมรับหลักกฎหมายประการใดในสัญญา แม้ว่าจะเป็นหลักกฎหมายต่างชาติหรือ หลักกฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือหลักกฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาก็สามารถกระทำได้ เพราะหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

พื้นฐานของการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา อยู่ที่หลักการในทฤษฎีที่เกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D'autonomie) อันเป็นที่ยอมรับกันในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศต่าง ๆ และโดยทั่วไปอาจจะกล่าวได้ว่าเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา จะรักษาผล

⁵ Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, (New York : Oceana Publications Inc., 1978), p.71.

ประโยชน์ของคู่สัญญาได้อย่างดีที่สุดประการหนึ่ง ดังที่ได้มีนักกฎหมายกล่าวว่า "การเลือกกฎหมายโดยคู่สัญญา เป็นการป้องกันล่วงหน้าสำหรับสิ่งที่ไม่อาจคาดการณ์ได้ในศาล ที่ไม่อาจคาดคะเนได้ และจะเป็นการเสนอให้สัญญาอยู่ภายใต้อาณัติของกฎหมายในขณะที่มีการเจรจา" ⁷ จะขอก้าวถึงแนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D'autonomie) เพื่อประกอบความเข้าใจในเรื่อง การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐ และเอกชนต่างประเทศ

แนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D'autonomie)

แนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี ได้เป็นที่ยอมรับกันตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะในกรณีสัญญาระหว่างประเทศ แนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก ได้มีการตีความอันจะมีผลต่อการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้โดยนักทฤษฎีกฎหมาย ซึ่งได้เสนอข้อคิดเห็นไว้เป็น 3 แนวทางด้วยกัน ⁸ คือ

⁷ Rabel, Conflict of Laws, II, p.365. อ้างโดย Vischer, The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the field of Contract," Recueil des Cours de L'Academie de Droit International (1974 II) : 37.

⁸ Batiffol, Droit International Prive Tome II, 6 edition, (Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence 1976) pp.209-221., Mayer, Droit International Prive Edition Montchrestien (Paris, 1977) pp.489-499.

3.1.1 ทฤษฎี "อัตตนิยมบริสุทธิ" (Subjectivism Pur) ^๙

ตามทฤษฎีนี้ เจตนาของคู่สัญญาไม่เพียงแต่จะมีอิสระในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา แต่เจตนาของคู่สัญญาอาจเป็นกฎหมายที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญา เจตนาของคู่สัญญาเท่านั้นที่พอเพียงที่จะกำหนดความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญาจะบัญญัติอะไรก็ได้ตามเจตนาของตน ไม่จำเป็นต้องนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา เจตนาของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่มีความบังคับเป็นกฎหมาย ข้อคิดเห็นเช่นนี้จะมีผลต่อสัญญา คือ

1. สัญญาไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้บังคับจากกฎหมายใด ๆ (สัญญาที่ไม่มีกฎหมาย *contrat sans loi*) บทสัญญาย่อมเป็นการสมบูรณ์และพอเพียงในตัวเอง ความสัมพันธ์ในทางสัญญาไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจบังคับจากกฎหมายใด ๆ คู่สัญญามีอิสระที่จะไม่อยู่ภายใต้บังคับจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้ว่าเจตนาของคู่สัญญาจะเป็นการละเมิดกฎหมายที่มีอยู่ก็สามารถทำได้ นอกไปจากนี้เจตนาของคู่สัญญาจะสามารถที่จะยกเลิกเกี่ยวกับการนำกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (*La Loi D'Order Public* ^{๑๐} หรือ กฎหมายที่พึงนำมาบังคับใช้ในทันที (*La Loi D'Application*

^๙ ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน," 9 : 85.

^{๑๐} ความสงบเรียบร้อย (*Order Public*) ในกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล หมายถึง การปฏิเสธไม่ยอมรับกฎหมายต่างชาติใด ๆ ที่จะนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยคดี เพราะกฎหมายต่างชาติเหล่านี้ขัดกับหลักเกณฑ์เบื้องต้นแห่งกฎหมายและความยุติธรรมในดินแดนของรัฐที่จะต้องรับกฎหมายต่างชาติมาบังคับใช้ (เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.)

Immediate) ของรัฐที่จะเข้ามามีผลบังคับในสัญญา ¹¹

2. ถ้าหากว่าคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา กฎหมายที่เลือกนั้นอาจไม่มีความเกี่ยวพันอย่างใดกับจุดนิติสัมพันธ์ที่สัญญานั้นเกี่ยวเนื่องเลย โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกกฎหมายโดยฉ้อฉล (Fraud a la loi) ¹²

3. บทบัญญัติกฎหมายในสัญญา ถ้าหากคู่สัญญาเลือกบทบัญญัติกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา การเปลี่ยนแปลงแก้ไขในบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่คู่สัญญาได้มีเจตนาเลือกนำมาบังคับใช้ในสัญญา จะไม่มีผลต่อสัญญา เพราะคู่สัญญาจะไม่ยอมรับบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ได้เลือกที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา

¹¹ กฎหมายที่พิจำนำมาบังคับใช้ทันที (La Loi D'Application Immediate) หมายถึงกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองโครงสร้างทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ทำให้ศาลพึงต้องบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยตรงโดยไม่ยอมให้กฎหมายต่างชาติเข้ามาบังคับใช้ในเรื่องนั้น ๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เรื่องที่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ศาลพึงบังคับใช้ทันที จะไม่ผ่านขบวนการของกฎหมายขัดกัน (เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.)

¹² การเลือกกฎหมายโดยฉ้อฉล (Fraud a la loi) หมายถึง การที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่มีได้มีความเกี่ยวพันกับสัญญามาบังคับใช้ในสัญญา เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงอำนาจบังคับจากกฎหมายที่มีผลบังคับแก่สัญญา การเลือกกฎหมายของคู่สัญญาจะต้องเป็นไปโดยหลักสุจริต และความถูกต้องตามกฎหมาย (bona fide and legal) ถ้าคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่มีได้มีความเกี่ยวเนื่องอย่างใดเลยกับสัญญา ศาลย่อมไม่อาจรับกฎหมายเหล่านั้นมาบังคับใช้แก่สัญญาได้ เพราะถือว่าเป็นการเลือกกฎหมายที่ไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย (Dicey & Morris "On the Conflict of Law", (London : Stevens & Sons Ltd., 1980), pp.755-756.

4. การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา คู่สัญญาที่มีอิสระที่จะเลือกระบบกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญามากกว่าระบบกฎหมายหนึ่งก็สามารถกระทำได้โดยคู่สัญญาอาจจะเลือกระบบกฎหมายหนึ่งในข้อกำหนดหนึ่ง และเลือกกฎหมายอื่น ๆ ในข้อกำหนดประการอื่นโดยไม่ทำให้สัญญาไม่มีผลตามกฎหมาย

แนวทฤษฎีที่กล่าวมานี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์คัดค้านโดยนักกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับการตีความขอบข่ายของแนวทฤษฎีการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ดังจากการเสนอข้อคิดเห็นของ Von bar และ Pillet ดังนี้¹³ คือ

1. แนวทางทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ์ (Subjectivism Pur) นี้ไม่เป็นที่ยอมรับได้เพราะที่มาของหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาจะเป็นไปตามกฎหมายที่มีอำนาจบังคับในสัญญา เจตนาของคู่สัญญาไม่อาจจะถือเป็นกฎหมายได้ หรือ มีผลบังคับเป็นกฎหมายซึ่งจะรองรับหน้าที่ต่าง ๆ ในทางสัญญา โดยเฉพาะหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลแล้วจะต้องมีหลักกฎหมายที่ให้อำนาจคู่สัญญาเลือกกฎหมาย หรือ คู่สัญญาในสัญญาใด ๆ จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา หรือ กฎหมายอื่น ๆ คู่สัญญาไม่อาจจะสร้างหลักกฎหมายเพื่อที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาได้ หลักการเลือกกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจคู่สัญญาดังที่แนวทฤษฎีข้างต้นนี้ได้เสนอไว้

2. เจตนาของคู่สัญญาอันเป็นที่ยอมรับในสัญญาก็คือ คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา และอีกประการหนึ่งก็คือ บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่จะเข้ามามีอำนาจบังคับสัญญาโดยคู่สัญญาไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ บุคคลไม่สามารถปฏิเสธกฎหมายโดยเหตุผลจากความตกลงระหว่างกัน บุคคลจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายมิใช่จากหลักกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาโดยคู่สัญญาเอง

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง ก็จะต้องหาว่ากฎหมายอะไรที่คู่สัญญามีเจตนาจะนำมาบังคับใช้โดยปริยาย โดยเป็นกฎหมายที่สัญญามีความเกี่ยวพันมากที่สุด

¹³ Mayer, Droit International Prive, pp.490-491.

3.1.2 ทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญา (La Theorie de la Localisation)

จากทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิที่มีแนวทฤษฎีว่า เจตนาของคู่สัญญาย่อมอยู่เหนือสิ่งใด และมีผลเป็นกฎหมายได้ในตัวเอง สัญญาไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายใดนั้น ได้มีผู้เสนอข้อคิดเห็นในทางตรงข้าม โดยมีข้อพิจารณาว่า การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญานั้นก็คือ การหากกฎหมายของถิ่นที่สัญญามีจุดนำหน้า (La Localisation du contrat) ซึ่งมาจากองค์ประกอบต่าง ๆ ดังเช่น การพิจารณาว่าสัญญามีความสัมพันธ์กับถิ่นใดดังเช่นสถานที่ในการทำสัญญา สัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายใด หรือ องค์ประกอบอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ศาสตราจารย์ Batiffol ได้เสนอ การตีความแนวทฤษฎีการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยมีเนื้อหาในทางทฤษฎี คือ

เจตนาของคู่สัญญาในสัญญา ประกอบเป็นเพียงการหาจุดนำหน้าของสัญญา ผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องผูกมัดตามเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายเป็นเพียงหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญามากที่สุด สิ่งสำคัญก็คือ การหาจุดนำหน้าของสัญญาว่าอยู่ที่ระบบกฎหมายใด เพื่อนำระบบกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ในสัญญา ศาสตราจารย์ Batiffol ได้ให้ข้อสังเกตว่าองค์ประกอบภายนอกอันมิใช่เจตนาของคู่สัญญา ดังเช่น สถานที่ในการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา อันเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญานั้นจะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับการหากกฎหมายแห่งสัญญา

กฎหมายแห่งสัญญา คือ กฎหมายของประเทศที่สัญญามีจุดนำหน้าอยู่ ณ ที่นั้น ศาลในการหาเจตนาของคู่สัญญาเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ตามความคิดเห็นในทฤษฎีนี้จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ เจตนาของคู่สัญญาในกรณีต่าง ๆ จะต้องเป็นเจตนาที่มีเหตุผลอันเหมาะสมเมื่อพิจารณาจากสัญญาด้วย คู่สัญญามีอิสระในการเลือกกฎหมายที่เป็นส่วนประกอบที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ดังเช่น กฎหมายแห่งถิ่นที่ได้มีการทำสัญญา (Lex Loci contractus) กฎหมายแห่งถิ่นที่มีการปฏิบัติตามสัญญา (Lex Loci Solutionis) แต่ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเช่นนี้ กฎหมายที่เลือกจะต้องเป็นกฎหมายที่สัญญามีจุดนำหน้าอยู่ ณ ที่นั้น

ในทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ (Subjectivism Pur) ศาลจะต้องยึดถือตามเจตนาที่มีอยู่ของคู่สัญญา แต่ในทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญา (La theorie de la localisation) เช่นนี้ เจตนาของคู่สัญญาจะต้องเป็นเจตนาที่มีเหตุผลอันเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะต้องเป็นกฎหมายของประเทศซึ่งองค์ประกอบในการเลือกแสดงว่าสัญญามีจุดนำหน้าอยู่ ณ ที่นั้น การที่กล่าวว่า กฎหมายแห่งสัญญา คือ กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาขึ้นตามทฤษฎีนี้จะหมายความว่า คู่สัญญามีเจตนาตกลงให้สัญญาอยู่ภายใต้อาณัติจากกฎหมายที่กำหนดโดยองค์ประกอบของสัญญา

กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา จะนำมาบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายมิใช่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือ เป็นข้อเท็จจริง โดยมีความเกี่ยวเนื่องกับส่วนประกอบต่าง ๆ ของสัญญา คู่สัญญามีอิสระที่จะกำหนดให้สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายใด แต่ไม่อาจจะปฏิเสธกฎหมายบางประการที่จะเข้ามามีอำนาจบังคับเหนือสัญญาได้ การเลือกกฎหมายของคู่สัญญาเป็นเพียงการแสดงเจตนาหาจุดนำหน้าของสัญญาอันจะถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ แต่ก็มีได้หมายความว่า จะเป็นการผูกมัดให้ศาลต้องรับเอาการแสดงเจตนาขึ้นมาบังคับใช้โดยตรง เพราะว่าจุดนำหน้าของสัญญา เป็นสิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณา ตามทฤษฎีนี้ถือว่าการแสดงเจตนาเป็นเรื่องข้อเท็จจริงไม่ใช่เรื่องกฎหมาย ศาลจะเป็นผู้หากกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยถือเอาการแสดงเจตนาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการหาจุดนำหน้าของสัญญาดังกล่าว

นอกจากนี้เจตนาของคู่สัญญาในทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญานั้นมีข้อจำกัด ดังเช่น เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาจะต้องไม่ขัดแย้งกับนโยบายในทางมหาชน การเลือกจะต้องกระทำโดยหลักสุจริต (bona fide) เพื่อวัตถุประสงค์ในทางกฎหมาย (การเลือกนั้นจะต้องสุจริตและมีความซัดจั้งไม่เป็นที่สงสัย) ซึ่งหมายความว่า ถ้าคู่สัญญากำหนดให้สัญญาอยู่ภายใต้บังคับโดยระบบกฎหมายใดเพื่อจะให้สัญญามีผลตามกฎหมายในระบบกฎหมายนั้น ทั้งที่เห็นได้ว่าสัญญามีความเกี่ยวเนื่องกับระบบกฎหมายอื่นแต่ที่ไม่นำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้เพราะการนำมาบังคับใช้จะทำให้ข้อกำหนดใดในสัญญาเป็นโมฆะ คู่สัญญาจึงแสดงเจตนาเลือกกฎหมายอื่นใดที่มีได้มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญามาบังคับใช้ ถ้าคู่สัญญาเลือกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ ย่อมไม่อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยสุจริต ศาลไม่อาจจะยอมรับได้



ทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญา (La Theorie de la localisation) นี้คัดค้านแนวทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธ์ที่เสนอว่า สัญญาอาจจะไม่มีกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ได้ ตามทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญา สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้บังคับจากกฎหมายเสมอ เพราะว่าเป็นไปได้ที่จะหาจุดนำหน้าของสัญญาเพื่อที่จะหากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายในสัญญาของคู่สัญญานั้นจะสนับสนุนโดยองค์ประกอบอื่น ๆ ของสัญญา กฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือจากกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกอาจจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาถ้ากฎหมายดังกล่าว เป็นการแสดงถึงจุดนำหน้าของผลประโยชน์ของสัญญา

3.1.3 ทฤษฎีอัตตนิยมประยุคต์ (Subjectivism Modere)

แนวทฤษฎีเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่คู่กรณีเลือกนี้เป็นการเสนอของศาสตราจารย์ Mayer แห่งมหาวิทยาลัย Paris ซึ่งได้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยยังคงยึดถือในแนวทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธ์ (Subjectivism Pur) แต่ได้เปลี่ยนแปลงในหลักการบางประการ โดยแนวทฤษฎีอัตตนิยมประยุคต์ (Subjectivism Modere) นี้ยึดถือว่า กฎหมายที่นำมาบังคับใช้มิใช่เกิดจากสัญญาดังเช่นแนวทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธ์แต่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับจากกฎหมาย เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายมีผลเป็นการแสดงว่าคู่สัญญาประสงค์จะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ในสัญญาแต่เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้จะไม่มีผลในทางกฎหมาย ถ้าหากว่า (1) หลักกฎหมายประการใดที่จะเข้ามามีอำนาจบังคับในสัญญา โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายขัดกันที่ได้กำหนดให้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ หลักกฎหมายขัดกันจะมีผลต่อเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย (2) หน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาจะเป็นที่มาของหลักกฎหมายสาระบัญญัติที่จะเลือกมาบังคับใช้ในสัญญา หน้าที่ดังกล่าวนี้จะกำหนดว่านิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาจะขึ้นกับกฎหมายใด

เจตนาของคู่กรณีย่อมอยู่ภายใต้กฎหมาย เจตนาของคู่สัญญาจะอยู่เหนือกฎหมายไม่ได้ หนี้ตามสัญญาจึงมีผลตามที่คู่กรณีเลือกผลก็คือคู่กรณีจะมายกเลิกกฎหมายใด ๆ หรือปฏิเสธการบังคับใช้ของกฎหมายที่ออกใหม่ไม่ได้ ทฤษฎีนี้ไม่เห็นด้วยกับการตีความหลักความค้ำค้ำสิทธิ์แห่งเจตนา (L'autonomie de la volonté) อย่างกว้างขวาง จนเกินขอบเขตอันหมายความว่า เจตนาสามารถยกเลิกกฎหมายบางส่วนที่คู่กรณีไม่เห็นด้วย แต่มีเจตนาจะไม่นำมาบังคับไว้กับสัญญาของตน ตามทฤษฎีอัตตนิยมประยุกต์ (Subjectivism Modere) คู่กรณีไม่สามารถยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Les Regles Imperatives) ของกฎหมายที่ตนเองเลือก สรุปรว่าสัญญาต้องอยู่ใต้กฎหมายเสมอ ¹⁴

ทฤษฎีทั้งสามนี้ เป็นการตีความแนวทฤษฎีกฎหมายที่คู่กรณีเลือก (La Loi Choisie) แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้นำหลักการแห่งทฤษฎีเหล่านี้มากำหนด ไว้แล้วแต่ว่าจะเลือกรับแนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในแนวทางประการใด ในกรณีของมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา เช่นนี้ จึงเป็นไปตามทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ์ แต่ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ บทบัญญัติในมาตรา 13 นำหลัก Objectivism มาพิจารณาโดยถือว่า สัญญาจะมีจุดนิติสัมพันธ์ ณ ที่ใด ในการหากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยถือกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญา หรือ กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น ¹⁵

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁴ ชุมพร บัจจุสานนท์ "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน," 9 : 87.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

3.2 ปัญหาว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

อย่างไรก็ตามโดยหลักกฎหมายขัดกันด้วยการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง หรืออาจเรียกว่าเป็น การยกระดับของสัญญาให้เป็นระหว่างประเทศ (Internationalizing of contract) ¹⁶ ซึ่งในประเด็นนี้แม้จะมีความหมายว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง อย่างไรก็ตามก็ดีในกรณีดังกล่าวมีการให้ความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

¹⁶ คำว่า Internationalized Contract ในปัจจุบันยังไม่มี การบัญญัติศัพท์เป็นคำภาษาไทยอย่างแน่นอน แต่ในที่นี้ผู้เขียนจะแปลคำนี้ว่า การยก ระดับของสัญญาให้เป็นระหว่างประเทศ หรือ สัญญาที่ยกระดับให้เป็นระหว่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องมาจากต้องการให้ต้องตรงกันกับความหมายทางกฎหมาย ในภาษาอังกฤษ ให้มากที่สุดโดยเฉพาะอย่างยิ่งตามที่ Prof. F.V. Garcia-Amador ได้อธิบาย ไว้ว่า The purpose of internationalization of a contractual relation must be to liberate the relation from municipal law (จาก International Law Commission 1959, p.32) จากการใช้อ້วยคำของ Amador ที่ว่า liberate ซึ่งในภาษาไทยจะแปลว่า ยกขึ้น และเช่นนี้เองคือเหตุผลที่ผู้เขียนได้แปลคำว่า Internationalizing of Contract ว่า หมายถึง การยกระดับของสัญญาให้เป็นระหว่างประเทศ

ความเห็นแรกเห็นว่า "ในทางทฤษฎีสัญญาอาจได้รับการยกระดับให้เป็นระหว่างประเทศ โดยที่ให้สัญญานี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (public international law stricto sensu) ¹⁷ และดังนั้นสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ จึงเป็นอิสระจากอำนาจบังคับการตามกฎหมายภายในของรัฐ นอกจากนี้ยังให้เหตุผลเพิ่มเติมด้วยว่าอันที่จริงแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมีเนื้อหากว้างมาก และยังได้พัฒนาเพื่อใช้บังคับกับกิจกรรมทางพาณิชย์อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ก็ดีในความเป็นจริงแล้วไม่มีใครปรากฏว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในเรื่องการชำระหนี้ตามสัญญา ¹⁸ การเลือกกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญานี้ย่อมหมายถึงการปรับให้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักกฎหมายว่าด้วย สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) ¹⁹

โดยสรุปแล้วปัญหาว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศจึงเป็นปัญหาของความหมายทางกฎหมายและขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ ปัญหาที่ว่า อะไรคือกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁷ F.A.Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", : 43.

¹⁸ D.P. O'Connell, International Law, Vol. 2 (London : Stevens & Sons, 1970) p.976

¹⁹ Prosper Weil, "problemes Relatifs aux Contrats Passes entre un etat et un Particulier", Recueil des Cours de L'Academie de Droit International (1969 III) : 94.

ดังนั้นในการวิเคราะห์ปัญหาว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญา
ระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ จึงต้องทำความเข้าใจว่าด้วยความหมายและขอบเขต
ของ กฎหมายระหว่างประเทศ แล้วจึงจะวิเคราะห์เพื่อคลี่คลายปัญหาทางกฎหมาย
ว่าอะไรคือกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศในทัศนะของ
กฎหมายระหว่างประเทศ

3.2.1 ความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ

ถ้อยคำที่ใช้ในภาษาไทยว่า กฎหมายระหว่างประเทศ นี้เป็นถ้อย
คำที่แปลมาจากคำภาษาอังกฤษที่ว่า International law อันหมายถึงกฎหมายที่ใช้
ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงหมายถึง
กฎหมายมหาชนภายนอก ตามที่มีการให้เหตุผลดังต่อไปนี้

เนื่องจากรัฐเป็นองค์อธิปัตย์ (sovereign person) จึงมีอำนาจอธิปไตย
เด็ดขาด มีเจตนาธรรม (will) เป็นของตนเอง ไม่ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดภายนอกใด ๆ
และกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศใดจะผูกพันก็ต่อเมื่อรัฐนั้นยอมจำกัดอำนาจ
อธิปไตยของตนเอง ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็น กฎหมายมหาชนนอก
ซึ่งจะผูกพันก็ต่อเมื่อรัฐให้ความยินยอม ²⁰

ข้อสรุปที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศ คือ กฎหมายที่ใช้ในความสัมพันธ์
ระหว่างรัฐกับรัฐนั้น ได้มีคำตัดสินของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Lotus
ยืนยันไว้กล่าวคือ "กฎหมายระหว่างประเทศใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เป็นเอกราช
และกฎเกณฑ์เช่นนี้มีขึ้นเพื่อใช้กับความสัมพันธ์ของรัฐในประชาคมโลกนี้" ²¹

²⁰ J.L. Brierly, The Law of Nations (Oxford : Clarendon Press, 1963), p.53.

²¹ Permanent Court of International Justice SERIES A., No. 10. : 18.

นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Anglo-Norwegian Fisheries ยังได้ให้เหตุผลสนับสนุนข้อสรุปดังกล่าวไว้ในคำตัดสินกล่าวคือ "ความจำเป็นที่จะต้องดำรงอยู่ของสังคมระหว่างประเทศก่อให้เกิดบรรทัดฐานที่ว่า กฎหมายจำเป็นต้องควบคุมความประพฤติของรัฐในด้านความสัมพันธ์ต่อรัฐด้วยกัน" ²² ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึง หมายถึง กฎหมายที่มีผลผูกพันรัฐกับบุคคลระหว่างประเทศอื่น ๆ ไว้ให้สัมพันธ์ต่อกัน ²³ แม้แต่ Gregory I Tunkin ผู้อธิบายความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศจากแนวคิดของฝ่ายเลนินคอมมิวนิสต์ก็ได้ยอมรับว่าถ้อยคำที่ว่า International law นั้น หมายถึงแต่เพียง กฎหมายระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ²⁴ ส่วนถ้อยคำที่นักกฎหมายใช้เพื่อให้หมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศนี้อาจใช้คำว่า droit des gens ²⁵ อย่างไรก็ตามในที่สุดก็สรุปได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศ ก็คือกฎหมายที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐนั่นเอง

²² International Court of Justice Rep., (1951) : 142 - 149.

²³ H.B. Jacobini, International Law A Text (Homewood illinois : The Dorsey Press Inc, 1962) p.1.

²⁴ Gregory I. Tunkin, International Law (Moscow : Progress Publishers, 1986) p.27.

²⁵ Georges Scelle, Precis de droit des gens (Paris : Recueil Sirey, 1932), p.7.

3.2.1.1 กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

เมื่อ "กฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึงเพียงเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ดังนั้นย่อมแตกต่างกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล"²⁶ สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้นย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ที่ช่วยชี้ว่าระบบกฎหมายภายในใดคือกฎเกณฑ์ถูกต้องที่พึงจะนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่อยู่ภายใต้บังคับของอำนาจบังคับตามกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน²⁷ ดังนั้นปัญหาในหัวข้อนี้คือ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้น²⁸ ในประเด็นนี้มีการให้ความเห็นเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าเป็น interlegal law²⁹ กล่าวคือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลไม่ใช่เนื้อหาของกฎเกณฑ์ ทางกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีหากแต่เป็นส่วนประกอบ และมีหน้าที่จะชี้นำศาลในการตัดสินใจว่า ระบบกฎหมายใดควรจะนำมาใช้บังคับในการแก้ไขปัญหามีองค์ประกอบต่างชาติ (foreign element)³⁰ มีการให้ความเห็นว่า

²⁶ Gregory I. Tunkin, International Law, p.29.

²⁷ Henri Batiffol, Droit International Prive, Tome I, (Paris : Librairie general de droit et de jurisprudence, 1981), p.1.

²⁸ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา, "กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ในสถานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ". วารสารนิติศาสตร์ 18 (มีนาคม 2531) : 109.

²⁹ Alf Ross, A Textbook of International Law, (London : Longman, 1947), p.73.

³⁰ Lord McNair, "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations," : 4.

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีขอบเขตของเนื้อหาครอบคลุมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลฝ่ายซึ่งสนับสนุนความคิดเช่นนี้ ได้แก่ S.B. Krylov (สหภาพโซเวียต) M.Genovski (บัลแกเรีย) และ M. Quintana (อาร์เจนตินา)³¹ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งมีผู้สนับสนุนความเห็นนี้ได้แก่ I.S. Peretersky, L.A. Luntz, Yu.G. Matveyev, E.T.Usenko, W. Kutikow, Batiffol (ฝรั่งเศส) และ M.Giuliani (อิตาลี)³²

แต่ไม่ว่าความเห็นต่อประเด็นปัญหานี้จะเป็นอย่างไรก็ตามอย่างน้อยที่สุดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกับกฎหมายระหว่างประเทศย่อมเป็นปัญหาที่สำคัญมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีบทบาทสำคัญในการปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาทางกฎหมายอันเนื่องมาจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการค้าต่างประเทศ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³¹ อ้างใน Greory I. Tunkin, International Law, p. 29.

³² Ibid., p. 29.

3.2.1.2 กฎหมายข้ามชาติ (Transnational Law)

ภาวะการณ์ของความสัมพันธ์ข้ามชาตินั้นอาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ใด ๆ ในระหว่างเอกชน บริษัท รัฐ องค์การระหว่างรัฐ หรือกลุ่มอื่น ๆ ก็ได้ อย่างไรก็ตามภาวะการณ์เช่นนี้จะต้องมีกฎหมายกำกับอยู่อย่างแน่นอน ซึ่งนักกฎหมายเรียกว่า กฎหมายข้ามชาติ^{๓๓} (Transnational law) และได้ให้คำอธิบายไว้ว่า

คำว่า กฎหมายข้ามชาติ นี้รวมถึงกฎหมายทั้งหมดที่กำหนดเป็นข้อบังคับควบคุมการกระทำหรือเหตุการณ์ที่ล่วงพ้นดินแดนของชาติตนไป ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็นับรวมอยู่ด้วย และรวมไปถึงกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่ไม่อาจจัดให้อยู่ในประเภทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและคดีบุคคลด้วย

ปัจจุบันนี้มีนักกฎหมายที่สนับสนุนความเห็นเกี่ยวกับ กฎหมายข้ามชาตินี้มากขึ้น ตัวอย่างเช่น Francois Rigaux ก็เคยกล่าวอย่างสรุปไว้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศ นั้นหมายถึงกฎเกณฑ์ใด ๆ ในแง่ของเนื้อหาที่อาจนำมาใช้กับภาวะการณ์หรือความสัมพันธ์นั้น ๆ และกฎเกณฑ์ที่ว่านี้อาจมีรูปแบบในทางกฎหมายอย่างใดก็ได้และย่อมรวมทั้งกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง หรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คำว่า ระหว่างประเทศ ในที่นี้ใช้ในฐานะที่เป็นคำขยายหรือคุณศัพท์เท่านั้น^{๓๔} ดังนั้นจึงมีการให้ความเห็นทางกฎหมายว่าในภาวะ

^{๓๓} Philip C. Jessup, Transnational Laws (New Haven : Yale University Press, 1956), p.3.

^{๓๔} Francois Rigaux, Droit Public et Droit Prive dans les Relations Internationales (Paris : Pedonne, 1977), pp. 366 - 372.

การที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ นั้น อาจพิจารณาได้จาก กฎหมายข้ามชาติ^{๓๕} และเมื่อได้ข้อสรุปเช่นนี้แล้ว ประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือ อะไรคือกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

3.2.2 กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

จากการศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมาทำให้ทราบว่า อันที่จริง กฎหมายระหว่างประเทศ (International law) ย่อมหมายถึงเพียง กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและบุคคลระหว่างประเทศเท่านั้น ย่อมไม่รวมถึงกรณีที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน แต่ในกรณีที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศอันจัดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า กฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้หรือไม่ และจะให้เหตุผลทางกฎหมายในกรณีดังกล่าวว่าอย่างไร

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๓๕} Jean - Flavien Lalive, "Contrats entre Etats ou entreprises Etatiques et Personnes Privees Developpements Recents," Recueil des Cours de L'Academie de Droit International (1983 III) : 26.

การนำสัญญาไปอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้น ย่อมเกี่ยวข้องกับทฤษฎีในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หรืออาจกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า การนำสัญญาไปอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนี้มีรากฐานมาจากกฎหมายภายในและจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ทั้งนี้เพราะกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั่นเองที่อนุญาตให้สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศได้^{๓๕} อย่างไรก็ตามในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย ก็จะมีปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับข้อจำกัดในการเลือกกฎหมาย แล้วสิ่งนี้เองเป็นประเด็นที่นักกฎหมายต้องถกปัญหากันว่าด้วยขอบเขตอิสรภาพของคู่สัญญา

จากความเห็นดังกล่าวจึงสรุปได้ว่าจริงอยู่ที่กฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึงกฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ แต่โดยผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล กฎหมายระหว่างประเทศ ก็ย่อนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศ นี้ก็สามารถนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากหลักการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา (choice of law) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั่นเอง ดังนั้นเมื่อทราบแล้วว่า ในภาวะการณ์ที่เป็นการทำสัญญาของรัฐกับเอกชนต่างประเทศ มีการอนุญาตให้มีการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญา และการอนุญาตให้เลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญานี้ยังได้รวมถึงการนำเอา กฎหมายระหว่างประเทศ มาใช้อีกด้วย ซึ่งแท้จริงแล้วก็คือ การนำกฎหมายสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐมาใช้บังคับกับภาวะการณ์เช่นนี้ได้ด้วย แต่อย่างไรก็ดี ยังเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ว่าอะไรคือ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ อันเป็นผลจากการเลือกกฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกไว้ ซึ่งจะได้ศึกษาพิจารณาต่อไป

^{๓๕} F.A. Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", : 45 - 46.

ก. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

จากการศึกษาพอสรุปได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลช่วยในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้มีนักกฎหมายสนับสนุนความคิดนี้ เช่น D.P.O'Connell,³⁷ F.A. Mann,³⁸ F.V.Garcia - Amador,³⁹ และ Jimenez de Arechaga⁴⁰ ซึ่งได้ให้ความเห็นโดยสรุปได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลโดยการเลือกกฎหมายนี้ได้ชี้ช่องว่า กฎหมายระหว่างประเทศ (ซึ่งอันที่จริงแล้วก็หมายถึง กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั่นเอง) คือกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันมีการโต้แย้งความเห็นนี้โดยไม่ยอมรับว่า กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองคือ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐเท่านั้น ส่วนสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเป็นความสัมพันธ์ในแง่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ทั้งนี้ก็เพราะว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่ครอบคลุมเรื่องสัญญา ดังนั้นคำว่า กฎหมายระหว่างประเทศ ที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่าง

³⁷ D.P. O'Connell, International Law Vol. 2, p. 979.

³⁸ F.A.Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", : 46.

³⁹ F.V. Garcia Amador, International Law Commission., (1959) p.32.

⁴⁰ Jimenez de Arechaga, "International law in the Third Past Century", Recueil des Cours de L'Academie de Droit International (1978 I): 1, 308.

ประเทศ จึงเป็นไปได้ที่จะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้โดยเนื้อแท้
 ของตนเอง หากแต่มีความเป็นไปได้ที่จะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา ⁴¹
 เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ⁴² เป็นกฎหมายข้ามชาติ ⁴³ หรือเป็น Lex mercatoria ⁴⁴

อย่างไรก็ดีคำชี้ขาดคดีต่าง ๆ ในประเด็นนี้แตกต่างกัน ในคดี Texaco ซึ่ง
 Jean Rene Dupuy ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดได้ตัดสินคดี Texaco V. The
 Government of Libyan Arab Republic ว่าสัญญาสัมปทานนั้นอยู่ภายใต้บังคับของ
 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ด้วยเหตุนี้เอง จึงเป็นการยกระดับของสัญญา
 ให้เป็นเรื่องระหว่างประเทศ ⁴⁵

⁴¹ Jean-Flavien Lalive, "Contracts Between a State or
 a State Agency and a Foreign Company. Theory and Practice :
 Choice of Law in a New Arbitration Case", : 1006.

⁴² Lord McNair, "The General Principles of Law
 recognized by Civilized Nations", : 10.

⁴³ Philip C. Jessup, Transnational Law p.202.,
 G.R. Delaume, Transnational Contracts : Law and Practice
 (Dobbs Ferry : Oceana Publications, 1983), pp.15 - 16.

⁴⁴ Berthold Goldman, "La Lex mercatoria dans les
 contrats et l'arbitrage Internationales", Journal du droit
international 106 (1979), p.471.

⁴⁵ International Arbitral Tribunal, Award on the
 Merits in Disputes between Texaco Overseas Petroleum Company
 / California Asiatic Oil Company and the Government of the
 Libyan Arab Republic, (Compensation of Nationalized Property)
International Legal Materials, 17 (1978), : 1 - 37. at 15.
 para 40.

แต่ในคดี *Aramco V. The Government of Saudi Arabia* Judge Sauser Hall กลับกล่าวไว้ว่า เนื่องจากสัมปทานไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ หากแต่เป็นเพียงข้อตกลงระหว่างรัฐกับบริษัทอเมริกัน ดังนั้นจึงไม่แน่ว่าจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้⁴⁶ ส่วนศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศในคดี *Serbian Loan Case* ก็เพียงแต่กล่าวว่า "สัญญาใดที่ไม่ใช่สัญญาระหว่างรัฐกับรัฐในฐานะองค์อธิปัตย์ด้วยกันแล้ว ล้วนเกี่ยวข้องกับทางเลือกกฎหมายอันเป็นผลมาจากกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ เสมอ"⁴⁷

สำหรับความคิดที่ว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้น มีการให้ความเห็นที่สนับสนุนแนวคิดนี้คือ เป็นไปได้ที่สัญญาของบุคคลระหว่างประเทศ (International Person) กับเอกชนจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งตามความเห็นดังกล่าวนี้สัญญาอาจได้รับ การยกย่องให้เป็นเรื่องระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามความหมายที่ว่าสัญญาขึ้นอยู่กับบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ (แผนกคดีเมือง) และ ดังนั้นสถานะแห่งสัญญาหรือความเป็นไปได้ ๆ ในอนาคตย่อมจะได้รับความคุ้มครองจากการล่วงล้ำใด ๆ ของระบบกฎหมายภายในเช่นเดียวกับสนธิสัญญาของบุคคลระหว่างประเทศด้วยกัน⁴⁸

⁴⁶ อ้างใน F.A. Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", : 43.

⁴⁷ Permanent Court of International Justice. Series A., No. 20 : 41.

⁴⁸ F.A.Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", : 43.

แต่อย่างไรก็ดี มีการโต้แย้งแนวคิดนี้โดยกล่าวว่า "การยกระดับของสัญญาให้เป็นเรื่องระหว่างประเทศในทางปฏิบัติไม่อาจมีขึ้นได้ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่มีการพัฒนาเนื้อหาของกฎเกณฑ์อย่างเพียงพอสำหรับเรื่องนี้"⁴⁹ นอกจากนี้ยังมีการให้ความเห็นเพิ่มเติมกล่าวคือ

อันที่จริงแล้ว สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศอยู่ใต้บังคับของกฎหมายที่มีบ่อเกิดร่วมกันกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในข้อ 38 (1) (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเรียกกันว่า "หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับกันของนานาชาติ" เป็นความจริงว่าสิทธิต่าง ๆ ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนี้ย่อมได้รับความคุ้มครองทางการทูตด้วย⁵⁰

อย่างไรก็ดี ข้อคิดเห็นนี้มีการโต้แย้งว่า

หลักกฎหมายทั่วไปนั้นไม่ใช่ระบบกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ได้เลย หากจะกล่าวไปแล้ว การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้โดยเฉพาะที่จะอ้างได้ว่ามีผลเป็นการยกระดับของสัญญาให้เป็นระหว่างประเทศนั้นจึงไม่ต่างอะไรกับการอ้างกฎหมายโรมันที่ปัจจุบันไม่มีอำนาจบังคับใดแล้ว⁵¹ แต่แล้วเมื่อหาข้อยุติไม่ได้ D.P.O'Connell จึงให้ข้อคิดเห็นต่อกรณีนี้ โดยเป็นการประนีประนอมความเห็นทั้งสองฝ่ายกล่าวคือ

⁴⁹ W.A. Friedman, Law in a Changing Society, 2 nd ed. (New York : Columbia University Press, 1972) p.472.

⁵⁰ Lord McNair "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations," : 6, 10.

⁵¹ F.A. Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons," : 44.

ความจริง กฎหมายระหว่างประเทศก็สามารถใช้บังคับกับ สัญญาได้เพียงแต่ว่ายังไม่มีการปฏิบัติใดที่ยืนยันแนวคิดนี้ได้ชัดเจน และเมื่อมีกรณีตัวอย่าง ศาลก็สามารถตัดสินคดีโดยยืนยันความคิดนี้ได้ การที่สัญญาอาจถูกยกระดับให้เป็นเรื่องระหว่างประเทศได้ย่อมหมายถึง ความผูกพันตามสัญญานั้นพ้นจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายใน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นไปตามข้อกำหนดอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ^{๕๒}

จากข้อสรุปของ D.P. O'Connell การยกระดับของสัญญาให้เป็นเรื่อง ระหว่างประเทศนั้น (Internationalizing of Contract) จึงหมายถึงการที่ สัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ ^{๕๓} และ ไม่ว่าอย่างไรก็ตามย่อมจะต้องพ้นจากอำนาจบังคับตามกฎหมายภายในของรัฐ นอกจาก นี้ F.V.Garcia Amador ได้ให้ความเห็นยืนยันข้อสรุปนี้ไว้ว่า

จุดประสงค์ของการยกระดับของสัญญาให้เป็นเรื่องระหว่าง ประเทศของความสัมพันธ์ที่เป็นสัญญานี้ก็คือจะต้องเป็นการให้ความสัมพันธ์ เป็นอิสระจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายใน (The purpose of internationalization of a contractual relation must be to "liberate" the relation from municipal law) ^{๕๔}

^{๕๒} D.P. O'Connell, International Law Vol.2, p.976, 990.

^{๕๓} Ibid., pp.981 - 984.

^{๕๔} F.V. Garcia Amador., International Law Commission

และยิ่งไปกว่านั้น Jean-Rene Dupuy กล่าวในการชี้ขาดคดี Texaco V. The Government Libyan Arab Republic ว่า

การยกระดับให้เป็นการระหว่างประเทศ หมายถึง การที่หลักสัญญา ต้องได้รับการปฏิบัติจะต้องนำมาปรับใช้และกฎหมายใด ๆ ว่าด้วยสัญญา ไม่ว่ากฎหมายของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศนั้นล้วนมีรากฐานจาก หลักการนี้ หรืออาจกล่าวถึงอีกนัยหนึ่งได้ว่า เมื่อสัญญาอยู่ในระดับ ระหว่างประเทศแล้ว จะไม่ถูกระทบจากการกระทำทางกฎหมายแต่ เพียงฝ่ายเดียวได้เลย และรัฐก็ไม่อาจอ้างอธิปไตยใด ๆ ที่จะเพิกถอน สัญญาอย่างเดียวกันนี้ได้^{๕๕}

ดังนั้นการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและ เอกชนระหว่างประเทศนั้น จึงหมายความว่า สัญญานั้นพ้นจากอำนาจบังคับตามกฎหมาย ภายในของรัฐ สำหรับความคิดนี้เป็นที่ยอมรับและมีการยืนยันในคำตัดสินคดี Texaco V. The Government of Libyan Arab Republic ไว้ อย่างไรก็ดี การที่จะกล่าวว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและ เอกชนต่างประเทศ คือ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองก็จะด่วนสรุปเกินไป ทั้งนี้เนื่องจาก กฎหมาย ระหว่างประเทศ (แผนกคดีเมือง) หมายถึง กฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่าง

^{๕๕} International Arbitral Tribunal, Award on the Merits in Disputes between Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic, (Compensation of Nationalized Property) International Legal Materials 17 (1976) : 27 para 79.

รัฐกับรัฐเท่านั้น ซึ่งในคดี Amco Asia ได้ตัดสินไว้มีความตอนหนึ่งสรุปได้ว่า ⁵⁶ ได้มีการรับเอาข้อความคิดว่าด้วย สัญญา เข้ามาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายอินโดนีเซียและกฎหมายนี้เอง (กฎหมายอินโดนีเซียซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป) คือ บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการนำประเด็นความคิดของ สัญญา เข้ามาด้วยการกล่าวอ้างว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และด้วยเหตุนี้เอง ประเด็นว่าด้วยสัญญาจึงร่วมอยู่ในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ จากคำดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา ย่อมไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ (แผนกคดีเมือง) ซึ่ง D.W. Bowett ก็ได้ยืนยันความคิดนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า อันที่จริงแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีเรื่องสัญญาทางแพ่งรวมอยู่ด้วย จะมีก็แต่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสนธิสัญญา ⁵⁷

ดังนั้น ประเด็นที่จะพิจารณาต่อไปก็คือ ความหมายของ กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ซึ่งมีผู้เสนอไว้ว่า อาจเป็นไปได้ที่จะหมายถึง กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา

⁵⁶ International Center for Settlement of Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of Award on the Merits in Arbitration between AMCO Asia Corporation et Al and Indonesia. November 21, 1984. International Legal Materials 24 (1985) : 1022 - 1039 at 1029 para 183.

⁵⁷ D.W. Bowett, "State Contract with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach", : The British Yearbook of International Law 59 (1988) : 54.

ข. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา

เนื่องจากในคำตัดสินคดี *Texaco V. The Government of Libyan Arab Republic* Jean-Rene Dupuy ได้ให้ความเห็นว่า การที่สัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองคือ การยกระดับของสัญญาให้เป็นการระหว่างประเทศนั่นเอง และหมายความว่า จะต้องนำหลัก สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติมาใช้จากคำตัดสินดังกล่าวทำให้เข้าใจไปได้ว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญาอยู่ นอกจากนี้ Prosper Weil ก็เคยกล่าวไว้ว่าในทำนองเดียวกันว่าการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายของสัญญา ก็ไม่บ่งชี้อะไรอันเสียเลย นอกจากการนำมาใช้บังคับซึ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ^{๕๘} และด้วยเหตุนี้เองจึงสรุปได้ว่า ควรจะมีการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา (International law of Contract) โดยคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต่าง ๆ^{๕๙}

อย่างไรก็ดี มีการให้ความเห็นทางกฎหมายโดยแย้งความเห็นนี้ กล่าวคือไม่ปรากฏเลยว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา^{๖๐} ปรากฏเลย จะมีก็เพียง

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๕๘} Prosper Weil, *Problemes Relatifs aux Contrats Passes entre un etats et un particulier*, : 94, 113 - 114.

^{๕๙} Jean - Flavien Lalive, "Contract Between a State or a State Agency and a Foreign Company. Theory and Practice : Choice of Law in a New Arbitration Case," : 1010 - 1011.

^{๖๐} Jimenez de Arechaga, "International Law in the Third Past Century," : 1, 308.

เรื่องหลักกฎหมายว่าด้วย Pacta Sunt Servanda ในสนธิสัญญาที่อาจนำมาใช้ด้วย
วิธีการเทียบเคียง (analogy) ได้ ^{๕๑}

อย่างไรก็ดี Judge Pasha Badawi ได้ให้ความเห็นในการใช้กฎหมาย
ระหว่างประเทศ วิธีการเทียบเคียงนั้นไม่เคยเป็นที่ยอมรับเลยของนักกฎหมายระหว่าง
ประเทศ ^{๕๒} ซึ่งก็เท่ากับว่า การนำหลัก สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ อันเป็นหลักทั่วไป
ของกฎหมายสนธิสัญญานั้นมาใช้บังคับกับภาวะการณ์ที่รัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ
ย่อมไม่อาจเป็นไปได้เลย ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา
อย่างไรก็ตามคำตัดสินคดีเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนี้ต้องอ้างอิง
หลัก สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติเสมอ และกฎหมายระหว่างประเทศแม้ไม่เคยมีประเด็น
เรื่องสัญญาก็จริง แต่ในภาวะการณ์ที่จะต้องตัดสินปัญหาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางสัญญา
ระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ย่อมจะต้องกระทำการตัดสินไปเพื่อหลักแห่งความยุติธรรม
ดังนั้นเพื่อประโยชน์แก่ความยุติธรรมในคำตัดสินคดีต่าง ๆ จึงอ้างหลักว่าด้วย สัญญาต้อง
ได้รับการปฏิบัติ เสมอมา

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๕๑} D.W. Bowett, "State Contract with Aliens :
Contemporary Developments on Compensation for Termination
or Breach," : 54 - 55.

^{๕๒} International Court of Justice. Rep., (1949) :
p.211.

ค. กฎหมายข้ามชาติ (Transnational Law)

คำว่า กฎหมายข้ามชาติ หรือ Transnational Law นี้ Jessup เป็นผู้ใช้ครั้งแรก และให้หมายถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับภาวะการณ์ของความสัมพันธ์มนุษย์ที่ล่วงพ้นอำนาจรัฐอันมีขอบเขตจำกัดด้วยหลักดินแดน^{๖๓} ซึ่ง Jean - Flavien Lalive ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า

กฎหมายข้ามชาติเป็นกรณีของการประสานความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในที่จะต้องปรับใช้ในภาวะการณ์ใดภาวะการณ์หนึ่ง ดังนั้นกฎหมายข้ามชาตินี้จึงไม่เพียงแต่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ล่วงพ้นอำนาจรัฐอันมีขอบเขตจำกัดด้วยหลักดินแดนเท่านั้น แต่ยังมุ่งหมายที่จะบังคับต่อความสัมพันธ์ทางสัญญาที่คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกันทางกฎหมายอีกด้วย^{๖๔}

จากข้อสรุปเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่ว่า เป็นภาวะการณ์ที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ และพ้นจากอำนาจรัฐตามกฎหมายภายใน โดยการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ดังนั้นในจุดนี้เองจึงเป็นประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายในกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศนี้ย่อมเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายระหว่างประเทศ

^{๖๓} Philip C. Jessup, Transnational Law, pp. 2 - 3.

^{๖๔} Jean - Flavien Lalive, "Contract Between a State or a State Agency and a Foreign Company," : 1008 - 1009.

แผนกคดีเมือง ดังนั้นสมควรเป็นไปตามความหมายของคำว่า กฎหมายข้ามชาติ อย่างที่ สุด แต่อย่างไรก็ตามอีกประเด็นที่น่าสังเกตก็คือ トラบกระทั้งปัจจุบัน ยังไม่มีคำชี้ขาด จากคดีใด ๆ ที่ชี้ชัดถึงความหมายแท้จริงของ กฎหมายข้ามชาติ อีกทั้งปัญหาที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศคือ กฎหมายข้ามชาตินั้นก็ยังไม่มีความชัดเจนคดีใด ๆ ยืนยันอย่างเป็นทางการ

ง. หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปในที่นี้หมายถึง หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับ นับถือกันมานานอารยชาติ (general principles of law recognized by civilized nations) ซึ่ง Lord McNair เป็นผู้เสนอว่า หลักกฎหมายทั่วไป เป็นกฎหมาย ที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศโดยให้ความเห็นว่า

ถึงแม้จะไม่อาจกล่าวได้ว่า สัญญานี้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ระหว่างประเทศ แต่ข้อ 38 (1) (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ ได้อธิบายถึงข้อยกเว้นของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งศาล อาจนำมาปรับใช้และพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศได้ หรือกล่าว อีกนัยหนึ่งคือ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศจะไม่อยู่ใต้ บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมาย ทั่วไป ซึ่งก็คือ "กฎหมาย" อันมีข้อยกเว้นจากแหล่งเดียวกันกับกฎหมาย ระหว่างประเทศซึ่งเรียกกันว่า หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับใน นานอารยชาติ ⁶⁵

⁶⁵ Lord McNair, "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations," : 6.

อย่างไรก็ดี F.A.Mann กลับแย้งว่า "ด้วยตัวหลักกฎหมายทั่วไปแล้วย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นระบบกฎหมาย เพราะว่ากฎเกณฑ์หรือระบบกฎหมายใด จะต้องมีการไปอันตรงประสิทธิภาพในการบังคับการเสมอ" ^{๕๕} ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญชาติระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศย่อมไม่ใช่หลักกฎหมายทั่วไป

จ. การใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ตัวอย่างหนึ่งของข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายบังคับใช้กับสัญชาติระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้แก่ ข้อ 42 (1) ของสนธิสัญญาเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างประเทศ ซึ่งกำหนดไว้โดยให้ใช้กฎหมายภายในของรัฐ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ซึ่งในประเด็นนี้อนุญาโตตุลาการ ICSID ได้วินิจฉัยความหมายของ ข้อ 42 (1) เป็นครั้งแรกในคดี AMCO Asia V. The Government of Indonesia ซึ่งกล่าวว่า

อนุญาโตตุลาการจะปรับใช้กฎหมายอินโดนีเซียอันเป็นกฎหมายของรัฐคู่สัญญาและใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับกฎหมายอินโดนีเซียนี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายขัดกัน เนื่องจากข้อพิพาท

^{๕๕} F.A. Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons," : 44 - 45.

ในคดีนี้เกี่ยวกับการลงทุน ดังนั้นจึงเป็นที่แน่นอนว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่ศาลจะใช้ ก็คือกฎหมายอินโดนีเซีย และตามข้อ 42 (1) นี้ ศาลจะต้องนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้อีกด้วย ⁶⁷

จะเห็นได้ว่าจากการที่อนุญาโตตุลาการ ICSID กล่าวไว้นี้เอง เป็นการใช้อกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นคดีแรก ด้วยการพิจารณาทั้งสองแง่คือพิจารณาจากกฎหมายภายในของอินโดนีเซียเองกับพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศด้วยในขณะเดียวกัน

3.2.3 วิธีการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

ประเด็นที่จะพิจารณาต่อไปก็คือ การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ซึ่ง Jean - Flavien Lalive เสนอว่า "ศาลจะต้องใช้การเปรียบเทียบกฎหมายอย่างกว้างขวาง เพื่อที่จะหาหลักทั่วไป และไม่ควรถือว่ากฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน" ⁶⁸ ส่วนในทางปฏิบัตินั้นพบว่าศาลมักใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมายเสมอมา เพื่อค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับ

⁶⁷ International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of Award on the Merits in Arbitration Between AMCO Asia Corporation et Al and Indonesia, International Legal Materials 24 : 1023. para 147, 148.

⁶⁸ Jean-Flavien Lalive, "Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company," : 1009.

สัญญา ตัวอย่างเช่น คดี *Texaco v. The Government of Libyan Arab Republic* และคดี *AMCO. Asia V. The Government of Indonesia* ส่วนปัญหาสำหรับกรณีนี้ก็คือ วิธีการเปรียบเทียบกฎหมาย เป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ว่าเป็นวิธีการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวให้ความเห็นไว้อย่างชัดเจนในในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาเรื่องค่าใช้จ่ายของสหประชาชาติใน ปีค.ศ. 1962 ว่า "การนำหลักกฎหมายปกครองซึ่งปกติแล้วเป็นหลักกฎหมายภายในของรัฐ มาใช้โดยการเปรียบเทียบกับโครงสร้างขององค์การสหประชาชาติย่อมไม่อาจกระทำได้" ⁶⁹

อย่างไรก็ดี ในประเด็นเกี่ยวกับการค้นหากฎหมายของนักกฎหมายระหว่างประเทศนี้ก็มีข้อโต้แย้งที่ Judge Winarski กับ Judge Badawi Pasha ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1951 ว่า

สถาบันศาลยุติธรรมระหว่างประเทศย่อมไม่อาจเทียบได้กับศาลอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจมีข้อแตกต่างกันไปสุดแต่แต่ละลักษณะและกระบวนการ วิถีพิจารณาตามฐานะที่ต่างก็เป็นกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน และดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ไม่จำเป็นต้องศึกษาอย่างใด ๆ จากศาลอนุญาโตตุลาการ ⁷⁰

⁶⁹ International Court of Justice. Rep., (1962) : 168.

⁷⁰ Internation Court of Justice Rep., (1951), : 97.

จากความเห็นดังกล่าวอาจหมายความว่าศาลอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องมีลักษณะกระบวนวิธีพิจารณาหรือการค้นคว้าเพื่อการตัดสินอย่างใด ๆ เช่นเดียวกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และเมื่อเป็นเช่นนั้นข้อเสนองานของ LaLive ที่ว่าการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญชาติระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมกระทำได้ด้วยวิธีการเปรียบเทียบกฎหมายจึงเป็นที่ยอมรับได้ของนักกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป

อย่างไรก็ตาม วิธีการค้นหากฎหมายด้วยการเทียบเคียง (analogy) ยังไม่เป็นที่ยอมรับได้ในทัศนะของนักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่ Judge Badawi Pasha ได้กล่าวว่า

ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น การเทียบเคียงจะต้องมีข้อสงวนหรือมีการตรวจตราอย่างพิถีพิถันมาก ซึ่งต่างกับคดีความของกฎหมายภายในอันอยู่ภายใต้อธิปไตยทางตุลาการของรัฐ ดังนั้นการใช้กฎหมายด้วยวิธีการเทียบเคียงจึงไม่เป็นทักษะประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ ⁷¹

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷¹ Internation court of Justice Rep., (1949), :211.

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่า วิธีการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา ระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศในทัศนะของนักกฎหมายระหว่างประเทศย่อมกระทำ ได้ด้วยวิธีการเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อหาหลักกฎหมาย แต่ไม่อาจใช้การเทียบเคียง (analogy) และสิ่งต่อไปที่จะขอกกล่าวถึงคือ แนวคิดที่ว่าด้วยหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ซึ่งจะกล่าวถึงในแง่ของการนำหลักกฎหมาย ต่าง ๆ มาปรับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศโดยสังเขปเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากมีอาจบรรยายหลักกฎหมายแต่ละอย่างไว้อย่างพิสดารในที่นี้ได้

3.2.4 หลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

3.2.4.1 สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ (Pacta Sunt Servanda)

หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและ เอกชนต่างประเทศ ประการแรกคือ หลักกฎหมายว่าด้วย สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ ดังที่ Prosper Weil ได้กล่าวไว้ว่า

การเลือกกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายของสัญญาไม่ได้ มีความหมายพิเศษใดเลย นอกเสียจากเป็นการนำหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศที่เรียกว่า pacta Sunt Servanda หรือ สัญญาต้องได้รับ การปฏิบัติมาใช้บังคับเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำมิชอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐที่จะไม่ปฏิบัติตามความผูกพันของสัญญา⁷²

⁷² Prosper Weil, "Problemes Relatifs aux Contrats Passes entre un etat et un Particulier," : 113 - 114.

อย่างไรก็ดี สำหรับเนื้อหาของ หลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือที่เรียกกันว่า pacta Sunt Servanda แล้วนับเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศในกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา ส่วนความหมายที่แท้จริงแล้วหมายความถึง พันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐตามสนธิสัญญานั้นควรจะได้รับปฏิบัติ⁷³ อย่างไรก็ดี D.W. Bowett ได้โต้แย้งความคิดนี้กล่าวคือ การนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ Pacta Sunt Servanda มาใช้นั้นย่อมไม่กระทำได้ด้วยวิธีการเทียบเคียงกฎหมาย⁷⁴ (analogy) แต่ปัญหาคือ หากไม่ใช้การนำการเทียบเคียงกฎหมายมาปรับใช้แล้ว ยังมีวิถีทางอื่นอันจะนำหลักกฎหมาย Pacta Sunt Servanda มาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศอีกหรือไม่

ในคดี *Texaco v. The Government of Libyan Arab Republic* นี้ Jean - Rene Dupuy ก็ได้นำหลักกฎหมาย Pacta Sunt Servanda มาใช้บังคับด้วยให้เหตุผลอย่างสรุปว่า สัญญานั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และด้วยเหตุนี้เองจึงถือว่าเป็นการยกระดับสัญญาให้เป็นการระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงหมายความว่า หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติจะต้องนำมาปรับใช้และหลักกฎหมายอื่นใดก็มีรากฐานและพัฒนามาจากหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ ทั้งสิ้นและในการพิสูจน์ถึงหลักกฎหมายนี้ Jean - Rene Dupuy ก็ได้ใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมาย⁷⁵

⁷³ อนุสัญญา 26 ของ The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

⁷⁴ D.W. Bowett, "State Contract with Aliens : Contemporary Development on Compensation for Termination of Breach", : 54 - 55.

⁷⁵ A.A. Fatouros, "International Law and Internationalized Contract," The American Journal of International Law 74 (January 1980) : 134 - 141.

และหากเป็นเช่นนั้น จึงมีคำถามว่าการที่จะนำหลักกฎหมาย Pacta Sunt Servanda มาใช้บังคับนี้ ก็จะทำได้ด้วยวิธีการอ้างวิธีการเปรียบเทียบกฎหมายเช่นนั้นหรือ สำหรับประเด็นนี้ เมื่อได้ศึกษาทางปฏิบัติจากคดีต่าง ๆ ก็จะพบว่ามีการใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมายเสมอมา ตัวอย่างเช่น ในคดี AMCO Asia v. The Government of Indonesia ก็เช่นเดียวกัน Berthold Goldman ก็ได้ใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมาย⁷⁶ ถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นเชิงปริกษาในคดี คำใช้จ่ายของสหประชาชาติว่า "การนำหลักกฎหมายปกครอง ซึ่งตามปกติแล้วเป็นหลักกฎหมายภายในของรัฐนั้น มิอาจนำมาใช้โดยการเปรียบกับโครงสร้างการบริหารงานขององค์การสหประชาชาติก็ตาม"⁷⁷ แต่ว่า Judge Winiarski และ Judge Badawi Pasha ก็ได้ให้ความเห็นโต้แย้งไว้อย่างชัดเจนกล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องศึกษาอย่างใด ๆ จากอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁷⁸ ดังนั้นจึงอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ไม่จำเป็นต้องศึกษาอย่างใด ๆ จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ซึ่งย่อมหมายรวมไปถึงประเด็นว่าด้วย วิธีการค้นหาหลักกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเพื่อการตัดสินคดีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย

⁷⁶ International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration Between AMCO Asia Corporation et Al and Indonesia, November 21, 1984. International legal Materials 24 1985, : 1029.

⁷⁷ International Court of Justice . Rep., (1962) : 168.

⁷⁸ International Court of Justice. Rep., (1951) : 97.

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า อย่างน้อยที่สุดด้วยวิธีการเปรียบเทียบกฎหมาย หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ (Pacta Sunt Servanda) ย่อมนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติจึงนำมาบังคับใช้ แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามในการปรับใช้หลักกฎหมายนี้ให้ว่าจะตอบปัญหาได้ทุกกรณีเสมอไป เมื่อเป็นที่เข้าใจดังนี้แล้ว จึงขอพิจารณาหลักกฎหมายว่าด้วยการเคารพลิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Acquired Rights) ต่อไป

3.2.4.2 หลักเคารพลิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Acquired Rights)

หลักเคารพลิทธิที่ได้รับมาแล้วในที่นี้หมายถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า *droit acquis* หรือ *Acquired Rights* ซึ่งสิ่งนี้เป็นที่ยอมรับกันเสมอมาว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ Charles Rousseau ได้กล่าวไว้ว่า หลักกฎหมายว่าด้วยการเคารพลิทธิที่ได้รับมาแล้ว เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมือนกันทั้งระบบกฎหมายภายในและระบบกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁹ และในทำนองเดียวกัน Verdross ก็ได้กล่าวว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศย่อมต้องนำหลัก *droit acquis*⁸⁰ มาใช้บังคับ ทั้งนี้ก็สืบเนื่องมาจากลักษณะความสัมพันธ์ทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั่นเอง

⁷⁹ Charles Rousseau, Principes generaux du droit international vol.1 (1944) : 901-906., ใน Lord McNair, "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations," : 16.

⁸⁰ Ibid., p. 16.

ที่มีลักษณะเป็นสัญญาอันก่อให้เกิด สิทธิ ^{๑๑} ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า ตามหลักการแล้วบริษัทเอกชนต่างประเทศที่ได้สัมปทานไปนั้น สิทธิต่าง ๆ ที่พึงมีพึงได้ต่อบริษัทนี้ไม่อาจตกไปหรือมีการเพิกถอนใด ๆ ด้วยการเปลี่ยนแปลงโดยการใช้อำนาจรัฐ ^{๑๒} อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายระหว่างประเทศย่อมปกป้องคุ้มครองสิทธิของเอกชนต่างชาติอันพึงได้รับมาก่อนแล้วให้พ้นจากการใช้อำนาจของรัฐ ^{๑๓}

3.2.4.3 หลักกฎหมายว่าด้วย ลากอันมิควรได้ (Unjust Enrichment)

มีการกล่าวถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ Unjust Enrichment ไว้ในคดี The Lena Goldfield Arbitration ในปี ค.ศ. 1930 ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ทั้งนี้จากข้อตกลงเรื่องกฎหมายบังคับใช้ในคดีนี้ได้กำหนดว่า คู่สัญญาจักต้องวางรากฐานแห่งความสัมพันธ์ตามข้อตกลงนี้ไว้บนหลักเจตนาอันชอบและสุจริต เสมอเหมือนกับการตีความข้อตกลงนี้ ^{๑๔}

^{๑๑} Ibid., p. 3.

^{๑๒} Ibid., p. 18.

^{๑๓} D.P. O'Connell, International Law Vol. 2, pp. 982 - 983.

^{๑๔} Lord McNair, "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations," : 11.

สำหรับการให้เหตุผลในคำชี้ขาดของคดีนี้กล่าวไว้ว่า

อันที่จริง กฎหมายรัสเซียก็ควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ แต่เนื่องจากมีการตกลงไว้เป็นพิเศษในข้อตกลงเรื่องกฎหมายบังคับใช้ซึ่งจะต้องยึดถือเจตนาอันสุจริต ดังนั้นหลักกฎหมายว่าด้วยลากอันมิควรได้จึงนำมาบังคับใช้ในสัญญา^{๕๕} นอกจากนี้ยังมีคดีอื่นอีกที่ยืนยันถึงการนำหลักกฎหมายว่าด้วยลากอันมิควรได้มาใช้บังคับ ซึ่งนั่นก็คือ คดี Petroleum Developments (Trucial Coast) Limited V. the Ruler of Abu Dhabi^{๕๖}

3.2.4.4 หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)

ความรับผิดชอบของรัฐในที่นี้หมายถึง State Responsibility นั้นเอง กล่าวคือการไม่ปฏิบัติตามความผูกพันในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับกรณีนี้สัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่นที่ F.V. Garcia Amador ได้กล่าวไว้ว่า

^{๕๕} Ibid., p. 11.

^{๕๖} ดูใน International Comparative Law Quarterly (1952)

เช่นเดียวกันกับในกรณีของสนธิสัญญาที่ว่า เมื่อสัญญาระหว่างรัฐ และเอกชนต่างประเทศหรือสัมปทานนี้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือมีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศแล้ว สิทธิต่าง ๆ ของเอกชนต่างประเทศก็จะมีที่มาจาก บ่อเกิดทางระหว่างประเทศ (International Source) เช่นเดียวกับพันธกรณีของรัฐ (Obligation of the State) ซึ่งทั้งนี้จำเป็นต้องเป็นการระหว่างประเทศ เพื่อก่อให้เกิดผลที่ว่า เพียงการไม่ชำระหนี้เหล่านี้เท่านั้นก็ทำให้รัฐต้องผิดชอบโดยตรงและในทันทีแล้ว ^{๘๗}

สำหรับในประเด็นนี้ คดี Texaco v. The Government of Libyan Arab Republic ก็ได้มีการชี้ขาดไปตามความเห็นทางกฎหมายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่า R.Y. Jennings จะยอมรับความเห็นนี้ แต่เขาก็กลับให้เหตุผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ดังนี้คือ อันที่จริงสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศอาจเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงว่ามีการผิดสัญญาโดยรัฐ แต่ในการเรียกร้องใด ๆ จะต้องอาศัยการตั้งรูปเรื่องเป็นเรื่องละเมิดในกฎหมายระหว่างประเทศ ^{๘๘} ส่วน D.P. O'Connell ก็ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐไว้ว่า อันที่จริง สำหรับความสัมพันธ์ที่เรียกกันว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ นี้ จะอยู่ใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของเอกชน อยู่แล้ว ^{๘๙} ดังนั้นจากการศึกษาดังกล่าว จึงอาจสรุปได้ว่า อย่างน้อยที่สุดแล้ว

^{๘๗} International Law Commission Report (1959) : 32.

^{๘๘} R.Y. Jennings, "State Contract in International Law," : 164.

^{๘๙} D.P. O'Connell, International Law Vol. 2, p. 992.

หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐย่อมเกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

ยิ่งไปกว่านั้น คดี AMCO. Asia v. The Government of Indonesia ยังยืนยันความคิดข้างต้นได้จากเหตุการณ์ที่ว่า เมื่อบริษัท P.T.Wisma ขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ทางธุรกิจกับบริษัท P.T.AMCO แล้ว ทางฝ่ายบริษัท P.T. Wisma ซึ่งเป็นหนึ่งในเครือข่ายของกองทุนแห่งชาติก็ได้นำทหารเข้ามายึดโรงแรมแล้วนี้ Berthold Galdman ได้ตัดสินว่า

การกระทำดังกล่าวของ P.T.Wisma มิใช่เป็นเพียงการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของชาวต่างชาติ หรือเป็นการโอนกิจการเป็นของชาติแต่อย่างใด ทั้งนี้ โดยได้พิจารณาประเด็นในคดีจากทั้งกฎหมายอินโดนีเซีย และกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างไรเสียการกระทำเช่นนี้ก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อรัฐบาลอินโดนีเซียโดยแท้ เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองการลงทุนต่างประเทศให้พ้นจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายที่พลเรือนของตนได้ก่อขึ้น มิหนำซ้ำหากปรากฏว่าเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐแล้ว ย่อมถือว่าเป็นกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ (International Wrongful Act) ซึ่งรัฐบาลอินโดนีเซียต้องรับผิดชอบอย่างมีอาจเป็นอื่นได้ ๙๐

^{๙๐} International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration between AMCO Asia Corporation et Al and Indonesia, November 21, 1984 International Legal Materials 24 (1985) : 1026. Para 165, 170, 172.

3.3 ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ในกฎหมายระหว่างประเทศ

มีปัญหาข้อสงสัยกล่าวคือ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศตกอยู่ภายใต้การใช้อธิปไตยฝ่ายเดียวของรัฐอันอาจลบล้างสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่รัฐได้ก่อความผูกพันนี้ขึ้นมาเองหรือไม่ หรืออาจเรียกปัญหานี้ว่า การโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ซึ่งยอมทำได้เพียงโดยการอ้างหลักกฎหมายว่าด้วยอธิปไตยแห่งรัฐหรือ ถ้าเป็นเช่นนั้นการให้สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ นี้ (Pacta Sunt Servanda) จะมีประโยชน์และความสำคัญอันใดในการคุ้มครองการปฏิบัติชำระหนี้ของสัญญาโดยรัฐ

ในกรณีดังกล่าว นักกฎหมายบางท่านเสนอความเห็นว่าการโอนเป็นของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศยอมทำได้ด้วยการอ้างหลักว่าด้วย อธิปไตยของรัฐ^๑ แต่นักกฎหมายบางท่านกลับเสนอความเห็นว่า เมื่อสัญญานี้ได้ทำให้เป็นการระหว่างประเทศแล้ว ก็เท่ากับว่าเอกชนต่างประเทศยอมได้รับสิทธิต่าง ๆ โดยตรงจากการอันเป็นระหว่างประเทศ รวมทั้งการปฏิบัติการชำระหนี้ของรัฐที่มีอยู่ตามสัญญาด้วย ดังนั้นจึงเกิดผลตามมาว่า เพียงการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐโดยตรงและในทันที^๒

^๑ Wolfgang Friedman, Expropriation in International Law, ใน Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization," : 277.

^๒ เสนอโดย Prof. F.V.Garcia - Amador, International Law Commission., (1959) : 32.

อย่างไรก็ดี เนื่องจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ก็คือโครงสร้างอันหนึ่งของเศรษฐกิจระหว่างประเทศนั่นเอง ซึ่งได้แสดงให้เห็นแง่มุมหนึ่งของกระบวนการลงทุนจากต่างประเทศ และเป็นเครื่องผูกมัดกันและกันของรัฐกับผู้ลงทุนชาวต่างประเทศ ในการสร้างความร่วมมือระหว่างกัน^{๑๑} ซึ่งข้อเสนอนี้ตรงตามความเป็นจริงในการกล่าวถึงความสำคัญของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศในด้านกระบวนการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมต่าง ๆ อันจะเป็นบทบาทที่เกิดขึ้นได้ไม่ว่าในประเทศไทยนี้ หรือในประเทศใดก็ตาม

ปัจจุบัน ประเทศไทยมีการใช้สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเพื่อการพัฒนาโครงการสาธารณูปการที่สำคัญหลายโครงการ ไม่ว่าจะเป็นโครงการรถไฟฟ้า ลาวาลิน โครงการทางรถไฟโอปเวลล์ สัญญาเช่าซื้อเครื่องบินของการบินไทย ตลอดจนสัญญาเงินกู้ต่าง ๆ เหล่านี้ ล้วนแล้วแต่ได้แสดงถึงความสำคัญของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศแต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาประเด็นข้อกฎหมายนี้ ทั้งนี้จะแยกประเด็นศึกษาข้อกฎหมายดังกล่าว ด้วยการพิจารณาตามภาวะการต่าง ๆ ของความสัมพันธ์โดยแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

๓.๓.๑ การโอนเป็นของชาติ

๓.๓.๒ การประกันความมั่นคงในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

^{๑๑} Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization," : 260 , 278 - 279.

3.3.1 การโอนเป็นของชาติ

สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศนิยามการโอนเป็นของชาติว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ ดังนี้คือ

การโอนเป็นของชาติ คือ การโอนทรัพย์สินหรือสิทธิทางแพ่งของเอกชนใด ๆ อันมีขึ้นเพื่อการใดการหนึ่งโดยเฉพาะมาเป็นของรัฐ ด้วยการกระทำทางนิติบัญญัติ เพื่อที่รัฐจะได้สำรวจควบคุม หรือหาแนวทางใหม่ให้เกิดสาธารณประโยชน์" (Nationalization is the transfer to the State, by a legislative act and in the public interest, of property or private rights of a designated character, with a view to their exploitation or control by the state, or to their direction to a new objective by the state"^{๑๔}

อย่างไรก็ตามมีการแยกประเภทของ การโอนเป็นของชาติ เป็นสองประเภท กล่าวคือ การโอนเป็นของชาติจะกระทำได้ก็ด้วยการอาศัยสิทธิตามสัญญาของรัฐ หรือมิฉะนั้นก็เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจอธิปไตย^{๑๕} นอกจากนี้ยังมีการแยกประเภทการโอนเป็นของชาติออกเป็น การโอนเป็นของชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย กับ การโอนเป็นของชาติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย^{๑๖} อย่างไรก็ตาม หากคำนึงถึงลักษณะทางกฎหมายของ

^{๑๔} Annuaire de l'institute de Droit International (1952 II) : 279 และ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization", : 272.

^{๑๕} Ibid., p. 267.

^{๑๖} D.W.Bowett, "State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach", : 49 - 74. at 59.

สัญญาาระหว่างรัฐและเอกชนเนื่องจากสิทธิตามสัญญานี้เป็นบุคคลสิทธิ^{๙๗} จึงไม่น่าสงสัยเลยว่าเป็นเหตุใด การโอนเป็นของชาติ จึงมีการให้ความเห็นทางกฎหมายดังต่อไปนี้ เช่น การละเมิดสัญญา การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว การเอาไปซึ่งทรัพย์สินของคนต่างด้าว การเวนคืนทรัพย์สินในกฎหมายระหว่างประเทศ และนอกเหนือจากนี้อาจพบว่ามีการใช้คำว่า ริบทรัพย์สิน (Confiscation) อีกด้วย

ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ การโอนเป็นของชาติว่าอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐในการยกเลิกสัญญา หรือเป็นการใช้สิทธิของรัฐในฐานะคู่สัญญาเพื่อบอกเลิกสัญญา ดังนั้น จากความคิดดังกล่าว จึงเป็นอีกภาวะการหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นปัญหาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอธิปไตยของรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงต้องศึกษาอย่างรอบคอบถึงการวิเคราะห์ความหมายแท้จริงของการโอนเป็นของชาติ ศึกษาเปรียบเทียบการโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับความผิดหรือการละเมิดสัญญาและแยกแยะประเภทการโอนเป็นของชาติ เป็นกรณีที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๙๗} Lord McNair, "The General Principles of Law Recognized By Civilized Nations," : 3.

3.3.1.1 ความหมายของการโอนเป็นของชาติ

สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศนิยามการโอนเป็นของชาติว่า การโอนเป็นของชาติ คือ การโอนทรัพย์สินหรือสิทธิทางแพ่งของเอกชนใด ๆ อันมีขึ้นเพื่อการใดการหนึ่งโดยเฉพาะมาเป็นของรัฐ ด้วยการกระทำทางนิติบัญญัติ เพื่อที่รัฐจะได้สำรวจควบคุมหรือหาแนวทางใหม่ให้เกิดสาธารณประโยชน์^{๙๘}

จากนิยามจะเห็นได้ว่าเห็นว่า การโอนเป็นของชาตินี้ถือเป็นคำกลาง ๆ และมีความหมายรวมถึง การริบทรัพย์สินได้ด้วย (confiscation) กรณีจะมีการจ่ายค่าชดเชยเต็มจำนวนหรือชดเชยบางส่วนก็ได้^{๙๙} นอกจากนี้ข้อมติสหประชาชาติที่ 1803 (X VII) of 14 Dec., 1962 ได้อธิบายเกี่ยวกับการโอนเป็นของชาติว่า

การโอนเป็นของชาติ การเวนคืนซึ่งทรัพย์สิน หรือการเรียกคืนใด ๆ นี้ จักต้องวางอยู่บนรากฐานแห่งเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์ เพื่อความมั่นคง หรือเพื่อประโยชน์แห่งชาติอันยอมรับกันว่าเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชนใด ๆ ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้เป็นเจ้าของจักได้ค่าชดเชยตอบแทนอย่างเหมาะสม และสอดคล้องกับหลักการอันมีผลบังคับในรัฐที่ใช้มาตรการดังกล่าว ซึ่งการกระทำดังกล่าวเกิดจากการใช้อธิปไตยและรัฐจะต้องกระทำขึ้นอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ^{๑๐๐}

^{๙๘} Annuaire de l'Institute de Droit International (1952 II) : 279. และ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization," : 272.

^{๙๙} Ibid., p. 272.

^{๑๐๐} UN.G.A. Res. 1803 (X VII) of 14 Dec., 1962, International Legal Materials 2 (1963) : 223.

ในการพิจารณาขอบเขตความหมายของคำว่า การโอนเป็นของชาติ นี้ อาจมีปัญหาทางกฎหมายว่า ในกรณีการโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกระทบต่อสิทธิตามสัญญา ประการใด มีการให้ความเห็นในประเด็นนี้ว่า การเวนคืนจะใช้บังคับครอบคลุมทรัพย์สินทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง แต่ยกเว้นสิทธิตามสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรม¹⁰¹ ซึ่งหมายความว่า สิทธิตามสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีบทบาทเสมอในการปกป้องคุ้มครองสิทธิตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ¹⁰² ข้อสรุปนี้มีนักกฎหมายคือ Ian Brownlie สนับสนุนโดยให้ความเห็นว่า "การโอนเป็นของชาติเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ หากจัดให้มีค่าชดเชยอย่างพอเพียงทันที และที่จริงการโอนเป็นของชาติก็จำเป็นต่อแผนทางเศรษฐกิจและสังคม"¹⁰³

การที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศโดยที่สัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศก็เพื่อให้พ้นอำนาจรัฐตามกฎหมายภายใน และหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติยอมนำมาปรับใช้ แต่การโอนเป็นของชาติก็เป็นการอ้างอิงและปรับใช้กับกฎหมายภายในของรัฐว่าด้วยการโอนเป็นของชาติ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการอ้างอิงอธิปไตยของรัฐนั่นเอง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นก็เนื่องจากประโยชน์ของเอกชนต่างประเทศขัดกับประโยชน์แห่งชาตินั้นเอง ดังนั้นปัญหาดังกล่าวจะต้องแก้ไขโดยการค้นหาจุดดุลยภาพที่ทุกฝ่ายยอมรับได้

¹⁰¹ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization," : The American Journal of International Law 52 (April 1958) : 277.

¹⁰² D.P. O'Connell, International Law Vol. 2 p. 992.

¹⁰³ Ian Brownlie, Principles of Public International Law (London : Oxford Clarendon Press., 1979), p. 537.

ดังนั้น สิ่งที่จะศึกษาต่อไปก็คือ ความหมายของการโอนเป็นของชาติที่แท้จริง
 ซึ่งคดี Letco v. The Government of the Republic of Liberia
 อนุญาโตตุลาการแห่งสถาบัน ICSID ได้วางหลักเกณฑ์และให้นิยามของ การโอนเป็น
 ของชาติ ไว้อย่างชัดเจนว่า

หากรัฐบาลไลบีเรียได้ยกข้อต่อสู้ในคดีเพื่อสนับสนุนการ
 กระทำของรัฐบาลไลบีเรียว่าเป็น การกระทำที่เป็นการโอน
 เป็นของชาติ แล้วในขั้นต้นรัฐบาลไลบีเรียจะต้องแสดงว่ามีการ
 กระทำทางนิติบัญญัติหรือตรากฎหมาย ซึ่งเรียกกันว่า กฎหมายว่า
 ด้วยการโอนเป็นของชาติ ต่อมารัฐบาลไลบีเรียจะต้อง แสดงว่า
 ได้กระทำด้วยเจตนาดี (bona fide) เพื่อสาธารณประโยชน์และ
 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) และมีการจ่าย
 ค่าชดเชย (หรืออย่างน้อยที่สุดก็เสนอว่า จะจ่ายค่าชดเชย) ปรากฏ
 การณ์ดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันได้ยอมรับ
 เป็นการทั่วไป (ดู ข้อมติสหประชาชาติ UN. Res. 1803 (XVII)
 of 1962 ¹⁰⁴

ศูนย์วิทยทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁰⁴ International Centre for Settlement of Investment
 Disputes Arbitral Tribunal Award in Liberian Eastern Timber
 Corporation (LETCO) V. The Government of the Republic of
 Liberia. (Recovery of Damages for Breach of a Concession
 Agreement) March 31, 1986, International Legal Materials 26
 (1987) : 665.

ส่วนคดี AMCO. Asia v. The Government of Indonesia ตัดสินว่า

เมื่อรัฐทำสัญญาได้ก็ไม่ได้หมายความว่า จะบอกเลิกสัญญาไม่ได้
เพียงแต่การบอกเลิกสัญญา นี้ รัฐคู่สัญญาจะต้องบอกเลิกโดยการอ้างเหตุผล
เพื่อสาธารณประโยชน์ อันไม่อาจกล่าวอ้างเพื่อบอกเลิกได้ในสัญญาทางแพ่ง
ทั่ว ๆ ไป ¹⁰⁵

จากคำตัดสินคดีทั้งสองย่อมสรุปได้ว่า การโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่าง
รัฐและเอกชนต่างประเทศนั้นย่อมกระทำได้โดยอ้างสิทธิตามในสัญญาของรัฐ หรือโดย
การอ้างอิงอธิปไตยของรัฐตั้งนั้นจึงชี้ชัดได้ยากกว่า การโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่าง
รัฐและเอกชนต่างประเทศจะแตกต่างจากการละเมิดสัญญาหรือไม่ และก็ไม่ได้หมายความว่า
ว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติจะขัดกับหลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศว่าด้วยอธิปไตยของรัฐ หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย สัญญา
ต้องได้รับการปฏิบัตินี้เป็นที่ยอมรับกันเสมอมาในทุกระบบกฎหมายว่าคู่สัญญาต้องมี สิทธิ
ในการบอกเลิกสัญญา ¹⁰⁶ และขณะเดียวกันคำว่า อธิปไตย ก็มีความหมายว่าสูงสุด
เด็ดขาด แต่การใช้อธิปไตยของรัฐย่อมต้องมีข้อจำกัดด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมาย ¹⁰⁷

¹⁰⁵ International Center for Settlement of Investment
Disputes. Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on the
Merits in Arbitration between AMCO. Asia Corporation et Al and
Indonesia, November 21 1984 International Legal Materials 24
(1985) : 1022 - 1039. at 1029 para 188, 189.

¹⁰⁶ Ibid., p. 1029 para 188.

¹⁰⁷ อ้างใน George Van Hecke, "Contract Between States
and Foreign Private Law Persons," : 54.

ดังนั้น การโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ
นี้ย่อมเป็นทั้ง การโอนเป็นของชาติ และการละเมิดสัญญา ในขณะที่เดียวกัน ด้วยเหตุ
นี้เองจึงจำเป็นต้องอธิบายความแตกต่างของการโอนเป็นของชาติกับการละเมิดสัญญา

3.3.1.2 การโอนเป็นของชาติกับการละเมิดสัญญา

การโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน
ต่างประเทศเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเพื่อเรียกคืนสิทธิตามสัญญาโดยรัฐ หรือ
เป็นการที่รัฐละเมิดข้อสัญญานั้น มีข้อแตกต่างกันเพียงเล็กน้อย หรือมีความหมายได้ทั้ง
สองอย่างก็เป็นได้ ทั้งนี้สืบเนื่องจาก ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและ
เอกชนต่างประเทศนั้นเองกล่าวคือ

ถึงแม้ว่าไม่อาจอธิบายอย่างชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมาย
ของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ อย่างไรก็ตามก็
ย่อมเข้าใจสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ 2 แง่ คือ

- 1) อาจพิจารณาได้ว่าเป็นเพียงภาระผูกพันตามสัญญาที่มีขึ้น
ระหว่างรัฐฝ่ายหนึ่ง กับคู่สัญญาเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิด
สิทธิในการต่างตอบแทนกันโดยเจนาช ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า
สิทธิของฝ่ายคู่สัญญาเอกชนที่มีต่อรัฐนั้นเป็นการโอนอำนาจอธิปไตย
จากรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศย่อมคุ้มครองได้เท่าที่กฎหมาย
ระหว่างประเทศจะคุ้มครองสิทธิตามสัญญาได้

2) สิทธิตามสัญญาดังกล่าวอาจคล้ายกับบรรดาสิทธิในผลประโยชน์จากที่ดินอันไม่อาจยกเลิกเพิกถอนได้โดยปราศจากหน้าที่อันพึงต้องจ่ายค่าชดเชย ¹⁰⁸

เนื่องจากลักษณะทางกฎหมายของการโอนเป็นของชาตินี้มีสองแง่มุม ดังนั้น Kenneth S. Carlston จึงได้กล่าวถึงการโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไว้ ด้วยการแบ่งอธิบายเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรกก็คือ หากการยกเลิกดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นจากเจตนาอันดี (bona fide) ที่จะใช้สิทธิอันอาจเรียกร้องได้ตามข้อสัญญา ก็จะได้ว่ารัฐกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า (an act of jure gestionis) กล่าวคือ ในกรณีที่การยกเลิกเป็นการใช้สิทธิตามสัญญานี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นเรื่องปกติวิสัยที่คู่สัญญาอาจคาดหมายได้อยู่ก่อนแล้ว อีกกรณีหนึ่งก็คือ หากการยกเลิกนั้นเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย อย่างมิได้อิงกับสิทธิตามสัญญาเลย นั่นก็คือ "การกระทำของรัฐโดยใช้อำนาจ" (act jure imperii) ดังนั้นการยกเลิกสัญญาในลักษณะเช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดหน้าที่ที่รัฐพึงปฏิบัติตามความผูกพันของสัญญา ¹⁰⁹

¹⁰⁸ D.P. O'Connell, International Law Vol.2, p.992.

¹⁰⁹ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreement and Nationalization", : 267.

จากข้อพิจารณาดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า การโอนเป็นของชาติในสัญญา ระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั้นอาจมีความเป็นไปได้สองทางคือ หนึ่ง ก่อให้เกิด การละเมิดสิทธิของเอกชนต่างประเทศตามสัญญาด้วย และสอง เป็นการละเมิดข้อผูกพัน ตามสัญญา

ดังนั้น จึงมีการให้เหตุผลทางกฎหมาย ในคำตัดสินชี้ขาดคดีต่าง ๆ เกี่ยวกับ การโอนเป็นของชาติในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ เป็นสองแนวด้วยกันคือ ประการแรก มีการให้เหตุผลทางกฎหมายว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่าง ประเทศโดยรัฐ และรัฐต้องรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของคนต่าง ชาติ และประการที่สองคือ เป็นการกระทำที่ละเมิดสัญญา อันอยู่ภายใต้บังคับของ กฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความรับผิดชอบเนื่องมาจากข้อผูกพันตามสัญญา บางคดีจะมีการให้เหตุผลทางกฎหมายเพียงประเด็นเดียวหรือให้เหตุผลทางกฎหมายไว้ ทั้งสองประเด็นพร้อมกันก็ได้ ดังตัวอย่างเช่น

ในคดี *AMCO Asia v. The Government of Indonesia* ซึ่งมี ประเด็นในคดี 2 ประเด็นคือ การโอนเป็นของชาติ และการละเมิดสัญญา ทั้งนี้ข้อเท็จจริงในคดีคือ เป็นเรื่องการตกลงผลประโยชน์กันไม่ได้ในการจัดการโรงแรมระหว่าง บริษัท P.T. Wisma กับ AMCO. ต่อจากนั้นทหารจึงเข้ายึดโรงแรมและเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุน (Investment License) Berthold Goldman อนุญาตตุลาการของ ICSID ได้กล่าวถึงการโอนเป็นของชาติว่า

ปัญหาแรกที่ต้องพิจารณาก็คือ เมื่อพิจารณาทั้งกฎหมาย อินโดนีเซียและกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว การกระทำดังกล่าว เป็นการโอนเป็นของชาตินั้นจะก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องในค่าทดแทนหรือไม่ อนุญาตตุลาการได้วางหลักไว้ว่า การโอนเป็นของชาติในกฎหมาย ระหว่างประเทศ (expropriation in international law) นี้ไม่มีนิยามแจ้งชัดและมีการใช้คำอื่น ๆ เช่น take

over, transfer of ownership ฯลฯ แทนอีกด้วย ซึ่ง
 การโอนเป็นของชาตินี้จะเกิดขึ้นได้เมื่อเพียงแต่รัฐถอนความ
 ค้ำครองที่ให้แก่เจ้าของ หรือเพียงแม้แต่กระทำด้วยวิถีทางใน
 ชั้นศาลในกรณีที่ P.T.Wisma เป็นผู้กระทำการดังกล่าว นั่นคือ
 พาทหารเข้ายึดโรงแรมนี้อาจพิจารณาได้ว่า เนื่องจากรัฐมีหน้าที่
 ค้ำครองคนต่างชาติและการลงทุนให้พ้นจากการกระทำใด ๆ อัน
 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการกระทำนั้น องค์การของรัฐจะเป็นผู้กระทำ
 ก็ตาม ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎ
 หมายระหว่างประเทศ และบังคับให้รัฐบาลอินโดนีเซียต้องรับผิดชอบ¹¹⁰
 ส่วนประเด็นว่าด้วยการละเมิดสัญญานั้น (Breach of Contract)
 ศาลก็ได้ตัดสินว่า

ใบอนุญาตการลงทุนเป็นสิ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศ
 เรียกว่า สัญญาเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ไม่ใช่ สัญญาทาง
 ปกครอง เนื่องจากใบอนุญาตการลงทุนเป็นข้อตกลงอย่าง
 หนึ่งซึ่งมุ่งให้มีผลทางกฎหมายด้านเศรษฐกิจระหว่างผู้ถือใบ
 อนุญาตนี้กับรัฐ ดังนั้นข้อตกลงนี้จึงมีเงื่อนไข แต่ก็ไม่แตกต่าง

ศูนย์วิทยทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹⁰ International Center for Settlement of
 Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award
 on the Merits in Arbitration between AMCO, Asia Corporation
 et Al and Indonesia November 21, 1984 International Legal
Materials 24 (1985) : 1025 -1026.

กันกับสัญญาที่มีการต่างตอบแทน และการเลิกสัญญาก็เป็น
 สิ่งที่ยอมรับว่าทำได้ในทุกระบบกฎหมาย เพียงแต่ในคดีนี้ข้อ
 ตกลงดังกล่าวได้กำหนดขั้นตอนพิธีการซึ่งรัฐบาลอินโดนีเซีย
 จะต้องดำเนินการตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น¹¹¹

ดังนั้น ในเมื่อปรากฏว่า การยกเลิกใบอนุญาตการลงทุนกิจการโรงแรมของ
 AMCO Asia ไม่ได้เป็นตามที่กฎหมายอินโดนีเซียกำหนด อนุญาโตตุลาการ ICSID จึง
 ตัดสินว่า คดีนี้เป็นการละเมิดสัญญา กล่าวคือ ถือว่ารัฐบาลอินโดนีเซียไม่เคารพขั้นตอน
 ของการเลิกสัญญานั้นเอง อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าคดีนี้ Berthold Goldman
 ไม่ได้ตัดสินว่ามีการโอนเป็นของชาติหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำของบริษัท
 P.T. Wisma ที่นำทหารเข้ายึดโรงแรมนั้นไม่ใช่การโอนเป็นของชาติ ไม่ว่าจะพิจารณา
 จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือจากหลักกฎหมายใดก็ตาม หากแต่เป็นการกระทำ
 ของรัฐที่ก่อให้เกิดความรำคาญของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามในคดี Letco v. The Government of the Republic
 of Liberia อนุญาโตตุลาการแห่งสถาบัน ICSID ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการโอนเป็น
 ของชาติไว้ แต่ไม่มีการชี้ขาดในประเด็นว่าด้วย การโอนเป็นของชาติ แต่อย่างไร
 เนื่องจากรัฐบาลไลบีเรียไม่ได้อ้างว่าเป็นเรื่องการโอนเป็นของชาติ อนุญาโตตุลาการ
 ตัดสินว่า การกระทำของรัฐบาลไลบีเรียครั้งนี้

¹¹¹ Ibid., p. 1027, 1029., para 179, 188, 189.

เป็นการละเมิดสัญญาและย่อมต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเท่านั้น¹¹² และสำหรับคดี AGIP v. Popular Republic of the Congo แม้อนุญาตตุลาการแห่งสถาบัน ICSID จะยอมรับรองว่า การโอนเป็นของชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะสามารถกระทำได้ (ซึ่งต่างกับคดี Texaco) แต่คดีนี้ศาลเห็นว่า เนื่องจากรัฐบาลคองโกมีสัญญากับบริษัท AGIP อยู่ก่อน และเมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่เป็นสัญญาแล้ว รัฐบาลคองโกจะออกกฎหมายเพื่อโอนเป็นของชาติในกิจการของบริษัท AGIP ไม่ได้ ทั้งนี้ โดยให้เหตุผลทางกฎหมายว่า

ถ้ารัฐร่วมกับบริษัท ในกิจการทางพาณิชย์ก็คือรัฐกระทำการทางพาณิชย์ เช่นกันกับเอกชน ก็เท่ากับเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของรัฐทางพาณิชย์ ซึ่งรัฐก็ต้องรับผิดชอบด้วยเหตุนี้หากรัฐโอนเป็นของชาติเพื่อประโยชน์ของรัฐในฐานะผู้ถือหุ้นเช่นนี้ จะถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทั่วไปของชาติ

ดังนั้นหากว่ารัฐบาลคองโกประสงค์จะปกป้องประโยชน์ของรัฐในฐานะผู้ถือหุ้น ก็ควรใช้มาตรการแก้ไขทางธุรกิจมากกว่า แต่อย่างไรก็ตามอนุญาตตุลาการเชื่อว่า ปัจจุบันรัฐสามารถใช้สิทธิในการโอนเป็นของชาติอย่างสอดคล้องกับทางปฏิบัติต่าง ๆ และสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศได้

¹¹² International Centre for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal Award in *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia. (Recovery of Damages for Breach of a Concession Agreement)* March 31, 1986., International Legal Materials 26 (1987) : 666 - 667.

แต่ถ้ารัฐบาลจะกระทำการเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติการ
ชำระหนี้ตามสัญญาด้วยการโอนกิจการของบริษัทให้เป็นของชาติ
ก็จะก่อให้เกิดข้อโต้แย้งทางกฎหมายได้ และยังเป็นการมิชอบตาม
กฎหมายของฝรั่งเศสซึ่งบังคับใช้¹¹³

จากคดีที่ยกตัวอย่างทั้ง 3 คดีนี้ จะเห็นได้ว่า การโอนเป็นของชาติในสัญญา
ระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั้น แยกได้เป็นสองประเด็นคือ เป็นการใช้อำนาจรัฐ
ทำการโอนเป็นของชาติแต่ขณะเดียวกันก็เป็นการละเมิดความผูกพันตามสัญญาโดยรัฐ
สังเกตได้ว่า แม้ว่าปัจจุบันจะยอมรับสิทธิของรัฐในการโอนเป็นของชาติไว้ในคดี AGIP
แต่ก็ยังเป็นการละเมิดสัญญาด้วยในขณะเดียวกัน รัฐจะมีสิทธิโอนเป็นของชาติได้เสมอ
ในทุกกรณีหรือจะมีข้อจำกัดอยู่ที่ใดนั้น จะเป็นประเด็นที่คลี่คลายต่อไปในหัวข้อศึกษาเรื่อง
การโอนเป็นของชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย และการโอนเป็นของชาติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹³ International Center for Settlement of
Investment Disputes Arbitral Tribunal : Award in the Case of
AGIP Company v. Popular Republic of the Congo. November
30, 1979 International Legal Materials 21 (1982) : 726-739.,
at 732-733., para 75, 76, 80.

3.3.1.3 การโอนเป็นของชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย กับการโอน
เป็นของชาติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การโอนเป็นของชาติที่ชอบด้วยกฎหมายและการโอนเป็นของชาติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ย่อมส่งผลในการคำนวณเพื่อชดเชยความเสียหายต่างกัน¹¹⁴ และสำหรับข้อพิจารณาว่าอย่างไรจึงเป็นการโอนเป็นของชาติที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คำตัดสินคดี Letco v. The The Government of the Republic of Liberia ได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนคือ

หากว่ารัฐบาลไลบีเรียประสงค์จะอ้างเหตุผลทางกฎหมายว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการโอนเป็นของชาติแล้ว ประการแรก จะต้องปรากฏว่ามีการตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการโอนเป็นของชาติ จากนั้นก็ต้องแสดงว่าการกระทำนั้น เกิดแต่เจตนาอันดีเพื่อสาธารณประโยชน์ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹⁴ D.W. Bowett, "State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach," : 59.



และจะต้องจ่ายค่าเสียหายชดเชยอย่างที่เหมาะสม (หรืออย่างน้อยที่สุดรัฐก็เสนอว่าจะจ่าย)... ซึ่งทั้งนี้ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยการโอนเป็นของชาติที่ยอมรับกันทั่วไป
(ดู UN.Res. 1803 (X VII) of 1962) ¹¹⁵

จากคำตัดสินในคดี *Letco v. The Government of the Republic of Liberia* นี้เอง พอจะสรุปได้ว่า การโอนเป็นของชาติที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องประกอบด้วย การอ้างอิงอำนาจรัฐในการตรากฎหมาย การยกเอาหรือการเรียกคืนสู่รัฐใด ๆ นั้น จะต้องเป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ แล้วการกระทำเช่นนั้นจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและจะต้องมีค่าชดเชยความเสียหายให้คืน ทั้งนี้ หากไม่ครบองค์ประกอบเหล่านี้แล้ว จะเป็นการโอนเป็นของชาติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทันที

ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal Award in Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia. (Recovery of Damages for Breach of a Concession Agreement) March 31, 1986, International Legal Materials 26 (1987) : 665.

3.3.2 การประกันความมั่นคงในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

การประกันความมั่นคงในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกระทำได้ด้วยข้อกำหนดในสัญญาข้อหนึ่งที่เรียกว่า ข้อตกลงประกันความมั่นคง (Stabilization Clause) ¹¹⁶ กล่าวอีกอย่างหนึ่งคือ

ข้อตกลงประกันความมั่นคง เป็นกรณีที่รัฐผู้อยู่ในฐานะเป็นฝ่ายหนึ่งในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน โดยเฉพาะกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เป็นเอกชนต่างประเทศ ¹¹⁷ และในทำนองเดียวกัน มีการให้ความเห็นไว้กล่าวคือ

เพื่อประกันความมั่นคงของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ก็จะไม่ใช้บังคับกฎหมายของรัฐอันกระทบต่อสิทธิของเอกชนต่างประเทศอาจใช้วิธีทางกฎหมาย ด้วยการเขียนข้อตกลงประกันความมั่นคง ลงไปในสัญญาดังกล่าวด้วย ¹¹⁸

¹¹⁶ คำว่า "Stabilization Clause" ยังไม่มีการบัญญัติศัพท์แน่นอนเป็นภาษาไทยทั้งนี้ศัพท์คำว่า "Stability" แปลว่า ความคงที่ เสถียรภาพ ดังนั้นผู้เขียนจึงแปลคำว่า "Stabilization Clause" ว่า "ข้อตกลงประกันความมั่นคง"

¹¹⁷ Georges Van Hecke, "Contracts Between States and Foreign Private Law Persons," : 57.

¹¹⁸ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contracts Versus State Responsibility", The British Yearbook of International Law 60 (1989) : 323.

นอกจากนี้อาจกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า "ข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ มุ่งที่จะให้เป็นการประนีประนอมระหว่างการใช้อำนาจรัฐผู้เป็นองค์อธิปัตย์ กับการร้องขอจากคู่สัญญาผู้เป็นเอกชนต่างประเทศถึงสถานภาพทางธุรกิจที่มั่นคงอันจะพึงได้" ¹¹⁹ ดังนั้นจึงเป็นที่แน่ใจได้ว่า จุดประสงค์ของข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ ย่อมมีขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจอธิปไตยในฐานะเป็นองค์อธิปัตย์ในการตรากฎหมายที่อาจขัดหรือแย้งกับความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้

อันที่จริงแล้ว ปัญหาทางกฎหมายของข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ ไม่ได้อยู่ที่ความหมายทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่อยู่ที่ผลทางกฎหมาย ซึ่งผลทางกฎหมายของข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายบังคับใช้กับสัญญา ¹²⁰ ดังนั้น ข้อตกลงประกันความมั่นคงจึงเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามไม่ให้ใช้กฎหมายบางฉบับมาบังคับกับสัญญาอย่างเด็ดขาด (negative choice of law clause) ¹²¹ และแน่นอนว่า กฎหมายว่าด้วยการโอนกิจการเป็นของชาติที่รัฐได้ตราขึ้นต้องไม่นำมาปรับใช้ ด้วยลักษณะเช่นนี้เองจึงนับเป็นข้อสงสัยประการหนึ่งว่าหลักกฎหมายว่าด้วย สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ นี้ขัดกับ หลักกฎหมายว่าด้วยอธิปไตยของรัฐ หรือไม่ ซึ่งจะได้วินิจฉัยปัญหานี้ต่อไป

¹¹⁹ G.R. Delaume, Transnational Contracts : Law and Practice Vol.8 (Dobbs Ferry : Oceana Publications Inc., 1983), p.39.

¹²⁰ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contract Versus State Responsibility", : 326.

¹²¹ Ibid., p.327.

มีการให้เหตุผลเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีผลผูกพันเนื่องจาก "หากว่าสนธิสัญญาสามารถจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐได้ การที่รัฐทำสัญญาก็ย่อมจำกัดการใช้อำนาจของรัฐได้เช่นกัน" ¹²² และยังมีการให้เหตุผลสนับสนุนถึงผลทางกฎหมายของข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ว่า "เป็นความคาดหวังถึงการกระทำอันชอบธรรมต่อกันโดยเจตนาสุจริตของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย" ¹²³

ดังนั้นจึงได้ข้อสรุปว่า จากข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ ไม่มีสิ่งใด บ่งชี้ได้เลยว่า หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติจะขัดกับ หลักกฎหมายว่าด้วยอธิปไตยของรัฐ แต่ตรงข้ามกลับแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักกฎหมายทั้งสองหลัก กล่าวคือ ข้อตกลงประกันความมั่นคงเป็นตัวอย่างหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการแสดงเจตนาของรัฐที่จะผูกพันตนเองด้วยสัญญา ความคิดทางกฎหมายนี้มีนักกฎหมายเห็นด้วย คือ Prosper Weil ¹²⁴ และ El Chiaty ¹²⁵

¹²² แนวคิดดังกล่าวคือ Subjective Theory ที่เสนอโดย Weil, ดูใน Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contract Versus State Responsibility," : 328.

¹²³ แนวคิดดังกล่าวคือ Objective Theory ดูใน Ibid., p. 328.

¹²⁴ Prosper Weil, "Problemes Relatifs aux Contrats passes entre un etat et un particulier," : 229 - 234.

¹²⁵ A.Z. El Chiaty, "Protection of Investment : Petroleum Agreement", Recueil des Cours de L'Academie de Droit International (1987 IV) : 115 - 117.

อย่างไรก็ดี ในประเด็นว่าด้วยความมีผลทางกฎหมายของข้อตกลงประกันความมั่นคงมีการให้ความเห็นว่าไม่มี "กฎเกณฑ์อันเป็นจารีตระหว่างประเทศใดที่ให้ข้อตกลงประกันความมั่นคงเป็นการห้ามการเลิกสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้"¹²⁶ แต่ข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้มีผลทางกฎหมายคือเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการคิดคำนวณค่าชดเชยเป็นเงินในกรณีที่มีการโอนเป็นของชาติ ซึ่งทั้งนี้มีการให้ความเห็นว่า

มิได้หมายความว่าข้อตกลงประกันความมั่นคงจะไม่มีผลทางกฎหมายเสียเลย เสมือนกับว่ามีได้มีข้อตกลงอันนี้ ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาในลักษณะเป็นการละเมิดสัญญา ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในค่าชดเชย และจำนวนเงินค่าชดเชยนี้อาจสูงกว่าในกรณีอื่น เนื่องจากมีข้อตกลงประกันความมั่นคง ดังนั้น ในการกำหนดค่าทดแทนที่เหมาะสมจะต้องพิจารณาข้อตกลงประกันความมั่นคง ยกตัวอย่างในกรณีนี้ก็คือ รัฐอาจมีหน้าที่ต้องจ่ายผลประโยชน์ล่วงหน้าให้กับเอกชน ตามที่สมควรจะได้รับในช่วงอายุของสัมปทานนั้น¹²⁷

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า ข้อตกลงประกันความมั่นคงเป็นการย้าถึงข้อผูกพันของรัฐในการใช้อำนาจ แต่ถึงอย่างไรก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าข้อตกลงประกันความมั่นคงมีผลทางกฎหมายโดยห้ามการโอนเป็นของชาติได้ หากแต่ยืนยันได้เพียงว่าเป็นหนึ่งในองค์ประกอบเพื่อพิจารณากำหนดจำนวนค่าชดเชยของคู่กรณี ทั้งนี้ก็เนื่องจากแม้ว่าจะมีที่มีข้อตกลงดังกล่าวในสัญญา ก็ยังคงมีการโอนเป็นของชาติ ดังจะยกตัวอย่างได้จากสองคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับ ข้อตกลงประกันความมั่นคง เช่นเดียวกันแต่ผลของคดีแตกต่างกัน

¹²⁶ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contract Versus State Responsibility", : 329.

¹²⁷ Jimenez de Arechaga, "International Law in the Third Past Centuries," : 33.

ในคดีแรกคือคดี *Texaco v. The Government of Libyan Arab Republic* ซึ่งในคดีนี้ *Jean-Rene Dupuy* ได้กล่าวว่า

ในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐใช้อำนาจอธิปไตยคือ รัฐยอมรับอย่างสมัครใจที่จะผูกพันตามข้อตกลงประกันความมั่นคงอนุญาโตตุลาการขอเน้นว่า ข้อตกลงประกันความมั่นคงนี้ไม่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติ แต่สร้างความผูกพันต่อกัน ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ทางนิติบัญญัติของข้อตกลงนี้ จะไม่สามารถยกขึ้นอ้างกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ¹²⁸

ในขณะที่เดียวกัน คดี *AMCO V. The Government of Indonesia* กลับตัดสินว่าเมื่อรัฐทำสัญญาได้ ก็ใช้ว่ารัฐจะบอกเลิกสัญญาไม่ได้ ทั้งการทำสัญญาและการบอกเลิกสัญญานี้ถือเป็นอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ¹²⁹ ส่วนในคดี *Letco v. The Government of the Republic of Liberia* อนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICSID ได้กล่าวอย่างชัดเจนไว้ว่า

"ข้อตกลงประกันความมั่นคงมักจะพบเสมอในสัญญาเพื่อการพัฒนาต่าง ๆ รวมถึงการสัมปทานด้วยเช่นกัน ข้อตกลงนี้มีขึ้นหมายให้หลีกเลี่ยงการกระทำตามอำเภอใจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ข้อตกลงนี้จะต้องเป็นที่ยอมรับนับถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ เช่นนี้ มิฉะนั้นแล้วคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็จะสามารถใช้วิธีการทางนิติบัญญัติหลบเลี่ยงการปฏิบัติการเพื่อชำระตามสัญญาได้ การกระทำทางนิติบัญญัติใด ๆ

¹²⁸ อ้างใน *Esa Paasivirta, Internationalization and Stabilization of Contract Versus State Responsibility*, : 336.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 337.

ที่รัฐอาจกระทำได้โดยชอบก็เฉพาะแต่ การโอนเป็นของชาติ
ที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ¹³⁰

จากทั้งสองคดีที่ได้ยกตัวอย่างขึ้นนี้ ในคดี Letco V. The Government of the Republic of Liberia กล่าวว่าข้อตกลงประกันความมั่นคง มีผลทางกฎหมาย เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการโอนเป็นของชาติโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ข้อตกลงประกันความมั่นคงมีผลทางกฎหมาย หากแต่ไม่สามารถห้าม การโอนเป็นของชาติ ทั้งนี้เราจะยอมรับถึงผลทางกฎหมายของข้อตกลงประกันความมั่นคง ได้ในฐานะองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณากำหนดจำนวนค่าชดเชยแก่สิทธิของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนต่างประเทศตามสัญญาอันเหมาะสมในกรณีที่มีข้อพิพาทใด ๆ โดยเฉพาะการ โอนเป็นของชาติเกิดขึ้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹³⁰ International Centre for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal Award in Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) V. The Government of The Republic of Liberia (Recovery of Damages for Breach of a Concession Agreement) March 31, 1986, International Legal Materials 26 (1987) : 647 - 679. at 666 - 667.