

ลักษณะและองค์ประกอบสำคัญของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ
: สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศคืออะไร

2.1 ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาที่เป็นรัฐฝ่ายหนึ่งและเอกชนต่างประเทศฝ่ายหนึ่ง เป็นความสัมพันธ์ที่มีความเกี่ยวข้องทั้งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน¹ และมีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign element) ดังนั้นจึงมีความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่แตกต่างกัน 2 ความเห็น ดังนี้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization", The American Journal of International Law 52 (April 1958) : 260.

1) ความเห็นแรก เห็นว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศมีลักษณะเป็นการต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน ดังนั้นจึงไม่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งแต่อย่างใด มีข้อน่าสังเกตแต่เพียงว่าเป็นสัญญาทางแพ่งที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ดังนั้นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญคือ เรื่องการบังคับใช้กฎหมาย นักกฎหมายที่สนับสนุนความคิดเห็นนี้ได้แก่ Jean - Flavien Lalive,² Batiffol,³ Delaume,⁴ F.A.Mann⁵ และ Georges Van Hecke⁶

² 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) : 992.

³ Henri Batiffol. Droit International Privé 6^e edition Tome II (Paris : Librairie général de droit et de jurisprudence, 1976) pp. 209 - 221.

⁴ G.R.Delaume, "What is an International Contract An American and a Gallic Dilemma," The International and Comparative Law Quarterly 28 (April 1979) : 278.

⁵ F.A. Mann, "State Contracts and International Arbitration," The British Yearbook of International Law 42 (1967) : 8 - 9. และ "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", The British Yearbook of International Law 35 (1959) : 40 - 43.

⁶ George Van Hecke, "Contracts Between States and Foreign Private Law Persons, "Encyclopedia of Public International Law 7 (1984) : 54.

จากความเห็นดังกล่าวจะเห็นได้ว่า "สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศถือได้ว่าเป็นความผูกพันตามสัญญาที่มีอยู่ระหว่างรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ก่อให้เกิดสิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิ (exclusive right in personam) ระหว่างคู่สัญญา" ⁷ ซึ่งหากวิเคราะห์โดยใช้ข้อความคิดของกฎหมายแพ่งทั่วไปแล้ว ย่อม หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันอาจเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อกันและกันได้

ความคิดเห็นแรกที่ว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไม่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยที่มีการต่างตอบแทนตามสัญญา มีคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในหลายคดีได้สนับสนุนแนวความคิดนี้ ตัวอย่างเช่น ในคำตัดสินคดี *Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co* ได้ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า "การปฏิบัติตามสัญญาเป็นมูลฐานของความสัมพันธ์ที่มีลักษณะทางสัญญาและเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมือนกันในทุกระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่จะต้องมีการต่างตอบแทนกัน" (synallagmatic contract) ⁸

ต่อมาอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนต่างดาว ในปี ค.ศ. 1984 ในคดี *AMCO Asia V. The Government of Indonesia* ได้ยืนยันความเห็นนี้โดยตัดสินว่า

อันที่จริงแล้วไม่ว่ารัฐและเอกชนต่างก็เป็นคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือต้องทำการต่างตอบแทนกัน และการเลิกสัญญาก็เช่นเดียวกับในสัญญาทั่วไป ที่ให้คู่สัญญามีสิทธิในการเลิกสัญญา ซึ่งลักษณะเช่นนี้พบได้ในทุกระบบกฎหมาย ⁹

⁷ D.P.O'Connell, *International Law* Vol. 2 (London : Stevens & Sons, 1970), p.992.

⁸ Ibid., pp. 983 - 984.

⁹ 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 1030. para. 188.

2) ความเห็นที่สอง ตรงข้ามกับความเห็นแรก กล่าวคือตามความเห็นนี้ ไม่ถือว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ เป็นสัญญาทางแพ่งอย่างแท้จริง โดยให้เหตุผลทางกฎหมายว่า เนื่องจากในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนี้ มีการยอมรับถึงสิทธิในการบอกเลิกสัญญาโดยรัฐฝ่ายเดียวในเวลาใดก็ได้และสิทธินี้ไม่อาจโต้แย้งได้ด้วยประการใดเลย สิทธินี้เองคือการใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและอำนาจทางปกครอง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตามก็เกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกิดขึ้น ก็คือการขัดกันระหว่างการทำหน้าที่ของรัฐและผลประโยชน์ของผู้ลงทุน ในประเด็นนี้เอง จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบระบบกฎหมายภายในของหลายประเทศก็ได้มีความเห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเป็นสัญญาทางกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง (Public Law Contract) ¹⁰

แม้จะเป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายโดยทั่วไปว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ได้ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐในนามของรัฐกับเอกชนต่างประเทศ และมีลักษณะต่างตอบแทน โดยให้มีการผูกพันซึ่งกันและกัน อย่างไรก็ตามก็ดีในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้มีประเด็นข้อถกเถียงกันอยู่มากกว่าอะไรคือ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ (State Contract) ดังนั้นประเด็นที่จะทำการศึกษาต่อไปคือ ความหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ทั้งนี้โดยจะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับสัญญาประเภทอื่น ๆ เพื่อสรุปความหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศต่อไป

¹⁰ W.A.Friedman, The Changing Structure of International Law (New York : Columbia University Press, 1964) p. 201.

2.1.1 สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับสัญญาทางแพ่ง

ด้วยเหตุผลที่ว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศมีความสำคัญต่อโครงสร้างเศรษฐกิจ ซึ่งจะต้องพิจารณาทั้งประโยชน์สาธารณะและของเอกชนควบคู่กันไป เช่นนี้เอง สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับสัญญาทางแพ่งจึงมีข้อแตกต่างกันในประเด็นว่าด้วยเงื่อนไขในการบอกเลิกสัญญากล่าวคือ เหตุผลทางกฎหมายในการบอกเลิกสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ สามารถอ้างเหตุเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติในด้านสังคมและเศรษฐกิจได้ ในขณะที่เหตุทางกฎหมายในการบอกเลิกสัญญาในสัญญาทางแพ่งจะไม่มีกรยอมรับให้อ้างอิงถึง ประโยชน์สาธารณะ เพื่อการบอกเลิกสัญญาได้เลยไม่ว่าจะได้ศึกษาโดยการเปรียบเทียบสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายใดก็ตาม นอกจากนี้ วิธีการ (procedure) ในการบอกเลิกสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการในการบอกเลิกสัญญาเป็นกรณีพิเศษเสมอ แต่สัญญาทางแพ่งไม่เป็นเช่นนั้น กล่าวคือ การบอกเลิกสัญญาถือเป็นสิทธิของคู่สัญญาในการบอกเลิกดังนั้นจึงไม่มีวิธีการในการบอกเลิกสัญญาเป็นกรณีพิเศษแต่อย่างใด

ความแตกต่างระหว่างสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับสัญญาทางแพ่ง ได้มีคดี AMCO. Asia V. The Government of Indonesia โดยอนุญาโตตุลาการแห่งศูนย์ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ชี้ความแตกต่างไว้อย่างชัดเจนในคำตัดสินว่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ คือสัญญาประเภทหนึ่ง ที่มีเงื่อนไขทางกฎหมายและไม่เหมือนกับสัญญาทางแพ่งเสียทีเดียว ทั้งนี้ด้วยข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐย่อมมีสิทธิที่จะเพิกถอนสิ่งใด ๆ ที่ได้ให้ไปแก่ผู้ลงทุน ด้วยเหตุผลอันไม่สามารถจะอ้างได้ในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป หรือมิฉะนั้นรัฐยังคงสงวนอำนาจการตัดสินใจใด ๆ ที่จะกระทำต่อไปหรือยกเลิกตามกระบวนการวิธีการ อันแตกต่างจากกระบวนการวิธีการของสัญญาทางแพ่งทั่วไป¹¹ ในการยกเลิกสัญญาสำหรับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยตนเอง

2.1.2 สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกันหรือไม่ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ มีความแตกต่างจากสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคนชาติกับรัฐเพื่อกิจการบางอย่างของรัฐเช่น รัฐอาจจะเปิดประมูลให้เอกชนรับเหมาทำกิจการเพื่อสาธารณูปโภค และสัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง¹²

¹¹ 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 para 188.

¹² Georges Vedel and Pierre Delvové, Droit Administratif Tome 1 (Paris : Presses Universitaires de France, 1992) p. 371.

ในปัญหาที่ว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศแตกต่างจากสัญญาทางปกครองหรือไม่ คำตอบคือ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไม่ใช่สัญญาทางมหาชนหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Anglo Iranian oil Case, 1952 ได้ยืนยันในประเด็นนี้โดยกล่าวว่า "สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง"¹³ อนึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของศูนย์การระงับข้อพิพาทในการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศก็ได้ชี้ขาดในประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศย่อมมิใช่การกระทำฝ่ายเดียวหรือเป็นการกระทำทางปกครอง (administrative act) หรือที่เรียกกันในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสว่า "สัญญาทางปกครอง" ทั้งนี้เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ลงทุนต่างประเทศผู้เป็นคู่สัญญาปรากฏโดยชัดเจนว่า ไม่ปรากฏเลยว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีอิสรระพอกที่จะละเมิดสัญญาได้โดยลำพังแต่ฝ่ายเดียว¹⁴

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹³ International Court of Justice Report (1952) : 112.

¹⁴ 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) : 1027 para 179.

ในการให้เหตุผลของอนุญาโตตุลาการนั้น นำสังเกตว่า ในคดี AMCO Asia อนุญาโตตุลาการฯ ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง (administrative contract) ที่พบในระบบกฎหมายฝรั่งเศสว่า สัญญาทางปกครองนั้นในการละเมิดสัญญา จะกระทำได้เพียงแต่ฝ่ายเดียวโดยลำพัง (to violate unilaterally) อย่างไรก็ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไม่ปรากฏว่ารัฐมีสิทธิในการละเมิดสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยลำพังและไม่ใช้กรณีที่การปรับใช้กฎหมายโดยวิธีการเทียบเคียง โดยนำกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาเทียบเคียงจะกระทำได้ในกรณีนี้¹⁵ ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

2.1.3 สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศกับสัมปทาน

คำว่า สัมปทาน และ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ อาจใช้แทนที่กันได้บางกรณี คำว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ (State Contract) พอจะสรุปได้ว่า คือ สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศโดยก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่กรณี เป็นสัญญาที่มีการต่างตอบแทนกัน ดังเช่น สัญญาทางแพ่ง แต่ในขณะที่เดียวกันก็มี เจื่อนโซ กล่าวคือคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเป็นรัฐอาจอ้างเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะในการบอกเลิกสัญญาได้ และมีกระบวนการวิธีการเลิกสัญญาที่ต่างกับสัญญาทางแพ่ง

ส่วนคำว่า สัมปทาน มีการให้ความเห็นว่า "สัมปทานประกอบด้วยสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐและผู้รับสัมปทาน และความสัมพันธ์เช่นนี้มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน" ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญคือ มีการให้สิทธิพิเศษโดยเฉพาะเจาะจง (exclusive right) แก่ผู้รับสัมปทานโดยรัฐ"¹⁶

¹⁵ Ibid., p. 1028. para 179.

¹⁶ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization", : 260.

ด้วยเหตุผลดังกล่าว "สัมปทานจึงไม่ใช่ประเด็นข้อศึกษาในทางกฎหมายแพ่งอย่างล้วน ๆ แต่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่งและกฎหมายมหาชน"¹⁷ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าสัมปทานมีลักษณะต่างตอบแทน และมีการโอนสิทธิ หรือให้สิทธิพิเศษของรัฐแก่เอกชน ซึ่งเป็นการจำเพาะเจาะจง

ในที่สุดจึงได้ข้อสรุปว่า สัมปทานย่อมแสดงถึงความสัมพันธ์ที่ประกอบด้วยสิทธิในทางเอกชนและมหาชน มีการต่างตอบแทนกัน และมีลักษณะที่เป็นสิทธิที่เฉพาะเจาะจง (exclusive right) ข้อสรุปดังกล่าวมีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแห่งศูนย์การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศในคดี Letco V. The Government of the Republic of Liberia ยืนยันไว้ดังนี้

ภายใต้สัมปทาน บริษัท Letco มีสิทธิโดยเฉพาะเจาะจงที่จะเก็บเกี่ยวขนส่งและทำการค้า แต่ทั้งนี้ เป็นการให้สิทธิโดยเฉพาะเจาะจงภายในพื้นที่ที่จะได้ระบุไว้โดยชัดแจ้ง และผู้รับสัมปทานได้รับสิทธิพิเศษแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นในพื้นที่ระบุไว้¹⁸

¹⁷ Kaeckenbeek, "The Protection of Vested Rights in International Law.", The British Yearbook of International Law 17 (1936) : 11.

¹⁸ 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 659.

ดังนั้น คำว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั้น ในแง่หนึ่งย่อมเหมือนกับ สัมปทาน กล่าวคือ เป็นกรณีที่รัฐต้องทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ของรัฐบางประการ

อนึ่งในประเด็นว่าด้วยผลประโยชน์ของรัฐมีค่าที่ขาดของอนุญาโตตุลาการในศูนย์การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและผู้ลงทุนในคดี AGIP V. Popular Republic of the Congo ซึ่งตอนหนึ่งของคำชี้ขาดได้กล่าวไว้อย่างน่าสนใจในประเด็นว่าด้วยข้อแตกต่างระหว่างประโยชน์ทั่วไปของรัฐและประโยชน์ของรัฐในทางพาณิชย์กล่าวคือ

แม้ว่ารัฐคงจะอ้างว่าการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติ แต่ในคดีนี้ก็ยังไม่เป็นที่พอใจแก่อนุญาโตตุลาการฯ ในประเด็นดังกล่าวเมื่อพิจารณาในแง่ของกฎหมายพาณิชย์ถ้าหากรัฐบาลคงโกตต้องการจะปกป้องผลประโยชน์ของรัฐในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น รัฐบาลก็ควรจะได้ระงับการของกฎหมายพาณิชย์ในการแก้ปัญหาของ AGIP และไม่ใช่การกระทำเพื่อแก้ไขปัญหาโดยใช้มาตรการโอนให้เป็นของชาติในทันที¹⁹

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁹ International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitration 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 71.,76.,78.

ในกรณีดังกล่าวปรากฏว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องข้อตกลงระหว่างรัฐบาลคองโกและบริษัท AGIP ในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับปิโตรเลียมในประเทศคองโก กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่รัฐจำต้องทำธุรกิจกับเอกชนต่างประเทศ และในการให้เหตุผลของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อตกลงนี้ อนุญาโตตุลาการกลับมีความเห็นว่า ข้อตกลงในการร่วมทุนกันระหว่างรัฐบาลคองโกและบริษัท AGIP ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เป็นสัญญา และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์นี้ก็ควรจะมีทางแก้ไขโดยใช้กระบวนการในทางกฎหมายพาณิชย์ก่อน ทั้งนี้เพราะว่าในเมื่อสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเป็นกรณีที่มีการทำสัญญาเนื่องจากรัฐจำต้องทำธุรกิจกับเอกชนต่างประเทศ ในการพิจารณาปัญหาใด ๆ สมควรคำนึงถึงจุดประสงค์ในการกระทำการนั้น ๆ เป็นหลัก

2.1.4 สรุปความหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

ความหมายคำว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ และคำว่า สัมปทานจึงพอสรุปได้ว่า เป็นเรื่องของการทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเหมือนกันซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับสิทธิในทางกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน โดยมีข้อสังเกตคือ สัมปทาน เป็นการต่างตอบแทน และก่อให้เกิด สิทธิโดยเฉพาะเจาะจง แก่ผู้รับสัมปทานแต่เพียงผู้เดียว ส่วน สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ แม้ว่าเป็นสัญญาที่มีการต่างตอบแทนระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นกัน แต่ก็เป็นการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์ธรรมดาทางธุรกิจหรืออาจมีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์ทั่วไปของรัฐก็ได้ ทั้งนี้โดยการเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองกรณีก็คือ การที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ และจำต้องมีการปฏิบัติต่างตอบแทนกัน ดังนั้นในบางกรณีจึงอาจใช้คำว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศแทนที่กับคำว่าสัมปทานก็ได้

2.2 ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

2.2.1 เป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะผสม

กล่าวคือความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ก่อให้เกิดสิทธิซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศในข้อนี้ได้รับการยืนยันจากนักกฎหมายหลายท่าน เช่น Lord McNair ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศว่า

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสิทธิตามสัญญาอันเป็นบุคคลสิทธิที่มีลักษณะพิเศษ นอกจากนี้ยังมีการให้สิทธิพิเศษโดยรัฐอีกด้วย ตัวอย่างคือ การยกเว้นภาษีหรือการให้สิทธิพิเศษในการนำเข้าและส่งออก ดังนั้นสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศจึงเกี่ยวข้องทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายมหาชน ²⁰

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁰ Lord McNair, "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations," : 3.

นอกจากนี้ยังมีการให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า "เมื่อรัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศในลักษณะนี้ จึงกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์นี้มีลักษณะผสมกล่าวคือเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่ง กฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศ"²¹ เช่นเดียวกันกับ Jean-Flavien Lalive ได้ยืนยันความคิดนี้โดยกล่าวว่า "สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายสาขาวิชา ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยสัญญา หลักกฎหมายขัดกันและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง"²² ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะผสมเนื่องจากเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายสาขาวิชา

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²¹ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization", : 260.

²² 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, : 988.

2.2.2 มีลักษณะที่เป็นการต่างตอบแทน

เนื่องจาก สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง และเป็นการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างได้แสดงออกว่าจะผูกพันและมีความสัมพันธ์ต่อกันและกันอย่างที่เรียกกันว่ามีการต่างตอบแทน (synallagmatic character) ดังนั้น ที่ว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศมีลักษณะ ต่างตอบแทน จึงเป็นผลมาจากความเป็นสัญญานั้นเอง ซึ่งในประเด็นนี้ D.P.O'Connell ได้ให้ความเห็นว่า ไม่มีอะไรจะมาห้ามมิให้รัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ ซึ่งเมื่อได้ทำสัญญานี้ขึ้นแล้วก็จะมีความสัมพันธ์ต่อกัน²³

นอกจากนี้ข้อสรุปดังกล่าวยังมีการยืนยันว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศมีลักษณะที่เป็นการต่างตอบแทน ทั้งนี้ตามที่อนุญาโตตุลาการของศูนย์การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนผู้ลงทุนได้กล่าวไว้ในคดี AMCO. Asia V. The Government of Indonesia ว่า "ไม่มีความแตกต่างกันในระหว่างรัฐและเอกชนภายใต้สถานการณ์ที่มีความสัมพันธ์กันโดยสัญญา เพราะว่าต่างก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันและกัน"²⁴

²³ D.P. O'Connell, International Law Vol.2 , p.978.

²⁴ 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) : 1030. para 188.

2.2.3 ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศ

มีการให้ความเห็นเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไว้ว่า "บ่อยครั้งที่ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศมีข้อตกลงข้อหนึ่งที่จะใช้เมื่อมีข้อพิพาท ซึ่งเราเรียกว่า ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงนี้มีผลให้ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญานั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลภายในประเทศของทั้งสองประเทศ"²⁵ หรือกล่าวได้ว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศย่อมไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศซึ่งทั้งนี้ย่อมเป็นผลจากข้อความในตัวสัญญาว่าด้วยกฎหมายบังคับใช้²⁶ และข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

จากความเห็นทางกฎหมายดังกล่าวจึงสรุปลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ว่า ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่ว่าไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศนั้นเป็นผลจากข้อตกลงข้อหนึ่งในสัญญาคือข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ โดยจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญคือ สัญญานั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและมีข้อตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทที่กล่าวได้ว่าเป็นลักษณะทางระหว่างประเทศโดยแท้จริง

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁵ Lord McNair, "The General Principles of Law recognized by Civilized Nations," : 3.

²⁶ D.P. O'Connell, International Law Vol.2 , p.976.

ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่ว่า ไม่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลภายในประเทศ ได้รับการสนับสนุนโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่ง F.V. Garcia Amador ได้ให้ความเห็นว่า เมื่อสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือมีวิธีการระงับข้อพิพาทอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งจัดว่ามีลักษณะของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศแล้ว²⁷ เมื่อนั้นก็จะเป็นสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ จากความเห็นเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศ ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายหลายท่านดังเช่น Esa Paasivirta²⁸ และนอกจากนี้ Friedman ได้ให้ความเห็นว่า "ในเรื่องสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนี้บ่อยที่มีการประนีประนอมผลประโยชน์โดยให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ"²⁹

นอกจากนี้ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่ว่า ไม่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลภายในประเทศนี้ ได้รับการยืนยันจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการของศูนย์การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ในคดี Letco V. The Government of the Republic of Liberia โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของศูนย์การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ดังนี้คือ

²⁷ F.V. Garcia Amador International Law Commission. (1959) : 32.

²⁸ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contracts Versus State Responsibility", The British Yearbook of International Law 60 (1989) : 315.

²⁹ W.A.Friedman, The Changing Structure of International Law , p. 201.

ข้อ 7 ในสัมปทานลงวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1970 เป็นองค์ประกอบที่จำเป็นในสัมปทาน ข้อตกลงนี้คือ ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตอุตสาหกรรมอันมีผลเป็นการประกันการลงทุนในไลบีเรีย ทั้งนี้ เนื่องจาก สิทธิในการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตอุตสาหกรรมของบริษัท Letco เป็นการประกันว่า การลงทุนเพื่อดำเนินกิจการในระยะยาวและโดยที่มีค่าใช้จ่ายจะไม่ถูกทำให้ไร้ประโยชน์เปล่า จากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐบาลไลบีเรีย ³⁰

2.3 องค์ประกอบของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

เนื่องจากมีการให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ว่า "เป็นสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายข้ามชาติว่าด้วยสัญญา" ³¹ ซึ่งจากความเห็นดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศออกเป็น 4 ข้อ ดังนี้คือ

³⁰ International Center 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) : 662.

³¹ Jean - Flavien Lalive, "Contrats entre Etats ou Entreprises Etatiques et Personnes Privees Developpments Recents," Recueil des Cours de L'Academie de Droit International (1983 III) : 28-29.

- 2.3.1 มีคู่สัญญาเป็นฝ่ายรัฐ
- 2.3.2 มีคู่สัญญาเป็นฝ่ายเอกชนต่างประเทศ
- 2.3.3 เป็น "สัญญา"
- 2.3.4 อยู่ภายใต้บังคับของ "กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายข้ามชาติว่าด้วยสัญญา"

2.3.1 มีคู่สัญญาเป็นฝ่ายรัฐ

ในเมื่อไม่มีอะไรที่จะมาห้ามมิให้รัฐทำสัญญา^{๓๒} ดังนั้นรัฐเป็นองค์อธิปัตย์ ก็ย่อมทำสัญญาได้ นอกจากนี้ยังมีคำตัดสินจากศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ ในคดี Serbian Loan Case สนับสนุนโดยกล่าวไว้ดังนี้คือ "นอกเหนือจากสนธิสัญญาที่รัฐทำขึ้นด้วยกันแล้วยังมีสัญญาที่รัฐทำขึ้นในฐานะองค์อธิปัตย์อีกด้วย"^{๓๓} จากความดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่า แม้รัฐเป็นองค์อธิปัตย์ก็ย่อมทำสัญญากับเอกชนได้

ในประเด็นว่าด้วยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีการให้ความเห็นว่า "คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ย่อม หมายถึง รัฐ (State) องค์การของรัฐ (State Organ)"^{๓๔} เกี่ยวกับประเด็นของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้ ยังมีการให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า

ปัจจุบันมีการแทรกแซงจากรัฐในทางเศรษฐกิจ ทั้งในระบบเศรษฐกิจภายในประเทศและในความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงรวมทั้งวิสาหกิจของรัฐที่ก่อตั้งโดยกฎหมายและ

^{๓๒} D.P. O'Connell, International Law Vol.2 , p.978.

^{๓๓} Permanent Court of International Justice. Series A. No.20, : 41.

^{๓๔} Jean - Flavien Lalive, "Contrats entre Etats ou Entreprises Etatiques et Personnes Privees Developpments Recents," : 28-29.

วิสาหกิจมหาชน โดยคำว่า วิสาหกิจมหาชน จะมีความหมายในลักษณะ
 ที่ว่าเป็นการแปรรูปให้เป็นเอกชน หรือนับเป็นการทำธุรกิจของรัฐ
 และคำว่า วิสาหกิจของรัฐที่ก่อตั้งโดยกฎหมายจะมีความหมายในลักษณะ
 ที่ว่าได้ก่อตั้งขึ้นเพื่อการทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะบางอย่าง ³⁵

โดยสรุปก็คือ ทั้งวิสาหกิจของรัฐที่ก่อตั้งโดยกฎหมายและวิสาหกิจมหาชนแม้จะ
 มีสภาพบุคคลทางกฎหมายของตนเอง แต่อย่างไรก็ตามทั้งวิสาหกิจของรัฐที่ก่อตั้ง
 โดยกฎหมายและวิสาหกิจมหาชนอย่างน้อยที่สุดย่อมเกี่ยวข้องกับสัมพันธกับรัฐ ³⁶

ในการทำสัญญานั้น รัฐอาจจะไม่ได้ทำเอง แต่อาจกระทำสัญญาโดยหน่วยงาน
 ของรัฐในนามของรัฐ แม้ว่าจะมีสภาพทางกฎหมายแยกต่างหากจากรัฐในแง่ของ
 ความเป็นบุคคลตามกฎหมายภายใน หากแต่ในระดับระหว่างประเทศก็ได้แสดงถึงความ
 เป็นรัฐ เนื่องจากหน่วยงานของรัฐ ได้ก่อตั้งขึ้นเพื่อการทำหน้าที่ของรัฐบาล ³⁷ ใน
 ประเด็นดังกล่าวคดี AMCO. Asia v. The Government of Indonesia ได้ตัดสิน
 โดยอธิบายในประเด็นว่าด้วยความสัมพันธ์กับรัฐไว้กล่าวคือ ในคำชี้ขาดของ
 อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่า กองทัพ ก็อาจจัดว่าเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ได้ โดยข้อเท็จ
 จริงในคดี AMCO. Asia V. The Government of Indonesia นี้เป็นข้อพิพาท
 ระหว่างบริษัท P.T. Wisma ซึ่งเป็นบริษัทอินโดนีเซียที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของ
 INKOPAD ซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายอินโดนีเซียเพื่อสวัสดิการของทหารแห่ง
 กองทัพอินโดนีเซียกับบริษัท P.T. Amco ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกัน ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการ
 ของศูนย์การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชน
 ต่างประเทศได้กล่าวไว้ว่า

³⁵ Philippe Leboulanger, Les Contrats enter Etats et Entreprises Etrangers (Paris : Economica, 1985.) pp. 36-37.

³⁶ Ibid., p. 45.

³⁷ F.A.M. Riad, "L'entreprise publique et semi-publique en droit international prive." Recueil des Cours de L'Academie de Droit International (1963 I) : 580.

ในประเด็นของคดีที่ว่า การดำเนินการของ P.T.Wisma เป็นการกระทำในนามของสาธารณรัฐแห่งอินโดนีเซียหรือกองทัพแห่งอินโดนีเซีย และหากได้ความว่าเป็นการกระทำในนามของกองทัพแห่งอินโดนีเซียจะเกี่ยวข้องกับสัมพันธไมตรีอย่างไรกับสาธารณรัฐแห่งอินโดนีเซีย

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริง อนุญาโตตุลาการสามารถชี้ชัดลงไปได้ว่ากองทัพแห่งอินโดนีเซีย และ P.T.Wisma มีความสัมพันธ์กัน แต่อนุญาโตตุลาการฯ มิได้ปักใจเชื่อว่าจะมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับรัฐบาลหรือไม่ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม อนุญาโตตุลาการฯ ยอมรับว่า ในประเทศที่มีลักษณะอย่างนี้ ทหารมีหน้าที่สองประการควบคู่กันก็คือ

1. ดูแลรักษาความมั่นคงทั้งภายในและภายนอกประเทศ
2. สร้างและบำรุงรักษาประเทศชาติ

และถึงอย่างไรด้วยหน้าที่และความสัมพันธ์ของทหารกับรัฐบาลดังกล่าว จึงสรุปได้ว่าอย่างน้อยบริษัท P.T.Wisma ที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อสวัสดิการของทหารแห่งกองทัพอินโดนีเซีย ย่อมจะมีความสัมพันธ์กับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย^{๓๘}

^{๓๘} 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 (1984) : 1025.

2.3.2 มีคู่สัญญาเป็นฝ่ายเอกชนต่างประเทศ

ในประเด็นที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศหมายถึงอะไร นักกฎหมายให้ความเห็นไว้ว่า "เอกชนต่างประเทศหมายถึง เอกชนที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นบริษัทต่างประเทศ"³⁹ มีผู้เสนอความเห็นว่า เอกชนต่างประเทศหมายถึงเอกชนที่ไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันกับรัฐอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นคู่สัญญา⁴⁰ ส่วนในประเด็นเกี่ยวกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศนั้น Philippe Leboulanger ได้ให้ความเห็นไว้กว้างกว่านักกฎหมายท่านอื่นโดยกล่าวว่า

อาจเป็นไปได้ที่ฝ่ายเอกชนอาจจะเป็นกลุ่มบริษัทหรือกลุ่มวิสาหกิจเพื่อการเข้าทำสัญญากับรัฐโดยเฉพาะ การรวมกลุ่มเช่นนี้ หรือที่เรียกว่า Consortium อาจจะทำกีดเฉพาะโครงการอันใดอันหนึ่ง และอาจจะไม่ก่อให้เกิดสถานภาพความเป็นบุคคลทางกฎหมายขึ้นมาใหม่⁴¹ ซึ่งในทางธุรกิจอาจพบได้ตัวอย่างเช่น การกู้ยืมเงินระหว่างประเทศแบบ Syndicate Loan.

³⁹ Jean - Flavien Lalive, "Contrats entre Etats ou Entreprises Etatiques et Personnes Privees Developpments Recents," : 29-30.

⁴⁰ พรรณี วาณิชสรณ์, "ความรับผิดชอบในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 40.

⁴¹ Philippe Leboulanger, Les Contrats entre Etats et Entreprises Etrangers pp. 53-54.

สำหรับปัญหาที่ว่าด้วยอะไรคือ เอกชนต่างประเทศ ในปัจจุบันนี้ได้มีการให้ เหตุผลและวางหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนในคดี Letco V. The Government of The Republic of Liberia โดยอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ กล่าวไว้ว่า

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า Letco เป็นบริษัทที่ก่อตั้ง ขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศไลบีเรีย จึงถือว่าเป็นบริษัทที่มีสัญชาติไลบีเรีย ส่วนคำถามที่ว่า อะไรคือเอกชนต่างประเทศ ข้อ 25 (2) (b) ของสนธิสัญญา ICSID ได้กำหนดไว้ว่าเอกชน ต่างประเทศ หมายถึง บุคคลทางกฎหมายใด ๆ ซึ่งมีสัญชาติของ อีกรัฐหนึ่งนอกเหนือไปจากสัญชาติของรัฐที่เป็นคู่สัญญาในข้อพิพาท นี้ และบุคคลทางกฎหมายใด ๆ ที่ถึงแม้ว่าจะมีสัญชาติเดียวกัน กับรัฐที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่มี การควบคุมโดยต่างประเทศ (foreign control) และมีการตกลงกันว่าจะถือปฏิบัติต่อ บุคคลทางกฎหมายอันนี้ ดังเช่น เอกชนภายใต้บังคับของรัฐอื่น

และเมื่อรัฐได้ตกลงในข้อตกลงเพื่อการลงทุนใด ๆ ที่มีข้อ ตกลงมอบการวินิจฉัยข้อพิพาทให้อยู่ในอำนาจของศูนย์ ICSID โดยที่ได้ทำขึ้นกับบุคคลทางกฎหมายใด ๆ ผู้มีสัญชาติเดียวกันกับ รัฐนั้นหากแต่ถูกควบคุมจากต่างประเทศแล้ว ย่อมหมายถึง รัฐรู้แล้วว่า ข้อตกลงเพื่อการลงทุนนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจของศูนย์ ICSID และก็เท่ากับว่ารัฐได้ตกลงแล้วว่า จะถือปฏิบัติต่อบริษัทนั้นเสมือนกับ ที่รัฐจะพึงปฏิบัติต่อบุคคลทางกฎหมายที่อยู่ภายใต้บังคับของรัฐอีกรัฐ หนึ่งด้วย การทำข้อตกลงที่จะมอบการระงับข้อพิพาทให้กับศูนย์ ICSID โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีนี้เป็นกรณีที่มีกฎหมายภายในของรัฐเองที่กำหนด

ให้ผู้ลงทุนต่างประเทศจำต้องก่อตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐ
นั้น ๆ อีกชั้นหนึ่งก่อนเพื่อที่จะลงทุนประกอบกิจการ ⁴²

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า เอกชนต่างประเทศ ที่เป็นคู่สัญญา ย่อมหมายถึงบุคคล
ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะสัญชาติเดียวกันกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือไม่ก็ตาม แต่ข้อสำคัญอยู่ที่
ว่าต้องมีความสัมพันธ์กับต่างชาติ โดยเฉพาะการควบคุมโดยต่างชาติ ซึ่งย่อมรวม
ทั้งเรื่องทุนและอำนาจครอบงำในการจัดการ

2.3.3 เป็นสัญญา

ในทางกฎหมาย สัญญา คือ ความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นการต่างตอบแทน (Synallagmatic Character) ซึ่งหมายถึง การที่ทั้งสองฝ่ายต่างได้แสดง
เจตนาอย่างชัดแจ้งว่าจะผูกพันและมีความสัมพันธ์ต่อกันและกัน และในประเด็นที่ว่า
สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเป็นสัญญาก็มีการยืนยันจากนักกฎหมายหลายท่าน
ดังตัวอย่างเช่น D.P. O'Connell ได้กล่าวไว้ว่าไม่มีอะไรมาห้ามมิให้รัฐเข้าทำ
สัญญากับเอกชนต่างประเทศและในทางสัญญานี้ก่อให้เกิดสิทธิตอบแทนกันระหว่างคู่สัญญา ⁴³
(reciprocal right in personam)

⁴² International Center 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) :
651 - 653.

⁴³ D.P. O'Connell, International Law Vol.2 , p.978.

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้สร้าง
 ภาระผูกพันที่เป็นการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่อกันอีกด้วย ⁴⁴ ด้วยเหตุผลดังกล่าว "รัฐไม่
 สามารถเพียงจะอ้างความเป็นรัฐและการบัญญัติกฎหมายแล้วจะสามารถหลบเลี่ยงการ
 ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำขึ้นกับเอกชนต่างประเทศได้" ⁴⁵ และลักษณะที่เป็นการปฏิบัติต่าง
 ทอนแทนของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศดังนี้เอง ทำให้สามารถสรุปได้ว่า
 สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศย่อมเป็นสัญญา



ศูนย์วิทยทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁴ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization", : 260 - 261.

⁴⁵ R.Y.Jenning, "State Contract in International Law , : 163.

2.3.4 อยู่ภายใต้บังคับของ กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายข้ามชาติ
ว่าด้วยสัญญา

ในขณะที่สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ที่ว่า "จะต้อง อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ กฎหมายข้ามชาติว่าด้วยสัญญา" ⁴⁶ อย่างไรก็ตามไม่มีคำอธิบายอะไรที่ชี้ชัดลงไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับ สัญญา นอกจากนี้ในประเด็นที่ว่าด้วยอะไรคือ กฎหมาย ที่ใช้บังคับในสัญญาระหว่าง รัฐและเอกชนต่างประเทศนี้ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้วินิจฉัย ไว้แตกต่างกัน แต่ถึงอย่างไรในประเด็นนี้ ในสถานการณ์ที่รัฐทำสัญญากับเอกชนต่าง ประเทศย่อมจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของตัวสัญญา โดยเฉพาะการกำหนดให้กฎหมาย บังคับใช้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁶ Jean - Flavien Lalive, "Contrats entre Etats ou Entreprises Etatiques et Personnes Privees Developpments Recents," : 30 - 31.

จากการศึกษาในบทที่ 2 นี้เราจึงอาจสรุปได้ว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ คือ ภาวะการณ์ที่รัฐได้เข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ ไม่ว่าจะรัฐจะทำสัญญาเพียงลำพังตนหรือโดยอาศัยหน่วยงานของรัฐก็ได้ และด้วยเหตุที่รัฐมีอธิปไตยและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นในภาวะการณ์ที่มีการทำสัญญาในลักษณะนี้ จึงกล่าวได้ว่า "นับเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลาย ๆ สาขาวิชาซึ่งรวมไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย" ⁴⁷ และสำหรับประเด็นนี้แน่นอนว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ย่อมเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ว่าจากความเห็นของนักกฎหมายและจากคำตัดสินคดีต่าง ๆ นั้นยังหาข้อยุติไม่ได้ว่าอะไรคือ กฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับใช้กับ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวจะต้องพยายามทำความเข้าใจก่อนว่ากฎหมายระหว่างประเทศคืออะไรและมีขอบเขตครอบคลุมภาวะการณ์ใดบ้างอย่างแท้จริง ดังนั้นในประเด็นที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ จึงนับเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญมากอีกประการหนึ่งที่จะได้ศึกษาในบทที่ 3 ต่อไป

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁷ 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", : 998.