

ความรับผิดชอบในสัญญาระหว่างส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจไทย  
และบริษัทเอกชนต่างประเทศที่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายใน

สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัทเอกชนต่างประเทศ  
ที่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายใน หมายถึง สัญญาที่นำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ใน  
สัญญา ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาหรือโดยปริยายจากสัญญา  
นั้นเองว่าสัญญาจะนำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ สัญญาเหล่านี้อาจจะได้แก่ สัญญาซื้อ  
ขาย สัญญาจ้าง สัญญาเงินกู้ โดยในสัญญาจะประกอบด้วยข้อกำหนดกฎหมายที่จะนำ  
มาบังคับใช้ในสัญญา คือ บทบัญญัติกฎหมายภายใน โดยอาจจะเป็นบทบัญญัติกฎหมาย  
ไทย หรือ กฎหมายต่างประเทศ

จากการเสนอข้อคิดเห็นในทางทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบ  
ระหว่างประเทศของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศใน  
บทที่ 3 "ความรับผิดชอบระหว่างประเทศในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ"  
จะพบว่าแนวทฤษฎีความรับผิดชอบน้อยสุด ( la conception minimaliste )  
ซึ่งได้มีข้อคิดเห็นว่า สัญญาโดยทั่วไประหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่นำกฎหมาย  
ภายในมาบังคับใช้ในสัญญานั้น การผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถจะทำให้  
คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีความรับผิดชอบ  
ระหว่างประเทศในสัญญาได้จากกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้กระทำการอันถือว่าเป็นการ  
กระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น การกระทำที่ถือว่าเป็นผิดกฎหมายนี้ก็คือ การ  
กระทำละเมิดในระหว่างประเทศ ( internation delict ) อันได้แก่ การปฏิเสธ  
ต่อความยุติธรรม การกระทำต่าง ๆ ที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของ  
รัฐ ( wrongful or arbitrary State conduct ) ข้อคิดเห็นตามแนวทฤษฎี



ความรับผิดชอบน้อยสุดนี้ได้เป็นที่ยอมรับกันเป็นส่วนมากจากการวินิจฉัยกรณีพิพาทอัน  
เกิดจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศโดยศาลระหว่างประเทศ หรือ  
อนุญาโตตุลาการ แนวทางปฏิบัติในระหว่างประเทศ หรือ ข้อถกเห็นของบรรคานัก  
กฎหมายระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุนี้ในกรณีสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัทเอกชน  
ต่างประเทศที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในแล้ว ในกรณีที่สัญญาภาครัฐบาล  
ได้กระทำการอันถือได้ว่าเป็นการผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา ความรับผิดชอบในสัญญา  
จะเป็นไปตามแนวทฤษฎีกฎหมายความรับผิดชอบน้อยสุด ( la conception minima-  
liste) หรือไม่

1. กฎหมายภายในที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและ  
เอกชนต่างประเทศ

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง หรือสัญญาเงินกู้ ระหว่างส่วนราชการ  
หรือรัฐวิสาหกิจและเอกชนต่างประเทศนั้น ข้อกำหนดกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา  
คือ บทบัญญัติกฎหมายภายใน โดยสัญญาได้แสดงเจตนาเลือกที่จะนำกฎหมายภายใน  
มาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี  
อันเป็นที่ยอมรับกันในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลของประเทศต่าง ๆ  
กึ่ง เช่น ประเทศไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายของไทยมาตรา 13  
ได้บัญญัติรับรองการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญากันนี้ คือ "ปัญหาว่าจะพึง  
ใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งที่เป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนา  
ของคู่กรณี . . . . . " จากทางปฏิบัติในการทำสัญญาสัญญาจะทำความตกลงว่าจะนำ  
บทบัญญัติกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา เมื่อพิจารณาสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่า  
จ้าง หรือสัญญาเงินกู้ที่ภาครัฐบาลได้กระทำกับเอกชนต่างประเทศนั้น กฎหมายภายใน  
ที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะไต่กัน บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายต่างประเทศ

1.1 บทบัญญัติกฎหมายไทย

สัญญาซื้อขาย สัญญาว่าจ้าง ระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ



และบริษัทเอกชนต่างประเทศที่นำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ในสัญญานั้น บทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา คือ บทบัญญัติกฎหมายไทย ในการทำสัญญาเหล่านี้ ส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจต่างได้แสดงความจำนงกับเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา อีกฝ่ายที่จะนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา แม้ว่าจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการทศสุ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2526 ข้อ 26 และข้อ 27 ซึ่งเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวอย่างของสัญญาซื้อขายก็มีได้มีการกำหนดข้อกำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา หรือ จากพระราชบัญญัติ หรือ กฎเกณฑ์ของส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจก็มีได้มีการกำหนดในเรื่องนี้แต่ประการใด แต่โดยทางปฏิบัติแล้วคู่สัญญาภาคีรัฐบาลจะเสนอให้นำกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา

การทำสัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างประเทศยินยอมที่จะให้นำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญานั้น อาจจะมีสาเหตุเนื่องมาจาก อำนาจในทางคุ้มครองของคู่สัญญาภาคีรัฐบาลมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย และ เนื่องจาก สัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างนั้น ลักษณะของการปฏิบัติตามสัญญามีความเหมาะสมและสะดวกที่จะนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา มากกว่าที่จะนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งอาจจะมีความขัดแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายไทยในลักษณะต่าง ๆ ที่มีอำนาจบังคับใช้ในราชอาณาจักรไทย ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาเหล่านี้ ดังเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับ ความรับผิดชอบของผู้เป็นที่ปรึกษา การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา การให้บริการในการให้คำปรึกษา ฯลฯ ในสัญญาจ้างนั้นสมควรที่จะนำบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญา ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาในสัญญาตามที่กล่าวมานี้จึงเป็นบทบัญญัติกฎหมายไทย

#### 1.1.1 เหตุผลในทางกฎหมายของการเลือกบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับอธิปไตยของรัฐ รัฐย่อมมีอำนาจสูงสุดเหนือดินแดนรัฐ ( territorial supremacy) ที่จะมิผลถึงบุคคลและวัตถุภายในดินแดนของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจบังคับของกฎหมายภายในย่อมมีขอบเขตอยู่เหนือดินแดนของรัฐ ในกรณีสัญญาระหว่างภาคีรัฐบาลและบริษัท



เอกชนต่างประเทศ การที่รัฐสภาบาลทำความตกลงกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ ให้นำกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา เช่นนี้ จึงเป็นการสอดคล้องกับหลักการ รัฐย่อมมี อำนาจสูงสุดเหนือดินแดนรัฐ (territorial supremacy) และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ดินแดนรัฐ (territorial principle) ซึ่งมีความหมายว่า รัฐควรจะมีสิทธิที่จะ ควบคุมการดำเนินการทุกอย่างที่โคกระทำภายในดินแดนของรัฐ การทำสัญญาระหว่าง ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจกับบริษัท เอกชนต่างประเทศซึ่งนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมา บังคับใช้ในสัญญา จึงเป็นการทำความตกลงที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับดินแดนของ รัฐ (territorial principle) โดยการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาจะตกอยู่ ภายใต้อำนาจบังคับของบทบัญญัติกฎหมายเอกชนในราชอาณาจักรไทย การเลือกบทบัญญัติ กฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาของคู่สัญญาภาครัฐบาลนั้น จึงเป็นการแสดงถึงวัตถุประสงค์ของภาครัฐบาลที่จะให้สิทธิสัมพันธระหว่างคู่สัญญาอยู่ในบังคับของบทบัญญัติกฎหมาย ไทยอันจะสอดคล้องกับหลักอธิปไตยสูงสุดของรัฐเหนือดินแดนรัฐ ตามหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศ อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นมีอยู่เหนือดินแดนรัฐเป็นอำนาจสูงสุดและเด็ดขาด ซึ่งรัฐมีอยู่เหนือบุคคลและวัตถุภายในดินแดนรัฐ ในระหว่างรัฐอิสระภาพด้วยกัน ความ เคารพในอธิปไตยเหนือดินแดนรัฐ เป็นกฎเกณฑ์ที่สำคัญที่สุดของกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาและการ วินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญานี้ถือเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่มีการเสนอข้อคิดเห็นที่ขัดแย้งกัน อย่างรุนแรงระหว่างประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะกลุ่ม ประเทศลาตินอเมริกา ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้มีทัศนะไม่ยอมรับที่จะนำกฎหมาย ต่างชาติมาบังคับใช้ในดินแดนของรัฐตน โดยประเทศเหล่านี้มีข้อคิดเห็นว่าอธิปไตยของ รัฐนั้นขยายไปถึงความเป็นอิสระในทางเศรษฐกิจ<sup>1</sup> การยอมรับที่จะนำกฎหมายต่างชาติ

<sup>1</sup>กฎบัตรเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (UN, GA Res. No. 328 (CXXIX) Chapter'(b) : เศรษฐกิจเช่นเกี่ยวกับการเมืองและความสัมพันธ์ ในด้านอื่น ๆ ระหว่างรัฐจะบังคับโดยกฎเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป... คือความ เสมอภาคในทางอธิปไตยระหว่างรัฐ..."



มาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศจะขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค  
ในอธิปไตยระหว่างรัฐต่าง ๆ ในประชาคมระหว่างประเทศ

### 1.1.2 ผลของการเลือกกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา

การเลือกบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา ดังเช่น  
สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง ของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและบริษัทเอกชนต่างประ-  
เทศนั้น จะมีผลต่อนิติสัมพันธ์ในสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองคือ

#### ก. นิติสัมพันธ์จะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายไทย

ในกรณีที่สัญญานำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้นั้น  
นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายเอกชนของไทย ระเบียบ คำสั่ง  
กฎเกณฑ์ของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทย เพราะเหตุว่า สัญญานั้นคือ ข้อตกลงซึ่ง  
กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาซึ่งจะต้องปฏิบัติตอบแทนซึ่งกันและกัน สิทธิและหน้าที่  
ระหว่างคู่สัญญาจะมีอำนาจบังคับก็โดยบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ดังนั้น ถ้า  
คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาแล้ว นิติสัมพันธ์ใน  
สัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองจะตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของบทบัญญัติกฎหมายไทย ซึ่ง  
ก็คือบทบัญญัติกฎหมายเอกชนของไทยรวมตลอดถึงกฎเกณฑ์ระเบียบของส่วนราชการ หรือ  
รัฐวิสาหกิจต่าง ๆ บทบัญญัติกฎหมายไทยที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะมีผลบังคับตั้งแต่การ  
ก่อให้เกิดสัญญา รูปแบบของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญาและการสิ้นสุดของสัญญา

ข้อกำหนดการเลือกกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญานั้น  
จะหมายถึงเฉพาะการเลือกกฎหมายเอกชนมาบังคับใช้ในสัญญาเท่านั้น สำหรับในกรณี  
กฎหมายสาขามหาชน<sup>2</sup> นั้น กฎหมายสาขามหาชนของประเทศไทยย่อมมีผลบังคับแก่การ

<sup>2</sup>บทบัญญัติทั้งหลายแห่งกฎหมายมหาชน คือ บรรดาบทบัญญัติว่าด้วยการจัด  
ระเบียบในทางการเมือง การปกครอง การคลัง การภาษี การศาล ฯลฯ ของรัฐหรือ  
กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือบทบัญญัติที่วางระเบียบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคล บทบัญญัติที่  
กำหนดสิทธิต่าง ๆ ของบุคคลที่มีต่อรัฐและขอบเขตของสิทธิเหล่านั้น วัตถุประสงค์ของ  
บทบัญญัติ เช่นนี้ก็เพื่อความดำรงอยู่และความปลอดภัยของประเทศ (กมล สนิธิเกษตริน



ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในประเทศไทยอยู่แล้ว บทบัญญัติทั้งหลายแห่งกฎหมายมหาชนนั้น มีผลบังคับแก่บุคคลในประเทศไทยทุกคน ไม่ว่าจะเป็นบุคคลสัญชาติไทย หรือ คนต่างชาตินที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย บทบัญญัติกฎหมายมหาชนของประเทศซึ่งอาจจะมีผลบังคับในสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อและการว่าจ้าง ดังเช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายว่าด้วยพิทักษ์อัครา ชุลกากรตามประมวลรัษฎากร กฎหมายแรงงาน ฯลฯ

ช. ขจัดความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การที่คู่สัญญานำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญานั้นจะเป็นการขจัดปัญหาความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่ขัดแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายในสาขากฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะการที่คู่สัญญานำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาย่อมมีผลทำให้ข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติเอกชนของไทย ข้อตกลงต่าง ๆ เหล่านี้จึงมีผลบังคับแก่คู่กรณีตามบทบัญญัติกฎหมายไทย เพราะถ้าหากว่าข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาใด ขัดแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายสาขาเอกชนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วข้อตกลงดังกล่าวย่อมไม่สามารถที่จะมีผลบังคับแก่คู่กรณีในราชอาณาจักรไทยได้ ดังที่ไคมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 ว่า "การใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ดี เป็นการพันวิสัย เป็นการชักขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชนก็ดี การนั้นท่านว่าเป็นโมฆกรรม" ดังนั้นการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาจึงเป็นการขจัดปัญหาในกรณีที่บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญานั้น ขัดแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในราชอาณาจักรไทย เพราะบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ในราชอาณาจักรไทยได้ ถ้าบทบัญญัติ



กฎหมายเหล่านั้นขัดแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทเด็ดขาด (absolute)

กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในกฎหมายสาขาเอกชนนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ (1) กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทไม่เด็ดขาด (relative) ได้แก่ กฎหมายที่มีบทบัญญัติเรื่องซึ่งเห็นได้ว่า กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนคนไทยเท่านั้น เช่นในเรื่องความสามารถของบุคคล ฯลฯ (2) กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทเด็ดขาด (absolute) เป็นกฎหมายที่กำหนดไว้เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยอันอาจเกิดขึ้น และถ้ามีการฝ่าฝืนกฎหมายประเภทนี้ผลกระทบกระเทือนต่อสังคมและประชาชนย่อมจะแผ่กว้างกว่ากฎหมายประเภทแรก กฎหมายประเภทนี้ย่อมมีใช้บังคับแก่คนไทยและคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในเมืองไทยเท่ากันหมด และไม่ยอมให้นำกฎหมายต่างประเทศที่ขัดกับกฎหมายประเภทนี้มาใช้บังคับในประเทศไทย<sup>3</sup> ในกรณีสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อหรือการว่าจ้างนั้น การนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาจึงเป็นการขจัดความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นจากในกรณีที่สัญญาได้นำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้และกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยเด็ดขาดแล้ว บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศนั้นย่อมไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ได้

ก. การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายไทยจะมีผลต่อการปฏิบัติตามสัญญา

การที่สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัทเอกชนต่างประเทศนำกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาเช่นนี้ ถ้าหากว่าได้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายไทย โดยรัฐบาลไทยได้ตราพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลง

<sup>3</sup>กมล สันติเกษคริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พระนคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2521 หน้า 236 - 237

บทบัญญัติกฎหมายไทยที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ดังเช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ฯลฯ ให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในขณะที่มีการทำสัญญา ผลของการเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติกฎหมายเหล่านี้อาจมีผลทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้โดยเนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ที่มีผลบังคับใช้ในราชอาณาจักรไทยได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม

การที่คู่สัญญาภาคีรัฐบาลใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปไตยเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายภายในของราชอาณาจักรไทยเช่นนี้ รัฐสามารถกระทำได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามการที่คู่สัญญาภาคีรัฐบาลจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยอาศัยข้ออ้างว่าบทบัญญัติกฎหมายภายในของราชอาณาจักรไทยได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปเช่นนั้น การกระทำดังกล่าวของคู่สัญญาภาคีรัฐบาลจะถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะมีผลทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบ (liability) แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาเกี่ยวโยงไปถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศบางประการ ดังเช่น หลักการปฏิบัติต่อกันต่างชาตินในระดับมาตรฐานน้อยสุดในระหว่างประเทศ (international minimum standard of treatment) หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำอันถือเป็นการละเมิดระหว่างประเทศ (international delict) ประเภทต่าง ๆ ทิศกรณีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีด้วย หรือ บรรดาพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ให้ข้อตกลงไว้กับประเทศต่าง ๆ ในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับต่างประเทศ เพราะถ้าหากว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยเหตุผลเนื่องมาจากการที่บทบัญญัติกฎหมายไทยได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขไปจากเดิมจนทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป การกระทำเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่จะกระทำใด โดยเนื่องจากถือเป็นการกระทำละเมิดระหว่างประเทศ อันมีผลทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลต้องมีความรับผิดชอบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายโดยถือเป็นการรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)



ด้วยเหตุนี้แม้สัญญาภาคีรัฐบาลจะอาศัยข้ออ้างจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลง  
บทบัญญัติกฎหมายไทยในการที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาใดก็ตามหลักการที่เป็นผู้มีอำนาจ  
อธิปไตยเหนือดินแดนรัฐที่จะตราบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ อันมีบังคับใช้ในราชอาณาจักร  
ไทยใดก็ตาม แต่การกระทำเช่นนี้จะต้องอยู่ในขอบเขตของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ  
เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐและการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐด้วย

### 1.2 กฎหมายต่างประเทศ

สัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและธนาคาร  
พาณิชย์ในต่างประเทศ ตลอดจนสัญญาค้ำประกันเงินกู้โดยกระทรวงการคลังในฐานะ  
ผู้ค้ำประกันเงินกู้ให้กับรัฐวิสาหกิจ กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะเป็นบทบัญญัติ  
กฎหมายต่างประเทศ โดยส่วนมากแล้วจะได้แก่บทบัญญัติกฎหมายของประเทศที่ธนาคาร  
พาณิชย์เหล่านั้นจดทะเบียนประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ  
เหล่านี้จะนำมาบังคับใช้กับข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาเงินกู้ตลอดจนการตีความข้อกำหนด  
เงื่อนไขในสัญญาเงินกู้ดังกล่าว<sup>4</sup> การนำบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ใน  
สัญญาเงินกู้ เช่นนี้เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณี (l'auto-  
nomie de la volonté) คู่สัญญาย่อมมีอิสระที่จะตกลงกันให้นำบทบัญญัติกฎหมายใด  
มาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยเฉพาะในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน  
ต่างประเทศซึ่งมีองค์ประกอบต่างชาติ (foreign element) นั้น หลักกฎหมายระหว่าง  
ประเทศแผนกคดีบุคคลได้กำหนดไว้ว่า กฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาต่างประเทศซึ่งมี  
องค์ประกอบต่างชาติ ย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี ดังเช่นในกรณีของประเทศ  
ไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายมาตรา 3 ก็ได้รับรองหลักการเช่นนี้

#### <sup>4</sup> ตัวอย่าง

ข้อกำหนดในสัญญาเงินกู้ระหว่างรัฐวิสาหกิจไทยและธนาคารพาณิชย์ใน  
ประเทศอังกฤษได้ระบุไว้ดังนี้ คือ

24. Law.

This agreement shall be governed by and construed  
in all aspects in accordance with the Law of England.



ไว้ดังนี้คือ "ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญา นั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ...." พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายมาตรา 13 นี้เองที่ให้อำนาจแก่กฎหมายต่างประเทศที่จะมีผลบังคับในสัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศและแม้ว่าการนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาเงินกู้ เช่นนี้จะสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายชดกันของประเทศไทยก็ตาม แต่การนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศนั้นมีปัญหาที่อาจจะพิจารณาได้ดังนี้ คือ

1.2.1 ข้อจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศตามกฎหมายไทยในสัญญาเงินกู้ ข้อจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศในประเทศไทยนั้น บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แยกออกได้ดังนี้ คือ

1.2.1.1 ข้อจำกัดตามมาตรา 5 จากพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายมาตรา 5 ได้บัญญัติไว้ดังนี้ คือ "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศมาบังคับให้ใช้กฎหมายนั้น เพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม" บทบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นการจำกัดมิให้นำกฎหมายต่างประเทศใดมาบังคับใช้ในราชอาณาจักรไทย ถ้าหากว่าผลของการปฏิบัติตามนิติกรรมสัญญา โดยบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศนั้นจะขัดแย้งกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งราชอาณาจักรไทย

ในกรณีสัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศซึ่งจะเป็นการนำกฎหมายของประเทศที่ธนาคารพาณิชย์จดทะเบียนก่อตั้งเป็นนิติบุคคลมาเป็นกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญานั้น ถ้าหากว่าผลแห่งการปฏิบัติตามสัญญาเงินกู้โดยบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศเกิดขัดแย้งกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับในราชอาณาจักรไทยได้ ตามบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายนี้

บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นอาจเป็นทั้งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ในกรณีสัญญาเงินกู้ระหว่างส่วน



ราชการหรือรัฐวิสาหกิจ กับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศนั้นกฎหมายมหาชนในราชอาณาจักรไทยที่จะมีผลเกี่ยวเนื่องกับสัญญาเงินกู้จะโต้แย้ง กฎหมายว่าด้วยภาษีอากร กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยที่เรียกเก็บ ฯลฯ ในกรณีของกฎหมายเอกชนที่จะมีผลบังคับในสัญญาเงินกู้ระหว่างภาครัฐบาลและธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศตามกฎหมายไทยนั้น จะโต้แย้งบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติถึงเรื่องต่าง ๆ ดังเช่น (1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 9 ซ้ำในหมวด และ 2 ในกรณีปัญหาความสมบูรณ์ของสัญญาเงินกู้จะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 650 วรรค 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>5</sup> ทั้งนี้ ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศในกรณีดังกล่าวขัดแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายไทยที่กล่าวมานี้แล้ว ในกรณีที่จะมีการฟ้องร้องตามบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศย่อมไม่อาจมีผลบังคับ (2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการหักลบกลบหนี้ ตามมาตรา 341 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>6</sup> (3) การใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องอายุความนั้น ในกรณีที่เกิดคดีขึ้นสู่ศาลไทย ศาลไทยคงจะใช้หลักตามมาตรา 5 โดยถือว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับอายุความในการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นถือได้ว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงจะห้ามนิติกรรมให้ผิดแผกแตกต่างออกไปหาได้ไม่<sup>7</sup> ทั้งนี้การเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องอายุความจึงเป็นการเลือกใช้กฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัน ทั้งนี้จึงจำเป็นต้องนำ

<sup>5</sup>ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 650 วรรค 2

<sup>6</sup>ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 341

<sup>7</sup>พระยาเทพวิฑูร 9, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 - 2 มาตรา 1 ถึง 240, พระนคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดโรงพิมพ์ไทยทิพฯ, 2509 หน้า



กฎหมายไทยมาใช้แก่กรณี<sup>8</sup> ฯลฯ

1.2.1.2 ข้อจำกัดเฉพาะเรื่อง ได้แก่ข้อจำกัดในการใช้กฎหมายต่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมายฯ นอกจากมาตรา 5 ข้อจำกัดเฉพาะเรื่องนี้มีไว้ห้ามใช้กฎหมายภายในของต่างประเทศอย่างเด็ดขาดแต่ให้ใช้ภายในขอบเขตหรือให้ใช้ได้เพียงเท่าที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศไทย<sup>9</sup> ข้อจำกัดเฉพาะเรื่องตามบทบัญญัติมาตรา 5 ในกรณีเกี่ยวกับสัญญาเงินกู้ก็คือ (1) กรณีตามมาตรา 15<sup>10</sup> เรื่องละเมิดนั้นแม้กฎหมายจะได้อำนาจให้บังคับตามกฎหมายแห่งดินที่การกระทำอันเป็นการละเมิดนั้นเกิดขึ้นก็ตาม แต่ศาลไทยจะไม่บังคับให้ในฐานะที่เป็นเรื่องละเมิด และในกรณีตามมาตรา 15 บรรทัดๆ การเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือทางแก้อื่นเนื่องจากการทำละเมิด ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องได้ไม่เกินอัตราหรือเกณฑ์หรือวิธีการที่กฎหมายไทยกำหนดให้ทำได้เท่านั้น

## 2. สาเหตุของความรับผิดชอบในสัญญาของคู่สัญญาภาครัฐบาล

สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัทเอกชนต่างประเทศที่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายใน สาเหตุที่ทำให้คู่สัญญาภาครัฐบาลต้องมีความรับผิด (liability) แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศจะได้อีก

### 2.1 การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยตรง

การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นอาจจะกระทำโดยการเพิกถอนสัญญา การไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือ การแก้ไขสัญญาฝ่าย

<sup>8</sup>กิติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์, "แบบและความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศตามกฎหมายไทย", วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ตุลาคม 2527) หน้า 190

<sup>9</sup>กมล สนธิเกษกริน อ่างแล้ว หน้า 247

<sup>10</sup>พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15



เที่ยว ในกรณีการเพิกถอนสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจะกระทำโดย การประกาศว่า สัญญาไม่มีผลบังคับตามกฎหมายจากบทบัญญัติกฎหมายของรัฐไม่ว่าจะ โดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐประการใดก็ตาม กรณีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา ฝ่ายรัฐอาจจะได้แก่ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ซัดแน่น (stricto sensu) การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>11</sup> การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ก่อให้เกิด ความรับผิดชอบแต่เป็นการกระทำโดยไม่ได้มีเจตนาไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ<sup>12</sup> การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยมีเจตนาไม่สุจริต<sup>13</sup> กรณีการแก้ไขสัญญาฝ่ายเที่ยว ดังเช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยการใช้อำนาจของรัฐในฐานะ ที่มีอำนาจอธิปไตยแก้ไขสัญญาฝ่ายเที่ยว

## 2.2 การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยวิธีการที่ไม่อาจจะถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติ ตามสัญญาอย่างแท้จริง

การไม่ปฏิบัติตามสัญญาในกรณีเช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจะกระทำโดย วิธีการใด ๆ ที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย โดยมิได้มุ่งหมายที่จะกระทำ การยกเลิกสัญญา หรือ ไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือ แก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญา วิธีการเช่นนี้ อาจจะเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างประเทศก็ได้ ดังเช่นการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐ (nationalization) มาบังคับใช้ การเวนคืนทรัพย์สิน การยึดทรัพย์ และการจำกัดการใช้ทรัพย์สิน การเก็บ ภาษีโดยไม่เป็นธรรม การปฏิเสธที่จะชดเชยค่าเสียหาย ฯลฯ หรือในกรณีสัญญาอ้อมซึ่ง กระทำระหว่างรัฐและคนต่างชาติ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาในกรณีนี้อาจจะได้แก่การที่ คู่สัญญาภาคีรัฐบาลนำมาตรการของรัฐมาบังคับใช้กับนิติสัมพันธ์ในสัญญาอันมีผลทำให้เกิด

<sup>11</sup> การไม่ปฏิบัติตามสัญญาในกรณีนี้อาจจะมีสาเหตุใดต่าง ๆ กัน ดังที่ได้ กำหนดไว้ในเหตุสุดวิสัย (force majeure) ในสัญญา

<sup>12</sup> ตัวอย่างเช่น การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยการละเลยหน้าที่ในสัญญา

<sup>13</sup> ตัวอย่างเช่น การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยการกระทำที่เป็นการละเมิด



ความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ ดังเช่น การเปลี่ยนแปลง  
บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเงินตราของรัฐ หรือการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายของรัฐ  
เกี่ยวกับการค้าประกันเงินกู้ การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมเงิน  
ตราของประเทศ<sup>14</sup>

### 3. ความรับผิดชอบในสัญญาและความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

จากที่ได้อธิบายมาแล้วว่า สัญญาซื้อขาย สัญญาว่าจ้างและสัญญาเงินกู้ระหว่าง  
ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและเอกชนต่างประเทศได้นำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ใน  
สัญญา ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากว่าคู่สัญญาภาครัฐบาลผิดสัญญา หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว  
ความรับผิดชอบในสัญญาของคู่สัญญาภาครัฐบาลจะถือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศ  
หรือไม่

#### 3.1 ความรับผิดชอบในสัญญา

การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาที่อยู่  
ในบังคับของกฎหมายภายในนั้น โดยทั่วไปตามหลักกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญา  
ในระบบกฎหมายต่าง ๆ นิติสัมพันธ์ในสัญญาจะมีอำนาจบังคับก็โดยบทบัญญัติกฎหมายที่นำ  
มาบังคับใช้ในสัญญา<sup>15</sup> ด้วยเหตุนี้ ในกรณีสัญญาโดยทั่วไประหว่างรัฐและเอกชนต่าง  
ประเทศที่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายใน การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ความ  
รับผิดชอบในสัญญานั้นถือว่าเป็นความรับผิดชอบตามบทบัญญัติกฎหมายภายในที่นำมาบังคับ  
ใช้ในสัญญา<sup>16</sup> แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ  
ก็ตาม ความรับผิดชอบในสัญญาดังกล่าวจะอยู่ในขอบเขตของกฎหมายภายในที่นำมาบังคับ

<sup>14</sup>Pazarci, op. cit., p. 19

<sup>15</sup>I Schlesinger, Formation of Contracts (1968), p. 77

<sup>16</sup>Pazarci, op. cit., p. 81.



ใช้ในสัญญา บรรคานักทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม (classical international law) เห็นพร้องต้องกันว่าเป็นไปโดยยากที่การไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยทางปฏิบัติและแนวทฤษฎีกฎหมายแล้ว การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะทำให้รัฐมีความรับผิดชอบเฉพาะเมื่อการไม่ปฏิบัติตามสัญญาถือได้ว่าเป็นการกระทำหรือการงดเว้นกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อคิดเห็นดังกล่าวนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป คืบจากการร่างกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในกรณีความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญากับคนต่างชาติ<sup>17</sup> ความรับผิดชอบระหว่างประเทศของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเกิดขึ้นก็จากการกระทำที่ถือว่าผิดกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองคนต่างชาติ มิใช่ว่าเกิดจากการผิดสัญญา การกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีนี้เองนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) เพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐที่มีต่อคนต่างชาติ คืบจากการวินิจฉัยรับรองไว้ในปัญหาการละเมิดหน้าที่ของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีพิพาท Dickson Car Wheel Case คณะกรรมาธิการพิจารณาคดีทั่วไปเม็กซิโก-สหรัฐอเมริกา ได้แถลงว่า "ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนอกเหนือจากอนุสัญญาใด รัฐจะมีความรับผิดชอบต่อเมื่อการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศถูกยกขึ้นฟ้องร้องต่อรัฐ กล่าวคือ มีการละเลยต่อหน้าที่ที่กำหนดโดยมาตรฐานในกฎหมายระหว่างประเทศ"<sup>18</sup>

<sup>17</sup>Garcia Amador, Second Report on International Responsibility, 1957 : II Yearbook of the International Law Commission, 1959 p. 30.

<sup>18</sup>Dickson Car Wheel Co., Case, Ralston's Report, pp. 669 -691, อ้างโดย Pazarci, p. 33.



ข้อคิดเห็นจากนักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งเดิมและแนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้ยังเป็นที่ยอมรับอยู่ในปัจจุบัน ดังจากการประชุมร่างกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐโดยคณะกรรมการวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ศาสตราจารย์ R. Ago ผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้สรุปการประชุมได้แถลงเกี่ยวกับปัญหาความรับผิดชอบของรัฐในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไว้ดังนี้ คือ "การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ใด ๆ ในสัญญาโดยรัฐซึ่งมิใช่เป็นพันธกรณีจากสนธิสัญญานั้น ย่อมไม่ทำให้พิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อันจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ<sup>19</sup> ด้วยเหตุนี้ในปัจจุบันอาจจะกล่าวได้ว่า ในกรณีสัญญาโดยทั่วไประหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั้น การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ

ความรับผิดชอบระหว่างประเทศของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่นักกฎหมายภายในมาบังคับใช้ จะเกิดขึ้นได้จากการกระทำอันถือว่าเป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศ การละเมิดต่อพันธกรณีของรัฐที่มีต่อคนต่างชาติหรือจากพันธกรณีของรัฐจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นใดอันจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ด้วยเหตุนี้ ความรับผิดชอบในสัญญาของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัทเอกชนต่างประเทศที่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายใน ความรับผิดชอบในสัญญาอันเกิดจากการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะอยู่ในขอบเขตของกฎหมายภายในที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ความรับผิดชอบในสัญญา เช่นนี้จะถือเป็นความรับผิด (liability) ตาม

---

<sup>19</sup>Fifth Report on State Responsibility, Yearbook of International Law Commission (1976 : II, p. 3) อ้างโดย Georges Van Hecke, "Contracts between States and Foreign Private Law Persons", in Encyclopedia of Public International Law. 1984 p. 55.



บทบัญญัติกฎหมายภายในที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะไม่ทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลซึ่งทำสัญญาในนามของรัฐบาลไทย มีความรับผิดชอบในสัญญาโดยถือเป็นการรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ซึ่งก็คือการรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) แต่อาจจะมีกรณีที่การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาภาคีรัฐบาลจะถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐได้เฉพาะในกรณีที่ การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นประกอบด้วยการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีต่าง ๆ ซึ่งได้มีการเสนอข้อคิดเห็นไว้ในแนวทางต่าง ๆ กัน ดังเช่น ในการร่างกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ Garcia Amador ผู้สรุปรายงานการประชุมพิเศษ (Special Rapporteur) ได้เสนอว่าการกระทำที่ถือว่าผิดกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ คือ (1) การไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นมิได้เกิดจากประโยชน์ในทางมหาชนหรือผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่จำเป็นของรัฐ (2) เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนแห่งชาติและคนต่างชาติซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างชาติ หรือ (3) เป็นการปฏิเสธต่อความยุติธรรม<sup>20</sup> หรือจากการเสนอข้อคิดเห็นโดยบรรดานักกฎหมายในทัศนะต่าง ๆ กันในปัญหาเกี่ยวกับการกระทำที่จะถือว่าผิดกฎหมาย คือ การปฏิเสธต่อความยุติธรรม (denial of justice) หรือ หลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment) ฯลฯ

### 3.2 ความรับผิดชอบระหว่างประเทศในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน

ในกรณีที่การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นประกอบเป็นการกระทำที่ถือว่าผิดกฎหมาย อันทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลมีความรับผิดชอบในสัญญาโดยถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งถือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศนั้น รัฐที่เอกชนต่างประเทศ

<sup>20</sup>Yearbook of the International Law Commission, 1959, Vol. II p. 34.



มีสัญชาติมีสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มครองคนแห่งชาติของ  
รัฐในดินแดนของรัฐต่างประเทศ ดังที่ได้มีการวินิจฉัยไว้ในคดี Mavromatis  
Palestine Concessions ดังนี้คือ

"เป็นหลักกฎหมายเบื้องต้นของกฎหมายระหว่างประเทศ คือ รัฐมีสิทธิ  
ที่จะคุ้มครองคนแห่งชาติที่ได้รับความเสียหายโดยการกระทำที่ขัดกับกฎหมายระหว่าง  
ประเทศที่กระทำโดยรัฐอื่น โดยเนื่องจากคนแห่งชาติไม่ได้รับการตอบแทนที่พอใจจาก  
กระบวนการดังกล่าว"<sup>21</sup>

ด้วยเหตุนี้รัฐที่เอกชนต่างประเทศมีสัญชาติจึงมีสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่าง  
ประเทศที่จะทำการคุ้มครองทรัพย์สินของคนแห่งชาติที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องจาก  
การกระทำของรัฐที่มีต่อทรัพย์สินของคนต่างชาติ โดยวิธีการให้ความคุ้มครองทางการ  
ทูต (Diplomatic protection) แต่การที่รัฐที่คนต่างชาติมีสัญชาติจะใช้มาตรการ  
ให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนต่างชาตินั้นได้ก็เมื่อได้มีการขอรับการชดเชยค่าเสียหาย  
โดยศาลภายในในหมดสิ้นเสียก่อน (the exhaustion of local remedies) หลัก  
การดังกล่าวนี้ถือเป็นจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์การชดเชยค่า  
สินไหมทดแทนโดยศาลภายในในหมดสิ้นเสียก่อนจะนำมาปฏิบัติโดยถือเป็นสิทธิเรียกร้อง  
ในทางกฎหมายของเอกชนต่อรัฐต่างประเทศที่ใดกระทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน  
อันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในดินแดนของรัฐ โดยหลักกฎหมาย  
ประการนี้เอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศจำต้องขอรับการชดเชยค่าทดแทนความ  
เสียหายจากศาลภายในในหมดสิ้นเสียก่อน จึงจะดำเนินการเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องเช่นนี้

<sup>21</sup> Mavromatis Palestine Concessions, (Jurisdiction),  
(1924), Ser. A. No. 2, p. 12 อ้างโดย Aréchaga, "International  
Responsibility" in Manual of Public International Law, p. 551 -  
603. Edited by Max Sørensen, (St. Martin's Press : New York),  
1968.



ในระบับระหว่างประเทศ โดยรัฐบาลของรัฐที่เอกชนต่างประเทศมีสัญชาติ<sup>22</sup> พื้นฐานของหลักการชกใช้ค่าทดแทนโดยศาลภายในให้หมดสิ้นเสียก่อนนี้มาจากความเคารพในอำนาจอธิปไตยของรัฐ และเขตอำนาจศาลภายในของรัฐว่าควรจะมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาการชกใช้ค่าทดแทนโดยกระบวนการยุติธรรม หรือ องค์กรในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ของรัฐ "ความเคารพในอธิปไตยของรัฐจะบังเกิดขึ้นได้ก็โดยศาลภายในของรัฐที่จะมีฐานะเป็นองค์กรแรกเริ่มในการดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาของคนต่างชาตินอกินแดนรัฐ"<sup>23</sup>

หลักการชกใช้ค่าทดแทนโดยศาลภายในให้หมดสิ้น ( Exhaustion of Local Remedies) นี้ได้เป็นที่ยอมรับกันในระหว่างประเทศ ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยรับรองไว้ในกรณีพิพาทจาก Interhandel Case ซึ่งศาลยุติธรรมได้ตัดสินไว้ดังนี้ คือ

"กฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ คือ การชกใช้ค่าทดแทนโดยศาลภายใน จะต้องกระทำให้หมดสิ้นเสียก่อนที่จะดำเนินการพิจารณาระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้เห็นว่า เป็นการจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับรัฐซึ่งได้ทำการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องทำการชกใช้ค่าเสียหายโดยวิธีการของรัฐภายในขอบเขตของกฎหมายภายในเสียก่อน"<sup>24</sup>

<sup>22</sup>Brownlie, Principles of Public International Law, 3d. ed. (Oxford : Clarendon Press, 1979), pp. 495 - 505.

<sup>23</sup>Separate Opinion of Judge Cardova, Interhandel Case, I.C.J. Reports, 1959, p. 45 อ้างโดย Aréchaga, International Law in the Past third of a Century, RCADI (1978 : I), p. 292.

<sup>24</sup>Interhandel Case (1959), I.C.J. Report. 6, 27.



ด้วยเหตุนี้ ในกรณีสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและเอกชนต่าง ประเทศที่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายในนั้น ถ้าการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลมีความรับผิดชอบโดยถือเป็นการรับผิดชอบในสัญญา และ ความรับผิดชอบในสัญญา เช่นนี้ เกิดจากการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ มีสิทธิที่จะให้รัฐที่เอกชนต่างประเทศมีสัญชาติดำเนินการให้ความคุ้มครองแก่เอกชนต่างประเทศโดยวิธีการการให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) ซึ่งการขอใช้มาตรการให้ความคุ้มครองทางการทูตเช่นนี้ เอกชนต่างประเทศจำต้องขอรับการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายโดยศาลภายในของประเทศไทยให้เสร็จสิ้นเสียก่อน รัฐที่เอกชนต่างประเทศมีสัญชาติจึงจะนำมาตราการให้ความคุ้มครองทางการทูต มาใช้กับรัฐบาลไทยได้

#### 4. หลักกฎหมายระหว่างประเทศบางประการที่ทำให้คู่สัญญาภาคีรัฐบาลมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในสัญญา

เนื่องจากได้กล่าวมาแล้วว่า การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในนั้น จะไม่มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบในสัญญา โดยถือเป็นการรับผิดชอบระหว่างประเทศ นอกเสียว่าการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนี้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องมีความรับผิดชอบในระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจะเสนอหลักกฎหมายระหว่างประเทศบางประการซึ่งการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนี้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศจะมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบในสัญญาในลักษณะความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) หลักกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ ดังเช่น หลักกฎหมายปดปาก (Principle of Estoppel) หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (abuse of rights)

##### 4.1 หลักกฎหมายปดปาก (Principle of Estoppel)



4.1.1 ความหมาย หลักการที่สำคัญของหลักกฎหมายปิดปาก คือ หลักกฎหมายนี้จะขัดขวางมิให้คู่กรณีปฏิเสธความเป็นจริงของการแสดงข้อเท็จจริงประการใดของคู่กรณีที่โต้กระทำไว้กับคู่กรณีอีกฝ่าย ถ้าหากว่า การแสดงข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ คู่กรณีฝ่ายแรกได้ยอมรับในข้อเท็จจริงนี้ไว้ก่อนแล้ว และการปฏิเสธความเป็นจริงของข้อเท็จจริงที่กล่าวมานี้จะทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเสียประโยชน์และได้รับความเสียหาย แต่คู่กรณีฝ่ายที่แสดงข้อเท็จจริงกลับได้รับประโยชน์หลักกฎหมายพื้นฐานอันเป็นที่มาของหลักกฎหมายปิดปากคือ หลักสุจริต (principle of good faith)<sup>25</sup>

เหตุผลในทางทฤษฎีกฎหมายของหลักกฎหมายปิดปากนี้มาจากภาษิตกฎหมายโรมัน คือ

"บุคคลซึ่งอ้างสิ่งที่เป็นปฏิปักษ์ซึ่งกันและกันย่อมเป็นผู้ที่ไม่น่าเชื่อถือ (allegans contraria non audiendus est) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะขจัดมิให้คู่กรณีฝ่ายใดได้รับความเสียหายจากสิ่งที่ยึดกันอันจะทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่าย ผู้มีความเชื่อโดยสุจริตต่อการแสดงข้อเท็จจริงใดของคู่กรณีฝ่ายแรก<sup>26</sup>

หลักกฎหมายปิดปากนี้มีผลทำให้ คู่กรณีที่โต้แสดงข้อเท็จจริง หรือ กระทำการใดจะถูกปิดปากมิให้อ้างข้อเท็จจริงประการใดในเวลาต่อมาให้แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่โต้เสนอไว้ครั้งก่อน โดยภาวะการณ์บางประการตามที่กำหนดโดยหลักกฎหมายประการนี้ ดังที่ไควินิจฉัยไว้ใน Temple of Preah Vihear Case คือ

"หลักกฎหมายประการนี้มีผลป้องกันมิให้รัฐโต้แย้งต่อศาลในภาวะการณ์ใด ๆ ที่ขัดแย้งกับภาวะการณ์ที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับกันชัดแจ้งในครั้งก่อนที่รัฐใดยอมรับไว้กับรัฐอื่น ไม่ว่าจะเป็นการยอมรับโดยชัดแจ้ง หรือ โดยปริยาย การยอมรับในภาวะการณ์เช่นนี้คือรัฐอื่นทำให้รัฐอื่นมีสิทธิที่จะเชื่อมั่นและโดยความเป็นจริงแล้วรัฐฝ่ายหลังนี้ได้เชื่อถือไว้แล้ว ทั่วเขตนี้รัฐที่เชื่อถือยอมจะได้รับความเสียหายหรือ รัฐที่เสนอข้อเท็จจริง

<sup>25</sup>Bowett, "Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence", B Y I L. (1957), p. 176

<sup>26</sup>Bowette, op. cit., p. 177



จะเป็นผู้ได้รับประโยชน์ หรือ ได้รับผลกำไรจากการนี้<sup>27</sup>

#### 4.1.2 รูปแบบของหลักกฎหมายปิดปาก

รูปแบบของหลักกฎหมายปิดปากในกฎหมายระหว่างประเทศ อาจแบ่งออกได้ คือ

ก. กฎหมายปิดปากโดยสนธิสัญญา การประนีประนอม หนังสือ แลกเปลี่ยน หรือ การรับรองอย่างใดที่กระทำกันเป็นลายลักษณ์อักษร

บทบัญญัติจากเอกสารเหล่านี้จะเป็นข้อห้ามมิให้รัฐปฏิเสธ ไม่ยอมรับถ้อยแถลง หรือ การปฏิบัติอย่างใดของรัฐที่ใดกระทำไว้ก่อน หลักข้อตกลงพึงต้อง ปฏิบัติตาม (Pacta sunt servanda) แสดงถึงความศักดิ์สิทธิ์ของหลักข้อตกลงต่าง ๆ ซึ่งจะอุดช่องว่างโดยหลักกฎหมายปิดปากในกรณีของการแถลงข้อเท็จจริงใด ๆ และทำให้ หน้าที่ต่าง ๆ มีผลสมบูรณ์ที่จะผูกมัดคู่กรณีในสัญญา

ข. หลักกฎหมายปิดปากโดยการปฏิบัติ การแสดงข้อเท็จจริง ใดของรัฐ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้ง หรือ โดยปริยายที่จะมีต่อการปฏิบัติของคู่กรณี การปฏิบัติ เช่นนี้ย่อมจะได้รับการสมมุติไว้ก่อนว่าเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ ดังนั้น ในกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายซึ่ง ได้รับความรู้การแถลงข้อเท็จจริง เช่นนี้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อในข้อเท็จจริง ที่ใดแสดงไว้ ด้วยเหตุผลเช่นนี้เองทำให้คู่กรณีที่ใดแสดงข้อเท็จจริงไว้จึงต้องผูกมัดในข้อ เท็จจริงเหล่านั้น

การแสดงข้อเท็จจริงจะต้องเป็นที่ประจักษ์ชัดโดยมีความหมายว่า การแสดงข้อ เท็จจริงเช่นนี้มีเหตุผลสนับสนุนจากฝ่ายที่จะกล่าวอ้างหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) และจะต้องกระทำหรือมีผลโดยตรงกับคู่กรณีที่จะนำหลักกฎหมายปิดปากมากล่าวอ้าง คู่กรณี ไม่อาจจะกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ๆ ที่มีใจกระทำกับฝ่ายคนและเป็นข้อเท็จจริงที่มีใ มุ่งหมายต่อการปฏิบัติดังกล่าว หรือ มีผลต่อการปฏิบัติ<sup>28</sup>

<sup>27</sup>The Statement of Judge Spender, Temple of Preah Vihear Case, I C J Reports (1962), pp. 143 - 144.

<sup>28</sup>Bowett, op. cit., pp. 181 - 187



#### 4.1.3 หลักกฎหมายปิดปากในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่าง

##### ประเทศ

หลักกฎหมายปิดปากนี้นำมาบังคับใช้ในสัญญาโดยเฉพาะในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ โดยถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ แม้ว่าการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบในสัญญาโดยเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา แต่ถ้าหากว่าการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นประกอบขึ้นเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศประการนี้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ โดยถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้กระทำการอันถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายปิดปากจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาของรัฐและเอกชนต่างประเทศ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้นำมาตรการต่าง ๆ ของรัฐมาบังคับใช้กับเอกชนต่างประเทศอันมีผลทำให้สิทธิในสัญญาของเอกชนต่างประเทศสูญสิ้นไปหรือเสียหาย ตามหลักกฎหมายปิดปากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะผูกมัดโดยการปฏิบัติแต่เดิมที่ได้กระทำไว้กับเอกชนต่างประเทศ ในกรณีที่ต่อมาคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้นำมาตรการต่าง ๆ ของรัฐมาบังคับใช้กับเอกชนต่างประเทศในสัญญาอันมีผลเป็นการไม่ยอมรับการปฏิบัติที่ใดกระทำไว้ก่อนและควยความเชื่อถือในทางปฏิบัติที่ใดกระทำไว้แต่เดิมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทำให้เอกชนต่างประเทศได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติของรัฐที่ผิดแผกไปจากเดิมเช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างว่า การกระทำแต่เดิมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะถ้าคู่สัญญาฝ่ายรัฐกล่าวอ้างดังกล่าวจะถือว่าการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศประการนี้

อาจจะกล่าวได้ว่า การกระทำหรือทางปฏิบัติของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ไม่สามารถจะยกขึ้นอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายโดยหลักกฎหมายปิดปากนั้น ไม่จำเป็นต้องมีลักษณะหรือรูปแบบที่เป็นพิเศษโดยเฉพาะเจาะจงแต่ประการใดตามทางปฏิบัติระหว่างประเทศ การกระทำหรือข้อตกลงของรัฐในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องกระทำโดยตราสารระหว่างประเทศ หรือ มีผลเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ของรัฐในระดับระหว่างประเทศ การปฏิบัติของรัฐ



อาจจะเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารของรัฐ หรือ การกระทำอื่นใดที่ไม่มีใ  
 มุ่งเริ่มต้นหรือเกี่ยวเนื่องกับรัฐอื่น การปฏิบัติเช่นนี้เพียงแต่เกี่ยวเนื่องกับคนต่างชาติ  
 หรือ สิทธิของคนต่างชาติเท่านั้น<sup>29</sup> หลักการที่กล่าวมานี้ได้รับการยอมรับจากการ  
 วินิจฉัยโดยศาลระหว่างประเทศในกรณีพิพาท Serbian Loans Case ศาลสถิต  
 ยุติธรรมระหว่างประเทศ ( P.C.I.J. ) วินิจฉัยคดีโดยนำหลักกฎหมายปิดปาก  
 ( estoppel ) มาบังคับใช้ในคดีโดยเหตุผลจากการปฏิบัติแต่ครั้งก่อนของผู้ถือหุ้น<sup>30</sup>  
 การปฏิบัติของรัฐในสัญญาซึ่งถือเป็นการละเมิดหลักกฎหมายปิดปากจะเกิด  
 ขึ้นได้ในกรณีต่าง ๆ ดังเช่น

ก. การไม่ยอมรับความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของสัญญา หมายความว่า  
 ว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิเสธความรับผิดชอบในสัญญา โดยอ้างว่าเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญา  
 ไม่มีอำนาจตามกฎหมายของรัฐที่จะเข้าทำสัญญา เพราะเป็นการทำสัญญาโดยไม่ได้รับ  
 อนุมัติจากรัฐบาลตามบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ ข้ออ้างเช่นนี้ถือว่าเป็นการละเมิดหลัก  
 กฎหมายปิดปากในหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพราะเหตุว่า หลักกฎหมายระหว่าง  
 ประเทศดั้งเดิมนั้น อำนาจบังคับของสัญญานั้นไม่สามารถจะพิจารณาจากกฎหมายที่นำมา  
 บังคับใช้ในสัญญาเพียงอย่างเดียว สัญญาเหล่านี้ส่วนมากจะนำกฎหมายภายในของคู่สัญญา  
 ฝ่ายรัฐมาบังคับใช้ถ้าหากจะพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายภายในเท่านั้นจะมีผลทำ  
 ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีความรับผิดชอบในสัญญา โดยเนื่องจากการทำสัญญาที่เกินขอบ  
 อำนาจ ( ultra vires )<sup>31</sup> แต่ในเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยยอมรับว่า สัญญามีผลบังคับ

<sup>29</sup>Fatouros, op. cit., pp. 257 - 258.

<sup>30</sup>P.C.I.J. Judgment No. 14 (July 12, 1929), P.C.I.J. Publ. Ser. A, Nos. 20/21. at 38 - 39. อ้างโดย Fatouros. Ibid. p. 259.

<sup>31</sup>Meron, "Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsibility of States", I.C.L.Q. (1957), p. 279 อ้างโดย Pazarci, op. cit., p. 110.



ตามกฎหมายจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ยอมรับในอำนาจบังคับของสัญญาและรับ  
ผลประโยชน์ที่เกิดจากการปฏิบัติตามสัญญาแล้วหลักกฎหมายปิดปากย่อมจะนำมาบังคับ  
ใช้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าว<sup>32</sup>  
ทั้งที่ได้มีการวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการในคดี Shufeldt อนุญาโตตุลาการได้ทำการ  
วินิจฉัยในปัญหาว่า สัญญาของรัฐบาลกัวเตมาลาไม่มีอำนาจบังคับตามกฎหมาย เนื่องจาก  
ไม่ได้มีการให้สัตยาบันตามข้อโต้แย้งของกัวเตมาลาหรือไม่ อนุญาโตตุลาการกล่าวว่า

"สัญญานี้กระทำโดยอำนาจบัญญัติกฎหมายและได้รับการรับรองแล้ว  
ดังนั้นจึงไม่จำเป็นที่อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาไปถึงประเด็นข้อโต้แย้งที่สองของ  
รัฐบาลกัวเตมาลา เนื่องจากเหตุผลว่า รัฐบาลกัวเตมาลาได้รับรองว่าสัญญามีอำนาจ  
บังคับตามกฎหมายตลอดระยะเวลาหกปีที่ผ่านมา และได้รับประโยชน์ต่าง ๆ ซึ่งรัฐบาล  
มีสิทธิได้รับตามสัญญาตลอดจนการอนุมัติให้ Shufeldt ดำเนินกิจการต่อไป การกระทำ  
ของรัฐบาลกัวเตมาลา เช่นนี้เป็นข้อขัดขวางมิให้โต้แย้งว่าสัญญาไม่มีผลบังคับแก่คู่สัญญา  
แม้ว่าจะได้มีการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติในสัญญาก็ตาม"<sup>33</sup>

จากเหตุผลในหลักกฎหมายและตัวอย่างการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการใน  
ปัญหาว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป  
ทั้งที่รัฐได้ยอมรับว่าสัญญามีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายและได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติ  
ตามสัญญาไปแล้ว โดยเหตุผลว่าเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาของรัฐนั้นไม่มีอำนาจที่จะทำสัญญา  
หรือเป็นการทำสัญญาที่เป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (*ultra vires*) นั้น  
อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่าถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่มีกับเอกชน  
ต่างประเทศในกรณีนี้จะถือเป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศประการนี้คือ หลักกฎหมาย  
ปิดปาก (*estoppel*)

<sup>32</sup>Pazarci, *op. cit.*, p. 111

<sup>33</sup>Affaire Shufeldt, R.S.A., Report, Vol. 2, p. 1094,

อ้างโดย Pazarci, *op. cit.*, p. 111.



ดังนั้นด้วยเหตุนี้ ในกรณีสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและบริษัทเอกชนต่างประเทศที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในนั้น ถ้าหากว่าคู่สัญญาภาครัฐบาลปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามสัญญาในเวลาต่อมาโดยอ้างว่า ตัวแทนของรัฐหรือองค์กรที่ทำสัญญากับบริษัทเอกชนต่างประเทศนั้นได้กระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) จากบทบัญญัติกฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทยที่ให้อำนาจตัวแทน หรือ องค์กรของรัฐในการทำสัญญากับบริษัทต่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยข้ออ้างเช่นนี้จะถือว่าเป็นการละเมิดหลักกฎหมายปิดปากหรือไม่ ย่อมจะต้องพิจารณาโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไปตามหลักกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการกระทำของผู้ที่กระทำการในนามของรัฐที่เกินขอบอำนาจ (ultra vires) แต่หากว่าคู่สัญญาภาครัฐบาลได้ยอมรับว่าสัญญามีอำนาจบังคับตามกฎหมายมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้วและนอกจากนี้ยังได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวด้วย การที่จะปฏิเสธความสมบูรณ์ตามกฎหมายของสัญญาโดยอ้างว่าเป็นการละเมิดหลักกฎหมายปิดปากในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลทำให้คู่สัญญาภาครัฐบาลต้องรับผิด (liability) ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายตามหลักกฎหมายปิดปากนี้เอง

ข. การตีความหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาให้แตกต่างไปจากการตีความหน้าที่ในสัญญาแต่เดิม

หลักกฎหมายปิดปากจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาในกรณีการฟ้องร้องเกี่ยวกับหน้าที่ในสัญญา โดยเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ปฏิบัติตามหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาในลักษณะที่ผิดแผกแตกต่างไปจากการปฏิบัติที่ไต่กระทำกันมาแต่เดิมในสัญญาแบบเดียวกัน หรือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายในสัญญาแต่เดิม แต่การที่จะนำหลักกฎหมายปิดปากมาบังคับใช้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีเช่นนี้ได้อีกเมื่อ การตีความหรือหลักกฎหมายในสัญญาแต่เดิมนั้นจะต้องชัดเจน ไม่มีข้อเคลือบคลุมใด ๆ<sup>34</sup> ความรับผิดชอบระหว่าง

<sup>34</sup> L'affaire des emprunts serbes (CPJI, Serie A, n° 20, pp. 38 - 39) อ้างโดย Pazarci. op. cit., p. 111



ประเทศในกรณีนี้จะเกิดจากการปฏิบัติแต่เดิม โดยเหตุผลเนื่องมาจากหลักกฎหมาย ปกติปากจะนำมาบังคับใช้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยยกเลิกสัญญา หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลง ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญา<sup>35</sup>

ทว่าเหตุนี้ ในกรณีที่ถ้าหากว่าคู่สัญญาภาครัฐบาลได้ตีความการปฏิบัติตาม หน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาในเวลาต่อมาให้ผิดแผกแตกต่างไปจากเดิมที่ได้กระทำไว้เกี่ยวกับ ข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญา ซึ่งมีผลเป็นการยกเลิกสัญญา หรือ เปลี่ยนแปลง แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว อาจจะต้องถือว่า การกระทำเช่นนี้เป็นการละเมิดหลักกฎหมายปกติปาก ในกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะแม้ว่าคู่สัญญาภาครัฐบาลจะมีฐานะเป็นรัฐอธิปไตยซึ่ง ข้อมมีอำนาจที่จะตราบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ภายในรัฐและสามารถที่จะนำบทบัญญัติ กฎหมายที่ใดตราขึ้นใหม่นี้มาใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญา<sup>36</sup> การปฏิบัติของคู่สัญญาภาครัฐบาลนี้แม้ว่าจะชอบด้วยบทบัญญัติกฎหมายไทย แต่อาจจะเป็นการ ผิดกฎหมายปกติปากได้

#### 4.2 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of rights)

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้หมายถึง

<sup>35</sup>Pazarci, op. cit., p. 111

<sup>36</sup>กึ่งตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย คู่สัญญาภาครัฐบาลอาจจะนำบทบัญญัติกฎหมาย เกี่ยวกับภาษีอากรที่ใดเปลี่ยนแปลงไปมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งมีผลทำให้ข้อกำหนดหน้าที่ เกี่ยวกับการชำระภาษีอากรใดเปลี่ยนแปลงไป และทำให้คู่สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่าง ประเทศ ได้รับความเสียหายเนื่องจากความเชื่อถือนในบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร ที่ใดมีอยู่แต่เดิม

หรือ ในสัญญาเงินกู้ คู่สัญญาภาครัฐบาล อาจจะเปลี่ยนแปลงหน้าที่ในการ ชำระคืนเกี่ยวกับเงินต้นและดอกเบี้ยโดยการใช้นบทบัญญัติกฎหมายภายในราชอาณาจักรไทย ที่เปลี่ยนแปลงไปจากที่ใดทำความตกลงไว้ในสัญญามานำบังคับใช้กับคู่สัญญาฝ่ายธนาคารพาณิชย์ ในต่างประเทศ และคู่สัญญาฝ่ายหลังนี้ได้รับความเสียหายเนื่องจากความเชื่อถือนในข้อ กำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาในกรณีนี้



การที่รัฐได้ใช้สิทธิประการใดประการหนึ่งที่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิที่มีอยู่ของรัฐอื่น หรือ การใช้สิทธิที่มีวัตถุประสงค์ให้แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของการใช้สิทธิดังกล่าว ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น<sup>37</sup> หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้ได้รับการพิจารณาว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหลาย ที่นำมาบังคับใช้ในกรณีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ<sup>38</sup> โดยทางปฏิบัติของรัฐและการเสนอข้อคิดเห็นโดยนักกฎหมาย แสดงให้เห็นว่าข้อห้ามในการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้ มีค่านำมาบังคับใช้เฉพาะการโต้แย้งระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ยังมีผลบังคับแก่รัฐที่เกี่ยวข้องในกรณีของหน้าที่ต่าง ๆ ที่รัฐจะต้องหลีกเลี่ยงไม่ทำการละเมิดพันธกรณีเหล่านี้ มิฉะนั้นจะถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้เป็นพื้นฐานของสิทธิเรียกร้องในคดี Barcelona Traction Case<sup>39</sup> Chinn Case<sup>40</sup>

#### 4.2.1 การนำหลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาบังคับใช้ในสัญญา

ข้อเท็จจริงที่จะนำหลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of rights) มาบังคับใช้ได้นั้นจะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี Trail Smelter arbitration ได้เห็นว่า โขยไม่สุจริต (abuse) ควรจะเป็นความเสียหายอย่างหนัก และความเสียหาย

<sup>37</sup>Alexandre C. Kiss, "Abuse of Rights" in Encyclopedia of Public International Law", Vol. 7, p. 1

<sup>38</sup>Politis, "Le Probleme des Limitations de la Sovereignete et la Theorie de l'Abuse des Droits dans les Rapports Internationaux", RCADI (1925 : I) p. 108.

<sup>39</sup>Barcelona Traction Case, I C J. Reports (1970), p. 3, at p. 17.

<sup>40</sup>Chinn Case, P C I J, Series A/B. No. 63, at p. 70





ที่เกิดขึ้นนี้ จะต้องปรากฏโดยชัดแจ้งและมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ<sup>41</sup> เมื่อใดที่มีการกล่าวหาว่า ได้เกิดความเสียหายขึ้น องค์การระหว่างประเทศ หรือ รัฐ จะทำการพิจารณาว่า ภาวการณ์ต่าง ๆ ของการใช้สิทธิว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือไม่ ดังจากการ วินิจฉัยโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I C J.) ในกรณีพิพาท *Nottebohm Case*<sup>42</sup>, *The United States Nationals in Morocco Case*<sup>43</sup>

หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นพื้นฐานสำหรับความรับผิดชอบระหว่างประเทศ รัฐไม่อาจจะโต้แย้งโต้เถียงว่ารัฐได้ใช้อำนาจอย่างเกินควรแทนที่จะเป็นการใช้อำนาจ อย่างเหมาะสม ย่อมถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ได้เคยมีการยอมรับว่า หลักกฎหมาย ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศห้ามการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หลักกฎหมายเช่นนี้มีฐานะ สูงยิ่งกว่าหลักกฎหมายพิเศษประการใดโดยเฉพาะที่รับรองสิทธิของเอกชน เงื่อนไขประ การที่สองของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ คือ การกระทำเช่นนี้จะต้องสามารถที่จะ กล่าวโทษเอา กับรัฐใดนั้นจะต้องมีอยู่จึงจะทำให้หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้สามารถนำ มาบังคับใช้ได้ นอกจากนี้องค์ประกอบอื่น ๆ คือ เจตนาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อรัฐอื่น ความเสียหาย การใช้สิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความสามารถหรือดุลพินิจ เหล่านี้ จะนำมาพิจารณาคำย การตัดสินใจว่าจะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือไม่นั้นต้องมีพยาน หลักฐานปรากฏโดยชัดแจ้ง มิใช่จากการสันนิษฐานของศาล<sup>44</sup>

<sup>41</sup> *Trial Smelter arbitration, RIAA, Vol. 3, p. 1907, at p. 1965.* อ้างโดย Alexandre C. Kiss, *op. cit.*, p. 4

<sup>42</sup> *Nottebohm Case, I C J. Reports (1955), p. 4 at pp. 21 - 24*

<sup>43</sup> *United States Nationals in Morocco Case, I C J. Reports (1952), p. 176 at p. 212.*

<sup>44</sup> *German Interests Case, P C I J, Series A, No. 7 at p. 30 and Free Zones Case, P.C.I.J, Series A/B, No. 46, at p. 167* อ้างโดย Alexandre C. Kiss, *op. cit.*, p. 5.



#### 4.2.2 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน

##### ต่างประเทศ

ก. ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะเป็นการจำกัดการใช้สิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและโดยการใช้สิทธิที่ไม่คำนึงถึงเหตุผลในทางกฎหมายซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังเช่น ในกรณีที่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติในฐานะผู้มีอำนาจอธิปไตยทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศในดินแดนของรัฐ ด้วยเหตุนี้ จากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศเรียกร้องให้มีการจำกัดการใช้สิทธิของรัฐอธิปไตยในสัญญาโดยจะต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต โดยสอดคล้องกับความผูกพันที่รัฐมีอยู่ในสัญญา ข้อกำหนดห้ามการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะขจัดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิในทางนิติบัญญัติ หรือ ในทางบริหาร ที่จะมีต่อสัญญาซึ่งรัฐได้กระทำไว้กับคนต่างชาติ อันจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ในสัญญา<sup>45</sup>

ในกรณีสัญญาระหว่างภาคีรัฐบาลและบริษัทเอกชนต่างประเทศ นั้น ถ้าหากว่าสัญญาภาคีรัฐบาลได้ใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปไตยทางนิติบัญญัติ ดังเช่น การนำบทบัญญัติกฎหมายประการใดของรัฐมาทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำเช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (abuse of rights) ตัวอย่างของการกระทำดังกล่าวอาจจะได้แก่ การตราบทบัญญัติกฎหมายจำกัดการใช้สิทธิในทรัพย์สิน (requisition) ของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างประเทศในประเทศไทย หรือ การตราบทบัญญัติกฎหมายในทางการเงิน ดังเช่น กฎหมายเกี่ยวกับการส่งเงินตราออกนอกประเทศที่จะมีผลเป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย

<sup>45</sup> Nwogugu, The Legal Problems Foreign Investment in Developing Countries (New York : Oceana Publications Inc., 1965), pp.183 - 184



ข. หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จะทำให้เกิดความ  
 รับผิดชอบแก่รัฐถ้าหากว่าการกระทำหรือการงดเว้นกระทำการนั้นเป็นการใดของรัฐ  
 ในสัญญานั้นเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ  
 ดังจากการเสนอข้อคิดเห็นของ Garcia Amador ผู้ดำรงตำแหน่ง Special  
 Rapporteur ในการพิจารณาปัญหาความรับผิดชอบของรัฐจากการร่างกฎหมาย  
 เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ แห่ง  
 สหประชาชาติ ในการประชุมครั้งที่ 4 ได้เสนอว่า "การกระทำหรือการงดเว้นกระทำ  
 การของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ถือได้ว่าเป็นการขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่าง  
 ประเทศเนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย<sup>46</sup> องค์ประกอบที่ทำให้การกระทำหรือ  
 การงดเว้นกระทำการเหล่านี้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็คือ

1. เป็นการกระทำหรือการงดเว้นกระทำการโดย  
 มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่น การยึดทรัพย์สินของ  
 เอกชนต่างประเทศโดยมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางมหาชน
2. โดยเนื่องจากกระบวนการพิจารณาหรือวิธีการ  
 ต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐที่มีกับเอกชนต่างประเทศนั้นไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมาย  
 ของรัฐที่มีอยู่ จึงถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำ  
 ในกรณีเหล่านี้ได้แก่ การปฏิเสธต่อความยุติธรรม (denial of justice )
3. โดยการเลือกปฏิบัติต่อกันต่างชาติและคนแห่ง  
 ชาติรัฐต่างประเทศ
4. โดยมิได้มีการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับ  
 คนต่างชาติอย่างเหมาะสม<sup>47</sup>

จากหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของรัฐแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่ง  
 ได้แก่ ฝ่ายเอกชนต่างประเทศตามที่ได้อ้างไว้ในการประชุมการร่างกฎหมายความรับ

<sup>46</sup>Fourth Report of International Responsibility, op.  
 cit., p. 7

<sup>47</sup>Ibid.



ผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศครั้งนี้ คิวเหตุนี้ในกรณี  
 คู่สัญญาภาคีรัฐบาลในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัทเอกชนต่าง  
 ประเทศที่อยู่ในบังคับจากบทบัญญัติกฎหมายภายในนั้น ถ้าหากว่าได้กระทำการอันเป็นการ  
 ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นไปตามข้อเสนอเกี่ยวกับความรับผิดชอบ  
 ของรัฐ (state responsibility) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนี้ การปฏิบัติของคู่สัญญา  
 ภาคีรัฐบาลเช่นนี้จะเป็นการละเมิดหลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในหลักกฎหมายระหว่าง  
 ประเทศ คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมจะมีความรับผิดชอบในสัญญาโดยถือเป็นความรับผิดชอบของ  
 รัฐ

คิวเหตุนี้ในสัญญาเหล่านี้แม้จะมีการคัดค้านในการที่จะนำหลักการใช้สิทธิโดย  
 ไม่สุจริตมาบังคับใช้ โดยเนื่องจากความไม่ชัดเจนของหลักกฎหมายประการนี้ที่จะนำมา  
 บังคับใช้กับสัญญา แต่ความชัดเจนในหลักกฎหมายเช่นนี้เองจะทำให้สามารถที่จะนำหลัก  
 กฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ในกรณีต่าง ๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน  
 ต่างประเทศได้กระทำการอันทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมเกิดขึ้น การนำหลักการใช้สิทธิ  
 โดยไม่สุจริตมาบังคับใช้นั้นจะเป็นการวินิจฉัยโดยศาลที่ทำการวินิจฉัยข้อพิพาท<sup>48</sup> การนำ  
 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้  
 กระทำไว้ในคดี Rudolf<sup>49</sup> และ Oliva case<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Nwogugu, op. cit., p. 183

<sup>49</sup> R.S.A. Vol. pp. 244 - 261 "การยกเลิกสัญญาสัมปทานโดยสภา  
 หองถิ่นถือเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและปราศจากความยุติธรรม อ้างโดย  
 Pazarci. op. cit., p. 131.

<sup>50</sup> R.S.A. Vol. 10, pp. 600 - 609 การขับไล่ผู้รับสัมปทานทำให้  
 การปฏิบัติตามสัญญาสิ้นสุดลง ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อ้างโดย Pazarci,  
 op. cit., p. 131.