



บทที่ 6

การชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Reparation) ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ
รัฐวิสาหกิจและบริษัทต่างประเทศ

ตามที่ได้อธิบายข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความรับผิดชอบในสัญญาของคู่สัญญาภาค
รัฐบาล ในบทที่ 4 "ความรับผิดชอบในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ
และบริษัทเอกชนต่างประเทศที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน" และบทที่ 5
"ความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม" นั้นจะพบว่า ความรับผิดชอบใน
สัญญาของภาครัฐบาลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในนั้น ความรับผิดชอบใน
สัญญาจะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา คู่สัญญาภาครัฐบาลจะ
มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศจากสัญญาดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาภาครัฐบาลได้
กระทำการเกี่ยวกับสัญญาในลักษณะที่ถือว่าเป็นการละเมิดระหว่างประเทศ
(international delict) ต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ สำหรับความ
รับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้น การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญา
ถือได้ว่าเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศตามบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศ
ที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเนื่องจากสัญญานี้ตกอยู่ภายใต้บังคับจากหลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศ

ผลที่เนื่องมาจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศในสัญญาทั้งสองลักษณะ
นี้จะมีผลทำให้คู่สัญญาภาครัฐบาลต้องมีความรับผิด (liability) แก่คู่สัญญาฝ่าย
เอกชนต่างประเทศ ความรับผิดชอบนี้เองที่ทำให้คู่สัญญาภาครัฐบาลจำต้องทำการชดเชย
ค่าสินไหมทดแทนให้กับเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยจะอยู่ในรูปการชดเชย
ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศจากการกระทำอันถือเป็น
การละเมิดในระหว่างประเทศ (international delict) หรือการชดเชยค่า
ทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

1. การชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Reparation) อันเกิดจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

ในกรณีที่คู่สัญญาภาคีรัฐบาลใดกระทำการอันถือเป็นการละเมิดในระหว่างประเทศ หรือการผิดสัญญาอันถือว่าการผิดกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาในกรณีสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Reparation)¹ ให้กับเอกชนต่างประเทศซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของคู่สัญญาภาคีรัฐบาล

หน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Reparation) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมนั้น จะเกี่ยวเนื่องกับลักษณะความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งมีความหมายว่า ตามแนวทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมและทางปฏิบัติระหว่างประเทศนั้น ความรับผิดชอบระหว่างประเทศจะมีผลเพียงทำให้รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องทำการชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น หน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติของรัฐนั้นก่อให้เกิดการละเมิดหน้าที่ระหว่างประเทศ² หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ดังเช่นที่ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยรับรองหลักเกณฑ์ทางกฎหมายนี้ใน Chorzow Factory case (1927) โดยศาลฯ แถลงว่า "เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศและแก่นแท้หลักกฎหมาย

¹ค่าสินไหมทดแทน (Reparation) เป็นถ้อยคำที่ใช้ในความหมายของมาตรการต่าง ๆ ซึ่งรัฐผู้ร้องเรียน (โจทก์) คาดว่าจะได้รับจากรัฐผู้เป็นจำเลย ซึ่งจะรวมถึงการชดเชยค่าทดแทนต่าง ๆ (restitution) คำขอภัย (apology) และการลงโทษผู้ต้องรับผิด การนำมาตรการดังกล่าวมาใช้เพื่อมิให้เกิดการละเมิดหน้าที่และรูปแบบต่าง ๆ ของ satisfaction

²Garcia Amador and Louis B. Sohn, Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, (New York : Oceana Publications Inc., 1974), p. 89.

ทั่วไปว่า การละเมิดในความผูกพันใดก่อให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน³ คำพิพากษาเช่นนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลมีทัศนะว่า ความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีและหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่พอเพียงสำหรับความเสียหายตามกฎหมายแล้วก็คือสิ่งที่อยู่ร่วมกัน (co-terminous) หลักกฎหมายเช่นนี้ได้รับการรับรองจากการร่างกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ โดย The Third Committee of the Hague Codification Conference (1930) ได้เสนอว่า "ความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนำมาซึ่งหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการที่รัฐไม่สามารถจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ⁴ ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่าความรับผิดชอบจะมาจากสาเหตุใด พันธกรณีระหว่างประเทศในกรณีนี้ก็คือ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม หน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (duty to make reparation) ประกอบด้วย การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเหมาะสมซึ่งได้แก่การทำให้กลับคืนดังเดิม (restitution, ค่าเสียหาย (damages) หรือทั้งสองประการนี้ สำหรับความเสียหายที่เกิดแก่คนต่างชาติ หรือ แก่รัฐ และมาตรการของการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) ซึ่งจะประกอบด้วย การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง (reparation stricto sensu) ด้วยเสมอ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนประการหลังนี้จะกำหนดโดยลักษณะของการกระทำที่อาจจะกล่าวโทษได้มากกว่าจะกำหนดโดยความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง เพราะว่าการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีของการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) มีลักษณะและวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษ⁵

³The Chorzow Factory case, PCIJ. Series A, at 21, and A. 17, at 29

⁴Article 3 of the Law of State Responsibility, League of Nations Publications, (1930), at 236.

⁵Amador, op. cit., p. 85.

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม เป็นผลเนื่องมาจากการกระทำหรือ การรบกวนกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันกล่าวโทษเอาแก่รัฐใด แนวทฤษฎีกฎหมายและทางปฏิบัติระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นว่า ความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้รับการพิจารณาว่าไม่เพียงแต่นำมาซึ่งหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ยังนำซึ่งสิทธิของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่จะสามารถใช้มาตรการการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) อันได้รับการรับรองโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁶ ความรับผิดชอบระหว่างประเทศตามแนวทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมนั้นจำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐด้วยกันเท่านั้น รัฐเท่านั้นที่จะได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงจากการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังจากการวินิจฉัยโดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ.) โดยศาลกล่าวว่า

"การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยรัฐหนึ่งต่อรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตามไม้อาจจะเปลี่ยนลักษณะได้ แม้ว่าจะโดยเหตุผลอันแท้จริงแล้วนั้นก็คือ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะอยู่ในรูปแบบของการชดใช้ค่าเสียหายจากการคำนวณค่าความเสียหายที่เอกชนได้รับเพื่อที่จะนำมาเป็นพื้นฐานในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่รัฐ หลักกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอำนาจบังคับระหว่างรัฐสองรัฐที่เกี่ยวข้อง มิใช่หลักกฎหมายที่ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างรัฐซึ่งได้กระทำการอันถือว่ามีผิดกฎหมายและเอกชนผู้ได้รับความเสียหาย การละเมิดในสิทธิและผลประโยชน์ของเอกชนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะมีระดับที่แตกต่างจากสิทธิที่เป็นของรัฐซึ่งอาจจะถูกละเมิดโดยการกระทำเช่นเดียวกันนี้ ความเสียหายที่เอกชนได้รับไม้อาจจะมีลักษณะเช่นเดียวกับความเสียหายที่เกิดแก่รัฐ ความเสียหายที่เอกชนได้รับนี้อาจจะนำมาเป็นประโยชน์เพียงในการคำนวณความเสียหายที่เกิดแก่รัฐ⁷

⁶Ibid.

⁷Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgements, series A, No. 7, The Chorzow Factory (Merits) case, p. 28.

1.1 ลักษณะและขอบเขตของหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่อาจจะเรียกร้องได้เว้นไว้เสียแต่ว่า จะได้มีการกระทำ หรือ การรบกวนกระทำการซึ่งทำให้เกิดความเสียหายที่อาจจะกล่าวโทษเอาแก่รัฐใด ทั้งตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการประกาศว่ารัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในความหมายของความสามารถระหว่างประเทศอย่างแท้จริง โดยทางปฏิบัติแล้วอย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่เกิดแก่คนต่างชาติจะต้องได้รับการเยียวยาโดยไม่คำนึงถึงปัญหาความรับผิดชอบ (ทางกฎหมาย) และแม้ว่ารัฐที่จะต้องรับผิดชอบจะไม่ยอมรับความรับผิดชอบ⁸ ความหมายของหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางกฎหมาย ก็คือ รัฐซึ่งจะต้องรับผิดชอบใดก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ดังนั้นในกรณีเช่นนี้จะต้องปรากฏด้วยว่าได้มีการกระทำหรือการรบกวนกระทำการซึ่งเอาผิดกับรัฐดังกล่าวได้" การละเมิดมาตรฐานในกฎหมายระหว่างประเทศโดยรัฐที่ผูกมัดโดยพันธกรณีของมาตรฐานดังกล่าวทำให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คือ การนำกลับคืนมาซึ่งสถานภาพทางกฎหมายที่สูญเสียไป.... ความเสียหายโดยปริยายหมายถึง การกระทำอันมีลักษณะขัดแย้งกับกฎหมาย การละเมิดกฎหมาย เช่นนี้ถือเป็นการละเมิดผลประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง⁹

ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และผลที่ตามมาก็คือ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นก็เนื่องมาจากการกระทำหรือการรบกวนกระทำการที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ "เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่า การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิด (การละเมิด) อาจจะเป็นรูปการ

⁸ Amador, Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, op. cit., p. 87

⁹ Anzilotti, La responsabilité internationale des  tats   raison des dommages soufferts par des étrangers, "Revue générale de droit international public (1906), Vo. XIII, p. 13

อ้างโดย Amador, supra, p. 87

ชดเชยค่าเสียหาย (indemnity) ซึ่งเท่าเทียมกับความเสียหายของเอกชนของรัฐ
ที่ได้รับค่าเสียหาย อันเป็นผลมาจากการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่าง
ประเทศ"¹⁰ ค้วยเหตุนี้ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นมี
ความหมายเป็นการทำให้กลับคืนคั้งเดิมจากการกระทำละเมิดกฎหมายระหว่าง
ประเทศ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้อีกอย่างหนึ่งก็คือ "ความรับผิดชอบ คือ หลักการในทาง
กฎหมายที่จะก่อให้เกิดหน้าที่ในการทำให้การละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้
เกิดความเสียหายกลับคืนคั้งเดิม โดยรัฐผู้ทำละเมิดคั้งกล่าว"¹¹

พื้นฐานของหน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ประการแรกตามหลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศคั้งเดิมนั้น ความเสียหายจะต้องบังเกิดขึ้น หน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหม
ทดแทนจะเกี่ยวเนื่องกับความเสียหาย การกระทำหรือการรบกวนกระทำการที่ขัดกับ
กฎหมายระหว่างประเทศหรือทั้งสองประการ ประการที่สอง ความเสียหายที่เกิดขึ้น
นั้นจะต้องมีการชดเชย ดังนั้นในกรณีความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของเอกชน
หลักการในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะต้อง "ลบล้างผลอันเนื่องมาจากการกระทำ
หรือการรบกวนกระทำการ" นั้นมิได้ผูกมัดให้รัฐที่จะต้องรับผิดชอบความผูกพันที่จะต้องทำ
ให้ความเสียหายหรือความสูญเสียของเอกชน อันเกิดจากการกระทำหรือการรบกวน
กระทำการนั้นกลับคืนคั้งเดิมทั้งหมด การชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะมีขอบเขตเฉพาะ
ความเสียหายที่แท้จริงซึ่งเกี่ยวกับการกระทำซึ่งทำให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐ ประการ
ที่สาม การชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะต้องกระทำโดยมาตรการอันเหมาะสม (appro-
priateness)¹²

1.2 รูปแบบของการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

(Reparation lato sensu)

¹⁰Chorzew Factory (Merits) case, op. cit, p. 27 - 28

¹¹Eagleton, "The Responsibility of States in International Law", (New York : The New York University Press, 1928), p. 22.

¹²Amador, op. cit., p. 88 - 89

1.2.1 รูปแบบของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนทางกฎหมาย

(Reparation lato sensu)

1.2.1.1 รูปแบบดั้งเดิมของการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

ตั้งแต่อดีตเป็นต้นมา รูปแบบของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้กำหนดในความหมายที่กว้างซึ่งจะรวมถึง การชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความหมายที่แท้จริง (reparation stricto sensu) และการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) โดยถือเป็นวิธีการตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมที่จะต้องทำการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือการละเว้นกระทำที่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐของ Preparatory Committee of the Hague Conference (1930) คณะกรรมาธิการ (Preparatory Committee) ได้เสนอกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนไว้ดังนี้ คือ

"ความรับผิดชอบที่มีอยู่ของรัฐ คือ พันธกรณีที่จะต้องทำให้ความเสียหายที่เป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นได้กลับคืนดังเดิม การดำเนินการเช่นนี้จะสอดคล้องกับภาวะการต่าง ๆ และเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปอันเกี่ยวกับพันธกรณีที่จะต้องทำให้เป็นที่พอใจแก่รัฐซึ่งคนของรัฐได้รับความเสียหาย....¹³

รูปแบบของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งสองประการนี้ได้มีการเสนอข้อคิดเห็นโดยบรรดานักกฎหมายเพื่อที่จะแยกความแตกต่างระหว่างรูปแบบของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งสองประการนี้ โดยพิจารณาจากลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้นดังเช่น Vattel ได้แถลงว่า "วัตถุประสงค์ของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอย่างแท้จริง (Reparation stricto sensu) คือ การทำให้ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดกฎหมายกลับคืนดังเดิม ขณะที่การทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction)

¹³ League of Nations publication, V. Legal, 1929. V. 3 (document C. 75. M. 69. 1929. V) , p. 151.

จะนำมาบังคับใช้ในกรณีความเสียหายที่ไม่อาจจะกลับคืนดังเดิม¹⁴ หรือ Anzilotti ได้เสนอว่า "ผลที่จะตามมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมายทั้งสองประการนี้ คือ การทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) และการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (reparation) (ในความหมายที่แท้จริง)... โดยหลักการแล้วการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) จะมีพื้นฐานมาจากความผิดในทางศักดิ์ศรี โดยมีความมุ่งหมายประการแรก คือ ต้องการทำให้ศักดิ์ศรีและเกียรติศักดิ์ของรัฐที่ถูกละเมิดกลับคืนดังเดิม... ในขณะที่หลักการของการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) มีพื้นฐานมาจากความผิดในทางศักดิ์ศรี หลักการของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (reparation) จะมีพื้นฐานมาจากความผิดในทางเนื้อหา¹⁵

อย่างไรก็ตามก็มีข้อโต้แย้งว่าเป็นการไม่มีประโยชน์ที่จะแยกความแตกต่างของรูปแบบการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้งสองประการนี้ เพราะว่าเป็นทางปฏิบัติระหว่างประเทศแล้ว ความเสียหายในทางวัตถุและความเสียหายในทางศักดิ์ศรีเป็นสิ่งที่ควบคู่อยู่ด้วยกัน สำหรับปัญหาว่าจะนำมาตราฐานอะไรในการวินิจฉัยว่าจะนำมาตราการของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความหมายที่แท้จริง (reparation stricto sensu) หรือการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) มาบังคับใช้ในกรณีของการชดใช้ค่าเสียหายนั้น จากทางปฏิบัติระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นว่า วิธีการในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างแท้จริง (reparation stricto sensu) อันได้แก่ การชดใช้ค่าเสียหายนั้นโดยแท้จริงแล้วจะนำมาใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะก่อให้เกิดการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) ควบคู่กัน ที่ตามหลักกฎหมายแล้ว การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างแท้จริง (reparation stricto sensu) จะนำมา

¹⁴Vattal, *Le droit des gens...* (1958 ed., Carmegie Publ., Washington 21916), Vol. I. book II, Chapter XVIII, section 324
อ้างโดย Amador, *op. cit*, p. 96.

¹⁵Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, pp 425 - 427, อ้างโดย Amador, *op. cit*, p. 96.

บังคับใช้ในกรณีความเสียหายที่เกิดแก่เอกชน และการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) จะนำมาใช้ในปัญหาทางการเมือง แต่การทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) อาจจะไปใช้ในกรณีความเสียหายที่เกิดกับเอกชน ไม่ว่าจะนำไปบังคับใช้โดยลำพังหรือโดยร่วมกับมาตรการของการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (reparation) สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁶

1.2.1.2 คำตัดสินที่เป็นการประกาศ (Declaratory judgement)

จากที่กล่าวมาแล้วว่า การชดเชยค่าสินไหมทดแทนจึงต้องกระทำแม้ว่าความเสียหายที่เอกชนต่างประเทศได้รับนั้นไม่ได้เป็นความเสียหายในค่านวัตถุ หรือความเสียหายในประการอื่น ๆ ถึงแม้ว่าจะไม่สามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายได้ ศาลระหว่างประเทศจะดำเนินการโดยวิธีการประการหนึ่งจากวิธีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้ว คือ ในกรณีสิทธิเรียกร้องได้ตกไปโดยเนื่องจากไม่เป็นที่ยอมรับหรือไม่สามารถจะพบความเสียหายทางวัตถุ ศาลจะไม่วินิจฉัยในปัญหาความรับผิดชอบที่รัฐจะต้องมีแต่ศาลจะให้คำตัดสินที่เป็นการประกาศ (declaratory judgement) ดังที่คำตัดสินใน Mavrommatis Concessions case (1925) โดยศาลสถิตยุติธรรมเห็นว่า แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าไม่ได้มีความเสียหายทางวัตถุหรือความเสียหายที่เกิดกระทำหรือการงดเว้นกระทำที่อาจจะกล่าวโทษเอากับรัฐได้จะถูกประกาศว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย "เป็นที่แน่นอนว่า M. Rutenberg มีสิทธิที่จะมีระยะเวลาที่จะเรียกร้องให้มีการเพิกถอนสัญญาสัมปทานดังกล่าวของ M. Mavrommatis เพราะเหตุว่าสัญญาสัมปทานเช่นนี้ไม่ได้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับโดยคณะผู้ทำการปกครองดินแดนปาเลสไตน์ (Mandatory for Palestine) ตลอดจนไม่ได้เกิดความสูญเสียแก่ประการใดแก่

¹⁶ Amador and Baxter, Recent Codification of the Law of State Responsibility, op. cit., p. 96

M. Mavrommatis และคั้งนั้นสิทธิเรียกร้องของรัฐบาลกรีกสำหรับการชดใช้ค่าเสียหาย (indemnity) ย่อมตกไป"¹⁷

ในบางกรณี การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยวิธีการให้คำตัดสินที่เป็นการประกาศ (declaratory judgements) นั้น จะนำมาใช้เพราะว่าไม่ได้มีการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงินหรือวิธีการอื่นใด หรือในบางกรณี การที่นำการให้คำตัดสินที่เป็นการประกาศ (declaratory judgements) มาบังคับใช้แทนที่ศาลจะตัดสินว่า การกระทำหรือการรบกวนกระทำการอันจะกล่าวโทษเอาแก่รัฐใดนั้นเป็นการกระทำที่จะต้องได้รับการลงโทษ หรือ นำมาตรการการทำให้เกิดความพอใจ (satisfaction) มาบังคับใช้ แต่อย่างไรก็ตามการให้คำตัดสินที่เป็นการประกาศ (declaratory judgements) ในความหมายทางกฎหมายที่แท้จริง มิใช่วิธีการที่จะนำกลับคืนมาซึ่งสถานภาพดั้งเดิมที่มีอยู่ (status quo ante)¹⁸

1.2.2 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยแท้จริง (Reparation stricto sensu)

หลักกฎหมายที่มีก็คือ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องกระทำโดยเต็มจำนวน ความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากกระทำหรือการรบกวนกระทำการที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายเช่นนี้ได้ปรากฏไว้อย่างชัดเจน ดังปรากฏในการตัดสินของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีพิพาท Chorzow Factory Case ศาลกล่าวว่

"หลักการที่สำคัญที่มีอยู่ในทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมาย..... คือ การชดใช้ค่าเสียหายจะต้องลบล้างผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่

¹⁷Mavrommatis Concessions Case, Publications of the Permanent Court of International, Collection of Judgements, Series A, No. 5 p. 51 อ้างโดย Amador op. cit., pp. 98 - 99

¹⁸Amador and Baxter, Recent Codification of the Law of State Responsibility, op. cit., p. 96

ผิดกฎหมายทุกประการให้มากที่สุดที่จะทำได้และสถาปนากลับคืนมาในทุกวิถีทางที่จะเป็นไปได้ ซึ่งสถานภาพดั้งเดิมที่เป็นอยู่หากการกระทำดังกล่าวไม่เกิดขึ้น การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันถ้าเป็นไปได้อาจให้ชดเชยด้วยเงินตราจำนวนเท่ากันกับความเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียที่ไม่อาจจะชดเชยด้วยสิ่งเดียวกัน ค่าตัดสินที่จะต้องให้ในกรณีนี้ก็คือ การชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ได้รับซึ่งไม่สามารถจะดำเนินการด้วยการชดเชยความเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน หรือ การชดเชยโดยวิธีการอื่นใด หลักการที่กล่าวมานี้จะนำมาใช้ในการกำหนดการชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹

ในอีกตอนหนึ่ง ศาลโคคกล่าวว่า "การละเมิดข้อผูกพันใดทำให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องทำการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในรูปแบบที่พอเพียง"²⁰ และการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะต้องลบล้างผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดกฎหมายทุกประการให้มากที่สุดที่จะทำได้และต้องเป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนและอย่างพอเพียง ในคดี Lusitania ศาลโคคแถลงว่า "การเยียวยาจะต้องได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น... การชดเชยค่าทดแทน" ในที่นี้คำนี้มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า การชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Reparation) ซึ่งจะต้องเท่าเทียมและเสมอด้วยความเสียหายที่เกิดขึ้น²¹ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้นอาจ แบ่งแยกออกเป็น Restitution และ Damages

1.2.2.1 การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน

(Restitution in kind, or Restitution in integrum)

การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitution in kind) กำหนดขึ้นเพื่อที่จะนำกลับคืนมาซึ่งสถานการณ์ที่เคยดำรงอยู่ ถ้าหากว่าไม่มีการกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้นเนื่องจากการละเลยใน

¹⁹Chorzow Factory case, op. cit., p. 47

²⁰Ibid., p. 21

²¹UNRIIA, Vol. VII, pp 35, 36 อ้างโดย Amador, op. cit.,

พันธกรณีต่าง ๆ ที่รัฐมีอยู่ หรือ เพื่อที่จะเพิกถอนการกระทำที่ผิดกฎหมาย การนำ
 สิ่งคืนทรัพย์สินที่เอาไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือ การรณรงค์ที่จะกระทำการที่
 ผิดกฎหมายต่อไป²² เนื่องด้วยวัตถุประสงค์ของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน คือ
 ต้องการที่จะลบล้างการกระทำที่ผิดกฎหมายให้หมดสิ้นไป วัตถุประสงค์เช่นนี้จะสำเร็จ
 ได้ด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนใน 2 รูปแบบดังที่ได้วินิจฉัยไว้ใน Chorzow
 Factory Case คือ การชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (restitution in
 kind หรือ restitutio in integrum) และค่าเสียหายที่เป็นจำนวนเงิน
 (damages - intérêts)

ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (resti-
 tution in kind) มีลักษณะพิเศษบางประการซึ่งมิได้ปรากฏในระบบกฎหมาย
 ภายในการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitution in kind) ในระบบ
 กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีวัตถุประสงค์และรูปแบบเป็นการเยียวยาการกระทำหรือ
 การรณรงค์กระทำการที่ผิดกฎหมายอันอาจกล่าวโทษเอากับรัฐได้ ดังนั้นจึงอาจจะมี
 ลักษณะทั้งทางวัตถุประสงค์และทางกฎหมายโดยจะขึ้นกับลักษณะความเสียหายที่จะต้องมี การ
 ชดใช้ การชดใช้ในทางวัตถุ (material restitution) กระทำโดยทั่วไปใน
 กรณีที่พาดพิงเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินซึ่งเป็นของคนต่างชาติ หรือของรัฐ
 กติที่ทับกันอยู่เสมอ คือ การเวนคืนทรัพย์สินที่มิชอบด้วยกฎหมาย การยึดทรัพย์สิน ในกรณี
 ที่การชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) ไม่อาจจะ
 กระทำได้โดยเหตุผลทางวัตถุ หรือ ทางกฎหมายหรือโดยตัวเองแล้วไม่เพียงพอที่จะ
 เยียวยา (repair) ผลต่าง ๆ ที่เนื่องมาจากการกระทำ หรือ การรณรงค์กระทำ
 การที่ผิดกฎหมายซึ่งกล่าวโทษเอากับรัฐได้ การชดใช้ค่าเสียหาย (damages) จะ
 เป็นวิธีการที่เหมาะสมกว่า หรือ จะเข้าแทนที่

²²Arechaga, International Law in the Past Third of a
 Century" RCADI (1978 : I), p. 285

หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายควยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) นั้น กำหนดจาก

- ก. คดีเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- ข. หัตถ์นะจากนักกฎหมาย

ก. คดีเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการชดใช้ค่าเสียหายควยสิ่งเดียวกันนี้ได้มีการอ้างถึงในการเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีพิพาทต่าง ๆ ดังนี้ คือ

Chorzow Factory case

คดีที่โด่งดังมาแล้ว อาจกล่าวได้ว่าในกรณีพิพาท Chorzow Factory case นั้น การอ้างถึงการชดใช้ค่าเสียหายควยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) ที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายมีคุณค่าเป็นเพียงถ้อยคำที่ศาลได้กล่าวหาพิงแต่มีใช้การวินิจฉัยโดยตรง (obiter dictum) ดังนั้นจึงมิใช่ข้อวินิจฉัยในคดี (ratio decidendi) เนื่องจากการชดใช้ค่าเสียหายควยสิ่งเดียวกันได้รับการร้องขออย่างเป็นทางการและคู่กรณีต่างได้ตกลงกันว่า การชดใช้ค่าเสียหายควยสิ่งเดียวกันไม่อาจกระทำได้ แต่ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าหลักการนี้ได้เสนอไว้ในฐานะเป็นคำวินิจฉัยโดยทั่วไป จึงเป็นการยากที่จะถือว่าเป็นเพียงหลักการในการให้เหตุผลซึ่งจะมีคุณค่าเป็นเพียงคำกล่าวในคดีเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีการอ้างหัตถ์นะในคดีนี้ในบรรดาข้อเขียนทางกฎหมายต่าง ๆ นักกฎหมายได้พิจารณาว่าเป็นการประกาศในหลักการ นอกไปจากนี้จากความเห็นของ Sir Gerald Fitzmaurice ผู้พิพากษาผู้หนึ่งในคดี Barcelona Traction case ได้เสนอข้อคิดเห็นไว้ในความเห็นส่วนบุคคลที่มีต่อการวินิจฉัยคดีในส่วนเบื้องต้น (preliminary) ของรายงานคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ (ICJ.) โดยกล่าวว่า

"ทั้งที่ข้อวิจารณ์เหล่านี้ อาจจะเป็นเพียงลักษณะของถ้อยคำที่ศาลใช้กล่าวหาพิง (obiter dicta) และไม่อาจจะมีค่าเป็นคำพิพากษา แต่เนื่องจากกระบวนการในบทบัญญัติกฎหมายในหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะมีอำนาจผูกมัดโดยตรงมิได้ปรากฏอยู่ในขอบข่ายของกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน การประกาศของศาลเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายประการใดประการหนึ่ง ถือเป็นหลักการของวิธี

การซึ่งสามารถหามาตรการในทางกฎหมายอันเป็นที่ประจักษ์ชัดและพัฒนาหลักกฎหมาย
ในประการนี้ได้อีกไป ...²³

Mavrommatis Jerusalem Concessions

การวินิจฉัยของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำหลัก
การชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) มาบังคับใช้
ใน Mavrommatis Jerusalem Concessions ศาลได้กล่าวไว้ดังนี้ คือ

"สัมปทานซึ่งอนุมัติให้แก่ M. Mavrommatis มีผลสมบูรณ์ใน
ทางกฎหมาย ค่าเสียหายซึ่งมีผลบังคับภายในระยะเวลาที่กำหนด สิทธิของ
M. Rutenberg ที่เสนอขอเรียกร้องในสัญญาดังกล่าวของ M. Mavrommatis
ไม่มีผลในทางกฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับ
โดย Mandatory for Palestine²⁴

Martini Case

ในกรณีพิพาท Martini case อนุญาโตตุลาการ ได้นำหลักการชดใช้
ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) มาบังคับใช้ โดยอนุญา
โตตุลาการวินิจฉัยว่า พันธกรณีที่กำหนดให้กับ Maison Martini & Cie. โดยการ
วินิจฉัยของศาลอันไม่ชอบธรรมนี้จะต้องยกเลิกไป เนื่องจากหลักการชดใช้ค่าสินไหม
ทดแทน อนุญาโตตุลาการแถลงต่อไปว่า การประกาศยกเลิกนี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า
ได้มีการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และนำหลักกฎหมายมาบังคับใช้เพื่อทำให้การ
กระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้จะต้องยกเลิกเสีย

Texaco Overseas Petroleum Co/California Asiatic Oil

Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic

²³ Brownlie, State Responsibility. Part I, Oxford :
Clarendon Press, 1983), p. 214.

²⁴ (1925) P.C.I.J., Ser. A, No. 5 at 51.
Brownlie, supra, p. 215.

จากการที่รัฐบาลลิเบียนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทฯ นั้น บริษัททั้งสองได้ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาในปัญหาครั้งนี้ คือ

3. ลิเบียจะต้องปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานและบรรดาข้อกำหนดต่าง ๆ และ

4. ลิเบียมีเวลา 90 หลังจากการวินิจฉัย โดยการประกาศคำประกาศดังกล่าว หรือนับจากวันที่อนุญาโตตุลาการผู้เกี่ยวข้องกำหนดที่จะแจ้งให้อนุญาโตตุลาการถึงมาตรการต่าง ๆ ที่จะต้องกระทำเพื่อการปฏิบัติและบังคับตามคำวินิจฉัย²⁵

บริษัทได้ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการประกาศว่าการกระทำของลิเบียเป็นการผิดสัญญา การผิดสัญญาเช่นนี้ทำให้รัฐบาลลิเบียต้องทำการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในข้อเรียกร้องของบริษัท

ศาสตราจารย์ Dupuy ศึกษาการเรียกร้องของบริษัทว่า เป็นการร้องขอสำหรับวิธีการการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (restitutio in integrum) หรือ การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) มิได้เป็นแต่เพียงวิธีการอันเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายลิเบีย แต่เป็นวิธีการ โดยทั่วไปสำหรับการผิดสัญญาตามหลักกฎหมายดังกล่าว²⁶ อนุญาโตตุลาการไม่ได้วินิจฉัยว่า ศาลจะต้องมีคำประกาศหรือการบังคับให้ชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง แต่สรุปว่าการชดใช้ค่าเสียหายโดยวิธีการ restitutio in integrum เป็นวิธีการที่อนุญาโตตุลาการสมควรจะนำมาบังคับใช้ในกรณีพิพาทครั้งนี้

Restitutio in integrum ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

อนุญาโตตุลาการ Dupuy วินิจฉัยว่า restitutio in integrum เป็นวิธีการชดใช้ค่าเสียหายเบื้องต้นอันเป็นปกติธรรมดา สำหรับการผิดสัญญาตามกฎหมายลิเบีย ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแห่งลิเบีย มาตรา 206 (1), 215 และมาตรา 218²⁷ และหลักการ restitutio in integrum เป็นหลักกฎหมายในกฎหมาย

²⁵Texaco Award on the Merits. 17 ILM (1978) p. 9

²⁶Ibid. p. 31

²⁷Ibid. para 94. pp. 31 - 32.

ระหว่างประเทศ โดยอนุญาโตตุลาการได้อ้างถึงคดีต่าง ๆ ซึ่งนำหลักกฎหมายดังกล่าว มาบังคับใช้ดังเช่น Chorzow Factory case อนุญาโตตุลาการ Dupuy ได้อ้างถึงการพัฒนาหลักกฎหมายประการนี้จากการวินิจฉัยและบรรดาคำฟ้อง ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาเป็นกรณีเฉพาะ สำหรับการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน Mavrommatis Jerusalem Concession case²⁸ การวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน Temple of Preah Vihear case²⁹ การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการใน Martini case³⁰ และคำฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน Anglo Iranian Oil Co. Case³¹ Bracelona Traction case³² ในที่กล่าวมานี้ศาลวินิจฉัยว่า รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องนำกลับคืนมาซึ่งสถานภาพที่เขย่งดำรงอยู่ก่อนที่จะได้มีการกระทำ อันถือว่าผิดกฎหมายเกิดขึ้น อนุญาโตตุลาการ Dupuy ยอมรับว่า แม้จะเป็นกรณีผิดธรรมคาอูบ่างที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยให้นำ *restitutio in integrum* มาบังคับใช้ในทางปฏิบัติ แต่วิธีการดังกล่าวก็จะต้องนำมาบังคับใช้ในฐานะเป็นวิธีการชดใช้ค่าเสียหายเบื้องต้น ซึ่งควรจะนำมาใช้ได้ในคดีที่ *restitutio in integrum*

²⁸Mavrommatis Jerusalem Concessions, (1925) PCIJ ser A. No.5 p. 51

²⁹Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia V. Thailand., ICJ Rep.6. pp.36-37

³⁰Affaire Martini (Italy V. Venezuela, 25 AJIL. (1931) p. 554, 585

³¹Anglo-Iranian Oil Co. Case ICJ. Pleadings 64 (1951)

³²Case Concerning the Bracelona Traction, Light and Power Co.Ltd. ICJ. Pleading 1. (1962) p. 183

ได้รับการร้องขอจากคู่กรณีและ *Restitutio in integrum* สามารถให้นำมาปฏิบัติได้จากภาวะการณ์ในคดี

อนุญาโตตุลาการ Dupuy ได้อ้างทัศนะจากนักกฎหมาย ซึ่งสนับสนุนว่า *Restitutio in integrum* เป็นพื้นฐานของการชดเชยค่าทดแทน โดย *Restitutio in integrum* เป็นวิธีการประการแรกในบรรดาวิธีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน³³ ดังเช่น Lauterpacht, Reitzer, G. Schwarzenberger, Aréchaga, Charles de Visscher, Tenekids, Guggenheim

หลังจากที่ได้วิเคราะห์หลักกฎหมาย *restitutio in integrum* จากคำพิพากษาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ทัศนะจากบรรดานักกฎหมาย อนุญาโตตุลาการ Dupuy ได้วินิจฉัยว่า *restitutio in integrum* มิได้เป็นการชดเชยค่าเสียหายในกรณีพิเศษใดโดยเฉพาะหรือในกรณีที่ลึกลงไปจากธรรมดา จากบทบัญญัติกฎหมายถ้อยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ มาตรการที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญา ก็คือ *Restitutio in integrum* มาตรการดังกล่าวจะไม่นำมาบังคับใช้เฉพาะการนำกลับคืนมาซึ่งสถานภาพดั้งเดิมไม่อาจกระทำได้³⁴

เหตุผลอันเป็นการสนับสนุน *Restitutio in integrum* ให้นำมาบังคับใช้ในกรณีพิพาทครั้งนี้ก็ประการหนึ่งก็คือ ข้อกำหนดที่ 28 (5)

ในการให้คำวินิจฉัย อนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดหรืออนุญาโตตุลาการผู้เคี่ยวความที่กำหนดจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาอันสมควรในระหว่างระยะเวลาที่ได้มีข้อขัดแย้งหรือมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายใดหากได้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยแล้วคู่สัญญาอีกฝ่ายจะคงไม่เพิกเฉย ถ้าคู่สัญญาฝ่ายแรกได้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยที่จะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้³⁵

ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นการอนุญาตให้คู่สัญญา มีระยะเวลาอันสมควรปฏิบัติ

³³Texaco Award on the Merits, : para s.97-101

³⁴Ibid. para. 109

³⁵Ibid para. 113

ตามพันธกรณีในกรณีที่ไม่อาจปฏิบัติได้ โดยทั่วไปแล้วการวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการ ในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม จะกำหนดระยะเวลาผ่อนผันการชำระหนี้ และคู่สัญญาที่ไม่ชำระหนี้จะต้องไม่ละเลยที่จะปฏิบัติตามในเวลาที่ได้ผ่อนผันการชำระหนี้แล้ว ลักษณะของข้อกำหนดดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อให้ระยะเวลาแก่สิทธิในทางสัญญา และพันธกรณีต่าง ๆ ที่จะยังคงมีอยู่ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะละเมิดพันธกรณี³⁶

ในสัญญาจ้าง เช่นสัญญาสัมปทานซึ่งจะต้องลงทุนเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และมีข้อผูกมัด แก่คู่สัญญาและบุคคลภายนอกทั้งในประเทศเจ้าบ้านและประเทศอื่น ข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้นทำให้การลงทุนดังกล่าวมีต่อไปถึงจะให้โอกาสคู่สัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีโอกาส ปฏิบัติตามพันธกรณี

อนุญาโตตุลาการ Dupuy เน้นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวมุ่งหมายให้การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเบื้องต้น และเป็นการสนับสนุนหลักการพื้นฐานระหว่างประเทศ

"ข้อกำหนดดังกล่าว มีความหมายโดยปริยายว่า การวินิจฉัยค่าเสียหายเป็นสิ่งจำเป็น โดยเป็นส่วนประกอบของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในรูปการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามที่กล่าว คิวเหตุนี้ ข้อกำหนดจึงเป็นการส่งเสริมซึ่งกันและกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดไว้ว่า การชดเชยค่าเสียหายควยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) ยังคงเป็นหลักกฎหมายอยู่ แม้ว่าไม่อาจจะบังคับได้ในทุกกรณี แต่ในคดีนี้ คำร้องที่โจทก์ขอคือ Restitutio in integrum³⁷

นอกจากนี้ข้อกำหนดที่ 28 (5) ยังได้เสนอแนวทางที่ชัดเจนในสัญญาโดย "คู่สัญญาที่ละเลยมีทางเลือกได้ 2 ประการ คือ โดยหลักการแล้วจะคืนกำไรกลับมาซึ่งสถานการณ์ที่เกยค้างอยู่ ซึ่งอาจจะเลือกปฏิบัติได้ครบเท่าที่ระยะเวลาอันใด กำหนดไว้ยังไม่สิ้นสุดลงและในอีกประการหนึ่ง การคาดหวังว่าศาลจะให้คำพิพากษาโดยวิธีการชดเชยค่าเสียหายซึ่งจะมีมูลค่าเป็นเงินตราเทียบได้กับการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ถ้าการปฏิบัติดังกล่าวไม่อาจบรรลุผลได้³⁸

³⁶Ibid

³⁷Ibid para 411

³⁸Ibid

การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ การชดเชยค่าทดแทนจากการละเมิดสัญญา
ก็คือ *Restitutio in integrum* รัฐบาลลิเบียจะต้องปฏิบัติตามภาระหนี้โดย
เฉพาะเจาะจง³⁹

จากการวินิจฉัยของศาลหรืออนุญาโตตุลาการในคดี อนุญาโตตุลาการมีทัศนะ
ว่า ในกรณีที่มีการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นการเยียวยาประการแรกที่จะต้อง
ดำเนินการ คือ การนำกลับคืนมาซึ่งสถานการณ์ที่สอดคล้องกับกฎหมาย โดยยกเลิกการ
กระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายเสีย

ข. ทัศนะจากนักกฎหมาย

บรรดานักกฎหมายได้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับหลักการชดเชยค่าเสียหาย
ด้วยสิ่งเดียวกัน (*Restitutio in integrum*) ในการที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณี
ที่รัฐจะต้องทำการชดเชยค่าเสียหาย คือ หลักการชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน
(*restitutio in integrum*) นี้สมควรที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณีที่รัฐจะต้องทำ
การชดเชยค่าสินไหมทดแทนและถือเป็นรูปแบบการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในประการแรก
ดังเช่น

Lauterpacht ได้กล่าวว่า "กฎเกณฑ์ที่มีอยู่ คือ กฎหมายระหว่าง
ประเทศเช่นเดียวกับกฎหมายเอกชน การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (*restitutio
in integrum*) ถือเป็นวัตถุประสงค์ของการชดเชยค่าสินไหมทดแทน"⁴⁰

³⁹หลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยกรณีพิพาทได้เป็นเวลา 8 เดือน
ลิเบียและ Texaco Overseas Petroleum/California Asiatic Oil Company
ได้ทำความตกลงที่จะระงับข้อพิพาท โดยลิเบียได้ชดเชยค่าทดแทนให้แก่บริษัทจากการโอน
เป็นของรัฐ เป็นจำนวนน้ำมันมีมูลค่า & 152 และบริษัทได้ยุติกระบวนการพิจารณา
(The Wall Street Journal and the New York Time, September 26,
1977)

⁴⁰Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies in
International Law (1927), at 149. อ้างโดย Brownlie, p. 217

Reitzer ได้อ้างทัศนะของ Jessup (Jessup opinion) ใน Martini case โดยมีข้อคิดเห็นว่าการ restitutio อาจจะประกอบด้วยการเพิกถอนคำพิพากษาของศาลภายในที่ขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ⁴¹

Aréchaga ได้กล่าวเกี่ยวกับ restitutio in integrum ว่า คำว่า การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (reparation) เป็นคำที่อธิบายถึงวิธีการต่าง ๆ ที่เป็นไปได้ สำหรับรัฐที่จะชดใช้หรือหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ" และหลังจากที่ได้อ้างถึงคำพิพากษาคั้งเดิม คือ Chorzow Factory case แล้ว Aréchaga ได้จำแนกประเภทของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนออกเป็น restitutio, indemnity and satisfaction ซึ่งในระหว่างวิธีการของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นที่กล่าวมานี้ Restitutio in integrum เป็นพื้นฐานของการเยียวยา เพราะเหตุว่าวิธีการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน การชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) กำหนดขึ้นเพื่อนำกลับคืนมาซึ่งสถานการณ์ที่เคยเป็นอยู่ถ้าหากไม่มีการกระทำความผิดหรือการกระทำความผิดอันเป็นการผิดกฎหมายเกิดขึ้น⁴²

Charles de Visscher ได้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum) ดังนี้ คือ

"การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยตรง ... โดยปกติแล้วจะอยู่ในรูปของการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (restitutio in integrum) ในการนำกลับคืนมาซึ่งสถานการณ์ของรัฐที่เคยมีอยู่ ถ้าไม่ได้มีการกระทำความผิดตามกฎหมายเกิดขึ้น การชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันโดยขอเท็จจริงแล้วจะต้องกระทำเมื่อ

⁴¹Reitzer, La Reparation comme Consequence de l' Acte Illicite en Droit International (1938), at 173 อ้างโดย Brownlie, p. 217.

⁴²Aréchaga, "International Responsibility" in Manual of Public International Law, M. Sorensen ed. (London/New York, 1968), p. 521.

ภาวการณ์อันวอให้กระทำใด โดยเป็นไปตามกฎเกณฑ์จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ...
 ในกรณีที่การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันไม่อาจจะกระทำได้ การชดเชยค่าเสียหาย
 ที่เป็นจำนวนเงินเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน....⁴³

ศาสตราจารย์ Ténékides ได้เสนอที่สนธิยืนยันในหลักการ
 ชดเชยค่าสินไหมทดแทนด้วยสิ่งเดียวกันโดยกล่าวว่า

"เป็นหลักกฎหมายทั่วไป อันเป็นที่ยอมรับโดยนานาอารย
 ชาติว่า การละเมิดสิทธิใด ๆ ที่กำหนดขึ้นนั้น ความรับผิดชอบประการแรก คือ พันธกรณี
 ที่จะต้องนำกลับคืนมาซึ่งสถานภาพที่เคยเป็นอยู่"⁴⁴

ศาสตราจารย์ P. Guggenheim ได้เสนอข้อคิดเห็นไว้โดย
 กล่าวว่า

"หลักการประการแรกที่น่ามาบังคับใช้ คือ การชดเชยค่า
 เสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน จะนำกลับคืนมาซึ่งสถานการณ์ดั้งเดิมที่เคยมีอยู่ การชดเชยค่า
 สินไหมทดแทนเป็นผลมาจากการละเมิดในบรรทัดฐาน (norm) ซึ่งข่มขั้แย้งกับ
 กฎหมาย"⁴⁵

แม้ว่าหลักการชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum)
 นี้จะได้รับการเห็นชอบว่าเป็นหลักการเบื้องต้นในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากบรรดา
 นักกฎหมายต่าง ๆ ก็ตาม แต่ได้มีผู้เสนอข้อจำกัดเกี่ยวกับการที่จะนำหลักการดังกล่าว
 มาบังคับใช้ ดังเช่น

⁴³ Charles de Visscher, *Le Deni de Justice en Droit International*, RCADI (1935) p. 436 et sg.

⁴⁴ Ténékides, *Responsabilité Internationale*, in 2 Encyclopédia Juriclique Dalloz (1969), p. 790

⁴⁵ Guggenheim, 2 Traité de Droit International Public (1954), at 68 - 69

A.A. Fatouros ได้เสนอข้อคิดเห็นว่า "เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปใน
ทฤษฎีกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศว่า การชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน
(*Restitutio in integrum*) หรือ ที่คอมมอนลอว์เรียกว่าการชำระหนี้โดยเฉพาะ
เจาะจง (*specific performance*) เป็นรูปแบบที่สำคัญของวิธีการในการชดใช้
ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำผิดในทางวัตถุ การชดใช้ค่าทดแทนเป็นจำนวนเงิน
ถือว่าเป็นรูปแบบของวิธีการในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เป็นส่วนเสริม และจะนำมา
บังคับใช้เมื่อ *Restitutio* ไม่อาจจะกระทำได้อหรือไม่ได้รับการร้องขอ ความหมาย
อีกประการหนึ่งอาจจะกล่าวได้ว่า *Restitutio* ในทางปฏิบัติจะเป็นไปได้เฉพาะใน
กรณีพิเศษเท่านั้น บรรดาคดีต่าง ๆ เป็นจำนวนมากเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐจะ
ปลดเปลื้องไปได้ก็โดยการชดใช้ค่าทดแทนเป็นจำนวนเงิน ทศณะจึงกล่าวได้รับการสนับสนุน
โดยคดีในศาลระหว่างประเทศเช่นเดียวกับทางปฏิบัติระหว่างประเทศที่ได้ปฏิบัติกันมา
บรรดาคดีที่มีลักษณะพิเศษโดยเฉพาะเท่านั้นที่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะกระทำในรูป
Restitutio เนื่องมาจากการชดใช้ค่าทดแทนเป็นจำนวนเงินไม่เพียงพอที่จะเยียวยา⁴⁶

เช่นเดียวกันแม้ว่า *Arechaga* จะได้สนับสนุนในหลักการชดใช้ค่าเสียหาย
ด้วยสิ่งเดียวกัน แต่ในการเสนอข้อคิดเห็นดังกล่าวนี้ *Arechaga* ได้เสนอข้อสงวนที่
สำคัญในการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน คือ การนำมามาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้
จะต้องกระทำในกรณีที่เป็นไปได้ทางวัตถุ หรือ เป็นไปได้โดยทางกฎหมายด้วย⁴⁷

ดังนั้น แม้แต่นักกฎหมายที่ยืนยันว่าการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน
(*restitutio in integrum*) นี้ควรจะนำมาบังคับใช้เฉพาะในสถานการณ์เป็นพิเศษ
ก็ตาม แต่นักกฎหมายเหล่านี้ยังมีข้อคิดเห็นว่า *Restitutio in integrum* นี้เป็นวิธี
การอันเป็นที่ยอมรับ และได้รับการรับรองโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ นอกไป
จากการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (*Restitutio in integrum*) ยังเป็น

⁴⁶ Fatouros, op. cit., p. 219

⁴⁷ Arechaga, "International Responsibility....", op. cit.,
pp. 565 - 566

หลักกฎหมายพื้นฐานและถือเป็นหลักกฎหมายที่ (ดังที่ไควางหลักเกณฑ์ไว้โดยศาลสถิต
ยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Chorzow Factory ว่า การชดเชยค่าสินไหมทดแทน
ควรจะกระทำด้วยการชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน หรือ ถ้าไม่สามารถกระทำได้
การชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่เท่าเทียมกันกับการชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่ง
เดียวกัน) จะนำมาใช้ในการอ้างอิงเกี่ยวกับมูลค่าของการชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน
แม้ว่า การนำหลักการชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (Restitutio in integrum)
มาบังคับใช้จะมีลักษณะจำกัด และการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายเป็นจำนวนเงินเป็น
วิธีการที่กระทำอยู่เสมอในทางปฏิบัติ แต่ก็มีใ้หมายความว่า การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่ง
เดียวกัน (restitutio in integrum) เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายที่ผิดแผกแตกต่างไปจากวิธีการโดยทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือไม่อาจ
นำมาบังคับใช้ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁸

1.2.2.2 ความเสียหาย (Damages)

การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันจะต้องเป็น
กรณีที่สามารถกระทำได้อย่างแน่นอน หรือ สามารถปฏิบัติได้โดยข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ
การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันเป็นวิธีปฏิบัติที่มีข้อจำกัด ในกรณีที่ Restitutio
ไม่อาจจะกระทำได้ไม่ว่าจะโดยสาเหตุทางวัตถุหรือเหตุผลในทางกฎหมาย หรือ ในกรณีที่
ที่การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันไม่อาจจะเยียวยาผลอันเนื่องมาจากการกระทำหรือ
การรบกวนกระทำการซึ่งกล่าวโทษเอากับรัฐได้ การชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน
(payment of an indemnity) จะเป็นการเหมาะสมกว่าหรือจะเป็นการดำเนินการ
ของรัฐในการสนับสนุนการชดเชยค่าเสียหาย การชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินนี้จะนำ
มาบังคับใช้ได้อย่างเหมาะสมในกรณีที่รัฐผู้ฟ้องร้องได้พิจารณาแล้วว่าเป็นประโยชน์ยิ่งกว่า
วิธีการของ Restitutio⁴⁹

⁴⁸ Brownlie, op. cit., 219 - 220

⁴⁹ Amador, op. cit, p. 101.

จากการวินิจฉัยใน Chozow Factory case ศาลคดียุติธรรมระหว่างประเทศ (P.C.I.J.) ได้อธิบายว่า การชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน (payment of an indemnity) ว่าเป็นรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดในการชดเชยค่าเสียหาย โดยแถลงว่า วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เยอรมันเลือกที่จะนำมาบังคับใช้และการบังคับใช้ได้เป็นที่ยอมรับโดยไม่มีข้อโต้แย้ง⁵⁰

ลักษณะและขอบเขตของความเสียหาย (damages) จะแตกต่างจากการชดเชยค่าเสียหาย (restitutio) เพราะการชดเชยค่าเสียหาย (restitutio) จะนำกลับคืนมาซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิของคนต่างชาติที่สูญเสียไป การชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน (indemnity) จะเป็นการตอบแทนสำหรับผลที่เนื่องมาจากการกระทำหรือ การรบกวนกระทำการที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ความเสียหายในปัจจุบัน การคำนวณความเสียหายมิได้คำนึงถึงว่าจะต้องเป็นความเสียหายโดยตรง (direct damages) หรือความเสียหายโดยทางอ้อม (indirect damages) จากการกระทำหรือการรบกวนกระทำการที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ⁵¹ แม้ว่าในอดีตจะมีการพิจารณาว่าความเสียหายที่จะต้องชดเชยนั้นจะเป็นความเสียหายโดยตรง หรือ ความเสียหายโดยทางอ้อม การชดเชยสำหรับความเสียหาย (damages) นี้มิได้จำกัดเฉพาะความเสียหายที่บังเกิดขึ้น (damnum emergens) แต่ยังรวมถึงผลกำไรในอนาคต (lucrum cessans) และความเสียหายอื่น ๆ ด้วยอันเกิดขึ้นเนื่องมาจากความเสียหายดั้งเดิมหรือการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหาย ถ้าหากว่าจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเช่นนี้มีความเกี่ยวเนื่องกัน ถ้าจะกล่าวอย่างกว้าง ๆ แล้ว การชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายจะรวมถึงการชดเชยค่าทดแทนเป็นจำนวนเงินให้กับบรรดาออกเบื้อ ค่าใช้จ่าย

⁵⁰ Chorzow Factory Case, op. cit., p. 28

⁵¹ Arechaga, "International Responsibility", op. cit, p. 568, Amador, Yearbook of International Law Commission, 1961, ii, pp. 40-41, Cheng, General Principles of Law as a pplied by International Court and Tribunals op. cit, pp. 243-244

ต่าง ๆ รวมทั้งเงินทุนของคนต่างชาติที่โคสูญหายไป ด้วยเหตุผลต่าง ๆ เหล่านี้เอง การชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินจึงเป็นวิธีการในการชดเชยค่าเสียหายได้อย่างเหมาะสมในทุกสถานการณ์ โดยถือตามหลักกฎหมาย คือ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งจกต้องกระทำถ้าหากว่าก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำหรือ การรบกวนกระทำการที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ⁵²

2. การชดเชยค่าทดแทนเนื่องจากการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization)

ในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้น ถ้าหากว่าคู่สัญญาภาครัฐบาลได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) มาบังคับใช้กับบริษัทต่างชาติคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว แม้ว่าการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) นั้นจะชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่คู่สัญญาภาครัฐบาลก็จำเป็นต้องทำการชดเชยค่าทดแทน (compensation) ให้กับบริษัทต่างชาติในกรณีที่น่ามาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา การเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศผู้ได้รับสัมปทานเป็นของรัฐได้เพิ่มมากขึ้น ปัญหาที่เป็นข้อขัดแย้งอย่างสำคัญก็คือ มาตรฐานที่เหมาะสมในทางกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้สำหรับการคำนวณการชดเชยค่าทดแทนให้กับเอกชนต่างประเทศเพราะเหตุว่าหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับกันก็คือ รัฐผู้ทำการเวนคืนทรัพย์สินและสิทธิในทรัพย์สินของบริษัทเอกชนต่างประเทศมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทำการชดเชยค่าทดแทน (compensation) ให้กับบรรดาบริษัทเอกชนต่างประเทศเหล่านั้น พันธกรณีของรัฐในการชดเชยค่าทดแทนให้กับบริษัทเอกชนต่างประเทศอาจเกิดขึ้นจากการเวนคืนทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือ การเวนคืนทรัพย์สินที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ การโอนเป็นของรัฐที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอาจจะได้แก่ การโอนเป็นของรัฐที่ขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐได้ให้ไว้ในสนธิสัญญาหรือสัญญา การโอนเป็นของรัฐที่ไม่เป็นไปโดยเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ในรัฐประศาสนโยบายการโอนเป็นของรัฐที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติ

⁵² Amador, op. cit, p. 101

การแบ่งแยกการโอนเป็นของรัฐว่าเป็นการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นพื้นฐานของการชดเชยค่าทดแทนให้กับบริษัทต่างประเทศ ในกรณีของมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ค่าทดแทนจะประกอบด้วยค่าชดเชยค่าทดแทนจากการทำลายเมตระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงมีลักษณะเป็นการลงโทษและเป็นการชดเชยค่าทดแทน วัตถุประสงค์ของการชดเชยค่าทดแทนในกรณีนี้เพื่อที่จะนำกลับคืนมาซึ่งสถานภาพที่เคยดำรงอยู่ อย่างน้อยที่สุดในรูปทางการเงินโดยจะรวมถึงความเสียหายที่คนต่างชาติได้รับทั้งหมดโดยทันที และจะเป็นการชดเชยที่มีประสิทธิผลเท่าที่จะเป็นไปได้⁵³ ในกรณีการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีการเสนอข้อคิดเห็นในการชดเชยให้แก่บริษัท เอกชนต่างประเทศจากการที่รัฐได้ทำการโอนเป็นของรัฐในแนวความคิดเห็นต่าง ๆ กัน แต่ปัญหาประการแรกที่จะนำมาพิจารณา คือ หลักกฎหมายอันเป็นที่มาของการชดเชยค่าทดแทน ในกรณีที่รัฐได้ทำการโอนเป็นของรัฐแก่บรรดาทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของบริษัท เอกชนต่างประเทศ

2.1 หลักกฎหมายอันเป็นที่มาของการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐ

(Nationalization)

หลักกฎหมายอันเป็นที่มาของการชดเชยค่าทดแทนให้แก่เอกชนต่างประเทศจากการที่รัฐได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น ได้มีการเสนอข้อคิดเห็นจากการวินิจฉัยของศาล ทางปฏิบัติระหว่างประเทศ และข้อคิดเห็นจากนักกฎหมายไว้เป็น 2 แนวทาง คือ หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) และหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment)

2.1.1 หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (Acquired rights or Vested rights)

ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ คือ หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับจะนำมาบังคับใช้ในการที่รัฐได้ทำการโอนเป็นของรัฐ เพราะเหตุว่า เมื่อสถานภาพ หรือ สิทธิในทางกฎหมายของเอกชนที่ได้รับมาจากกฎหมายภายในของรัฐแล้ว สถานภาพหรือสิทธิเช่นนี้ย่อมจะได้รับความเคารพโดยถือเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ ในกรณีหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สิน

⁵³Fatouros, op. cit., pp. 307 - 308

ของเอกชน หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับนี้มีผลโดยตรงแก่ความศักดิ์สิทธิ์ในทรัพย์สิน
ของเอกชนที่ได้รับมาจากกฎหมายภายใน สิทธิในทางทรัพย์สินเช่นนี้ย่อมจะไม่เปลี่ยนแปลง
ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติกฎหมายภายในของดินที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (lex situs)
ในกรณีที่เอกชนได้รับสิทธิในทรัพย์สินมาจากหลักกฎหมายที่มีอยู่สิทธิในทรัพย์สิน เช่นนี้ย่อม
จะไม่สูญหายไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติ
กฎหมายของรัฐเว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอย่างพอเพียง⁵⁴

หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) ซึ่งนำมาบังคับใช้
ในสัญญาสัมปทานในกรณีสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศนั้น ได้มีการพิจารณากัน
ถึงขอบเขตของสิทธิว่าจะมีในลักษณะประการใด ตลอดจนอำนาจในการเป็นเจ้าของ
ทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเคารพในสิทธิประการนี้ในลักษณะ
ประการใด ในปัญหาเช่นนี้ได้มีการเสนอข้อคิดเห็นของนักกฎหมายและทางปฏิบัติของศาล
ไว้ในแนวทางที่แตกต่างกันอยู่ดังนี้ คือ

1. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) ทำให้เกิด
พื้นฐานในกฎหมายที่มีผลเป็นการคุ้มครองการใช้อำนาจของรัฐในทรัพย์สิน โดยการตราบท
บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเวนคืนทรัพย์สินนั้นจะมีผลเป็นการทำลายสิทธิของเอกชนใน
ทรัพย์สิน ซึ่งได้รับมาจากสมมุติฐานในหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ คือ รัฐจะต้อง
เคารพ สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเสมอ การที่รัฐนำมาตราการเช่นนี้มาบังคับใช้จึงถือ
เป็นการละเมิด สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินของคนต่างชาติ รัฐจึงต้องทำการชดเชยให้กับ
เอกชนต่างประเทศในรูปของการชดเชยค่าเสียหาย (restitution) หรือการชดเชย
ค่าเสียหายเต็มจำนวน (full damages)⁵⁵ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ
ดั้งเดิม การโอนเป็นของรัฐเป็นการละเมิดสิทธิที่ได้รับของเอกชน หลักกฎหมายเกี่ยวกับ

⁵⁴ Francioni, "Compensation for Nationalization of Foreign Property"; The Borderland between Law and Equity" *ICLQ* 24 (1975), p. 259.

⁵⁵ Nwogugu, op. cit., p. 177



ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะนำมาบังคับใช้ หน้าที่
ของรัฐในกรณีที่น่ามาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ คือ การขจัดความเสียหายทุก
ประการอันเนื่องมาจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายประการนี้ วัตถุประสงค์เช่นนี้
จะบรรลุ ได้ก็โดยวิธีการชดเชยค่าทดแทนในรูปแบบ restitution แก่ทรัพย์สินที่
ไต่เวนคืน และถ้าการชดเชยค่าทดแทนในรูปแบบ restitution ไม่อาจกระทำได้
รัฐจะต้องทำการชดเชยค่าทดแทนเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าของการชดเชยค่าเสียหายด้วย
สิ่งเดียวกัน⁵⁶

ในกรณีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก อันเนื่องจากรัฐบาลเม็กซิโก
ได้นำทรัพย์สินในรัฐธรรมนูญของ เม็กซิโกมาทำการเวนคืนทรัพย์สินและสิทธิในทรัพย์สินของ
คนสหรัฐอเมริกาในเม็กซิโก ค.ศ. 1938 จากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิที่ใคร่รับ
(acquired rights) เช่นนี้ สหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้เม็กซิโกชดเชยค่าทดแทน
จากการเวนคืนในรูปแบบ restitution⁵⁷

ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับหลักสิทธิที่ใคร่รับ *acquired rights*, ว่าเป็นสิทธิใน
ทรัพย์สินของเอกชนที่ไม่อาจจะสูญเสียไปได้นี้ไม่อาจจะเป็นที่ยอมรับได้โดยแท้จริงเพราะ
เหตุว่า แม้ว่ารัฐจะรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศโดยบทบัญญัติกฎหมาย
ของรัฐ แต่รัฐก็ไม่ไต่ถามว่าจะต้องรับรองสิทธิดังกล่าวตลอดไป โดยอาศัยอำนาจแห่ง
ความเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐอาจจะตราบทบัญญัติกฎหมายเวนคืนทรัพย์สินของ
เอกชน เนื่องมาจากความจำเป็นในรัฐประศาสนโยบายของรัฐได้ สิทธิในทรัพย์สินของ
เอกชนต่างประเทศไม่อาจจะศักดิ์สิทธิ์และถาวรเหนือไปกว่าสิทธิของคนแห่งชาติทั้งหมด⁵⁸

⁵⁶Chorzow Factory case, op. cit., p.

⁵⁷Lippman, "Vested Rights and Nationalization in Latin America" (1926-1927)" Foreign Affairs, p. 353 อ้างโดย Francioni, op. cit, p. 260

⁵⁸Kaectenbeeck, "La Protection International des Droits Acquis," RCADI (1973), p. 341 อ้างโดย Francioni, op. cit., p. 260

2. เนื่องจากข้อโต้แย้งเกี่ยวกับปัญหาว่าหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) นี้ เป็นสิทธิที่ถาวรและมีอำนาจสูงสุดเหนือสิทธิอื่นใดหรือไม่ ค่ายเหตุนี้เพื่อที่จะนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) มาบังคับใช้ให้สอดคล้องกับมาตรการโอนเป็นของรัฐ ซึ่งถือว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยประการหนึ่งของรัฐ ใคมีผู้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับนี้ในแนวทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างออกไป "หลักกฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่ จะต้องเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับนี้มิได้มีความหมายโดยปริยายว่าเป็นพันธกรณีที่สูงสุด หรือเป็นพันธกรณีที่ไม่มีเงื่อนไขใด ๆ จากทฤษฎีในทางกฎหมายแล้ว สิทธิในทางมนุษยชน และสิทธิในอิสระภาพพื้นฐานหรือแม้แต่สิทธิในชีวิตและความมั่นคงของบุคคลก็มีได้ เป็นสิทธิที่เด็ดขาดอันไม่อาจจะละเมิดมิได้⁵⁹ จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ความเคารพในสิทธิที่ได้รับของเอกชนจะมีเงื่อนไขคือสิทธิเช่นนี้จะต้องยอมรับในความจำเป็นและผลประโยชน์สูงสุดของรัฐ เหตุผลเช่นนี้มาจากข้อเท็จจริงว่า "โดยหลักการแล้วสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิในสัญญาของเอกชนจะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ⁶⁰ เนื่องจากข้อเท็จจริงว่าในทางกฎหมายเบื้องต้นนั้น สิทธิและประโยชน์ของเอกชนประการใดจะต้องอยู่ภายใต้ผลประโยชน์และสิทธิของประชาคม โดยไม่คำนึงในลักษณะที่มาหรือสัญชาติของเอกชนผู้เป็นเจ้าของ กฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่สามารถจะปฏิเสธหลักความจริงเช่นนี้ได้ ดังที่ ไคมีทางวินิจฉัยไว้โดยอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทระหว่าง เยอรมันและเปอร์ตุเกสว่า "กฎหมายแห่งประชาชาติต้องการให้เคารพในทรัพย์สินของเอกชน แต่ยอมรับว่ารัฐมีสิทธิ

⁵⁹ Amador, op. cit., p. 40

⁶⁰ Publications of the Permanent Court of International Justice, Judgments, Orders and Advisory Opinions, Series A/B, No. 76, The Panevez ys-Saldutiskis Railway case, p. 18
Amador, op. cit., p. 40

ที่จะไม่ปฏิบัติโคเคาะในกรณีของความจำเป็นจากผลประโยชน์อันมีค่ายิ่งกว่า⁶¹

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) มีผลเพียงทำให้รัฐต้องทำการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่รัฐได้นำเอาทรัพย์สินเหล่านั้นมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การเวนคืนทรัพย์สินของรัฐจะถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับหลักเนติธรรม (equity) หลักเนติธรรมเช่นนี้จะเกี่ยวเนื่องกับหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับถึงแม้ว่าจะไม่คุ้มครองผู้มีสิทธิในทรัพย์สินจากการเวนคืน แต่อย่างน้อยที่สุดหลักกฎหมายดังกล่าวจะเป็นการรับประกันว่าจะมีการชดเชยค่าทดแทนในรูปการชดเชยค่าเสียหาย (restitution)⁶²

นักกฎหมายส่วนมากแล้วมีข้อคิดเห็นว่า การโอนเป็นของรัฐนั้นไม่สามารถจะถือเป็นมาตรการการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายเว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการชดเชยค่าทดแทน (compensation) หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับจะนำมาบังคับใช้ในการกำหนดจำนวนของค่าทดแทน ซึ่งจะต้องประกอบด้วยการชดเชยค่าทดแทนสำหรับความสูญเสียทุกประการ จากการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติ บรรดาความสูญเสียเหล่านี้จะใดแก่ (1) มูลค่าของทรัพย์สินไม่ว่าจะอยู่ในรูปวัตถุหรือนามธรรม มูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวจะคำนวณตามราคาตลาด และจะต้องไม่นำมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อลดมูลค่าของทรัพย์สินที่จะได้รับในราคาตลาดมาบังคับใช้ (2) ดอกเบี้ยของเงินที่จะต้องชดเชยในกรณีที่มีการพักการชดเชยค่าทดแทน (3) ค่าเสียหายโดยทางอ้อมอันเกิดจากเพิกถอนสัญญาโดยกระทันหันเนื่องจากได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ (4) ผลกำไรในอนาคต (lucrum cessans)⁶³

⁶¹ Arbitration between Germany and Portugal (1919), Awards II (1930) United Nations, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 1039 อ้างโดย Amadar, op. cit., p. 40

⁶² O' Connell, The Law of of State Succession, op. cit., p. 263

⁶³ Francioni, op. cit., pp. 261 - 262

หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ไ้รับ (acquired rights) ไ้นำมาบังคับใช้
ในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ดังเช่น Orcar Chin Case, ARAMCO

Oscar Chin case ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ)
มีทัศนะว่าสัญญาสัมปทานก่อให้เกิดสิทธิที่ไ้รับ (vested rights) ปัญหาที่สำคัญในคดี
นี้ก็คือ สิทธิที่เรียกร้องในนามของ Mr. Chinn จะอยู่ในรูปสิทธิที่ไ้รับโดยแท้จริงหรือไม่⁶⁴

Aramco case อนุญาโตตุลาการไ้ควินจัดให้รัฐบาลซาอุดีอาระเบีย
คู่สัญญากับ Arabian American Oil Company มีความรับผิดชอบตามสัญญาสัมปทาน
โดยเป็นไปหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ไ้รับ (acquired rights) โดยกล่าวว่า

"ในฐานะที่เป็นผู้รับสัมปทานครั้งแรก Aramco ไ้รับสิทธิ
ผูกขาดซึ่งมีลักษณะของสิทธิที่ไ้รับหรือสิทธิที่ไ้มา รัฐบาลจึงไม่อาจจะเพิกถอนสัญญา
ดังกล่าวไ้ เนื่องจากการทำสัญญากับผู้รับสัมปทานรายที่สอง แม้ว่าสัญญาสัมปทานในครั้ง
หลังนี้มีคุณค่าตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกับสัญญาสัมปทานที่ไ้ไว้ในครั้งก่อน หลักกฎหมาย
ว่าด้วยความเคารพในสิทธิที่ไ้รับเป็นหลักการเบื้องต้นของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ
แผนกคดีเมือง และหลักกฎหมายของรัฐที่เจริญแล้ว"⁶⁵

⁶⁴Orear Chin Case, PCIJ. Series A/B. No. 63 p. 88

⁶⁵Saudi Arabia V. Arabian American Oil Co. (Aramco)

Award p. 101

กรณีพิพาทเนื่องมาจาก ใน ค.ศ. 1933 รัฐบาลซาอุดีอาระเบีย ไ้โอนุมัติ
สัมปทานให้กับ Arabian American Oil Company ในการขุดเจาะสำรวจหาผลิต
ผลส่งออกน้ำมันของซาอุดีอาระเบีย จากสัญญาสัมปทานบริษัทรับผิดชอบเกี่ยวกับการผลิต การ
ขนส่งและจำหน่ายน้ำมันของประเทศซาอุดีอาระเบีย ต่อมาใน ค.ศ. 1954 รัฐบาลซาอ
ดิอาระเบียไ้ทำความตกลงกับ Mr. Onassis ให้ทำการขนส่งน้ำมันในนามซาอุดีอาระเบีย
Maritime Tanker Company Ltd. จึงไ้รับสิทธิตามกฎหมายในการขนส่งน้ำมันและ

2.1.2 หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (Unjust enrichment)

หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (acquired rights)

ที่ได้นำมาบังคับใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายอันเป็นที่มาเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐในการที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัทเอกชนต่างประเทศ จากการโอนเป็นของรัฐโดยถือว่านักลงทุนต่างชาติได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาฉบับแรกกับประเทศเจ้าบ้าน หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับจะคุ้มครองสิทธิดังกล่าวในกรณีที่สัญญาฝ่ายรัฐละเมิดสัญญากับเอกชนต่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้กลับคืนมาซึ่งสถานภาพเดิมที่เคยดำรงอยู่ (restitutio in integrum) แก่บรรดาบริษัทเอกชนต่างประเทศเหล่านั้น โดยการชดเชยค่าทดแทนในรูป การชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง สำหรับความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทเอกชนต่างประเทศ ปัจจุบันทัศนะดังกล่าวได้รับการคัดค้านจากประเทศกำลังพัฒนา (developing countries, Group 77) โดยประกาศว่ากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศในแนวทางใหม่ (New international Economic Order) ได้เสนอหลักการใหม่ว่า "สิทธิที่ได้รับในกรณีเกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชนผู้เป็นเจ้าของกิจการอุตสาหกรรมการผลิต ไม่อาจจะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป การสนับสนุนหน้าที่ในการชดเชยค่าเสียหายโดยวิธีการ restitutio ในกรณีที่มีการโอนเป็นของรัฐ ถือเสมือนว่าเป็นการปฏิเสธสิทธิของรัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐ"⁶⁶ ประเทศกำลังพัฒนาประกาศว่า หลักกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยค่าทดแทนให้แก่คนต่างด้าว มิได้มาจากหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่ได้รับ (acquired rights) อีกต่อไป แต่มาจากหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (enjust enrichment) โดยถือว่าเป็นแหล่งที่มาของพันธกรณีของรัฐที่จะต้องทำการ

ข้อ (65) ผลคดีน้ำมัน Aramco ไครองเรียนว่าสัญญาสัมปทานซึ่งรัฐบาลกระทำกับ Maritime Tanker Company Ltd เป็นการเพิกถอนสิทธิซึ่ง Aramco ได้รับจากสัญญาสัมปทาน ค.ศ. 1933 อนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาท จึงวินิจฉัยในประเด็นว่าสิทธิตามสัญญาสัมปทานของ ARAMCO นั้น เป็นสิทธิในลักษณะใด

⁶⁶ Aréchage. P. 298

ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชนต่างประเทศ ซึ่งรัฐได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศเหล่านั้น

หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment) ที่นำมาบังคับใช้ในทางปฏิบัติของรัฐนี้ ไม่อาจจะถือว่ามีรากฐานมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นักกฎหมายที่สนับสนุนการนำหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้มาบังคับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือว่า หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันยอมรับโดยนานาอารยชาติ ตามบทบัญญัติมาตรา 38 (ค) แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังเช่น Schwarzenberger ใควิเคราะห์หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้จะนำมาบังคับใช้ในการประเมินค่าสินไหมทดแทนในกรณีการละเมิดระหว่างประเทศ.... ภายในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ควรจะได้รับการยอมรับโดยดีว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยชาติ ในการนำมาบังคับใช้ในกรณีความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)⁶⁷ นักกฎหมายอื่น ๆ ดังเช่น Mc Nair⁶⁸, Arechaga⁶⁹, Friedmann⁷⁰, Cheng, ต่างมีทัศนะในแนวทางที่กล่าวมานี้

หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment) ซึ่งได้มีการเสนอให้เป็นหลักกฎหมายอันเป็นที่มาของการชดใช้ค่าทดแทนให้แก่คนต่างด้าวจากกรณีที่รัฐทำการโอนเป็นของรัฐนั้น หมายความว่า การที่รัฐนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของคนต่างชาติ รัฐย่อมได้มาซึ่งทรัพย์สินและประโยชน์ต่าง ๆ รัฐจึงจำต้องทำการชดใช้ค่าทดแทนให้แก่คนต่างชาติที่รัฐได้นำ

⁶⁷Schwarzenberger, *International Law*. I p. 577

⁶⁸Mc Nair, The Seizure of Property and Enterprises in Indonesia "Nederlands, Tijdschrift (1959) p. 157 Francioni p. 273

⁶⁹De Arechaga, in *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* ตอ (1962) อ้างโดย Francioni op. cit, p. 273

⁷⁰Friedman, Law in a Changing Society. p. 456

⁷¹Cheng, *General Principles of Law*..... pp. 47 - 49

มาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment) ว่า ผู้ที่ไต่ถามมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากการสูญเสียของผู้อื่น ย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องทำการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายนั้น โดยเหตุผลทางกฎหมาย 2 ประการ คือ ประการแรก ผู้ที่ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าทดแทนจะต้องไต่ถามมา และผู้ที่ได้รับการชดเชยค่าทดแทนจะต้อง เป็นผู้ได้รับความสูญเสียจากการนี้ ดังนั้น จากการที่ผู้ลงทุนชาวต่างประเทศได้เข้ามาประกอบกิจการลงทุนในประเทศเจ้าบ้าน ก็เนื่องจากสัญญา ถ้าการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศตามสัญญาถูกเพิกถอนหรือ สูญเสียไป การเพิกถอนสิทธิในสัญญาย่อมมีผลเป็นลาภอันเกิดแก่รัฐและความสูญเสียทาง คำนอกเอกชนต่างประเทศผู้ลงทุน ประการที่สอง ลามที่เกิดขึ้นจะต้องปราศจากสาเหตุ อันสมควร ไม่ว่าจากหลักกฎหมายใด ๆ ข้อพิจารณาในทางกฎหมายเหล่านี้จะต้องสอดคล้อง กับมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักกฎหมายที่นำมาพิจารณาการชดเชยค่า ทดแทนอาจจะไม่เป็นที่ยอมรับ ถ้าหากว่าเป็นแค่เพียงหลักกฎหมายอันเป็นที่รับรองโดยท บัญญัติกฎหมายภายในของรัฐที่ไต่ถาม⁷² การชดเชยค่าทดแทนแก่คนต่างชาติจากการ โอนเป็นของรัฐนี้ จะประเมินมูลค่าของค่าทดแทนจากผลประโยชน์ที่รัฐได้รับมาจากการ โอนเป็นของรัฐ มิใช่จากความเสียหายซึ่งคนต่างชาติได้รับ นอกจากนี้หลักการในทาง นิติธรรมบางประการจะนำมาพิจารณาประกอบ เพื่อลดจำนวนค่าตอบแทนเท่าที่จะเป็นไปได้ อย่างเหมาะสม

Jiménez de Aréchaga ไม่เห็นชอบด้วยกับการนำหลักกฎหมายว่าด้วย สิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) มาเป็นพื้นฐานในการกำหนดการชดเชยค่าทดแทน จากการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ โดยเสนอข้อคิดเห็นว่า หลักกฎหมายว่า ด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment) เป็นหลักกฎหมายที่เหมาะสมที่จะเป็น มาตรฐานกำหนดว่าทำไมคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่ทำการโอนเป็นของรัฐแล้ว จะต้องทำการ ชดเชยค่าทดแทนให้กับบริษัทเอกชนต่างประเทศ โดยกล่าวไว้ว่า

⁷²Nwogugu op. cit., pp. 179 - 180

"หลักกฎหมายอันดีเป็นพื้นฐานทางกฎหมายที่รัฐจะต้องปฏิบัติ คือ หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment) ถ้ารัฐนำมาตราการโอน เป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศแล้วไม่ทำการชดเชยค่าทดแทน ให้กับเอกชนต่างประเทศเหล่านั้น ถือว่ารัฐโกลาหลในทรัพย์สินเหล่านั้นโดยปราศจาก ข้ออ้างในทางกฎหมายแก่บรรดาต่างชาติที่มีระบบการเมือง เศรษฐกิจและสังคมที่ แตกต่างกันอย่างออกไป โดยการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทำการโอนเป็นรัฐ รัฐย่อมจะไ้ ด้รับทรัพย์สินที่คนต่างชาตินำเข้ามาลงทุนในดินแดนของรัฐ ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สิน ที่นำมาจากดินแดนของรัฐอื่น ๆ จึงถือเป็นการได้รับทรัพย์สินมาจากดินแดนของรัฐต่าง ชาติ หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ กำหนดไว้ว่า มิใช่เพียงแต่ความสูญเสียหรือการ หมดสิ้นไปของทรัพย์สินที่จะนำมาคำนึงในการชดเชยค่าทดแทนเท่านั้น แต่การชดเชยค่า ทดแทนจะต้องคำนึงถึงลากและผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่รัฐซึ่งนำมาตราการโอนเป็นของรัฐ มาบังคับใช้ไ้ได้รับ อย่างไรก็ตาม บรรดาแง่มุมต่าง ๆ ของหลักกฎหมายว่าด้วย ลาภมิควรได้ตามหลักกฎหมายภายในของรัฐนั้น ไม่สามารถจะรับเข้ามาในขอบข่ายของ กฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง McNair ไ้ให้ข้อแนะนำว่า กฎหมายระหว่าง ประเทศไม่อาจจะรับกฎเกณฑ์จากระบบกฎหมายภายในที่จำกัด คงที่และตายตัวมาบังคับ ใช้โดยตรง แต่กฎหมายระหว่างประเทศรับหลักการจากหลักกฎหมายภายในเช่นนี้ ใน ฐานะเป็นแนวทางของหลักกฎหมาย⁷³ หลักการทางกฎหมายของหลักนิติธรรมนี้เองที่ ทำให้หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้มีความเกี่ยวเนื่องอย่างสำคัญกับการโอนเป็นของ รัฐ โดยหลักนิติธรรมจะนำมาคำนึงในภาวะการต่าง ๆ ในแต่ละกรณีและจะเสนอแนว ทางในการทำให้สมดุลย์ระหว่างสิทธิของคนต่างชาติที่สูญเสียไปกับผลประโยชน์ที่ไ้รับไว้ อย่างเกินควรในระยะเวลาก่อนที่จะมีการโอนเป็นของรัฐ⁷⁴

⁷³International Status of South West Africa, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, p. 148 อ้างโดย Arechaga, International Law in the Past Third of a Century," op. cit, p. 300

⁷⁴Arechaga, op. cit., p. 300

เมื่อพิจารณาจากทัศนะของนักกฎหมายที่สนับสนุนหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควร
 ใคว่า เป็นหลักกฎหมายอันเป็นที่มาของการชดเชยค่าทดแทนให้แก่บริษัทเอกชนต่างประเทศ
 จากการโอนเป็นของรัฐ ย่อมเห็นได้ว่า หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรใคว่า ยืนยันว่าการ
 พิจารณาค่าทดแทนที่จะให้แก่บริษัทเอกชนต่างประเทศมิได้พิจารณาเฉพาะความสูญเสียที่
 บริษัทเอกชนต่างประเทศได้รับ แต่จะพิจารณาว่ามาจากผลประโยชน์อันเกิดแก่รัฐที่นำมา
 มาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ ทัศนะดังกล่าวนี้ได้รับการเห็นชอบด้วยเป็นอย่างยิ่ง
 โดยบรรดากลุ่มประเทศลาตินอเมริกา ซึ่งไม่เห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งกับมาตรการชดเชยค่า
 ทดแทนในรูปแบบที่เต็มจำนวน (Full compensation) และนอกจากนี้การชดเชยค่า
 ทดแทนให้กับบรรดาบริษัทต่างชาติ จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่บริษัทต่างชาติได้รับก่อน
 ที่จะมีการโอนเป็นของรัฐ⁷⁵ หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรใคว่า อาจจะถูกกล่าวใคว่า เป็น
 การเสนอรูปแบบการชดเชยค่าทดแทนที่มีใคว่า เกี่ยวเนื่องกับทัศนะในเรื่องค่าเสียหาย
 (damages) ซึ่งบริษัทต่างชาติได้รับว่าการชดเชยค่าทดแทนนั้น เนื่องจากกระทำที่ผิด
 กฎหมายหรือไม่ และยังเป็นที่ยืนยันว่าการโอนเป็นของรัฐมิได้เป็นการกระทำที่ผิด
 กฎหมายอีกต่อไป เพราะเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่บริษัทต่างชาติเนื่องมาจากการ
 ที่รัฐใคว่า มาโดยไม่มีผลที่ใคว่า อันใคว่า เป็นลาภมิควรใคว่า (unjust enrichment)

หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรใคว่า (unjust enrichment) นี้ ศาลยุติธรรม
 ระหว่างประเทศใคว่า นำหลักการดังกล่าวมาบังคับใช้ในกรณีพิพาทเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย

โดยเฉพาะในสัญญาาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ หลักกฎหมายว่าด้วยลาภ
 มิควรใคว่า นำมาบังคับใช้ในกรณี Lena Goldfields Arbitration อนุญาโตตุลาการ
 ใคว่า นำหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรใคว่า มาบังคับใช้ในกรณีพิพาทระหว่างรัสเซียกับบริษัทชาว

⁷⁵ ดังเช่นในกรณีรัฐบาลชิลีใคว่า ทำการโอนเป็นของรัฐแก่บรรดาทรัพย์สินและ
 สิทธิในการประกอบกิจการบริษัทเหมืองทองแดงของชาวอเมริกัน การชดเชยค่าทดแทนแก่
 บริษัทใคว่า นำเอาผลกำไรอันเกินควร (excess profits) มาลดจำนวนมูลค่าของค่า
 ทดแทนซึ่ง Allende Government ชดเชยใคว่า ให้กับบริษัท ITT และบริษัทของชาว
 อเมริกันอื่น ๆ ซึ่งเข้ามาประกอบกิจการเหมืองทองแดงในชิลี

อังกฤษ โดยบริษัททำเหมืองชาวอังกฤษ ใ้รับการเชื่อเชิญให้ไปประกอบกิจการเหมืองทองคำในรัสเซีย ต่อมารัฐบาลรัสเซียได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาใช้กับบริษัทชาวอังกฤษการเข้าถือสิทธิในกิจการบริษัทเหมืองทองคำของรัฐบาลรัสเซีย ซึ่งเป็นการลงทุนโดยชาวอังกฤษถือเป็นการช้กับหลักกฎหมายว่าด้วยลามาไมควรไค์ อนุญาโตตุลาการไค์กล่าวว่

"การกระทำของรัฐบาลเป็นการละเมิดสัญญาโคลินเซิง คิวเหตุนี้จึงมีสิทธิที่จะงดเว้นจากหน้าที่ตามที่กำหนดในสัญญา และจะต้องได้รับการชดใช้ค่าทดแทนเป็นมูลค่าเท่ากับผลประโยชน์ของบริษัทที่รัฐได้ยึดไปโดยมิชอบ โดยหลักกฎหมายทั่วไปแล้วการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิที่จะต้องได้รับการชดใช้ค่าทดแทน โดยศาลเห็นว่าควรจะเป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยลามาไมควรไค์ ซึ่งจะมีมูลค่าเท่ากับค่าเสียหาย (damages)⁷⁶

หลักกฎหมายว่าด้วยลามาไมควรไค์ที่นำมาบังคับใช้ในกรณีนี้ เป็นการชดใช้ค่าทดแทนที่เต็มจำนวน (Full compensation)

2.2 มาตรฐานในการคำนวณมูลค่าของค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐ

มาตรฐานในการคำนวณมูลค่าของค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม ใ้แก่การชดใช้ค่าทดแทนโดยเต็มจำนวน (full compensation) ดังเช่นที่ไค์วินิจฉัยไว้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Chorzów Factory อันเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยการชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน (restitution in kind) โดยศาลไค์วินิจฉัยว่ามูลค่าของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การชดใช้ราคาที่อยู่กรรมในขณะที่มีการเวนคืนทรัพย์สิน และมูลค่าของกิจการในขณะที่มีการยึดการครอบครอง รวมทั้งดอกเบี้ยจนถึง

⁷⁶Lena Goldfield Arbitration, A.D. 1929 - 1930 Case No. I; Nussbaum: 36 Cornell L.Q (1950-1) p. 51 อ้างโดย Nwogugu. op. cit., p. 181

วันที่มีการชดเชยค่าทดแทน

กล่าวว่ราคาที่ยุติธรรมของบรรดาทรัพย์สินที่โคเวทนกินตลอดจนมูลค่าของกิจการ เป็นถ้อยคำที่สนับสนุนการชดเชยค่าทดแทนโดยเต็มจำนวนมากกว่าการชดเชยค่าทดแทนใน ประการอื่น⁷⁷ มาตรฐานดั้งเดิมของการชดเชยค่าทดแทนประการนี้ได้รับการคัดค้านจาก กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (โดยเฉพาะกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา ปัจจุบัน ประเทศ เหล่านี้ได้เสนอมาตรฐานในการคำนวณค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐว่าควรจะอยู่ใน รูปการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) และได้มีเสนอ ชักติคโวกังจากที่ปรากฏในมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3281 (XVX) โดยข้อกฏบัตร ว่าด้วยกฎเกณฑ์เศรษฐกิจระหว่างประเทศแนวทางใหม่ (Chartes of New International Economic Order)

ด้วยเหตุนี้ จึงจำต้องพิจารณามาตรฐานในการคำนวณการชดเชยค่าทดแทนจาก การโอนเป็นของรัฐ เพื่อประกอบการเสนอข้อคิดเห็นในปัญหาการนำมาตรการโอนเป็น ของรัฐมาบังคับใช้ว่า ถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม ประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัท เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา อีกฝ่ายในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมแล้ว การชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐจะ มีรูปแบบประการใด

2.2.1 การชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลันพอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง

(Prompt, adequate and effective compensation)

มาตรฐานดั้งเดิมของการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลันพอเพียงและ บังเกิดผลจริงจัง (prompt, adequate and effective compensation)

⁷⁷Mendelson, WWhat Price Expropriation? Compensation for Expropriation : The Case Law. AJIL 79 (1985), p. 415

นี้เป็นมาตรฐานที่อ้างโดยนักกฎหมายส่วนใหญ่⁷⁸ และนโยบายของประเทศที่นำเงินไปลงทุนยังต่างประเทศ ดังเช่น สหรัฐอเมริกาจากการแถลงนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนในต่างประเทศของคนสหรัฐอเมริกา "ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ สหรัฐอเมริกามีสิทธิที่จะคาดหวังว่า ประชาชนของสหรัฐอเมริกาคouldได้รับการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน ทอเพียงและบังเกิดผลจริงจึงจากประเทศที่เวนคืนทรัพย์สินของคนสหรัฐอเมริกาในประเทศเหล่านั้น เมื่อพิจารณาถึงการเวนคืนทรัพย์สินขณะนั้นหรือในอนาคต หรือการโอนผลประโยชน์ในทรัพย์สินของคนสหรัฐฯ หรือการเข้าดำเนินการในผลประโยชน์เหล่านั้นโดยรัฐต่างชาติ กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาปรารถนาที่จะเสนอหลักการว่า ผู้ลงทุนในต่างประเทศเหล่านี้จะได้รับการชดเชยค่าของทรัพย์สินจากรัฐบาลในราคาตลาดที่ยุติธรรม"⁷⁹ หรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศของบรรดาประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา⁸⁰ การวินิจฉัยโดยศาลภายใน⁸¹ หรือโดยอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทจากการ

⁷⁸ ดังเช่น O' Connell, International Law (Vol. 2, 2nd ed.) London, 1970, pp. 780 - 790; J.G. Starke, Introduction to International Law, p. 326, Grieg, International Law, 2nd. ed., p. 574; White, Nationalization of Foreign Property, p. 151, Oppenheim, International Law (8th ed.); H. Lauterpach, International Law, 1976, p. 196

⁷⁹ Statement of Secretary of State, December 30, 1975 International Legal Materials. 15 (1976), p. 186

⁸⁰ ตัวอย่างเช่น ความตกลงเกี่ยวกับการ คุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ญี่ปุ่น และประเทศสมาชิกขององค์การร่วมในทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ข้อกำหนดการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐจะอยู่ในรูปการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลันทอเพียง และบังเกิดผลจริง

⁸¹ Seidl-Hohenveldern, "Chilean Copper Nationalizations before the German Courts, AJIL 69 (1975) p. 110.

โอนเป็นของรัฐ

การชดใช้ค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจึงนี้เริ่มปรากฏชัดแจ้งใน ค.ศ. 1938 จากการโอนเป็นของรัฐของรัฐบาลเม็กซิโก โดยเม็กซิโกได้ประกาศการโอนเป็นของรัฐในที่ดินเพื่อที่จะทำการปฏิรูปที่ดิน ที่ดินเหล่านั้นบางส่วนเป็นของคนสัญชาติอเมริกัน รัฐบาลเม็กซิโกไม่ต้องการที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศในการชดใช้ค่าทดแทน ดังนั้น สหรัฐอเมริกา โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ Cordell Hull ได้มีบันทึกไปถึงนายกรัฐมนตรีของเม็กซิโกว่า

"ตามหลักกฎหมายและหลักในทางเนติธรรม ไม่มีรัฐบาลใดมีสิทธิที่จะทำการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชน ไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์อันใด โดยปราศจากการชดใช้ค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียงและบังเกิดผลจริง⁸²

อันที่จริงแล้วอาจจะกล่าวได้ว่า มาตรฐานในการชดใช้ค่าทดแทนที่ฉับพลันพอเพียง และบังเกิดผลจริง จึง นั้นเป็นหลักการที่มีอยู่แต่เดิมในกฎหมายระหว่างประเทศปัญหาในการชดใช้ค่าทดแทนให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่ใดเวนคืน และเพิกถอนในสิทธิที่ได้รับนั้นเป็นหลักการดั้งเดิมมิใช่ว่ารัฐมนตรีผู้นี้ ได้เป็นผู้เสนอหลักการดังกล่าวขึ้นมา⁸³

จากแนวทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาในครั้งนั้น มาตรฐานการชดใช้ค่าทดแทนที่เต็มจำนวน ถือเป็นมาตรฐานการชดใช้ค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นมา

การชดใช้ค่าทดแทนที่พอเพียง (adequate) หมายถึงการชดใช้ค่าทดแทนเท่าเทียมกับจำนวนมูลค่าผลประโยชน์ของคนต่างชาติที่สูญเสียไป จากการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยปกติแล้วความสูญเสียของคนต่างชาติจะเทียบได้กับผล

⁸²Excerpts of diplomatic exchange between Mexico and the United States. 19 Dep't of State Press Rel. 50 - 52, 136 - 37, 140, 143 - 144 (1938) อ้างโดย Fales, op. cit., p. 872.

⁸³Doman, Postwar Nationalization of Foreign Property in Europe, 48 Colum. L. Rev. (1948) p. 1125 อ้างโดย Fales, op. cit., p. 872.

ประโยชน์ของคนต่างชาติที่ได้รับความสูญเสียจากมาตรการไอเป็นของรัฐ โดยถือเป็นมูลค่าจำนวนเต็มของสินทรัพย์ทั้งหมด การชดเชยค่าทดแทนที่มีประสิทธิผล (effectiveness) หมายถึงการชดเชยค่าทดแทนอันมีรูปแบบที่แน่นอน อันจะนำมาใช้ประโยชน์ได้โดยฉับพลันแก่ผู้ได้รับความเสียหาย หลักการดังกล่าวเป็นองค์ประกอบสำคัญของการชดเชยค่าทดแทน⁸⁴

หลักการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง ได้มีการพิจารณาว่า หลักการดังกล่าวจะถือได้หรือไม่ว่า เป็นจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศอันจะนำมาบังคับใช้การกำหนดการชดเชยค่าทดแทนจากการไอเป็นของรัฐ มีการเสนอทัศนะในปัญหานี้ในแนวทางต่าง ๆ กันจากการวินิจฉัยอนุญาโตตุลาการ ศาลหรือข้อคิดเห็นจากนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิ

2.2.1.1 การวินิจฉัยโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการ

(Chorzow Factory Case)

คดีที่เป็นที่นิยมที่จะนำมาสนับสนุนการชดเชยค่า

ทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียงและบังเกิดผลจริงจัง คือ Chorzow Factory case ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ได้กล่าวถึงพันธกรณีจากการเวนคืนทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย ว่าการชดเชยค่าทดแทนควรจะเป็นราคายุติธรรม (just price) ของบรรดาทรัพย์สินที่ไต่ไอไป และมูลค่าของการดำเนินกิจการในกรณีที่ได้มีการเวนคืนรวมทั้งดอกเบี้ยจนถึงวันที่มีการชดเชยค่าทดแทน (The value of the undertaking.... interest to the day of payment)⁸⁵ การวินิจฉัยของศาลดังกล่าวได้มีการตีความว่า ราคาที่ยุติธรรมสำหรับทรัพย์สินที่ไต่เวนคืน และมูลค่าของการดำเนินกิจการเป็นด้อยค่าที่เป็นการสนับสนุนการชดเชยค่าทดแทนที่เต็มจำนวน (full compensation) มากกว่ามาตรฐานทางกฎหมายอย่างอื่นใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อไต่คำนึงถึงกฎหมายการเมือง สมมติฐานในทางเศรษฐกิจในขณะนั้นและคณะผู้พิพากษาและบรรดากระบวน

⁸⁴Fato uros, op. cit., p. 326 และ p. 332

⁸⁵1928 PCIJ., Ser.A.No. 17, at 47

กฎหมายต่าง ๆ ที่มีอยู่ใน ค.ศ. 1928 นอกไปจากนี้ เป็นที่ประจักษ์ชัดจากคำพิพากษา
ความเห็นแย้ง คำแก้ต่าง ๆ ว่าศาลจะพิจารณาความรับผิดชอบในทางการเงินอย่างน้อยที่สุด
ในคดีต่าง ๆ ว่าจะต้องเป็นการชดเชยเต็มมูลค่าของทรัพย์สินที่ไคมีการเวนคืน สิ่ง
แยกความแตกต่าง ระหว่างการนำทรัพย์สินไปโดยชอบด้วยกฎหมายและการนำทรัพย์สินไปโดย
มิชอบด้วยกฎหมายคือพันธกรณีที่เพิ่มขึ้นในกรณีหลัง ถ้าการชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน
ไม่อาจกระทำได้ การชดเชยด้วยเงินตราตามจำนวนมูลค่าของความเสียหายที่เกี่ยวข้อง
พึงกระทำ⁸⁶

Anglo Irianian Oil Co. Case

Anglo Iranian Oil ผู้พิพากษา Carneiro
ได้วินิจฉัยในความเห็นแย้ง (dissenting judgment) ว่า การชดเชยค่าทดแทนสำหรับ
การเวนคืนทรัพย์สินควรจะเป็นการชดเชยตามกฎหมายของ "ความร่วมมือระหว่างประเทศ
ที่เคยมีมาแต่ก่อนในทางเศรษฐกิจและการเงิน"⁸⁷

Lena Goldfields Arbitration

เช่นเดียวกันในกรณีพิพาท Lena Goldfields
Arbitration อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้รัฐบาลโซเวียตชดเชยค่าทดแทนจากการ
โอนเป็นของรัฐ ในรูปการชดเชยค่าทดแทนเต็มจำนวน (full compensation)⁸⁸

2.2.1.2 การเสนอชดเชยเห็นโดยนักกฎหมายและแนวทาง
ปฏิบัติระหว่างประเทศ

การชดเชยค่าทดแทนที่เต็มจำนวน อาจจะมีเหตุ
ผลเป็นที่ยอมรับโดยเหตุผลสำคัญ 2 ประการ คือ (1) เนื่องจากในกรณีที่ เมื่อ

⁸⁶Mendelson, What Price Expropriation? "Compensation
for Expropriation : The Case Law." AJIL. 79 (1985) pp. 415 - 416

⁸⁷ICJ. Reports 1952, Rep.99 at 159 อ้างโดย Sornarajah,
"Compensation for Expropriation : The Emergence of New Standard",
J.W.T.L. : 13 (1979) p. 114

⁸⁸Whiteman, Damages in International Law, M. 1737-1740
Sornarajah. p. 115

บุคคลใดยึดทรัพย์สินไปก็ควรจะได้รับค่าชดเชยเต็มตามจำนวนมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้ยึดไป อันเป็นไปตามหลักการของความยุติธรรมและเหตุผลอันเที่ยง (2) เหตุผลที่จะนำมาบังคับใช้ คือบรรดาประเทศที่ได้รับความเสียหายจากต่างประเทศนั้น ด้านการลงทุนเหล่านี้รับรู้ว่าการโอนเป็นของรัฐแล้วจะได้รับค่าชดเชยค่าทดแทนที่น้อยกว่าจำนวนมูลค่าของสินทรัพย์ที่ได้โอนไปแล้ว ย่อมจะไม่ทำการลงทุนในประเทศดังกล่าว⁸⁹ ซึ่งเหตุผลในประการนี้ได้รับการโต้แย้งในปัญหาการชดเชยค่าทดแทนเต็มจำนวนว่าการโอนเป็นของรัฐ อาจจะทำให้รัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐล้มละลายได้จากการชดเชยค่าทดแทนในรูปแบบการชดเชยค่าทดแทนที่เต็มจำนวน⁹⁰

Schachter ได้เสนอทัศนะว่าการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลันพอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง ไม่ได้นำมาปฏิบัติโดยรัฐซึ่งได้ทำการโอนเป็นของรัฐ ตั้งแต่หลังสงครามโลก การชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐ จะมีจำนวนน้อยกว่าการชดเชยค่าทดแทนเต็มจำนวน (full compensation) และนอกจากนี้ การชดเชยค่าทดแทนจะล่าช้า การยอมรับการชดเชยค่าทดแทนที่เต็มจำนวนจึงเป็นการห่างไกลจากความเป็นจริง⁹¹ ด้วยเหตุนี้กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงไม่อาจถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับในกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับเหตุผลในประการนี้ ถ้ารัฐซึ่งได้มีความสัมพันธ์กับผู้อื่นเลือกที่จะนำกฎเกณฑ์ที่มีมาตรฐานน้อยกว่ามาตรฐานทางกฎหมายมาบังคับใช้ ก็มีใ้หมายความว่า กฎหมายได้กำหนดมาตรฐานที่น้อยลง โดยข้อเท็จจริงแล้วแม้รัฐมิได้ยืนยันว่าจะต้องชดเชยค่าทดแทนในรูปแบบการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลอย่างจริงจังเสมอไป ดังเช่นในระบบกฎหมายภายในผู้เป็นโจทก์จะต้องร้องขอรับการชดเชยค่าเสียหายให้มากกว่าเท่าที่สิทธิ แต่ศาลอาจจะตัดสินให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายน้อยกว่าที่ร้องขอรับการชดเชยค่าเสียหายตามที่ร้องขอได้ ผู้ฟ้องร้องโดยข้อเท็จจริงแล้วย่อมได้รับการชดเชยค่าทดแทนความเสียหาย

⁸⁹Fales, op. cit., p. 874

⁹⁰Fatouros, op. cit., p. 327

⁹¹Schachter, ibid.

เต็มจำนวน ด้วยความยุติธรรม และเพียงพอกับความเสียหาย โดยข้อเท็จจริงดังนี้
ย่อมมีผลว่า การเรียกร้องค่าทดแทนเต็มจำนวนมิได้ลบล้างค่าลง หรือ มาตรฐานใน
กฎหมายได้ลดลง แต่เป็นการสะท้อนจากทางปฏิบัติของศาลว่า ผู้ร้องเรียนขอรับการ
ชดเชยค่าทดแทนความเสียหายน้อยกว่าการชดเชยเต็มจำนวนที่ฟ้องร้อง⁹²

มาตรการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียงและบังเกิดผลจริงจังนี้แม้จะเป็น
มาตรการที่ในปัจจุบันนี้ได้รับการคัดค้านจากประเทศกำลังพัฒนาว่ามาตรการดังกล่าวไม่
ถือเป็นมาตรการชดเชยค่าทดแทนตามหลักจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศอีก
ต่อไป แต่อย่างไรก็ตามโดยทางปฏิบัติบรรดาประเทศพัฒนาในการทำความตกลงหรือ
สนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับบรรดาประเทศกำลังพัฒนา
ข้อกำหนดการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐจะอยู่ในรูปแบบการชดเชยค่าทดแทน
ที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง หรือแม้แต่ในสนธิสัญญาทางการพาณิชย์ในแบบ
ทวิภาคี กับประเทศกำลังพัฒนาข้อกำหนดการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐจะ
เป็นการชดเชยค่าทดแทนในรูปแบบดังกล่าวเช่นเดียวกัน ดังตัวอย่างจากการทำสนธิสัญญา
เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศกำลังพัฒนา
10 ประเทศ อันโตแก บังคลาเทศ คาเมรูน อียิปต์ เกรนาดา ไฮติ มอริสโคโต ปานามา
เซเนกัล ไอวอรี และแซร์ เมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1986 หรือจากสนธิสัญญาเกี่ยวกับการ
ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และประเทศ
ฟิลิปปินส์ เมื่อเร็วนี้ข้อกำหนดการชดเชยค่าทดแทนในสนธิสัญญาจะเป็นการชดเชยค่าทดแทน
ที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง

2.2.2 มาตรการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate
(compensation))

ประเทศกำลังพัฒนา โดยเฉพาะกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา
มีทัศนะไม่เห็นชอบด้วยกับการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจังโดย

⁹²Fales, op. cit., pp. 878 - 879.

เห็นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการชดเชยค่าทดแทนที่ไม่เป็นธรรมในยุคอาณานิคม ความปรารถนาในทางเศรษฐกิจของกลุ่มประเทศ 77 (Group of 77) ทำให้ประเทศเหล่านี้ เสนอมาตรการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐว่า ควรจะเป็นการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) ดังปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติตามทิมคี่ที่ 3281 "กฎบัตรเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States)

จากมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XV II) ซึ่งได้ยืนยันว่ารัฐจะต้องมีอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ และถ้าหากว่าทรัพย์สินของคนต่างด้าวใดโอนเป็นของรัฐ การชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสมจักกระทำตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแต่ในการร่างมติที่ 3281 (XVX) กลุ่มประเทศ 77 เสนอว่าการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐจะเป็นการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) อันจะเป็นไปตามภาวะการณ์ที่เกี่ยวข้อง⁹³ และในการวินิจฉัยข้อพิพาทในการชดเชยค่าทดแทนจะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายของรัฐที่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ และโดยศาลภายในแห่งรัฐเหล่านั้น เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการตกลงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องว่าการยุติข้อพิพาทจะต้องกระทำบนรากฐานแห่งความเท่าเทียมกันในอธิปไตยของรัฐ และเป็นไปตามกฎเกณฑ์วิธีการที่ใดเลือกโดยคู่สัญญา

⁹³ภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเนื่องอันจะนำมาคำนึงถึง จากทัศนะของกลุ่มประเทศที่ 77 ก็คือ ประการแรก ภาวะการณ์เกี่ยวกับการประกอบกิจการของบริษัทเหล่านั้น ซึ่งได้นำเอาทรัพยากรธรรมชาติ และสาธารณประโยชน์ของรัฐมาใช้หมดสิ้นไปเพียงใด ประการที่ 2 การประกอบกิจการดังกล่าว เป็นการค้นหา มีใช้การลงทุน ถ้าบริษัทได้รับผลกำไรที่มากเกินไปเกินควรอันเป็นผลมาจากสมัยอาณานิคม การได้รับผลกำไรที่มากเกินไปเกินควร การมีส่วนร่วมของบริษัทเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศในด้านการงาน การก่อให้เกิดการลงทุน ... เหล่านี้อาจจะเป็นองค์ประกอบที่ทำให้ การชดเชยค่าทดแทนลดลง อาจจะไม่ได้รับการชดเชยเลยก็เป็นได้ (Castanêda, J., Justice économique internationale Contributions à l'Etude de la Charter) ed. Gallinard p. 105 อ้างโดย Arechage op. cit., p. 302

มติของสมัชชาสหประชาชาติดังกล่าวได้รับการคัดค้านจากกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา Schwebel ผู้ช่วยที่ปรึกษาทางกฎหมายในคณะผู้แทนสหรัฐอเมริกาประจำสหประชาชาติได้กล่าวว่า "บทบัญญัติดั้งเดิมของมติ 1803 (XVII) สนับสนุนว่า การชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐนั้นแม้จะใช้ถ้อยคำว่าการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) แต่การชดเชยค่าทดแทนดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) นี้ การชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจังนี้ไม่เพียงแต่เป็นมาตรการที่สอดคล้องต่อกัน แต่มาตรการทั้งสองนี้ยังเป็นมาตรการเดียวกัน โดยเหตุผลว่า มติ 1803 (XVII) นั้นเห็นพ้องด้วยกับความสำคัญของการลงทุนจากต่างประเทศที่ใดกระทำโดยสมัครใจ⁹⁴

บรรดานักกฎหมายตะวันตกต่างมีทัศนะไม่เห็นด้วยกับการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสมโดยมีทัศนะว่าการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสมมีความหมายสอดคล้องกับการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศตะวันตกก็คัดค้านมติ 3281 (XVX) โดยเหตุผลว่า การชดเชยค่าทดแทนในรูปแบบที่เหมาะสมนี้ เป็นการวินิจฉัยโดยบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น มติ 3281 (XVX) นี้โคละทิ้งทัศนะที่ปรากฏในมติ 1803 (XVII) ว่าการชดเชยค่าทดแทนจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับในรัฐที่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ และโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การเสนอทัศนะในมติ 3281 (XVX) นี้ เกิดขึ้นเนื่องจากกลุ่มประเทศโลกที่ 3 "มีความสงสัยว่าประเทศตะวันตกหวังอะไรจากกฎหมายระหว่างประเทศ ความขัดแย้งของกลุ่มประเทศทั้งสองดังกล่าวในปัญหาการชดเชยค่าทดแทนจาก

⁹⁴Brower and Tepe, Jr. "The Charter of Economic Rights and Duties of States : A Reflection on Rejection of International Law", 9 International Lawyer (1975), p. 301

การโอนเป็นของรัฐ⁹⁵ ได้เกิดขึ้นเสมอในการเสนอข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานให้ทำการวินิจฉัยโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยปัญหาการชดเชยค่าทดแทนได้เสนอทัศนะที่แตกต่างกันอยู่คงจะได้เสนอทัศนะการชดเชยค่าทดแทนในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม บางคดีที่น่าสนใจ

ในปัญหาเกี่ยวกับการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐนั้นผู้เสนอวิทยานิพนธ์มีทัศนะว่า รูปแบบการชดเชยค่าทดแทนที่เป็นการประนีประนอมระหว่างผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายทั้งจากประเทศที่นำเงินทุนเข้ามาลงทุน และจากประเทศเจ้าบ้าน มาตรการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐยังคงจักต้องกระทำเนื่องมาจากเหตุผลในทางเนติธรรม แต่การชดเชยค่าทดแทนควรจะคำนึงถึงทั้งในด้านการพาณิชย์ต่าง ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาโดยเท่าเทียมกันตลอดจนความชอบธรรมในผลประโยชน์ของทั้งบริษัทเอกชนต่างประเทศและของรัฐ ซึ่งการแสวงหามาตรการอันเหมาะสมนี้ คงจะต้องเป็นการพิจารณาจากศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่จะนำมาตรการที่ยุติธรรมและเสมอภาคในผลประโยชน์ทั้งสองฝ่าย เพื่อให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางเศรษฐกิจดำเนินไปด้วยดี แต่อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่จะต้องคำนึงถึง คือ ในกรณีที่ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ จากสนธิสัญญาหรือความตกลงเหล่านี้ได้มีการกำหนดข้อกำหนดการชดเชยค่าทดแทนในรูปแบบการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง ดังนั้นพันธกรณีระหว่างประเทศประการนี้จะมีผลผูกมัดคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่ถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยถ้าหากว่าบริษัทเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาในสัญญานั้นเป็นบริษัทที่มีสัญชาติ ประเทศคู่ภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนดังกล่าว การชดเชยค่าทดแทนคงจะต้องอยู่ในรูปแบบการชดเชยค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง

⁹⁵ Dr. Waart, p., "Permanent Sovereignty over Natural Resources as a Cornerstone for International Economic Rights and Duties, "Essays in honour of Professor Tammes, p. 313

อ้างโดย Aréchaga, op. cit., p. 303

และบังเกิดผลจริงจัง

2.2.3 ตัวอย่าง การวินิจฉัยการชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ

คดีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมีเป็นจำนวนมาก แต่ผู้เสนอวิทยานิพนธ์ขอเสนอการวินิจฉัยการชดเชยค่าทดแทน ในกรณีที่มีการโอนเป็นของรัฐ เฉพาะบางคดี ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อเร็วนี้เท่านั้น อันได้แก่ B P Exploration Co. v. Libya) Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. V. The Government of the Libyan Arab Republic, The Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)

2.2.3.1 BP Exploration Co (Libya) Ltd; : The Government of the Libyan Arab Republic

BP ใ้ร้องเรียนขอให้อนุญาโตตุลาการซึ่งวินิจฉัยกรณีพิพาท มีคำประกาศ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติ การโอนเป็นของรัฐ ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1971 และการนำมาบังคับใช้ในเวลาต่อมา เป็นการละเมิดพันธกรณีของรัฐบาลลิเบียที่มีต่อผู้ร้องตามสัญญาสัมปทานที่มีอยู่
2. การละเมิดดังกล่าวยังคงมีอยู่ แต่จะไม่มีผลเป็นการเพิกถอนสัญญาสัมปทานซึ่งยังมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายและยังคงดำรงอยู่
3. ผู้ร้องเรียนมีสิทธิที่จะเลือกว่าสัญญาสัมปทานดังกล่าวจะสิ้นสุดลงเมื่อไร ตลอดระยะเวลาที่การละเมิดสัญญาโดยผู้ที่ต้องรับผิดชอบยังคงดำเนินอยู่
4. ผู้ร้องเรียนมีสิทธิที่จะได้รับกลับคืนมาซึ่งสิทธิอันสมบูรณ์ตามสัญญาสัมปทาน
5. ผู้ร้องเรียนเป็นเจ้าของในส่วนของน้ำมันดิบอันได้มาจากอาณาบริเวณตามสัญญาสัมปทานดังเช่นที่เคยเป็นมาก่อนวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1971 และบรรดาสั่งก่อสร้างและสินทรัพย์ที่มีตัวตนต่าง ๆ รัฐบาลลิเบียไม่มีสิทธิในน้ำมันดิบเหล่านี้ ตลอดจนบรรดาสั่งก่อสร้างหรือสินทรัพย์ที่มีตัวตน อันใดโอนไปเป็น

ของบุคคลภายนอกอื่นใด⁹⁶

อนุญาโตตุลาการ Lagergren วินิจฉัยในปัญหาการชดใช้ค่าทดแทนซึ่ง BP มีสิทธิได้รับ คือ การชดใช้ค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐ อนุญาโตตุลาการ Lagergren ได้วินิจฉัยข้อเรียกร้องของ BP ตามคำประกาศข้อที่ 4 ว่าเป็น การร้องขอให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific performance) หรือ *restitutio in integrum* โดยอนุญาโตตุลาการปฏิเสธความแตกต่างระหว่างการร้องขอให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) และวิธีการ *restitutio in integrum* โดยกล่าวว่า

"...การโต้แย้งว่าผู้ร้องโดยขอเท็จจริงแล้ว ไม่ได้ร้องเรียนให้มีการชดใช้ค่าทดแทนโดยวิธีการ *restitutio in integrum* เพียงแต่ร้องขอให้มีการชดใช้ค่าทดแทนในทางกฎหมายตามสัญญาสัมปทานและบรรดาทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้ปัญหาที่ว่า *restitutio in integrum* เป็นวิธีการที่เหมาะสมจึงไม่อาจจะมีขึ้นได้ ข้อแตกต่างดังกล่าวแม้ว่าจะมีอยู่ก็ถือว่าเป็นเรื่องเดียวกัน ตามที่ได้มีการวินิจฉัยไว้อย่างเหมาะสมจากบรรดาคำพิพากษาในศาลระหว่างประเทศ ศาลถือว่า ไม่ควรจะมี ความแตกต่างระหว่างวิธีการดังกล่าว ถ้าหากว่าจะได้มีการวินิจฉัยว่า ผู้ร้องมีสิทธิที่จะได้มาทั้งหมดในบรรดาสิทธิอันมีอยู่ตามสัญญาสัมปทานและผู้มีสิทธิในน้ำมันและทรัพย์สินตามที่อ้าง⁹⁷

นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการถือว่า แม้สัญญาสัมปทานจะยังคงดำรงอยู่และวิธีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) อาจถือได้ว่าเป็นปัญหาที่แยกไปต่างหากจากวัตถุประสงค์ในการวินิจฉัย แต่ก็เป็นการยากอย่างแท้จริงที่จะพิจารณาอย่างลึกซึ้งในบรรดาสิทธิต่าง ๆ และการชดใช้ค่าทดแทนโดยไม่เกี่ยวเนื่องไปถึงหลักการทั้งสองประการที่กล่าวมานี้

⁹⁶ 53 I.L.R. 297 at 323 ในอีกทางหนึ่ง BP ร้องขอให้มีการชดใช้ค่าทดแทนว่าบริษัทมีสิทธิได้รับเสียหายตามจำนวนที่กำหนดในกระบวนการพิจารณาต่อมา

⁹⁷ Ibid pp. 330 - 331

สำหรับปัญหาความเป็นไปได้อันหนึ่งของการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) หรือการชดเชยค่าทดแทนโดยวิธีการ restitutio in integrum เนื่องจากการโอนเป็นของรัฐนั้น

อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) จะมีขึ้นหรือไม่ตามกฎหมายลิวเบีย⁹⁸ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง⁹⁹ และหลักกฎหมายทั่วไป¹⁰⁰ อนุญาโตตุลาการ Lagergren ยอมรับว่ากฎหมายลิวเบียรับรองการชดเชยค่าทดแทน โดยวิธีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) แต่ไม่อาจจะวินิจฉัยได้ว่า การเยียวยาโดยวิธีการดังกล่าวจะกระทำได้ตามหลักกฎหมายลิวเบีย สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง อนุญาโตตุลาการ Lagergren ได้วิเคราะห์ทางปฏิบัติของศาลระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยแบ่งแยกระหว่างคดีอันเกี่ยวกับดินแดนของรัฐหรือผลประโยชน์อันสำคัญอื่น ๆ และคดีอันเกี่ยวกับศาลโคที่ให้คำพิพากษาเกี่ยวกับการชดเชยค่าทดแทนโดยวิธีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) หรือวิธีการ restitutio in integrum ในคดีอันเกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ¹⁰¹

สำหรับการชดเชยค่าทดแทนด้วยวิธีการ restitutio in integrum นั้น อนุญาโตตุลาการ Lagergren ได้วิเคราะห์เกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญาการวินิจฉัยโดยศาล และผลงานของนักกฎหมาย เพื่อประเมินค่าของหลักกฎหมายดังกล่าวในกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่า restitutio in integrum เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่สรุปได้ว่า การชดเชยค่าทดแทนด้วยวิธีการเช่นนี้ไม่อาจจะกระทำได้แก่คู่สัญญาซึ่งได้รับการละเมิดที่ผิดกฎหมายจากคู่สัญญาอีกฝ่าย¹⁰²

⁹⁸Ibid. pp. 332 - 332

⁹⁹Ibid. pp. 331 - 332

¹⁰⁰Ibid. pp. 332 - 348

¹⁰¹Ibid. pp. 348 - 350

¹⁰²Greenwood, op. cit., p. 67

อนุญาโตตุลาการ Lagergren ใ้ให้เหตุผลว่าการเยียวยาด้วยวิธีการ *restitutio in integrum* ไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้ในกรณีนี้ เนื่องจาก (1) คดีต่าง ๆ มีเป็นจำนวนน้อยมากที่นำวิธีการ *restitutio in integrum* มาบังคับใช้ด้วยเหตุนี้การชดเชยค่าทดแทนด้วยการชดเชยค่าทดแทนเป็นจำนวนเงินจึงเป็นวิธีการโดยทั่วไป (2) ปัญหาในเรื่องบรรทัดฐาน จาก Chorzow Factory case ซึ่งใ้วินิจฉัยว่าการชดเชยค่าทดแทนจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย อันใดแก่ การชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน หรือการชดเชยด้วยเงินอันมีมูลค่าเท่าเทียมกับการชดเชยค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันนั้น มีคุณค่าเป็นเพียงคำกล่าวในคดี (*obiter dictum*) และไม่อาจจะมีอำนาจบังคับใช้แก่คู่กรณี เพราะคู่กรณีมิได้ร้องขอมา¹⁰³ (3) อนุญาโตตุลาการพยายามที่จะลดความสำคัญและคุณค่าของการวินิจฉัยใน Chorzow Factory case เพราะว่า คดีดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในกลุ่มคดีอื่นเกี่ยวกับสนธิสัญญา แต่ว่ากรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานครั้งนี้ มิได้มีสภาพคดีที่กล่าวมา¹⁰⁴ (4) ทิศนะจากวิธีการ *restitutio in integrum* ใ้ให้นำมาบังคับใช้ในฐานะเป็นแนวทางในการชดเชยค่าเสียหาย¹⁰⁵

ด้วยเหตุนี้ อนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยว่า เนื่องจากการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้ในกรณี สัญญาสัมปทานจึงสิ้นสุดลง เว้นไว้เสียแต่ว่าสัญญาสัมปทานจะยังคงเป็นพื้นฐานสำหรับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี และอำนาจที่จะใ้คำวินิจฉัยโดยใ้รัฐบาลลิเบียชดเชยค่าเสียหาย การร้องขอของ BP สำหรับค่าประกาศ

¹⁰³BP award, 53 I.L.R. p. 347

¹⁰⁴Ibid pp. 337- 339

การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ Lagergren ในประเด็นนี้อาจจะขัดแย้งกับความเป็นจริง เพราะว่า PCIJ ยอมรับและรับรองว่า *restitutio in integrum* เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ บรรดานักกฎหมายต่าง ๆ มีทัศนะว่าการแถลงของศาลใน Chorzow Factory case เกี่ยวกับ *restitutio in integrum* เป็น *declaration of principle*.

¹⁰⁵53 ILR. pp. 339 - 340.

ข้อ 2 จึงตกไป เนื่องจากการร้องขอตามคำประกาศข้อที่ 3, 5 และ 6 ขึ้นอยู่กับการร้องขอของ BP ในปัญหาว่า สัญญาสัมปทานยังคงดำรงอยู่จึงไม่ได้รับการเห็นชอบด้วยเช่นกัน เนื่องจากว่าบริษัทมีสิทธิได้รับการวินิจฉัยเพียงการชดเชยค่าเสียหาย (damages) ซึ่งจำนวนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดนั้น อนุญาโตตุลาการจะได้อำนาจในการพิจารณา¹⁰⁶

2.2.3.2 Libyan American Oil Company V. The Government of the Libyan Arab Republic

เมื่อวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1973 รัฐบาลลิเบีย

ได้ประกาศกฤษฎีกาโอนทรัพย์สินและผลประโยชน์ของบริษัท Libya American Oil เป็นจำนวน 51 % เป็นของรัฐและต่อมาในวันที่ 11 กุมภาพันธ์ลิเบียได้ประกาศกฤษฎีกาโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการที่เหลือของ LIAMCO เป็นของลิเบียทั้งหมด รัฐบาลลิเบียประกาศว่า LIAMCO จะได้รับการชดเชยค่าทดแทนในบรรดาทรัพย์สินที่ได้โอนไปเป็นของรัฐในครั้งนี้ เป็นมูลค่าเท่ากับราคาในทางบัญชี (Net Book Value) แต่รัฐบาลลิเบีย มิได้ทำการชดเชยค่าทดแทนให้แก่อย่างใด LIAMCO จึงนำกรณีพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการให้วินิจฉัยตามข้อกำหนดในสัญญาสัมปทาน ข้อ 28

คำร้องของ LIAMCO ขอให้อนุญาโตตุลาการตัดสิน คือ

(1) ขอให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) โดยขอให้อนุญาโตตุลาการประกาศ (Declaration) ว่ามาตรการโอนเป็นของรัฐ เป็นการละเมิดพื้นฐานของสัญญาสัมปทาน ด้วยเหตุผลดังกล่าว LIAMCO ขอให้ลิเบียชดเชยคืนมาซึ่งสิทธิทั้งหมดของ LIAMCO ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ตลอดจนการนำกลับคืนมาซึ่งสถานภาพดั้งเดิมที่เคยดำรงอยู่ และ

(2) คำประกาศการตัดสิน (Declaratory award) ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่ากรกระทำของลิเบีย เป็นการละเมิดกฎหมายและไม่อาจ

¹⁰⁶Ibid. pp. 353 - 354.

เป็นที่ยอมรับตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศของลิเบียในบรรดาทรัพย์สินของ LIAMCO
ไม่มีผลในทางกฎหมาย หรือ

(3) ในกรณีที่ไม้อาจดำเนินการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง
(specific performance) ขอให้วินิจฉัยให้มีการชดเชยค่าเสียหาย ค่าเสียหาย
ดังกล่าวจะต้องประกอบด้วย

ก. การชดเชยจำนวนเงินตามมูลค่าราคาของโรงงานใน
ราคาตลาด ณ วันที่โอนมาตราบการโอนเป็นของชาติมาบังคับใช้ อันจะมีมูลค่าเป็นจำนวน
เงิน \$ 13,882,677 มูลค่านี้คำนวณตามราคาทุนของทรัพย์สิน หักด้วยค่าเสื่อมราคา
และปรับด้วยความผันแปรในค่านาคินทุนก่อสร้าง โดยนำคินทุนที่เหมาะสมในการก่อสร้าง
มาคำนวณในฐานะเป็นมาตรฐาน¹⁰⁷

ข. การชดเชยค่าทดแทนสำหรับความเสียหายจากสัญญาสัมปทาน
หมายเลข 20 เป็นจำนวน \$ 186,270,000 LIAMCO ได้คำนวณค่าเสียหายดังกล่าว
จากวิธีการ ดังนี้ คือ (1) LIAMCO คาดคะเนว่า อัตราผลผลิตที่ใ้ได้รับจะมีประมาณ
75,000 บาเรล/วัน จนกระทั่งถึงวันที่สัญญาสัมปทานสิ้นสุดอายุ วันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.
1988 (2) รายได้ที่ใ้ได้รับทั้งหมดหักด้วยคินทุนในการดำเนินการและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ
(3) ภาษีและค่าภาคหลวงตามอัตราที่มีผลบังคับตามสัญญา ก่อนที่จะมีการโอนเป็นของ
รัฐครั้งแรกใน ค.ศ. 1973 โดยไม่คำนึงถึงราคาน้ำมันที่เพิ่มขึ้น ตลอดจนการเพิ่ม
อัตรารายได้และค่าภาคหลวง (4) หากส่วนลคของจำนวนเงินที่คำนวณได้ทั้งหมดในอัตรา
ร้อยละ 12/ปี ซึ่งผลลัพธ์ก็คือ การชดเชยค่าเสียหายจากสัญญาสัมปทานหมายเลข 20
เป็นจำนวนเงินมีมูลค่า \$ 185,270,000

ค. ค่าเสียหายสำหรับสัมปทานหมายเลข 17 เป็นจำนวนเงิน
มีมูลค่า \$ 7,500,000 แม้ว่าการดำเนินการตามสัญญาสัมปทานหมายเลข 17 ไม่ประสบ
ความสำเร็จแต่ LIAMCO คาดว่า ราคาน้ำมันในตลาดโลกที่เพิ่มขึ้น จะทำให้วิวัฒนาการ
การผลิตในอาณาบริเวณตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวใ้ได้รับผลสำเร็จ จึงเรียกร้องการชดเชย

¹⁰⁷ ข้อกำหนดที่ 26 ในสัญญาสัมปทาน ใ้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะเคลื่อนย้าย
ทรัพย์สินที่มีตัวตนไปได้ เมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดอายุ



กำหนดแทนสำหรับผลกำไรที่จะได้รับในอนาคต

แถลงว่า การเรียกเก็บภาษีและค่าภาคหลวงที่เพิ่มขึ้น อันเป็นมาตรการลงโทษ
แก่บริษัท ทำให้ LIAMCO ไม่อาจจะดำเนินการเพิ่ม ผลผลิตในอาณาบริเวณตามสัญญา
สัมปทานหมายเลข 17 ใดรับผลสำเร็จได้

LIAMCO ได้ขอให้มีการชดเชยดอกเบี้ยจากจำนวนค่าเสียหายทั้งหมด ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1974 จนถึงวันที่รัฐบาลลิเบียชำระค่าทดแทนให้แก่บริษัท ในอัตราร้อยละ 12/ปี¹⁰⁸

การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการ Dr. Mahmassani ให้ข้อสรุปว่า สัญญาสัมปทาน
มีผลบังคับตามกฎหมายและข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ จากข้อกำหนด
ดังกล่าว หลักกฎหมายระหว่างประเทศ (หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับโดยนานา
อารยชาติ) จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานในการวินิจฉัยเกี่ยวกับค่าเสียหาย
(damages)¹⁰⁹

อนุญาโตตุลาการ ปฏิเสธข้อเรียกร้องของ LIAMCO สำหรับการ
ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) และ declaratory
award แม้ว่าอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าเป็นวิธีการชดเชยค่าทดแทนอันสมควรตามหลัก
กฎหมายลิเบียและกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่การเยียวยาโดยวิธีการดังกล่าว
สามารถนำมาบังคับใช้ได้ restitutio ไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ในกรณีพิพาทครั้งนี้
ได้โดยเหตุผลจากทางปฏิบัติ และนอกไปจากนี้ก็คือ การวินิจฉัยให้ค่าทดแทนแก่ LIAMCO
ในลักษณะเช่นนี้จะเป็นการเทียบได้กับการมีคำวินิจฉัยให้รัฐบาลลิเบียยกเลิกมาตรการ
โอบนเป็นของรัฐ การวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นการขัดแย้งกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่ง
จะเป็นองค์ประกอบประการประเมินว่า Restitutio จะนำมาบังคับใช้ได้หรือไม่ อนุญา
โตตุลาการยืนยันว่าการโอบนเป็นของรัฐเป็นสิทธิตามสัญญาสัมปทาน และถือว่าการกระทำ

¹⁰⁸LIAMCO. Award on the Merits. 20 ILM. (1981) p. 44 - 45

¹⁰⁹LIAMCO award. pp. 76 - 77

อันชอบด้วยกฎหมาย เว้นไว้เสียแต่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติและไม่มีการชดเชยค่าทดแทน
มาตรการโอนเป็นของรัฐไม่อาจจะยกเลิกได้ การกระทำของรัฐบาลลิเบียมิได้เป็นการ
กระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่ทำให้รัฐบาลลิเบียมีหน้าที่ในอันที่จะต้องชดเชยค่า
ทดแทน¹¹⁰

สำหรับเหตุผลที่อนุญาตตุลาการไม่อาจให้ declaratory award
เพราะจะเป็นการขัดแย้งกับอำนาจอธิปไตยของรัฐในการโอนเป็นของรัฐ และการนำ
Restitutio in integrum มาบังคับใช้กับกรณีพิพาทครั้งนี้ไม่อาจกระทำได้¹¹¹

การชดเชยค่าทดแทนและความเสียหาย

หลังจากปฏิเสธข้อเรียกร้องของ LIAMCO แล้ว อนุญาตตุลาการได้
วินิจฉัยการชดเชยค่าทดแทนและความเสียหาย

1. เป็นที่ประจักษ์ชัดตามหลักกฎหมายลิเบีย และหลักกฎหมายระหว่าง
ประเทศว่า แม้ว่าการโอนเป็นของรัฐจะชอบด้วยกฎหมาย แต่รัฐก็จะต้องทำการชดเชยค่า
เสียหายในรูปแบบบางประการ การชดเชยค่าเสียหายอย่างน้อยที่สุดควรจะรวมถึงมูลค่า
ราคากลางของบรรดาทรัพย์สินที่ได้ออนไปเป็นของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิพลและ
เครื่องจักร ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ รัฐบาลลิเบียจึงต้องทำการชดเชยค่าเสียหายแก่ LIAMCO
เป็นมูลค่า \$ 13,882,677 สำหรับทรัพย์สินที่มีตัวตนและเครื่องมือ เครื่องใช้ของ
บริษัทที่รัฐบาลไลออนไป¹¹²

2. ปัญหาการชดเชยเกี่ยวกับผลกำไร (profits) ซึ่งเป็นปัญหา
ที่มีข้อขัดแย้งทั้งในทางหลักกฎหมายและการปฏิบัติ สำหรับในกรณีพิพาทครั้งนี้ อนุญาต
ตุลาการ Dr. Mahmassani ได้วิเคราะห์ในปัญหา การสูญเสียในผลกำไรในอนาคต
(Lucrum cessans) จากทั้งหลักกฎหมายลิเบีย และกฎหมายระหว่างประเทศ หักคะแนน
จากนักกฎหมาย คำพิพากษาของศาลในกรณีพิพาทจากสัญญาและคำประกาศต่าง ๆ การ

¹¹⁰LIAMCO award. op. cit., pp. 58 - 66

¹¹¹Ibid

¹¹²LIAMCO award. op. cit., pp. 66- 68, 78

ชดใช้สำหรับ *Lucrum cessans* ปรากฏชัดแจ้งในกรณีการโอนเป็นของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สำหรับการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว มาตรฐานต่าง ๆ ในการชดใช้ยังไม่เป็นที่ประจักษ์ชัดว่า การสูญเสียสำหรับผลกำไรในอนาคต (*Lucrum cessans*) จะต้องรวมอยู่ด้วยในการชดใช้สำหรับค่าเสียหายอันเกิดขึ้น (*damnum emergens*) เมื่อการโอนเป็นของรัฐเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว อนุญาโตตุลาการให้ข้อสังเกตว่ารัฐจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังเช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติและความจำเป็นที่จะต้องมีการชดใช้ค่าทดแทนในเวลาอันสมควร¹¹³

การโต้แย้งของ LIAMCO ทว่า รูปแบบดั้งเดิมของการชดใช้ค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง ทำให้รัฐที่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้จะต้องชดใช้สำหรับผลกำไรที่สูญเสียไปทั้งหมด ในปัญหาข้อนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่ารูปแบบของการชดใช้ค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง ได้มีการเปลี่ยนแปลงและแทนที่โดยหลักการอื่น ๆ จากการโอนเป็นของรัฐหลังสงครามโลก

"หลักการดั้งเดิมของการชดใช้ค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง ไม่ได้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในระยะเวลาระหว่างสงคราม หรือสงครามโลกครั้งที่ 2 การชดใช้ค่าทดแทนที่พอเพียง ดังที่ได้รวมเอาผลกำไรไว้ด้วยนั้น ดังที่ได้วินิจฉัยไว้ในอดีต (ดังเช่นใน *Delagoa and Shufeldt cases*) ไม่ได้เป็นที่ยอมรับอีกต่อไปในฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยทั่วไปที่มีอำนาจบังคับหลักการดังกล่าวจะยังคงอยู่เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในทางเทคนิคสำหรับการประเมินการชดใช้ค่าทดแทน และเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์ในการระงับข้อพิพาท (*White, Nationalisation of foreign property, NY. 1961.18*) หลักการนี้มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์อันสูงยิ่งที่ยากจะปฏิบัติได้¹¹⁴

อนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะเชื่อมโยงมาตรฐานการชดใช้ค่าทดแทนที่ฉับพลัน พอเพียง และบังเกิดผลจริงจัง กับผลกำไรในอนาคตซึ่งบริษัทได้สูญเสียไป

¹¹³LIAMCO award. op. cit., pp. 68 - 77

¹¹⁴LIAMCO award. op. cit., p. 73

แต่การชดเชยค่าเสียหายโดยไม่จำกัดในประการนี้ ไม่อาจเป็นที่ยอมรับโดย ทฤษฎีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดคิด (doctrine of unforeseen events)¹¹⁵ ทฤษฎีดังกล่าวให้อำนาจศาล ที่จะแก้ไขข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาที่มีมากเกินไป และเป็นภาระอย่างยิ่งเมื่อเหตุการณ์ภายนอกเข้ามาเกี่ยวเนื่อง อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า แทนที่จะนำหลักการดั้งเดิมมาบังคับใช้ การวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทเมื่อเร็ว ๆ นี้ต่างนำเอามาตรการชดเชยค่าทดแทนที่มีเหตุผลและเป็นธรรม (convenient and equitable compensation) มาบังคับใช้¹¹⁶

3. อนุญาโตตุลาการ นำวิธีการชดเชยค่าทดแทนในรูป equitable compensation มาคำนวณเกี่ยวกับค่าเสียหาย (damages) ประการแรก คือ ทำการเปรียบเทียบข้อเรียกร้องของ LIAMCO สำหรับสัมปทานหมายเลข 20 ซึ่งมีมูลค่าในทางการเงินเป็นจำนวน \$ 186,270,000 กับผลกำไรที่ได้รับจริงจากดำเนินการกิจการของ Libyan National Oil Company ในอาณาบริเวณนี้ NOC ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินของ LIAMCO ตั้งแต่วันที่มีการประกาศกฎอัยการศึกของรัฐบาลครั้งแรก อนุญาโตตุลาการสรุปว่า NOC จะได้รับผลกำไรทั้งหมดเป็นจำนวนเงิน \$ 56,895,645 เมื่อสิ้นสุทปี ค.ศ. 1988 LIAMCO ได้ร้องเรียนว่าการที่การคำนวณของผลกำไรของฝ่ายรัฐและบริษัทแตกต่างกันระหว่างจำนวนเงินมูลค่า \$ 186,270,000 และ \$ 56,895,645 เนื่องมาจากราคาประกาศที่สูงขึ้น ภาษีเงินได้และอัตราค่าภาคหลวง ซึ่งได้เบี่ยงกำหนดก่อนที่จะนำเอามาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้

อนุญาโตตุลาการตัดสินว่า การคำนวณของ NOC มีมูลค่าแท้จริงมากกว่า เพราะเป็นการแสดงถึงผลกำไรอันแท้จริงจาก ค.ศ. 1973 - 1976 ยิ่งไปกว่านี้ ถ้าหากว่าสัญญาสัมปทานยังคงมีอายุอยู่ LIAMCO ก็ควรจะยอมรับราคาตามประกาศของรัฐบาล ตลอดจนอัตราภาษีและค่าภาคหลวงที่เพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยในผลกำไรนี้ จะต้องเป็นไปตามจำนวน ผลกำไรที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการกิจการของบริษัทซึ่งเข้ารับ

¹¹⁵Ibid

¹¹⁶LIAMCO award. op. cit., pp. 73 - 74

ดำเนินกิจการในเวลาต่อมา โดยถือเป็นค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากวิวัฒนาการเมื่อเริ่มต้นดำเนินกิจการ¹¹⁷

"เป็นที่ยอมรับได้ว่า พื้นฐานการคำนวณดังกล่าว มาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาและความสูญเสียไปในเจตนาของคู่สัญญา นอกจากนี้ยังไม่ได้มีการพิจารณาถึงค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาเสียไปในขณะที่เริ่มดำเนินกิจการและความเสี่ยงซึ่งได้รับในการดำเนินงานสำรวจหาและงานที่ต่อเนื่องกันมา¹¹⁸

อนุญาโตตุลาการ ได้ประเมินมูลค่าของผลกำไรจากทั้งสองบริษัท และนำมามาตรการ equitable compensation มาคำนวณร่วมด้วย โดยวินิจฉัยให้ LIAMCO ได้รับความชดเชยค่าทดแทนสำหรับสัมปทานหมายเลขที่ 20 Raguba field เป็นจำนวนเงินมีมูลค่า \$ 66,000,000¹¹⁹

4. อนุญาโตตุลาการ Dr. Mahnassani ปฏิเสธการเรียกร้องของเกี่ยวกับความสูญเสียในสัมปทานหมายเลขที่ 17 โดยตัดสินว่าสัญญาสัมปทานดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใด การเรียกร้องสำหรับผลกำไรในอนาคตจากสัมปทานดังกล่าวจึงไม่อาจจะเป็นไปได้ การชดเชยค่าทดแทนในสัมปทานหมายเลขที่ 17 จะกระทำเฉพาะค่าทดแทนสำหรับความสูญเสียเกี่ยวกับเครื่องมือที่ใช้ในการประกอบกิจการ

5. อนุญาโตตุลาการ ตัดสินให้ LIAMCO ได้รับความชดเชยจากค่าทดแทนทั้งหมดที่อนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยให้ เป็นอัตราร้อยละ 5 ต่อปี จนถึงวันที่ลิเบียชำระค่าทดแทนให้แก่บริษัท ตลอดจนการที่ลิเบียจะต้องชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายของ LIAMCO ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาครั้งนี้ เป็นจำนวนเงิน \$ 203,000¹²⁰

¹¹⁷LIAMCO award., op. cit., pp. 78 - 80

¹¹⁸LIAMCO award. op. cit., p. 80

¹¹⁹LIAMCO award. op. cit., p. 82.

¹²⁰LIAMCO award. op. cit., pp. 83 - 84

2.2.3.3 The Government of the State of KuwaitV. The American Independent Oil Company (AMINOIL)ข้อเท็จจริงโดยย่อของกรณีพิพาท

ในวันที่ 19 กันยายน 1977 รัฐบาลคูเวตได้ประกาศกฎหมาย หมายเลข 124 ซึ่งทำให้สัญญาสัมปทานระหว่างคูเวตกับ AMINOIL ใน ค.ศ. 1948 สิ้นสุดลง สัญญาสัมปทานชุดเจาะสำรวจหาปิโตรเลียมและก๊าซธรรมชาตินี้มีระยะเวลา 60 ปี สัญญาได้มีการแก้ไขใน ค.ศ. 1961 และ ค.ศ. 1973 การแก้ไขสัญญา คือ รัฐบาลคูเวตได้ขึ้นอัตราภาษีและค่าภาคหลวงการแก้ไขใน ค.ศ. 1961 ยังได้มีการรับรองข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ในสัญญาสัมปทานที่ได้กระทำไว้ตั้งแต่ ค.ศ. 1948 ใน ค.ศ. 1973 อัตราค่าภาคหลวง คือจำนวน 16.67 % ของราคาตามประกาศ (posted prices) และอัตราภาษีจากผลกำไร คือ 65.75 %

ใน ค.ศ. 1974 สมาชิกกลุ่ม OPEC ประกาศ Abu Dhabi formula กำหนดขึ้นค่าภาคหลวงเป็นอัตราร้อยละ 25 % ของราคาตามประกาศ และอัตราภาษีเงินได้เป็นจำนวน 85 % จากข้อกำหนดวิวัฒนาการ (evolution clause) ที่เพิ่มขึ้นมาในสัญญาที่ได้มีการแก้ไขใน ค.ศ. 1961 รัฐบาลคูเวตพยายามเพิ่มข้อกำหนดต่าง ๆ และกำหนดให้ข้อกำหนดเหล่านี้มีผลย้อนหลัง เพื่อจะจำกัดผลกำไรที่เพิ่มมากขึ้นเป็นจำนวนมากของบริษัทจากการที่ราคาน้ำมันมีราคาสูงขึ้น ในช่วงระยะเวลานั้นได้มีการเจรจา ระหว่างคู่สัญญา แต่ผลการเจรจาไม่เป็นที่ตกลง

ในเดือนกันยายน ค.ศ. 1977 รัฐบาลคูเวตประกาศกฎหมายโอนเป็นของรัฐ ซึ่งทำให้สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง จากกฎหมายฉบับนี้ทำให้ผลประโยชน์ เงินทุนสินทรัพย์ เครื่องมือและการดำเนินงานของบริษัท เป็นของรัฐโดยหมดสิ้นรัฐบาลคูเวตได้แต่งตั้งให้คณะกรรมการของรัฐทำการคำนวณ "การชดเชยค่าทดแทนที่ยุติธรรม" (fair compensation) เช่นเดียวกันก็ทำการประเมินพันธกรณีของบริษัทที่มีต่อรัฐหรือบุคคลที่สาม

AMINOIL ร้องขอให้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน ใน ค.ศ. 1948 รัฐบาลคูเวตตกลงที่จะดำเนินการตามที่ร้องขอการวินิจฉัยข้อพิพาทเริ่มต้นในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1977 ต่อหน้า

อนุญาโตตุลาการ 3 ท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์ Paul Reuter ศาสตราจารย์
Hamed Sultan และ Sir Gerald Fitzmaurice, Q.C.¹²¹

ข้อเรียกร้องของรัฐบาลคูเวตและ AMINOIL

โดยสรุปข้อเรียกร้องของรัฐบาลคูเวต คือ ค่าภาคหลวงและภาษีตาม
ที่ใดกำหนดไว้ในความตกลง เมื่อ ค.ศ. 1977) เป็นจำนวนเงินมีมูลค่า \$ 32,876,000
และจำนวนค่าภาษีและค่าภาคหลวง (royalty) ที่เพิ่มขึ้น ตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน
ค.ศ. 1974 จนถึงวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1977 ตามที่ใดกำหนดใน Abu Dhabi
formula เป็นจำนวนเงิน \$ 92,007,000

รัฐบาลคูเวตเรียกร้องให้ AMINOIL ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากน้ำมัน
ที่สูญเสียดังกล่าวเป็นมูลค่า \$ 5,780,750,000 ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการซ่อมแซมบ่อน้ำมัน
และท่อลำเลียงน้ำมันและบ่อน้ำมันที่ใดละทิ้ง เป็นจำนวนเงินมีมูลค่า \$ 11,632,300
ค่าใช้จ่ายในการปรับปรุงโรงกลั่นน้ำมันที่ Mina Abdullah ให้มีมาตรฐานอันเหมาะสม
เป็นจำนวนเงินมีมูลค่า \$ 65,000,000 และดอกเบี้ยในจำนวนเงินเหล่านี้ทั้งหมดตามที่
ศาลจะกำหนด¹²²

AMINOIL เสนอข้อเรียกร้องเกี่ยวกับค่าทดแทนซึ่งจะรวมอยู่ในคำ
วินิจฉัยดังนี้

1. ค่าตัดสินให้แก่ AMINOIL ตามจำนวนทั้งหมดที่จะกล่าวคือ
 - ก. ผลกำไรที่สูญเสีย อันมีมูลค่าเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น
\$ 2,587,136,000
 - ข. ถ้าหากไม่ว่าด้วยเหตุใด ศาลมิได้ตัดสินให้ได้รับผลกำไร
ทั้งหมดตามที่ร้องขอ ก็ขอให้ได้รับการชดเชยตามมูลค่าของเครื่องจักรเป็นจำนวนเงิน

¹²¹Fales, op. cit., pp. 882 - 883

¹²²Kuwait. V. American Independent Oil (AMINOIL) 21 ILM

มีมูลค่า \$ 185,300,000 หรือจำนวนที่น้อยกว่านี้ ตามที่เหมาะสม

ค. สิทธิอื่น ๆ ของ AMINOIL และหนี้สินที่มีต่อ AMINOIL เป็นจำนวนเงินตามที่จะตกลงโดยคู่สัญญา ตามหลักการในทางบัญชี หรือในกรณีไม่อาจหาความตกลงกันได้ มูลค่าเงินจำนวนนี้ คือ \$ 30,356,000

ง. การชดเชยจำนวนเงินที่ AMINOIL ชำระเงินไปให้แก่รัฐบาล เป็นจำนวนเงิน \$ 423,072,000

จ. คอกเบี้ยในจำนวนเงินดังกล่าวข้างต้น โดยจะต้องชดเชยคอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1977 ถึงวันที่ 19 มีนาคม 1980 ตามอัตราที่เหมาะสม¹²³

การวินิจฉัยการชดเชยค่าทดแทน

ประการแรก ศาลวินิจฉัยว่าการโอนเป็นของรัฐครั้งนี้ เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ความแตกต่างระหว่างการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมาย และการโอนเป็นของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ จำนวนมูลค่าของค่าทดแทนที่จะต้องชดเชยในกรณีการโอนเป็นของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักการคำนวณการชดเชยค่าทดแทนจะเทียบได้กับ *restitutio in integrum* แต่สำหรับการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายรูปแบบโดยทั่วไปของหลักเกณฑ์อื่นจะนำมาบังคับใช้สำหรับการโอนเป็นของรัฐโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น คือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XV II) มาตรา 4 อันมีใจความดังนี้

"การโอนเป็นของรัฐ การเวนคืนทรัพย์สิน หรือการจำกัดการใช้ทรัพย์สิน จะมีพื้นฐานมาจากประโยชน์สาธารณะ ความมั่นคงหรือผลประโยชน์ของชาติ อันเป็นที่ยอมรับว่าอยู่เหนือบุคคลหรือผลประโยชน์ของเอกชนทั้งภายในรัฐและต่างประเทศ ในกรณีเหล่านี้ผู้เป็นเจ้าของย่อมจะได้รับการชดเชยในรูปแบบอันเหมาะสม ตามหลักกฎหมายที่มีอำนาจบังคับในรัฐซึ่งได้นำมาตรการต่าง ๆ อันถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยและโดย

¹²³ AMINOIL award. op. cit., pp. 1031 - 1032

สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ"

บรรทัดฐานดังกล่าวนี้ จะต้องมีการตีความคำว่า การชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) ศาลเห็นว่า การตีความจำนวนมูลค่าทดแทนที่เหมาะสม จะกำหนดจากภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีพิพาทครั้งนี้มิใช่จะเป็นการตีความจากหลักการในทางทฤษฎี¹²⁴

ศาลแถลงโดยย่อว่า กฎเวตยอมรับเป็นอันดีสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ กฎเกณฑ์อื่นมีข้อจำกัดในการชดเชยค่าทดแทน (ดังเช่นรูปแบบที่โตแย้งอย่างรุนแรง อันได้แก่ Calvo rule) ใ้รับการสนับสนุนโดยประเทศที่ไม่พึงพอใจการลงทุนจากต่างประเทศ¹²⁵ และอาจจะต้องการที่จำกัดการลงทุนดังกล่าวไปเสียด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้ไม่อาจจะนำมายึดถือได้ ในกรณีความสัมพันธ์ระหว่าง AMINOIL และรัฐบาลคูเวต "ในกรณีข้อพิพาทครั้งนี้ ไม่มีกฎเกณฑ์การชดเชยค่าทดแทนใดที่จะไม่มีเหตุผล สำหรับการลงทุนจากต่างชาติ" ศาลจำต้องวินิจฉัยการชดเชยค่าทดแทนโดยคำนวณจากค่าใช้จ่ายอันเหมาะสมสำหรับการลงทุนในอนาคต¹²⁶

ภาวะการณ์อันเป็นพิเศษโดยเจตนาสำหรับกรณีพิพาท

จากข้อกำหนดที่ 13 ในสัญญาสัมปทาน ค.ศ. 1948 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน กิจการของบริษัทจะมอบให้แก่รัฐบาล โดยไม่มีค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด ซึ่งหมายความว่ารัฐไม่ต้องทำการชดเชยค่าทดแทน แต่ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ไม่อาจจะนำมาบังคับใช้กับกรณีพิพาทครั้งนี้ องค์ประกอบที่จะต้องคำนวณการชดเชยค่าเสียหายให้ AMINOIL ยังคงดำรงอยู่ซึ่งศาลจะต้องวินิจฉัย¹²⁷

AMINOIL เป็นหนี้รัฐบาลในจำนวนเงิน อันเนื่องมาจาก Windfall profits ซึ่งเรียกเก็บในระยะเวลาที่สูตรใหม่ของกลุ่มประเทศผู้ส่งน้ำมันออก (New OPEC formulas) ใ้ให้นำมาบังคับใช้ ศาลถือว่าบริษัทได้ยอมรับหลักการดังกล่าวจากการเจรจา

¹²⁴ AMINOIL award. op. cit., pp. 1031 - 1032

¹²⁵ AMINOIL award. op. cit., para. 146 p. 1033

¹²⁶ AMINOIL award. op. cit., para 151 p. 1034

¹²⁷ AMINOIL award. op. cit., para 79 (2) p. 1016

ที่กระทำกันเป็นเวลานานปี แม้ว่าอาจจะพิจารณาได้ว่ามาจากการบีบบังคับ ศาลก็พิจารณาอย่างเต็มที่ในปัญหาตั้งกล่าวนี้เพื่อที่จะเชื่อมโยงกับความเปลี่ยนแปลงในทางสัญญา ข้อเรียกร้องของ OPEC แม้ว่า AMINOIL จะคัดค้าน แต่ศาลก็พิจารณาว่าเป็นข้อกำหนดหนึ่งในสัญญา¹²⁸

ศาลก็พิจารณาข้อโต้แย้งของคู่สัญญาจากภาวะการณ์ต่าง ๆ ในกรณีพิพาท ศาลยอมรับโดยหลักการที่ AMINOIL เสนอมาว่า การชดใช้ค่าทดแทนจะคำนวณโดยมีรากฐานมาจากผลกำไรในอนาคต อย่างไรก็ตามศาลปฏิเสธการร้องขอของบริษัท ในกรณีให้คำนวณผลกำไรโดยมีพื้นฐานมาจากงบฐานะการเงินใน ค.ศ. 1961 เหตุผลเนื่องมาจากบริษัทเป็นหนี้ในพันธกรณีต่อรัฐบาลตามที่กำหนดใน Abu Dhabi formula และความตกลงต่าง ๆ ที่ได้กระทำระหว่างคูเวตกับบริษัทใน ค.ศ. 1973 ศาลปฏิเสธข้อเรียกร้องเกี่ยวกับโครงการของบริษัท ศาลปฏิเสธข้อเรียกร้องเกี่ยวกับโครงการของบริษัทในกิจการอุตสาหกรรมน้ำมันที่จะดำเนินการในอนาคต ซึ่งบริษัทเรียกร้องให้นำมาเป็นพื้นฐานในการคำนวณจากเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว

Kuwait โต้แย้งว่ารัฐบาลจะทำการชดใช้ค่าทดแทน อันมีมูลค่าเป็นจำนวนราคาในทางบัญชี (net book value) โดยเป็นไปตามทางปฏิบัติระหว่างประเทศในการโอนเป็นของรัฐเกี่ยวกับกิจการน้ำมัน อันเป็นที่นิยมกันในกลุ่มประเทศตะวันออกกลางและที่อื่น ๆ นอกจากนั้นคูเวตโต้แย้งว่าบรรดากรณีพิพาทต่าง ๆ การชดใช้ค่าทดแทนที่ได้กระทำไม่ได้เต็มตามจำนวนที่เรียกร้อง และมีพื้นฐานการคำนวณจากราคาในทางบัญชี การปฏิบัติดังกล่าวนี้ ถือเป็นจารีตประเพณีที่มีอำนาจบังคับในกิจการอุตสาหกรรมน้ำมัน¹²⁹ ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งของรัฐบาล โดยให้ข้อสังเกตว่าในการเจรจาตกลงระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับการชดใช้ค่าทดแทนย่อมเกี่ยวเนื่องกับบรรดาสัญญาที่กระทำระหว่างกัน ในประเภท

¹²⁸ AMINOIL award. op. cit., para 154, p. 1035

¹²⁹ ดังเช่น กรณีการโอนเป็นของรัฐในกิจการอุตสาหกรรมน้ำมัน จากบรรดาประเทศต่าง ๆ ดังเช่น อลียีเรีย (1971) อิรัก 61972-1975) ซาอุดีอาราเบีย (19747) เวเนซุเอลา (1975-1976) ลิเบีย 1971-1977

ต่าง ๆ ดังเช่นสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง หรือสัญญาประเภทอื่น ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับการดำเนินกิจการ บริษัทได้รับประโยชน์ในมูลค่าตามสัญญาเหล่านี้เป็นจำนวนมาก ความติดต่อกันครั้งนี้จึงต้องนำมาคำนึงถึงนั้น ในทัศนะของศาล จึงยอมเป็นไปโดยที่จะพิจารณาการชดเชยค่าทดแทนแยกต่างหากจากความสัมพันธ์ในทางสัญญาเหล่านี้ ถ้าบริษัทยอมรับการชดเชยค่าทดแทนที่ลดลงแน่นอนจะต้องมีสิ่งตอบแทน (quid pro quo) อันสำคัญยิ่ง ศาลแถลงต่อไปว่า ถ้าแม้ว่าพิพาทชาติใดมีมาแต่ก่อนในกรณีพิพาทเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐเป็นที่ยุติ แนวบรรทัดฐานเหล่านี้ก็ยังจำเป็นที่จะต้องประกอบด้วยการประกอบของการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) ศาลพบว่า เงื่อนไขต่าง ๆ จากการเจรจาทำความตกลงกันก่อนที่จะดำเนินการนั้น เป็นการกีดขวางมิให้ยอมรับว่า แนวบรรทัดฐานที่กล่าวมานี้เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีรูปแบบอันแน่นอน การยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) ในกรณีนี้ ย่อมแตกต่างจากความยินยอมของบรรดาประเทศระหว่างประเทศที่ใดกระทำไว้กับบรรดาประเทศผู้ส่งออกน้ำมัน ศาลแม้ว่าจะปฏิเสธในข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการข่มขู่ (duress) ได้เตือนว่า

"ความกดดันในทางเศรษฐกิจที่วางอยู่ที่พื้นฐานของความยินยอมจากบริษัทน้ำมันไม่ควรมีผลอย่างใดต่อกฎหมาย และไม่อาจจะถือว่าเป็นองค์ประกอบในการก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยทั่วไป สถาบันในทางกฎหมายนั้นมีคุณสมบัติในตัวเอง แม้ในกรณีที่มีความกดดันจากสภาพบังคับในทางเศรษฐกิจ อันเนื่องมาจากการดำเนินกิจการในทางธุรกิจ หรือเพื่อที่จะก่อให้เกิดเหตุผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายแก่กระบวนการเหล่านี้ ไม่อาจจะทำให้กล่าวได้ว่าก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ใหม่ในทางกฎหมายอันจะนำไปบังคับใช้ในกรณีอื่นใดด้วย"¹³⁰

หลักการกำหนดค่าทดแทน

ศาลเตือนให้รำลึกถึงการวินิจฉัยในตอนต้นของการระงับข้อพิพาทในปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ในสัญญา

¹³⁰ AMINOIL award. op. cit., p. 1035 - 1036.

ครั้งนี้ แม้ว่าข้อกำหนดให้ความมั่นคง (Stabilization Clause) ไม่อาจจะเป็นข้อกำหนดที่ห้ามมิให้รัฐ นำมาตรการการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ แต่ข้อกำหนดดังกล่าวก็ยังไม่ได้สูญเสียไป แต่ยังมีผลห้ามการนำมาตรการอันมีลักษณะเป็นการริบทรัพย์ (confiscatory character) มาบังคับใช้ ข้อกำหนดเหล่านี้เองให้สิทธิความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายแก่ผู้รับสัมปทานซึ่งศาลจะต้องคำนึง ศาลพิจารณาว่าสิทธิความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ คือ ผลกำไรตอบแทนในอัตราอันสมควร ในระหว่างระยะเวลาที่ AMINOIL ดำเนินกิจการอยู่บริษัทย่อมมีวัตถุประสงค์ที่จะได้รับ "ผลกำไรตอบแทนในอัตราที่สมควร" มิใช่ผลกำไรจากการคาดคะเน ซึ่งโดยความจริงแล้วไม่อาจจะมีขึ้นได้

จากการพิจารณาความคาดหวังในสัญญาจากสัญญาดั้งเดิม และการแก้ไขในภายหลัง โดยมีข้อกำหนดให้ความมั่นคงสนับสนุน ศาลวินิจฉัยว่า AMINOIL มีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยค่าทดแทน สำหรับความเสียหายโดยเทียบกับผลกำไรตอบแทนในอัตราอันสมควร จากทรัพย์สินที่ได้โอนเป็นของรัฐ การชดเชยค่าทดแทนจะเป็นไปตามมูลค่าสินทรัพย์ และผลกำไรที่สูญเสียไปในระยะเวลาอันสมควร ศาลปฏิเสธการคำนวณของ AMINOIL เกี่ยวกับผลกำไรที่สูญเสีย อันเนื่องมาจากสมมติฐานนี้ เพราะสมมติฐานที่ AMINOIL นำมาคำนวณนั้นผิดพลาด เนื่องจาก AMINOIL ยึดถือว่าสัญญาสัมปทานจะยังคงดำรงอยู่จนถึงปี ค.ศ. 2008 ตามข้อกำหนดในสัญญาดั้งเดิม ศาลเห็นว่าข้อสมมติฐานดังกล่าวไม่เป็นความจริง เพราะสภาพของสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไป อันเนื่องมาจากความตกลงใน ค.ศ. 1973 และข้อกำหนดของ Abu Dhabi formula นอกจากนี้ การติดต่อกันระหว่างสัญญาใน ค.ศ. 1976 - 1977 ชี้ให้เห็นว่า AMINOIL ได้สละผลกำไรดังกล่าว โดยไต่ยอมรับการคำนวณเกี่ยวกับผลกำไรในแนวทางใหม่¹³¹

แนวทางจากผลกำไรในอัตราที่เหมาะสม ก่อให้เกิดหน้าที่ 2 ประการ คือ กำหนดมูลค่าของผลกำไรที่เกิดขึ้นสมควรที่ AMINOIL ได้รับอันจะต้องคืนให้แก่รัฐบาล ศาลวินิจฉัยว่า AMINOIL เป็นหนี้รัฐบาลอยู่ตามจำนวนผลกำไรอันมากเกินควรที่เริ่มตั้งแต่

¹³¹ AMINOIL award. op. cit., 1041.

ค.ศ. 1975 อันเป็นที่ Abu Dhabi formular ควรจะเริ่มนำมาบังคับใช้ ผลกำไรที่
 มากเกินควรเหล่านี้คำนวณโดยการหักด้วยผลกำไรจากการลงทุนอันเหมาะสมในผลกำไร
 ทั้งหมด ผลกำไรจากการลงทุนอันเหมาะสมกำหนดไว้ปีละ 10,000,000 ล้านเหรียญ
 สำหรับการชดใช้ค่าทดแทน ศาลปฏิเสธข้อเรียกร้องของคูเวตที่ให้นำหลักการ
 ราคาในทางบัญชีมาคำนวณ วิธีการดังกล่าว ศาลอธิบายว่าจะเหมาะสมเฉพาะกรณีการ
 ลงทุนเมื่อเร็ววัน แต่ในกรณีอื่น ๆ แล้ว วิธีการแบบนี้จะเป็นเครื่องกำหนด อนุญาตตุลาการ
 ถือว่า ภาวะการณ์เงินเฟ้อของโลกให้อำนาจในการประเมินค่าทดแทนตามความเป็นจริงใน
 ทางการเงิน ในการคำนวณมูลค่าของค่าเสียหาย จะเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะกำหนดจากทุน
 ที่เพิ่มขึ้นในแต่ละปีอันประกอบด้วยราคาซื้อขายคั่งเค็ม ในเมื่อราคาซื้อขายดังกล่าวไม่ได้
 มีความสัมพันธ์กับราคาทุนในปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ ศาลพิจารณาว่าสินทรัพย์ของ AMINOIL
 ในฐานะจำนวนรวมทั้งหมดมากกว่าที่เป็นการพิจารณาแยกจากกัน ซึ่งหมายความว่า การ
 ประเมินมูลค่าควรจะทำโดยเป็นไปตามสิทธิคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เป็น
 เจ้าของ และด้วยเหตุนี้การเรียกร้องของ AMINOIL จากข้อกำหนดในทางการเงินใน
 ค.ศ. 1961 จะไม่นำมาคำนวณ แต่ศาลจะคำนวณจากอัตราผลประโยชน์ตอบแทนที่มีมูลค่า
 ปีละ 10 ล้านเหรียญสหรัฐ จำนวนเงินดังกล่าวนี้ ศาลจะกำหนดดอกเบี้ยให้อีกในอัตราร้อย
 ละ 7.5 ต่อปี และอัตราเงินเฟ้ออันมีมูลค่า 10 % ต่อปี

การให้เหตุผลของศาลในประเด็นนี้ เป็นการถูกต้องและสมควร อนุญาตตุลาการ
 พยายามที่จะกำหนดผลกำไรที่ขัดแย้งของทั้งสองฝ่ายให้สมดุล และปัญหาในหลักการต่าง ๆ
 ในคดี ในปัญหาเกี่ยวกับหลักการ ศาลรับเอาจุดยืนทางตะวันตก ในคดี Texaco ซึ่งได้
 วินิจฉัยว่า มติ 1803 (XVII) เป็นการรวบรวมกฎหมายที่เป็นอยู่ และตั้งนั้นบรรดามติ
 ของสมัชชาสหประชาชาติ ต่อมาคังเช่น Declartion of Economic Rights and
 Duties of State ไม่อาจจะถือเป็นมติที่มีอำนาจบังคับ เว้นไว้เสียแต่ว่า จะถือว่าเป็น
 เป็นจารีตประเพณีแบบพิเศษโดยเฉพาะอันจะมีผลบังคับระหว่างประเทศที่รับรอง หลักการ
 ดังกล่าวปฏิเสธวิธีการราคาในทางบัญชีแต่กลับสนับสนุนว่าการชดใช้ค่าทดแทน ควรจะมี
 พื้นฐานมา จากกำไรที่คาดไว้ และยังสนับสนุนต่อกฎเกณฑ์พื้นฐานว่า ในกรณีรัฐที่ยึดถือ
 การลงทุนจากต่างชาติ การชดใช้ค่าทดแทนควรจะต้องคุ้มไว้ซึ่งการลงทุนในอนาคต¹³²

¹³² AMINOIL award. op. cit. p. 1040 - 1041

กำหนดแทนที่ศาลวินิจฉัยให้คู่สัญญา

ศาลได้ปรับปรุงบังคับของสิทธิในทางการเงินและหนี้สินต่าง ๆ ในวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1977 อันเป็นวันที่คูเวต นำมาตรการโอนเป็นของชาติมาบังคับใช้ กับ AMINOIL

ศาลสรุปว่า จากความตกลงใน ค.ศ. 1973 AMINOIL ต้องชดใช้ให้รัฐบาล อยู่เป็นจำนวน 32,228,500 เป็นค่าภาคหลวงและภาษี Abu Dhabi formula มีผลบังคับในเดือนมกราคม ค.ศ. 1975 ศาลตัดสินว่าตั้งแต่ ค.ศ. 1975 ถึง ค.ศ. 1977 AMINOIL ได้รับผลกำไรทั้งสิ้นเป็นจำนวนเงินมีมูลค่า \$ 101,615,000 จาก Abu Dhabi formula รัฐบาลมีสิทธิในผลกำไรนี้เป็นจำนวนเงิน \$ 71,963,000 ศาลตัดสินว่า AMINOIL เป็นหนี้บุคคลที่สาม ตามขอกู้หาของรัฐบาลเป็นจำนวนเงิน \$ 18,849,500 ดังนั้นในวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1977 AMINOIL ต้องชำระให้ แก่รัฐบาลเป็นจำนวนเงินมีมูลค่า \$ 123,041,000

ศาลตัดสินในปัญหาที่กำหนดแทนที่ AMINOIL จะได้รับ โดยพิจารณามูลค่า ของกิจการทั้งหมด และพิจารณามูลค่าของส่วนประกอบของกิจการ ในการพิจารณามูลค่า ของสินทรัพย์ AMINOIL ศาลกำหนดโดยใช้มูลค่าของค่าสิทธิหรือสำหรับสินทรัพย์ถาวร และสินทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งจะได้มูลค่าของสินทรัพย์ทั้งหมด คือ \$ 206,041,000 ศาลนำ หนี้สินที่ AMINOIL มีต่อรัฐมาหักจำนวนเงินจำนวนนี้ AMINOIL จึงเป็นเจ้าหนี้รัฐบาล คูเวตเป็นจำนวนเงิน \$ 83,000,000

การวินิจฉัยหนี้สินทั้งหมดที่คูเวตมีต่อ AMINOIL ใน ค.ศ. 1982 ศาลได้ คำนวณจากเงินมูลค่าสินทรัพย์ของ AMINOIL อันมีมูลค่า 83,000,000 และรวมด้วย อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 17.5 ดังนั้น AMINOIL จึงมีสิทธิได้รับกำหนดแทนเป็นจำนวนเงิน มีมูลค่า \$ 179,750,654¹³³

ปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานในการคำนวณการชดใช้กำหนดแทนจากการโอนเป็น ของรัฐนี้แม้จะยังมีข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามการนำมาตรการโอนเป็นของ

¹³³ AMINOIL award. op. cit., p. 101 - 1042

รัฐมาบังคับใช้ รัฐอธิปไตยย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องทำการชดเชยค่าทดแทนให้กับบริษัทต่าง
ชาติ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อำนาจอธิปไตยนำมาซึ่งพันธกรณีต่าง ๆ ลักษณะ
สำคัญประการหนึ่งของอำนาจอธิปไตยก็คือ อำนาจของรัฐที่จะทำข้อตกลงต่าง ๆ และการ
ทำข้อตกลงของรัฐก็ต้องตอบสนองต่อสิทธิเรียกร้องตามบรรทัดฐานในกฎหมายระหว่าง
ประเทศ¹³⁴

ดังนั้นในกรณีสัญญาระหว่างภาครัฐบาลและบริษัทต่างชาติ ดังเช่นสัญญาสัมปทาน
ปิโตรเลียมเช่นนี้ การทำสัญญาซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทำข้อตกลงกับเอกชนต่าง
ประเทศ คู่สัญญาภาครัฐบาลก็ย่อมตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับ
พันธกรณีที่เกิดจากข้อตกลงนั้นด้วย เมื่อรัฐนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัท
ต่างชาติ รัฐก็ย่อมจะต้องทำการชดเชยค่าทดแทนตามหลักการอันเป็นที่ยอมรับในระหว่าง
ประเทศ

¹³⁴Fales, op. cit., p. 901