

ความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างฝ่ายรัฐบาล¹ และบริษัทเอกชนต่างประเทศ ถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนสองฝ่าย (synallagmatic contract) คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน (reciprocity) ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลและบริษัทเอกชนต่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบในสัญญาแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลแม้จะมีสถานภาพเป็นรัฐอธิปไตยซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนแห่งรัฐ ถ้าไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมแล้วย่อมจะมีความรับผิดชอบแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศเช่นกัน โดยเป็นไปตามหลักการปฏิบัติต่างตอบแทนในสัญญาต่างตอบแทนสองฝ่ายโดยทั่วไป

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้นจากบทบัญญัติในสัญญา ข้อกำหนดคกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้คือ บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลแล้ว ความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของคู่สัญญาภาครัฐบาลจะเป็นการวินิจฉัยโดยบทบัญญัติกฎหมายประการใด จากข้อกำหนดคกกฎหมายที่นำมาบังคับไว้ในสัญญา

การไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลนั้นอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยตรง หรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยวิธีการ

¹ฝ่ายรัฐบาลซึ่งเป็นผู้สัญญา โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม โดยอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี มีอำนาจออกสัมปทานให้กับเอกชนต่างประเทศ (กฎกระทรวงฯ ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2514 ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514)

อื่นใดนอกเหนือจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยตรง สำหรับปัญหาการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงนั้น การวินิจฉัยความรับผิดจากการผิดสัญญา ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา เพราะเหตุว่าความชอบธรรมในทางกฎหมายของสิทธิและหน้าที่ในสัญญานั้นจะเป็นไปตามกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา แต่สำหรับกรณีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยวิธีการอื่น ๆ ดังเช่น ในกรณีที่เกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลในฐานะรัฐอธิปไตยได้ใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนรัฐตราบทบัญญัติกฎหมายใด ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติกฎหมายในค่านิติบัญญัติ บริหาร อันมีผลบังคับแก่บุคคลและทรัพย์สินของบุคคลที่อยู่ในดินแดนรัฐ และถ้าหากว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นี้มีผลเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ในสัญญา หรือเพิกถอนสัญญาสัมปทาน นอกเหนือไปจากกรณีที่รัฐมีสิทธิเพิกถอนสัญญาสัมปทานปีโตร เลียมตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปีโตร เลียม² หรือ การที่รัฐบาลไทยนำมาตราการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) มาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศ ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การปฏิบัติดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้จะถือเป็นการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในสัญญาซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบในสัญญาได้หรือไม่ และความรับผิดชอบในสัญญาดังกล่าวนี จะถือว่าเป็นความรับผิดชอบในสัญญาโดยเป็นความรับผิดชอบตามบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาเพียงเท่านั้น หรือเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลเป็นผู้ทรงสิทธิในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวในกรณีนี้อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) อันถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเกิดจากสัญญาสัมปทานปีโตร เลียม ในปัญหาความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปีโตร เลียมตามที่กล่าวมานี้ จะแบ่งแยกการพิจารณาปัญหาดังกล่าวเป็นกรณีต่าง ๆ ดังนี้ คือ

² กฎกระทรวงฯ ข้อ 14 "การเพิกถอนสัมปทาน" (1)

1. ความรับผิดชอบในสัญญาจากการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือ เพิกถอนสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม
2. ความรับผิดชอบในสัญญาจากการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทเอกชนต่างประเทศ
3. ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาจากการละเมิดข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1)
4. ความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่ประเทศไทยทำสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกับประเทศอื่น

1. ความรับผิดชอบในสัญญาจากการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือ เพิกถอนสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้นจากพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2522 กำหนดระยะเวลาเกี่ยวกับการสำรวจปิโตรเลียมให้มีระยะเวลาไม่เกินแปดปี นับแต่วันให้สัมปทาน³ และระยะเวลาผลิตปิโตรเลียมให้มีกำหนดไม่เกินสามสิบปีนับแต่วันถัดจากวันสิ้นระยะเวลาสำรวจปิโตรเลียม⁴ ย่อมเห็นได้ว่าระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ดังนั้นถ้าหากว่าได้มีการเปลี่ยนแปลงในภาวะต่าง ๆ ดังเช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ตราบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน และบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือ เพิกถอนสัญญาสัมปทานแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะนำบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้กับคู่สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างประเทศ เพื่อให้ ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศเปลี่ยนแปลงไปจากความตกลงที่รัฐได้ให้ไว้ในสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศใดหรือไม่ การกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเช่นนี้จะถือเป็นการกระทำ

³ดู พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2522 มาตรา 25

⁴ดู พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2522 มาตรา 26

โดยชอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาเพียงไร คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ย่อมจะเกี่ยวเนื่องกับปัญหาว่า การกระทำดังกล่าวถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามความตกลงในสัญญาซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลมีความรับผิดชอบหรือไม่

ความตกลงในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมในกรณีเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้น ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวงฯ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน" (1) เนื้อหาของข้อกำหนดข้อ 12 (1) ดังกล่าวนี้นอกจากจะเป็นข้อกำหนดอันเป็นข้อตกลงที่ฝ่ายรัฐบาลได้ให้ไว้กับบริษัทต่างประเทศคู่สัญญาในสัญญาแล้ว ยังมีผลเป็นข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมที่จำกัดห้ามไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขแต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในกรณีต่าง ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ดังนั้นข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาล เช่นนี้จึงมีผลเป็นข้อกำหนดหน้าที่ให้ความคุ้มครองบริษัทต่างประเทศจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศโดยวิธีการนำบทบัญญัติกฎหมายภายในของราชอาณาจักรไทยที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในขณะที่มีการทำสัญญามายังบังคับใช้ได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ปัญหาจึงมีว่าข้อกำหนดหน้าที่ข้อ 12 (1) ในสัญญามีคุณค่าในทางกฎหมายที่จะจำกัดห้ามไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลเปลี่ยนแปลงแก้ไข สัญญาแต่ฝ่ายเดียวโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของราชอาณาจักรไทยกระทำการดังกล่าวได้โดยชอบด้วยกฎหมายได้เพียงใด ซึ่งในปัญหานี้จะแบ่งแยกการพิจารณาปัญหาออกเป็น

1.1 สถานภาพของข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน" (1)

1.2 คุณค่าทางกฎหมายของข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน" (1)

1.1 สถานการณ์ของข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

จากกฎกระทรวงฯ ออกตามความใน พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1) มีข้อความดังนี้ คือ

ข้อ 12

การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(ก) การประกอบกิจการปิโตรเลียมในแปลงสำรวจและพื้นที่ที่ผลิต รวมทั้งการใช้ที่ดินนอกแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียม

(ข) การนำคนต่างด้าว เครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์ และวัสดุอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักร

(ค) การคืนพื้นที่

(ง) การได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากรและเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ

(จ) การกำหนดและประกาศราคาปิโตรเลียม

(ฉ) การส่งปิโตรเลียมออก

(ช) การเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ

(ซ) การเสียค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้ตลอดจนการคำนวณค่า

ภาคหลวงและภาษีเงินได้

เมื่อพิจารณาเนื้อหาในข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 (1) นี้จะเห็นว่า ข้อ 12 (1) เป็นข้อกำหนดหน้าที่ซึ่งมีความหมายเป็นข้อกำหนดที่ให้ความมั่นคงและข้อกำหนด

ที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (stabilization and intangibility clause) ซึ่งปรากฏเป็นข้อกำหนดที่นิยมบัญญัติไว้ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ เพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขความสัมพันธ์ในสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศโดยการใช้อำนาจในฐานะรัฐ ผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนรัฐ

(ก) ความหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ในสัญญาสัมปทานโดยทั่วไป หมายถึง ข้อกำหนดที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ความมั่นคง หรือเสถียรภาพแก่ข้อกำหนดต่าง ๆ ที่สำคัญในสัญญา โดยจำกัดห้ามอย่างเด็ดขาดในการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะนำบทบัญญัติกฎหมายในค่านิติบัญญัติ บริหารที่เกิดขึ้นในเวลาภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญามายังบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน โดยเนื่องจากการนำมาบังคับใช้จะมีผลเป็นการเพิกถอน หรือ เปลี่ยนแปลงข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญา หรือมีผลเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้ในสัญญา ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) มีผลเป็นการจำกัดห้ามมิให้รัฐนำบทบัญญัติกฎหมายภายในรัฐที่บัญญัติในภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญากับ เอกชนต่างประเทศมาบังคับใช้กับบรรดาข้อกำหนดต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

1. การขึ้นอัตราภาษี ที่แตกต่างไปจากอัตราภาษีที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา หรือ ในขณะที่มีการทำสัญญา
2. การตราบทบัญญัติกฎหมายเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในทางการเงิน ประการใดเกี่ยวกับการอุตสาหกรรมหรือการพาณิชย์การใด ๆ ให้ข้อกำหนดทางการเงินดังกล่าวสูงกว่าข้อกำหนดทางการเงินที่ได้ทำความตกลงไว้ในสัญญา
3. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ดังเช่น กฎหมายเกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท ภาษีอากร ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวที่มีอำนาจบังคับใช้ในขณะที่มีการทำสัญญา
4. การเวนคืนทรัพย์สิน การโอนเป็นของชาติ และการดำเนินมาตรการในรูปแบบต่าง ๆ อันเป็นการขัดขวางการประกอบกิจการของบริษัทต่างประเทศ

เหล่านั้น⁶

ดังนั้น ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) จึงเป็น ข้อกำหนดที่เกี่ยวเนื่องกับการเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ใน สัญญา (ซึ่งใดก็แก่ กฎหมายแห่งสัญญาและกฎหมายของรัฐคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญา)⁷

(ข) ความหมายของข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Intangibility clause) ในสัญญาสัมปทานโดยทั่วไป หมายถึง ข้อกำหนดที่จำกัดห้าม การแก้ไข เปลี่ยนแปลง สิทธิและหน้าที่ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญา โดยปราศจากความยินยอม จากคู่สัญญา อันเนื่องจากสัญญาสัมปทานมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะ เวลานาน กู้สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศย่อมต้องการความมั่นใจว่า สิทธิและ หน้าที่ในทางสัญญาของตนจะไม่มี การเปลี่ยนแปลงไปโดยบทบัญญัติกฎหมายจากประเทศ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Intangibility clause) จึงเป็น ข้อกำหนดที่จะให้การรับประกันแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะ ไม่นำบทบัญญัติกฎหมายภายในรัฐที่ใดมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาเปลี่ยนแปลง แก่ สิทธิ และหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ⁸

ข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Intangibility clause) ถือเป็นข้อ กำหนดในสัญญาที่จะไม่ยอมรับการแก้ไข เปลี่ยนแปลงใด ๆ อันอาจเกิดขึ้นในสัญญา เนื่องจากแม้ว่ากฎหมายในสัญญาจะมีใช้กฎหมายของรัฐคู่สัญญาฝ่ายรัฐ สิทธิในสัญญาอาจ จะมีการเปลี่ยนแปลงใดโดยบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา โดยการที่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายเดียว ตราบบทบัญญัติกฎหมายภายในอันมีผลเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนสัญญา ดังเช่น การที่รัฐนำมาตราการโอนทรัพย์สินและสิทธิใน

⁶Asante, "Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process." I C L Q. 28 (1979) p. 409

⁷Op. cit., Chumporn Pachusanond. p. 342.

⁸Chumporn Pachusanond, op. cit., p. 377

การประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศเป็นของรัฐ ดังนั้น ข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) จึงเป็นข้อกำหนดที่ให้ความมั่นใจแก่เอกชนต่างประเทศว่า สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ทำการแก้ไขแต่ฝ่ายเดียวโดยใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

(ก) ข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 (1) ตามความหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นใจและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Stabilization and Intangibility clause)

เมื่อได้กล่าวถึงความหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นใจและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (stabilization and intangibility clause) จากบรรดาสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 (1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลและบริษัทต่างชาติ มีผลเป็นข้อกำหนดให้ความมั่นใจและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลงดังนี้ คือ

1. ข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 (1) "รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่าในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องดังต่อไปนี้" ข้อกำหนดเช่นนี้จึงมีผลเป็นข้อกำหนดว่า รัฐมนตรีฯ ผู้ลงนามในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ออกสัมปทานปิโตรเลียมให้แก่บริษัทต่างประเทศ ในฐานะเป็นการกระทำของบุคคลกระทำการในนามของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁹ ได้ทำความตกลงกับบริษัทต่าง

⁹ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ในการประชุมครั้งที่ 35 ได้ให้ความหมายของ การกระทำของรัฐ โดยการปฏิบัติของบุคคลกระทำการในนามของรัฐ ดังนี้คือ

(ก) เป็นที่ประจักษ์ชัดว่า บุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้นกระทำการในนามของรัฐ หรือ

(ข) บุคคลหรือกลุ่มบุคคลดังกล่าว ได้กระทำการในฐานะเป็นสมาชิกของคณะรัฐบาลในกรณีที่ไม่ประจักษ์ถึงอำนาจอย่างเป็นทางการ และอยู่ในภาวะการที่วินิจฉัยได้ว่าเป็นการกระทำเนื่องจากเป็นสมาชิกของคณะรัฐบาล (Article 8 Report of the I.L.C. on the work of its thirty second session, 5 May - 25 July

ได้ทำความตกลงกับบริษัทต่างประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลง แก๊ซ แต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ ดังที่กำหนดไว้ในข้อกำหนด ข้อ 12 (1) (ก) - (ข) ตลอดระยะเวลาที่สัญญาสัมปทานดังกล่าวยังมีอายุอยู่ข้อกำหนดเช่นนี้จึงมีผลในภายภาคหน้าในกรณีที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติปิโตรเลียม หรือพระราชบัญญัติอื่นใดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่อง ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดที่ 12 (1) (ก) - (ข) ให้เปลี่ยนแปลงไปจากความตกลงที่ได้กระทำไว้ในสัญญาแล้ว รัฐมนตรีฯ ย่อมไม่อาจจะนำบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ได้กับบริษัทต่างประเทศได้ เพราะการบังคับใช้จะทำให้ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน เปลี่ยนแปลงไปจากที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ด้วยเหตุนี้ข้อ 12 (1) จึงมีผลเป็นข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) ดังที่ได้ปรากฏในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศโดยทั่วไป

2. ข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 (1) (ก) - (ข) มีความหมายเป็นข้อกำหนดให้ความมั่นคง (Stabilization clause) ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

- จากข้อ 12, (1) (ก) มีความหมายว่า รัฐมนตรีให้การรับรองแก่คู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างชาติว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ในการประกอบกิจการปิโตรเลียม ในการใช้ที่ดินเกี่ยวกับการเก็บรักษา หรือขนส่งปิโตรเลียม จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลฝ่ายเดียว ดังนั้น ในกรณีนี้จึงเป็นการจำกัดอำนาจในการที่รัฐจะนำบทบัญญัติกฎหมายภายในของราชอาณาจักรไทย ที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง แก๊ซ เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในกรณีดังกล่าวมาบังคับใช้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอาจจะรวมถึงการที่รัฐจะนำมาตรการโอนเป็นของ

ข้อ (9) 1980, G.A. Off. Recs., Thirty fifth session, Suppl. No. 10 (A/35/10), p. 59.

รัฐ (nationalization) มาบังคับใช้ด้วย ในกรณีการโอนเป็นของรัฐนี้ ประเทศไทย ได้กำหนดให้การรับรองไว้จาก พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 64 (1) ซึ่งมีข้อความดังนี้ คือ

มาตรา 64 ให้ผู้รับสัมปทานได้รับหลักประกันว่า

(1) รัฐจะไม่บังคับโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมของผู้รับสัมปทานมาเป็นของรัฐ เว้นแต่การโอนตามข้อกำหนดในสัมปทาน

ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ จึงเป็นผลเนื่องมาจากบทบัญญัติ มาตรา 64 (1) ใน พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 64 นี้เอง

จากข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 (1) (ข) มีความหมายว่า รัฐมนตรีฯ รับรองว่าจะไม่ทำการเปลี่ยนแปลง แก๊ซ แต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับสิทธิในการนำคนต่างด้าว เครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์และวัสดุอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักร ตามที่ได้ตกลงไว้โดยเป็นไปตาม พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 69, 70 ด้วยเหตุนี้แม้ว่ารัฐบาลไทยจะไดตรา พ.ร.บ. ปิโตรเลียมขึ้นใหม่ โดยประกอบด้วยบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะนำบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้กับคู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศไม่ได้ เพราะการบังคับใช้จะมีผลเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เกี่ยวกับสิทธิตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

จากข้อ 12, (1) (ก) มีความหมายว่า รัฐมนตรีฯ รับรองว่าจะไม่ทำการแก้ไข แต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน ในกรณีเกี่ยวกับการคืนพื้นที่ตามที่ได้ทำความตกลงไว้กับบริษัทต่างประเทศ โดยเป็นไปตาม พ.ร.บ. ปิโตรเลียมที่มีผลบังคับในขณะที่มีการทำสัญญา ในกรณีนี้จึงเป็นการจำกัดห้ามการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะนำบทบัญญัติกฎหมายใน พ.ร.บ. เกี่ยวกับการคืนพื้นที่ที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาบังคับใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายได้¹⁰

¹⁰ จาก พ.ร.บ. ปิโตรเลียม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2522 ซึ่งการตราพระราช

ข้อ 12 (1) (จ) มีความหมายว่า รัฐมนตรีฯ จะไม่ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับการได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากร และเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ โดยเป็นไปตาม พ.ร.บ. พิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 70, 71¹¹ ดังนั้นข้อกำหนดดังกล่าวนี้จึงเป็นการจำกัดห้ามในการที่สัญญาฝ่ายรัฐจะทำการเปลี่ยนแปลง แก้ไข แต่ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวโดยการนำบทบัญญัติกฎหมายใน พ.ร.บ. พิโตรเลียม ที่ได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง มาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศ

ข้อ 12 (1) (จ) หมายความว่า รัฐมนตรีฯ จะไม่ทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขแต่ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับการกำหนดและประกาศราคาดิโตรเลียม ซึ่งได้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญา โดยเป็นไปตามบทบัญญัติใน พ.ร.บ. พิโตรเลียม เกี่ยวกับ การกำหนดและการประกาศราคาดิโตรเลียมในขณะที่มีการทำสัญญา ข้อกำหนดเช่นนี้จึงมีผลเป็นการจำกัดห้ามไม่ให้สัญญาฝ่ายรัฐนำบทบัญญัติกฎหมายที่ได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาบังคับใช้กับผู้รับสัมปทาน

ข้อ (10) บัญญัติดังกล่าวนี้ขึ้น เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่ว่าด้วยการต่อระยะเวลาสำรวจปิโตรเลียม การต่อระยะเวลาผลิตปิโตรเลียม การปฏิบัติตามข้อผูกพันในการสำรวจปิโตรเลียม ตามที่ได้กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. พิโตรเลียม พ.ศ. 2514 แต่ใน พ.ร.บ. พิโตรเลียม พ.ศ. 2522 มาตรา 9 ได้บัญญัติว่า "บทบัญญัติมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 31 มาตรา 32 และมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ ไม่กระทบกระเทือนสิทธิตามสัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ที่ได้ออกไปก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ" จากบทบัญญัติมาตรา 9 เช่นนี้ จึงเป็นการแสดงว่าได้มีการคำนึงถึงความตกลงที่ได้กระทำไว้กับบริษัทต่างชาติในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม จึงได้กำหนดที่จะไม่นำบทบัญญัติกฎหมายที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปมาบังคับใช้กับบริษัทต่างชาติในสัญญาที่ได้มีการทำสัญญาก่อนที่ พระราชบัญญัติฉบับนี้จะได้มีการประกาศใช้

¹¹ ดู พ.ร.บ. พิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 70 และมาตรา 71

ข้อ 12 (1) (ฉ) หมายความว่า รัฐมนตรีฯ จะไม่ทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไข แต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการส่งปิโตรเลียมออกที่มีผลบังคับใช้ในประเทศไทยใน ขณะที่มีการทำสัญญา ข้อ 12 (1) (ฉ) นี้ บัญญัติโดยสอดคล้องกับ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 64 (2)¹² ด้วยเหตุนี้จึงมีผลเป็นการจำกัดห้ามไม่ให้ผู้สัญญาฝ่าย รัฐทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง แต่ฝ่ายเดียวในการส่งปิโตรเลียมออก โดยบทบัญญัติกฎหมาย ภายในราชอาณาจักร

ข้อ 12 (1) (ช) หมายความว่า รัฐมนตรี จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับการเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศของบริษัทต่างประเทศในสัญญา โดยเป็น ไปตาม พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 78 ข้อกำหนดเช่นนี้จึงมีผลเป็นการ จำกัดห้ามไม่ให้ผู้สัญญาฝ่ายรัฐทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ในสิทธิของบริษัทต่างประเทศ ตามกรณีดังกล่าว โดยการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งเงินตราออกนอกประเทศตาม พ.ร.บ. ปิโตรเลียมหรือบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเงินตราออกนอกประเทศของ ไทย ที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตร เลียมมาบังคับใช้กับผู้สัญญาดังกล่าว

ข้อ 12 (1) (ซ) หมายความว่า รัฐมนตรีฯ จะไม่ทำการเปลี่ยนแปลง แก้ไข แต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการเสียค่าภาคหลวง และภาษีเงินได้ ตลอดจนการ กำหนดค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ดังปรากฏในข้อกำหนด 10 (2) (3) ค่าสงวนพื้นที่ ค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้ และส่วนลด¹³ จากข้อ 10 (2) (3) นี้ได้มีการกำหนดว่า ส่วนลดในสัญญาจะเป็นไปตามกฎกระทรวง. พ.ศ. ใด ตามที่ จะได้กำหนดไว้ในสัญญา และเช่นเดียวกัน การเสียภาษีเงินได้ในประกอบกิจการของ บริษัทต่างประเทศ จะมีอัตราประการใดย่อมเป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาที่กำหนดอัตราภาษี

¹² พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 64 (2)

¹³ พ.ร.บ. กฎกระทรวงฯ ฉบับที่ 4 ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ข้อ 10 (2) (3)

เงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. ใด ตามที่จะได้ทำความตกลงกันในขณะที่มีการทำสัญญาข้อ 12 (1) (ซ) นี้เมื่อประกอบกับข้อ 10 (2) (3) แล้ว ข้อ 12 (1) (ซ) จึงมีความหมายเป็นข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause หรือ freezing clause ในการเสียดำภาคหลวง ภาษีเงินได้ และส่วนลดต่าง ๆ เป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายที่สัญญาตกลงนำมาบังคับใช้ในสัญญาในกรณีต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้

ง. ตัวอย่างของบรรดาข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) และข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศอื่น ๆ

ตัวอย่างของข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญาอื่น ๆ

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐอียิปต์ บริษัทการปิโตรเลียมแห่งอียิปต์และบริษัทเอสโซ่แห่งอียิปต์ มาตรา

(ก) เอสโซ่และบริษัทร่วมจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายอันเป็นไปตามพระราชบัญญัติหมายเลข 66 ซึ่งประกาศใน ค.ศ. 1953 และที่ได้มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติหมายเลข 86 ซึ่งได้ประกาศใน ค.ศ. 1956 โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จะให้ความปลอดภัยและการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพแก่บริษัท โดยเป็นไปตามหลักการสงวนทรัพยากรปิโตรเลียมของสาธารณรัฐอียิปต์ที่ได้กำหนดไว้ จะไม่มีกฎเกณฑ์ใด การแก้ไขเปลี่ยนแปลงประการใด หรือ การตีความอย่างใด ซึ่งจะขัดแย้งหรือไม่เป็นไปตามข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญานี้

(ข) สิทธิและหน้าที่ของอียิปต์ - บริษัทการปิโตรเลียมแห่งอียิปต์ ตามสัญญานี้จะบังคับและเป็นไปตามข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาดังกล่าว และจะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขก็แต่โดยความตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญา¹⁴

¹⁴Egypt - Egyptian General Petroleum Corporation - Esso. Concession Agreement for Petroleum Exploration and Production (December 14, 1974) I L M 14 (1975), p. 92

ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว เป็นการแสดงถึง การให้ความมั่นคงแก่สิทธิและหน้าที่ในสัญญาของบริษัทเอสโซ่ โดยจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดไว้ในสัญญาในขณะที่มีการทำสัญญาเหล่านั้น

เช่นเดียวกันจากข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ในสัญญาหลักของสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐกานาและบริษัทอูมิเนียมวอลตา วันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1962 มีข้อความดังนี้ คือ

"เว้นไว้เสียแต่ว่าจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น สัญญานี้รวมทั้งเอกสารข้อกำหนดต่าง ๆ จะตีความและมีผลบังคับตามหลักกฎหมายกานาที่มีอยู่ ณ วันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1962"¹⁵

ความตกลงในการส่งเสริมและดำเนินการเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐอิสลามมอริทานีย (La Republique Islamique de Mauritanie et Texaco Mauritania Inc.) ได้มีการกำหนดข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ในมาตรา 4 แห่งสัญญาดังนี้ คือ

4.1 รัฐบาลให้การประกันแก่บริษัทว่า ในระหว่างระยะเวลาแห่งความตกลงนี้ ความมั่นคงในข้อกำหนดต่าง ๆ ดังเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับ กฎหมาย เศรษฐกิจ การเงิน และการคลัง อันมีผลในการดำเนินการของบริษัท จะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับในขณะที่มีการทำสัญญาดังนี้

4.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแร่จะมีผลบังคับใช้ตลอดไปสำหรับสัญญาดังนี้ โดยเป็นไปตามข้อกำหนดที่กำหนดไว้ในภาคผนวก ซึ่งได้แยกไว้ต่างหากในสัญญาดังนี้¹⁶

¹⁵Op. Cit., Chumporn Pachusanond, p. 372

¹⁶La Convention d'Establissement et de fonctionnement, signée le 1 er janvier 1971 entre la Republique Islamique de Mauritanie et Texaco Mauritania Inc., อ้างโดย Chumporn Pachusanond. p. 374.

บทบัญญัติข้อกำหนด 4 ในสัญญาฉบับนี้ เป็นตัวอย่างอันดีของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ไม่ว่าจะ เป็นกรณีเกี่ยวกับระยะเวลาหรือภาวะการณ์ในทางสัญญา ในกรณีปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาหรือภาวะการณ์ในทางสัญญา ในกรณีปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลา ข้อกำหนดนี้จะให้ความมั่นคงสำหรับบทบัญญัติกฎหมายตลอดระยะเวลาแห่งการปฏิบัติตามสัญญา ในกรณีภาวะการณ์แห่งสัญญาข้อกำหนดดังกล่าวจะมีผลถึงกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาอย่างชัดเจน ข้อกำหนดให้ความมั่นคงมิได้มีผลเฉพาะเกี่ยวกับบทบัญญัติกฎหมายแห่งสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีผลถึงบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ที่บังคับใช้ในดินแดนแห่งรัฐอันเกี่ยวเนื่องกับการลงทุน¹⁷

ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบียและ Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบียและ Libyan American Oil Company และสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบีย และ B P Exploration Co. Ltd.

"ข้อ 16 (2) สัญญาสัมปทานฉบับนี้จะตีความตามกฎหมายปิโตรเลียมรวมถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีอำนาจบังคับในขณะที่มีการทำสัญญาตลอดระยะเวลาที่สัญญาสัมปทานมีอายุอยู่ รวมถึงบทบัญญัติการแก้ไขกฎเกณฑ์ใด ๆ ตามบทสัญญาข้อที่ 2 ในสัญญาซึ่งประกอบอยู่ในสัญญาฉบับนี้ การแก้ไข หรือ การยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ จะไม่มีผลต่อสิทธิในทางสัญญาของบริษัทโดยปราศจากความยินยอมของบริษัท"¹⁸

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐคูเวตและ The American Independent Oil Company (Aminoil) ได้มีการกำหนดข้อกำหนดให้ความมั่นคง (Stabilization clause) ไว้ในสัญญาดังนี้ คือ

¹⁷Op. cit., Chumporn Pachusanond, p. 374

¹⁸Texaco Overseas Petroleum/California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic. I L M. 17 (1978), p.24.

Article. 17. เจ้านครจะไม่นำบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปหรือบทบัญญัติกฎหมายพิเศษประการใดโดยเฉพาะ หรือมาตรการในทางบริหาร หรือมาตรการอื่นใด มาบังคับใช้อันจะมีผลเป็นการยกเลิกสัญญา เว้นไว้เสียแต่จากที่ได้กำหนดไว้ในข้อกำหนด 11 จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดใดในสัญญาไม่ว่าโดยเจ้านครหรือบริษัท เว้นไว้เสียแต่ว่าในกรณีที่เจ้านครและบริษัทมีความเห็นพร้อมต้องกันว่า สมควรกระทำเพื่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่จะทำการเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือ เพิ่มเติมข้อกำหนดประการใดในสัญญา¹⁹

จากบรรดาตัวอย่างของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) แสดงให้เห็นว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) เป็นข้อกำหนดที่จำกัดห้ามการนำบทบัญญัติกฎหมายภายในรัฐในด้านเกี่ยวกับ การเงิน การคลัง ภาษีอากร การนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ฯลฯ ที่นอกเหนือไปจากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวที่ได้กำหนดไว้ในสัญญามาบังคับใช้กับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในสัญญาสัมปทาน ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) จึงเป็นข้อกำหนดที่มีผลจำกัดห้ามการนำกฎหมายภายในดินแดนของรัฐที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากบทบัญญัติกฎหมายที่ได้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญามาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ในสัญญา

ตัวอย่างของข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Intangibility clause)

ในสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐบาลคูเวตและ The American Independent Oil Company ได้มีการกำหนดข้อกำหนดในสัญญาอันมีผลเป็นข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง ดังนี้คือ

¹⁹State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil) I L M. 21 (1982), p. 102

“เพื่อธำรงไว้ซึ่งพันธุกรรม สัญญานี้จะไม่สิ้นสุดไปก่อนที่จะหมดระยะเวลาแห่งสัญญา ดังที่ได้อำหนดไว้ในข้อกำหนดที่ 1 ในสัญญา เว้นไว้เสียแต่ว่าจะเป็นไปตามข้อกำหนด 12 หรือบริษัทใดผิดสัญญาตามที่ได้อำหนดไว้ในข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ ตามข้อกำหนดที่ 18 ในสัญญา”²⁰

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสุลต่านแห่งรัฐโอมานและ Le Sun Groups ได้มีการกำหนดข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Intangibility clause) ในบทบัญญัติที่ 22-1 ในสัญญาซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้ คือ

“สุลต่านจะไม่เพิกถอนสัญญานับนี้ โดยบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป หรือ บทบัญญัติกฎหมายใดโดยเฉพาะ หรือ โดยมาตรการในทางการบริหาร หรือ มาตรการในประการอื่นใด เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการผิดสัญญาโดยคู่สัญญาอีกฝ่าย”²¹

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบียและบริษัทต่างชาติทั้งสามบริษัท ซึ่งได้แก่ Texaco/California Asiatic Oil Company, Libyan American Oil Company, B P Exploration Company Ltd. ข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) มีใจความดังนี้ คือ

“รัฐบาลลิเบียจะกำหนดมาตรการที่จำเป็นทุกประการ เพื่อเป็นการรับรองว่าบริษัทจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ดังที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานนี้ สิทธิในทางสัญญาที่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งจะไม่มีการเปลี่ยนแปลง เว้นไว้เสียแต่จะโดยความยินยอมร่วมกันระหว่างคู่สัญญา”²²

²⁰Ibid.

²¹L'accord pétrolier du 14 février 1973 entre le Sultan d'Oman et le Sun. Groups อ้างโดย Chumporn Pachusanond Op. cit., p. 378

²²Texaco/California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic. I L M. 17 (1978), p. 24

1.2 คุณค่าทางกฎหมายของข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน"

(1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

ข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน" (1) นี้ เป็นการแสดงถึงการให้การรับรองแก่คู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศว่าสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาดังกล่าวจะไม่มีเปลี่ยนแปลง แก้อไข โดยการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนรัฐ แต่อย่างไรก็ตามข้อ 12 (1) นี้ก็มีฐานะเป็นข้อกำหนดหน้าที่ประการหนึ่งในสัญญา ดังนั้น ข้อกำหนดหน้าที่เช่นนี้จะมีผลเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะรัฐอธิปไตย ใค้อ่างไร

1.2.1 ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน" (1) สถานภาพในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

ตามข้อความใน ข้อ 12 (1) ข้อกำหนดหน้าที่เช่นนี้มีความหมายเป็นข้อกำหนดให้ความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (stabilization and intangibility clause) ในสัญญาสัมปทาน ซึ่งย่อมจะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับจากกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญา ดังเช่นที่ ศาสตราจารย์ P.Weil ได้กล่าวถึงข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเอกชนต่างประเทศในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่นำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ในสัญญาไว้ดังนี้ คือ "ข้อกำหนดให้ความคุ้มครอง เช่นเดียวกับข้อกำหนดหน้าที่อื่น ๆ ในสัญญาย่อมอยู่ภายใต้บังคับจากกฎหมายภายในของรัฐ และผลจากการที่สัญญาอยู่ภายใต้บังคับจากกฎหมายภายในของรัฐ ย่อมเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว"²³

²³P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique"; *Mélanges offerts à Charles Rousseau* (1974), p. 317.

ในกรณีสัญญาอยู่ภายใต้อำนาจบังคับจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ความพยายามที่จะให้การคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนไม่อาจจะเป็นผลสำเร็จและบังเกิดขึ้นได้ เพราะคุณค่าของข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเอกชนต่างประเทศ ความรับผิดชอบในสัญญาจะกำหนดโดยกฎหมายภายใน คู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยสูงสุดภายในดินแดนของรัฐ จึงอาจแก้ไขบทบัญญัติกฎหมาย หรือปฏิเสธหน้าที่ในสัญญาโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ถ้าหากว่าข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเป็นเพียงข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญาเท่านั้น บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ หรือ เจื่อนไขในสัญญาที่ได้กำหนดแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐย่อมจะเข้ามามีผลบังคับกับสัญญาดังกล่าว เป็นไปได้อย่างไรที่ข้อตกลงในสัญญาที่นำกฎหมายภายในมาบังคับใช้มีผลทำให้รัฐไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมาย หรือ จะต้องละเว้นที่จะใช้อำนาจรัฐโดยข้อกำหนดในสัญญาที่กระทำกับเอกชนต่างประเทศ คุณค่าของข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเอกชนต่างประเทศจะไม่มีผลเลยถ้าหากว่า สัญญาดังกล่าววนำบทบัญญัติกฎหมายภายในมาบังคับใช้²⁴

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐมนตรีฯ และบริษัทต่างประเทศนั้น กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา คือ บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้ถ้าหากว่าได้เกิดกรณีพิพาทโดยคู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศร้องเรียนว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลไม่ปฏิบัติตามหน้าที่กำหนด โดย ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน" (1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ข้อกำหนดหน้าที่ดังกล่าวจะมีคุณค่าตามกฎหมายที่จะจำกัดไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง สัญญาแต่ฝ่ายเดียวหรือไม่ในสัญญาที่นำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้เช่นนี้ อนุญาโตตุลาการผู้วินิจฉัยข้อพิพาทตามข้อ 13 ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม²⁵ ย่อมจะต้องวินิจฉัยว่าข้อกำหนดหน้าที่ เช่นนี้ นำหลักกฎหมายอะไรมาบังคับใช้กับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

²⁴ Chumporn Pachusanond, Op. cit., p. 386.

²⁵ กฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 13 "การระงับข้อพิพาท"

ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) นี้ ได้มีผู้เสนอทัศนะว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) จะอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเหตุว่า ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อตกลงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ละเว้นที่จะไม่ใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะรัฐอธิปไตย ทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือ เพิกถอนสัญญา²⁶ จากกรณีวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ Dupuy ในคดี Texaco/California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic มีความเห็นว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) จะเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ทำให้สัญญาอยู่นอกเหนืออำนาจบังคับของกฎหมายภายในของรัฐ และทำให้บริษัทมีความสามารถและสถานภาพที่จะต้านทานกับการใช้อำนาจอธิปไตยของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีต่อเอกชนต่างประเทศ โดยเนื่องจากสัญญาดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งทำการรับรองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในสถานภาพทางกฎหมายและสถานภาพทางเศรษฐกิจภายในระยะเวลาที่กำหนด²⁷ ด้วยเหตุนี้ ถ้าข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ อยู่ภายใต้บังคับจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ข้อกำหนดหน้าที่ดังกล่าวจึงมีคุณค่าในทางกฎหมายที่จะจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ เพราะการละเมิดข้อกำหนดดังกล่าวในสัญญา ถือว่าเป็นการละเมิดสัญญา ซึ่งจะต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา

²⁶Christopher Greenwood, "State Contracts in International Law - The Libyan Oil Arbitrations", B Y I L (1982), p. 53, Peter Fischer, "Concessions", in Encyclopedia of Public International Law. Vol. 8 (Amsterdam; Elsevier Science Publishers B.Y., p. 105

²⁷Texaco/California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic. I L M. 17 (1978) para. 62, p. 22

1.2.2 คุณค่าในทางกฎหมายของ ข้อ 12 (1) ในสัญญาสัมปทาน
ปิโตรเลียมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

จาก ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนี้ ถ้าหากว่ามีสภาพเป็นเพียงข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังเช่นข้อกำหนดหน้าที่อื่น ๆ ในสัญญาแล้ว ข้อกำหนดหน้าที่ดังกล่าวไม่อาจจะมีคุณค่าทางกฎหมายที่จะจำกัดการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปไตยทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของบริษัทต่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมได้ เพราะเหตุว่า อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดและสูงสุดเหนือบุคคลและทรัพย์สินภายในดินแดนรัฐ รัฐมีอำนาจอธิปไตยที่จะทำการตราบทบัญญัติกฎหมายประการใดที่จะมีผลบังคับแก่บุคคลและทรัพย์สินภายในดินแดนรัฐได้เสมอ ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาจะมีผลเป็นการจำกัดการใช้ อำนาจดังกล่าวได้อย่างไรตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ในกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศนั้น การจำกัดการใช้ อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญานั้น รัฐสามารถกระทำได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังปรากฏในการวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการในคดี Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO) อนุญาโตตุลาการกล่าวว่า

"โดยเหตุผลจากการเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยสูงสุดเหนือดินแดนของรัฐ รัฐมีอำนาจตามกฎหมายที่จะอนุมัติสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีข้อจำกัดว่ารัฐจะไม่เพิกถอนสิทธิต่าง ๆ ที่รัฐได้ให้ไว้ในสัญญาสัมปทานก่อนที่สัญญาดังกล่าวจะหมดอายุ รัฐได้ทำความตกลงอนุมัติสิทธิต่าง ๆ ในสัญญา โดยรัฐจะไม่ใช้อำนาจเพิกถอนสิทธิดังกล่าวเช่นนั้น ไม่มีหลักกฎหมายประการใดที่จะบัญญัติห้ามไม่ให้รัฐทำความตกลงที่ไม่อาจเพิกถอนได้เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญา เช่นนี้ได้"²⁸

²⁸ ARAMCO. awards. 24 I.L.R. p. 117

เช่นเดียวกันอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานระหว่าง Sapphire และ National Iranian Oil Company.²⁹ ได้วินิจฉัยรับรองว่า รัฐมีอำนาจที่จะทำข้อตกลงจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญาได้ ดังเช่นที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี ARAMCO ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้

ดังนั้น จึงเป็นการยอมรับว่ารัฐมีอำนาจทำข้อตกลงจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญาได้ และเมื่อรัฐได้ทำข้อตกลงเช่นนี้กับเอกชนต่างประเทศแล้ว รัฐจะต้องผูกมัดตามข้อตกลงดังกล่าวด้วย หลักการเกี่ยวกับการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนี้ ต่อมาจึงได้มีการวินิจฉัยรับรองไว้ในคดี *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*. ในกรณีพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทานแร่ Bauxite โดยเนื่องจากการที่รัฐบาลจาไมก้าได้ทำการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับสิทธิในการชำระค่าธรรมเนียมและภาษีของบริษัทดังกล่าว โดยรัฐบาลได้ประกาศการเพิ่มค่าธรรมเนียมในการประกอบกิจการแร่ Bauxite เพิ่มขึ้นจากที่ได้กำหนดไว้แต่เดิมในสัญญา รัฐบาลได้ประกาศ Bauxite (Production Levy) Act of 1974 เพิ่มอัตราภาษีเรียกเก็บภาษีจากแร่ที่ผลิตได้เพิ่มขึ้นจากเดิมที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับแร่ของจาไมก้าจำกัดปริมาณการผลิตขั้นต่ำและเรียกเก็บค่าภาคหลวงเพิ่มขึ้น การกระทำดังกล่าวของรัฐบาลนี้ บริษัทได้ร้องเรียนว่าเป็นการละเมิดข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญา อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยรับรองการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยข้อตกลงในสัญญาไว้ดังนี้ คือ

"ภาวะการณ์ใน จาไมก้าเกี่ยวกับบริษัทอลูมิเนียมเหล่านี้ คือ การที่รัฐบาลต้องการจะทำความตกลงในระยะเวลาอันยาวนานกับนักลงทุนต่างประเทศ เพื่อที่จะพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในด้านทรัพยากรธรรมชาติ ด้วยวัตถุประสงค์เช่นนี้เอง รัฐบาลจำต้องเสนอวิธีการชดเชยด้วยวิธีการต่าง ๆ ดังเช่น มาตรการในด้านภาษีอากร

²⁹Sapphire v. NIOC. 35 I L R. p. 136

ตลอดจนการให้การรับรองในต่าง ๆ โดยมีกำหนดระยะเวลาไว้ ถ้าหากว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐไม่อาจจะจำกัดได้ โดยการเข้าทำสัญญาอันมีข้อผูกมัดเช่นนี้ รัฐย่อมจะสูญเสียโอกาสในการทำสัญญาเพื่อที่จะได้รับประโยชน์อันจำเป็นของรัฐ ดังนั้นในการที่จะตอบสนองต่อความคาดหวังของเอกชนต่างประเทศ รัฐจึงจำต้องจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ การกระทำเช่นนี้มีความหมายเช่นเดียวกับการที่รัฐทำความตกลงทางการเงินระหว่างประเทศ ดังเช่น การเสนอขายพันธบัตรรัฐบาลซึ่งมีกำหนดระยะเวลาจ่ายคืนเป็นเวลายาวนานใน ตลาดการเงินต่างประเทศ จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศข้อผูกมัดที่รัฐทำกับคนต่างชาตินั้นจะมีผลผูกมัดรัฐโดยไม่คำนึงถึงอำนาจของรัฐสภาหรือองค์กรของรัฐตามบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญภายในรัฐ ในการที่จะลบล้างหรือยกเลิกข้อผูกมัดเหล่านี้ ดังนั้นไม่ว่าจะอยู่ในสถานการณ์อย่างใด จาไมก้าไม่อาจจะใช้อำนาจอธิปไตยไปในแนวทางอื่นใดในการได้รับเงินทุนจากเอกชนต่างประเทศ ในการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติหรือดึงดูดการลงทุนในกิจการอุตสาหกรรมจากคนต่างชาติ ถ้าหากว่าในการที่จะสนองตอบต่อวัตถุประสงค์นี้ จาไมก้าเพียงแต่ทำสัญญาโดยไม่มีผลผูกมัดในสัญญาเลยย่อมเป็นการไม่มีเหตุผล โดยเนื่องจากสัญญาใดกระทำขึ้นโดยมีข้อผูกมัดดังนี้ แม้ว่าข้อผูกมัดดังกล่าวยังไม่มีรูปแบบที่แน่ชัดในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ให้คุณค่าแก่ข้อผูกมัดเช่นนี้ ด้วยเหตุนี้ข้อผูกมัดใด ๆ จึงมีผลผูกมัด³⁰

ศาสตราจารย์ Weil ได้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับคุณค่าทางกฎหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) และข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) ไว้ โดยได้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในสัญญาและความสัมพันธ์กับรัฐคู่สัญญา ในกรณีสัญญาเกี่ยวกับ

³⁰Revere Copper & Brass, Inc., v. O P I C. I L M. 17. (1978), pp. 1342 - 43.

การลงทุน แม้ว่าสัญญาจะนำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ ก็ไม่ได้หมายความว่า สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่มีผลผูกพันต่อรัฐของเอกชนต่างประเทศ ถ้าหากว่าสัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญา ตามทัศนะของศาสตราจารย์ Weil หน้าที่ในสัญญาของสัญญาฝ่ายรัฐตามข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) และข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) เป็นหน้าที่ซึ่งรัฐจะต้องปฏิบัติตามถ้ารัฐได้รับรองไว้แล้วในสัญญาโดยข้อกำหนดดังกล่าวว่า รัฐจะวันที่จะใช้อำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ ทั้งนี้ ถ้าหากรัฐไม่ปฏิบัติตามความตกลงที่รัฐได้ให้ไว้รัฐจะต้องรับผิดชอบผู้ลงทุนต่างชาติดังกล่าว หรือ ในบางกรณีอาจมีความรับผิดชอบต่อรัฐที่เอกชนต่างประเทศมีสัญชาติ³¹

"หากยอมรับว่า รัฐจะใช้กฎหมายภายในของรัฐอื่นเนื่องมาจากรัฐเป็นผู้มีอำนาจในทางนิติบัญญัติหรือใช้อำนาจจากบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญ เปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญาที่รัฐกระทำกับคนต่างชาติได้ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อมองดูที่หลักกฎหมายระหว่างประเทศ อาจจะกล่าวได้ว่า กฎหมายภายในของรัฐไม่ได้เป็นหลักกฎหมายประการเดียวที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ในกรณีเกี่ยวกับกฎหมายภายใน การปฏิบัติตามกฎหมายภายในในสัญญาอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ โดยถือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศจากการใช้อำนาจของบทบัญญัติกฎหมายภายใน เปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญา³²

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับคุณค่าทางกฎหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (stabilization and intangibility clause) ในการจำกัดการใช้สิทธิเพิกถอนสัญญาหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของรัฐนั้น มีรากฐาน

³¹Weil, op. cit., p. 321

³²Ibid. p. 318

มาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญา (le droit international des contrats) โดย P. Weil ได้กล่าวว่า

"พื้นฐานในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญานั้น เนื่องมาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวนี้ ถือเป็นหลักกฎหมายในค้ำเนือหาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญา (le droit international des contrats)³³

คุณค่าทางกฎหมายของข้อกำหนดดังกล่าวสามารถจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยการทำรัฐจะนำบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ มาทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนสัญญาได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ศาสตราจารย์ Weil เห็นสมควรที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ คุณค่าทางกฎหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (stabilization and intangibility clause) ตามความคิดเห็นของศาสตราจารย์ Weil นี้แม้จะเป็นไปตามกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยถ้าสัญญานำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ ข้อกำหนดดังกล่าวจะไม่มีคุณค่าทางกฎหมายในการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐได้ก็จริงแต่ตามข้อคิดเห็นของ P. Weil สัญญาอยู่ในบังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (หลักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสัญญา) แม้สัญญาจะนำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ในสัญญา ข้อกำหนดดังกล่าวจึงมี ผลเป็นการจำกัดการใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปไตยทำการ แก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญาได้

การเสนอทัศนะของศาสตราจารย์ Weil นี้ เป็นที่น่าสนใจ ถ้าหากว่าได้มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาที่จะนำมาบังคับใช้ในปัจจุบัน แต่ในขณะนี้เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญา ดังนั้นจะกล่าวได้หรือไม่ว่าการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นสามารถจำกัดได้จริงตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

³³Ibid. p. 321

แผนกคดีเมืองหรือ ข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ จะมีอำนาจ บังคับได้โดยหลักการประการใดในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

สำหรับสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลและบริษัทต่าง ประเทศนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างคู่สัญญา สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมที่เป็นการทำสัญญาในลักษณะใช้อำนาจ อธิปไตย (contrat jure imperie) ตามที่ปรากฏในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการกระทำของรัฐ เนื่องจากการให้สัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียมกระทำ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม โดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี³⁴ ให้ทำการสำรวจ หรือผลิตปิโตรเลียมซึ่งเป็นของรัฐ³⁵ บทบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาเป็น ไปตามกฎหมายกระทรวงฯ ซึ่งออกตามความใน พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514³⁶ ข้อ กำหนดการใช้สิทธิและหน้าที่แก่บริษัทต่างประเทศ มีผลเป็นการยกเว้นการนำกฎหมาย บางประการในราชอาณาจักรไทยมาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศ ดังเช่น กฎหมาย เกี่ยวกับที่ดิน³⁷ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง³⁸ กฎหมายว่าด้วยทักท้อตราศุลกากรและ ภาษีการค้าตามประมวลรัษฎากร³⁹ ภาษีอากรและการเรียกเก็บเงินโดยส่วนราชการ

³⁴ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 22

³⁵ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 23

³⁶ กฎกระทรวงฯ ออกตามความใน พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2514

³⁷ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 65

³⁸ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 69

³⁹ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 70

ส่วนกลาง ส่วนราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายต่าง ๆ⁴⁰
โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้การรับรองโดยรัฐมนตรีฯ ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในหลักเกณฑ์
เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ ของผู้รับสัมปทาน ตามข้อ 12 "การเคารพต่อข้อ
กำหนดชั้นมูลฐาน" (1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

การให้การรับรองโดยรัฐมนตรีฯ ซึ่งถือว่า เป็นการกระทำของบุคคลผู้เป็น
ตัวแทนของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเป็นการทำสัญญาโดยอาศัย
อำนาจจากกฎกระทรวงฯ ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514
ให้การรับรองแก่บริษัทต่างประเทศว่าจะไม่ทำการเปลี่ยนแปลง แก๊ซ แต่ฝ่ายเดียว
ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของบริษัต่างประเทในสัญญาสัมปทาน
ปิโตรเลียม จึงมีผลว่าแม้ว่าในภายภาคหน้าบทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศไทยที่
เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของบริษัต่างประเทคู่สัญญาอีกฝ่ายจะไ้มีการ
เปลี่ยนแปลงแก๊ซ ไปจากเดิมในขณะที่มีการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะไม่นำบท
บัญญัติกฎหมายที่แก๊ซ เปลี่ยนแปลงไปมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเนื่องจากการนำมาบังคับ
ใช้จะมีผลเป็นการแก๊ซ เปลี่ยนแปลง ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายบริษั
ต่างประเทในสัญญาปิโตรเลียม การให้การรับรองโดยข้อกำหนดดังกล่าวในสัญญาใน
ลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทำสัญญา (*contrat jure imperii*) เช่นนี้
ถือได้ว่าเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (*state promise*)⁴¹

⁴⁰ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 71

⁴¹ การให้คำมั่น (*promise*) ของรัฐนี้ ถือเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ
(*unilateral acts of state*) ในลักษณะเช่นเดียวกับ *declarations, assurances,*
promeses unilatérales de garantie or promesses confirmation.

การให้คำมั่น (promise) ของรัฐ ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ เช่นนี้ A.A. Fatouros ได้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการที่รัฐผู้สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ได้ทำความตกลงกับรัฐผู้สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในสัญญา ข้อตกลงดังกล่าวนี้ ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาทั้งหมดแต่ยังเป็นการให้คำมั่นของรัฐแก่นักลงทุนต่างประเทศ เช่น เกี่ยวกับการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ในสนธิสัญญา ซึ่งรัฐได้ทำความตกลงกับผู้ทรงสิทธิในหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วยกัน คือ รัฐ ในสนธิสัญญาทั้งแบบทวิภาคี หรือ พหุภาคี

"เป็นการไม่เป็นความจริงที่เกี่ยว ที่จะกล่าวว่าตราสารซึ่งทำการพิจารณาฉบับนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทั้งหมด ลักษณะบางประการในสัญญาไม่ได้เป็นเช่นนั้น คือ ไม่ได้เป็นข้อกำหนดในสัญญาทั้งหมด แต่ยังคงถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) องค์ประกอบต่าง ๆ ของสัญญาที่ได้เสนอมานี้ ทำให้เราไม่อาจจะปฏิเสธได้ การให้ความหมายประการหนึ่งของสัญญานี้ก็คือ สัญญานี้มีลักษณะผสมโดยมีลักษณะของสัญญาและลักษณะที่ไม่ใช่สัญญา" ⁴²

การให้คำมั่นของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ประเภทหนึ่ง การให้คำมั่นเป็นข้อผูกพันที่มีอำนาจผูกมัดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐจะต้องปฏิบัติตาม⁴³

⁴²A.A. Fatouros. Government Guarantees to Foreign Investors. (New York : Columbia University Press, 1962), p. 196.

⁴³De Visscher, Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public (1963) อ้างโดย Wilfried Fiedler. p. 520

ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ การที่รัฐฝ่ายรัฐใดให้ข้อตกลงแก่
 ประการใดนั้น ถือเป็น การให้คำมั่น (promise) ของรัฐในสัญญาได้เพราะเหตุว่า
 รูปแบบของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐนั้น จะปรากฏในรูปแบบประการใดก็ได้
 หลักกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้จำกัดรูปแบบของการแสดงเจตนาของรัฐว่า จะ
 ต้องปรากฏในรูปแบบใดโดยเฉพาะ ดังเช่นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัย
 รับรองไว้ใน Temple of Preah Vihear Case ทั้งนี้คือ

"ดังนั้น โดยทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่ง
 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการแสดงเจตนาของคู่กรณีใดโดยเฉพาะ กฎหมายไม่ได้
 กำหนดรูปแบบเป็นพิเศษแก่ประการใด คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกรูปแบบการแสดงเจตนา
 โดยรูปแบบใดก็ได้ตามที่สามารถจะแสดงให้เห็นถึงเจตนาดังกล่าว"⁴⁴

อำนาจผูกมัดของการให้คำมั่น (promise) ของรัฐตามหลักกฎหมาย
 ระหว่างประเทศนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (P C I J.) ได้วินิจฉัย
 รับรองไว้ใน Mavrommatis Concession Cases และ German Interests
 in Polish Upper Silesia Cases ในคดีทั้งสองคดีนี้ การประกาศ (declara-
 tions) ของรัฐ (สหราชอาณาจักรและโปแลนด์) ที่จะละเว้นไม่ทำการเวนคืน
 ทรัพย์สิน (expropriation) ถือว่ามีอำนาจผูกมัดตามกฎหมาย⁴⁵

ด้วยเหตุนี้ ข้อกำหนดหน้าที่ของรัฐฝ่ายรัฐบาลตามข้อ 2 (1) จึงมี
 อำนาจผูกมัดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะจำกัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับ
 ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในกรณีต่าง ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา

⁴⁴ Temple of Preah Vihear Case (I.C.J. Reports 1961, p. 31)

⁴⁵ Wilfried Fiedler, Unilateral Acts in International Law." in Encyclopedia of Public International Law. Vol. 7 (1984), p. 519.

จากการที่รัฐฝ่ายรัฐจะใช้อำนาจในฐานะเป็นรัฐอธิปไตยซึ่งมีอำนาจอธิปไตยสูงสุดภายในดินแดนแห่งราชอาณาจักรไทย เพราะเหตุว่าข้อกำหนดหน้าที่ประการนี้ ไม่ได้มีสถานภาพเป็นเพียงข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีฐานะเป็นข้อกำหนดหน้าที่ที่แสดงถึงการทำความตกลงกับบริษัทเอกชนต่างประเทศโดยมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ในแบบการให้คำมั่น (promise) ของรัฐแก่เอกชนต่างประเทศเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของเอกชนต่างประเทศ ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม การให้คำมั่นเช่นนี้ มีผลผูกมัดรัฐฝ่ายรัฐบาลให้จำต้องปฏิบัติตาม โดยเป็นไปตามอำนาจผูกมัดเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง อำนาจผูกมัดของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้น มีรากฐานมาจากหลักข้อตกลงพึงสมควรได้รับการปฏิบัติ (pacta sient servanda) และหลักกฎหมายที่มีคุณค่ายิ่ง คือ หลักสุจริต (principle of good faith)⁴⁶ ทั้งจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I C J.) ใควินิจฉัยไว้ในคดี Nuclear Tests cases ทั้งนี้ คือ

"หลักกฎหมายพื้นฐานประการหนึ่งของหลักกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งควบคุมการก่อให้เกิดและการปฏิบัติตามหน้าที่ในกฎหมาย ซึ่งไม่ว่าจะมีที่มาอย่างไรก็ตาม คือ หลักสุจริต (principle of good faith) ความไว้วางใจและความเชื่อมั่นนี้เป็นหลักการของความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในที่สุดที่ความร่วมมือระหว่างประเทศในสาขาต่าง ๆ ใควินิจฉัยว่าสำคัญมากยิ่งขึ้น⁴⁷

⁴⁶Ibid. p. 520

⁴⁷I C J. Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders. Nuclear Tests Case (Australia v. France) p. 473.

ในกรณีที่ข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน"

(1) นอกจากจะเป็นข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญาของสัญญาฝ่ายรัฐบาลแล้ว ยังมีสถานภาพเป็นการให้คำมั่น (promise) ของรัฐแก่เอกชนต่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม การแก้ไข เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียว ในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมจากรัฐบาล โดยการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยที่ได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือ บัญญัติขึ้นใหม่ มาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศดังกล่าวในสัญญา การกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำที่ถือว่าผิดหน้าที่ในสัญญาที่รัฐได้มีต่อบริษัทต่างประเทศ การกระทำดังกล่าวนอกจากจะทำให้สัญญาฝ่ายรัฐบาลมีความรับผิดชอบในสัญญาแล้ว ยังถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเหตุว่า เป็นการละเมิดข้อผูกพันอันมีลักษณะเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐประเภทหนึ่งที่มีต่อบริษัทเอกชนต่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาซึ่งมีสถานภาพเป็นการให้คำมั่นของรัฐ จะทำให้สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) จากการกระทำดังกล่าว เนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ซึ่งย่อมมีผลผูกมัดรัฐผู้ให้คำมั่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ความรับผิดชอบในสัญญาจากการละเมิดข้อกำหนดหน้าที่ดังกล่าวนี้ จึงเป็นความรับผิดชอบในสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

2. ความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจากการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) มาบังคับใช้

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) จะมีผลบังคับในกรณีที่รัฐนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) มาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของบริษัทเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาสัมปทานหรือไม่ เพียงใดนั้น เป็นปัญหาที่น่าสนใจทั้งจากประเทศเจ้าบ้านและเอกชนต่างประเทศที่เข้าทำสัญญาก่อน ในกรณีรัฐมนตรีฯ โฆษณุมติคณะรัฐมนตรีออกสัมปทาน

ปิโตรเลียมให้แก่บริษัทต่างประเทศซึ่งเป็นที่ปรากฏอยู่ในขณะนี้ ปัญหาที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ ถ้าหากเกิดความจำเป็นจากภาวะการณ์ทางประการเกี่ยวกับผลประโยชน์ของประเทศไทยแล้ว รัฐบาลไทยมีสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทเอกชนต่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมเพียงไร ความรับผิดชอบในสัญญาจากการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้จะมีลักษณะประการใด

สิทธิในการที่รัฐจะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น ย่อมจะเกี่ยวเนื่องกับปัญหาว่า การโอนเป็นของรัฐโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนั้น กระทำไปได้อย่างไร และข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานจะมีผลถึงการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) มาบังคับใช้หรือไม่

2.1 สิทธิในการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization)

ความชอบธรรมของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับเอกชนต่างประเทศและทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศภายในดินแดนรัฐ เกิดขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นผลมาจากทางปฏิบัติโดยทั่วไป โดยได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศว่าเป็นหลักกฎหมาย การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยมาตรการโอนเป็นของรัฐ ถือว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนรัฐ อธิปไตยเหนือดินแดนรัฐทำให้รัฐมีอำนาจในการนำมาตรการต่าง ๆ ตามที่รัฐมีความประสงค์มาบังคับใช้ เพื่อผลประโยชน์ของรัฐในทางเศรษฐกิจ การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยตามที่ได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญของรัฐ ในการเลือกสรรและดำเนินการเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตย กล่าวเช่นเดียวกับการยอมรับว่า รัฐมีอำนาจโดยอิสระในระบบการเมืองหรือสถาบันในทางการเมือง ทางปฏิบัติระหว่างประเทศได้สนับสนุนหลักการดังกล่าวนี้ด้วย

ทางปฏิบัติระหว่างประเทศรับรองสิทธิของรัฐที่จะทำการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) นับตั้งแต่ได้มีการโอนเป็นของรัฐในประเทศรัสเซียแก่บรรดาทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศ บรรดาประเทศต่าง ๆ

ซึ่งเอกชนเหล่านี้มีสัญชาติในการดำเนินการเกี่ยวกับการขอความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) ไม่ได้โต้แย้งเกี่ยวกับการนำมาตรการโอนเป็นของชาติมาบังคับใช้กับเอกชนต่างประเทศ แต่ยืนยันว่าการโอนเป็นของรัฐจะต้องมีการชดใช้ค่าทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว ต่อมาเมื่อเม็กซิโกโคเวนคินทรพย์สิน⁴⁸ ของคนต่างชาติในเม็กซิโก โดยพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดิน ค.ศ. 1938 ในรายงานของ Joint Expert Commission ซึ่งได้รับการแต่งตั้งเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของรัฐบาลเม็กซิโก คณะกรรมาธิการได้

⁴⁸ การโอนเป็นของรัฐ (nationalization) นี้แตกต่างจากการเวนคืน (expropriation) ทรัพย์สินของเอกชน ความแตกต่างของการโอนเป็นของรัฐและการเวนคืนอยู่ที่ขอบเขตและสาระมากกว่าจะเป็นความแตกต่างเนื่องจากลักษณะทางกฎหมาย ความหมายของคำว่า "การเวนคืน" โดยทั่วไปจะใช้กับมาตรการที่กระทำกับเอกชนโดยทั่วไป นอกจากในบางครั้งที่คำว่า "การเวนคืน" จะนำไปใช้ได้อย่างเหมาะสมในกรณี "การโอนเป็นของรัฐ" ถ้าหากว่าเป็นมาตรการโดยทั่วไปของรัฐเกี่ยวกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคม ทิศนะในทางทฤษฎีที่แยกความแตกต่างของคำว่า "การโอนเป็นของรัฐ" ออกจากคำว่า "การเวนคืน" นั้น โดยแท้จริงแล้วมีผลในทางปฏิบัติเพียงเล็กน้อยในกฎหมายระหว่างประเทศ นักกฎหมายไม่ควรมีทัศนคติที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการแยกความแตกต่างระหว่างการโอนเป็นของรัฐและการเวนคืน มีผู้เสนอว่า การโอนเป็นของรัฐมีผลครอบคลุมไปถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วย ผลที่ได้รับจากการโอนเป็นของรัฐนั้นจะเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคมและเศรษฐกิจ แต่การเวนคืนจะมีผลกระทบแต่เฉพาะทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ของเอกชน (Domke, "Foreign Nationalizations : Some Aspects of Contemporary International Law" A J I L. 55 (1961); p. 588



กล่าวว่า "การเวนคืนทรัพย์สิน" เป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ⁴⁹
 การโอนเป็นของรัฐ (nationalization) ได้มีการให้ความหมาย
 โดยสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute de droit international)
 ไว้ดังนี้ คือ

"การโอนเป็นของรัฐ (nationalization) คือ การโอนทรัพย์สินและ
 สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชนในกรณีพิเศษประการใดโดยเฉพาะไปเป็นของรัฐ
 โดยอาศัยอำนาจในทางนิติบัญญัติ โดยเหตุผลเนื่องมาจากผลประโยชน์ของรัฐเกี่ยวกับ
 ทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อที่จะให้การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติอยู่ภายใต้
 การควบคุมโดยรัฐซึ่งมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่มีอยู่ของรัฐ"⁵⁰

ด้วยเหตุนี้ การโอนเป็นของรัฐ จึงเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินและ
 สิทธิในการประกอบการของบริษัทเอกชนต่างประเทศเกี่ยวกับทรัพยากรของรัฐ โดยมี
 จุดมุ่งหมายที่จะควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ หรือมอบหมาย
 ให้เอกชนหรือหน่วยงานใดดำเนินการเหล่านี้แทน การกระทำดังกล่าวของรัฐเป็นการ
 ใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้
 กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของบริษัทเอกชนต่างประเทศ ถือเป็นการใช้
 อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนของรัฐ

แต่แม้ว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะรับรองว่า รัฐแต่ละรัฐมีสิทธิที่จะนำ
 มาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ แต่ความขัดแย้งเกี่ยวกับเงื่อนไขในการนำมาตร
 การโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น เป็นปัญหาที่มีความขัดแย้งกันอยู่ในปัจจุบัน โดยเนื่อง
 มาจากผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกันของประเทศพัฒนาและประเทศกำลังพัฒนา โดยเฉพาะ
 ในปัจจุบันประเทศกำลังพัฒนา (developing countries) ได้เข้ามามีบทบาทใน
 ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น หลักการเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐตาม

⁴⁹Report of 17 April 1942. Op. cit., Texaco arard. p. 22

⁵⁰Annuaire de l'Institut de Droit International (II), 283
 (1952).

หลักกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการเสนอทัศนะจากกลุ่มประเทศเหล่านี้ โดยกลุ่มประเทศเหล่านี้มีความคิดเห็นโต้แย้งกับหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ปัญหาจึงมีอยู่ว่าการเสนอข้อคิดเห็นดังกล่าว เช่นนี้จะมีผลต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐหรือไม่ และถ้าหากว่าประเทศไทยต้องการจะทำการโอนเป็นของรัฐในทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศแล้ว การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กระทำได้อย่างไรตามหลักกฎหมาย เพื่อให้การโอนเป็นของรัฐเป็นที่ยอมรับโดยประเทศซึ่งเอกชนต่างประเทศมีสัญชาติ และเป็นไปโดยชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

2.1.1 การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

แม้ว่าการโอนเป็นของรัฐจะเป็นสิทธิที่รัฐมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ การใช้อำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ พัฒนามาจากหลักอธิปไตยสูงสุดของรัฐเหนือดินแดนรัฐ แต่การโอนเป็นของรัฐจะต้องมีเหตุผลอันเป็นที่ยอมรับในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เหตุผลในการที่รัฐจะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น อาจจะถูกกล่าวได้ว่ามีเหตุผลจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

ก.) หลักประโยชน์ในทางมหาชน (Public Utility)
การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการเวนคืนทรัพย์สินของชนต่างชาติ จะต้องเป็นการกระทำโดยมีเหตุผลมาจากความจำเป็นในทางมหาชน หลักประโยชน์ในทางมหาชนนี้ได้เป็นที่ยอมรับมาตั้งแต่กึ่งเดิม ดังเช่นที่ Grotius กล่าวว่า "หลักประโยชน์ในทางมหาชนเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในเงื่อนไขสองประการของรัฐที่จะใช้สิทธิเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนเป็นของรัฐ (right of eminent domain)⁵¹ หลักประโยชน์

⁵¹ De Jure Belli et Pacis, Lib. II, Cap. XIV. คำงไทย

ในทางมหาชนตามความคิดเห็นของ Grotius นี้ เป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพย์สินของเอกชน การเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติ จะต้องเป็นการกระทำโดยสุจริตเพื่อประโยชน์ในทางมหาชน โดยถือเป็นเงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁵² ถ้าการเวนคืนทรัพย์สินไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางมหาชน แต่เป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์แก่เอกชนกลุ่มใด ไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติรัฐที่ทำการเวนคืน หรือ เอกชนต่างประเทศกลุ่มใด รัฐซึ่งคนต่างชาติได้รับความเสียหายจากการเวนคืนมีสัญชาติอาจจะคัดค้านได้ว่า การเวนคืนทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐบางรัฐได้ตีความหลักประโยชน์ในทางมหาชนไปในความหมายว่า รัฐไม่มีสิทธิที่จะเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศได้ โดยวัตถุประสงค์อื่นใดนอกจากเพื่อประโยชน์ในทางมหาชน⁵³

หลักประโยชน์ในทางมหาชนได้มีผู้โต้แย้งว่า หลักการดังกล่าวได้รับความสนับสนุนน้อยมากในทางปฏิบัติที่จะถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เพียงประการเดียวก็เพียงพอที่จะทำให้รัฐที่ละเมิดมีความ

ต่อ (51) Gilliam White, Nationalization of Foreign Property (New York : Frederick A Praeger, Publisher, 1961), p. 145.

⁵²Sack, "Les réclamations diplomatiques contre les Soviets (1918 - 1938), Reveu de droit international 5 (1939) : 20 อ้างโดย White. op. cit., p. 5

⁵³Art. 7 of Garcia Amador's Revised Draft, Fifth Report on International Responsibility, U.N. Doc. A/CN. 4/125, of Feb. 1, 1960.

รับผิดชอบระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามก็มีใ้หมายความว่า การนำเอาทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศมาเป็นของรัฐ จะกระทำได้โดยไม่คำนึงถึงหลักประโยชน์ในทางมหาชน ปัญหาสำคัญมีเพียงว่าหลักกฎหมายอะไรที่จะกำหนดความหมายของประโยชน์ในทางมหาชน⁵⁴

ปัญหาการวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของหลักประโยชน์ในทางมหาชนนี้ เป็นปัญหาว่าจะเป็นการวินิจฉัยโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ กฎหมายภายในของรัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) นั้น ก็มิได้มีผู้เสนอความคิดเห็นไว้ว่า "แม้ว่าหลักประโยชน์ในทางมหาชนนั้นจะไม่ได้มีการกำหนดความหมายโดยแน่ชัด แต่ก็มีใ้หมายความว่า หลักการดังกล่าวไม่มีผลบังคับหรือไม่มีคุณค่าแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น ถ้าหากใ้มีการเสนอกรณีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศต่อศาลระหว่างประเทศ ในกรณีศาลจะต้องวินิจฉัยว่า การเวนคืนทรัพย์สินดังกล่าวเนื่องมาจากเหตุผลในทางมหาชนหรือไม่ ศาลย่อมไม่สามารถละเว้นที่จะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวมานี้ โดยอ้างว่าความหมายของประโยชน์ในทางมหาชนนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจน เพราะแม้แต่ศาลภายในของรัฐในการวินิจฉัยคดีก็ยังคงมีการตีความหรือนำหลักการที่ยังไม่มีความหมายแน่ชัดมาบังคับใช้ ดังเช่น หลักสุจริต มาตรฐานแห่งวิญญูชน หรือหลักเนติธรรม ฯลฯ มาใช้ในการวินิจฉัยคดีใ้เป็นที่ประจักษ์ชัดอย่างสมบูรณ์ที่สุด และรัฐก็เช่นเดียวกับเอกชนย่อมไม่มีอำนาจที่จะกระทำการอย่างไรโดยไม่ชอบธรรมตามหลักกฎหมายใ้เพราะการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับหลักกฎหมาย นอกจากใ้พิจารณาโดยวิญญูชนโดยทั่วไปก็ใ้เป็นการยากที่จะแยกความแตกต่างระหว่างการเวนคืนทรัพย์สินโดยสุจริตเพื่อประโยชน์ในทางมหาชนกับการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องมาจากเป็นการกระทำใ้ใช้อำนาจของรัฐ

⁵⁴Burn H. Weston, "The Charter of Economic Rights and Duties of States and Deprivation of Foreign - Owned Wealth," A.J.I.L. 75 (1981), p. 440

เท่านั้น⁵⁵

หลักประโยชน์ในทางมหาชน (Public Utility) ได้รับความยอมรับว่าเป็นเงื่อนไขในการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) โดยชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตั้งแต่ ค.ศ. 1929 ดังในคดี Walter Fletcher Smith Claim (United State v. Cuba) อนุญาโตตุลาการกล่าวว่า "การเวนคืนทรัพย์สินไม่ได้เป็นไปโดยหลักการเพื่อวัตถุประสงค์ในประโยชน์มหาชน⁵⁶ และคดีอื่น ๆ ดังเช่น Osear Chinn Case (1934)⁵⁷, El Triunfo Case (United States v. El Salvador,⁵⁸ The Salvage Claim (United States v. El Salvador⁵⁹ B P. Exploration Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic⁶⁰ ซึ่งได้ทำการวินิจฉัย

⁵⁵Kissam, Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", "in Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments. The Southwestern Legal Foundation, ed., (New York ; Mathew Bender S C; 1964), p. 372.

⁵⁶Report of International Arbitration Awards 913 (1929) อ้างโดย Weston. op. cit., p. 440. footnote (13).

⁵⁷1934 P C I J, ser. A/B, No. 63, at 75 อ้างโดย Weston. p. 440, footnote (13).

⁵⁸Foreign Relations of the United States, 1902, at 838 (1903) อ้างโดย Weston p. 440, footnote (13).

⁵⁹2 J.B. Moore, International Arbitrations 1865 (1898) อ้างโดย Weston, p. 440, footnote (13).

⁶⁰B P. award, I.L.R. 53 at 329 อ้างโดย Mehren, p. 513.

ว่า การโอนเป็นของรัฐโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะ
ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางมหาชน

ทางปฏิบัติระหว่างประเทศ ใดยอมรับว่า หลักประโยชน์ในทางมหาชน เป็น
ข้ออ้างโดยชอบด้วยกฎหมายในการนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ ดังเช่น
สหรัฐอเมริกา จากบันทึกซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Cordell
Hull ได้มีไปถึงเอกอัครราชทูตเม็กซิโกประจำสหรัฐฯ มีข้อความว่า "สิทธิในการ
เวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศนั้น มีข้อจำกัดคือ จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์
ในทางมหาชน⁶¹ เช่นเดียวกัน สหราชอาณาจักรอังกฤษได้มีบันทึกถึงรัฐบาลเม็กซิโก
ว่า รัฐบาลเม็กซิโกไม่ได้แสดงให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ชัดว่า การเวนคืนครั้งนี้เป็นไปเพื่อ
ประโยชน์ในทางมหาชน⁶² หลักการเกี่ยวกับประโยชน์ในทางมหาชนยังเป็นที่ยอมรับกัน
อยู่จนทุกวันนี้ แม้จากการที่รัฐบาลไทยทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย
และบรรดาประเทศอุตสาหกรรมในสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมการ
ลงทุน เงื่อนไขประการหนึ่งในกรณีที่รัฐภูมิกาคจะนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้
แก่ทรัพย์สินหรือสิทธิในการประกอบกิจการของคนแห่งชาติของรัฐภูมิกาค จะต้องเนื่อง
มาจากประโยชน์ในทางมหาชน⁶³

⁶¹Note of July 21, 1938. A J I L. 32 (1938) p. 32.

⁶²Kunz, The Mexican Expropriations, Contemporary Law Pamphlets, Series 5, No. I (New York, 1940) p. 55

⁶³Treaty of Amity and Economic Relations between the
Kingdom of Thailand and the United States of America., Agreement
between the Government of the United Kingdom of Great Britain and
Northern Ireland and the Government of the Kingdom of Thailand for
the Promotion of the Investment of Capital and for the Protection
of Investment, Agreement on Economic Co-operation between the
Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the
Kingdom of the Netherlands.

ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่ถ้าหากว่ารัฐบาลไทยประสงค์จะนำมาตราการโอนเป็นของ
รัฐมาบังคับใช้กับบริษัทเอกชนต่างประเทศซึ่งมีสัญชาติประเทศต่าง ๆ ที่ได้ทำสนธิสัญญา
กับประเทศไทยแล้ว หลักประโยชน์ในทางมหาชนย่อมเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งที่จะต้อง
คำนึงถึง

ข.) การไม่เลือกปฏิบัติ (Non - discrimination)

การโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของคนต่างชาติ เป็นของรัฐจะต้องไม่
เป็นการเลือกปฏิบัติกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่าง
คนของรัฐและคนต่างชาติ ถ้าหากว่าจะทำให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างชาติ⁶⁴ หลัก
การไม่เลือกปฏิบัตินี้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของหลักมาตรฐานระดับน้อยที่สุด (minimum
standard) ซึ่งรัฐจะต้องปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในประชาคมระหว่างประเทศ
ด้วยเหตุนี้ทางปฏิบัติระหว่างประเทศโดยยอมรับว่า การโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบ
กิจการของคนต่างชาติในสัญญาสัมปทานจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ดังเช่น ในบันทึก
ของรัฐบาลอังกฤษที่เสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I C J) ใน Anglo
Iranian Oil Case ว่า รัฐบาลอิหร่านได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสัญญาสัมปทาน
ปิโตรเลียม โดยเนื่องจากการนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้นเป็นการเลือก
ปฏิบัติเฉพาะแก่คนอังกฤษ⁶⁵ หรือในกรณีสหรัฐอเมริกา ได้เสนอบันทึกคัดค้านในกรณีที่

⁶⁴ Doctrine and decisions in Garcia - Amador, (First)
Report on International Responsibility, 2 Y.B. Int. L. Comm.
220 - 222 (1956).

⁶⁵ "รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรอังกฤษไม่ไต่ปฏิเสธ ในกรณีที่อาจ
จะเกิดขึ้นไต่จากการโอนเป็นของรัฐซึ่งมีผลเฉพาะแก่คนต่างชาติ (ดังเช่น การมีผลเฉพาะ
แก่คนต่างชาติเนื่องจากกิจการดังกล่าวมีอยู่บริษัทเดียว และผู้เป็นเจ้าของ คือ คนต่างชาติ)
ถ้าการกระทำดังกล่าวได้กระทำโดยเหตุผลอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ดังนั้น มาตรการ
ตามที่กล่าวมา จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นปรปักษ์ หรือ เป็นการเลือกปฏิบัติแก่คน

ถือว่าได้ประกาศกฎหมายการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization Law) ใน ค.ศ. 1960 ว่า บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติเฉพาะคนสัญชาติอเมริกา⁶⁶

จากการวินิจฉัยในกรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลลิเบียและ B P Exploration Co. ในปีพ.ศ. 2504 การที่รัฐบาลลิเบียนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัท B P Exploration Co. ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้น เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อนุญาโตตุลาการ Judge Lagergren ได้วินิจฉัยว่า มาตรการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะ "การโอนเป็นของรัฐเกี่ยวกับทรัพย์สินและผลประโยชน์ใด ๆ ของ B P Exploration Co. นั้นมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยมีเหตุผลมาจากวัตถุประสงค์ในทางการเมือง โดยปราศจากการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายอันเนื่องมา จากการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง"⁶⁷

ข้อ (65) ต่างชาติเหล่านั้น ข้อเท็จจริงตามความหมายนี้ คือ การเวนคืนอันมีผลเฉพาะแก่คนต่างชาติ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ คนต่างชาติไม่สามารถจะคาดหวังให้รัฐจำต้องละเว้นจากการที่จะนำมาตรการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดมาบังคับใช้ เพราะเหตุว่าการบังคับใช้จะมีผลเฉพาะแก่คนต่างชาติเหล่านั้น เหตุผลตามที่กล่าวมานี้ไม่ได้นำปรากฏอยู่ในกรณีพิพาทครั้งนี้ ในเมื่อเป็นที่ประจักษ์ชัดว่า มาตรการที่นำมาบังคับใช้นั้น เนื่องมาจากความไม่พึงพอใจ การเป็นปรปักษ์ และความต้องการที่จะแก้แค้นทดแทนแก่คนต่างชาติ (Anglo Iranian Oil Co. Case : Memorial of the United Kingdom in 8 Whiteman, Digest of International Law (1967), 1055.

⁶⁶ "บทบัญญัติดังกล่าว แสดงถึงการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลาช้านานโดยประเทศตะวันตก บทบัญญัติเช่นนี้ เป็นการเลือกปฏิบัติ การกระทำตามอำเภอใจ และ การริบทรัพย์ (confiscation) (Dept. of State Bulletin 17 (1960) อ้างโดย Domke, op. cit., p. 602.

⁶⁷ I.L.R. 297 at 329 อ้างโดย Greenwood. op. cit., p. 54

ก.) การชดใช้ค่าทดแทนความเสียหาย (Compensation)

จากคำพิพากษาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทาน มีแนวทางที่สอดคล้องต้องกันว่า รัฐซึ่งทำการโอนเป็นของรัฐ มีพันธกรณีระหว่างประเทศในการที่จะต้องทำการชดใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนต่างประเทศ โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว การโอนทรัพย์สินของคนต่างชาติเป็นของรัฐ เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนรัฐโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักการชดใช้ค่าทดแทนเป็นเงื่อนไขในกฎหมาย ที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย ความชอบธรรมในกฎหมายประการนี้มีรากฐานมาจากสมมุติฐานที่มีอยู่ในระบบเสรีนิยมอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชน และหลักกฎหมายนี้ก็คือ เอกชนต่างประเทศผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินและสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าว จะต้องได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่มาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่า จะต้องมีการชดใช้ค่าทดแทนสำหรับความเสียหายในกรณีที่มีการเวนคืนทรัพย์สิน และสิทธิในการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศเป็นของรัฐ⁶⁸

พันธกรณีของรัฐในการชดใช้ค่าทดแทนให้กับคนต่างชาติ เนื่องมาจากการโอนเป็นของรัฐนั้น ถือเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักการดังกล่าวนี้มีได้เป็นแต่เพียงหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพียงอย่างเดียว แต่บรรดากฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ หลักการชดใช้ค่าทดแทนได้ปรากฏเป็นบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ในกรณีของประเทศไทย บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 33 วรรคสาม มีใจความว่า

"การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค หรือการจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อการ

⁶⁸ Brownlie, Principles of Public International Law. Third Edition, (Oxford, Clarendon Press, 1979.), p. 537.

ผังเมือง หรือเพื่อการพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมหรือเพื่อการปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดใช้ค่าทดแทนภายในเวลาอันสมควร แก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรเทาที่ได้รับความเสียหายในการเวนคืนนั้น ทั้งนี้ตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย

การชดใช้ค่าทดแทนจากการโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของ เอกชนต่างประเทศเป็นของรัฐนั้น ในตอนต้นศตวรรษที่สิบ การปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ จะ เป็นไปตามกฎเกณฑ์จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลสถิต อนุญาโตตุลาการ (The Permanent Court of Arbitration) ณ กรุงเฮก แดลงไว้ในกรณีที่ถูกกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศมีความขัดแย้งกัน กฎหมาย ระหว่างประเทศจะมีคุณค่าเหนือกว่าในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการชดใช้ค่าทดแทน โดยศาล ใดแดลงไว้ดังนี้ คือ

"แต่ศาลไม่อาจจะเห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของสหรัฐอเมริกาในประการที่ ว่าการชดใช้ค่าทดแทนควรจะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่ สหรัฐอเมริกาคัดค้านเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ศาลแห่งนี้มีอิสระที่จะตรวจสอบว่าบทบัญญัติ เหล่านี้สอดคล้อง กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ อย่างยิ่ง คือ หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และแนวทางปฏิบัติของผู้พิพากษา ในศาลระหว่างประเทศ"⁶⁹

⁶⁹Norwegian Ship Arbitration Case, United States v. Norway, A J I L. 17 (1922), p. 876 : อ้างโดย Fales, "A Comparison Compensation for Nationalization for Nationalization of Alien Property with Standards of Compensation Under United States Domestic Law", Northwestern Journal of International Law & Business. (1983 - 1984), p. 876.

การชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐ หรือ การเวนคืนทรัพย์สินของ เอกชนต่างประเทศนี้ จากบรรดาสนธิสัญญาหรือความตกลงที่รัฐบาลไทยกระทำกับต่าง ประเทศ ข้อกำหนดให้มีการชดเชยค่าทดแทนจากการกระทำดังกล่าว จะกำหนดไว้โดย มีรูปแบบการชดเชยค่าทดแทนตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดั้งเดิม คือ การชดเชยค่าทดแทนโดยฉับพลัน อย่างเพียงพอ และมีประสิทธิผล (prompt, adequate and effective compensation) ย่อมเป็นการยอมรับว่าประเทศไทย รับรองในหลักการว่าจะต้องมีการชดเชยค่าทดแทน ถ้าหากว่ารัฐบาลจะนำมาตรการโอน เป็นของชาติมาบังคับใช้ ด้วยเหตุนี้ เงื่อนไขของการโอนเป็นของรัฐในกรณีนี้จึงถือว่าเป็น เงื่อนไขที่มีผลผูกมัดรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย ถ้าจะนำมาตรการโอนเป็นของชาติ มาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมซึ่งมีสัญชาติของประเทศภาคี ในสนธิสัญญาหรือความตกลงที่รัฐบาลไทยได้กระทำไว้กับต่างประเทศ

2.1.2 ทัศนะของประเทศกำลังพัฒนาเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ

(Nationalization)

การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) โดยชอบด้วย หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องประกอบด้วยเหตุผลจากวัตถุประสงค์ในประโยชน์ ของมหาชน โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และประกอบด้วยการชดเชยค่าทดแทนความเสียหาย ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป แม้แต่ในมติของสมัชชาสหประชาชาติ 1803 (XVII) "อธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ" (U.N. General Assembly Resolution 1803 (XVII) on the Permanent Sovereignty Over Natural Resources) ก็ได้มีการแถลงถึงหลักการที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งมีข้อความ ดังนี้ คือ

"การโอนเป็นของรัฐ การยึดทรัพย์ หรือการจำกัดการใช้ สิทธิในทรัพย์สิน จะกระทำได้โดยมีเหตุผลมาจากประโยชน์ในทางมหาชน หรือ ประโยชน์ ของรัฐซึ่งเป็นที่รับรองว่าอยู่เหนือประโยชน์ของบุคคลหรือเอกชนใด ๆ อย่างแท้จริง ไม่ว่าจะ เป็นผลประโยชน์ภายในของรัฐหรือในต่างประเทศ การนำมาตรการเหล่านี้มาบังคับใช้ จะต้องมีการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม โดยเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับของรัฐ

ซึ่งนำมาตรการเหล่านี้มาบังคับใช้ในฐานะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐและโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁰

มติของสมัชชาสหประชาชาติดังกล่าว เป็นมติที่สนับสนุนหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม ใน ค.ศ. 1974 ประเทศโลกที่สาม (countries of the third world) ได้เสนอทัศนคติหลักการในการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) แยกต่างไปจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ดังที่ปรากฏจากมาตรา 2 ในบทที่ 2 ของกฎบัตรว่าสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) ในมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 3281 (XXIX) ซึ่งมีข้อความดังนี้ คือ

"มาตรา 2

(1) รัฐแต่ละรัฐมีสิทธิหรือจะต้องมีสิทธิโดยสมบูรณ์ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยเฉพาะในการเป็นเจ้าของ ใช้อ้างอิงและดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับความมั่นคงในทรัพยากรธรรมชาติและการดำเนินการในทางเศรษฐกิจ

(2) รัฐแต่ละรัฐมีสิทธิ

(ก) ที่จะกำหนดหรือใช้อำนาจรัฐเหนือการลงทุนจากต่างประเทศภายในดินแดนของรัฐ โดยเป็นไปตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งสอดคล้องกับความจำเป็นและวัตถุประสงค์ของรัฐ ไม่มีรัฐใดที่จะถูกบังคับให้จำต้องปฏิบัติตามเป็นพิเศษประการใดเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศ

(ค) ที่จะทำการโอนเป็นของรัฐ เว้นคืนทรัพย์สิน หรือ โอนสิทธิในทรัพย์สินของคนต่างชาติ ในกรณีเช่นนี้ การชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสมจะต้องกระทำโดยรัฐซึ่งนำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ ซึ่งในการนี้จะเป็นไปตามกฎหมายและกฎเกณฑ์

70

GA. Res. 1803 (XVII), 17 U.N. GAOR, Supp. (No. 17), 15, U.N. Doc. A/5217 (1962).

ต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกันรวมถึงภาวะการต่าง ๆ ที่รัฐพิจารณาแล้วว่าเหมาะสม ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งในปัญหาการชดเชยค่าทดแทน ปัญหาดังกล่าวจะวินิจฉัยโดยบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐและโดยศาลแห่งรัฐเหล่านั้น เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการทำความตกลงโดยรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องในปัญหาดังกล่าวว่าจะนำมาตราการสงบสุขประการใดมาบังคับใช้ โดยเป็นไปตามหลักความเสมอภาคในอธิปไตยของรัฐและความมีอิสระในการเลือกวิธีการดังกล่าว⁷¹

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติที่กล่าวมานี้ จะพบว่าบทบัญญัติมาตรา 2 (1) นี้ อธิปไตยของรัฐไม่ได้มีอำนาจเหนือเฉพาะแต่ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐและความมั่นคง แต่ยังคงครอบคลุมถึง "การดำเนินการในทางเศรษฐกิจ" ซึ่งย่อมสันนิษฐานได้ว่าต้องการจะครอบคลุมเหนือกิจการทุกอย่างที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐ

สำหรับบทบัญญัติ มาตรา 2 (2) (ก) (ค) นี้ เป็นการยืนยันถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐภายในดินแดนรัฐ ที่จะทำการโอนเป็นของรัฐแก่ทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศในสัญญาสัมปทาน ไม่ว่าจะเนื่องจากเหตุผลประการใด โดยมีข้อแม้เพียงรัฐจะต้องทำการชดเชยค่าทดแทนแต่ประการเดียว ซึ่งเป็นการแสดงถึงการไม่ยอมรับเงื่อนไขการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม ซึ่งกำหนดให้การโอนเป็นของรัฐนั้น จะต้องเนื่องมาจากประโยชน์ในทางมหาชน โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และจะต้องมีการชดเชยค่าทดแทนอย่างฉันทัน (just compensation) บทบัญญัติมาตรา 2 (2) (ค) ยืนยันที่จะนำกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้นที่จะนำมาบังคับใช้กับการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) จึงเป็นการนำมาตราการโอนเป็นของรัฐออกจากขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจน

⁷¹G.A./Res/3281 (XXIX), 29 U.N. GAOR. Supp. (No. 31) 50, U.N. Doc. A/9631/(1974), 5 Permanent Sovereignty and the Principle of Contract.

ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยการชดใช้ค่าทดแทนจะเป็นการวินิจฉัยโดยรัฐที่นำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้

เนื้อหาของมติที่ 3281 ในมาตรา 2 บทที่ 2 ของ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) นี้มีความเกี่ยวเนื่องกับปัญหาความรับผิดชอบของรัฐในสัญญาสัมปทานในกรณีที่มีการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยเนื่องจากถ้าหากว่าเนื้อหาของมาตรา 2 ในกฎบัตรดังกล่าว ถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐแล้ว ย่อมมีความหมายว่า การโอนเป็นของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ถูกยกเลิกไปโดยหลักการตามมติดังกล่าว การวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานจากการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ จะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ และถ้าหากว่าสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศประกอบด้วยข้อกำหนดในสัญญาว่า รัฐจะไม่เพิกถอนสิทธิในสัญญา หรือ จะไม่ทำการโอนเป็นของรัฐ ข้อกำหนดดังกล่าวจะไม่มีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมาย เนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐดังกล่าว

จากการเสนอทัศนะการโอนเป็นของรัฐ จากกลุ่มประเทศโลกที่สาม แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งในปัญหาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ อย่างไรก็ตามแม้ว่ากลุ่มประเทศเหล่านี้ จะแสดงความไม่เห็นด้วยกับหลักการโอนเป็นของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ แต่ในปัจจุบันนี้ จากการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐจึงได้ยังเป็นที่ยอมรับโดยอนุญาโตตุลาการหรือศาลอยู่ หรือจากทางปฏิบัติระหว่างประเทศ ดังเช่น การร่างกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อบรรดาบริษัทระหว่างประเทศ (transnational Corporations, Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporation)

มาตรา 54 เกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐและการชดใช้ค่าทดแทน (Nationalization and Compensation) มีข้อความดังนี้ คือ

"การใช้สิทธิทำการโอนเป็นของรัฐ หรือ การเวนคืนทรัพย์สินทั้งหมด

หรือบางส่วน แก่ทรัพย์สินของบรรษัทระหว่างประเทศ (Transnational Corporation) ที่ดำเนินกิจการภายในดินแดนของรัฐ รัฐที่นำมามาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้จะต้องทำการชดเชยค่าทดแทน ในรูปแบบการชดเชยค่าทดแทนที่เพียงพอ (adequate compensation) โดยเป็นไปตามหลักกฎหมาย หรือ บทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ตลอดจนสภาพการณ์ภายในรัฐ ปัญหาเกี่ยวกับการชดเชยค่าทดแทนนั้น ถ้าหากว่าเกิดข้อขัดแย้งหรือกรณีพิพาทเกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดจากการโอนเป็นของรัฐ หรือการเวนคืนทรัพย์สิน จะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐที่นำมามาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้

ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐดังกล่าว ในกรณีที่รัฐมีสิทธิที่จะทำการโอนเป็นของรัฐ หรือเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศภายในดินแดนรัฐ การนำเอาทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศมาเป็นของรัฐ ไม่ว่าจะโดยการนำเอามาโดยตรง หรือ โดยวิธีการประการอื่นใด จะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เพื่อประโยชน์ในทางมหาชน โดยสอดคล้องกับหลักนิติธรรม (due process of law) และจะต้องไม่เป็นการละเมิดข้อกำหนดพิเศษประการใด โดยเฉพาะ หรือ เป็นการขัดแย้งกับสัญญา หรือความตกลงใด ๆ ในการนี้ จะต้องประกอบด้วยการชดเชยค่าทดแทนอย่างฉับพลัน เพียงพอ และมีประสิทธิผล การชดเชยค่าทดแทนดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับมูลค่าเต็มจำนวนของผลประโยชน์ในทรัพย์สิน โดยมีพื้นฐานมาจากมูลค่าราคาตลาดของทรัพย์สินโดยยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการคำนวณมูลค่าค่าทดแทน หรือ โดยวิธีการคำนวณมูลค่าอย่างเพียงพอประการอื่นอันเป็นที่ยอมรับระหว่างประเทศ การจ่ายชำระค่าทดแทนจะต้องเป็นการชำระหนี้โดยตรงและการโอนเงินในการชำระค่าทดแทน จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรการที่จำกัดประการใดของรัฐในการโอนเงินหรือชำระค่าทดแทนแทน ดอกเบี้ย หรือ เงินทุน"⁷²

.....

⁷²U.N. Commission on Transnational Corporation : Information Paper on the Negotiations to Complete the Code of Conduct on Transnational Corporation. I L M XXII (1978) p. 203

2.2 การจำกัดสิทธิของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

ในกรณีที่สัญญาฝ่ายรัฐมีความประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของบริษัทต่างประเทศคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน ข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเอกชนต่างประเทศจากการนำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ ดังเช่น ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) และข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) จะมีผลจำกัดห้ามการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวนี้ ได้มีการเสนอทัศนะจากนักกฎหมายและการวินิจฉัยกรณีพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการว่า ข้อกำหนดให้ความคุ้มครองเอกชนต่างประเทศจะมีอำนาจบังคับใช้ในทางกฎหมายที่จะจำกัดการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้เพียงไร และหลักกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบันห้ามไม่ให้รัฐทำการโอนเป็นของของรัฐ เมื่อรัฐได้ทำความตกลงไว้กับเอกชนต่างประเทศ โดยข้อกำหนดดังกล่าวในสัญญาจริงหรือ

ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างฝ่ายรัฐบาลไทยและบริษัทต่างประเทศนั้น ข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1) ซึ่งถือว่าเป็นข้อกำหนดให้ความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (stabilization and intangibility clause) ดังเช่นในสัญญาสัมปทานอื่น ๆ ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการรับรองโดยรัฐมนตรีฯว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งจะรวมถึงการนำเอามาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ด้วย ท้ายเหตุนี้ถ้าหากรัฐบาลประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ ความชอบธรรมในการโอนเป็นของรัฐจะเป็นอย่างไร ในปัญหานี้จะพิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การวินิจฉัยกรณีพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในปัญหาดังกล่าว และแนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการเสนอทัศนะในกรณีถ้าหากว่ารัฐบาลไทยประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

ปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน"

(1) (ก) (ข) จะมีผลเป็นการจำกัดห้ามไม่ให้รัฐนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับข้อกำหนดดังกล่าวในสัญญาสัมปทานว่ามีอำนาจผูกมัดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความสามารถตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะทำข้อตกลงอันมีผลเป็นการจำกัดห้ามไม่ให้รัฐทำการโอนเป็นของรัฐซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติได้จริงหรือตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และปัจจุบันการที่ประเทศกำลังพัฒนา โดยเฉพาะกลุ่มประเทศโลกที่สาม ได้เสนอทัศนะที่เกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐในแนวทางที่ไม่ยอมรับข้อผูกพันใด ๆ ทั้งสิ้น ถ้าข้อผูกพันดังกล่าวจะทำให้รัฐไม่อาจนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้ ดังเช่นที่ปรากฏในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) มาตรา 2 ในบทที่ 2 ของกฎบัตร หลักการดังกล่าวจะถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาเป็นข้ออ้างของรัฐที่จะทำการโอนเป็นของรัฐได้หรือไม่ แม้ว่ารัฐจะได้ทำความตกลงไว้ในสัญญาว่าจะไม่ทำการโอนเป็นของรัฐ ตลอดระยะเวลาที่สัญญาสัมปทานยังมีอายุอยู่

2.2.1 ข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญาสัมปทานและสิทธิในการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization)

การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐก็จริง แต่ถ้าวสัญญาฝ่ายรัฐให้การรับรองโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่าจะไม่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น ได้มีการเสนอทัศนะจากนักกฎหมายและการวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) ในสัญญามีผลเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่ โดยรัฐมีอำนาจตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการทำข้อตกลงดังกล่าวได้หรือไม่

ก. ทัศนะจากนักกฎหมาย ปัญหาที่สำคัญในการวินิจฉัยว่าข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม จะมีผลในทางกฎหมายที่จะจำกัดไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่นั้น อยู่ที่ว่าอำนาจ

อธิปไตยของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น เป็นอำนาจโดย
 การของรัฐหรือไม่ ซึ่งรัฐไม่อาจจำกัดหรือมอบให้กับผู้ใดก็ตามหลักกฎหมายระหว่าง
 ประเทศเพียงไร บรรดานักกฎหมายตะวันตกมีทัศนะว่า ในสัญญาสัมปทานนั้นแม้ว่า
 สิทธิในการโอนเป็นของรัฐ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นการแสดงถึงการ
 ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่อำนาจในการโอนเป็นของรัฐนี้ ไม่ได้เป็นอำนาจที่ไม่มี
 ข้อจำกัดใด ๆ ตามทางปฏิบัติระหว่างประเทศ รัฐมีสิทธิที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ
 มาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศ
 ภายในดินแดนของรัฐ แต่ในกรณีที่รัฐได้ทำสัญญาระหว่างประเทศ (international
 contract)⁷³ กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ รัฐต้องผูกมัดโดยกฎเกณฑ์ของ
 กฎหมายระหว่างประเทศให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญา พื้นฐาน
 ของการมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ คือ รัฐสามารถทำข้อผูกมัดระหว่างประเทศได้
 (international commitments) แต่อำนาจในการทำข้อตกลงดังกล่าวนี้ย่อมมี
 ความหมายว่ารัฐจะต้องผูกพันตามข้อตกลงเหล่านั้นด้วย⁷⁴

⁷³ สัญญาระหว่างประเทศ (international contract) ในที่นี้
 หมายถึงว่า สัญญาประกอบด้วยข้อกำหนดที่มีลักษณะในระหว่างประเทศ (interna-
 tionalization clauses) คือ รัฐได้ให้คำมั่นที่จะไม่ทำการเปลี่ยนแปลงในภาย
 ภาคหน้าเกี่ยวกับข้อกำหนดทางการเงินและข้อกำหนดอื่น ๆ รัฐตกลงที่จะให้ความ
 มั่นคงในข้อกำหนดต่าง ๆ ที่นำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ (2) การกำหนด
 การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ไปสู่การนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับ
 ใช้ (Fischer, op. cit., p. 105)

⁷⁴ P. Lalive, *Réflexion sur l'Etat et Ses Contrats*
 Internationaux, (1976), 21 - 25; Weil, *Les clauses de stabili-
 sation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développe-
 ment économique*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau* (1974),
 324; C. de Visscher, *Théories et Réalités en Droit International*

การจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยข้อตกลงนั้น ได้ปรากฏเป็นที่
 วินิจฉัยรับรองโดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ใน Wimbledon
 Case ทั้งนี้ คือ "อธิปไตยของรัฐไม่ได้ถูกลบล้างโดยการทำสัญญา แต่ในทางตรงข้าม
 การทำสัญญาถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย"⁷⁵ หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการรับรอง
 จากอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ดังในคดี ARAMCO

ต่อ (74) Public (2d. ed. 1955), 244; Kahn, *Les Investissements étrangers dans les pays en voie de développement*, 81 Rev. Droit Pays AFR. (1971), 185 - 186 อ้างโดย Mehren, *International Arbitration Between States and Foreign Private Parties : The Libyan Nationalization Cases.*, A J I L 75 (1981), p. 517, Footnote (146); Nwogugu, The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries (1965), 174; Wadmond, *The Sanctity of Contract between a Sovereign and a Foreign National*, in Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments, (1964), pp. 143 - 144; Kissam & Leach, *Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts*, in Selected Readings..... pp. 384 - 385; Memorial Submitted by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *Anglo - Iranian Oil Co. Case*, I C J Pleadings, 80 - 81 (1951).

⁷⁵ P C I J. Series A. No. 1 at. 25

และ *Supphire v. N I O C* ตามที่ได้กล่าวอ้างมาแล้ว

การจำกัดสิทธิของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้โดย
ข้อกำหนดในสัญญา เช่นนี้ นักกฎหมายจากประเทศกำลังพัฒนามีทัศนะที่ไม่เห็นด้วย โดย
โต้แย้งว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) มีลักษณะเป็นข้อ
กำหนดที่มีลักษณะสภาพอาณานิคม และคั้งนั้นข้อกำหนดดังกล่าวจึงไม่มีคุณค่าทางกฎหมาย⁷⁶

ปัญหาว่ารัฐสามารถจำกัดสิทธิในการโอนเป็นของรัฐโดยข้อกำหนดให้ความ
มั่นคงได้หรือไม่นั้น Jiménez de Aréchaga นักกฎหมายจากประเทศอาร์เจนตินา
อดีตประธานศาลโลก (I C J.) ได้เสนอทัศนะไว้ว่า

"กฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน ให้รัฐทุกรัฐมีสิทธิที่จะทำการโอน
เป็นของรัฐแก่ทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ แม้ว่ารัฐบาลชุกก่อนหรือผู้มีอำนาจใน
อดีตจะใดทำความตกลงโดยสนธิสัญญา หรือ โดยสัญญาใดก็ตามว่าจะไม่ทำการโอน
เป็นของรัฐ หลักการดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือความมั่นคง
ในทรัพยากรธรรมชาติ และการดำเนินการในทางเศรษฐกิจ ดังเช่นที่ได้ประกาศใน
มติอันมีคุณค่ายิ่งของสหประชาชาติ โดยเฉพาะก็คือ มาตรา 2 ย่อหน้าที่ 1 ของกฎบัตร
ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights
and Duties of States) ความหมายของอธิปไตยถาวรนี้หมายความว่า รัฐไม่อาจจะ
สูญเสียความสามารถทางกฎหมายที่จะทำการเปลี่ยนแปลงแนวนโยบาย หรือ วิธีการ
ในการสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้น ไม่ว่าจะใดดำเนินการไปแล้วแต่ประการ
ใดเกี่ยวกับการสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติ หรือ การดำเนินการในกรณีนี้"⁷⁷

การเสนอความคิดเห็นของ Aréchaga นี้ ได้มีนักกฎหมายเสนอทัศนะโต้แย้ง
ไว้ต่อมา โดยกล่าวว่า "ท่านผู้พิพากษา Aréchaga ได้เสนอความคิดเห็นที่รุนแรงเกินไป

⁷⁶Asante, op. cit., p. 403, 404.

⁷⁷Jiménez de Aréchaga, "International Law in the Past Third
of a Century" R C A D I (1978 : I). p. 297.

ในการที่กล่าวว่าแม้แต่สนธิสัญญา ซึ่งกระทำโดยรัฐบาลก่อนหน้านี้อาจไม่มีผลผูกมัดโดย
 เนื่องจากหลักอธิปไตยถาวรของรัฐ ด้วยความเคารพในทัศนะเช่นนี้ จะต้องมีภารกิจ
 ให้ประจักษ์ชัดซึ่งในขณะนี้ยังไม่ปรากฏเลยว่า ทางปฏิบัติของรัฐโดยยอมรับหลักการที่ได้
 เสนอมาว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะกรณีใดหลักการกลางพันธกรณีในสนธิ
 สัญญาเป็นหลักการที่ไกลเกินไป เมื่อรัฐใดทำความตกลงในลักษณะระหว่างรัฐบาลแล้ว
 เป็นที่ตระหนักกันว่า ความตกลงเช่นนี้จะอยู่นอกเหนือไปจากระบบกฎหมายภายในรัฐเกินขีด
 ยิ่งไปกว่าการทำสัญญาสัมปทาน ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องเลือกนโยบายให้การรับรอง
 ต่าง ๆ เพื่อที่จะดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศในกรณีเกี่ยวกับผลประโยชน์ในทาง
 เศรษฐกิจ การเสนอให้อธิปไตยถาวรของรัฐมีบทบาทในการจำกัดการทำสนธิสัญญาใด ๆ
 เกี่ยวกับการลงทุนและการพัฒนาเศรษฐกิจโดยทั่วไป คือ การผูกมัดอย่างเกินควรแก่
 อธิปไตยของรัฐในเรื่องทางเศรษฐกิจ⁷⁸

กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (developing countries) ไม่ยอมรับว่า ข้อ
 กำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) จะมีผลเป็นข้อกำหนดในสัญญา
 ที่สามารถจำกัดห้ามการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยยึดมั่นตามหลักการ
 ที่ประเทศเหล่านี้เสนอในมาตรา 2 บทที่ 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทาง
 เศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States)
 โดยอ้างว่าหลักการดังกล่าวนี้มีสถานะภาพเป็นกฎเกณฑ์ใหม่ของ Jus cogens⁷⁹

⁷⁸Ian Brownlie, "Legal Status of Natural Resources in
 International Law (Some Aspects)," R C A D I (1979 : I), pp.
 309 - 310.

⁷⁹Jus cogens อาจแปลความหมายตามตัวอักษรได้ คือ "Compelling
 law" และโดยทั่วไปแล้วจะนำมาบังคับใช้กับกฎเกณฑ์ที่เป็น peremptory
 norms ของกฎหมายระหว่างประเทศ มาตรา 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย
 กฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) ได้ให้

ซึ่งห้ามไม่ให้รัฐอนุมัติข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) เกี่ยวกับ
 ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐแก่บริษัทต่างประเทศในสัญญา ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งจำกัด
 สิทธิในการนำมาตรการโอนของรัฐมาบังคับใช้นั้น จะขัดแย้งกับหลักอธิปไตยถาวรของ
 รัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งรูปแบบที่สำคัญประการหนึ่งของอำนาจอธิปไตยถาวรของ
 รัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ คือ การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ อธิปไตย
 ถาวรของรัฐนี้เป็นสิ่งถาวร รัฐไม่อาจจะมอบให้แก่ผู้ใดได้ ด้วยเหตุนี้ ข้อตกลงในสัญญา
 ว่าจะไม่ทำการโอนเป็นของรัฐ จึงไม่มีคุณค่าตามกฎหมาย⁸⁰

ความคิดเห็นเกี่ยวกับสิทธิในการโอนเป็นของรัฐ ในสัญญาที่มีข้อกำหนดให้ความ
 มั่นคง (stabilization clause) นั้น อาจกล่าวได้ว่า นักกฎหมายส่วนใหญ่มีทัศนะ
 ว่า ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลผูกมัดรัฐตามหลักการทำความตกลงของรัฐในระหว่างประเทศ
 ในเมื่อรัฐได้ให้ความตกลงแก่ประการใดกับคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว รัฐย่อมจะต้องผูกมัดตาม
 ความตกลงเหล่านั้นด้วย หลักกฎหมายระหว่างประเทศรับรองในสิทธิที่รัฐจะจำกัดการใช้
 อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญาหรือโดยสนธิสัญญาได้ นักกฎหมายจากประเทศกำลังพัฒนา
 มีความคิดเห็นว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ไม่อาจจำกัดสิทธิ

คือ (79) ความหมายของ peremptory norms ในกฎหมายระหว่างประเทศ
 คือบรรทัดฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ในฐานะ
 เป็นบรรทัดฐานซึ่งจะไม่ยินยอมให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากบรรทัดฐานเช่นนี้ และ
 บรรทัดฐานดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่โดยบรรทัดฐานต่อมาของหลักกฎหมายระหว่าง
 ประเทศ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกัน (U N. Doc. A/CONF. 39/27 (1969))

⁸⁰บันทึกของรัฐบาลลิเบียที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ Dupuy ใน Texaco
 Overseas Petroleum/California Asiatic Oil Company v. The
 Government of the Libyan Arab Republic. บันทึกของรัฐบาลคูเวตที่เสนอแก่
 อนุญาโตตุลาการใน State of Kuwait v. The American Independent
 Oil Company (Aminoil)

ในการที่รัฐจะทำการโอนเป็นของรัฐได้ เพราะหลักการอธิปไตยถาวรของรัฐตามที่ปรากฏในมาตรา 2 บทที่ 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States)

ข. การวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาว่าข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) สามารถจำกัดการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่นั้น ถ้าหากว่าในสัญญาประกอบด้วยข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) ได้มีการวินิจฉัยไว้ดังเช่น *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic.*, *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company* ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยอนุญาโตตุลาการในคดีทั้งสองยอมรับว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคงสามารถจำกัดการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้ โดยเสนอเหตุผลไว้ดังนี้ คือ

1. *Texaco Calasiatic v. The Government of Libyan Arab Republic*

ศาสตราจารย์ Dupuy มีทัศนะว่ารัฐมีสิทธิที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของบริษัทต่างประเทศในสัญญาก็จริง แต่สิทธิดังกล่าวนั้น รัฐได้ตกลงในวันที่จะนำมาบังคับใช้โดยข้อตกลงในสัญญาซึ่งได้แก่ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) ภายในระยะเวลาตามที่กำหนดในสัญญา มาตรการโอนเป็นของรัฐไม่อาจจะอยู่เหนือหน้าที่ในสัญญาซึ่งบังคับโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (internationalized contract) "ผลก็คือ รัฐไม่สามารถจะอ้างถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงซึ่งรัฐได้ใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปไตยให้ข้อตกลงดังกล่าวโดยสมัครใจ รัฐไม่มีสิทธิที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ ของรัฐโดยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ทำให้สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐในสัญญาสูญสิ้นไป หรือ เป็นโมฆะไป ...⁸¹

.....

⁸¹ TOPCO/CALASIATIC. Award on the Merits, paras. 71

บทบัญญัตินี้ ผลของบทบัญญัติทำให้เกิดความมั่นคงแก่ฐานะของคู่สัญญา โดยหลักกฎหมายแล้วจะไม่ทำให้อธิปไตยของลิเบียสูญเสียไป ลิเบียยังคงรักษาอำนาจของรัฐในการตราบัญญัติกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในการดำเนินการเกี่ยวกับปิโตรเลียมกับบรรคารัฐและคนต่างชาติต่าง ๆ ซึ่งลิเบียไม่ได้ทำความตกลงอันมีผลผูกมัดเช่นนี้ ข้อกำหนดที่ 16 เพียงแต่ทำให้การตราบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ของรัฐจะไม่มีผลบังคับกับคู่สัญญาซึ่งรัฐได้ทำความตกลงด้วยตลอดระยะเวลาที่สัญญาสัมปทานฉบับนี้ยังมีอายุอยู่ ความเปลี่ยนแปลงใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ จะมีผลแก่คู่สัญญาก็โดยความยินยอมระหว่างคู่สัญญา ในการนี้ไม่ได้หมายความว่า ข้อกำหนดดังกล่าวจะเป็นการลดอำนาจอธิปไตยของรัฐลิเบีย แต่โดยความเป็นจริงแล้ว ลิเบียได้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการทำสัญญาอันมีผลผูกมัดระหว่างประเทศ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับระหว่างคู่สัญญา

การรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศในสิทธิของรัฐที่จะทำการโอนเป็นของรัฐ ไม่อาจจะถือเป็นพื้นฐานอำนาจรัฐที่จะทำให้รัฐไม่จำต้องปฏิบัติตามข้อผูกมัดต่าง ๆ ในสัญญาได้ เพราะว่าโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเอง ได้รับรองว่ารัฐมีอำนาจทำข้อผูกพันในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเสนอข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญาที่รัฐกระทำกับเอกชนต่างประเทศ⁸²

สำหรับปัญหาว่า การที่รัฐจำกัดการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้โดยรัฐบาลก่อนหน้านั้น จะเป็นการขัดกับหลักอธิปไตยถาวรของรัฐซึ่งไม่สามารถจะมอบให้แก่ผู้ใดได้ หรือ เพราะการมอบอำนาจดังกล่าวจะทำให้เสียหายแก่รัฐได้ อนุญาโตตุลาการ Dupuy ยืนยันในกรณีของลิเบียว่า ถ้ารัฐใดมอบอำนาจอธิปไตยของรัฐในการที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้โดยถาวรแล้ว การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ไม่อาจจะมีข้อโต้แย้งใดเลยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ใน

⁸²Ibid. para 71.

กรณีดังกล่าว ลิเบียได้อนุมัติสิทธิเช่นนี้แก่ผู้รับสัมปทานภายในขอบเขตระยะเวลาอันจำกัด และสิทธิที่จะไม่อยู่ภายใต้การนำมาตรการโอบนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ขึ้นเอง ถือเป็นสิทธิ และหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา โดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไว้ดังนี้ คือ

"หลักการในเรื่องอธิปไตยของรัฐ สามารถสอดคล้องไปกับการทำ สัญญาของรัฐ โดยรัฐยังคงมีอำนาจควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ของคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ เมื่อคำนึงถึงปัญหาเกี่ยวกับอธิปไตยถาวรของรัฐ ควรจะไ้มีการแบ่งแยกให้เห็นอย่าง เเด่นชัดระหว่างการมีสิทธิและการใช้สิทธิ รัฐซึ่งได้อนุมัติสัมปทานให้กับเอกชนต่างประเทศ ยังคงมีอำนาจในสิทธิเกี่ยวกับอธิปไตยถาวรของรัฐโดยสมบูรณ์ รัฐไม่สามารถจะมอบสิทธิ ดังกล่าวให้แก่ผู้ใดได้ไม่ว่าในกรณีใด การทำสัญญากับบริษัทเอกชนไม่ถือว่าเป็นการมอบ อำนาจอธิปไตยดังกล่าวของรัฐให้แก่เอกชนต่างประเทศ แต่เป็นการจำกัดการใช้อำนาจ อธิปไตยของรัฐบางประการภายในเวลาที่กำหนด ด้วยเหตุนี้รัฐยังคงมีอำนาจในการควบคุม การดำเนินการต่าง ๆ ของผู้รับสัมปทาน และยังคงสามารถใช้อำนาจอธิปไตยในกิจการ ต่าง ๆ ดังเช่น การกำหนดหน้าที่แก่คู่สัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับหน้าที่ใน ทางการเงิน ซึ่งไม่ต้องสงสัยเลยว่าจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือไม่"⁸³

จากทัศนะของอนุญาโตตุลาการ Dupuy ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabiliza-
tion clause) มีผลเป็นข้อกำหนดว่ารัฐคงไว้ที่จะนำมาตรการโอบนเป็นของรัฐ
บังคับใช้ในสัญญากับบริษัทเอกชนต่างประเทศ ข้อกำหนดเช่นนี้รัฐมีความผูกมัดที่จะต้อง
ปฏิบัติตามโดยหลักข้อตกลงพึงสมควรได้รับการปฏิบัติ (pacta sunt servanda)

2. Government of Kuwait v. American Independent Oil Company

อนุญาโตตุลาการ ศาสตราจารย์ Reuter ได้วินิจฉัย
คุณค่าทางกฎหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ว่า จะ
มีผลจำกัดไม่ให้รัฐนำมาตรการโอบนเป็นของรัฐมาบังคับใช้หรือไม่ โดยอนุญาโตตุลาการ

⁸³Ibid. para 72.

ได้วินิจฉัยข้อโต้แย้งของรัฐบาลคูเวตซึ่งอ้างว่ากฎเกณฑ์ใหม่ของ Jus cogens ได้บังเกิดขึ้นและกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ห้ามไม่ให้รัฐทำข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) กับเอกชนต่างประเทศ ในกรณีเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ อนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงปัญหานี้ ดังนี้ คือ

"โดยความเสมอภาคกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ได้ถือเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับโดยถือเป็น Jus cogens ซึ่งจะห้ามไม่ให้รัฐทำความตกลงใด ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสัญญาหรือสนธิสัญญาซึ่งมีผลขัดแย้งกับการใช้อำนาจของรัฐในกรณีเกี่ยวกับความมั่นคงในทรัพยากรธรรมชาติของรัฐใดหรือไม่นั้น ข้อโต้แย้งเช่นนี้ขาดเหตุผลสนับสนุน ถ้าแม้ว่ามติสมัชชาสหประชาชาติ 1803 (XVII) ที่ก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1962 จะได้รับการพิจารณาว่าเป็นการแสดงถึงกฎเกณฑ์ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเนื่องจากสภาวะการณ์ในการก่อให้เกิดมติดังกล่าว แต่บรรดามติของสมัชชาสหประชาชาติต่อมานั้น ไม่ได้รับการยอมรับว่ามีคุณค่าคงเช่นมติดังกล่าว ถ้าแม้ว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ในมติที่ก่อตั้งต่อมาอาจจะสามารถพิจารณาได้ว่า เป็นการร่างกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สะท้อนให้เห็นถึงทางปฏิบัติระหว่างประเทศ บทบัญญัติเช่นนี้ก็ไม้อาจจะลบล้างกฎเกณฑ์ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามไม่ให้รัฐทำการโอนเป็นของรัฐ ภายในระยะเวลาที่จำกัดไว้โดยเป็นไปตามข้อตกลงที่รัฐใดให้ไว้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวเช่นนี้จะต้องนำมาบังคับใช้เป็นอย่างยิ่ง ถ้ารัฐใดแสดงความประสงค์ที่จะไม่ทำการโอนเป็นของรัฐ แก่บริษัทต่างชาติภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ และไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองประการใด ห้ามไม่ให้รัฐทำความตกลงดังกล่าวมานี้ด้วย⁸⁴

การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในคดี AMINOIL ยอมรับหลักการที่ปรากฏในมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) อธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากร

⁸⁴State of Kuwait v. The American Independent Oil Company. (AMINOIL), op. cit., p. 1021 - 1022.

ธรรมชาติเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างชาติ⁸⁵ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ยอมรับหลักการที่ปรากฏในมติของสมัชชาสหประชาชาติต่อมาเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐครั้งที่ปรากฏในมาตรา 2 บทที่ 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) ว่าก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ใหม่ที่ดีเป็น Jus cogens คือ รัฐไม่สามารถจะทำความตกลงกับเอกชนต่างประเทศเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของรัฐโดยการอนุมัติข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ โดยอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้ออ้างของรัฐบาลคูเวตดังกล่าวไม่มีหลักกฎหมายประการใดสนับสนุน⁸⁶ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีอำนาจให้คำมั่นแก่เอกชนต่างประเทศว่าจะไม่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้ และเมื่อรัฐได้ให้คำมั่นไว้เช่นนั้นแล้ว รัฐก็ต้องผูกมัดตามความตกลงที่รัฐให้ไว้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วยภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา

ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทครั้งนี้ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยรับรองคุณค่าในทางกฎหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ว่าสามารถจำกัดการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้โดยรัฐได้ แต่ในกรณีพิพาทดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาจากข้อความในข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) แล้ว ถ้อยคำในข้อกำหนดให้ความมั่นคงไม่อาจจะป้องกันเอกชนต่างประเทศจากการที่รัฐบาลคูเวตจะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้ เพราะเหตุผลในประการต่อไปนี้

⁸⁵ ข้อความในมติ 1803 (XVII) เกี่ยวกับการลงทุนจากคนต่างชาตินั้นมีข้อความว่า "สัญญาการลงทุนกับคนต่างชาติซึ่งรัฐได้กระทำไว้โดยสมัครใจระหว่างคู่สัญญานี้ รัฐจะต้องปฏิบัติตามโดยหลักสุจริต" (G.A. Res. 1803 (XVII) U.N. GAOR. Supp. 17 U.N. Doc. A/5217 (1962))

⁸⁶ *State of Kuwait v. The American Independent Oil Company*.
Op. cit., p. 1022

1. ศาลไควินิจฉัยเจตนาของผู้ร่างสัญญาในข้อกำหนดให้ความมั่นคงใน ค.ศ. 1948 และ ค.ศ. 1961 แล้ว ไคข้อสรุปว่า ข้อกำหนดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดไม่ให้รัฐนำมาตราการริบทรัพย์ (confiscatory character) มาบังคับใช้เท่านั้น

"เป็นการยุติธรรมที่จะกล่าวว่า ผู้สัญญาในการร่างข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) ใน ค.ศ. 1948 และ ค.ศ. 1961 มีเจตนาแต่เพียงมุ่งหมายการริบทรัพย์เท่านั้น เพราะมาตรการดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายทางการเงินแก่ผลประโยชน์ของบริษัท ดังนั้นตามที่ปรากฏในข้อ 7 (g) ของสัญญาใน ค.ศ. 1961 ถือว่าเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดที่ 11 ในสัญญาที่กระทำไว้ตั้งแต่ ค.ศ. 1948 มีความมุ่งหมายจำกัดเฉพาะภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่จะเกิดผลเสียหายแก่สิทธิของผู้รับสัมปทาน ดังเช่น การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ต่าง ๆ แต่ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ ไม่ได้มุ่งหมายถึงการดำเนินการต่าง ๆ ซึ่งทำให้สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง ถ้าหากว่าการกระทำเหล่านั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นการริบทรัพย์ อาจจะได้ถือว่าการโอนเป็นของรัฐนั้นเป็นลักษณะหนึ่งของการดำเนินการเหล่านั้นด้วย เพราะการโอนเป็นของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องมีการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายโดยเฉพาะ⁸⁷

2. การจำกัดสิทธิในการโอนเป็นของรัฐไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนในข้อกำหนดให้ความมั่นคง⁸⁸ โดยอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยไว้ดังนี้ คือ

⁸⁷ Ibid. para. 93, p. 1022 - 1023

⁸⁸ ใน TOPCO/CALASIATIC. Award on the Merits อนุญาโตตุลาการ Dupuy วินิจฉัยไว้แตกต่างไปจากคดี AMINOIL คือ จากข้อกำหนดให้ความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง ขอบเขตของถ้อยคำในภาษาของสัญญาทำให้อนุญาโตตุลาการกล่าวได้ว่า รัฐได้รับรองที่จะไม่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาจากข้อความว่า "จะไม่มี การเปลี่ยนแปลงแก้ไขแต่ประการใดในสัญญา เว้นไว้เสียแต่ด้วยความยินยอมของผู้สัญญา" (TOPCO/CALASIATIC. Award on the Merits. p. 24 - 25. para. 3, p. 71 - 72.)

"กรณีการโอนเป็นของรัฐไม่ได้กำหนดไว้อย่างแน่นอนในข้อกำหนดให้ความมั่นคง ซึ่งไม่ได้เป็นการตีความที่ไม่เพียงแต่มีรูปแบบตามหลักการอันมีคุณค่ายิ่งเท่านั้น แต่จากเหตุผลที่จะกล่าวต่อไปนี้

... ไม่เป็นที่สงสัยเลยว่า ข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับสิทธิของรัฐที่จะทำการโอนเป็นของรัฐมีคุณค่าตามกฎหมาย แต่ข้อกำหนดเช่นนี้ จะต้องเป็นข้อตกลงที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยถ้อยคำ และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ควบคุมเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน เป็นที่หวังไว้ว่าจะต้องมีระยะเวลาจำกัดแน่นอน ในกรณีพิพาทครั้งนี้ ข้อกำหนดที่จะห้ามการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้จะมีอยู่ในข้อกำหนดดังกล่าว ก็แต่โดยการสันนิษฐานจากภาษาที่ใช้โดยทั่วไปในข้อกำหนดให้ความมั่นคง ระยะเวลาของสัมปทานนั้นมีระยะเวลายาวนานถึงหกสิบปี ข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยในสัญญาสัมปทานจึงไม่อาจมีอยู่ได้จากการสันนิษฐานข้อความจากข้อกำหนดให้ความมั่นคง ดังนั้นในกรณีนี้ ผู้รับสัมปทานซึ่งได้รับการรับรองเกี่ยวกับประโยชน์ที่สำคัญของผู้รับสัมปทาน จะได้รับสิทธิตามกฎหมาย คือ การชดเชยค่าทดแทนความเสียหาย⁸⁹

ในกรณีพิพาทครั้งนี้ อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยจากเงื่อนงำของผู้ร่างข้อกำหนดให้ความมั่นคงว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญามีความหมายเป็นการจำกัดห้ามรัฐไม่ให้นำมาตรการการริบทรัพย์มาบังคับใช้เท่านั้น การริบทรัพย์ไม่อาจเป็นที่ยอมรับได้โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในปัญหาว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญาดังกล่าว ไม่อาจจำกัดห้ามการที่รัฐจะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้ เพราะข้อกำหนดให้ความมั่นคงไม่ได้กล่าวถึงมาตรการการโอนเป็นของรัฐไว้โดยชัดแจ้ง เพียงแต่กล่าวว่า เจ้านครจะไม่นำบทบัญญัติกฎหมายหรือมาตรการประการใดของรัฐมา

⁸⁹State of Kuwait v. The American Independent Oil Company. Op. cit., p. 1023. para. 95

บังคับใช้ซึ่งจะมีผลเป็นการเพิกถอนสัญญานั้น ใ้มีผู้เสนอความคิดเห็นโต้แย้งการวินิจฉัย
ดังกล่าว ดังเช่น Sir Gerald Fitzmaurice อนุญาตตุลาการผู้หนึ่งในจำนวน
คณะอนุญาตตุลาการที่ตัดสินกรณีพิพาทดังกล่าว ได้เสนอความคิดเห็นคัดค้านไว้ใน
Separate Opinion ดังนี้

"ข้าพเจ้าทราบว่า ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปประการใด (อาจจะไม่มีหลักกฎหมาย
เป็นพิเศษประการใดโดยเฉพาะในกรณีอื่นเป็นพิเศษด้วย) ซึ่งกำหนดให้เงื่อนไขต่าง ๆ
จะต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง แทนที่จะเป็นการตีความใดโดยปริยายจากถ้อยคำภาษาที่
ปรากฏ โดยเป็นไปตามหลักการการตีความโดยทั่วไป หรือ โดยที่ถูกต้องแล้ว ไม่ควร
จำกัดห้ามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ใ้มาโดยปริยายจากถ้อยคำเหล่านี้ เพียงเพราะว่าไม่ได้
กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง"⁹⁰

Sir Gerald Fitzmaurice มีความเห็นแย้งว่า ถ้อยคำในข้อกำหนด
ให้ความมั่นคง (stabilization clause) ใ้แสดงไว้อย่างชัดเจนและมีความ
หมายว่าสัญญาจะมีเจตนาในการร่างข้อกำหนดดังกล่าวให้หมายถึงมาตรการใด ๆ ซึ่ง
จะทำให้สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงก่อนที่สัญญาดังกล่าวจะหมดอายุ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะแต่
การริบทรัพย์เท่านั้น

"เมื่อบริษัท เช่นบริษัท AMINOIL ใ้ตกลงใ้มีข้อกำหนดให้ความมั่นคง
ดังเช่น ข้อกำหนดข้อที่ 17 ในสัญญา วัตถุประสงค์ของบริษัทย่อมไม่ต้องการใ้รับเงิน
ทดแทนถ้าใ้มีการละเมิดข้อกำหนดดังกล่าว แต่ข้อกำหนดเช่นนี้ขึ้นเพื่อรับรองไม่ใ้มี
การละเมิดสัญญา ความประสงค์ของบริษัท คือ ต้องการที่จะดำเนินการประกอบกิจการ
ปิโตรเลียมตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา บริษัทไม่ใ้ต้องการรับการชดใช้ค่า
ทดแทนสำหรับกรณีที่รัฐทำให้บริษัทต้องหยุดการดำเนินการ"⁹¹

⁹⁰ Arbitration Separate Opinion in State of Kuwait V.
The American Independent Oil Company (AMINOIL) p. 1051. para. 23

⁹¹ Ibid. para. 26. 1052.

ศาสตราจารย์ F.A. Mann ได้เสนอข้อคิดเห็นสนับสนุน Sir Gerald Fitzmaurice โดยกล่าวว่า "ในกรณีเอกสารระหว่างประเทศ เป็นการยากที่จะใช้ถ้อยคำให้เหมาะสมที่จะรวบรวมการกระทำต่าง ๆ ดังเช่นที่ได้ใช้ถ้อยคำโดยข้อเท็จจริง ถ้าเป็นคั้งที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยไม่คำนึงข้อความดังกล่าว ข้อกำหนดให้ความมั่นคงในสัญญาทำให้การโอนเป็นของรัฐชอบด้วยกฎหมายแล้ว เราไม่อาจจะตอบคำถามว่า ความหมายในข้อกำหนดดังกล่าวประการใดที่ยืนยันเหตุผลที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัย และข้อกำหนดดังกล่าวมีผลอย่างไร แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ในการตีความในระบบกฎหมายใด ซึ่งย่อมไม่ใช่หลักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแน่นอน (ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา) ซึ่งอนุญาต หรือ ต้องการให้มีการชดใช้ค่าทดแทนจากการโอนเป็นของชาติ โดยความหมายของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause)⁹²

ก. การจำกัดสิทธิในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ตามข้อ

12 (1) (ก)

จากการที่ได้นำเสนอทัศนะของอนุญาโตตุลาการในคดี Government of Kuwait V. The American Independent Oil Company เกี่ยวกับปัญหาถ้อยคำภาษาในข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) เช่นนี้ เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำภาษาในข้อกำหนด ข้อ 12 "การเคารพข้อกำหนดขั้นมูลฐาน (1) (ก) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้ คือ

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของ ผู้รับสัมปทานในเรื่องดังต่อไปนี้

⁹²F.A. Mann. "The Aminoil Arbitration" ByIL. (1983),

(ก) การประกอบกิจการปิโตรเลียมในแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิต รวมทั้งการใช้ที่ดินนอกแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียม

เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดดังกล่าวนี้ จะพบว่าถ้อยคำของข้อกำหนดข้อ 12 (1) (ก) นี้เป็นการกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ทำการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน ในเรื่องการประกอบกิจการปิโตรเลียม ทั้งนี้ถ้าหากว่ารัฐบาลไทยประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศ คู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะสามารถอ้างเหตุผลว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่ได้จำกัดสิทธิของรัฐในการที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ เพราะถ้อยคำในข้อ 12 (1) (ก) ไม่ได้เป็นข้อกำหนดที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า คู่สัญญาภาครัฐบาลตกลงที่จะไม่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ ข้อกำหนดข้อ 12 (1) (ก) กำหนดเพียงว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ในการประกอบกิจการสำรวจปิโตรเลียม ซึ่งมีความหมายว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ให้ข้อตกลงกับบริษัทต่างประเทศว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในการประกอบกิจการปิโตรเลียม ดังเช่น การนำมาตรการการริบทรัพย์ (confiscation) มาบังคับใช้ มาตรการการโอนเป็นของรัฐนั้นเป็นมาตรการที่รัฐอธิปไตยมีสิทธิโดยชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ โดยเป็นไปตามหลักอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ การที่รัฐจะห้าข้อตกลงจำกัดสิทธิในนำมาตรการดังกล่าวซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ จะต้องเป็นการห้าข้อตกลงที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ผู้เขียนมีข้อคิดเห็นที่เห็นด้วยกับ Prof. Paul Reuter ว่า ในกรณีสัญญาสัมปทานซึ่งมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เช่นนี้ การจำกัดสิทธิของรัฐที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทต่างประเทศไม่สามารถจะมีอยู่ได้โดยการสันนิษฐานจากถ้อยคำในข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญา แต่จะต้องเป็นการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า รัฐจำกัดสิทธิในการนำมาตรการโอนเป็น

ของรัฐมาบังคับใช้⁹³ นอกไปจากนี้ในกรณีที่ผู้เขียนเสนอข้อคิดเห็นว่า การให้คำมั่นตามข้อ 12 (1) (ก) นั้นมีผลเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) การให้คำมั่นของรัฐจะต้องเป็นการให้คำมั่นที่ชัดเจนว่า รัฐอธิปไตยได้ให้คำมั่นในระหว่างประเทศไว้ในกรณีใด ดังเช่นจากการวินิจฉัยกรณีพิพาทในคดี *Mavrommatis Concessions* และ *German Interests in Polish Upper Silesia Cases* ของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ได้วินิจฉัยดังนี้ "การประกาศของรัฐที่เกี่ยวข้อง (สหราชอาณาจักรและโปแลนด์)ว่าจะไม่นำมาตรการต่าง ๆ อันมีผลเป็นการเวนคืนมาบังคับใช้นั้นย่อมมีผลผูกมัด⁹⁴ ภัยเหตุข้อกำหนดข้อ 12 (1) (ก) แม้จะมีฐานะเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) แต่ข้อกำหนดดังกล่าวในสัญญาไม้มักกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า คู่สัญญาภาคีรัฐบาลให้คำมั่นว่าจะไม่นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้

ดังนั้นแม้ว่าข้อกำหนดข้อ 12 (1) (ก) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจะเป็นข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลอันมีผลจำกัดห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทำการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ข้อกำหนดดังกล่าวไม่สามารถจะถือเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่จะมีผลจำกัดห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้ในทัศนะของผู้เขียน

เมื่อได้เสนอทัศนะจากบรรดานักกฎหมาย การวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับปัญหาว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clause) สามารถจำกัดสิทธิของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่นั้น

⁹³State of Kuwait V. The American Independent Oil Company. Op. cit., p. 1023. para. 95.

⁹⁴PCIJ, Series A, No. 7, p. 13 อ้างโดย Wilfried Fiedler, Unilateral Acts in International Law, in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 p. 519.

ในปัจจุบันอาจจะกล่าวได้ว่า หลักการเคารพต่อสัญญานั้นยังเป็นหลักกฎหมายที่มีคุณค่า อยู่ในปัจจุบัน การจำกัดสิทธิของรัฐในการนำมาตรการไอเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น เป็นที่รับรองโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่ารัฐมีสิทธิกระทำได้ ด้วยเหตุนี้ข้อ ตกลงดังกล่าวจึงมีคุณค่าตามกฎหมาย สำหรับปัญหาการเสนอทัศนะจากกลุ่มประเทศ กำลังพัฒนาว่าหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 2 บทที่ 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ ในทางเศรษฐกิจของรัฐนั้น จะถือได้หรือไม่ว่าในปัจจุบันนี้ หลักการดังกล่าวได้รับการ ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ควรจะเป็น (de lege ferenda) หรือไม่เกี่ยวกับการไอเป็นของรัฐ เพื่อเป็นการพิจารณาประกอบในกรณีที่ถ้าหากว่า รัฐบาลไทยประสงค์จะนำมาตรการไอเป็นของรัฐมาบังคับใช้

2.2.2 กฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ
มาตรา 2 ในบทที่ 2 และ หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หลักการที่ปรากฏในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทาง เศรษฐกิจของรัฐ บทที่ 2 มาตรา 2 นั้น จะถือว่าเป็นหลักการเกี่ยวกับการไอเป็น ของรัฐที่ให้อำนาจรัฐนำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ โดยไม่คำนึงถึงความตกลงใน สัญญาที่รัฐได้กระทำไว้กับเอกชนต่างประเทศในกรณีดังกล่าวหรือไม่ในปัจจุบัน ปัญหาที่กล่าวมานี้ อาจจะกล่าวได้ว่า หลักการในมติของสหประชาชาติมาตรา 2 นี้ ถือได้หรือไม่ว่า เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นแทนหลักการในกฎหมาย ระหว่างประเทศเดิมที่อยู่แล้ว

ก.) อำนาจของมติสมัชชาสหประชาชาติที่จะก่อให้เกิด
กฎเกณฑ์ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎบัตรสมัชชาสหประชาชาติได้กำหนดให้สมัชชามี อำนาจในการดำเนินการ ให้การปรึกษา และวินิจฉัย ในปัญหาระหว่างประเทศต่าง ๆ ในกรณีเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจ มาตรา 13 กำหนดไว้ว่า "สมัชชาอาจจะเริ่ม ค้นศึกษาและทำคำแนะนำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ สนับสนุนพัฒนาการก้าวหน้า ของกฎหมายระหว่างประเทศ และการจัดทำประมวลกฎหมายนี้" คำแนะนำ (recommendations) ต่าง ๆ หลังจากที่ได้รับการรับรองโดยสมัชชาแล้ว จะถือ

ว่าเป็นมติ (resolutions)⁹⁵

มติ (resolutions) ของสมัชชาสหประชาชาตินั้น ได้มีการโต้เถียงกัน ว่า มติดังกล่าวจะก่อให้เกิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ ข้อโต้แย้งเช่นนี้ ได้มีการเสนอทัศนะจากนักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสองแนวทางด้วยกัน คือ ความคิดเห็นประการแรก มติไม่อาจจะก่อให้เกิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ ความคิดเห็นประการที่สอง คือ มติอาจจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย (legal effect)⁹⁶ แก่กฎหมายระหว่างประเทศ ทัศนะในประการแรกนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นความคิดเห็นที่ถูกต้องเสมอไป เพราะว่าจากการพิจารณาอย่างมีเหตุผลแล้ว มติอาจจะเป็นแหล่งที่มาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยเหตุผล ดังนี้ คือ (1) แหล่งที่มาดั้งเดิมของ

⁹⁵Ellis, "The New International Economic Order and General Assembly Resolutions : The Debate Over the Legal Effects of General Assembly Resolutions Revisited. "California Western International Law Journal. 15 (1985), p. 663.

⁹⁶คำว่า ผลทางกฎหมาย (legal effects) คือ คำที่ใช้อธิบายอย่างกว้างถึงอิทธิพลอันสูงยิ่งของมติประการใดโดยเฉพาะ ที่จะมีต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น มติบางประการอาจจะถือเป็นประจักษ์พยานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ขณะที่มติบางประการอื่น ๆ จะมีอำนาจเหนือโดยตรงต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยผลทางการเมือง หรือ จุดค่าทางศีลธรรม อย่างไรก็ตาม จากตัวอย่างทั้งสองประการนี้ มติไม่อาจจะถือเป็นหลักกฎหมายได้ตามความหมายของหลักกฎหมายโดยตรง ปัญหาประการหนึ่งในการพิจารณาว่ามติไม่อาจถือเป็นกฎหมายโดยตรงนั้น เนื่องมาจากมติปราศจากรูปแบบจุดค่าทางกฎหมาย (uniform juridical value) Castanada, "Legal effects of United Nations Resolutions. (1969) 2. อ้างโดย Ellis, op. cit. p. 66" footnote (107)

กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจจะตอบสนองอย่างเพียงพอสำหรับการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (2) สหประชาชาติเป็นสถานที่ประชุมที่เหมาะสมซึ่งจะก่อตั้งมติต่าง ๆ เกี่ยวกับปัญหาที่นอกเหนือไปจากภายในประเทศ (transnational problems) (3) แนวโน้มที่เพิ่มมากขึ้นที่จะยอมรับและเชื่อมั่นในผลทางกฎหมายของมติสมัชชาสหประชาชาติ⁹⁷

ถ้าหากว่ามติบางประการได้รับการยอมรับว่ามีคุณค่าทางกฎหมาย ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ มติขององค์การ เช่นนี้มีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร มติของสมัชชาสหประชาชาตินั้น จากการเสนอข้อคิดเห็นโดยบรรดานักกฎหมายต่าง ๆ มติของสมัชชาสหประชาชาติมีผลทางกฎหมาย คือ (1) ที่อำนาจผูกมัดเป็นกฎหมายโดยตนเอง⁹⁸ (2) มติถือเป็นประจักษ์พยานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁹⁹ (3) มติก่อให้เกิดกฎหมายโดยถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในรูปแบบใหม่ หัตถ์ใน

⁹⁷Ellis. op. cit., p.

⁹⁸Higgins, The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations (1963), อ้างโดย Ellis. op. cit., p. 685, Garibaldi, The Legal Status of General Assembly Resolutions : Some Conceptual Observations, 73 Proceedings of American Society of International Law (1979) pp. 325 - 326.

⁹⁹Joyner, U.N. General Assembly Resolutions and International Law : Rethinking the Contemporary Dynamics of Norm - Creation". II California Western International Law Journal (1981), p. 469.



ประการนี้ได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากจากบรรดานักกฎหมาย¹⁰⁰

มติที่อาจจะก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีในรูปแบบใหม่นั้นก็คือ มติของสมัชชาสหประชาชาติอาจจะถือเป็นหลักกฎหมายที่ควรจะเป็น (de lege ferenda) โดยเนื่องจากมีองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังเช่น ทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) และการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) ของรัฐจากองค์ประกอบทั้งสองประการนี้เองที่ทำให้มติของสมัชชาสหประชาชาติก่อให้เกิดหลักกฎหมาย โดยถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ข.) คุณค่าของหลักการในบทที่ 2 มาตรา 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

บรรทัดฐาน (norms) ในมติของสมัชชาสหประชาชาติที่จะก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศรูปแบบใหม่ ย่อมเป็นไปในลักษณะเกี่ยวกับการก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นักกฎหมายต่าง ๆ มีทัศนะว่า มติที่จะได้รับการพิจารณาว่าสามารถจะก่อให้เกิดหลักกฎหมายต่อเมื่อมติดังกล่าวประกอบด้วยองค์ประกอบเงื่อนไข ดังนี้ คือ (1) มติจำเป็นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นเอกฉันท์ (2) ถ้อยคำภาษาที่ใช้มีมติแสดงให้เห็นหรืออธิบายไว้ว่ามติดังกล่าวนั้นเป็นกฎหมาย (3) มีการคาดหวังว่ามติดังกล่าวนั้นจะมีอำนาจผูกมัด (4) มีการนำไปบังคับใช้ในระดับที่เหมาะสมและประกอบด้วยความเชื่อมั่นว่ามีผลเป็นหลักกฎหมาย¹⁰¹

สำหรับหลักการที่ปรากฏในบทที่ 2 มาตรา 2 ของกฎบัตรนี้ ถ้าหากว่าจะพิจารณาจากข้อสมมติฐานว่ามติดังกล่าวนั้นจะก่อให้เกิดกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะของ

¹⁰⁰ Arechaga, op. cit., p. 31, Akehurst, "Custom as Sources of International Law," 6 YIL. (1974 - 1975), pp. 6 - 7

¹⁰¹ Schachter, The Evolving Law of International Development, 15 Columbia Journal of Transnational Law (1982), p. 5 อ้างโดย Ellis, op. cit., pp. 692 - 693.

กฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ประการแรก คือ มติจะต้องได้รับการสนับสนุนจากสมาชิกของสหประชาชาติอย่างเป็นเอกฉันท์ (consensus) การลงมติรับรองอย่างเป็นเอกฉันท์ (consensus) หมายถึงว่า มติจะต้องได้รับความเห็นชอบอย่างท่วมท้น (overwhelming)¹⁰² เพื่อเป็นประจักษ์พยานของการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) และคาดหวังได้ว่า มติจะมีอำนาจผูกมัดตามกฎหมาย จากการลงมติใน บทที่ 2 มาตรา 2 (ก) ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐนั้น ได้มีการลงมติแยกต่างหากจากมติ 3281 (X X I X) ทั้งหมด ประเทศสมาชิกสหประชาชาติลงมติเห็นชอบด้วย 104 ประเทศ ลงมติไม่เห็นชอบด้วย 16 ประเทศ และประเทศต่าง ๆ 6 ประเทศ งดเว้นไม่ออกเสียงลงมติ บรรดาประเทศอุตสาหกรรมในประชาคมเศรษฐกิจของโลกในส่วนต่าง ๆ ลงมติไม่เห็นด้วยหรือไม่ออกเสียงลงมติ จึงเป็นการแสดงว่ามติไม่อาจจะได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นเอกฉันท์¹⁰³ เพราะเหตุว่าในปัญหาเกี่ยวกับเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เช่นนี้ มติที่จะมีผลต่อการปฏิบัติของรัฐจะต้องเป็นมติอันเป็นที่ยอมรับโดยกลุ่มประเทศต่าง ๆ โดยทั่วไปในประชาคมระหว่างประเทศ นอกจากนี้อาจจะกล่าวได้ว่า ประเทศพัฒนาทางประเทศ แม้จะไต่ลงคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยกับมติดังกล่าว ก็ไม่ได้เห็นด้วยอย่างแท้จริงเกี่ยวกับทัศนะที่รุนแรงในปัญหาฉบับโดยของรัฐของกลุ่มประเทศ 77 (Group of 77) ผู้แทนจากประเทศเหล่านี้ ได้แถลงว่าประเทศตนจะปฏิบัติต่อ

¹⁰²Wright, Custom as a Basis for International Law in the Post War World., 2 Texas International Law. (1966) 158, Ellis. op. cit., p. 693

¹⁰³Brower & Tepe, The Charter of Economic Rights and Duties of States : A Reflection or Rejection of International Law? International Lawyer. 9 (1975), p. 301.

ผู้ลงทุนต่างชาติอย่างยุติธรรมและด้วยความเคารพในสัญญาที่ไต่กระทำไว้¹⁰⁴

ประการที่สอง มติที่จะก่อให้เกิดเป็นกฎหมายจะต้องมีรูปแบบเป็นคำประกาศ (declaratory formats) ซึ่งหมายความว่า เฉพาะมติต่าง ๆ ที่แถลงอย่างแน่แน่ว่าถึงการประกาศของหลักกฎหมายเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดหลักกฎหมาย ในกรณีกฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) จากชื่อของมติ คือ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ เป็นการแสดงว่าผู้ร่างมีเจตนาจะให้มติดังกล่าวมีผลทางกฎหมาย

ประการที่สาม คือ การคาดหวังจากสมาชิกสหประชาชาติในกรณีของกฎบัตร จากเอกสารของสหประชาชาติเกี่ยวกับการดำเนินการเสนอมติ ได้แสดงให้เห็นถึงการโต้แย้งคัดค้านเกี่ยวกับ บทที่ 2 มาตรา 2 (ก) ในกฎบัตรอย่างรุนแรง¹⁰⁵ ประเทศพัฒนาเสนอให้มีการแก้ไขเกี่ยวกับมาตราดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้จึงไม่อาจกล่าวได้ว่า ประเทศสมาชิกของสหประชาชาติคาดหวังว่ามติจะมีอำนาจผูกมัดทางกฎหมาย¹⁰⁶ มติดังกล่าวอาจจะมีอำนาจ

¹⁰⁴Haight, The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States, International Lawyer 9 (1975) p. 598 - 599.

¹⁰⁵1978 Dig. U.S. Prac. Int'l.L. at. 5 โดยเฉพาะสิทธิในการโอนเป็นของรัฐที่ไม่มีข้อจำกัดแต่ประการใด โดยเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายภายในเท่านั้น ตามที่ปรากฏในมาตรา 2 (2) (ก)

¹⁰⁶นักกฎหมายส่วนมากเห็นว่ามติดังกล่าวไม่มีอำนาจผูกมัดตามกฎหมาย White, A New International Economic Order? 16 V.A.J.L. Int'l L. 323, 330 (1967), Feuer, Réflexions sur la charte des droits et devoirs économiques des états, 79 Rev. Générale Droit Int'l Public, 273, 298 - 306 (1975), Haight, The New International

ผูกมัดเฉพาะประเทศสมาชิกประเทศต่าง ๆ ที่ต้องการจะยึดถือว่าหลักการในมติ
เช่นนี้มีผลเป็นกฎหมาย ประการที่ 4 ระเบียบของการนำไปบังคับใช้ ทางปฏิบัติของ
บรรดาประเทศต่าง ๆ เท่านั้นที่จะแสดงว่ามีผลต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ
แต่นับตั้งแต่ได้มีการเสนอกฎบัตรว่าด้วยสิทธิ และหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐใน
ค.ศ. 1974 มาจนขณะนี้หลักการที่เสนอในมาตรา 2 (ก) นั้นยังไม่ปรากฏเป็นที่
ปฏิบัติตามโดยรัฐต่าง ๆ ในประชาคมระหว่างประเทศโดยทั่วไป บรรดาประเทศ
อุตสาหกรรมยังยึดมั่นในหลักการกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนเป็นของ
รัฐค้ำจากบรรดาสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างประเทศพัฒนาและประเทศกำลังพัฒนา
เกี่ยวกับการคุ้มครองและการส่งเสริมการลงทุน การโอนเป็นของรัฐยังคงเป็นไป
ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ นอกไปจากนี้จากการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญา
สัมปทานในคดีต่าง ๆ นับตั้งแต่ได้มีการเสนอมติที่ 3281 (XXIX) เป็นต้น ค้างเช่น
ใน *Texaco Oversea Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic*,¹⁰⁷ *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corp.*,¹⁰⁸ *State of Kuwait v. The American Independent Oil Company*¹⁰⁹

(106). *Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States*, 9 *Int'L Lawyer* 591, 596-97 (1975), *Brower & Tepe, The Charter of Economic Rights and Duties of States, International lawyer (1975), 300 - 09, *Schreurer, "Recommendations and the Traditional Sources of International Law", Georgia Journal of International Law*, (1978), p. 116. etc.,*

¹⁰⁷*TOPCO/CALASIATIC. Award on the Merits, op. cit.*, para 88, p. 1030.

¹⁰⁸*Revere Award. 56 ILR. at 279 - 280.*

¹⁰⁹*AMINOI, op. cit.*, at 1033, para. 143.

หลักการที่ปรากฏในบทที่ 2 มาตรา 2 (ก) กฎบัตรไม่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาบังคับใช้กับการโอนเป็นของรัฐ และอย่างไรก็ตามแม้จากข้อความในมาตรา 2 (ก) ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐจะใ้บัญญัติแสดงถึงการไม่ยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ แต่จากกฎบัตรดังกล่าวในบทที่ 1 (j) ได้เสนอว่า "จะต้องกระทำโดยสุจริตอย่างที่สุดสำหรับพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการยอมรับว่าการกระทำต่าง ๆ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (international law acts) เป็นองค์ประกอบในการจำกัดสิทธิของรัฐในกรณีต่าง ๆ อันจะมีผลกระทบเกี่ยวกับผลประโยชน์ของคนต่างชาติ แม้ว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวจะไม่ได้อำนาจไว้โดยตรง¹¹⁰

2.2.3 ความรับผิดชอบในสัญญาจากการละเมิดข้อจำกัดสิทธิในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้น จากข้อ 12 (1) (ก) ซึ่งมีความหมายว่า รัฐมนตรีจะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องของประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องการประกอบกิจการปิโตรเลียม นั้น ถ้าหากว่าข้อกำหนดดังกล่าวมีความหมายรวมถึงการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) แล้วโดยถ้าหากว่าอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) นี้ย่อมจะหมายถึงว่า เป็นการทำให้สิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมสิ้นสุดลงด้วย ด้วยเหตุนี้จากข้อ 12 (1) (ก) ซึ่งเป็นการให้คำมั่น

¹¹⁰ Castaneda, La Charte des Droits et Devoirs Economiques des Et ats, 20 Annuaire Francais Droit International, (1974), p. 54.

โดยรัฐมนตรีฯ ว่า จะไม่ทำการเปลี่ยนแปลง แก้อิทธิของ ผู้รับสัมปทานในการ ประกอบกิจการปิโตรเลียมในแปลงสำรวจ จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการที่รัฐ จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้แก่ผู้สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างประเทศ ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

การจำกัดสิทธิของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) มาบังคับใช้โดยผู้สัญญาฝ่ายรัฐนั่นเองที่มีความหมายว่า เป็นการจำกัดการ ใช้อำนาจของผู้สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะผู้มีอำนาจอธิปไตย ซึ่งย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือ บุคคลและทรัพย์สินภายในดินแดนของรัฐ ข้อกำหนดจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมไม่สมควรจะ อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายภายใน แต่สมควรจะต้องนำหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศมาบังคับใช้ เนื่องจากเป็นปัญหาเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของคน ต่างชาติและหน้าที่ในทางสัญญาของประเทศเจ้าบ้าน¹¹¹ และเนื่องจากหลักการในหลัก กฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกัน คือ กฎหมายระหว่างประเทศนั้นโดยหลัก การแล้ว ไม่อาจจะละทิ้งปัญหาความรับผิดชอบของรัฐที่มีกับผู้สัญญาฝ่ายคนต่างชาติให้ อยู่ภายใต้การวินิจฉัยของรัฐ ในกรณีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐที่มีอยู่ต่อคนต่างชาติว่า การกระทำดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹¹² การละเมิดข้อกำหนดหน้าที่ดังกล่าว ในสัญญาจึงถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับ ใช้ในสัญญา

สำหรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศประการใดที่ศาล หรือ อนุญาโตตุลาการ จะนำมาบังคับใช้ในกรณีพิพาทอันเกิดจากการละเมิดข้อกำหนดหน้าที่ อันถือเป็นการให้ การรับรองในปัญหาค้างกล่าวนี้อ่อมตกอยู่แก่อนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทที่จะเห็นสมควร

¹¹¹Revere Copper and Brass, Inc.v. Overseas Private Investment Corporation ILR 56., p. 217.

¹¹²Amerasinghe, State Responsibility for Injuries to Aliens. (1967), p. 142.

นำหลักกฎหมายประการใดมาบังคับใช้ ดังที่ได้เคยมีการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญา
สัมปทาน กังเช่นคดี *Texaco Calasiatic V. The Government of the*
Libyan Arab Republic

อนุญาโตตุลาการให้นำหลักข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) มาบังคับใช้โดยกล่าวว่า "ไม่เคยปรากฏมีศาลระหว่างประเทศใดที่จะมีความสงสัยเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของหลักข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) และดังนั้นเมื่อสัญญาที่มีอำนาจผูกมัด เช่นนี้มีลักษณะระหว่างประเทศ การละเมิดข้อกำหนดให้ความมั่นคง ถือเป็นกรกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายดังกล่าว"¹¹³

ข้อสงสัยเกี่ยวกับลักษณะระหว่างประเทศและคุณค่าในทางกฎหมาย (*international character and validity*) ของข้อกำหนดให้ความมั่นคง (*stabilization clauses*) นั้นแทบจะไม่มีอยู่เลย ดังนั้นการนำหลักข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) ในฐานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในกรณีของการละเมิดข้อกำหนดดังกล่าว ไม่ควรจะเป็นปัญหาอีกต่อไป"¹¹⁴

ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากว่าสัญญาสัมปทานที่ประกอบด้วยข้อกำหนดให้ความมั่นคง (*stabilization clauses*) แล้ว การละเมิดข้อกำหนดให้ความมั่นคง ไม่ว่าจะโดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือ เพิกถอนสัญญา ดังเช่น การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (*nationalization*) มาบังคับใช้ จะทำให้สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบ โดยถือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศหรือไม่นั้น อาจจะกล่าวได้ว่า "หน้าที่

¹¹³Texaca award. *ILM* 17 (1978) p. 19

¹¹⁴Garcia Amador, *The Changing Law of International Claim*. Vol. I (New York : Oceana Publications, Inc., (1984), p. 393.

ต่าง ๆ ในสัญญา ซึ่งบังคับโดยกฎหมายภายในของรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นอาจจะเปลี่ยนแปลง หรือ เพิกถอนได้โดยการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะรัฐอธิปไตย แต่หน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาที่กำหนดไว้โดยข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) ที่ปรากฏอยู่ในสัญญาสัมปทานแบบใหม่ (สัญญาสัมปทานที่จะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้) นั้น ไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจบังคับของกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงไม่อาจจะมีการละเมิดสัญญาได้โดยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบ ถ้าหากว่าสัญญาสัมปทานมีลักษณะและคุณค่าทางกฎหมายในระหว่างประเทศแล้ว การใช้ใช้อำนาจอธิปไตยของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะทำการเพิกถอนสัญญานั้นไม่สามารถกระทำได้โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายเดียว โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่าย¹¹⁵

อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานที่ผ่านมา มีข้อคิดเห็นว่าข้อกำหนดให้ความมั่นคง (stabilization clauses) นี้ เป็นข้อกำหนดที่จะอยู่นอกเหนือจากอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่จะใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปไตย เพิกถอนข้อกำหนดเช่นนี้ได้ฝ่ายเดียว ดังเช่นที่ไคมีการวินิจฉัยไว้ในคดี *Texaco/California V. The Libyan Arab Republic* *Revere Copper V. Brass V. O P I C* อนุญาโตตุลาการได้พัฒนาหลักการในหลักกฎหมาย คือ ตามกฎเกณฑ์ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐบาลจะผูกมัดโดยสัญญากับคนต่างชาติ โดยไม่คำนึงถึงอำนาจรัฐในการตราบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่อาจจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง แก้อิ สัญญาได้¹¹⁶

¹¹⁵Ibid., p. 394

¹¹⁶David D. Joy Jr., "Arbitration of Economic Development Agreements. The Impact of *Revere V. Overseas Private Investment Corporation (O P I C)*, Virginia Journal of International Law 20 (1980), p. 879.

การจำกัดสิทธิของรัฐในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้โดยข้อกำหนดให้ความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (stabilization and intangibility clause) นั้นเป็นหลักการในกฎหมายที่ได้รับการยอมรับ ดังจากการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานในคดี Texaco/Calasiatic V. The Government of the Libyan Arab Republic, Kuwait V. The American Independent Oil Company, Revere V. Overseas Private Investment Corporation ที่โดกล่ามาแล้ว และในปัจจุบันนี้อาจจะกล่าวได้ว่ายังไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาโต้แย้งความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของข้อกำหนดดังกล่าว ดังนั้นถ้าหากในสัญญาสัมปทาน ได้มีการกำหนดข้อกำหนดให้ความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งมีถ้อยคำโดยชัดแจ้งว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ตกลงที่จะงดเว้นการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ การละเมิดข้อตกลงเช่นนี้ย่อมนำมาซึ่งความรับผิดชอบในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

3. ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาจากการละเมิด ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้น จากข้อ 12 (1) ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาล และเป็นข้อกำหนดที่เป็นการคุ้มครองบริษัทต่างประเทศจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาล จะทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ ตามข้อ 12 (1) (ก) - (ข) ถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ละเมิดข้อกำหนดหน้าที่ดังกล่าว จะต้องมีความรับผิดชอบแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย โดยถือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้ได้เสนอข้อคิดเห็นดังกล่าวมาแล้ว แต่จากข้อ 12 (2) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมซึ่งมีข้อความดังนี้ คือ

2. ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงขั้นมูลฐานในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตาม (1) ในประเทศในบริเวณอ่าวเปอร์เซีย หรือในประเทศอื่นที่มีปริมาณการผลิตปิโตรเลียมหักเหื่อมกันกับประเทศไทยและส่งปิโตรเลียม

ออกไปขายในตลาดเกิดร่วมกับประเทศไทย รัฐมนตรีและผู้รับสัมปทานอาจตกลงร่วมกันแก้ไข หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ดังกล่าวให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงนั้นได้"

ข้อ 12 (2) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนี้เอง ถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่เปิดโอกาสให้ผู้สัญญาทำความตกลงใหม่ที่จะขอแก้ไข เปลี่ยนแปลง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานดังกล่าวในข้อ 12 (1) ได้โดยมีผลเป็นการทำความตกลงใหม่ (Renegotiation) และนอกจากนี้ผู้เสนอวิทยานิพนธ์มีข้อคิดเห็นว่า ถ้าหากภาวะการที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น มีผลเป็นภาวะการที่เปลี่ยนแปลงในลักษณะเช่นเดียวกับหลักการในทางกฎหมายของภาวะการที่เปลี่ยนแปลง (Principle of Changed Circumstances) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งเรียกกันว่า หลัก Rebus sic stantibus แล้ว จะมีผลทำให้ผู้สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิถอนตัวจากพันธกรณีในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งมีผลเกี่ยวเนื่องอย่างสำคัญยิ่งกับภาวะการที่เปลี่ยนแปลงไป เช่นนี้ในปัญหาข้อยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาจากการละเมิดข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1) จะแบ่งแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ

3.1 สิทธิของผู้สัญญาฝ่ายรัฐในการทำความตกลงใหม่ (Renegotiation)

3.2 สิทธิในการขอเพิกถอนจากการปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ข้อ 12 (1)

3.1 สิทธิของผู้สัญญาฝ่ายรัฐในการทำความตกลงใหม่ (Renegotiation)
จากข้อ 12 (2) นี้เองที่มีผลทำให้ผู้สัญญาฝ่ายรัฐบาล มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะขอทำความตกลงใหม่ (Renegotiation) กับผู้สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศในสัญญา เพื่อที่จะขอทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตามข้อ 12 (1) โดยเนื่องจากได้เกิดมีการเปลี่ยนแปลงขั้นมูลฐานในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน ตามข้อ 12 (1) ในประเทศ ในบริเวณอ่าวเปอร์เซีย หรือในประเทศที่มีปริมาณการผลิตปิโตรเลียมหักเทียมกันกับประเทศไทยและส่งปิโตรเลียมออกไปขายในตลาดเกิดร่วมกับประเทศไทย

ภัยเหตุนี้แม้ว่า สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจะประกอบด้วยการข้อกำหนดให้
 ความคุ้มครองแก่บริษัทต่างประเทศ จากการที่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะทำการเปลี่ยนแปลง
 แปลงแก้ไขแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับ
 สัมปทานตามข้อ 12 (1) แต่จากข้อ 12 (2) นี้เองมีผลทำให้สัญญาฝ่ายรัฐเสนอ
 "การทำความตกลงใหม่ (Renegotiation) กับบริษัทต่างประเทศเกี่ยวกับ
 ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานได้ นับว่าจากข้อกำหนดที่ 12 (2) ใน
 กฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 14
 (5) และมาตรา 23 ย่อหน้าที่ 3 นี้มีผลเป็นการแก้ไขในปัญหาที่อาจจะเกิดในภาย
 ภายหน้าจากการที่สัญญาฝ่ายรัฐต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อ 12 (1) ซึ่งอาจจะก่อ
 ให้เกิดผลเสียหายกับประเทศไทยได้ ถ้าหากไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปในภาวะการณ์
 อันสำคัญซึ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาของสัญญาฝ่ายรัฐ โดยเฉพาะหน้าที่
 ในสัญญาซึ่งถือเป็นการให้การรับรองโดยรัฐมนตรีฯ โดยเนื่องจากสัญญาสัมปทาน
 ปิโตรเลียมนี้ เป็นสัญญาที่มีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะเวลาอันยาว
 นานถึงสามสิบปีนั้น อาจจะมีการเปลี่ยนแปลงในภาวะการณ์บางประการซึ่งอาจทำให้
 ผู้ได้รับสัมปทานในการประกอบกิจการปิโตรเลียมได้รับผลประโยชน์ที่มากเกินไปเกินควร
 จากข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาและในขณะเดียวกันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศ
 ไทย สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีโอกาที่จะเสนอการทำความตกลงใหม่ (renegotiation)
 เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานได้

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ในกรณีสัญญาสัมปทานซึ่งมีระยะ
 เวลาในการปฏิบัติตามสัญญา เป็นระยะเวลาอันยาวนาน สัญญาอาจจะเกิดความขัด
 ข้างเกี่ยวกับผลประโยชน์ในสัญญา ถ้าไม่มีการให้ความยืดหยุ่นในการปฏิบัติตามสัญญา
 แล้ว อาจจะทำให้เกิดความขัดแย้งจากหน้าที่ดังกล่าวในสัญญาได้ ข้อกำหนดให้ทำความ
 ตกลงใหม่ (renegotiation clause) จะทำให้เกิดความสัมพันธ์อันดีระหว่าง
 สัญญา และจะเป็นการสนับสนุนให้สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศแสวงหาผลกำไรใน
 การประกอบกิจการไปในแนวทางที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในทางสังคมของประเทศ

เจ้าบ้าน¹¹⁷ ดังที่มี ผู้กล่าวไว้ถึงประโยชน์ของข้อกำหนดให้มีการทำความตกลงใหม่
ดังนี้ คือ

การทำความตกลงใหม่ (renegotiation) อาจจะเป็นสิ่งที่เหมาะสม
โดยเหตุผลจากผลกำไรที่มากเกินไปหรือผลกำไรที่ได้น้อยอย่างไม่สมควรในการปฏิบัติ
ตามสัญญากับรัฐบาล หักเช่นนี้ก็ได้เป็นที่ยอมรับโดยบรรดาประเทศอุตสาหกรรม ซึ่ง
จะเห็นได้จากวิธีการในการทำความตกลงใหม่ (renegotiation) ที่ปรากฏใน
กฎหมายของสหรัฐ¹¹⁸ จะนำมาใช้ในกรณีที่มีการกล่าวหาว่า บริษัทผู้ลงทุนได้รับผล
กำไรที่มากเกินไปจากการลงทุนในต่างประเทศ ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลว่าทำไมการ
ทำความตกลงใหม่ (renegotiation) ซึ่งมีสาเหตุมาจากเหตุผลเดียวกัน จึงจะไม่
เป็นที่ยอมรับในความตกลงเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐและบริษัทต่างประเทศ โดยหลัก
การนี้เองจะเป็นวิธีการอันเหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับข้อพิพาทดังกล่าว¹¹⁹

ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม สิทธิของผู้สัญญาในการที่จะตกลงร่วมกันแก้ไข
หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตามข้อ 12 (1) นั้น
เป็นสิทธิที่ทำให้ผู้สัญญามีหน้าที่ระหว่างกันที่จะต้องทำการตกลงใหม่เกี่ยวกับประโยชน์
สิทธิ และหน้าที่ต่าง ๆ ของบริษัทต่างประเทศ โดยเป็นไปตามกระบวนการในการ
ขอแก้ไขสัญญา ซึ่งอาจจะมีการทำการเจรจาตกลงร่วมกัน (negotiation) ซึ่ง

¹¹⁷ I.A. Litvak and C.J. Maule, "Foreign Corporation
Social Responsibility in less Developed Economics", JWTL 9.
(1975), p. 124.

¹¹⁸ บทบัญญัติกฎหมายนี้ คือ U.S. Negotiat. Act 1951, as
amended. อ้างโดย Asante, op. cit., p. 407, foot. ๑ (10).

¹¹⁹ Schachter, *Sharing the World's Resources* (1977),
p. 128. อ้างโดย Asunte. op. cit., p. 407.

คู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศมีหน้าที่ที่จะต้องเข้าร่วมในการเจรจาตกลงระหว่างกัน โดยไม่เพียงแต่จะต้องทำการเจรจาตกลงกันให้เกิดผลสำเร็จในปัญหาดังกล่าวเท่านั้น แต่การเข้าร่วมทำการตกลงจะต้องกระทำโดยมุ่งหวังที่จะก่อให้เกิดความตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญา โดยถือเป็นหน้าที่ในการทำความตกลงระหว่างกันของคู่สัญญา ดังที่ ได้มีการวินิจฉัยรับรองไว้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ.) ใน North Sea Continental Shelf Cases) ว่า "พันธกรณีของคู่สัญญาในสนธิสัญญาใดนั้น ไม่เพียงแต่จะต้องเข้าร่วมในการทำความตกลงเท่านั้น แต่การเข้าร่วมในการทำความตกลงระหว่างกันจะต้องปฏิบัติโดยมุ่งหมายก่อให้เกิดผลสำเร็จ ซึ่งจะต้องไม่เป็นไปในแนวทางว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยืนยันอย่างหนักแน่นในข้อคิดเห็นของตน โดยไม่คำนึงว่าอาจจะมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง อย่างไรก็ดีเข้ามาแทนที่¹²⁰

ถ้าการขอทำความตกลงเกี่ยวกับการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตามข้อ 12 (2) นี้ ไม่อาจจะประสบความสำเร็จ คู่กรณีมีหน้าที่ที่จะต้องเสนอข้อขัดแย้งจากปัญหาดังกล่าวให้ทำการวินิจฉัยโดย อนุญาโตตุลาการ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม โดยเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฯ ข้อ 13 "การระงับข้อพิพาท" อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้ง ตามข้อ 13 (3) - (7) จะทำการระงับข้อพิพาทโดยวินิจฉัยว่าก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง ชั้นมูลฐานดังที่กำหนดไว้ข้อ 12 (2) จริงหรือไม่ ซึ่งจะมีผลทำให้คู่สัญญาต้องร่วมกันทำ การตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไข เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตาม ข้อ 12 (1) ให้สอดคล้องกับภาวะการที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว

3.2 สิทธิในการขอเพิกถอนจากการปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาสัมปทาน ปิโตรเลียมข้อ 12 (1)

¹²⁰ North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany Denmark, Federal Republic of Germany the Netherlands, (1969) I.C.J. Rep. 3, 47.

จากข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ข้อ 12 (1) ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลนั้น ถ้าหากว่าได้เกิดมีการเปลี่ยนแปลงตามที่กำหนดใน ข้อ 12 (2) และการเปลี่ยนแปลงในภาวะการดังกล่าวนี้ถ้าหากว่าเป็นไปตามหลักการเปลี่ยนแปลงในภาวะการที่กำหนดในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ภาวะการที่เปลี่ยนแปลงไป เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นภาวะการที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจะไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้โดยข้อที่ 12 (1) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมได้ ทั้งนี้ได้มีการเสนอข้อคิดเห็นว่าในสัญญาสัมปทานซึ่งมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะเวลาอันยาวนานเช่นนี้ หลักภาวะการที่เปลี่ยนแปลงนั้นอาจจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าวได้¹²¹

3.2.1 หลักการเปลี่ยนแปลงในภาวะการ (Principle of Changed Circumstances)

หลักการเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงในภาวะการ (clausula) มีกำเนิดมาจากหลักการในกฎหมายแพ่ง คือ *Conventio omnis intellegitur clausula rebus sic stantibus* (สัญญานั้นเป็นที่เข้าใจว่าจะมีพื้นฐานมาจากสมมติฐานว่าสิ่งต่างๆจะต้องดำรงอยู่คง เช่นที่ปรากฏอยู่ในขณะที่มีการทำสัญญา¹²²)

¹²¹Zakariya, "Changed Circumstances and Continued Validity of Mineral Development Contracts," in Legal Aspects of the New International Economic Order. Edited by Hassain (London : Frances Pinto Publishers, Ltd., (1980), pp. 262 - 278.

¹²²George Schwarzenberger, "Clausula Rebus Sic Stantibus" Encyclopedia Public International Law. Vol. 7 (1984), p. 22.

หลักการของ Clausula ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับสัญญาได้วิวัฒนาการมาเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่ง เนื่องจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นสะท้อนมาจากหลักการในกฎหมายทั่วไปในประชาคมระหว่างประเทศ¹²³ ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) Clausula Rebus sic stantibus ได้ปรากฏอยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของสนธิสัญญาและการระงับจากการดำเนินการตามสนธิสัญญาภายใต้หัวข้อเรื่อง "ภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐาน" (Fundamental Changed of Circumstances) มาตรา 62

มาตรา 62 บัญญัติไว้ดังนี้ คือ

1. ความเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานในภาวะการณ์ต่าง ๆ จากที่เป็นอยู่ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา และถูกรณิไมได้คาดมาก่อนว่าจะเกิดความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ ไม่อาจจะยกเป็นข้ออ้างในการเพิกถอนสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ เว้นไว้เสียแต่ว่า

(ก) ภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น ถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญของความยินยอมที่จะผูกพันในสนธิสัญญาของภาคี

(ข) ผลของความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้น มีผลเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญต่อพันธกรณีต่าง ๆ ที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา

2. ความเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานไม่อาจจะยกขึ้นเป็นพื้นฐานในการเพิกถอนสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้

(ก) ถ้าได้มีการแบ่งแยกพันธกรณีดังกล่าวในสนธิสัญญา หรือ

(ข) ถ้าการเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานเป็นผลมาจากการละเมิดสนธิสัญญา โดยถูกรณิที่ยกเหตุการณดังกล่าวขึ้นอ้าง ไม่ว่าจะเนื่องมาจากพันธกรณี

¹²³Zakariya, op. cit. p. 265

ที่ปรากฏในสนธิสัญญาหรือ พันธกรณีระหว่างประเทศประการอื่นใดที่มีต่อภาคีอื่น ๆ ในสนธิสัญญา

3. ถ้าตามข้อความข้างต้นนี้ผู้กระทำความผิดอาจจะยกภาวะการที่เปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานประการใด เป็นพื้นฐานสำหรับการเพิกถอนสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้แล้ว ภาวการณ์ดังกล่าวอาจจะยกเรื่องการเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐาน เช่นนี้ เป็นพื้นฐานสำหรับการคงไว้ซึ่งจะปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้

หลักการเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานตามมาตรา 62 จึงมีความหมายว่า ภาวะการที่เปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานดังกล่าวจะต้องเกี่ยวข้องกับภาวะการที่เป็นอยู่ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา และความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนี้ภาวการณ์ในสนธิสัญญาไม่ได้คาดคิดมาก่อน ด้วยเหตุนี้ภาวการณ์จึงสามารถยกภาวะการดังกล่าวเป็นข้ออ้างสำหรับการสิ้นสุดสนธิสัญญา หรือ การถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ ถ้าหากว่าภาวะการมีอยู่ถือเป็นพื้นฐานอย่างสำคัญของความยินยอมของภาคีที่จะผูกมัดโดยสนธิสัญญา และถ้าผลจากการเปลี่ยนแปลงจะมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อขอบเขตพันธกรณีที่ภาคีจะต้องปฏิบัติตามในสนธิสัญญา¹²⁴

หลัก *Clausula Rebus sic stantibus* นี้ ใ้รับการยอมรับโดยนักกฎหมายระหว่างประเทศว่า ข้อตกลงถึงต้องปฏิบัติตาม (*Pacta Sunt servanda*) ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญานั้น มีข้อจำกัดโดยหลัก *Clausula Rebus sic stantibus* ดังเช่น Brierly¹²⁵,

¹²⁴Schwarzenberger, op. cit., p. 22.

¹²⁵พันธกรณีต่าง ๆ ในสนธิสัญญา จะมีผลผูกพันตราบเท่าที่ภาวะการต่าง ๆ ดำเนินอยู่เช่นเดิม การเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานที่เกิดแก่ภาวะการต่าง ๆ ที่ภาคีได้รับรอง ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา จะถือเป็นภาวะการซึ่งให้สิทธิแก่ภาคีที่ประสบกับภาวะการที่เปลี่ยนแปลงไป เช่นนี้ให้ถอนตัวหรือยกเลิกสนธิสัญญา (J.L. Brierly, The Law of Nations, 6th edn., (Oxford : Clarendon Press, 1963), p. 47.

Oppenheim¹²⁶, Schwarzenberger¹²⁷, Rousseau¹²⁸

¹²⁶ การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในภาวะการณ์ต่าง ๆ อาจเป็นเงื่อนไขที่ทำให้พิจารณาได้ว่า คู่กรณีมีสิทธิที่จะหลุดพ้นจากพันธกรณีต่าง ๆ ในสนธิสัญญาที่ไม่อาจจะยกเลิกโดยการวินิจฉัยของฝ่ายใดฝ่ายเดียว นักกฎหมายได้เสนอ และรับรองว่าสนธิสัญญาอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลัก *Rebus sic stantibus* โดยปริยาย เนื้อหาของหลักการดังกล่าวนี้ แม้ว่าในบางโอกาสจะนำไปอ้างการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเพื่อปกปิดการกระทำอันเป็นการละเมิดกฎหมายหลัก *rebus sic stantibus* นี้เมื่อนำไปใช้โดยมีเหตุผลอันสมควรจะรวมถึงหลักกฎหมายทั่วไป กังเช่น หลัก *frustration* หรือการไม่อาจจะปฏิบัติตามพันธกรณีโดยเหตุผลซึ่งเหนือกว่าหรือหลักการอื่น ๆ ที่มีลักษณะเช่นเดียวกันนี้ (Oppenheim, International Law 8th edn., (London : Longmans and Green, 1955), p. 939.

¹²⁷ หลักการที่ใช้ในการตีความสนธิสัญญาให้ทันต่อเหตุการณ์ได้เป็นอย่างดีคือหลัก *rebus sic stantibus* ซึ่งมีพื้นฐานอันตั้งอยู่ในการนำมาบังคับใช้ในการทำความตกลงต่าง ๆ นั้น จะต้องประกอบด้วยสมมุติฐานอันเป็นพื้นฐานและเป็นที่ยอมรับโดยคู่กรณี แม้ว่าจะได้มีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาแต่ถ้าหากว่าพันธกรณีตามที่กำหนดไว้นั้น คู่กรณีไม่อาจจะปฏิบัติได้ เนื่องจากภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ ถ้าหากจะให้คู่ภาคีดังกล่าวปฏิบัติตามพันธกรณีเช่นนี้ สนธิสัญญาจะเป็นความตกลงที่ปราศจากเหตุผลอันสมควรเป็นอย่างยิ่ง (Schwarzenberger, Manual of International Law, 5nd edn., Vol. I (London : Stevens & Sons Co., 1967), p. 543.

¹²⁸ หลัก *Rebus sic stantibus* คือ หลักการในทางกฎหมายเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญา ภาวะการณ์เช่นนี้ทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หรือ อย่างน้อยที่สุดก็มีผลในอำนาจบังคับ หรือ หมายความว่าภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่มีอยู่ในขณะทำสนธิสัญญา จะต้องดำรงอยู่ตลอดไป หลัก *Rebus sic*

การนำหลัก *Rebus sic stantibus* มาบังคับใช้นั้น อาจจะมีข้อสงสัยว่าหลักการดังกล่าวจะไม่เป็นการล้มล้างข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) หรือ "ในกรณีนี้หลักกฎหมายทั้งสองประการนี้ จะนำมาบังคับใช้แทนที่กันในสนธิสัญญา โดยมุ่งหมายจะให้มีการปฏิบัติตามสนธิสัญญา ตามความเป็นจริงแล้ว หลักการเคารพในพันธกรณีต่าง ๆ เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การล้มล้างในหลักกฎหมายดังกล่าวย่อมจะเป็นการล้มล้างโครงสร้างของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) ไม่อาจจะเลิกกันได้ แต่ในขณะที่เกี่ยวกับหลักข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) จะมีผลบังคับเฉพาะในสนธิสัญญาซึ่งรับรองสิทธิต่าง ๆ โดยเท่าเทียมกัน แต่จะไม่คุ้มครองสิทธิซึ่งไม่เป็นไปในลักษณะเช่นนี้ จะต้องยอมรับว่าเมื่อความเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานในภาวะการณ์ใด ๆ มีผลทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงสถานภาพของภาคีฝ่ายใดในสนธิสัญญาแล้ว ย่อมจะมีผลเป็นการเพิ่มภาระอันเกินควรแก่ภาคีดังกล่าว สิทธิในสนธิสัญญาระหว่างภาคีด้วยกันจะไม่เท่าเทียมกัน หลักข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*) นี้ไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ในสนธิสัญญาที่มีลักษณะเช่นนี้ สนธิสัญญาไม่อาจจะมีการละเมิดได้ แต่การละเมิดมิได้ก็มิได้หมายความว่าภาวะการณ์ละเมิดมิได้จะดำรงอยู่ตลอดกาล¹²⁹

ข้อ (128) *stantibus* จะนำมาบังคับใช้โดยมีความหมายว่า สนธิสัญญาจะหมดสภาพบังคับ ถ้าหากว่าเงื่อนไขที่มีอยู่ในขณะลงนามในสนธิสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไป และการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้มีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างภาคีในสนธิสัญญา (C. Rousseau, *Droit International Public*, 4th edn., (Paris : Dalloz, 1968, p. 74 อ้างโดย Zakariya. op. cit., p. 267)

¹²⁹Haraszi, "Treaties and the Fundamental Changed of Circumstances" *R C A D I* (1975 : I), p. 59.

หลัก Rebus sic stantibus นี้ ได้รับการยอมรับจากศาลทั้งศาลภายในของรัฐและศาลระหว่างประเทศ ในกรณีของศาลระหว่างประเทศนั้น ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ.) ได้วินิจฉัยไว้ในกรณีพิพาท Nationality Decrees in Tunis and Morocco (1923) และ Free Zones of Upper Savoy and Gex (1929 - 1932) ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (P C I J) ได้อ้างถึงหลัก rebus sic stantibus โดยศาลได้รับรองหลักกฎหมายดังกล่าว แม้ว่าจะปฏิเสธที่จะวินิจฉัยว่า ขอบเขตของความเปลี่ยนแปลงตามที่ถูกรับยกขึ้นอ้างนี้จะมีผลต่อพันธกรณีในสนธิสัญญา¹³⁰ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I C J.) ได้วินิจฉัยรับรองหลัก Rebus sic stantibus ใน Icelandic Fisheries Jurisdiction Cases (1973) โดยศาลได้กล่าวว่า มาตรา 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา "อาจจะได้รับการรับรองเป็นอย่างยิ่งที่จะถือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของความสัมพันธ์ในสนธิสัญญา โดยเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงในภาวะการณ"¹³¹ ในกรณีพิพาท Aegean Sea Continental Shelf Case (1978) ศาลได้พิจารณารูปแบบทั้งสองประการในหลัก Rebus sic stantibus คือ ข้อจำกัดในการอ้างถึงหลัก Rebus sic stantibus ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นพันธกรณีบางส่วนอาจจะมีผลบังคับได้และบางส่วนในสนธิสัญญาไม่มีผลบังคับ ซึ่งจะมีประโยชน์ต่อภาคีก่อนที่จะได้มีการปฏิบัติตามสนธิสัญญา และข้อจำกัดในการนำหลัก Rebus sic stantibus ไปบังคับใช้ในสนธิสัญญา¹³²

ศาลภายในของประเทศต่าง ๆ ได้รับหลักการดังกล่าวไปบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาท ดังเช่น ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Hooper v. United States

¹³⁰ H. Lauterpacht, The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice, (London : Stevens, 1934), p. 43 อ้างโดย Zakariya, op. cit., p. 269.

¹³¹ Haraszti, op. cit., 48.

¹³² Schwarzenberger, op. cit., p. 27.

(1887) ศาลยอมรับว่าหลัก *Rebus sic stantibus* นี้ เป็นพื้นฐานประการหนึ่งในการวินิจฉัย ศาลสวิสเซอร์แลนด์ในคดี *Luzern v. Aurgau* (1882), *Thurgau v. St. Gallen* (1882) และ *Lobeschkin v. Gross weiler* (1923) ศาลไต่รับรองว่าหลัก *Rebus sic stantibus* นี้ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือใน *Stransky v. Zivnastenska* ศาลให้ข้อสังเกตสังเกตว่า ในการตกลงชดเชยค่าทดแทนระหว่าง *Czechoslovakia & Switzerland* คู่สัญญาโดยยอมรับหลัก *Rebus sic stantibus* โดยปริยาย¹³³

3.2.2 การนำหลัก *Rebus sic stantibus* มาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน

แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าหลัก *Rebus sic stantibus* นี้สามารถนำมาบังคับใช้ในสนธิสัญญาได้ แต่ก็ไม่มิข้อสงสัยว่าหลักกฎหมายประการนี้จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน หรือความตกลงในการพัฒนาเศรษฐกิจ ดังเช่น สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศใดหรือไม่ จากทางปฏิบัติของรัฐ การวินิจฉัยโดยศาล และทัศนะจากนักกฎหมาย หลัก *Rebus sic stantibus* นี้ แม้จะนำมาบังคับใช้ในกรณีของสนธิสัญญาการนำมาบังคับใช้ก็ยังมีข้อจำกัด และถ้าจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ การนำมาบังคับใช้ก็ย่อมมีข้อจำกัดยิ่งขึ้น¹³⁵ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าว อันเนื่อง

¹³³Ibid.

¹³⁴The Comment of Sir Humphrey Waldock, special rapporteur and the other commentary in (1966) *Y.B. Int'l L. Comm.* N. pt. 1, at 75; 78 - 82, 85 - 86 and 130, U.N. Doc. A/CN. 4/Ser. A/1966.

¹³⁵Ray, "Law Governing Contracts between States and Foreign Nationals" in *Selected Readings ...* p. 509

จากภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีสัญญาเกี่ยวกับการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติซึ่งมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ไม่ได้อธิบายเป็นข้อยกเว้น หรือ ขัดแย้งกับข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตาม (Pacta sunt servanda) หลักข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตามนั้น จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาที่ต่อเมื่อสัญญามีผลบังคับในทางกฎหมาย และการมีผลบังคับนี้ยังเป็นอยู่สำหรับกรณีที่ จะต้องปฏิบัติตามหลักข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตามทำให้การผิดสัญญาไม่สามารถกระทำได้ เฉพาะสัญญาที่ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในภาวะการณ์ต่าง ๆ ของสัญญา¹³⁶

อย่างไรก็ตาม แม้วานับตั้งแต่ได้มีการยอมรับในหลัก *Rebus sic stantibus* ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ทำให้กรณีในความตกลงต่าง ๆ สามารถเพิกถอนพันธกรณีที่ได้กระทำไว้ต่อกันได้ก็ตาม แต่จากการวินิจฉัยในกรณีพิพาทจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ หลักกฎหมายดังกล่าวยังไม่เคยมีโอกาสนำมาบังคับใช้ในสัญญาที่กล่าวมา คือ หมายความว่าหลัก *Rebus sic stantibus* สามารถจะถือเป็นข้ออ้างที่ทำให้สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้กระทำไว้กับเอกชนต่างประเทศได้ ซึ่งในกรณีนี้มีคำหมายความว่าหลัก *Rebus sic stantibus* นี้ไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาได้ แต่เนื่องจากภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามสัญญาฝ่ายรัฐยกเป็นข้ออ้างนั้น ไม่สามารถจะถือว่าเป็นภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามหลัก *Rebus sic stantibus* อันจะทำให้สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในทางสัญญา ดังปรากฏในการวินิจฉัยกรณีพิพาทใน *Tunnel Indemnity case* (*Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece* (1933) *Alsing case*

Tunnel Indemnity case (Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece ศาลได้วินิจฉัยว่า ศาลไม่สามารถจะนำหลัก *Rebus sic stantibus* มาบังคับใช้ในสัญญาเพื่อทำให้สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่มีต่อสัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศได้ แต่ในกรณีดังกล่าว หลัก

¹³⁶ Zakariya, op. cit., p. 275

Rebus sic stantibus เป็นการช่วยเหลือให้ผู้รับสัมปทาน ได้รับผลตอบแทนอย่างยุติธรรมจากการลงทุนในภาวะการณที่เปลี่ยนแปลงไปโดยไม่ได้มีการคาดคะเนไว้ก่อนจากสัญญา ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนี้มีผลเป็นการบั่นทอนพื้นฐานในภาวะทางเศรษฐกิจของสัมปทานและทำให้การปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานไม่อาจจะกระทำได้อีก ด้วยเหตุนี้หลักการนี้จึงไม่อาจถือเป็นการนำมาบังคับใช้กับสัญญาอย่างแท้จริง¹³⁷

อนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาด ไม่ยอมรับที่จะนำหลัก Rebus sic stantibus มาบังคับใช้กับกรณีพิพาท โดยหลังจากที่ได้อธิบายความหมายของภาวะการณที่จะนำหลัก Rebus sic stantibus มาบังคับใช้ได้นั้นในกรณีต่าง ๆ ศาลอาจจะนำหลัก Rebus sic stantibus มาบังคับใช้ต่อเมื่อ (1) เหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนี้ผู้กรณีไม่ได้คาดว่าจะเป็นโดยเฉพาะจากการคาดคะเนของผู้กรณีที่ได้รับความสะดวก (2) มีผลเป็นการล้มล้างความเสมอภาคกันในการปฏิบัติตามข้อผูกพันและค่าตอบแทนที่มีอยู่แต่เดิม (3) ความไม่เท่าเทียมกันหรือ ความเสมอภาคนี้จะอยู่นอกเหนือไปจากความเสี่ยงในการทำสัญญา ในกรณีพิพาทครั้งนี้อนุญาโตตุลาการพบว่า ภาวะการณต่าง ๆ ในสัญญาไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กล่าวมาแต่อย่างใด "แต่ในสัญญาที่กล่าวมาซึ่งมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะเวลาอันยาวนานเช่นนี้ (28 ปี) โจทก์ควรจะได้คาดถึงภาวะการณที่จะเข้ามาแทรกแซง... ไม่ว่าภาวะการณเช่นนี้จะเกิดจากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ การประท้วงภายในประเทศ หรือ ภาวะการณจากสงคราม" การสูญเสียผลกำไรเป็นระยะเวลาจนถึง 6 ปี เนื่องมาจากภาวะการณที่ไม่คาดคิดไว้ก่อนไม่ทำให้ถือเป็นอัตราส่วนที่ไม่สามารถจะคำนวณได้ จากความเสี่ยงของ Alsing ในสัญญา¹³⁸

¹³⁷Wetter & Schwebel, "Some Little. Known Case on Concessions" BY I L. 40 (1948) p. 206 - 207

¹³⁸Aising Trading Co. Ltd., & Svenska Tandsticks Aktiebolaget v. The Greek I L R. at 654 - 57. อ้างโดย Mehren. op. cit., p. 531. footnote (204)

กรณีพิพาทระหว่าง Libyan American Oil Company V. The Government of The Libyan Arab Republic แม้ลิเบียจะไม่โต้แย้งหลัก Rebus sic stantibus เพื่อเป็นข้ออ้างที่จะทำให้ลิเบียมีสิทธิที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้แม้ว่าลิเบียจะโต้แย้งสิทธิดังกล่าวไว้ในสัญญา แต่อนุญาโตตุลาการก็ได้กล่าวถึงหลัก Rebus sic stantibus ไว้ดังนี้ คือ

"ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการเกี่ยวกับอำนาจผูกมัดของสนธิสัญญานี้ อาจจะถูกจำกัดโดยหลัก Rebus sic stantibus ซึ่งหมายความว่า พันธกรณีต่าง ๆ จะมีผลผูกมัดต่อเมื่อพันธกรณีดังกล่าวยังคงมีอยู่เช่น เดิมนับแต่ได้มีการทำสนธิสัญญา ถ้าได้มีการเปลี่ยนแปลงในภาวะการณ์ต่าง ๆ การแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือ การเพิกถอนสัญญาอาจจะกระทำโดยหลักกฎหมายดังกล่าว"¹³⁹

แต่ในกรณีพิพาทครั้งนี้การกระทำของลิเบียไม่สอดคล้องกับหลักภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลง (changed circumstances) สิทธิในการโอนเป็นของรัฐ จะต้องมี ความเคารพต่อความตกลงในสัญญาและหน้าที่ในการชดเชยค่าทดแทน

สำหรับข้อคิดเห็นของผู้เสนอวิทยานิพนธ์ในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม การที่สัญญาฝ่ายรัฐจะอ้างเหตุผลว่าการเปลี่ยนแปลงตามข้อ 12 (2) ซึ่งจะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงในภาวะการณ์ตามหลัก Rebus sic stantibus อันจะเพียงทำให้สัญญาฝ่ายรัฐบาลมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในข้อ 12 (1) นั้น ภาวะการณ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตามข้อ 12 (1) ในประเทศบริเวณอ่าวเปอร์เซีย หรือ ในประเทศอื่นที่มีปริมาณการผลิตปิโตรเลียมทัดเทียมกันกับประเทศไทย และส่งปิโตรเลียมออกไปขายในตลาดเดียวกันกับประเทศไทย การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ ถือว่าเป็นพื้นฐานของความยินยอมที่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจะผูกพันในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม เพราะเหตุว่าข้ออ้าง เช่นนี้ย่อมจะสอดคล้องกับหลักกฎหมายในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา บทนำ ย่อหน้าที่ 3 ที่บัญญัติไว้ว่า "ความยินยอมของรัฐ..... ถือเป็นหลัก

¹³⁹ LIAMCO. award. ILM. 20 (1981) p. 112

การอันเป็นที่รับรองโดยทั่วไป และ มาตรา 62 (1) (ก) ที่บัญญัติว่า "ภาวะการต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น ถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญของความยินยอมที่จะผูกพันในสนธิสัญญาของภาคี" และในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปในภาวะการต่าง ๆ ตามที่ใดกล่าวมาแล้ว อาจจะเป็นเหตุผลที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหน้าที่ ข้อ 12 (1) ใดโดย เนื่องจากผลของความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นมีผลเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญต่อการปฏิบัติตามหน้าที่ ข้อ 12 (1) ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาล ซึ่งในกรณีนี้อาจตั้งกล่าวข่มจะสอดคล้องกับภาวะการที่เปลี่ยนแปลงตามบทบัญญัติมาตรา 62 (1) (ข) ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งกล่าวไว้ว่า "ผลของความเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญต่อพันธกรณีต่าง ๆ ที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา

4. ความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่ประเทศไทย
ได้ทำสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกับประเทศอื่น

ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญา (Treaties) หรือ ความตกลง (Agreements) เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ดังเช่น สนธิสัญญาหรือความตกลง ดังต่อไปนี้ คือ

Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investment.

Treaty of Amity and Economic Relations between the Kingdom of Thailand and the United States.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of Thailand for the Promotion of the Investment of Capital and for the Protection of Investment.

Agreement between the Netherlands and the Government of the Kingdom of Thailand on Economic Co-operation.

วัตถุประสงค์ที่สำคัญของประเทศต่าง ๆ ในการที่เข้าทำสนธิสัญญา หรือ ความตกลงต่าง ๆ เหล่านี้กับประเทศไทย อาจจะถูกกล่าวได้ว่ามีวัตถุประสงค์ดังนี้ คือ

1. การชดเชยค่าทดแทนอย่างพอเพียงในกรณีที่มีการโอนเป็นของรัฐ หรือการเวนคืนทรัพย์สิน
2. การให้ความรับรองว่าข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งผู้ลงทุน ต่างประเทศได้กระทำไว้เกี่ยวกับการลงทุน จะมีผลบังคับตลอดระยะเวลาของการ ลงทุนและรัฐบาลประเทศเจ้าบ้านจะไม่กระทำการอย่างใด ซึ่งจะทำให้เกิดความ เสียหายแก่ผู้ลงทุน
3. การกำหนดที่เหมาะสมเกี่ยวกับการส่งกลับคืนซึ่งเงินทุนและผลกำไร
4. การให้ความรับรองว่า กรณีพิพาทที่เกิดจากการลงทุนกับประเทศเจ้า บ้าน จะกระทำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการพิจารณาข้อพิพาทที่ยุติธรรมในสถาบันที่ ยุติธรรม¹⁴⁰

ในปัจจุบันอาจจะกล่าวได้ว่า บรรดาประเทศพัฒนาซึ่งคนของชาติเหล่านั้น ได้เข้ามาทำการลงทุนในประเทศไทย ได้เข้าทำสนธิสัญญา หรือ ความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกับประเทศไทยด้วยกันทั้งสิ้น โดยเฉพาะในกรณีการลงทุนเกี่ยวกับการสำรวจและพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติ ดังเช่น ทรัพยากรปิโตรเลียม ประเทศซึ่ง บริษัทต่างประเทศที่เข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายรัฐบาลในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมีสัญชาตินั้นได้ทำสนธิสัญญาหรือ ความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกับประเทศไทย ดัง เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ สนธิสัญญาเหล่านี้อาจมีผลเป็น Umbrella agreement¹⁴¹ แก่ผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทย

¹⁴⁰ Krit Kraichitti, Investment Protection Treaties and Foreign Investment in Thailand .

¹⁴¹ ข้อตกลงระหว่างรัฐที่กระทำเพื่อจะคุ้มครองผลประโยชน์ของคนสัญชาติของ รัฐเกี่ยวกับปัญหาเรื่องการลงทุน ถ้ารัฐใดรัฐหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่คนชาติของอีกรัฐ หนึ่ง รัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติของบุคคลที่ได้รับความเสียหายจะถือว่าได้ละเมิดโดยรัฐคู่ภาคีใน ข้อตกลงนั้น เอกชนผู้ได้รับความเสียหายไม่จำเป็นต้องดำเนินขั้นตอนตามกระบวนการให้การ คุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) รัฐเจ้าของสัญชาติของเอกชนผู้ได้รับความ เสียหายอาจจะให้ความคุ้มครองต่อเอกชนของตนเองได้เลย

4.1 หลักกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้ รัฐบาลในสนธิสัญญา
 ใดจักต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญา แม้แต่ศาลระหว่างประเทศก็ได้วินิจฉัย
 ไว้ในแนวทางดังกล่าว ดังเช่นในคดี North Atlantic Coast Fisheries
 Arbitration อนุญาโตตุลาการกล่าวว่า "รัฐทุกรัฐจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี
 ต่าง ๆ ที่เกิดจากสนธิสัญญา โดยหลักแห่งความสุจริต (bona fide) และจักต้อง
 ปฏิบัติตามเนื่องจากบทลงโทษโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ"¹⁴²

เมื่อได้มีการร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา ใน
 ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969)
 และบรรดาประเทศต่าง ๆ ได้ลงนามในอนุสัญญายอมรับที่จะผูกพันในอนุสัญญาดังกล่าว
 หลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ คือ บทบัญญัติมาตรา
 26 ซึ่งมีข้อความดังนี้ คือ

"สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีอำนาจบังคับจะมีผลผูกมัดแก่ประเทศภาคี
 และจักต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยภาคีในสนธิสัญญาโดยสอดคล้องกับหลักสุจริต"

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ มีผลว่าเมื่อรัฐใดลงนามในสนธิสัญญาใดแล้ว
 พันธกรณีต่าง ๆ ในสนธิสัญญาจะมีผลผูกมัดรัฐบาล รัฐบาลที่ยอมรับที่จะต้องปฏิบัติ
 ตามพันธกรณีดังกล่าวโดยหลักสุจริต หลักสุจริต (principle of good faith)
 เป็นที่รับรองโดยอนุสัญญาในกรณีเกี่ยวกับหลักการในสนธิสัญญา ดังที่ปรากฏในบทนำ
 ย่อหน้าที่ 3 ว่า "หลักสุจริต เป็นที่รับรองโดยทั่วไป "หลักสุจริตเป็น
 หลักการอันสำคัญยิ่งในการปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาของรัฐ ศาลระหว่าง
 ประเทศ (I.C.J.) ได้นำหลักการดังกล่าวไปวินิจฉัยความรับผิดของรัฐจากสนธิ
 สัญญา โดยหลักสุจริต ในคดี North Sea Continental Shelf Case¹⁴³

¹⁴²North Atlantic Coast Fisheries Arbitration
 (1910), RIAA, Vol. II, p. 186 อ้างโดย Manfred Lachs, "Pacta
 sunt servanda" Encyclopedia of Public International Law.
 Vol. 8. p. 366.

¹⁴³North Sea Continental Shelf Cases (1969) ICJ:
 at 102 - 103.

และในคดี Nuclear Test Cases¹⁴⁴ ศาลวินิจฉัยว่า การกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts) การประกาศโดยฝรั่งเศสที่แสดงเจตนาจะละเว้นจากการทำการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ในอาณาบริเวณมหาสมุทรแปซิฟิกใต้ มีอำนาจผูกมัดฝรั่งเศส ศาลวินิจฉัยความผูกพันในประกาศดังกล่าวนี้โดยหลักสุจริต (principle of good faith) ในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับกันว่าไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญาว่า รัฐจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีโดยหลักสุจริต หลักการดังกล่าวถือเป็นบทบัญญัติที่จะต้องนำมาบังคับใช้โดยปริยายในสนธิสัญญา เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการละเลยในหลักการณ์¹⁴⁵

ในการปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญานั้น นอกจากรัฐจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี โดยหลักสุจริตแล้ว รัฐมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์และหลักการต่าง ๆ ในสนธิสัญญาโดยครบถ้วน ดังปรากฏในมาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งมีข้อความว่า

"รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องงดเว้นไม่กระทำการแต่ประการใด ซึ่งจะเป็นการลบล้างในหลักการและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา เมื่อ

(ก) รัฐใดลงนามในสนธิสัญญา หรือ ใดทำการแลกเปลี่ยนตราสาร อันถือเป็นสนธิสัญญาให้มีการให้สัตยาบัน รับรอง หรือ อนุมัติ ตราบจนกระทั่งรัฐใด แสดงเจตนาให้เป็นที่ยอมรับชัดแจ้งว่า รัฐไม่ใดเป็นภาคีในสนธิสัญญา หรือ

(ข) รัฐใดแสดงความยินยอมที่จะผูกมัดโดยสนธิสัญญา ในระหว่างที่มีการดำเนินการให้สนธิสัญญามีอำนาจบังคับ และโดยมีข้อเสนอว่า การดำเนินการให้สนธิสัญญามีอำนาจบังคับนั้น จะไม่เป็นการเป็นข้ำเกินสมควร

¹⁴⁴Nuclear Tests (Australia v. France) 1974. I C J. paras. 43 & 46, Nuclear Tests (New Zealand v. France) 1974. I C J. paras. 46 & 49.

¹⁴⁵Anthony D' Amato, "Good Faith" Encyclopedia of Public International Law. Vol. 8. p. 108.

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว มีผลทำให้รัฐจะต้องปฏิบัติตามหลักการและ วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่รัฐได้เข้าเป็นภาคีด้วย การที่รัฐทำสนธิสัญญานั้น เนื่อง จากรัฐมีความประสงค์ที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ โดยเป็นไปตามบทบัญญัติ ต่าง ๆ ในสนธิสัญญา ด้วยเหตุนี้ หลักข้อตกลงพึงต้องปฏิบัติตาม (Pacta sunt servanda) ย่อมจะต้องนำมาบังคับใช้ โดยเหตุจากข้อสันนิษฐานว่า การตัดสินใจ เข้าทำสนธิสัญญาของรัฐนั้นเป็นไปโดยสมัครใจ ดังนั้น การทำสนธิสัญญา หรือการยอมรับในข้อตกลง (pacta) นั้น เป็นสิ่งที่รัฐกระทำโดยมีความมุ่งหมายที่จะปฏิบัติตาม พันธกรณีดังกล่าวเหล่านี้¹⁴⁶

4.2 พันธกรณีเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐในสนธิสัญญาหรือความตกลง เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ

จากการที่ได้อภิปรายถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการ ปฏิบัติตามสนธิสัญญา หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญานั้นเป็นหลัก กฎหมายที่รัฐซึ่งได้เข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาได้จำต้องปฏิบัติตามเสมอ ด้วยเหตุนี้ใน กรณีที่ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญา หรือ ความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน กับประเทศอื่น ประเทศไทยย่อมจะต้องผูกพันในพันธกรณีต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในสนธิ สัญญา หรือ ความตกลงต่าง ๆ เว้นไว้เสียแต่ว่าสนธิสัญญาหรือความตกลงดังกล่าว เหล่านี้จะสิ้นสภาพบังคับโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ บรรดาสนธิสัญญาหรือ ความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่น ๆ นั้น พันธกรณีเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ การชดเชยค่าทดแทนได้มีการกำหนดไว้เสมอ ในสนธิสัญญาหรือความตกลงดังกล่าว พันธกรณีจากสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับ การโอนเป็นของรัฐ หรือ การชดเชยค่าทดแทนจากการโอนเป็นของรัฐ ย่อมถือเป็น พันธกรณีที่ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตาม โดยเป็นไปตามหลักการปฏิบัติตามสนธิสัญญา

¹⁴⁶Lachs, "Pacta Sunt Servanda" in Encyclopedia of Public International Law. 8, p. 370.

ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ในสนธิสัญญา ถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีในสนธิสัญญาซึ่งรัฐผู้ละเมิดจะต้องมีความรับผิดชอบ โดยถือเป็นการรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility)

การที่ประเทศซึ่งเอกชนต่างประเทศมีสัญชาติได้เข้าทำสนธิสัญญาให้ความคุ้มครอง (umbrella agreements) กับประเทศเจ้าบ้าน ซึ่งหมายความว่า ประเทศเจ้าบ้านให้คำมั่นแก่ประเทศของเอกชนที่เข้ามาลงทุนในประเทศตนว่า ประเทศเจ้าบ้านจะผูกมัดโดยคำมั่นต่าง ๆ ที่ได้ให้ไว้แก่ผู้ลงทุนเหล่านี้ การละเมิดสนธิสัญญาดังกล่าว ถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (internationally wrongful act) แม้จะมีกฎหมายบางท่านโต้แย้งว่า สนธิสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ ถือว่าเป็นโมฆะและไม่มีอำนาจผูกมัดเนื่องจากการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับอธิปไตยของประเทศเจ้าบ้าน โดยบรรดานักกฎหมายเหล่านี้มีข้อคิดเห็นว่า หลักการดังกล่าวมีสถานะภาพเป็น jus cogens ก็ไม่ได้ผลอย่างใดในกรณีนี้ โดยเหตุผลการโต้แย้งว่าสนธิสัญญาใดไม่มีอำนาจผูกมัดเพราะเป็นการขัดแย้งกับ jus cogens นั้น เนื่องจากจะต้องเป็นการวินิจฉัยโดยศาลระหว่างประเทศเนื่องจากการตีความสนธิสัญญา¹⁴⁷

ในปัญหาพันธกรณีเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) ในสนธิสัญญา หรือ ความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ ผู้เสนอวิทยานิพนธ์จะขอยกตัวอย่าง พันธกรณีจากความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและสหราชอาณาจักรฯ เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนและการส่งเสริมการลงทุน (Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and the Northern Ireland and the Government of the Kingdom of Thailand for the Promotion of the Investment of Capital and for the Protection of Investments) และ สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศไทยและ

¹⁴⁷Seidl-Hohenveldern, "Aliens, Property". Encyclopedia of Public International Law. Vol. 8, p. 21.

สหรัฐอเมริกา (Treaty of Amity and Economic Relations between the Kingdom of Thailand and the United States of America)

เพื่อประกอบการพิจารณาความรับผิดชอบในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลในกรณีที่ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญา หรือ ความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ

ก. พันธกรณีเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐในความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ ไอร์แลนด์เหนือ เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน และการคุ้มครองการลงทุน

จากบทบัญญัติในมาตรา 2 อนุมาตรา (3) ข้อ (e) ใ้ระบุว่า

คำว่า การลงทุน จะมีความหมายถึงสินทรัพย์ทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีดังต่อไปนี้ แต่มิได้จำกัดเฉพาะเพียงแต่นี้

(1) สัมปทานในธุรกิจใด ๆ ที่อนุมัติโดยกฎหมายหรือ โดยสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัมปทานในการสำรวจหา ผลิต สกัด หรือ ขุดเจาะทรัพยากรธรรมชาติ

ด้วยเหตุนี้ บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ ที่มีฐานะเป็นคู่สัญญากับฝ่ายรัฐบาลในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม กิจกรรมการสำรวจปิโตรเลียมตามที่ได้รับสัมปทานนั้น ตามความตกลงนี้จึงมีฐานะเป็นการลงทุน ตามบทบัญญัติ มาตรา 2 อนุมาตรา 3 ข้อ (e) สิทธิของบริษัทคู่สัญญาดังกล่าวจึงเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนและการคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย

ในกรณีที่ถ้าหากว่ารัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยประสงค์จะทำการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) แก่บริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ ที่มีฐานะเป็นคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมแล้ว พันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ เกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐได้กำหนดไว้ดังนี้คือ

มาตรา 6 (1) (a) (b)¹⁴⁸

(1) (a) ไม่ว่าในกรณีใด การลงทุนของคนชาติ หรือ บริษัทของคนชาติ
 ภายใต้อำนาจที่ตกอยู่ภายใต้มาตรการเวนคืนทรัพย์สินไม่ว่าโดยทางตรง หรือ โดยทาง
 อ้อม คนชาติ หรือ บริษัทดังกล่าวในดินแดนของภาคีอีกฝ่าย จะได้รับการปฏิบัติอย่าง
 เป็นธรรมและโดยเสมอภาคกันในกรณีที่มีการนำมาตรการ เช่นนี้มาบังคับใช้ มาตรการ
 ดังกล่าวไม้อาจจะกระทำใดเว้นไว้เสียแต่โดยเหตุผลจากวัตถุประสงค์ในทางมหาชน
 และโดยมีการชดเชยค่าทดแทน ความเสียหาย การชดเชยค่าทดแทนความเสียหายจะเป็น
 ไปอย่างพอเพียง โดยมีประสิทธิผลอย่างแท้จริง และจะกระทำโดยไม่ชักช้า และเป็น
 ไปตามบทบัญญัติในอนุมาตรา 2 ของมาตรา 7 ก็อ จะมีการโอนเงินกันโดยเสรี

(b) ความชอบธรรมในการเวนคืนทรัพย์สิน จำนวน วิธีการ ในการ
 ชดเชยค่าทดแทนความเสียหายจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้โดยหลักเนติธรรม

¹⁴⁸ Article 6

(1) (a) In any case where investments of a national or
 company of one Contracting Party are subjected, directly or
 indirectly, to any measure of expropriation, the national or
 company concerned shall be accorded in the territory of the
 other Contracting Party fair and equitable treatment in
 relation to any such measure. No such measure shall be taken
 except for public purposes and against payment of compensation.
 Such compensation shall be adequate, shall be effectively
 realisable, shall be made without delay and shall, subject to
 the provisions of paragraph (2) of Article 7, be freely
 transferable.

(b) The legality of any expropriation and the amount
 and method of payment of compensation shall be subject to
 review by due process of law.

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขในการนำ มาตรการเวนคืนทรัพย์สิน¹⁴⁹ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 (1) (a) จะเห็นว่า การเวนคืนทรัพย์สิน จะต้องกระทำโดยหลักแห่งความเที่ยงธรรมและโดยเสมอภาคเท่าเทียมกันในการนำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ มาตรการเวนคืนทรัพย์สินจะไม่นำมาดำเนินการเวนไว้เสียแต่เพื่อวัตถุประสงค์ในทางมหาชน โดยจะต้องประกอบด้วยการใช้กำหนดความเสียหาย การใช้กำหนดความเสียหายจะอยู่ในรูปการใช้กำหนดอย่างพอเพียง โดยมีประสิทธิผลอย่างแท้จริง และกระทำไปโดยไม่ชักช้า โดยเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 7 (2) เกี่ยวกับการโอนเงินโดยปราศจากข้อจำกัด¹⁵⁰

ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่รัฐบาลมีสิทธิที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ กับบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้จะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว พันธกรณีจากความตกลงเช่นนี้ถือว่าเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ การละเมิดพันธกรณีดังกล่าวจะมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ

¹⁴⁹ ในกรณีที่ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า "การเวนคืน" (expropriation) ไว้ในความตกลงนี้ คำว่า การเวนคืน โดยทั่วไปจะเป็นที่เข้าใจว่า หมายถึง การที่รัฐนำเอาทรัพย์สิน หรือ การโอนอย่างถาวรเกี่ยวกับอำนาจในการดำเนินกิจการและการควบคุมสิทธิในทรัพย์สิน... ถ้อยคำในมาตรา 6 (a) นี้จึงเป็นการแสดงถึงการเวนคืน และการโอนเป็นของรัฐ ดังที่ปรากฏในความตกลงซึ่งใช้ถ้อยคำว่า any measure of expropriation which may be taken either directly or indirectly.

¹⁵⁰ ในกรณีที่ได้มีการชดเชยกำหนดความเสียหายตามที่กำหนดโดยบทบัญญัติมาตรา 6 คู่ภาคีที่เกี่ยวข้องจะต้องจัดให้มีการโอนเงินอย่างมีประสิทธิภาพโดยมีองค์ประกอบอย่างมีเหตุผล (มาตรา 7 อนุมาตรา 2 ของความตกลงดังกล่าว)

จากบทบัญญัติมาตรา 5 (2)¹⁵¹ ประเทศไทยรับรองว่าจะปฏิบัติตาม พันธกรณีต่าง ๆ นอกเหนือไปจากที่ใดกำหนดไว้ในความตกลงนี้ ในกรณีที่พันธกรณีต่าง ๆ เหล่านี้เกิดขึ้นจากการที่ประเทศไทยได้กระทำไว้กับคนแห่งชาติหรือบริษัทของคนแห่งชาติประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายเกี่ยวกับการลงทุน พันธกรณีที่นอกเหนือไปจากความตกลงนี้ อาจจะเกิดขึ้นจากสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐบาลของประเทศคู่ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและคนแห่งชาติ หรือ บริษัทของคนแห่งชาติของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่าย หรือ พันธกรณีที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติกฎหมายประการใด หรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งได้อนุมัติสิทธิพิเศษประการใด หรือการให้ความคุ้มครองต่อการลงทุนประเภทใด ดังตัวอย่าง เช่น การลงทุนที่ได้รับการส่งเสริมตามพระราชบัญญัติการลงทุน บทบัญญัติมาตรา 5 (2) นี้ มีความหมายเป็นการยืนยันว่าเจตนารมณ์ของประเทศไทยที่จะเคารพในสิทธิที่ได้รับมาของผู้ลงทุนต่างชาติเหล่านี้ โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายไทย หรือ เป็นไปตามสัญญาซึ่งรัฐบาลได้กระทำกับผู้ลงทุนต่างประเทศเหล่านี้ เช่น เกี่ยวกับการยอมรับในหลักข้อตกลงซึ่งต้องปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) บทบัญญัติดังกล่าวจะมีผลเป็นการรับรองด้วยอีกว่า เงื่อนไขและข้อกำหนดต่าง ๆ ที่รัฐบาลใดทำความตกลงกับผู้ลงทุนในขณะทำการลงทุนนั้น จะได้รับความเคารพเสมอ ตลอดระยะเวลาแห่งการลงทุน และจะไม่มีมาตรการแต่ประการใดที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน ไม่ว่าจะโดยการผิดสัญญา หรือ โดยการนำบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ซึ่งไม่สอดคล้องกันกับพันธกรณีดังกล่าวมาบังคับใช้¹⁵²

151

Article 5

(2) Each Contracting Party shall observe any obligation additional to those specified in this agreement, into which it may have entered with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.

¹⁵²Krit Kraichitti, op. cit., p. 17.

ในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนั้น ถ้าหากว่ารัฐบาลไทยประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) มาบังคับใช้กับบริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ฯ คู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมแล้ว บริษัทในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมอาจจะโต้แย้งได้ว่า การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้นั้น เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการละเมิดพันธกรณีที่กำหนดไว้ในความตกลง ฯ โดยบทบัญญัติมาตรา 5 (2) เพราะเหตุว่าจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีผลว่า ประเทศไทยได้ให้การรับรองว่าพันธกรณีใด ๆ ที่เกิดจากสัญญาซึ่งประเทศไทยได้กระทำกับบริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ หรือ การลงทุนใด ๆ นั้น ประเทศไทยจะให้ความเคารพ ดังนั้นในการที่พันธกรณีของคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ ตามข้อ 12 (1) (ก) ซึ่งเป็นการรับรองโดยรัฐมนตรี ฯ ว่า จะไม่ทำการเปลี่ยนแปลงแต่ประการใดเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในการประกอบกิจการปิโตรเลียมในแปลงสำรวจตลอดระยะเวลาแห่งอายุสัมปทานดังกล่าว และพันธกรณีที่เกิดจากสัญญาสัมปทานเช่นนี้ รวมถึงการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ด้วยแล้ว พันธกรณีดังกล่าวจะได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติในความตกลงฯ ระหว่างรัฐบาลไทยและสหราชอาณาจักร คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญาซึ่งได้ทำความตกลงไว้รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ฯ และประกอบกับการที่ประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 64 (1) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ให้ผู้รับสัมปทานได้รับหลักประกันว่า (1) รัฐจะไม่บังคับโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมของผู้รับสัมปทานมาเป็นของรัฐ เว้นแต่เป็นการโอนตามข้อกำหนดในสัมปทาน บทบัญญัติดังกล่าวนี้ถือเป็นพันธกรณีที่รัฐได้ให้ไว้กับคนต่างชาติ โดยพระราชบัญญัติปิโตรเลียมตามที่กำหนดไว้ในความตกลง ที่กล่าวมานี้ อีกประการหนึ่ง เกี่ยวกับสิทธิในการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

ด้วยเหตุนี้ การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทที่จัดตั้งกฎหมายของสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ฯ คู่สัญญาในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม จะมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีในความตกลงระหว่างประเทศของประเทศ ความรับผิดชอบในสัญญาจาก

การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ในกรณีนี้จึงถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐ นอกเหนือจากความรับผิดชอบตามสัญญาที่เป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ความรับผิดชอบในสัญญาประการนี้จึงถือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility)

ข. พันธกรณีเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา (Treaty of Amity and Economic Relations between the Kingdom of Thailand and the United States of America

การโอนเป็นของรัฐได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าว แม้จะไม่ได้อธิบายว่า การโอนเป็นของรัฐ (nationalization) โดยตรงก็ตาม ในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของไทยที่กระทำกับบริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายและตามกฎเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกา บริษัทดังกล่าวจะได้รับสิทธิเกี่ยวกับการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัท โดยเป็นไปตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาดังฉบับนี้ และความตกลงที่ใด กระทำโดยหนังสือแลกเปลี่ยนระหว่างไทยและสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการกำกับการลงทุน ซึ่งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาอาจออกให้สำหรับการลงทุนในกิจกรรมในประเทศไทย

สำหรับปัญหาว่าบริษัทประเภทใดที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาดังฉบับนี้ นั้น ได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่า บริษัทของกษัตริย์สหรัฐอเมริกาที่จะได้รับ ความคุ้มครองตามสนธิสัญญาก็คือ บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังจากมาตรา 2 (1) (b) ดังนี้ คือ

มาตรา 2

1. บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับของประเทศ ภายใต้อำนาจใด จะถือว่ามีสัญชาติของประเทศภายใต้อำนาจนั้น และมีสถานภาพเป็นนิติบุคคล อันเป็นที่ยอมรับในดินแดนของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่าย คำว่า "บริษัท" ในสนธิสัญญานี้ หมายถึง

(b) ในกรณีของบริษัทของสหรัฐอเมริกา จะหมายถึง บรรษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัท และสมาคมอื่น ๆ ใด ซึ่งจะจำกัดหรือไม่จำกัดความรับผิดชอบ หรือ

ไม่ได้ดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ในทางการเงิน

พันธกรณีในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจฉบับนี้ ได้กำหนดเกี่ยวกับการที่ประเทศคู่ภาคีจะนำเอาทรัพย์สินของบริษัทของคนชาติคู่ภาคีมาเป็นของรัฐ โดยบทบัญญัติมาตรา 3 (1) ซึ่งโคระบุไว้ดังนี้ คือ

มาตรา 3

1. คู่ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะให้การปฏิบัติต่อกันแห่งชาติ หรือ บริษัทของคนแห่งชาติคู่ภาคีอีกฝ่ายโดยความยุติธรรมและความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และจะไม่นำมาตรการที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือ เป็นการเลือกปฏิบัติมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและการประกอบกิจการของคนแห่งชาติ หรือ บริษัทของคนแห่งชาติประเทศคู่ภาคีอีกฝ่าย ถ้ามาตรการดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิและผลประโยชน์ที่ได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมาย และจะบังเกิดอย่างมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ โดยสอดคล้องกับกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้

2. ทรัพย์สินของคนแห่งชาติและบริษัทของประเทศคู่ภาคี โดยเฉพาะประโยชน์ซึ่งเกิดจากทรัพย์สินดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์โดยตรง หรือ ประโยชน์โดยทางอ้อม จะได้รับการคุ้มครองอย่างมั่นคง และจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดกาลในอาณาบริเวณดินแดนของประเทศคู่ภาคี จะไม่มีการนำเอาทรัพย์สินเหล่านี้มาเป็นของรัฐโดยไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม หรือ โดยปราศจากการชดเชยค่าทดแทนที่เหมาะสม โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁵³

153

Article III

1. Each Party shall at all times accord fair and equitable treatment to nationals and companies of the other Party, and enterprises; shall refrain from applying unreasonable or discriminatory measures that would impair their legally acquired rights and interests; and shall assure that their lawful contrac-

จากบทบัญญัติมาตรา 3 (1) ในสนธิสัญญาฉบับนี้จะมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บรรดาทรัพย์สินและการประกอบกิจการของคนแห่งชาติสหรัฐอเมริกา ในดินแดนแห่งราชอาณาจักรไทยว่า รัฐบาลไทยจะไม่นำมาตรการที่ไม่มีเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมายหรือ เป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและการประกอบกิจการของคนแห่งชาติสหรัฐอเมริกา ถ้าหากว่ามาตรการที่จะนำมาบังคับใช้นั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิและผลประโยชน์ที่คนแห่งชาติสหรัฐอเมริกา หรือ บริษัทคนแห่งชาติสหรัฐอเมริการับมาโดยชอบด้วยกฎหมาย

และจากบทบัญญัติมาตรา 3 (2) ในสนธิสัญญาฉบับนี้ จะมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บรรดาทรัพย์สินของคนแห่งชาติสหรัฐอเมริกา และบริษัทคนแห่งชาติสหรัฐอเมริกาว่าจะได้รับความคุ้มครองอย่างมั่นคงและตลอดไปในดินแดนแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐบาลไทยจะไม่นำทรัพย์สินของคนแห่งชาติสหรัฐอเมริกาหรือบริษัทคนแห่งชาติสหรัฐอเมริกามาโดยไม่ชอบธรรมตามหลักกฎหมาย หรือ ไม่ทำการชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติมาตรา 3 (1) (2) ในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจเช่นนี้ จะมีผลเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศคู่ภาคีในสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการนำเอาทรัพย์สินของคน หรือ บริษัทคนแห่งชาติของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่าย

(153) tual rights are afforded effective means of enforcement, in conformity with the applicable law.

2. Property of nationals and companies of either Party, including direct or indirect interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other Party, Such property shall not be taken without due process of law or without payment of just compensation in accordance with the principles of international law.

สำหรับในกรณีที่ถ้าหากว่าประเทศไทยประสงค์จะนำมาตรการโอนเป็นของ
รัฐมาบังคับใช้กับบริษัทคนแห่งชาติสหรัฐอเมริกา คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลในสัญญาสัมปทาน
ปิโตรเลียม พันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทยตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 (1)
(2) จะมีผลถึงการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐบาลมาบังคับใช้ดังนี้ คือ

(1) จากข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม
ข้อ 12 (1) (ก) ซึ่งถือเป็นหน้าที่ในทางสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลว่า จะไม่ทำการ
เปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในการประกอบกิจการ
เช่นนี้แล้ว จากพันธกรณีของประเทศไทยที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยบทบัญญัติมาตรา 3
(1) ซึ่งกล่าวไว้ว่า "สิทธิในทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีผลบังคับใช้อย่างมี
ประสิทธิภาพ และโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้" ด้วยเหตุนี้ สิทธิ
ในทรัพย์สินของบริษัทคนแห่งชาติสหรัฐอเมริการในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม จะได้รับ
ความคุ้มครองโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ถ้าหากว่าคู่
สัญญาฝ่ายรัฐจะนำเอามาตรการโอนเป็นของรัฐบาลมาบังคับใช้แล้ว การโอนเป็นของรัฐ
จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะเป็นการพิจารณาโดยบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้
ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ถ้าหากว่าอนุญาโตตุลาการผู้วินิจฉัยข้อพิพาทได้นำเพียง
บทบัญญัติกฎหมายไทยประการเดียวมาบังคับใช้กับข้อพิพาท (บทบัญญัติกฎหมายที่จะนำ
มาบังคับใช้ในสัญญา คือ บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ) การ
โอนเป็นของรัฐนั้นจะชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจะเปลี่ยนแปลง
แก้ไข บทบัญญัติกฎหมายใน พ.ร.บ. ปิโตรเลียม หรือ เปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎกระทรวงฯ
เพื่อที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐบาลมาบังคับใช้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมชอบด้วย
กฎหมาย เพราะคู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีฐานะเป็นเพียงคู่สัญญาอย่างเดียวในสัญญาสัมปทาน
ปิโตรเลียม แต่ยังมีฐานะเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) เหมือนดินแดนแห่ง
ราชอาณาจักรไทย จึงมีอำนาจที่ตราบทบัญญัติกฎหมายในการโอนเป็นของรัฐโดยชอบ
ด้วยกฎหมาย และหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็รับรองรัฐทุกรัฐมีสิทธิที่จะทำการโอน
เป็นของรัฐได้ ถ้าหากว่า การโอนเป็นของรัฐนั้น เป็นการกระทำโดยหลักเกณฑ์ที่สอดคล้อง
กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับ แต่หากว่า อนุญาโตตุลาการ
ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานจากการโอนเป็นของรัฐ ได้นำหลักกฎหมายระหว่าง

ประเทศมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท การโอนเป็นของรัฐในกรณีนี้จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาบังคับใช้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ผู้เสนอวิทยานิพนธ์มีข้อคิดเห็นว่า หลักข้อตกลงพึงต้องปฏิบัติตาม (Pacta sunt servanda) ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศนี้คงจะต้องนำมาคำนึงถึงว่า การโอนเป็นของรัฐเช่นนี้จะชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

ถ้าหากว่า การโอนเป็นของรัฐนี้เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พันธกรณีระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาฯ จะมีผลทำให้ประเทศไทยมีความรับผิดชอบโดยถือเป็นการรับผิดชอบระหว่างประเทศ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการสนธิสัญญา

(2) ในกรณีที่รัฐบาลไทยมีสิทธิที่จะนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินของบริษัทคนแห่งชาติสหรัฐฯ พันธกรณีที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าวก็คือ การนำเอาทรัพย์สินของบริษัทคนแห่งชาติสหรัฐฯ หรืออเมริกามาเป็นรัฐจะต้องกระทำโดยหลักเนติธรรม ประกอบด้วยการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นในกรณีเช่นนี้ การนำมาตราการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) มาบังคับใช้จะต้องกระทำโดยหลักเนติธรรมและประกอบด้วยการชดเชยค่าทดแทนโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าหากว่าการนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ไม่เป็นไปตามวิถีทางที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าว ความรับผิดชอบในสัญญาของรัฐจากการนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ จะไม่เพียงแต่เป็นความรับผิดชอบตามสัญญาโดยเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาเท่านั้น แต่สัญญาฝ่ายรัฐบาลในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมยังจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) โดยเป็นผลมาจากข้อผูกพันในระหว่างประเทศจากสนธิสัญญาดังกล่าว

(3) นอกจากนี้ เนื่องจากประเทศไทยได้ทำหนังสือแลกเปลี่ยน (exchange of notes) ลงวันที่ 27 สิงหาคม และ วันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1954 กับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการค้าประกันการลงทุน ซึ่งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ออกให้สำหรับการลงทุนในกิจกรรมในประเทศไทย ปัจจุบันนี้ สหรัฐอเมริกาได้ให้การค้าประกันการลงทุนในกิจกรรมของผู้ลงทุนสหรัฐอเมริกาในประเทศเจ้าของบ้านโดยองค์กรที่จัดตั้งเพื่อทำ

หน้าที่ให้การรับประกันแก่คนชาติสหรัฐอเมริกา หรือ บริษัทคนชาติสหรัฐอเมริกา
ไปทำการลงทุนในต่างประเทศ โดยองค์กรดังกล่าวได้แก่ Overseas Private
Investment Corporation (OPIC)¹⁵⁴ องค์กรดังกล่าวจะทำการชดเชยค่า
ทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ลงทุนคนชาติสหรัฐอเมริกา หรือ บริษัทคนชาติสหรัฐ
อเมริกา หรือ บริษัทซึ่งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นบริษัทคนชาติสหรัฐอเมริกา
ในกรณีที่กิจการของผู้ลงทุนเหล่านี้ได้รับความเสียหายตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของ
OPIC เมื่อ OPIC ได้ทำการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุนเหล่านี้แล้ว OPIC จะ
เข้าร่วมสิทธิของผู้ลงทุนในการที่จะเรียกร้องการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายแก่
รัฐบาลของประเทศที่ผู้ลงทุนดังกล่าวได้รับความเสียหาย การเรียกร้องการชดเชยค่า
เสียหายจากการละเมิดสัญญาของ OPIC ที่มีต่อรัฐบาลประเทศเจ้าของบ้าน ถือเป็น
การเรียกร้องในระดับระหว่างประเทศ

ความตกลงโดยหนังสือแลกเปลี่ยนดังกล่าวระหว่างไทยและสหรัฐอเมริกา
ในกรณีเช่นนี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้นถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลใน
สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับบริษัทคนชาติ
สหรัฐอเมริกา คู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมแล้ว และบริษัทดังกล่าวนี้
ได้ทำสัญญารับประกันการลงทุนไว้กับ OPIC แล้ว ถ้าการนำมาตรการโอนเป็นของ
รัฐ (Nationalization) มาบังคับใช้นั้น เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและ
ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ตามข้อกำหนดที่ได้กำหนดไว้เกี่ยวกับกรณีการโอน

¹⁵⁴ OPIC เป็นองค์กรของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีอำนาจกึ่งเด็ดขาด (semi-
autonomous) ในการให้การรับประกันการลงทุนแก่บริษัทเอกชนของสหรัฐ
อเมริกา ต่อการเสี่ยงภัยในผลกำไรของบริษัทอื่นเนื่องมาจากการจำกัดการแลกเปลี่ยน
เงินตรา หรือ การเวนคืนทรัพย์สิน หรือ ในกรณีอื่น ๆ (22 U.S.C. §§. 2191 -
2220) (1976)

เป็นของรัฐ (Nationalization) ของ OPIC¹⁵⁵ แล้ว OPIC จะเข้าร่วม

¹⁵⁵Section 1.15 กำหนดว่า

การเวนคืนทรัพย์สิน กล่าวว่า การเวนคืนทรัพย์สิน หมายถึง การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการนำมา การใช้อำนาจเหนือ การอนุมัติ หรือ การยกให้ โดยรัฐบาลของประเทศในโครงการซึ่งโคกระทำในระยะเวลาการให้การกำกับดูแล โดยการชดเชยค่าทดแทน หรือ โดยปราศจากการชดเชยค่าทดแทน มาตรการเหล่านี้ภายในระยะเวลาหนึ่งปีจะมีผลเป็นการกีดกันมิให้....

.....

() บริษัทของคนต่างชาติเหล่านี้ที่จะทำการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือการใช้ทรัพย์สิน หรือ การกำหนดการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งถือว่าเป็นส่วนสำคัญของสินทรัพย์ดังกล่าว หรือ โดยการดำเนินการตามโครงการ หรือ การประกอบกิจการ ซึ่งมีลักษณะเช่นนั้น

การกระทำที่จะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน คือ

การใช้บทบัญญัติกฎหมายใด กฎเกณฑ์ กฎเกณฑ์ หรือมาตรการในทางบริหารของรัฐบาลของประเทศที่เข้าไปทำการลงทุน ซึ่งมีได้เป็นการแสดงออกอย่างชัดแจ้งว่าจะทำการโอนเป็นของรัฐ ทรัพย์สิน หรือเวนคืนทรัพย์สิน (แต่ไม่จำกัดเฉพาะการเข้าแทรกแซง การจำกัดห้าม หรือการนำมาโดยวิธีการต่าง ๆ) โดยมีเหตุผลเนื่องมาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของรัฐใดกำหนดไว้ การดำเนินการเหล่านี้จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าหากว่าการกระทำดังกล่าวกระทำไปโดยมีเหตุผลตามข้อกำหนดที่จะต้องนำมาบังคับใช้ ดังที่ได้จำแนกไว้ในบทบัญญัตินี้และมีได้เป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

การเพิกถอน การทำให้เสียหาย การยกเลิก หรือ การละเมิดใด ๆ โดยรัฐบาลของประเทศในโครงการ เกี่ยวกับการดำเนินการ ข้อตกลง หรือ สัญญาใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าว จะถือเป็นมาตรการเวนคืนทรัพย์สิน เฉพาะเมื่อการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้ประกอบขึ้นเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน ตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของอนุมาตรานี้

สิทธิและรับโอนสิทธิในการเรียกร้องการชดเชยค่าทดแทนสำหรับความเสียหายของบริษัท
แก่รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ พันธกรณีในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมเกี่ยวกับ
การโอนเป็นของรัฐจะถือเป็นพันธกรณีในระดับระหว่างประเทศ ความรับผิดชอบในสัญญา
ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลจึงถือเป็นความรับผิดชอบในระดับระหว่างประเทศ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย