



ลักษณะสัญญาระหว่างส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจไทยและเอกชนต่างประเทศ

1. สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ หมายถึง ข้อตกลง (agreements) ระหว่างรัฐซึ่งเป็นตัวกระทำกร หรือ ผู้ทรงสิทธิ (subject) ในกฎหมายระหว่างประเทศกับเอกชนต่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายภายใน

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไม่อาจจะถือว่าเป็นสนธิสัญญา¹ (Treaty) เพราะมิใช่เป็นการทำความตกลงระหว่างผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศด้วยกัน ในปัจจุบันนี้ เอกชนยังมิได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับรัฐผู้ทรงสิทธิดั้งเดิม ดังนั้น เอกชนไม่อาจถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นไว้เสียแต่ว่าเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำกัดและเป็นกรณีพิเศษประการใด โดยเฉพาะ² และในขณะเดียวกัน สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศมีลักษณะที่

¹ มาตรา 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ระบุว่า "สนธิสัญญา หมายถึง ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ระหว่างรัฐและอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปเอกสารฉบับเดียว หรือ เป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกันสองฉบับ หรือ มากกว่านั้น และไม่ว่าจะใช้ชื่อเรียก โดยเฉพาะอย่างไร"

² Lauterpacht, *The Subjects of the Laws of Nations* "I.Q.R. 63 (1947) p. 438 et seq. อ้างโดย Friedmann, *The Changing Structure of International Law*. 2 d. ed., (New York : Stevens & Sons, Ltd., 1965), p. 234, Jessup, *A Modern Law of Nations* (1945), Chapter II & V.

ไม่เหมือนสัญญาระหว่างเอกชนตามกฎหมายภายในของรัฐ โดยเนื่องจากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะในทางมหาชน (public elements) ซึ่งไม่ปรากฏในสัญญาระหว่างเอกชนโดยทั่วไป องค์ประกอบทางมหาชนเหล่านี้ได้แก่ (1) เจื่อนไซในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งหมายความว่า ข้อจำกัดในความเป็นอิสระของสัญญาในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศและสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นมีความแตกต่างกัน สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศจะมีข้อจำกัดในการทำสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะ หรือ การทำสัญญาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือ ในบางกรณีการทำสัญญาจะกระทำเฉพาะผู้ที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเท่านั้น รัฐต่าง ๆ จะมีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญา ซึ่งจะทำให้สัญญามีผลบังคับโดยชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบและสาระ (2) ในกรณีสาระของสัญญา สาระของสัญญาอาจจะเกี่ยวเนื่องด้วยทรัพย์สินในทางมหาชน หรือ การดำเนินการให้บริการสาธารณะ (3) กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศอาจจะนำกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏในกฎหมายเอกชนมาบังคับใช้ หรือ อาจจะนำหลักกฎหมาย หรือ กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายประการใดที่แตกต่างไปจากนี้มาบังคับใช้ (4) การนำหลักการทางกฎหมายในกรณีพิเศษประการใดโดยเฉพาะมาบังคับใช้ สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศบางประเภทจะนำหลักกฎหมายบางประการซึ่งจะไม่นำไปบังคับใช้ในกฎหมายเอกชนมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าว ดังเช่น หลักอำนาจในการตราบทบัญญัติกฎหมาย (regulatory power) ของรัฐ หลักความเสมอภาคทางการเงิน (financial equation) ในสัญญา (5) การอนุมัติให้อำนาจบางประการและสิทธิพิเศษต่าง ๆ โดยรัฐแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ดังเช่น สิทธิที่จะยกข้ออ้างในประโยชน์ของการเวนคืนทรัพย์สิน หรือ สิทธิพิเศษจากการงดเว้นการเรียกเก็บภาษีบางประเภท หรือ ลอคัตราภาษีให้เป็นพิเศษประการใด (6) คู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ขอเท็จจริงในกรณีนี้ก็คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ คือ รัฐ คู่สัญญาฝ่ายนี้จึงเป็นผู้มีสิทธิจากการเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้กระทำการแทนมหาชน สถานภาพดังกล่าวเช่นนี้เองย่อมจะมีผลเกี่ยวเนื่องกับสัญญา โดยเฉพาะในกรณีเกี่ยวกับการคกอยู่ภายใต้บังคับใช้กฎหมาย (enforcement) แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอธิปไตยและเป็นผู้กระทำแทนมหาชนนี้อาจจะมีผลต่อ

บัญญัติกฎหมายหรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายโดยเป็นไปตามข้อตกลงต่าง ๆ ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล³

สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจไทย⁴ (โดยรัฐมนตรี หรือ ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจ หรือ ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ หรือ ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้บริหาร รัฐวิสาหกิจดังกล่าว เป็นผู้ลงนามในสัญญา) ซึ่งถือเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ มาตรา 72 กระทำกับบริษัทเอกชนต่างประเทศนั้นถือเป็นสัญญาระหว่าง รัฐและเอกชนต่างประเทศ ถ้าหากว่าสัญญาดังกล่าวเป็นการทำสัญญาโดยองค์การของ

³Henry Cattan, The Law of Oil Concessions in Middle East and North Africa, (New York : Oceana Publications, Inc., 1976) pp. 2 - 4.

⁴คำนิยามของรัฐวิสาหกิจ ในพระราชบัญญัติพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ มาตรา 4 คือ

(1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล หรือ กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และหมายความรวมถึงหน่วยงานธุรกิจ ที่รัฐเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือ ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง / หรือ กรม และหรือ รัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ หรือ

(3) บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือ ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง / หรือ กรม และหรือ รัฐวิสาหกิจตาม (1) และ หรือ (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

รัฐบาล⁵ กระทำการในฐานะองค์กรของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำขององค์กรต่าง ๆ ในฐานะองค์กรของรัฐบาลตามบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐนั้น จะถือเป็นการกระทำของรัฐ ถ้าหากว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรในทางนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือ อื่น ๆ⁶

⁵มติคณะรัฐมนตรีที่ นว.227/2497 ลงวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2497 กำหนดให้คำว่าการกระทำของรัฐบาล หมายความว่า องค์การที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2497 และรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติเฉพาะด้วย

รัฐบาล มีความหมายอยู่ 3 นัย ความหมายที่หนึ่งหมายถึง ลักษณะการปกครอง (Form of polity) ความหมายที่สอง หมายถึง รัฐในฐานะที่เป็นตัวแทนของประเทศชาติ ความหมายที่สามหมายถึง คณะบุคคลซึ่งปกครองประเทศ โดยมีหน้าที่และความรับผิดชอบดำเนินนโยบายของประเทศ คือ คณะรัฐมนตรี (ดูหนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นว.131/2485 ลงวันที่ 30 เมษายน 2485)

⁶ดังปรากฏในรายงานที่สาม ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งกล่าวไว้ดังนี้ คือ

มาตรา 5 การกระทำของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำขององค์กรของรัฐ (Attribution to the State of the Conduct of its Organ.)

เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตราดังกล่าว การกระทำขององค์กรใดของรัฐซึ่งมีสถานภาพตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าองค์กรดังกล่าวกระทำการในฐานะองค์กรของรัฐในกรณีนี้

มาตรา 6 ความไม่เกี่ยวเนื่องกับฐานะขององค์กรต่าง ๆ ในองค์การของรัฐ (Irrelevance of the position of the organs in the organization of the State)

2. ประเภทต่าง ๆ ของสัญญาระหว่างส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจไทยและเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจไทย กับบริษัทเอกชนต่างประเทศ นั้น อาจจะมีการเรียกชื่อกันในรูปแบบต่าง ๆ กันก็ตาม แต่ในเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์เนื้อหาของสัญญาแล้ว อาจแบ่งรูปแบบของสัญญาได้เป็น 3 ประเภท⁷ ดังนี้ คือ

1. สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง (Contract for the supply of goods and services)
2. สัญญาเงินกู้ (Loan Agreements)
3. สัญญาสัมปทาน (Concession agreements)

2.1 สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง (Contract for the supply of goods and services)

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อของส่วนราชการ หมายถึง สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดหา พัสดุสำหรับส่วนราชการกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ เพื่อใช้ในการประกอบการแห่ง

คือ (6) การกระทำขององค์การของรัฐบาลถือว่าเป็นการกระทำของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าองค์การเหล่านี้เป็นองค์การในทางนิติบัญญัติหรือ บริหาร หรือ ตุลาการ หรือ องค์การของรัฐโดยอำนาจใด ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะระหว่างประเทศ หรือ ในลักษณะภายใน และไม่ว่าจะมีฐานะที่อยู่เหนือกว่าองค์การรัฐบาลหรือมีฐานะต่ำกว่า องค์การรัฐบาล

* (Report of the I.L.C. on the Works of its thirty - second session, 5 May - 25 July 1980, G.A. off Recs.: Thirty - fifth session, Suppl. No. 10 (A/35/10), p. 59

⁷การแบ่งประเภทสัญญาเหล่านี้มาจาก Broches, "A Choice - of - Law Provisions in Contracts with Government". in International Contracts: Choice of Law and Languages, pp. 65 - 76. Will-is L.M. Reese. Editor, (New York : Oceana Publications, Inc., 1962)

การปฏิบัติตามหน้าที่ของส่วนราชการเหล่านั้น ในการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อของ ส่วนราชการต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2526 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2527 และ ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2528 รูปแบบของสัญญา หลักเกณฑ์เงื่อนไขของสัญญา⁸ ต้องสอดคล้องกับระเบียบที่วางนี้ และมติของคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องในสัญญาดังกล่าว ในการทำสัญญากับบริษัทต่างประเทศเหล่านี้ ถ้ามีข้อความหรือรายการในสัญญาที่แตกต่างจากตัวอย่างในสัญญาซื้อ ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 จะต้องส่งร่างสัญญาให้กรมอัยการพิจารณา⁹

สัญญาว่าจ้างของส่วนราชการ หมายถึง สัญญาจ้าง สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการกับเอกชนต่างประเทศ หรือ บริษัทเอกชนต่างประเทศ ตามกฎหมายของการจ้าง การว่าจ้างที่ปรึกษา ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ รูปแบบของสัญญา หลักเกณฑ์ เงื่อนไขในสัญญา¹⁰ และวิธีการต่าง ๆ ในการปฏิบัติ

⁸ เงื่อนไขต่าง ๆ ของสัญญาดังเช่น สิ่งของที่ซื้อขาย ราคาและการจ่ายเงิน กำหนดการส่งมอบการทดสอบและตรวจรับของ การฝึกอบรม ความช่วยเหลือทางเทคนิค การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การบรรจุหีบห่อ การประกันความชำรุดบกพร่อง การรักษาความลับ สิทธิและรายละเอียดทางเทคนิคและการโอนจำหน่าย ความรับผิดชอบของฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขาย การตัดสินใจพิพาท เหตุสุดวิสัย บริการต่าง ๆ คู่มือและเอกสาร การบอกกล่าว กฎหมายที่ใช้บังคับ ภาษาอักษร ภาษาที่ใช้ในสัญญา (เงื่อนไขต่าง ๆ เหล่านี้นำมาจากเงื่อนไขในสัญญาระหว่างส่วนราชการกับบริษัทเอกชนต่างประเทศในสัญญาซื้อ)

⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 ข้อ 62.

¹⁰ เงื่อนไขต่างของสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา ดังเช่น ค่าจำกัดความต่าง ๆ พื้นฐานของสัญญา ระยะเวลาแห่งการปฏิบัติงานให้การปรึกษา ขอบเขตของการให้การปรึกษา ความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลไทย ค่าจ้าง ระยะเวลาในการจ่ายค่าจ้างและวิธีการจ่ายเงินค่าจ้าง การบอกเลิกสัญญา เหตุสุดวิสัย ความรับผิดชอบของผู้เป็นที่ปรึกษา การ

เป็นไปตามระเบียบดังกล่าว

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้างของรัฐวิสาหกิจ

รูปแบบของสัญญา เงื่อนไข ข้อตกลงในสัญญา เป็นไปตามระเบียบของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งมีบทบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการบริหารรัฐวิสาหกิจ หรือ ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ สามารถวางระเบียบต่าง ๆ ในการกระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งจะรวบรวมอำนาจในการสั่งซื้อ การจ้าง¹¹ แต่อย่างไรก็ตามหากรัฐวิสาหกิจจะนำหลักการตามที่กำหนดในระเบียบ

ข้อ (10) เปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา การให้บริการที่นอกเหนืออื่น ๆ ลิขสิทธิ์ของรูปแบบงานที่ปรึกษา ภาษาที่ใช้ในสัญญา การระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ ข้อตกลงทั้งหมด การมีผลบังคับของสัญญา การแจ้งให้ทราบ เรื่องอื่น ๆ (เงื่อนไขเหล่านี้ นำมาจากสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการและบริษัทเอกชนต่างประเทศ)

¹¹ ตัวอย่างเช่น พ.ร.บ. การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 9 บัญญัติว่า "ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตมีอำนาจกระทำการภายในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา 6 อำนาจเช่นนี้ให้รวมถึง

.....

(3) สสำรวจออกแบบ จัดซื้อ สร้างและติดตั้งอันเกี่ยวกับกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิต ประกอบกับมาตรา 18 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ "ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่วางแผนและควบคุมดูแลทั่วไปซึ่งกิจการของกฟผ.....

พ.ร.บ. การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521

มาตรา 7 ให้การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย มีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา 5 และอำนาจเช่นนี้ให้รวมถึง

(1) ถือกรรมสิทธิ หรือ มีสิทธิครอบครองหรือมีทรัพย์สินต่าง ๆ สร้างซื้อ จัดหา ขาย จำหน่าย เช่า ให้เช่า เช่าซื้อ ยืม ให้อืม รับจำนำ รับจำนอง และเปลี่ยนโอน รับโอน หรือ ดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งในและนอกราชอาณาจักร...

สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ไปใช้โดยอนุโลมด้วยก็ได้

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้างของรัฐวิสาหกิจเหล่านี้ แม้ว่ารูปแบบของสัญญา เงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาจะเป็นไปตามระเบียบของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งก็ตาม แต่เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเหล่านี้จะมีรูปแบบอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และข้อกำหนดกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะเป็นบทบัญญัติกฎหมายไทย (ในทางปฏิบัติแม้จะไม่มีระเบียบหรือกฎเกณฑ์ว่าจะต้องนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าวแต่ใน การทำสัญญากับบริษัทต่างประเทศในสัญญาประเภทต่าง ๆ เหล่านี้ คู่สัญญาฝ่ายไทยจะเสนอ ให้นำกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาเสมอ) รูปแบบของสัญญาเช่นนี้ หลักการที่สำคัญ เกี่ยวกับเงื่อนไข ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญา จึงเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกับสัญญา เกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง ของส่วนราชการและบริษัทเอกชนต่างประเทศ ยกเว้นแต่ รายละเอียดบางประการอาจจะแตกต่างกันไปบ้าง

2.2 สัญญาเงินกู้ (Loan Agreements)

สัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจไทย และธนาคาร พาณิชย์ในต่างประเทศ กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจทำสัญญาเงินกู้ ในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ ในการก่อกัน ของภาครัฐบาลกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ ได้มีพระราชบัญญัติ และ ระเบียบ เกี่ยวกับการก่อกันของภาครัฐบาลไว้ดังนี้ คือ

ข้อ (11) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 เรื่องการจัดตั้งการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ข้อ 6 เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อ 2 ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย มีอำนาจ

(2) ซื้อ จัดหา จำหน่าย เช่า ให้เช่าซื้อ แลกเปลี่ยน ถือ กรรมสิทธิ์ ครอบครอง หรือ ทำเนืองการเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ

1. พระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศ พ.ศ. 2519
2. พระราชบัญญัติกู้เงินเพื่อป้องกันประเทศ พ.ศ. 2519
3. พระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้าประกัน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2519
4. ระเบียบการก่อกำหนดของประเทศไทย พ.ศ. 2528

การทำสัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจ¹² นั้นเป็นการทำสัญญาเงินกู้โดยกระทรวงการคลังในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับแหล่งเงินกู้ของเอกชนในต่างประเทศ¹³ หรือในกรณีรัฐวิสาหกิจอาจเป็นการทำสัญญาเงินกู้ระหว่าง

¹²รัฐวิสาหกิจตามที่กำหนดไว้ในระเบียบการก่อกำหนดกับต่างประเทศ พ.ศ. 2528 หมายถึง รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ยกเว้นรัฐวิสาหกิจที่เป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์

รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ คือ

- (ก) องค์การของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ
- (ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (ค) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม/ (ก) และ หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (ง) บริษัท หรือ ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ค) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (จ) บริษัท หรือ ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือ รัฐวิสาหกิจตาม (ง) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) และ/หรือ (ค) มีทุนเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

¹³ พ.ร.บ. ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศ พ.ศ. 2519

รัฐวิสาหกิจกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศโดยมีกระทรวงการคลังทำสัญญาค้ำประกัน
เงินกู้ให้กับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ¹⁴ โดยเป็นการค้ำประกันจากกระทรวงการ
คลังในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย สัญญาค้ำประกันเงินกู้นี้อาจจะเป็นการทำสัญญา
ค้ำประกันเงินกู้แยกออกไปต่างหากจากสัญญาเงินกู้ หรือ สัญญาเงินกู้และการค้ำประกัน
เงินกู้โดยกระทรวงการคลังในสัญญาเงินกู้ฉบับเดียวกันนั้น การทำสัญญาเงินกู้ของส่วน
ราชการหรือรัฐวิสาหกิจต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

สัญญาเงินกู้ดังกล่าวเหล่านี้ อาจจะเป็นการทำสัญญาเงินกู้โดยทั่วไป หรือ การ
ก่อหนี้ของภาครัฐบาลด้วยการเข้าซื้อและการใช้สินเชื่อกู้ยืมผ่อนชำระ จากทางปฏิบัติ
ในการทำสัญญาเงินกู้ของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ กับธนาคารพาณิชย์ในต่าง
ประเทศเงื่อนไขในสัญญา จะเป็นการเสนอเงื่อนไขจากธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ
ซึ่งกระทรวงการคลังจะพิจารณา เงื่อนไขและเสนอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ¹⁵ แต่อย่างไรก็ตาม
สัญญาระหว่างประเทศ เช่นนี้จะมีรูปแบบที่เป็นสากลอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป นอกจาก
รายละเอียดปลีกย่อยบางประการที่มีความเกี่ยวข้องกับภาวะการณ์ของคู่สัญญาอันมีผลทำให้
เงื่อนไขบางประการแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละสัญญา

จากบรรดาสัญญาเงินกู้ระหว่างภาครัฐบาลและธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศนั้น
เงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน โดยอาจมีความแตกต่างใน
รายละเอียดของเงื่อนไขบางประการออกไปบ้างในแต่ละสัญญา ซึ่งจะขอเสนอตัวอย่าง
เงื่อนไขในสัญญาเงินกู้ของรัฐวิสาหกิจและธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศและการค้ำประกัน

¹⁴ พ.ร.บ. กำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้ำประกัน (ฉบับที่ 2)
พ.ศ. 2519 มาตรา 4

¹⁵ พ.ร.บ. กำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการกู้เงินกับต่างประเทศ
พ.ศ. 2519 มาตรา 3,5 และ ระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ. 2528 ข้อ 16.

เงินกู้โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยสัญญาดังกล่าวประกอบด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ

1. รูปแบบเครดิต (Credit Facility) จะกำหนดจำนวนเงินที่จะให้กู้ยืมทั้งหมดในอัตราเงินสกุลใดตามที่ตกลงไว้ในสัญญา
2. การกู้ยืม (Borrowing)
 - (a) ประเภทของเงินกู้ ซึ่งอาจจะเป็นการกู้เงินในระยะยาว หรือการกู้เงินในรูปเงินทุนหมุนเวียน (revolving credit) ถ้าเป็นการกู้ยืมในรูปเงินทุนหมุนเวียนจะกำหนดจำนวนเงินที่จะให้เครดิตในแต่ละครั้งเป็นจำนวนเท่าใดและเงื่อนไขเกี่ยวกับการได้รับเครดิตดังกล่าว
 - (b) ระยะเวลาที่จะจ่ายชำระคืน
3. ค่าธรรมเนียมการเตรียมเงินกู้ (Commitment Fee) ผู้กู้จะต้องจ่ายชำระค่าธรรมเนียมในกรณีเตรียมเงินสักระยะ ตามที่จะกำหนดไว้ในสัญญา
4. การชำระคืน (Repayment) กำหนดการชำระคืนเงินต้น ดอกเบี้ย
5. ดอกเบี้ย (Interest)
 - (a) การคำนวณดอกเบี้ยจะคำนวณจากกำหนดเวลาใดถึงเวลาใดตามที่ใดกำหนดไว้ในสัญญา
 - (b) อัตราดอกเบี้ย ที่จะต้องชำระในวันถึงกำหนดโดยจะเป็นอัตรามาตรฐานจากตลาดการเงินระหว่างประเทศแห่งใดก็ตามแต่ละกำหนดไว้ในสัญญา
 - (c) ถ้าได้มีการเปลี่ยนแปลงในภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่ออัตราดอกเบี้ยที่ใดกำหนดไว้ จะมีการทำความตกลงระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้โดยหลักสุจริต เพื่อที่จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่เหมาะสม
 - (d) ถ้าหากว่าผู้กู้ไม่ชำระเงินต้นและดอกเบี้ยตามกำหนด จะทำการคำนวณเงินดอกเบี้ยจากเงินต้นและดอกเบี้ยที่ผู้กู้จะต้องชำระจากวันที่ถึงกำหนดชำระจนถึงวันที่มีการชำระเงินต้นตามความเป็นจริง
6. เงินตราสกุลอื่น ๆ (Alternate Currencies)

(a) ผู้กู้อาจจะขอเปลี่ยนเงินกู้ยืมที่ผู้ให้กู้จะส่งมอบเป็นอัตราเงินสกุลอื่นนอกเหนือจากอัตราเงินสกุลเดิมที่ใดที่กำหนดไว้ในสัญญาได้

(b) การขอเปลี่ยนแปลงการส่งมอบเงินให้อยู่ในรูปอัตราเงิน สกุลอื่นจากที่กำหนดไว้แต่เดิมในสัญญานั้น ถ้าผู้ให้กู้เห็นว่าสมควรเป็นไปตามข้อเสนอเนื่องจากความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ผู้ให้กู้จะยินยอมตาม

7. คำรับรองที่ผู้กู้จะต้องกระทำ (Representations and Warranties)

ผู้กู้ให้คำรับรองต่าง ๆ ดังนี้ คือ

(a) ผู้กู้มีอำนาจที่จะทำสัญญาและปฏิบัติตามสัญญา

(b) สัญญานี้จะมีผลผูกมัดผู้กู้โดยชอบด้วยกฎหมายตามข้อกำหนดต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญา

(c) การส่งมอบ การดำเนินการ หรือ การปฏิบัติตามสัญญาในบรรดาข้อกำหนดต่าง ๆ จะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีอยู่แต่ประการใดไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนอง สัญญา หรืออื่น ๆ

(d) จะทำการส่งมอบของบททดลองการดำเนินการและฐานะทางการเงินของผู้กู้ โดยเป็นไปตามหลักการในทางบัญชีอันเป็นที่ยอมรับ และจะเสนอผลการดำเนินและฐานะทางการเงินของผู้กู้โดยแท้จริง

(e) ความยินยอม การให้สิทธิ การอนุมัติ การให้อำนาจ การยกเว้น การลงทะเลเบียน หรือการประกาศใด ๆ ตามบทบัญญัติกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญานี้จะเป็นการใดมา หรือกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

(f) ผู้กู้ไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายไทยที่จะถูกหัก หรือที่จะต้องชำระภาษีซึ่งหัก ณ ที่จ่าย หรือการชำระในกรณีอื่นใด เกี่ยวกับการชำระคืนซึ่งเงินต้น ดอกเบี้ย

(g) ผู้กู้ไม่ตกอยู่ภายใต้การดำเนินคดีโดยศาลใด หรือกำลังอยู่ใน การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการในทางบริหารอื่นใด ที่มีต่อผู้กู้ หรือสินทรัพย์ของผู้กู้ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับสัญญา

8. เงื่อนไขบังคับก่อน (Condition Precedents)

ธนาคารจะต้องได้รับเอกสารซึ่งมีเนื้อหาสาระที่จะทำให้เป็นที่พอใจแก่ธนาคารในประการดังจะกล่าวต่อไป

(a) การมอบอำนาจและความยินยอมที่จะไม่เพิกถอนซึ่งจำเป็นในการที่จะปฏิบัติหรือการส่งมอบต่าง ๆ ในสัญญา การกู้ยืมดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้มีการชำระคืน หรือการส่งเงินแก่ธนาคารตามข้อตกลงในสัญญา

(b) การให้การค้ำประกันที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังแห่งราชอาณาจักรไทย

(c) ความคิดเห็นในทางกฎหมายของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาแห่งราชอาณาจักรไทย

9. คำมั่นที่จะปฏิบัติ (Covenants)

ผู้ให้คำมั่นและตกลงว่านับแต่บัดนี้ต่อไปจนถึงระยะเวลาในการชำระคืน ยังมีผลบังคับอยู่

(a) ผู้กู้จะปฏิบัติตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา

(b) การกู้ยืมครั้งนี้จะมีฐานะเท่าเทียมกันกับการกู้ยืมรายอื่น หรือที่จะมีในอนาคตเช่นเดียวกันกับในกรณีการค้ำประกัน

10. กรณีใดบ้างที่ถือว่าผิดสัญญา (Events of Default)

(A) เหตุการณ์ต่อไปนี้ถือว่าผู้ผิดสัญญา

(a) ถ้าผู้กู้ไม่ชำระเงินต้น ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมการเตรียมเงินกู้ (commitment fee) หรืออื่น ๆ

(b) ถ้าผู้กู้ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญา

(c) ถ้าผู้ค้ำประกันไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดในสัญญา

(d) ถ้าการให้การรับรองต่าง ๆ โดยผู้กู้ หรือผู้ค้ำประกันไม่เป็นความจริงหรือไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริง

(e) ถ้าผู้กู้ตกอยู่ภายใต้ภาวะหนี้สินที่ผิดไปจากที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา

(f) ถ้าการให้ความยินยอม การอนุญาต หรือ การมอบอำนาจเหล่านี้ ได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง โดยวิธีการที่ไม่เป็นที่ยอมรับโดยธนาคาร หรือได้มีการตราบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่ทำให้ผู้กู้ไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในสัญญาเงินกู้ และสัญญาค้ำประกันเงินกู้

(g) ถ้าสัญญาเงินกู้หรือสัญญาค้ำประกันใด ๆ หมดสภาพ บังคับไม่ว่าจะโดยเหตุผลใด หรือ การมีผลบังคับตามกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเงินกู้หรือสัญญาค้ำประกันเงินกู้ขัดแย้งกับบทบัญญัติกฎหมาย

(B) ถ้าได้มีการผิดสัญญาเหล่านี้เกิดขึ้น ผู้ให้กู้จะแจ้งแก่ผู้กู้ว่า เงินต้นที่กู้ยืม ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมการเตรียมเงินกู้ (commitment fee) เงินที่ต้องชำระอื่น ๆ ถึงกำหนดชำระโดยทันที

11. การชดเชยค่าทดแทนในกรณีที่มีการเพิ่มค่าใช้จ่าย
12. ภาษี (Taxes) กำหนดเกี่ยวกับการชำระของผู้กู้
13. เบ็ดเตล็ดอื่น ๆ (Miscellaneous)
 - 13.1 ค่าใช้จ่าย
 - 13.2 ค่าธรรมเนียมเริ่มต้น - ท้ายสุด (Front - end Fee)
 - 13.3 การใช้สิทธิ
 - 13.4 ข้อสังเกต
 - 13.5 ภาษา
 - 13.6 การลงนาม
 - 13.7 กฎหมายที่นำมาบังคับใช้และเขตอำนาจศาล

2.3 สัญญาสัมปทาน (Concession Agreements)

2.3.1 ลักษณะของสัญญา ลักษณะในทางกฎหมายของสัญญาสัมปทานนั้น ไม่อาจจะให้ความหมายได้โดยเฉพาะเจาะจง ความหมายในทางกฎหมายของสัญญาสัมปทาน ในทางทฤษฎีนั้นมีลักษณะ 2 ประการ คือ ประการแรก สัญญาสัมปทานหมายถึง ความผูกพัน ในทางสัญญาระหว่างรัฐคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและผู้ได้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ คอบแทนในทางบุคคลสิทธิ (in personam) ซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุนี้ความตกลงในสัญญา

จึงนำมาซึ่งสิทธิต่าง ๆ ของเอกชนที่มีต่อรัฐ โดยเป็นไปในลักษณะการอนุมัติให้สัมปทาน จากฝ่ายรัฐอธิปไตย และสิทธิดังกล่าวมีขอบเขตซึ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองแก่สัญญา¹⁶ ประการที่ 2 สัญญาสัมปทานอาจจะเทียบได้กับ การได้รับมาเกี่ยวกับผลประโยชน์ในดินแดนของรัฐอันเป็นทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งไม่อาจจะได้มาฝ่ายเดียวโดยปราศจากข้อผูกมัดที่จะต้องให้ค่าตอบแทน ผลประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานได้จากรัฐนั้น ไม่ว่าจะ เป็นทรัพย์สินแร่ธาตุ หรือทรัพย์สินอื่นใด จะตกเป็นสิทธิของผู้รับสัมปทานตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด¹⁷ รูปแบบของสัญญาสัมปทานดั้งเดิมจะอยู่ในรูปความตกลงในการให้สัมปทานโดยตรง เป็นการอนุญาตจากรัฐบาลที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ หากการอนุมัติให้เอกชนต่างประเทศทำการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติและนำมาใช้ประโยชน์โดยบริษัทต่างชาติเหล่านี้ให้ค่าตอบแทนหรือค่าภาคหลวง (Royalty) แต่ปัจจุบันรูปแบบของสัญญาสัมปทานได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ หรือกลุ่มนักลงทุนต่างประเทศ ในบางครั้งอาจเป็นการร่วมลงทุนระหว่างประเทศ (international consortia) โดยเป็นการร่วมลงทุนระหว่างเอกชนต่างประเทศ รัฐบาล และสถาบันต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นการเสนอขอตกลงร่วมกันในการอนุมัติให้เอกชนต่างประเทศ ทำการสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติขุดเจาะน้ำมัน และนำทรัพยากรเหล่านี้ มาดำเนินการใช้ประโยชน์ ในขณะที่เดียวกันนักลงทุนต่างประเทศก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตอบแทนสำหรับประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ ดังเช่น การพัฒนาในทางเทคโนโลยี การให้การฝึกอบรม การให้สิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ (Facilities) ด้วยเหตุนี้สัญญาสัมปทานจึงประกอบด้วยสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องกระทำตอบแทน (reciprocity)

¹⁶ Borneo Co. Ltd. v. The Ministry of Agriculture and Forest Department of Thailand. (1961), B.Y.I.L. Vol. 40 (1946) p. 216

¹⁷ O'Connell, International Law. Vol. II (London : Stevens & Sons, 1970), p. 992.



ระหว่างผู้ลงทุนและรัฐผู้อนุมัติให้สัมปทาน อำนาจและความผูกพันทางสัญญาจะกำหนดไว้ โดยชัดแจ้ง ซึ่งจะถือเป็นมาตรฐานควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา¹⁸

สัญญาสัมปทานอาจจะมีชื่อเรียกได้ต่าง ๆ กัน ดังเช่น 'concession agreement', 'economic development agreement, service contract, exploration and production sharing agreement, mining convention, joint venture agreement, master agreement, technical assistance agreement, agreement on foreign capital investment etc.'¹⁹

สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่มีลักษณะร่วมกันจากหลักการในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน แม้ว่าศาลระหว่างประเทศจะไม่ได้ให้ความหมายที่แน่ชัด แต่จากการวินิจฉัยในกรณีพิพาทดังกล่าวศาลได้ให้ข้อสรุปว่า สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีลักษณะในทางกฎหมายร่วมกันระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ดังเช่น Lighthouses case between France and Greece ศาลกล่าวว่า "สัญญาซึ่งอนุวัติให้สิทธิเกี่ยวกับสัมปทานการดำเนินงานทางสาธารณูปโภคของรัฐ จะไม่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายเอกชน"²⁰ หรือในคดี Affaire de la Compagnie d'Electricité de Varsovie (Fond) (Principe) (France v. Poland) ศาลกล่าวว่า

¹⁸Nwogugu, The Legal Problems of Foreign Investments in Developing Countries, (New York : Oceana Publications, Inc., 1965), p. 167.

¹⁹Peter Fischer, "Concessions" in Encyclopedia of Public International Law. Vol. 7. p. 100.

²⁰Judgment of March 17, 1934, PCIJ. Publ. Ser. A/B., No. 62, 20 ศาลได้กล่าวด้วยว่า "เป็นไปไม่ได้ที่จะอนุวัติสัมปทานดังกล่าวโดยวิถีทางของสัญญาเท่านั้น" อ้างโดย Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors, p. 205

สัญญาสัมปทานมีลักษณะสองประการร่วมกัน คือ สัญญาจะเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายมหาชน เช่นเดียวกับกฎหมายเอกชน²¹ หรือ ในคดี Societe' Riale - c. Gouvernement Ethiopia (1929) อนุญาโตตุลาการไควินิจฉัยไว้ดังนี้ คือ "สัญญาสัมปทานไม่ได้ประกอบขึ้นจากกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับสัญญาเท่านั้น โดยเนื่องจากลักษณะของสัญญานั้นเป็นการเสนอในหลักกฎหมายมหาชนด้วย²²

องค์ประกอบของสัญญาที่มาจากหลักกฎหมายเอกชนในสัญญาสัมปทานนั้น คือ สัญญาสัมปทานนั้นโดยหลักการที่สำคัญ คือ เป็นสัญญาระหว่างรัฐ กับสัญญาฝ่ายหนึ่ง และเอกชนต่างประเทศกับสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะทำการสำรวจ หา ผลิต เป็นเจ้าของ จำหน่าย ส่งออกนอกประเทศในทรัพยากรของรัฐ โดยสัญญาฝ่ายนี้จะให้ประโยชน์ตอบแทนแก่รัฐผู้อนุมัติสัมปทาน สัญญาจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องกระทำตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างสัญญาและวางอยู่บนหลักความเสมอภาค เช่นเดียวกับการปฏิบัติต่างตอบแทนในสัญญาโดยทั่วไปของเอกชน ในสัญญาสัมปทาน สัญญาอาจจะทำความตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในการตีความ การปฏิบัติตามสัญญา สัญญาสัมปทานเป็นอันมากที่กำหนดคิใหม่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาสัมปทานน้ำมัน เช่นนี้การกำหนดโดยสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายและเขตอำนาจศาล ถือเป็นองค์ประกอบอีกประการหนึ่งที่มาจากองค์ประกอบของกฎหมายเอกชน ซึ่งจะสอดคล้อง

²¹ Affaire de la Compagnie d' Electricite' de Varsovie (Fond) (Principe) Francev. Poland, (1932), 3 UNRIAA 1679, 1687. อ้างโดย Fatouros, p. 205.

²² 8 Recueil, T.A.M. 742, 748 อ้างโดย Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors, (New York : Columbia University Press, 1962), 205.

กับลักษณะในทางสัญญา เช่นนี้²³ สัญญาสัมปทานประกอบด้วยองค์ประกอบจากกฎหมายมหาชนซึ่งเกิดจากลักษณะของการทำสัญญา บทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ในการอนุมัติให้สัมปทานรูปแบบและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญา โดยเริ่มต้นจากการอนุมัติให้สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นของรัฐแก่ผู้รับสัมปทาน ในกรณีของรูปแบบนั้นอาจจะเป็นรูปแบบของสัญญาโดยทั่วไปหรือ สัญญาสัมปทานที่มีการกำหนดรูปแบบโดยบทบัญญัติกฎหมายหรือ รูปแบบมาตรฐานที่กำหนดโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในกรณีหลังนี้ รูปแบบเงื่อนไข ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาจะกำหนดไว้โดยบทบัญญัติกฎหมาย เว้นไว้เสียแต่ในกรณีเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงิน หรือการให้ผลประโยชน์ในค่านอื่น ๆ จะเป็นการเสนอโดยผู้รับสัมปทานแก่รัฐผู้อนุมัติสัมปทาน การอนุมัติให้สัมปทานปิโตรเลียมนั้น เป็นการอนุมัติให้สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติของรัฐแก่เอกชนต่างประเทศ การอนุมัติให้สิทธิเช่นนี้แก่เอกชนกระทำโดยบทบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะของรัฐ หรือ ในบางประเทศจะต้องได้รับการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร นอกไปจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาสัมปทานยังได้อนุมัติอำนาจพิเศษบางประการที่กำหนดไว้ในสัญญา สิทธิพิเศษ และความสะดวกต่าง ๆ ดังเช่น อำนาจในการใช้ที่ดิน การได้รับประโยชน์จากการเวนคืนที่ดิน การได้รับความสะดวกต่าง ๆ ที่รัฐจะดำเนินการให้เพื่อช่วยเหลือในการประกอบกิจการ การได้รับยกเว้นจากการเรียกเก็บภาษีอากรต่าง ๆ ซึ่งการอนุมัติในกรณีดังกล่าวมานี้กระทำโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ²⁴

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมนี้ เนื่องจากลักษณะที่เป็นพิเศษโดยเฉพาะของสัญญาเช่นนี้ทำให้สัญญาสัมปทานได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่แตกต่างจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนประเภทอื่นโดยเนื่องจาก (1) องค์ประกอบในทางมหาชนที่ปรากฏในสัญญา ดังจากกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมอันเกี่ยวเนื่องกับทรัพยากรธรรมชาติซึ่งรัฐ

²³Cattan, op. cit., 21.

²⁴Ibid. p. 21 - 27.

เป็นเจ้าของ การอนุมัติให้สิทธิในทรัพยากรเหล่านี้กระทำโดยทบถัญญติกฎหมายของรัฐ การอนุมัติให้สิทธิในการเป็นเจ้าของปิโตรเลียมนี้ไม่เพียงแต่เป็นการให้สิทธิในสัญญา แต่ยังคงเป็นข้อผูกมัดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางสัญญาอันมีระยะเวลาอันยาวนาน²⁵

(2) ข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมที่ได้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยทบถัญญติกฎหมายของรัฐ ในกรณีเงื่อนไขที่ให้สิทธิแก่เอกชนต่างประเทศ ซึ่งรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจให้สิทธิดังกล่าวนั้น ไม่เพียงแต่จะถือเป็นข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญา ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่ยังคงเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ข้อกำหนดหน้าที่เช่นนี้มีฐานะเช่นเดียวกับข้อกำหนดอื่น ๆ ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องปฏิบัติตาม²⁶ เงื่อนไขในสัญญาสัมปทานในกรณีนี้จะเกี่ยวเนื่องกับการจำกัดการใช้อำนาจและความสามารถของรัฐซึ่งได้รับมาจากการเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนรัฐ

2.3.2 รูปแบบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลและบริษัทเอกชนต่างประเทศ

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของไทยนั้น เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม²⁷ รูปแบบของสัญญาสัมปทานกำหนดไว้โดยพระราช

²⁵Ibid. p. 27

²⁶Kojanec, "Recent Developments in the Law of States", Yearbook of World Affairs(1970), p. 186 อ้างโดย Kuusi, The Host State and Transnational Corporation . (Kettering Northamptonshire, David Green Ltd., 1979), p. 87.

²⁷พ.ร.บ. ปิโตรเลียม ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2514 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2516 ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2522 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2524

บัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 23 บัญญัติไว้ว่า "แบบของสัญญาสัมปทานให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง" กฎกระทรวงในที่นี้ คือ กฎกระทรวงว่าด้วยการพัฒนาการแห่งชาติ ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2514 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ดังกล่าว กู้สัญญาไม่ว่าจะเป็นกู้สัญญาฝ่ายรัฐบาลหรือกู้สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างประเทศจะทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญา ตลอดจนข้อความในสัญญาให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงไม่ได้ เว้นแต่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงดังกล่าว ในกฎกระทรวงฯ ได้มีการกำหนดข้อกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิและหน้าที่ ประโยชน์ระหว่างกู้สัญญา กู้สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างประเทศต้องยอมรับตามข้อกำหนด เงื่อนไขดังกล่าว ยกเว้นแต่ในกรณีที่กำหนดไว้ในข้อ 12 "ผลประโยชน์พิเศษ" นั้นจะเป็นการเสนอของกู้สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างประเทศแก่กู้สัญญาฝ่ายรัฐบาลว่า บริษัทจะให้ผลประโยชน์พิเศษประการใดแก่กู้สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งคณะกรรมการปิโตรเลียมจะเป็นผู้พิจารณาว่าผลประโยชน์พิเศษดังกล่าวที่เสนอให้ นั้นสมควรที่จะอนุมัติให้สัมปทานหรือไม่²⁸ เพื่อนำเสนอรัฐมนตรีฯ ให้ขออนุมัติคณะรัฐมนตรีออกสัมปทานปิโตรเลียมให้กับบริษัทเอกชนต่างประเทศ²⁹ จากรูปแบบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม เช่นนี้จะมีผลทำให้ข้อกำหนดเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ในสัญญาระหว่างกู้สัญญาจะเป็นการกำหนดไว้โดยพระราชบัญญัติปิโตรเลียมและกฎกระทรวง

2.3.3 ลักษณะในทางสัญญาของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างฝ่ายรัฐบาลและบริษัทเอกชนต่างประเทศ

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม นั้น แม้ว่าจะรูปแบบของสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของกู้สัญญาจะได้บัญญัติไว้โดยบทบัญญัติในพระราชบัญญัติปิโตรเลียมและกฎกระทรวงฯ ก็ตาม แต่สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมดังกล่าวก็ยังมีลักษณะ

²⁸ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 16

²⁹ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 22

ที่เป็นสัญญา คือ สัญญาสัมปทานเป็นข้อตกลงซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติต่อกันดังเช่น สัญญาสัมปทานอื่น ๆ และสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจะประกอบด้วยองค์ประกอบจากหลักกฎหมายเอกชนและหลักกฎหมายมหาชน และที่สำคัญก็คือ สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลและบริษัทเอกชนต่างประเทศนั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นพิเศษโดยเฉพาะ ดังจะเสนอข้อคิดเห็นในปัญหาที่กล่าวมานี้

องค์ประกอบของสัญญาสัมปทานจากหลักกฎหมายเอกชนและหลักกฎหมายมหาชน

องค์ประกอบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจากหลักกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับสัญญา คือ (1) การกำหนดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เอกชนต่างประเทศ ดังเช่น สิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมตามสัมปทานในเขตสัมปทานซึ่งกำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม³⁰ สิทธิในการสำรวจปิโตรเลียมตามระยะเวลาสำรวจปิโตรเลียม³¹ หน้าที่ในการสำรวจปิโตรเลียมตามข้อผูกพันสำหรับการสำรวจปิโตรเลียม³² สิทธิที่จะทำการผลิตปิโตรเลียม³³ หน้าที่ที่จะต้องให้ผลประโยชน์พิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาล³⁴ สิทธิและหน้าที่ในการเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียม³⁵ หน้าที่ของผู้รับสัมปทานที่จะต้องชำระค่าสงวนพื้นที่ ค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้³⁶ หน้าที่ของผู้รับ

³⁰ ฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 1, 2

³¹ ฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 3

³² ฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 4

³³ ฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 5

³⁴ ฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 6

³⁵ ฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 7

³⁶ ฎ กฏกระทรวงฯ ข้อ 10

สัมปทานในการประกอบกิจการปิโตรเลียมตามที่กำหนดเป็นข้อผูกพันและหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน³⁷ ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาล คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับสัมปทานในการดำเนินงาน การใช้ที่ดิน³⁸ สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนทางการเงินในรูปแบบค่าสงวนพื้นที่ ค่าภาคกลาง ภาษีเงินได้³⁹ หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดการเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน⁴⁰ (2) การกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้และการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นไปเช่นเดียวกับหลักกฎหมายของเอกชนเกี่ยวกับสัญญา

องค์ประกอบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมในกฎหมายมหาชน องค์ประกอบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมในกฎหมายมหาชนปรากฏจากสัญญาในกรณีดังต่อไปนี้ คือ (1) การได้รับกรรมสิทธิในทรัพยากรปิโตรเลียมซึ่งเป็นของรัฐ จากพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 23 วรรคแรก บัญญัติว่า "ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมในที่ใด ไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือของบุคคลอื่นต้องได้รับสัมปทาน" และจากมาตรา 13 บัญญัติไว้ว่า "สิทธิในการถือสัมปทานไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี" จากบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ แสดงว่าปิโตรเลียมในราชอาณาจักรไทยถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ ดังนั้นการอนุมัติให้สัมปทานปิโตรเลียมโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลแก่เอกชนต่างประเทศ จึงเป็นการอนุมัติให้สิทธิในการสำรวจหาและผลิตปิโตรเลียมซึ่งถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติของราชอาณาจักรไทย ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐนี้ปรากฏเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศว่ารัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนรัฐ ในกรณีนี้จึงเป็นการอนุมัติให้

³⁷ดู กฎกระทรวงฯ ข้อ 11

³⁸ดู กฎกระทรวงฯ ข้อ 8

³⁹ดู กฎกระทรวงฯ ข้อ 10

⁴⁰ดู กฎกระทรวงฯ ข้อ 12

กรรมสิทธิในทรัพย์สินของชาติอันเป็นของรัฐ (2) การอนุมัติให้สิทธิพิเศษ
บางประการ เช่นการให้ความสะดวกในการดำเนินงานและการให้ความช่วยเหลือ
ในการใช้ที่ดินของผู้รับสัมปทาน⁴¹ การยกเว้นในค่านาฬิกาอากรแก่ผู้รับสัมปทาน
บางประเภท การนำคน วัสดุ เครื่องมือ ยานพาหนะ ส่วนประกอบอุปกรณ์เข้ามา
ในประเทศไทย เพื่อการดำเนินการของเอกชนต่างประเทศ ในกิจการเกี่ยวกับการ
ผลิตปิโตรเลียม ซึ่งในกรณีนี้จะเกี่ยวเนื่องกับทบัญญัติกฎหมายในทางมหาชนของรัฐ
ดังเช่น กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร ภาษีการค้า กฎหมายคนเข้าเมือง การอนุมัติ
ให้สิทธิพิเศษตามกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดการใช้บทบัญญัติกฎหมายมหาชน
แก่บริษัทเอกชนต่างประเทศ⁴² (3) ข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าสงวนพื้นที่ ค่าภาคหลวง
ภาษีเงินได้ และส่วนลด⁴³ ซึ่งเป็นข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาอันมาจากบทบัญญัติใน
ทางมหาชนของรัฐ

3. ส่วนประกอบในสัญญาระหว่างส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจไทย กับบริษัท เอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทย กับบริษัทเอกชนต่าง
ประเทศประเภทต่าง ๆ ตามที่ได้เสนอมานี้ แม้ว่าสัญญาเหล่านี้จะประกอบด้วยลักษณะ
ของสัญญา ดังเช่นสัญญาโดยทั่วไปก็ตาม แต่เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ องค์กร
ของรัฐบาลไทยทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ สัญญาเหล่านี้อาจจะมีส่วนประกอบ
บางประการที่แตกต่างจากสัญญาโดยทั่วไป หรือ แตกต่างจากสนธิสัญญาซึ่งเป็นการ

⁴¹ดู กฎกระทรวงฯ ข้อ 8

⁴²ดู กฎกระทรวงฯ ข้อ 8, 9 ประกอบ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514
มาตรา 67, 68, 69, 70, และ 71

⁴³ดู กฎกระทรวงฯ ข้อ 10, 12 (ข), (ง), (ช)

ท่าความตกลงระหว่างรัฐด้วยกัน ดังนั้นจะพิจารณาองค์ประกอบในทางสัญญาบางประการ เหล่านี้ ซึ่งได้แก่ สัญญาระหว่างประเทศ (International contract) กู้สัญญา กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา และในประการสุดท้าย คือ ข้อตกลงในการระงับกรณี พิพาทจากสัญญา

3.1 สัญญาระหว่างประเทศ (International contracts)

สัญญาระหว่างประเทศ หมายถึง สัญญาที่ประกอบด้วยองค์ประกอบต่างชาติ (foreign elements) โดยเป็นองค์ประกอบระหว่างประเทศอย่างแท้จริง การที่ใช้คำระหว่างประเทศ (international) มิใช่ในความหมายของคำว่า inter - state ซึ่งจะทำให้มีความหมายไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (public international law) แต่คำว่า ระหว่างประเทศในที่นี้เป็นการชี้ให้เห็นว่าเป็นข้อตกลงของคู่สัญญาที่มาจากประเทศที่แตกต่างกัน ดังนั้นองค์ประกอบของสัญญาที่มีลักษณะต่างชาติ (foreign elements) จึงหมายถึงว่า เป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายระบบ โดยเนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน การทำสัญญาอาจกระทำในรัฐใดรัฐหนึ่ง การปฏิบัติตามสัญญาอาจกระทำในรัฐอื่นก็ได้ คู่สัญญาอาจจะตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดจากสัญญา ต่อศาลของรัฐที่นอกเหนือจากศาลของรัฐคู่สัญญาก็ได้⁴⁴

⁴⁴ในการให้ความหมายของคำว่า "สัญญาระหว่างประเทศ" (international contract) ศาลฝรั่งเศสและศาลแห่งสหรัฐอเมริกา ได้รับอิทธิพลจากข้อพิจารณาทั้งในค่านเศรษศาสตร์และกฎหมาย ในค่านเศรษศาสตร์ หลักการในการพิจารณาของศาลฝรั่งเศสไม่ได้แตกต่างจากหลักการของศาลสหรัฐอเมริกา โดยศาลได้เห็นว่า เนื่องจากความต้องการในการค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างข้อกำหนดต่าง ๆ โดยเฉพาะ ดังเช่น การเลือกศาล หรือ สถานที่อนุญาโตตุลาการ และลักษณะของสัญญาทั้งหมด หรือ เจตนาของคู่สัญญาที่ต้องการขยายขอบเขตการกระทำดังกล่าวไปในอาณาบริเวณเศรษฐกิจในแนวทางใหม่ ข้อ

สัญญาระหว่างองค์กรของรัฐบาลกับเอกชนต่างประเทศนั้น จากองค์ประกอบของสัญญาถือได้ว่าเป็นสัญญาระหว่างประเทศ เพราะเหตุว่า เป็นการทำสัญญาระหว่างภาครัฐบาลกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ ซึ่งมีสถานภาพในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน มีการดำเนินงานภายใต้กฎหมายที่แตกต่างกัน คู่สัญญาภาครัฐบาลอาจตกอยู่ภายใต้อำนาจแห่งพระราชบัญญัติกฎกระทรวง ระเบียบของส่วนราชการ หรือพระราชบัญญัติของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ หรือ บริษัทเอกชนต่างประเทศ ซึ่งมีสถานภาพเป็นบุคคล หรือ นิติบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐที่เอกชนต่างประเทศเหล่านั้นมีสัญชาติ เอกชนต่างประเทศเหล่านี้ได้รับเงินทุนในการดำเนินกิจการมาจากประเทศตน การทำสัญญาอาจจะกระทำในรัฐที่เอกชนต่างประเทศมีสัญชาติ หรือ ในดินแดนประเทศอื่น ดังเช่น การทำสัญญาเงินกู้ระหว่างภาครัฐบาลและธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ จะกระทำกันในประเทศที่ธนาคารพาณิชย์เหล่านั้นมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ หรือ ในประเทศตลาดเงินตราสกุลต่าง ๆ หรือ ในประเทศที่มีบทบัญญัติในทางกฎหมายที่เหมาะสมในการทำสัญญาเงินกู้ระหว่างประเทศ หรือในบางกรณีอาจจะทำสัญญาในราชอาณาจักรไทย ดังเช่น ในกรณีสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจะกระทำในราชอาณาจักรไทย การปฏิบัติตามสัญญาอาจจะกระทำในราชอาณาจักรไทยหรือในต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างบริษัทไทรตันออยส์กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม อาณาบริเวณที่บริษัททำการสำรวจปิโตรเลียม เป็นอาณาบริเวณท้องทะเล

ข้อ (44) พิจารณาในค่านกฎหมาย หังศาลฝรั่งเศสและศาลสหรัฐฯ จะมองคู่สัญชาติของคู่สัญญาและเป็นไปได้จะพิจารณาไปถึงการตกลงในการทำสัญญา เขตอำนาจศาลที่มีต่อสัญญา และข้อเท็จจริงที่ว่า สัญญาจะเกี่ยวเนื่องกับเขตอำนาจศาลต่าง ๆ ตลอดทั้งระบบกฎหมายต่าง ๆ (Delaume, "What is an International Contract? An American and A. Gallice Dilemma" ICLQ 28 (1979), p. 278.

ซึ่งถือเป็นเขตร่วมกันพัฒนาระหว่างราชอาณาจักรไทยและประเทศมาเลเซีย
 นอกไปจากนี้อาจจะมีการเสนอกรณีพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาต่อศาลต่างประเทศ
 ในวินิจฉัย การเสนอกรณีพิพาทจากสัญญาให้อนุญาตตุลาการเฉพาะกิจ หรือ สถาบัน
 อนุญาตตุลาการวินิจฉัยโดยเป็นสถาบันอนุญาตตุลาการในต่างประเทศ องค์ประกอบ
 ต่างชาติเหล่านี้เองที่ทำให้สัญญาระหว่างภาครัฐบาลและบริษัทเอกชนต่างประเทศ
 เป็นสัญญาระหว่างประเทศ

3.2 คู่สัญญาในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจไทยและบริษัท เอกชนต่างประเทศ

3.2.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลและความสามารถในการทำสัญญา
 คู่สัญญาในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจไทย
 และบริษัทเอกชนต่างประเทศนั้น มีสถานภาพในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน คู่สัญญาฝ่าย
 หนึ่ง คือ เอกชนต่างประเทศ หรือบริษัทเอกชนต่างประเทศ คู่สัญญาอีกฝ่ายใดแก
 องค์การของรัฐบาลกระทำการในฐานะรัฐซึ่งเป็นผู้มีสถานภาพในทางกฎหมายว่าเป็น
 บุคคลระหว่างประเทศ (International persons) ส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจ
 เหล่านี้ ได้เข้าเป็นคู่สัญญากับเอกชนต่างประเทศ ดังเช่น สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ
 สัญญาว่าจ้าง สัญญาเงินกู้ สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ในการทำสัญญาเช่นนี้แม้ว่า
 คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีฐานะเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาดังกล่าว แต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อยู่
 ในสถานภาพที่แตกต่างจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐยังคง
 เป็นผู้ทรงสิทธิในหลักกฎหมายระหว่างประเทศบางประการ ดังเช่น สิทธิในเรื่อง
 เอกสิทธิและความคุ้มกันของรัฐจากอำนาจศาล อำนาจอธิปไตยของรัฐในการที่จะ
 กระทำการใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายในดินแดนของรัฐ ดังเช่น การปราบท
 บัญญัติกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา การวางระเบียบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ
 ที่มีผลบังคับแก่บุคคลและทรัพย์สินภายในดินแดนของรัฐ การใช้อำนาจดังกล่าวนี้อาจจะ
 มีผลต่อการปฏิบัติตามสัญญาที่กล่าวมาแล้วนี้ได้

ความสามารถในการทำสัญญา ความสามารถในการทำสัญญาของส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจไทย ในสัญญาแต่ละประเภทนั้น ได้มีการกำหนดไว้โดยพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ระเบียบของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจดังกล่าว

ในสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ และพระราชบัญญัติ การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ

ในสัญญาเงินกู้ ความสามารถของคู่สัญญาภาครัฐบาล กำหนดจากพระราชบัญญัติ ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศ พ.ศ. 2519⁴⁵ และระเบียบการ ก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ. 2528 ข้อ 13, 14 และ 16⁴⁶ ในกรณีสัญญาค้ำประกันเงินกู้ กำหนดโดยพระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้ำประกัน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2519 มาตรา 4,5 และระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ. 2528 ข้อ 16⁴⁷

ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาล กำหนดไว้ ในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 22⁴⁸

3.2.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ได้แก่ บรรดาเอกชนต่าง ประเทศ บริษัทเอกชนต่างประเทศ บรรษัทระหว่างประเทศ บริษัทเอกชนต่างประเทศ นั้น เป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งตามบทบัญญัติกฎหมายของรัฐที่นิติบุคคลมีสัญชาติ บรรษัทระหว่าง ประเทศ หมายถึง การร่วมดำเนินกิจการธุรกิจใดโดยบริษัทต่าง ๆ ซึ่งจะมีสถานภาพ แยกต่างหากจากกัน แต่ละบริษัทเหล่านี้จะเข้าร่วมดำเนินกิจการธุรกิจร่วมกันและอยู่ ภายใต้อาการควบคุมขององค์กรกลาง แม้ว่าบริษัทที่เป็นศูนย์ควบคุมการดำเนินการและ บริษัทสาขาเหล่านี้จะร่วมดำเนินกิจการเพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ กัน ดังเช่น ในกรณี

⁴⁵ ฎ พระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศ พ.ศ. 2519

⁴⁶ ฎ ระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ. 2528 ข้อ 13, 14, 16

⁴⁷ ฎ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 22

⁴⁸ ฎ พระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้ำประกัน พ.ศ. 2519 มาตรา 4, 5 และระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ. 2528 ข้อ 16

เกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด (antitrust law) หรือ กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร (tax law) สิ่งที่เป็นพื้นฐานของบรรดาบริษัทระหว่างประเทศเหล่านี้ก็คือ บริษัทต่าง ๆ ที่มาเข้าร่วมกันเป็นบริษัทระหว่างประเทศมีสถานภาพเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกัน⁴⁹ บริษัทระหว่างประเทศเหล่านี้จึงมีสภาพบุคคลแตกต่างจากบริษัทโดยทั่วไป บริษัทเอกชนต่างประเทศนั้น แม้จะมีการก่อตั้งสาขาในประเทศต่าง ๆ แต่บรรดาบริษัทสาขาเหล่านี้ก็มิได้มีฐานะที่เป็นนิติบุคคลแยกออกไปต่างหากดังเช่นบริษัทเอกชนต่างประเทศที่มาเข้าร่วมเป็นบริษัทระหว่างประเทศ เมื่อเร็ว ๆ นี้ในการดำเนินการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับบริษัทระหว่างประเทศ ได้มีการเสนอร่างความหมายของคำว่า "บริษัทระหว่างประเทศ" (transnational corporations) ว่าหมายถึง กิจการธุรกิจที่ประกอบด้วยบริษัทหน่วยต่าง ๆ ในประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบทางกฎหมายและขอบเขตของการประกอบกิจการของหน่วยเหล่านี้ ซึ่งดำเนินงานภายใต้ระบบที่มีการตัดสินใจโดยหน่วยต่าง ๆ เหล่านี้จะได้รับอนุญาตให้ดำเนินนโยบายและกลวิธีในการดำเนินงานโดยผ่านศูนย์กลางในการตัดสินใจมากกว่าหนึ่งแห่ง ซึ่งหน่วยต่าง ๆ เหล่านี้ในการที่มาเข้าร่วม อาจจะมีหน่วยใดหน่วยหนึ่งที่สามารถจะมีอำนาจเหนือการดำเนินงานของหน่วยอื่น ๆ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้ความรู้ ทรัพยากรธรรมชาติ และความรับผิดชอบร่วมกับหน่วยอื่น ๆ⁵⁰ โดยหลักการแล้ว บริษัทระหว่างประเทศได้กำเนิด มีสถานภาพและสิ้นสุดสถานภาพตามบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง เมื่อบริษัทระหว่างประเทศ

⁴⁹Sono, "Sovereignty, the Strange Thing : Its Impact on Global Economic Order", The Georgia Journal of International and Comparative Law. 1979. p. 551

⁵⁰United Nations Commission on Transnational Corporations, Draft Code of Conduct, UN. Doc. E/C. 10 /1982/6; ILM 22 (1983) p. 177 - 206.

เหล่านี้ประกอบธุรกิจในด้านประเทศ การดำเนินกิจการของบริษัทสาขาจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศเจ้าบ้าน และโดยบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับคนต่างด้าวโดยทางอ้อม⁵¹

3.2.2.1 สัญชาติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ

กฎหมายในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ประเทศต่าง ๆ มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไว้แตกต่างกัน⁵² สิ่งที่เป็นตัวกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลอาจจะมาจากถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ ถิ่นที่นิติบุคคลก่อตั้งและจดทะเบียนหรือความเกี่ยวเนื่องทางเศรษฐกิจบางประการ ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยกับเอกชนต่างประเทศ บรรดาบริษัทเอกชนต่างประเทศ บรรษัทระหว่างประเทศซึ่งมีฐานะเป็นคู่สัญญาในสัญญานั้น จะต้องมีการระบุไว้ในสัญญาว่าเอกชนต่างประเทศดังกล่าวมีสัญชาติใด

ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัทเอกชนต่างประเทศ ในสัญญาได้มีการยอมรับว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นนิติ

⁵¹ Peter Fischer, "Transnational Enterprises" in Encyclopedia of Public International Law. Vol. 7. p. 518.

⁵² สัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายอังกฤษ คือ สัญชาติของประเทศที่นิติบุคคลก่อตั้งและจดทะเบียน แต่กฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรปส่วนมาก ดังเช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส ฯลฯ สัญชาติของนิติบุคคลเป็นไปตามถิ่นที่บริษัทมีศูนย์กลางการดำเนินงาน (Cheshire & North's, Private International Law, 10th ed. (London : Butterworths, (1979), p. 192.



บุคคลเหล่านี้มีสัญชาติของรัฐต่างประเทศที่นิติบุคคลมีสัญชาติใด⁵³ แต่ถ้าหากว่าในกรณีที่นิติบุคคลเหล่านี้ได้เข้ามาก่อตั้งบริษัทสาขาในประเทศไทย บริษัทสาขาของบริษัทเอกชนต่างประเทศเหล่านี้จะมีสัญชาติไทยได้อีกหรือไม่⁵⁴ ในกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการไต่สัญชาติ การเสียสัญชาติของนิติบุคคล ในปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายไทยที่อ้างถึงสัญชาติของนิติบุคคล ได้แก่

1. พระราชบัญญัติว่าด้วยการชกกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 7

"ในกรณีที่มีการชกกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานใหญ่ หรือ ที่ตั้งที่ทำการแห่งใหญ่" จากพระราชบัญญัติฉบับนี้แสดงการยอมรับว่านิติบุคคลมีสัญชาติได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่สร้างขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในการใช้กฎหมายต่างประเทศในประเทศไทยในกรณีที่มีการชกกันในเรื่องสัญชาตินิติบุคคล มิใช่เป็นกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการก่อตั้งสถานภาพบุคคลหรือสัญชาติ

⁵³ ตัวอย่างเช่น Agreement between Royal Forest Department, Ministry of Agriculture and Cooperatives of the Government of the Kingdom of Thailand, and the Consultant Firm of Japan, Nikken Sekkei Ltd. registered as a Company in the Status of juristic persons under the laws of Japan

- Loan Agreement between.... and the Long Term Credit Bank of Japan, Ltd., a bank organized and existing under the laws of Japan...

⁵⁴ ดังเช่นในกรณี Thai Shell Exploration & Production Company Ltd., ซึ่งเป็นบริษัทสาขาของ Royal Dutch/Shell Group อันเป็นบริษัทระหว่างประเทศระหว่าง Royal Dutch in the Neterlands and the Shell Transport in England. ผู้รับสัมปทานหมายเลข 1/2522/16 จากกระทรวงอุตสาหกรรมให้เข้ามาประกอบกิจการปิโตรเลียม ภายใต้ พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

ให้แก่นิติบุคคลต่างประเทศที่เข้ามาจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทในประเทศไทย บทบัญญัติกฎหมาย มาตรการนี้จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยว่าในกรณีที่นิติบุคคลต่างประเทศดังกล่าวมีหลายสัญชาติ สัญชาติของนิติบุคคลตามที่กล่าวมานี้จะถือเอาตามสัญชาติของประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่ หรือ ที่ตั้งที่ทำการแห่งใหญ่

2. ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2493 หมวด 9 กำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวโดยวางหลักเกณฑ์การที่คนต่างด้าวอาจมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยได้และมีบทบัญญัติมาตรา 97 และมาตรา 98 กำหนดให้นิติบุคคลที่มีลักษณะก้ำกัวยกเว้นในมาตรา 97 นั้นมีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว (ทั้งรายละเอียดประมวลกฎหมายที่ดิน) ซึ่งทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ของการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น

3. พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 ได้กำหนดไว้ว่า ผู้ที่จะเป็นเจ้าของเรือไทยได้นั้นต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย และในกรณีที่นิติบุคคลเป็นเจ้าของเรือจะต้องปรากฏว่า นิติบุคคลนั้น ๆ ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานแห่งใหญ่ในราชอาณาจักร ประกอบกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 เกี่ยวกับกรณีสหพันธ์หุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัดเป็นเจ้าของเรือจะต้องปรากฏว่าหุ้นส่วนที่รับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัดความรับผิดชอบต้องมีสัญชาติไทยและจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า 70 % ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยหรือกรรมการผู้จัดการบริษัทจำกัดส่วนข้างมากจะต้องมีสัญชาติไทย และจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า 70 % จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยและบริษัทดังกล่าวจะต้องมีข้อบังคับที่ไม่เปิดโอกาสให้บริษัทออกหุ้นให้แก่ผู้ถือ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการเป็นเจ้าของเรือ

4. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จากคำนิยามของ "คนต่างด้าว" ในข้อ 3

"คนต่างด้าว" หมายความว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

- (1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 นี้มีความมุ่งหมายกำหนดหลักเกณฑ์ประกอบธุรกิจ
ของคนต่างด้าวในประเทศไทย

จากบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ แม้จะมีการอ้างถึงสัญชาติของนิติบุคคลไว้
ก็ตามแต่ก็เป็นกาหนดไว้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการเกี่ยวกับกฎหมายนั้น ๆ เท่านั้น
บรรดานักกฎหมายไทยส่วนมากมีข้อคิดเห็นว่า ห้างหุ้นส่วนบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทย
ย่อมได้สัญชาติไทย โดยไม่คำนึงว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นนั้นจะมีสัญชาติอย่างไร โดยถือ
ว่านิติบุคคลนั้นเมื่อเกิดขึ้นตามกฎหมายแห่งประเทศไทยย่อมได้สัญชาติไทย โดยไม่คำนึงถึง
ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนแต่อย่างไรอันจะเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท⁵⁵ และในขณะนี้ปัญหานิติบุคคลต่างประเทศที่เข้ามาจดทะเบียน
จัดตั้งบริษัทในประเทศไทยจะได้สัญชาติไทยหรือไม่ ยังไม่เคยมีการวินิจฉัยโดยศาลไทยว่าในปัญหา
เช่นนี้จะมีข้อยุติโดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายไทยประการใด

ทั้งนี้ปัญหาว่าบริษัทต่างประเทศที่เข้ามาจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในประเทศไทยจะ
มีสัญชาติใดนั้นควรจะมีการพิจารณาในปัญหากังกล่าวว่าจะกำหนดโดยบทบัญญัติกฎหมายให้
ประจักษ์ชัด ในขณะที่มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้น
การที่มิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการได้สัญชาติของนิติบุคคลเนื่องจากในระยะเวลาอันสั้น หลักกฎหมาย
เกี่ยวกับการได้สัญชาติของประเทศต่าง ๆ ยังมีความแตกต่างกันอยู่ แต่เมื่อเร็ว ๆ นี้จาก
คำพิพากษาในคดี Barcelona Traction case ศาลโลก (I.C.J.) ได้ตัดสินว่า
สัญชาติของนิติบุคคลนั้นเป็นไปตามประเทศที่นิติบุคคลจดทะเบียน โดยศาลได้อ้างว่าหลักการ
ดังกล่าวเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ส่วนมากคำพิพากษาดังกล่าว
จึงอาจเป็นข้อคิดเห็นประการหนึ่งในการกำหนดการได้สัญชาตินิติบุคคลของไทย ปัญหาเกี่ยว
กับสัญชาติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในสัญญาระหว่าง

⁵⁵ "ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่า
เป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ซึ่งรวมเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือ
บริษัทนั้น (ปพพ. 1015)

ภาครัฐบาลและบริษัทเอกชนต่างประเทศ หรือ บริษัทระหว่างประเทศนั้น มีความสำคัญเพราะสาเหตุเนื่องมาจาก

(1) ถ้าหากว่าบริษัทเอกชนต่างประเทศ หรือ บริษัทระหว่างประเทศนั้นมีสัญชาติของประเทศอื่นแล้ว จะมีสภาพเทียบได้กับบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นคนต่างด้าว สิทธิและฐานะในประเทศไทยย่อมมีไม่ เท่าเทียมกับนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย กล่าวคือ นิติบุคคลเช่นว่านี้จะมีสิทธิเพียงเท่าที่สนธิสัญญา หรือ ความตกลง เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลทำไว้กับประเทศไทย ซึ่งในสนธิสัญญาหรือ ความตกลงเหล่านั้นจะได้อำนาจถึงสิทธิของคนชาติ (nationals) ของแต่ละฝ่ายไว้ และข้อกำหนดเช่นนี้จะรวมถึงนิติบุคคลซึ่งถือว่าเป็นบุคคลประเภทหนึ่งไว้ด้วย⁵⁶ ด้วยเหตุนี้ บรรดาบริษัทเอกชนต่างประเทศ หรือ บริษัทระหว่างประเทศที่มีฐานะเป็นคู่สัญญากับส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจนั้นจะได้รับสิทธิเพียงเท่าที่สิทธิที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยทำไว้กับต่างประเทศ ซึ่งปัจจุบันสนธิสัญญาในลักษณะเช่นนี้ประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศอุตสาหกรรมเป็นจำนวนหลายประเทศ

(2) ในกรณีที่ถ้าหากว่าได้เกิดมีการละเมิดสัญญาโดยคู่สัญญาภาครัฐบาล ในสัญญาดังกล่าว ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ยึดถือกันว่ารัฐที่บริษัทเอกชนต่างประเทศ หรือ บริษัทระหว่างประเทศ มีสัญชาติอย่างแท้จริงเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะขอใช้มาตรการให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) ให้กับบริษัทต่างประเทศ หรือ บริษัทระหว่างประเทศ เหล่านี้ได้ ดังที่ได้มีการวินิจฉัย

⁵⁶ กมล สนธิเกษตริณ ถ้อยอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพฯ . สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ ,2521) หน้า 135

รับรองไว้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I.C.J.) ในคดี Bracelona Traction, Light & Power Co., Ltd.⁵⁷

3.2.2.2 ความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ
ความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในสัญญานั้น จากพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 10 ซึ่งบัญญัติว่า "ความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของ

⁵⁷ Bracelona Traction, Light & Power Co., Ltd. Case นี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการขอใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายให้กับผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียม โดยประเทศเบลเยียม ข้อเท็จจริงในคดีคือ Traction ซึ่งเป็นบริษัทดำเนินกิจการเกี่ยวกับไฟฟ้าและพลังงานในประเทศสเปน ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนสัญชาติเบลเยียม แต่งตั้งทะเบียนในประเทศแคนาดา มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่กรุง Toronto เมื่อบริษัทดังกล่าวถูกยึดทรัพย์สินในรัฐบาลสเปน ทำให้บริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐบาลสเปน เบลเยียมได้อื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศขอใช้มาตรการให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) เรียกร้องค่าเสียหายให้กับผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมจากรัฐบาลสเปน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I.C.J.) ได้ตัดสินว่า รัฐบาลเบลเยียมไม่อาจจะขอใช้มาตรการคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) เรียกร้องค่าเสียหายให้กับผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมได้ โดยศาลได้วินิจฉัยว่า บริษัทยังคงดำเนินกิจการอยู่ในแคนาดา และแคนาดายังคงมีความสามารถที่จะขอใช้มาตรการให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) ในนามของบริษัทโดยเหตุที่บริษัทดังกล่าวมีสัญชาติแคนาดา เบลเยียมไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องสเปนให้ทำการชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียม โดยเบลเยียมอ้างว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งได้กระทำต่อบริษัทซึ่งมีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างชาติ หลักกฎหมายระหว่างประเทศให้อำนาจรัฐที่บริษัทมีสัญชาติเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ (Bracelona Traction, Light & Power Co., Ltd. Case (1970) I.C.J. Report)

บุคคลนั้น ข้อความดังกล่าวนี้จึงเป็นการแสดงว่า ความสามารถของเอกชนต่างประเทศในสัญญาข้อม เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของ เอกชนต่างประเทศเหล่านั้น และเนื่องจากประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายวางกฎเกณฑ์ในเรื่องการได้สัญชาติของนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ ความสามารถของนิติบุคคลนั้นจำต้องถือตามหลักกฎหมายขัดกันของประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติ ทั้งนี้ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชกกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

ความสามารถในการกระทำกิจการของนิติบุคคลนั้น ปกติถือตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ หรือ ข้อบังคับของนิติบุคคลนั้นซึ่งได้จดทะเบียนไว้ 58 ครั้งนั้นในกรณีของบริษัท เอกชนต่างประเทศในสัญญาระหว่างภาครัฐบาลและเอกชนต่างประเทศ ความสามารถของบริษัทเอกชนต่างประเทศดังกล่าวข้อม เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ หรือ ข้อบังคับของนิติบุคคลเหล่านั้น หรือตามหลักกฎหมายเป็นพิเศษอื่นใดของประเทศที่นิติบุคคลเหล่านั้นมีสัญชาติ

3.3 กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั้น ได้มีการเสนอข้อคิดเห็นจากนักกฎหมายในปัญหาเรื่องระบบกฎหมายใดที่เหมาะสมในการนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐ การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศจะเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสามารถของคู่สัญญาและความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของสัญญาแต่อย่างไรก็ตามในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ ยังไม่อาจจะกำหนดให้แน่ชัดว่า ระบบกฎหมายใดที่เหมาะสมที่สุดที่จะนำมาบังคับใช้ ในสัญญาโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา คู่สัญญาในสัญญาส่วนมากข้อมต้องการที่จะเลือกกฎหมายที่คู่สัญญามีความคุ้นเคย

หรือ กฎหมายที่รองรับสิทธิต่าง ๆ ของคู่สัญญาได้เป็นอย่างดีที่สุด หรือ ระบบกฎหมายที่จะไม่ทำให้เกิดผลเสียหายแก่สิทธิและหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใดก็ตาม สัญญาจะต้องมีระบบกฎหมายที่มีอำนาจบังคับเป็นพื้นฐานรองรับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาเสมอ สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาจะมีอยู่ในสัญญาโดยไม่มีกฎหมายเป็นพื้นฐานรองรับไม่ได้ (in vacuo) แต่จะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่เหมาะสมในการดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาต่าง ๆ ในสัญญา เพื่อให้มีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมาย ดังเช่น การนำมาบังคับใช้ การตีความสัญญา และโดยทั่วไปแล้วก็ถือ การเข้าแทนที่บทบัญญัติแห่งเจตนาต่าง ๆ⁵⁹ ในทัศนะของนักกฎหมายส่วนมากแล้ว สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้บังคับจากกฎเกณฑ์ของระบบกฎหมายใด ๆ ที่มีอยู่ สัญญาไม่อาจจะเกิดขึ้นโดยไม่มีกฎหมายรองรับ⁶⁰หรือ แม้แต่ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานในคดี ARAMCO อนุญาโตตุลาการก็ได้กล่าวว่า "เป็นที่ประจักษ์ชัดว่าสัญญาไม่อาจจะเกิดขึ้นโดยปราศจากระบบกฎหมายที่จะเป็นพื้นฐานรองรับ การทำสัญญาไม่ได้ก็อยู่ภายใต้ดุลพินิจอันไม่มีข้อจำกัดของผู้เป็นคู่สัญญา สัญญาจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายใดที่มีอยู่ เพื่อที่จะเป็นพื้นฐานรองรับเจตนาของคู่สัญญา โดยกฎหมายเหล่านี้จะมีผลบังคับในทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity)

⁵⁹Mc Nair, "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations," BYIL. 1957, p. 7

⁶⁰Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons," BYIL. 1959, p. 49 - 50, Lalive, "Contracts between A State or A State Agency and A Foreign Company," 13 I.C.L.Q. (1964), p. 998. Weil, "Problems Relatifs aux Contrats Passés Entre Etats et un Particulier," RCADI. 128 (1969 : II), p. 177.

ระหว่างคู่สัญญา สัญญาไม่อาจจะถือกำเนิดมาโดยปราศจากกฎหมายที่ก่อให้เกิดสัญญา คู่สัญญามีความสามารถเพียงก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางสัญญา ถ้าระบบกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญายินยอมให้กระทำได้⁶¹

จากหลักการในกฎหมายเช่นนี้เองมีผลทำให้สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั้นก็เช่นเดียวกับสัญญาโดยทั่วไปที่จะต้องมีการเป็นฐานรองรับสัญญาเสมอ สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจไทย และเอกชนต่างประเทศก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักการที่กล่าวมาแล้วนี้ คือ สัญญาจะต้องมีการนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญาเสมอ

3.3.1 การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจไทยกับเอกชนต่างประเทศ

หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกำหนดไว้ว่า กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างประเทศ (international contracts) ซึ่งมีองค์ประกอบต่างชาติ (foreign elements) ย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี⁶² ในกรณีสัญญาระหว่างภาครัฐบาลและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ย่อมต้องอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายใดที่ให้อำนาจคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ในกรณีเช่นนี้จะได้แก่ หลักกฎหมายขัดกัน เพราะเหตุว่า หลักกฎหมายขัดกันเป็นหลักกฎหมายที่อนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเนื่องจากกฎหมายขัดกันมีวัตถุประสงค์ที่จะจัดสรรว่า

⁶¹ Saudi Arabia V. Arabian American Oil Company, (ARAMCO) ILR 27, p. 167 อ้างโดย Ijalaye, The Extension of Corporate Personality in International Law, (New York : Oceana Publications, Inc., 1978), p. 164

⁶² ชุมพร บัจจุสานนท์ "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน" วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2527) หน้า 78

ในกรณีที่มีนิติกรรมมีจุดนิติสัมพันธ์กับระบบกฎหมายหลายระบบ กฎหมายใดควรจะเข้ามา
มีส่วนในการวางนิติสัมพันธ์มากที่สุด การที่จะหากฎหมายมาบังคับใช้กับนิติสัมพันธ์ที่มี
องค์ประกอบต่างชาติ ต้องขึ้นกับบทบัญญัติกฎหมายขัดกัน บทบัญญัติกฎหมายขัดกันให้อำนาจ
กฎหมายต่างประเทศที่ศาลพิจารณามาบังคับใช้ กฎหมายขัดกันจึงเป็นพื้นฐานของสัญญา
ระหว่างประเทศ⁶³

ในกรณีสัญญาระหว่างส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจไทยและเอกชนต่าง
ประเทศบทบัญญัติกฎหมายไทยในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481
มาตรา 13 บัญญัติไว้ว่า "ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสิ่งที่เป็นสาระสำคัญหรือผล
แห่งสัญญา ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือ
โดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายสัญชาติ
อันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งดินที่สัญญา
ได้ทำขึ้น" บทบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นการยอมรับหลักการในทฤษฎีการเลือกกฎหมายที่เป็น
ไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี หรือทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก (La Loi
D'autonomie) ในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ในปัจจุบันนี้กฎหมาย
ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยอมรับว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญา
ระหว่างประเทศ ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมาย
นั้นจะได้รับการยอมรับและยึดถือตามอยู่เสมอ⁶⁴ ดังนั้น ในสัญญาระหว่างส่วนราชการ หรือ
รัฐวิสาหกิจไทยและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย
ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้เองที่ให้อำนาจคู่สัญญาที่จะเลือกนำกฎหมายใดมาบังคับใช้
ในสัญญา การยอมรับหลักกฎหมายประการใดในสัญญา แม้ว่าจะเป็นหลักกฎหมายต่างชาติ

⁶³ ชูมพร บัจจุสานนท์ อ่างแล้ว หน้า 79 - 80

⁶⁴ Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, (New York : Oceana Publications Inc., 1978),
p. 71.

หรือ หลักกฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือหลักกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ในสัญญา สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

พื้นฐานของการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา อยู่ที่หลักการในทฤษฎี ที่เกี่ยวกับกฎหมายที่ผู้กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D' autonomie) อันเป็นที่ยอมรับกันในหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศต่าง ๆ และโดยทั่วไปอาจจะกล่าวได้ว่า เจตนารมณ์ของผู้สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา จะรักษาผลประโยชน์ของผู้สัญญาได้อย่างที่สุจริตประการหนึ่ง ดังที่ได้มีนักกฎหมายกล่าวว่า "การเลือกกฎหมายโดยผู้สัญญาเป็นการป้องกันล่วงหน้าสำหรับสิ่งที่ไม่อาจคาดการณได้ ในศาลที่ไม่อาจคาดคะเนได้ และจะเป็นการเสนอให้สัญญาอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของกฎหมายในขณะที่มีการเจรจา"⁶⁵ ผู้เสนอวิทยานิพนธ์ จะกล่าวถึงแนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่ผู้กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D'autonomie) เพื่อประกอบความเข้าใจในเรื่อง การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

3.3.2 แนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่ผู้กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D'autonomie)

แนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่ผู้กรณีเลือก หรือ กฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้กรณี ได้เป็นที่ยอมรับกันตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะในกรณีสัญญาระหว่างประเทศ แนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่ผู้กรณีเลือก ได้มีการตีความอันจะมีผลต่อการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้โดยนักทฤษฎีกฎหมาย ซึ่งได้เสนอข้อคิดเห็นไว้

⁶⁵Rabel, Conflict of Laws, II, p. 365. อ้างโดย Vischer, The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the field of Contract," RCADI (1974 : II), p. 37

เป็น 3 แนวทางด้วยกัน⁶⁶ คือ

ก. ทฤษฎีแรก "อัตตินิยมบริสุทธ์" (Subjectivism Pur)⁶⁷

ตามทฤษฎีนี้ เจตนาของคู่สัญญาไม่เพียงแต่จะมีอิสระในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา แต่เจตนาของคู่สัญญาอาจเป็นกฎหมายที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญา เจตนาของคู่สัญญาเท่านั้นก็พอเพียงที่จะกำหนดความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญาจะบัญญัติอะไรก็ได้ตามเจตนาของตน ไม่จำเป็นต้องนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา เจตนาของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นบังคับเป็นกฎหมายข้อกติกเห็น เช่นนี้จะมีผลต่อสัญญา คือ

1. สัญญาไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้อาณัติจากกฎหมายใด ๆ (สัญญาที่ไม่มีกฎหมาย "contrat sans loi") บทสัญญาย่อมเป็นการสมบูรณ์และพอเพียงในตัวเอง ความสัมพันธ์ในทางสัญญาไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจบังคับจากกฎหมายใด ๆ คู่สัญญามีอิสระที่จะไม่อยู่ภายใต้บังคับจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้ว่าเจตนาของคู่สัญญาจะเป็นการระเมิดกฎหมายที่มีอยู่ก็สามารถกระทำได้นอกจากนี้เจตนาของคู่สัญญานี้สามารถที่จะยกเลิกเกี่ยวกับการนำกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

⁶⁶ Batiffol, Droit International Privé. Tome II, 6^e édition, (Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence 1976.) 209 - 221. Mayer, "Droit International Privé," Ed. Montchestrien 1977. p. 489 - 499. Cheshire & North, "Private International Law" 10th Editions (London, 1979) p.

⁶⁷ ชุมพร บัจจุสานนท์ อ้างแล้ว หน้า 85

(La Loi D'Order Public)⁶⁸ หรือ กฎหมายที่เพิ่งนำมาบังคับใช้ทันที (La Loi D'Application Immediate) ของรัฐที่จะเข้ามามีผลบังคับในสัญญา⁶⁹

2. ถ้าหากว่าคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา กฎหมายที่เลือกนั้นอาจไม่มีความเกี่ยวข้องกับข้อใดกับจุดนิติสัมพันธ์ที่สัญญานั้นเกี่ยวเนื่องเลย โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกกฎหมายโดยฉ้อฉล (Fraud à la loi)⁷⁰

⁶⁸ความสงบเรียบร้อย (Order Public) ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หมายถึง การปฏิเสธไม่ยอมรับกฎหมายต่างชาติใด ๆ ที่จะนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยคดี เพราะกฎหมายต่างชาติเหล่านี้ขัดกับหลักเกณฑ์เบื้องต้นแห่งกฎหมายและความยุติธรรมในดินแดนของรัฐที่จะต้องรับกฎหมายต่างชาติมาบังคับใช้ (ชุมพร บัจจุสานนท์ อ่างแล้ว หน้า 93)

⁶⁹กฎหมายที่เพิ่งนำมาบังคับใช้ทันที (La Loi D'Application Immediate) หมายความว่ากฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองโครงสร้างทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ทำให้ศาลพึงต้องบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยตรงโดยไม่ยอมให้กฎหมายต่างชาติเข้ามาบังคับใช้ในเรื่องนั้น ๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เรื่องที่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ศาลพึงบังคับทันที จะไม่ผ่านขบวนการของกฎหมายขัดกัน (ชุมพร บัจจุสานนท์ อ่างแล้ว หน้า 81, เชียงอรรด (1))

⁷⁰การเลือกกฎหมายโดยฉ้อฉล (Fraud à la loi) หมายถึง การที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่มีได้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญามาบังคับใช้ในสัญญา เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงอำนาจบังคับจากกฎหมายที่มีผลบังคับแก่สัญญา การเลือกกฎหมายของคู่สัญญาจะต้องเป็นไปโดยหลักสุจริต และ ความถูกต้องตามกฎหมาย (bona fide and legal) ถ้าคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่มีได้มีความเกี่ยวเนื่องอย่างใดเลยกับสัญญา ศาลย่อมไม่อาจรับกฎหมายเหล่านั้นมาบังคับใช้แก่สัญญาได้ เพราะถือว่าเป็นการเลือกกฎหมายที่ไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย (Dicey & Morris on the Conflict of Law, (London : Stevens & Sons Ltd., 1980), p. 755 - 756.

3. บทบัญญัติกฎหมายในสัญญา ถ้าหากคู่สัญญาเลือกบทบัญญัติกฎหมายใด มาบังคับใช้ในสัญญา การเปลี่ยนแปลงแก้ไขในบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่คู่สัญญาได้ มีเจตนาเลือกนำมาบังคับใช้ในสัญญา จะไม่มีผลต่อสัญญา เพราะคู่สัญญาจะไม่ยอมรับบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ได้เลือกที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา

4. การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา คู่สัญญาที่มีอิสระที่จะเลือกระบบกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญามากกว่าระบบกฎหมายหนึ่งก็สามารถกระทำได้ โดยคู่สัญญาอาจจะเลือกระบบกฎหมายหนึ่งในข้อกำหนดหนึ่ง และเลือกกฎหมายอื่น ๆ ในข้อกำหนดประการอื่นโดยไม่ทำให้สัญญาไม่มีผลตามกฎหมาย

แนวทฤษฎีที่กล่าวมานี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์คัดค้านโดยนักกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับการตีความชอบด้วยของแนวทฤษฎีการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ดังจากการเสนอข้อคิดเห็นของ Von bar และ Pillet ดังนี้⁷¹ คือ

1. แนวทางทฤษฎีอัตถนิยมบริสุทธ์ (Subjectivism Pur) นี้ไม่เป็นที่ยอมรับได้เพราะที่มาของหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาจะเป็นไปตามกฎหมายที่มีอำนาจบังคับในสัญญา เจตนาของคู่สัญญาไม่อาจจะถือเป็นกฎหมายได้ หรือ มีผลบังคับเป็นกฎหมายซึ่งจะรองรับหน้าที่ต่าง ๆ ในทางสัญญา โดยเฉพาะหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว จะต้องมียุทธศาสตร์กฎหมายที่ให้อำนาจคู่สัญญาเลือกกฎหมาย หรือ คู่สัญญาในสัญญาใด ๆ จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา หรือ กฎหมายอื่น ๆ คู่สัญญาไม่อาจจะสร้างหลักกฎหมายเพื่อที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาได้ หลักการเลือกกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจคู่สัญญา ดังที่แนวทฤษฎีข้างต้นนี้ได้เสนอไว้

2. เจตนาของคู่สัญญาอันเป็นที่ยอมรับในสัญญาก็คือ คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา และอีกประการหนึ่งก็คือ บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่จะเข้ามามีอำนาจบังคับสัญญาโดยคู่สัญญาไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ บุคคลไม่สามารถปฏิเสธกฎหมายโดยเหตุผลจากความตกลงระหว่างกัน บุคคลจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของกฎหมายมิใช่จากหลักกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาโดยคู่สัญญาเอง

⁷¹Mayer, op. cit. p. 490 - 491.

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง ก็จะต้องหาว่ากฎหมายอะไรที่คู่สัญญามีเจตนาจะนำมาบังคับใช้โดยปริยาย โดยเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาที่มีความเกี่ยวพันมากที่สุด

ข. ทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญา (La Théorie de la Localisation)

จากทฤษฎีอรรถนัยมบริสุทธ์ที่มีแนวทฤษฎีว่า เจตนาของคู่สัญญาย่อมอยู่เหนือสิ่งใด และมีผลเป็นกฎหมายใดในตัวเอง สัญญาไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายใดนั้น ได้มีผู้เสนอข้อคิดเห็นในทางตรงข้าม โดยมีข้อพิจารณาว่า การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญานั้นก็คือ การหากฎหมายของดินที่สัญญามีจุดนำหน้า (La Localisation du contrat) ซึ่งมาจากองค์ประกอบต่าง ๆ ดังเช่น การพิจารณาว่าสัญญามีนิติสัมพันธ์กับดินใด ดังเช่นสถานที่ในการทำสัญญา สัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายใด หรือ องค์ประกอบอื่นใด ที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญา ศาสตราจารย์ Batiffol ได้เสนอ การตีความแนวทฤษฎีการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยมีเนื้อหาในทางทฤษฎี คือ

เจตนาของคู่สัญญาในสัญญา ประกอบเป็นเพียงการหาจุดนำหน้าของสัญญา ผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องผูกมัดตามเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายเป็นเพียงหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายที่มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญามากที่สุด สิ่งสำคัญก็คือ การหาจุดนำหน้าของสัญญาว่าอยู่ที่ระบบกฎหมายใด เพื่อนำระบบกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ในสัญญา ศาสตราจารย์ Batiffol ได้ให้ข้อสังเกตว่า องค์ประกอบภายนอกอันมิใช่เจตนาของคู่สัญญา ดังเช่น สถานที่ในการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา อันเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญานั้นจะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับการหากฎหมายแห่งสัญญา

กฎหมายแห่งสัญญา คือ กฎหมายของประเทศที่สัญญามีจุดนำหน้าอยู่ ณ ที่นั้น ศาลในการหาเจตนาของคู่สัญญาเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาตามความคิดเห็นในทฤษฎีนี้จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ เจตนาของคู่สัญญาในกรณีต่าง ๆ จะต้องเป็นเจตนาที่มีเหตุผลอันเหมาะสมเมื่อพิจารณาจากสัญญากวญ คู่สัญญามีอิสระในการเลือกกฎหมายที่เป็นส่วนประกอบที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญา ดังเช่น กฎหมายแห่งดินที่ได้มีการทำสัญญา (Lex Loci contractus) กฎหมายแห่งดินที่มีการปฏิบัติตามสัญญา (Lex Loci

Solutionis) แต่ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเช่นนี้ กฎหมายที่เลือกจะต้องเป็นกฎหมายที่สัญญาามีจุดนำหน้าอยู่ ณ ที่นั้น

ในทฤษฎีอัตถนิยมบริสุทธ์ (Subjectivism Pur) ศาลจะต้องยึดถือตามเจตนาที่มีอยู่ของคู่สัญญา แต่ในทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญา (La theorie de la localisation) เช่นนี้ เจตนาของคู่สัญญาจะต้องเป็นเจตนาที่มีเหตุผลอันเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะต้องเป็นกฎหมายของประเทศซึ่งองค์ประกอบในการเลือกแสดงว่าสัญญามีจุดนำหน้าอยู่ ณ ที่นั้น การที่กล่าวว่า กฎหมายแห่งสัญญา คือ กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาอันตามทฤษฎีนี้จะหมายความถึงว่า คู่สัญญาได้เจตนาตกลงให้สัญญาอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยจากกฎหมายที่กำหนดโดยองค์ประกอบของสัญญา

กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา จะนำมาบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายมิใช่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือ เป็นข้อเท็จจริง โดยมีความเกี่ยวข้องกับส่วนประกอบต่าง ๆ ของสัญญา คู่สัญญามีอิสระที่จะกำหนดให้สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายใด แต่ไม่อาจจะปฏิเสธกฎหมายบางประการที่จะเข้ามามีอำนาจบังคับเหนือสัญญาได้ การเลือกกฎหมายของคู่สัญญาเป็นเพียงการแสดงเจตนาหาจุดนำหน้าของสัญญาอันจะถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ แต่ก็มีใ้หมายความว่า จะเป็นการผูกมัดให้ศาลต้องรับเอาการแสดงเจตนาอันนำมาบังคับใช้โดยตรงเพราะว่าจุดนำหน้าของสัญญาเป็นสิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณา ตามทฤษฎีนี้ถือว่าการแสดงเจตนาเป็นเรื่องข้อเท็จจริงไม่ใช่เรื่องกฎหมาย ศาลจะเป็นผู้หากกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยถือเอาการแสดงเจตนาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการหาจุดนำหน้าของสัญญาดังกล่าว

นอกจากนี้เจตนาของคู่สัญญาในทฤษฎีการหาจุดนำหน้าของสัญญานั้นมีข้อจำกัด ดังเช่น เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา จะต้องไม่ขัดแย้งกับนโยบายในทางมหาชน การเลือกจะต้องกระทำโดยหลักสุจริต (bona fide) เพื่อวัตถุประสงค์ในทางกฎหมาย (การเลือกนั้นจะต้องสุจริตและมีความซื่อสัตย์ไม่เป็นที่สงสัย) ซึ่งหมายความว่า ถ้าคู่สัญญากำหนดให้สัญญาอยู่ภายใต้บังคับโดยระบบกฎหมายใดเพื่อจะให้สัญญามีผลตามกฎหมายในระบบกฎหมายนั้น ทั้งที่เห็นได้ชัดว่าสัญญามีความเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายอื่นแต่ที่ไม่นำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้เพราะการ

นำมาบังคับใช้จะทำให้ข้อกำหนดใดในสัญญาเป็นโมฆะ คู่สัญญาจึงแสดงเจตนาเลือกกฎหมายอื่นใดที่มีได้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญามาบังคับใช้ ถ้าคู่สัญญาเลือกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ ย่อมไม่อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยสุจริตศาลไม่อาจยอมรับได้

ทฤษฎีการหาจุดนำหนักของสัญญา (La Théorie de la localisation) นี้คัดค้านแนวทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธ์ที่เสนอว่า สัญญาอาจจะไม่มีกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ได้ ตามทฤษฎีการหาจุดนำหนักของสัญญา สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้บังคับจากกฎหมายเสมอ เพราะว่าเป็นไปได้ที่จะหาจุดนำหนักของสัญญาเพื่อที่จะหากกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายในสัญญาของคู่สัญญานั้นจะสนับสนุนโดยองค์ประกอบอื่น ๆ ของสัญญา กฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือจากกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกอาจจะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ถ้ากฎหมายดังกล่าวเป็นการแสดงถึงจุดนำหนักของผลประโยชน์ของสัญญา

ก. ทฤษฎีอัตตนิยมประยุกต์ (Subjectivism Modéré)

แนวทฤษฎีเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่ผู้กรณีเลือกนี้เป็นการเสนอของศาสตราจารย์ Mayer แห่งมหาวิทยาลัย Paris ซึ่งได้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาโดยยังคงยึดถือในแนวทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธ์ (Subjectivism Pur) แต่ได้เปลี่ยนแปลงในหลักการบางประการ โดยแนวทฤษฎีอัตตนิยมประยุกต์ (Subjectivism Modéré) นี้ยึดถือว่า กฎหมายที่นำมาบังคับใช้มิใช่เกิดจากสัญญาตั้ง เช่น แนวทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธ์แต่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับจากกฎหมาย เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายมีผลเป็นการแสดงว่าคู่สัญญาประสงค์จะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ในสัญญาแต่เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้จะไม่มีผลในทางกฎหมาย ถ้าหากว่า (1) หลักกฎหมายประการใดที่จะเข้ามามีอำนาจบังคับในสัญญา โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายขัดกันที่ได้กำหนดให้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ หลักกฎหมายขัดกันจะมีผลต่อเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย (2) หน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาจะเป็นที่มาของหลักกฎหมายสารบัญญัติที่จะเลือกมาบังคับใช้ในสัญญา หน้าที่ดังกล่าวนี้จะกำหนดว่านิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาจะขึ้นกับกฎหมายใด

เจตนาของคู่กรณีย่อมอยู่ภายใต้กฎหมาย เจตนาของคู่สัญญาจะอยู่เหนือกฎหมายไม่ได้ หนึ่งตามสัญญาซึ่งมีผลตามที่คู่กรณีเลือกผลก็คือคู่กรณีจะมายกเลิกกฎหมายใด ๆ หรือปฏิเสธการบังคับใช้ของกฎหมายที่ออกใหม่ไม่ได้ ทฤษฎีนี้ไม่เห็นด้วยกับการตีความหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา (L'automic de la volonté) อย่างกว้างขวางจนเกินขอบเขตอันหมายความว่า เจตนาสามารถยกเลิกกฎหมายบางส่วนที่คู่กรณีไม่เห็นด้วย แต่มีเจตนาจะไม่นำมาบังคับไว้กับสัญญาของตน ตามทฤษฎีอัตถนิยมประยุกต์ (Subjectivism Modéré) คู่กรณีไม่สามารถยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Les Regles Imperatives) ของกฎหมายที่ตนเองเลือก สรุปว่าสัญญาต้องอยู่ใต้กฎหมายเสมอ⁷²

ทฤษฎีทั้งสามนี้ เป็นการตีความแนวทฤษฎีกฎหมายที่คู่กรณีเลือก (La Loi Choisie) แตกต่างกันออกไป ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการชดเชยกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ใต้น้าหลักการแห่งทฤษฎีเหล่านี้มากำหนดไว้แล้วแต่ว่าจะเลือกรับแนวทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในแนวทางประการใด ในกรณีของมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยกันแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา เช่นนี้ จึงเป็นไปตามทฤษฎีอัตถนิยมบริสุทธิ์ แต่ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ บทบัญญัติในมาตรา 13 นำหลัก Objectivism มาพิจารณาโดยถือว่า สัญญาจะมีจุดนิติสัมพันธ์ ณ ที่ใด ในการหากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยถือกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญา หรือ กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น⁷³

3.3.3 ระบบกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างภาคีรัฐบาลและเอกชนต่างประเทศ

กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างส่วนราชการ หรือ

⁷² ชุมพร บัจจุสานนท์ อ่างแล้ว หน้า 87

⁷³ ชุมพร บัจจุสานนท์ อ่างแล้ว หน้า 80



รัฐวิสาหกิจไทย และเอกชนต่างประเทศนั้น เพื่อพิจารณาจากสัญญาประเภทต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นและจากพระราชบัญญัติ ระเบียบของส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจแล้ว บทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาอาจแบ่งแยกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้ คือ

ก. บทบัญญัติกฎหมายไทย ในสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง โดยส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจกับเอกชนต่างประเทศ กฎหมายที่นำมา บังคับใช้ในสัญญา จะได้แก่บทบัญญัติกฎหมายไทย โดยเป็นการทำความเข้าใจระหว่างคู่ สัญญา เนื่องจากในทางปฏิบัติคู่สัญญาฝ่ายส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจไทย จะเสนอให้ นำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศจะยินยอม ตาม เนื่องจากในสัญญาเหล่านี้อำนาจต่อรองของคู่สัญญาภาครัฐบาลมีอำนาจเหนือกว่า เอกชนต่างประเทศ บทบัญญัติกฎหมายไทยที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาอาจจะมีมาจาก บทบัญญัติ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญา ดังเช่น บทบัญญัติใน บรรพ 2 ลักษณะ 2 "สัญญา" บรรพ 3 "เอกเทศสัญญา" เหล่านี้เป็นต้น และบทบัญญัติ กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง ดังเช่น พระราช บัญญัติภาษีอากร พระราชบัญญัติเงินตรา พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ฯลฯ

ข. กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศในที่นี้หมายถึง กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ที่เอกชนต่างประเทศมีสัญชาติ บรรดาสัญญาเงินกู้ และสัญญาค้ำประกันเงินกู้ระหว่างส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจกับธนาคารพาณิชย์ใน ต่างประเทศนั้น กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาได้แก่ กฎหมายของประเทศที่ธนาคาร พาณิชย์เหล่านั้นมีสัญชาติ เนื่องจากลักษณะของสัญญาเงินกู้เป็นการทำสัญญาที่มีการตกลง ในทางกฎหมายอันมีลักษณะรูปแบบโดยเฉพาะ โดยจะประกอบด้วยกฎเกณฑ์ วิธีการทาง กฎหมายซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ซึ่งทำให้ผู้ให้กู้ในสัญญาเงินกู้ต่างประเทศ เช่นนี้ ย่อมต้องการที่จะรู้ว่ากฎหมายอะไรที่จะนำมาบังคับใช้กับส่วนที่เป็นสาระสำคัญของ สัญญา ดังเช่น ข้อตกลงต่าง ๆ เงื่อนไข การชำระเงิน และจำนวนเงินที่จะต้องชำระ หรือ อื่น ๆ และประการต่อมาเนื่องจากอำนาจในการต่อรองผู้ให้กู้จะอยู่เหนือผู้กู้

ประกอบกับทั้งทางปฏิบัติในสัญญาเงินกู้ การชำระคืนเกี่ยวกับเงินต้นและดอกเบี้ยอันมีระยะเวลายาวนาน ภาวะการณ์ในสัญญาเช่นนี้เองที่ทำให้ผู้ให้กู้ต้องเสี่ยงกับความเปลี่ยนแปลงจากบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ความเปลี่ยนแปลงจากภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจในบางโอกาส จะเป็นการลดภาระของลูกหนี้ หรือเป็นการเพิ่มภาระของลูกหนี้ ตลอดจนปัญหาที่เกิดจากสภาพการณ์ภูมิระหว่างประเทศเช่นนี้อาจจะมีมาตรการเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแลกเปลี่ยนเงินตรา การอาชัทรพัสสิน การลดค่าเงินตรา ฯลฯ ที่จะมีผลเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติตามสัญญาเงินกู้ ลักษณะของสัญญาเงินกู้ที่ได้อธิบายมานี้เอง เป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้ให้กู้มีระหว่างประเทศ ไม่เพียงแต่จะกำหนดเงื่อนไขการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา แต่ยังยืนยันที่จะเลือกกฎหมายของประเทศที่ธนาคารพาณิชย์จดทะเบียนก่อตั้ง เป็นกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา⁷⁴

จากเหตุผลตามที่ได้อธิบายมาแล้วนี้เองจึงเป็นสาเหตุที่ทำให้ธนาคารพาณิชย์ที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐบาลในสัญญาเงินกู้ เสนอเงื่อนไขเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา คือ กฎหมายต่างประเทศ และเช่นเดียวกันในสัญญาค้ำประกันเงินกู้ กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา คือ กฎหมายต่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเงินกู้ เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นจากสัญญาด้านกฎหมายต่างกันนำมาบังคับใช้ในสัญญาเงินกู้และสัญญาค้ำประกันเงินกู้แต่ถ้าเป็นการทำสัญญาเงินกู้โดยมีส่วนที่เป็นการค้ำประกันโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังแนบติดไปด้วย สัญญาค้ำประกันที่แนบติดกับสัญญาเงินกู้เช่นนี้ ย่อมจะนำกฎหมายต่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาเงินกู้นำมาบังคับใช้ในส่วนการค้ำประกันนี้ด้วย

การที่สัญญาเงินกู้และสัญญาค้ำประกันเงินกู้นำหลักกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งถือเป็นการยอมรับกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในราชอาณาจักรไทย โคนันก็โดยเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่ง

⁷⁴ Broches, op. cit., p. 66.

กฎหมายซึ่งเป็นการยอมรับเจตนาของคู่กรณีในการเลือกนำกฎหมายใดมาบังคับใช้
ในสัญญา

ข. บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐและบริษัทเอกชนต่างประเทศ
นั้น รูปแบบของสัญญาซึ่งกำหนดโดยกฎกระทรวงฯ ฉบับที่ 4 ออกตามความในพระราช
บัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้น ได้มีการกำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำ
มาบังคับใช้ในสัญญาค้างปรากฏในข้อที่ 13 (1), (11) ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้ คือ

13 (1) "เมื่อมีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไข
เหตุที่จะส่งผลกระทบต่อสัมปทานตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514
หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่เกิดขึ้น ในชั้นแรกให้
คู่กรณีพยายามหาทางตกลงกันด้วยดี ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ให้ดำเนินการระงับ
ข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการดังต่อไปนี้

13 (11) ในการให้คำวินิจฉัยอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี
จะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะพื่อนำมาบังคับใช้
ด้วย.....

ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม
คือ บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมจะต้อง
พิจารณาว่า การนำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็น
กฎหมายคนละระบบกันมาบังคับใช้ร่วมกันในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจะมีลักษณะอย่างไร
และบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศอะไรที่จะนำมาบังคับใช้ใน
สัญญา

1. ลักษณะการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่าง
ประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

จากกฎกระทรวงฯ ข้อ 13 (11) มีความหมายว่า บทบัญญัติกฎหมายไทย
และหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม บทบัญญัติ

กฎหมายไทยที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา อาจจะนำมาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ
 พิโตรเลียม พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พระราชกฤษฎีกากำหนดอัตราภาษี
 เงินได้ปิโตรเลียม พระราชบัญญัติแรงงานแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายว่าด้วยคน
 เข้าเมือง กฎหมายว่าด้วยพิธีกักตราบุคลากร และภาษีการค้าตามประมวลรัษฎากร
 พระราชบัญญัติเงินตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับ
 สัญญา ฯลฯ สำหรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น คำว่า "หลักกฎหมายระหว่าง
 ประเทศ" (principles of international law) ศาลสถิตยุติธรรมระหว่าง
 ประเทศ (P C I J.) ได้วินิจฉัยไว้ในกรณีพิพาท Lotus case ว่า คำว่า
 "หลักกฎหมายระหว่างประเทศ" ที่ใช้กันโดยทั่วไปจะมีความหมายถึง กฎหมายระหว่าง
 ประเทศที่นำมาบังคับใช้ระหว่างรัฐต่าง ๆ ที่ประกอบเป็นประชาคมระหว่างประเทศ⁷⁵

ในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมซึ่งกำหนดให้นำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลัก
 กฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาเช่นนี้ จะเห็นว่าเป็นการนำกฎหมายคนละ
 ระบบ โดยบทบัญญัติกฎหมายไทยเป็นบทบัญญัติกฎหมายภายในของราชอาณาจักรไทยซึ่งมี
 ผลบังคับแก่บุคคล ทรัพย์สิน ภายในดินแดนของรัฐและนอกราชอาณาจักรไทยในกรณีที่
 เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล แต่สำหรับหลักกฎหมายระหว่าง
 ประเทศนั้น เป็นหลักกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในประชาคม
 ระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงมีปัญหาว่าการนำบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวทั้งสองประการนี้
 มาบังคับใช้จะมีลักษณะประการใดในกรณีที่อาจจะมีกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม
 ซึ่งในปัญหาที่กล่าวมานี้ถ้าหากว่าได้เกิดมีกรณีพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาตตุลาการทำการ
 วินิจฉัยชี้ขาด อนุญาตตุลาการจะต้องหากกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กรณีพิพาทดังกล่าว
 ในแต่ละกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังนั้นในปัญหาที่กล่าวมานี้ผู้เสนอวิทยานิพนธ์จะขอเสนอ
 การวินิจฉัยของบรรดาอนุญาตตุลาการในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

⁷⁵ Lotus case (1927) P C I J., No. 10, Ser. A; at 16

Texaco awards, I L M 18 (1978), p. 15.

เกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายภายในและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญา และ ข้อคิดเห็นของผู้เสนอวิทยานิพนธ์ในปัญหาลักษณะการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

1.1 การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในปัญหาการนำบทบัญญัติกฎหมายภายในและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน

จากการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมซึ่งนำหลักกฎหมายภายในและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้นั้น อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวไว้ในข้อคิดเห็นที่แตกต่างกันโดยอาจจะแบ่งออกเป็น

ก. การบังคับใช้ร่วมกัน อนุญาโตตุลาการนำบทบัญญัติกฎหมายภายในใช้บังคับเฉพาะกับข้อกำหนดท้องถิ่น ส่วนในกรณีอื่น ๆ นอกเหนือไปจากนี้ อนุญาโตตุลาการจะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้กับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ดัง เช่น

กรณีพิพาท Lena Goldfields ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลโซเวียตและบริษัท Lena Goldfields ในสัญญาสัมปทานแร่ธาตุ ต่อมารัฐบาลโซเวียตได้ใช้มาตรการทางการบริหารและนิติบัญญัติทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทดังกล่าว บริษัทได้เรียกร้องให้รัฐบาลโซเวียตชดเชยค่าเสียหายแก่บริษัท ปัญหาที่ถกเถียงกันในสัมปทานคือ สัญญาสัมปทานไม่ได้กำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา เพียงแต่มาตรา 38 ในสัญญาสัมปทานกำหนดเพียงว่า คู่สัญญากำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน เป็นไปตามหลักเจตนาอันดีงามและหลักแห่งความสุจริตในการตีความข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญา อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยปัญหาข้อนี้ โดยกล่าวว่า "เรื่องที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่น (domestic matters) จะบังคับโดยกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา คือกฎหมายแห่งสหภาพโซเวียต เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการกำหนดไว้ในข้อกำหนดใดในสัญญา มิให้นำมาบังคับใช้ ด้วยเหตุนี้การปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาภายในสหภาพโซเวียตนั้น กฎหมายรัสเซียจะนำมาบังคับใช้โดยมีฐานะเป็นกฎหมายของสัญญา ซึ่งจะนำมาบังคับใช้ในการตีความสัญญา แต่ดังที่ได้เสนอโดยที่ปรึกษาทางกฎหมายของบริษัท Lena Goldfields ว่า ในกรณีอื่นนั้นหลักกฎหมายทั่วไปดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาล

ยุติธรรมระหว่างประเทศ (P C I J .) ณ กรุงเฮก จะนำมาบังคับใช้ โดยถือเป็น
กฎหมายของสัญญา และข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญานี้ พิจารณาแล้วย่อม
เห็นได้ว่าสมควรที่จะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้มากกว่าที่จะนำกฎหมาย
ภายในของรัฐมาบังคับใช้⁷⁶

ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่า กฎหมายภายในของรัฐที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณีที่เป็น
เรื่องเกี่ยวกับท้องถิ่น แต่ในกรณีอื่นแล้วหลักกฎหมายทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ
จะนำมาบังคับใช้ ดังเช่น หลักในเรื่องลามิกควรได้ (unjust enrichment) อันจะ
นำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายบริษัท เนื่องมาจาก
โซเวียตได้เข้าเป็นเจ้าของเงิน หรือ สินทรัพย์อื่น ๆ ของบริษัทโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย

Kingdom of Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company

(1958) ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลซาอุดีอาราเบียกับบริษัทน้ำมัน Arabian
American Oil โดยบริษัทได้โต้แย้งรัฐบาลในกรณีที่รัฐบาลซาอุดีอาราเบียอนุมัติ
สัมปทานโดยพระราชกฤษฎีกา ณ วันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 1954 ให้แก่ Mr. A.S.
Omassis ได้รับสิทธิการขนส่งผลิตภัณฑ์น้ำมัน การอนุมัติให้สัมปทานแก่ Mr. A.S.
Omassis จะขัดแย้งกับสิทธิที่ได้อนุมัติให้กับบริษัทโดยสัญญาสัมปทาน ณ วันที่ 29 พฤษภาคม
ค.ศ. 1933 บริษัท Arabian American Oil ได้เสนอกรณีพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ
วินิจฉัยว่า การอนุมัติให้สัมปทานในสัญญาสัมปทานฉบับที่ 2 นี้ เป็นการละเมิดสิทธิของบริษัท

คดีนี้มีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่า กฎหมายอะไรที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน
เนื่องจากกรณีไม่ได้เลือกกฎหมายประการใดที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาโดยชัดแจ้ง
ประธานแห่งอนุญาโตตุลาการ Georges Sauser - Hall ชาวสวิส ศาลอนุญาโต-
ตุลาการกระทำที่กรุงเจนีวา อนุญาโตตุลาการได้อาศัยกฎหมายนานาชาติ Les principes
Internationaux du droit) มาเป็นกฎหมายที่นำมาใช้ระงับข้อพิพาท ศาลไม่นำเอา
กฎหมายชดเชยของเจนีวามาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายของเมืองที่ศาลอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่

⁷⁶ Mc. Nair, op. cit., p. 11

ขณะเดียวกันก็ไม่นำเอากฎหมายอเมริกันมาใช้ โดยอ้างความเท่าเทียมกันของคู่กรณี (คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นบริษัทอเมริกัน) โดยศาลได้ประกาศว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการย่อมสามารถที่จะขึ้นกับกฎหมายนานาชาติได้เท่านั้น (L'institution comme telle ne peut que relever directement du droit des gens) ต่อมาศาลได้ถือเอาหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้ โดยนำมาจากการวิเคราะห์ทฤษฎีทั่วไปของหลักกฎหมายขัดกัน ซึ่งผลก็คือว่า เมื่อคู่กรณีมิได้เลือกกฎหมายโดยชัดแจ้ง ศาลก็ต้องคำนึงถึงสถานการณ์ทั่วไปของคดี⁷⁷

"โดยเนื่องจากวัตถุประสงค์ในสัญญา ศาลเห็นว่ากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้จะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับภาวะการณ์ในทางเศรษฐกิจ ณ ที่ที่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญา

โดยมาตรฐานเช่นนี้เอง ศาลจึงได้ข้อสรุปว่า ผลที่เกิดขึ้นบางประการจากสัญญาสัมปทานไม่อาจจะนำกฎหมายซาอุดีอาระเบียมาบังคับใช้ โดยเนื่องจากเหตุผลเกี่ยวกับสัญญาที่ได้นำมาพิจารณาและเหตุผลจากการปฏิบัติของคู่กรณีในสัญญา"⁷⁸

กฎหมายที่มีอำนาจบังคับใช้ในซาอุดีอาระเบีย จะนำมาบังคับใช้ในข้อตกลงแห่งสัมปทาน เพราะเหตุว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐผู้อนุมัติสัมปทาน และเนื่องจากเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่า การกระทำใด ๆ ของรัฐผู้มีอำนาจอธิปไตยนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับจากกฎหมายภายในของรัฐ เว้นไว้เสียแต่ว่าจะมีข้อขัดแย้งประการใดที่จะนำมาอ้างได้ หลักการดังกล่าวได้เป็นที่ยอมรับโดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (P C I J) ที่ได้ตัดสินไว้ใน Serbian and Brazilian Loans case (1929)⁷⁹

⁷⁷ ชุมพร บัจจุสานนท์ อ้างแล้ว หน้า 68 - 69

⁷⁸ Texte original de la sentence, p. 60 อ้างโดย El - Kosheri, "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domain pétrolier," R C A D I (1975 : IV), p. 330

⁷⁹ 14 P C I J., Series A., No. 20, p. 42 and Judgment No.

"ในกรณีต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกฎหมายเอกชน กฎหมายแห่งซาอุดีอาระเบียจะนำมาบังคับใช้ แต่การนำมาบังคับใช้จะกระทำโดยมีเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่ง คือ กฎหมายที่นำมาบังคับใช้นี้ในกรณีจำเป็นอาจจะต้องมีการตีความ หรือ อุดช่องว่างของกฎหมาย โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายโดยเป็นไปตามประเพณีและทางปฏิบัติในธุรกิจน้ำมันและหลักกฎหมายอันแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีสิทธิของฝ่ายเอกชนต่างประเทศผู้รับสัมปทาน ซึ่งจะต้องเป็นที่ยอมรับโดยไม้อาจจะละเลยเสียได้ เพื่อมิให้สิทธิเช่นนี้สูญหายไป เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายที่มีอำนาจบังคับในซาอุดีอาระเบีย⁸⁰

"ท้ายสุดนี้ ศาลเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจะนำมาบังคับ

คือ (79) 15, P C I J. Series A, No. 21, p. 87 คำพิพากษาในคดี Serbian and Brazilian Loans นี้ แม้ศาลจะอ้างว่าเซอร์เบียไม่อาจจะนำหลักกฎหมายอื่นใดนอกจากกฎหมายของรัฐมาบังคับใช้กับข้อตกลงต่าง ๆ อันเกี่ยวกับหนี้สินและความสมบูรณ์ของสัญญา แต่ศาลก็ได้ให้ข้อสังเกตว่า เซอร์เบียอาจจะกำหนดให้สัญญาเงินกู้ยืมภายใต้กฎหมายอื่นได้ ดังที่ศาลได้กล่าวไว้ดังนี้คือ

"สัญญาที่มีใช้สัญญาระหว่างรัฐในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีรากฐานมาจากกฎหมายภายใน ปัญหาที่อยู่ว่าอะไรคือกฎหมายประเภทนี้ ซึ่งในปัจจุบันรู้จักกันในนามของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หรือ ทฤษฎีว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจจะเหมือนกันในระบบกฎหมายของหลาย ๆ รัฐ หรือ อาจสร้างขึ้นโดยอนุสัญญาระหว่างประเทศ หรือ จารีตประเพณี และในกรณีหลังนี้ดูเหมือนว่าจะมีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริง เพื่อวางความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ มีข้อสังเกตว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายชดกันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน (Serbian Loans, P C I J. Series A', No. 20, p. 41 - 42.

⁸⁰อ้างโดย ชุมพร บัจจุสานนท์ อ้างแล้ว หน้า 82

Texte Original de la sentence, p.62

ใช้ในข้อกำหนดบางประการของสัญญาสัมปทาน ในเมื่อมีเหตุผลเป็นที่เห็นได้ชัดว่า ข้อกำหนดเช่นนี้ไม่อาจจะนำกฎเกณฑ์อย่างใดของกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ได้ ดังเช่นในกรณีเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเล อธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือท้องทะเล และความรับผิดชอบของรัฐในการล้วงละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ⁸¹

จากคำตัดสินในกรณีพิพาททั้งสองนี้ ทำให้ได้ข้อสรุปว่า ในการนำกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญานั้น จะนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้กับข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นข้อกำหนดแห่งท้องถิ่น (domestic matters) แต่บทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐจะไม่นำมาบังคับใช้กับข้อกำหนดที่อยู่ นอกเหนือจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายใน ข้อกำหนดเช่นนี้สมควรที่จะนำระบบกฎหมาย อื่นนอกเหนือจากกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ ซึ่งได้แก่หลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่กล่าวมาแล้ว การแยกข้อกำหนดหน้าที่ประการ ใดในสัญญาให้บังคับโดยบทบัญญัติกฎหมายภายใน หรือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เกี่ยวกับการแยกส่วนของสัญญา (dépacage) การแยกส่วนของสัญญา (dépacage) นี้ เป็นถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมาย ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หมายถึงการนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายหลายระบบมาปรับ ใช้กับส่วนต่าง ๆ ของสัญญาที่แตกต่างจากกัน ตัวอย่างเช่น อาจจะให้เรื่องแบบฟอร์ม ของสัญญา บทสัญญาเกี่ยวกับความรับผิด ฯลฯ อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน สำหรับ ประโยชน์ในเรื่องนี้ก็คือตอบสนองอย่างเต็มที่ถึงเจตน์จำนงของคู่กรณี ที่จะมีอิสระอย่าง เต็มที่ในการเลือกกฎหมาย⁸²

⁸¹ ARAMCO award. p. 65 อ้างโดย Hyde, "Economic Development Agreements", RCADI (1962 : I), p. 317

⁸² Legarde, "Le dépacage dans le droit international privé des contrats", Rivista di diritto internazionale privato processuale, 1975; หน้า 649 - 77 อ้างโดย ชุมพร ปัจจุบันท์ หน้า 75.

ข. นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ อนุญาโตตุลาการ นำหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับโดยศาลระหว่างประเทศซึ่งก็คือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา มาบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาท จากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

สัญญาสัมปทานระหว่างลิเบียและบริษัทต่างประเทศทั้งสามบริษัท ซึ่งได้แก่ Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company, Libyan American Oil Company และ British Petroleum Company Ltd. ซึ่งได้กำหนดข้อกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้ในข้อ 28 (7) ดังนี้ คือ

"สัญญาสัมปทานนี้จะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายที่สอดคล้องกัน เช่นว่านี้ สัญญาสัมปทานจะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งศาลระหว่างประเทศหึงนำมาบังคับใช้"

"แม้ว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานทั้งสามฉบับนี้จะกำหนดไว้เช่นเดียวกัน แต่ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมในปัญหาว่า ลิเบียมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะนำมาตราการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่นั้น จากข้อกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาวินิจฉัยกรณีพิพาทดังกล่าว อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณีพิพาทไว้ในแนวทางที่แตกต่างกันดังนี้ คือ

BP.V. Libya อนุญาโตตุลาการ Judge Lagregren ได้วินิจฉัยไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของบริษัท ที่เสนอว่า ข้อกำหนดที่ 28 (7) เช่นนี้ มีความหมายว่า คู่กรณีได้เลือกกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เป็นกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา หรือ ถ้าหากว่าข้อโต้แย้งดังกล่าวไม่ อาจจะเป็นที่ยอมรับได้ หลักกฎหมายทั่วไป จะถือเป็นกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ หรือ สัญญาสัมปทานนั่นเองเป็นที่มาของสิทธิและหนี้ ในทางสัญญาของคู่สัญญา Judge Lagergren แม้ว่า จะยอมรับว่า ข้อกำหนดที่ 28 (7)

นั้นมีผลทำให้สัญญาอยู่นอกเหนือจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายในของรัฐ (to delocalized the contract) โดยได้กล่าวว่า

"อนุญาโตตุลาการไม้อาจจะยอมรับได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองจะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเนื่องจากข้อกำหนด 28 (7) นั้นมิได้มีความหมาย เช่นนี้ หรือว่าสัญญาสัมปทานนั้นถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ระบบกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ คือ กฎหมายที่เป็นไปตามข้อกำหนดการเลือกกฎหมายได้ระบุไว้ ดังเช่น ในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายที่สอดคล้องระหว่างกฎหมายลิเบีย และกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะหลักกฎหมายซึ่งนำมาบังคับใช้โดยศาลระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้ในสัญญา"⁸³

ในกรณีพิพาทครั้งนี้ อนุญาโตตุลาการไม่นำหลักกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ แต่กลับนำหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาบังคับใช้โดยศาลระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเช่นนี้ก็คือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง เพราะเหตุว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลระหว่างประเทศนำมาบังคับใช้ คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 38 (1) (ก) ซึ่งถือว่าเป็นแหล่งที่มาประการหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

Liamco Arbitration อนุญาโตตุลาการ Dr. Mahmassani ได้ตีความข้อกำหนด 28 (7) ว่า หลักกฎหมายแห่งสัญญาสัมปทาน คือ กฎหมายภายในของลิเบีย แต่ข้อกำหนดดังกล่าวนี้เองจะกีดกันกฎหมายลิเบียประการใดที่นำมาบังคับใช้แล้วจะขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁸⁴ อนุญาโตตุลาการได้ตีความว่า หลักกฎหมายลิเบียเช่นนี้

⁸³ 53 I.L.R. 297 at 329 อ้างโดย Greenwood, "State Contracts in International Law in the Libyan Oil Arbitrations.," BYIL (1982), p. 46.

⁸⁴ Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic. I L M. 20 (1981) p. 67

จะรวมถึงบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

"บทบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ จะรวมถึงสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งจะสอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนของลิเบีย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่ง⁸⁵."

บทบัญญัติกฎหมายลิเบียที่อนุญาโตตุลาการกล่าวอ้างนี้ จะรวมถึงกฎหมายอิสลาม ขนบธรรมเนียมประเพณี และหลัก Equity ซึ่งได้กำหนดไว้โดยแจ้งชัดในประมวลกฎหมายแพ่งของลิเบีย เนื่องจากกฎหมายอิสลามถือว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ ระบบกฎหมายทั้งสอง (กฎหมายอิสลามและกฎหมายลิเบีย) ที่กล่าวไว้ในข้อกำหนดที่ 28 (7) โดยทั่วไปจะประกอบด้วยกฎเกณฑ์และหลักกฎหมายที่สอดคล้องตอกันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีที่กฎหมายลิเบียและกฎหมายระหว่างประเทศขัดแย้งกัน หลักกฎหมายทั่วไปจะนำมาบังคับใช้โดยถือเป็นกฎหมายประเภทที่สองที่ผู้กรณีเลือก หลักกฎหมายทั่วไปนี้จะปรากฏในหลักกฎหมายต่าง ๆ เป็นส่วนมากโดยเฉพาะในกฎหมายลิเบียและกฎหมายอิสลาม⁸⁶

Texaco/Calasiatic v. Libya อนุญาโตตุลาการ ศาสตราจารย์ Dupuy ได้วินิจฉัยข้อกำหนดที่ 28 (7) ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาครั้งนี้ คือ การกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญา (หลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ) ในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้เช่นนี้ ถือเป็นทางเลือกกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมาบังคับใช้ในสัญญา เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปเป็นแหล่งที่มาประการหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

⁸⁵Ibid. p. 68.

⁸⁶Ibid. pp.71 - 72

การกำหนดให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และ ประการที่สองการกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ ถือเป็นกรนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา⁸⁷

อนุญาโตตุลาการได้เน้นให้เห็นถึงข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาได้เลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทำให้มีผลเป็นไปได้ว่าสัมปทานอาจจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ลักษณะของสัญญาสัมปทานดังกล่าวถือเป็นสัญญาเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจ ทำให้เห็นว่าคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยเนื่องจากสัญญาดังกล่าวนี้นี้มีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีความจำเป็นที่จะเรียกร้องให้มีความมั่นคงในสัญญา อนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะทำให้เกิดความมั่นคงในสัญญาและทำให้เกิดความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญา⁸⁸

ในการที่ข้อกำหนดที่ 28 (7) กำหนดถึงกฎหมายลิเบียที่จะนำมาบังคับใช้นั้น อนุญาโตตุลาการตีความว่า "หลักกฎหมายลิเบีย" นั้น มีความหมายว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องนำหลักการที่แท้จริงและเป็นพื้นฐานของกฎหมายลิเบียมาบังคับใช้มากกว่าจะนำทบบัญญัติกฎหมายลิเบียโดยตรงมาบังคับใช้ และ "การกำหนดให้นำหลักกฎหมายลิเบียมาบังคับใช้ไม่ได้เป็นการกีดกันในการที่จะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ แต่ในทางตรงข้ามเป็นกรณีธรรมดาโดยทั่วไปที่จะต้องเชื่อมโยงระบบกฎหมายทั้งสอง เข้าด้วยกันโดยระบบกฎหมายแรก (กฎหมายลิเบีย) จะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ"⁸⁹ และกฎหมายลิเบียเช่นเดียวกับกฎหมายภายในอื่น ๆ จะประกอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และเนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปก็ถือเป็นส่วนประกอบของหลักกฎหมายระหว่าง

⁸⁷Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. The Libyan Arab Republic. 18 (1978). p. 15, para. 41.

⁸⁸Ibid. pp. 16 - 18

⁸⁹Ibid. p. 18, para. 49.

ประเทศ⁹⁰

จากการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในปัญหากฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานนั้น จะเห็นว่าการศึกษาความกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้มีความแตกต่างกัน (1) ในคดี *Lena Goldfields* และ *ARAMCO* อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเป็นการแยกส่วนของสัญญาให้อยู่ในบังคับของกฎหมายภายใน หรือ กฎหมายระหว่างประเทศ (2) *Bp.v. Libya* และ *Liamco v. Libya* อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญาจากข้อกำหนดการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาซึ่งได้แก่บทบัญญัติกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ (3) *Texaco/Calasiatic v. Libya* อนุญาโตตุลาการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญามานำมาบังคับใช้ในสัญญา

1.2 ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญา

จากการที่สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมกำหนดให้นำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม นั้น จึงเป็นการกำหนดให้นำกฎหมายภายในของรัฐและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ ในกรณีเช่นนี้ ถ้าหากว่าจะมีการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาแล้ว อนุญาโตตุลาการจะต้องหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ย่อมจะขึ้นอยู่กับอนุญาโตตุลาการว่า จะนำหลักกฎหมายประการใดจากข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตาม หลักการในกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันก็คือ หลักกฎหมายภายในของรัฐจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นที่ไควินิจดัยรับรองไว้ในคดี *Norwegian Claims Case* โดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (*Permanent Court of Arbitration*) ได้กล่าวไว้ว่า "ถ้าหากกฎหมายในทางมหาชนของรัฐฝ่ายหนึ่งในกรณีพิพาทขัดแย้งกับนโยบายในทางระหว่างประเทศแล้ว ... ศาลระหว่างประเทศจะไม่ผูกมัดโดยบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐซึ่ง เป็นคู่กรณีในการระงับข้อพิพาทโดย

⁹⁰Ibid. p. 18, paras. 50 - 51

อนุญาโตตุลาการ"⁹¹ ดังนั้นในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ หลักกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในการระงับข้อพิพาทนั้น ถ้าหากว่าอนุญาโตตุลาการนำหลักกฎหมายภายในมาบังคับใช้ในการระงับข้อพิพาทหลักกฎหมายภายในดังกล่าวย่อมจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่ อนุญาโตตุลาการได้เคยให้คำวินิจฉัยข้อพิพาทเช่นนี้มาแล้ว ดังปรากฏในคดี LIAMCO ด้วยเหตุนี้ในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของไทย เช่นนี้ ถ้าหากว่าได้เกิดมีกรณีพิพาทจากสัญญา และอนุญาโตตุลาการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานแล้ว บทบัญญัติกฎหมายไทยก็จะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

หรืออาจจะเป็นไปได้ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายภายในของรัฐหลายระบบพร้อมกันกับการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศเท่ากับเป็นการแสดงเจตนาชัดแจ้งที่จะให้นิติสัมพันธ์ของตนอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน เพราะอนุญาโตตุลาการเองก็ต้องหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายภายในที่เลือกเสียก่อน และมาเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าสอดคล้องกันหรือไม่ ถ้าไม่สอดคล้องก็ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ ถ้าสอดคล้องก็นำมาบังคับใช้ได้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศควบคุมกฎหมายภายใน การเลือกกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเวลาเดียวกันก็คือ ทำให้นิติสัมพันธ์ของตนอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน เพราะถึงอย่างไรก็ตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีอำนาจบังคับในที่สุด⁹²

ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานเช่นนี้ ไม่อาจจะให้คำตอบที่แน่ชัดในกรณีที่นำกฎหมายภายในและหลัก

⁹¹ Permanent Court of Arbitration, reprinted in 17 A.J.I.L. (1922), p. 388 (arbitration of claims arising from U.S. requisition of Norwegian Ships during World War I) อ้างโดย Neviele, "The Present Status of Compensation by Foreign States for the Taking of Aliens Owned Property", Vanderbilt Journal of Transnational Law. 13 (1980), 59

⁹² ชุมพร บัจจุสานนท์ อ้างแล้ว หน้า 81

กฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ร่วมกัน เพราะการหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจะขึ้นอยู่กับข้อพิพาทในแต่ละกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งแล้วแต่ว่าอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทดังกล่าวจะนำหลักกฎหมายประการใดมาบังคับใช้กับข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตามโดยหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หลักกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท เพื่อความเท่าเทียมกันของคู่กรณี และปัญหาในเรื่องอธิปไตยของรัฐ ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิแต่ผู้เดียว โดยทั่วไปแล้วหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 (ค) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

จากกรณีพิพาทเกี่ยวกับการประเมินค่าภาคหลวง (Royalty assessment) ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่าง Union Oil Company of Thailand and South East Asia Petroleum Exploration Company Ltd. (SEAPEC) และ The Department of Mineral Resources of the Kingdom of Thailand นั้น ในบันทึกของผู้ร้องเรียน (Claimants' Memorial) ซึ่งได้แก่ Union Oil of Thailand & SEAPEC ได้กล่าวถึงกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ คือ บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อ้างถึง คือ หลักกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ สนธิสัญญา จารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป แหล่งที่มาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้รวมทั้งบทบัญญัติกฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทย จะเป็นแนวทางในการวินิจฉัยกรณีพิพาท ศาลแห่งอนุญาโตตุลาการควรจะคำนึงถึง Treaty of Amity and Economic Relation Between the United States of America and the Kingdom of Thailand of May 29, 1966. ⁹³

93

Claimants Memorial in the Matter of Arbitrating Price Used for the Payment of Royalty between Union Oil Company of Thailand & SEAPEC and The Department of Mineral Resources of the Kingdom of Thailand.

2. หลักกฎหมายระหว่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมซึ่งได้กำหนดให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาร่วมกับบทบัญญัติกฎหมายไทยเช่นนี้ อาจจะมีข้อสงสัยว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศอะไรที่จะนำมาบังคับใช้ เพราะถ้าจะกล่าวว่ หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา คือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (public international law) กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองจะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ เอกชนต่างประเทศได้อย่างไรเพราะ เอกชนต่างประเทศยังมีได้มีฐานะ เป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับรัฐ เหตุนี้การที่จะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญานั้น จึงจำต้องทำการพิจารณาว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศอะไรที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา

2.1 หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อนุญาโตตุลาการนำมาบังคับใช้ใน การระงับข้อพิพาทจากสัญญา

ในสัญญาสัมปทานต่าง ๆ นั้น ข้อกำหนดกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า ให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญานั้นมีเป็นจำนวนน้อย ส่วนมากจะเป็นการเลือกกฎหมายทั่วไปต่าง ๆ ที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีนี้จึงถือว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะว่า หลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 (ค) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นแหล่งที่มาประการหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 (ค) นี้หมายถึง หลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยชาติ ซึ่งอาจจะมาจากระบบกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ จากการวินิจฉัยของศาล หรือ อนุญาโตตุลาการ นอกจากศาล หรือ อนุญาโตตุลาการจะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ยังได้นำจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ มาใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาอีกด้วย

จากการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานได้มีการอ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานในคดี *Texaco Overseas Petroleum and anr v. The Government of the Libyan Arab Republic* และ *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment corp.*, ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ดังนี้ คือ

คดี *Texaco Overseas Petroleum and anr v. The Government of the Libyan Arab Republic* ซึ่งเป็นกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานระหว่างบริษัทและรัฐบาลลิเบีย จากการที่ลิเบียได้ประกาศกฤษฎีกาการโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างมาเป็นของรัฐ ซึ่งในกรณีนี้ถือว่าลิเบียได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาใช้กับบริษัทฯ อนุญาโตตุลาการผู้วินิจฉัยข้อพิพาท ศาสตราจารย์ Dupuy ได้วินิจฉัยปัญหากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาค้างนี้ คือ

จากข้อกำหนดที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา แสดงว่าคู่กรณีมิได้เลือกกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นการแสดงเจตนารมณ์ที่จะให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในสัญญาอยู่นอกเหนือจากระบบกฎหมายภายใน โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้จะอยู่ในขอบข่ายของกฎหมายระหว่างประเทศสาขาใหม่ คือ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญา (International law of contract)⁹⁴ การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) ของรัฐบาลลิเบียครั้งนี้จึงเป็นการละเมิดหน้าที่ในทางสัญญาสัมปทานดังกล่าว สัญญาสัมปทานนี้มีผลบังคับโดยหลักข้อตกลงพึงต้องปฏิบัติตาม (Pacta sunt servanda) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของสัญญา⁹⁵

⁹⁴Texaco awards, op. cit., p. 13, para 32.

⁹⁵Ibid, p. 13, para. 32.

คดี Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corp. ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่าง Revere Copper and Brass, Inc. และ Overseas Private Investment Corporation (OPIC) จาก การที่รัฐบาลจาไมกา ได้ประกาศการขึ้นอัตราภาษีที่เรียกเก็บจากแร่ Bauxite ทำให้บริษัทไม่อาจจะดำเนินกิจการต่อไปได้อันถือเป็นการละเมิดสัญญาที่บริษัทได้กระทำไว้กับรัฐบาลจาไมกา Revere Copper and Brass, Inc. ได้ทำสัญญาค้ำประกัน การลงทุนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการลงทุนตามข้อกำหนดในบทบัญญัติของ OPIC Revere Copper and Brass Inc. ได้ฟ้องร้องต่อ OPIC ให้ทำการ ชดใช้ค่าเสียหายให้กับบริษัทจากการละเมิดสัญญาของรัฐบาลจาไมกาในสัญญาสัมปทาน โดยอ้างว่าการกระทำของรัฐบาลจาไมกา มิได้เป็นไปตามข้อกำหนดที่ 1.15 ของ OPIC contract ซึ่งจะทำให้บริษัทฯ ไม่อาจจะเรียกร้องค่าเสียหายจาก OPIC ได้ เพราะการกระทำของรัฐบาลจาไมกา มิได้เป็นแต่เพียงการละเมิดมาตรฐานระหว่าง ประเทศ แต่ยังทำให้บริษัทไม่อาจจะเข้าดำเนินการควบคุมเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สิน หรือ การก่อตั้งสิทธิ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของทรัพย์สินของบริษัท อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยปัญหา เกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในสัญญาไว้ดังนี้ คือ

"เรายอมรับหลักกฎหมายของจาไมกาที่จะนำมาบังคับใช้กับข้อกำหนด โดยทั่วไปของสัญญา แต่เราไม่อาจจะยอมรับว่าการนำหลักกฎหมายจาไมกามาบังคับ ใช้ในข้อกำหนดเหล่านี้ จะเป็นการกีดกันมิให้นำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนก คดีเมือง ซึ่งจะมีผลบังคับเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในการทำให้เกิดความเสียหาย แก่คนต่างชาตินำมาบังคับใช้"⁹⁶

2.1.1 หลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาบังคับ ใช้ในสัญญาสัมปทานจะได้อีกหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 38 (ก) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คำว่า หลักกฎหมายทั่วไปได้มีการให้ความ หมายไว้โดยนักกฎหมายต่าง ๆ ดังเช่น

⁹⁶Revere Copper & Brass, Inc. v. O.P.I.C., 17 ILM (1978), p. 1321, 1331.

Lord Phillimore ได้ให้ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปว่า "หลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับโดยศาลของประเทศต่าง ๆ"⁹⁷

Anzilotti ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่า หมายถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาก่อนโดยมีหลักกฎหมายภายในเป็นส่วนเสริม⁹⁸

Dr. Cheng ได้ให้ข้อสรุปเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปว่า "เป็นการไม่มีประโยชน์ที่จะหาว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายภายใน เพราะเหตุว่า ลักษณะที่แน่ชัดของหลักกฎหมายเหล่านี้ คือ หลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นหลักกฎหมายที่มีได้มาจากหลักกฎหมายใดโดยเฉพาะ แต่มาจากหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป"⁹⁹

F.A. Mann ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศดังนี้ คือ

"หลักกฎหมายทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อาจครอบคลุมไปยังกฎหมายเอกชน อันเป็นที่ยอมรับกันในกระบวนการเปรียบเทียบกฎหมาย หรือ โดยการพิจารณาจากหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายของกลุ่มประเทศใด ซึ่งสัญญาที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุด (คอมมอนลอว์ ประมวลกฎหมายลาติน และ กฎหมายอื่น ๆ) หรือ แม้แต่ระบบกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง"¹⁰⁰

⁹⁷ Phillimore, Scheme reality resembled natural law, p.335
อ้างโดย Cheng, General Principles of Law As Applied by International Courts and Tribunals. p. 25.

⁹⁸ Anzilotti, Cours de Droit International. Vol. I, (1929)
อ้างโดย Kuusi, op. cit., p. 19.

⁹⁹ Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. (London : Stevens & Sons Ltd., 1953), p. 390.

¹⁰⁰ Mann, "The Law Governing State Contracts" BYIL. (1964), p. 19.

ด้วยเหตุนี้ หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยชาติ จึงสรุปได้ว่า หมายถึง กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจากหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับกันโดยรัฐต่าง ๆ เพื่อที่จะนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในทางกฎหมาย ตลอดจนหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศ ในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ หลักกฎหมายทั่วไปประการใดที่ศาลหรือ อนุญาโตตุลาการจะนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น เป็นปัญหาที่จะต้องนำมาพิจารณา ตลอดจนแหล่งที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป และการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญานั้นจะกระทำได้อย่างไร

2.1.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานในกรณีพิพาทต่าง ๆ ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทาน อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปไว้ในคดีต่าง ๆ ดังนี้ คือ

คดี Lena Goldfields Ltd. Arbitration

อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 วรรคแรก (ก) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมมาบังคับใช้ โดยได้นำหลักการลามมิกเวรได้ (unjust enrichment) มาบังคับใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย¹⁰¹

Abu Dhabi case ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่าง Petroleum Development Ltd. กับ Sheik of Abu Dhabi ในสัญญาสัมปทานฉบับนี้ บทบัญญัติกฎหมายที่คู่กรณีเลือกไม่ขัดแย้ง ในสัญญามีข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องนี้แต่เพียงว่า "คู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญาด้วยเจตนาอันดีงามด้วยความจริงใจ และ...จะตีความสัญญาอย่างมีเหตุผล ศาลได้วินิจฉัยในปัญหาว่าหลักกฎหมายอะไรที่จะนำมาบังคับใช้ โดยกล่าวว่า " ... ไม่มีหลักกฎหมายใดอันมีเหตุผลสมควรจะมีอยู่ การดำเนินการเกี่ยวกับการให้ความ

¹⁰¹ The Lena Goldfields Arbitration, อ้างโดย Mc Nair, The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, BYIL (1957) p. 11 - 12.

ยุติธรรมในกรุงอาบูดาบี กระทำโดยการใช้อำนาจของเจ้านคร โดยมีพื้นฐานมาจาก
กัมภีร์โคหร่าน จึงไม่สมควรที่จะกล่าวว่าเป็นดินแดนเช่นนี้ จะมีหลักกฎหมายประการใด
สำหรับการตีความสัญญาในทางพาณิชย์แบบใหม่เช่นนี้ และศาลก็ไม่พบว่าจะมีหลักกฎหมาย
ของอังกฤษประการใดที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณีได้ แต่ตรงกันข้ามข้อกำหนดในสัญญาข้อ
ที่ 17 จะขจัดไปซึ่งกฎหมายภายในของรัฐใดที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาได้อย่างเหมาะสม
ข้อกำหนดในสัญญานำมาซึ่งหลักการของกฎหมาย อันมีพื้นฐานมาจากความสำคัญอันตั้งาม
ตลอดจนทางปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปโดยนานาอารยชาติ อันเป็นประเภทของ
กฎหมายที่เรียกว่า modern law of nations¹⁰²

ในกรณีพิพาทระหว่าง Ruler of Qatar v. International Marine
Oil Company Ltd. ในสัญญาสัมปทานไม่ได้มีการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้
โดยชัดแจ้ง แม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งว่าการระงับข้อพิพาทควรจะทำโดยกฎหมายอิสลาม
แต่อนุญาโตตุลาการไม่ได้เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งนี้กลับวินิจฉัยปัญหากฎหมายที่จะนำมา
บังคับใช้ในสัญญาดังนี้ คือ

"ในความคิดของข้าพเจ้า คู่สัญญามีได้มีเจตนาที่จะนำกฎหมายอิสลามมา
บังคับใช้ แต่ได้มีเจตนาที่จะให้สัญญานี้บังคับโดยหลักกฎหมายอันใดแก่ หลัก Equity
และความสำคัญอันตั้งาม¹⁰³

Sapphire International Petroleum Ltd. v. National
Iranian Oil Company บทบัญญัติในสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ เพียงแต่

¹⁰²Petroleum Developments (Trucial Coast) Ltd., and the
Ruler of Abu Dhabi, อ้างโดย McNair, The General Principles of Law
Recoquized by Civilized Nations, op. cit, p. 12 - 13.

¹⁰³Arbitration between the Ruler of Qatar and International
Marine Oil Company. ILR (1953), p. 534. 545, อ้างโดย Cattan.p. 54



กล่าวว่า "คู่สัญญาตกลงที่จะให้มีการปฏิบัติตามสัญญาโดย เจตนาอันสุจริต และปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนาอันดีงาม" (in a spirit of good faith and reciprocal goodwill) และในภาวะการณ์ที่จะถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยนั้น ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาท ได้วินิจฉัยปัญหากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ไว้โดยอ้างถึงการปฏิบัติที่ได้กระทำมาก่อนหน้านั้นของ NIOC ในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาจะมีผลเป็นการนำสัญญาออกไปนอกระบบกฎหมายภายใน (denationalized) องค์กรประกอบเช่นนี้เองทำให้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้กระทำขึ้น (lex loci contractus) และกฎหมายแห่งถิ่นที่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญา (lex loci solutionis) ไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาได้ นอกไปจากนี้เนื่องจากสถานที่ในการระงับข้อพิพาทไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน ดังนั้นกฎหมายแห่งถิ่นที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ในสัญญาได้ สรุปได้ว่า สัญญานี้จะบังคับโดยหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยชาติโดยกล่าวไว้ดังนี้คือ

"เนื่องจากสถานที่ในการระงับข้อพิพาทจากสัญญากระทำที่สวิสเซอร์แลนด์ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของสวิสฯ จะนำมาบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายแห่งสถานที่ศาลอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ (lex fori) เพื่อที่จะกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในการตีความและการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตาม เมื่อกำหนดถึงทัศนะของนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอันมีคุณวุฒิสูงยิ่ง ซึ่งได้มีข้อคิดเห็นว่า เนื่องจากอนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจอย่างเต็มที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาท คู่สัญญาได้ตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา อนุญาโตตุลาการจึงไม่ผูกมัดว่าจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแห่งสถานที่ในการระงับข้อพิพาท หลักการเช่นนี้มีผลผูกพันเป็นอย่างยิ่งและในเมื่อคู่สัญญาไม่ได้กำหนดสถานที่ในการระงับข้อพิพาทเพียงแต่กำหนดการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ จึงไม่อาจสรุปได้ว่า คู่สัญญาตกลงกันในปัญหาเรื่องสถานที่ที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกฎหมายขัดกัน 104

¹⁰⁴Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company. อ้างโดย Lalive, Contracts between Astate or A State Agency and A Foreign Company ICLQ. 13 (1964), p. 1011

... จะต้องตระหนักว่า สัญญาค้างกล่าวนี้นี้แตกต่างไปจากสัญญาทางการพาณิชย์ โดยทั่วไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ประการแรก คือ สัญญานี้กระทำระหว่างบริษัทแห่งชาติ หรือ บริษัทซึ่งมีสถานภาพเป็นบริษัทของรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่าย คือ บริษัทเอกชนต่างประเทศ ซึ่งมีสถานภาพเป็นเอกชนต่างประเทศ วัตถุประสงค์ของสัญญาก็มิใช่การค้าพาณิชย์โดยทั่วไป ในทางตรงกันข้ามเป็นการอนุมัติให้สัมปทานในการขุดเจาะสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติในอาณาบริเวณดินแดนอิหร่านเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติจะรวมถึงข้อผูกมัดในการลงทุน และการก่อสร้างโรงงานอันวาร์ สัญญานี้กำหนดสิทธิซึ่งมิได้เป็นแค่เพียงสิทธิในทางสัญญา แต่ยังเป็นการอนุมัติสัมปทานให้แก่บริษัทในการที่จะเป็นเจ้าของและมีอำนาจเหนือดินแดนของรัฐตามระยะเวลาในสัมปทาน... ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่บริษัทควรจะได้รับการคุ้มครองจากการเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติกฎหมายอิหร่าน ซึ่งจะมีผลกระทบต่อสัญญาโดยได้รับหลักประกันในสัญญาค้างกล่าวที่จะทำ ด้วยเหตุนี้สัญญาจึงไม่อาจจะนำกฎหมายอิหร่านอันเป็นกฎหมายที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐ ที่จะเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา¹⁰⁵

ด้วยเหตุนี้ อนุญาโตตุลาการจึงเลือกกฎหมายทั่วไปบังคับบัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ และจึงเป็นการเหมาะสมเป็นที่สุดที่จะกล่าวว่า เจตนาของคู่สัญญาที่แสดงไว้โดยปริยายนั้น ไม่ต้องการที่จะนำหลักกฎหมายโคมาบังคับใช้ แต่คู่สัญญาต้องการที่จะนำหลักกฎหมายที่มีเหตุผลอันเป็นที่ยอมรับโดยนานาชาติมาบังคับใช้หลักกฎหมายเหล่านี้ซึ่งปรากฏในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในฐานะเป็นแหล่งที่มาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่ง ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำหลักกฎหมายประการนี้มาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ เป็นจำนวนมากในคดีต่าง ๆ ¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ibid. pp. 1011 - 1012.

¹⁰⁶ Ibid. pp. 1013.

Kingdom of Saudi Arabia and the Arabian American Oil Company ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่างซาอุดีอาราเบียและ Arabian American Oil Company ในสัญญาสัมปทานได้กำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ไว้ ดังนี้ คือ การวินิจฉัยข้อพิพาทจะกระทำโดยกฎหมายของซาอุดีอาราเบียเกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ภายในเขตอำนาจศาลของซาอุดีอาราเบียและในกรณีอื่น ๆ ที่อยู่นอกเขตอำนาจศาลดังกล่าวจะวินิจฉัยโดยกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเลือกนำมาบังคับใช้ในการระงับข้อพิพาท

จากข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ว่า ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ แต่กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้นี้ มิได้ให้นำมาบังคับใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง แต่นำมาบังคับใช้โดยกฎเกณฑ์ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

"ในกรณีที่เป็นที่สงสัยในสาระสำคัญ หรือ ความหมายของความตกลงระหว่างคู่สัญญานั้น จำเป็นที่จะต้องกำนังถึงหลักกฎหมายทั่วไปและนำหลักกฎหมายเช่นนี้มาบังคับใช้เพื่อที่จะตีความ หรือ แม้แต่จะอุดช่องว่างของสิทธิและหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญา" ¹⁰⁷

ด้วยเหตุนี้ ศาลถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองจะนำมาบังคับใช้กับกรณีต่าง ๆ ในสัญญาสัมปทาน เมื่อมีเหตุผลเป็นที่แน่ชัดว่า กรณีดังกล่าวเหล่านั้นนำไปสู่ข้อสรุปว่าไม่อาจจะนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งมาบังคับใช้ ดังเช่นในกรณีเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเล อธิปไตยของรัฐเหนือน่านน้ำ และความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ¹⁰⁸ สัญญาสัมปทานเช่นนี้มีผลสมบูรณ์ใน

¹⁰⁷ Kingdom of Saudi Arabia and Arabian American Oil Company Award. p. 61 อ้างโดย Hyde, "Economic Development Agreements" RCADI. (1962 : I), pp. 316 - 317

¹⁰⁸ Award. p. 65. Ibid. p. 317.

ทางกฎหมาย โดยหลักเกณฑ์ของกฎหมาย คือ หลักสิทธิที่ได้รับ (acquired rights)¹⁰⁹

Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Company. อนุญาโตตุลาการได้เลือกนำกฎหมายทั่วไปในรูปแบบที่จะนำมาบังคับใช้ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน จากข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งได้กำหนดไว้ดังนี้ คือ

First Annex, Second Part, XII. in the 1973 Agreement

"ความตกลงระหว่างคู่สัญญาจะตีความและนำมาบังคับใช้โดยหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รู้จักกันในกฎหมายอุเทศและหลักกฎหมายของรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา และในกรณีที่ไม่มีความหมายเช่นว่านี้ จะนำหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับโดยรัฐต่าง ๆ ที่เจริญแล้วนำมาบังคับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่นำมาบังคับใช้โดยศาลระหว่างประเทศ"¹¹⁰

Article III, 2 of 1979 Arbitration Agreement "หลักกฎหมาย

ที่นำมาบังคับใช้กับสิ่งที่เป็นสาระสำคัญระหว่างคู่สัญญาจะกำหนดโดยศาล โดยเป็นการพิจารณาจากคุณสมบัติของคู่สัญญา ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาซึ่งเคลื่อนตัวออกนอกขอบข่ายของระบบกฎหมายภายใน รวมตลอดถึงหลักกฎหมายต่าง ๆ และทางปฏิบัติที่กระทำกันในปัจจุบัน"¹¹¹

อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยถึงปัญหากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในการระงับข้อพิพาทจากข้อกำหนดกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยกล่าวว่า

"กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้อันมีที่มาจากแหล่งต่าง ๆ นั้น มิได้มีความขัดแย้งกันเลยในกรณีนี้ โดยแท้จริงแล้วจากที่ได้อ้างไว้แต่เดิม กฎหมายระหว่างประเทศประกอบอยู่ในหลักกฎหมายอุเทศ หลักกฎหมายทั่วไปจะตอบสนองต่อสิทธิอันเป็นที่รับรองของรัฐในฐานะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดที่จะคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของรัฐ ถ้าองค์ประกอบ

¹⁰⁹ Award. p. 127. Ibid. 317.

¹¹⁰ The Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Company (AMINOIL), ILM. 21 (1982), p. 1000, para. 6.

¹¹¹ Ibid. p. 1000. para. p. 8.

จากหลักกฎหมายที่แตกต่างกันเหล่านี้ไม่ได้ผสมกลมกลืนกันอย่างเหมาะสม ดังเช่น ในกรณีพิพาทครั้งนี้แล้ว สิทธิของสัญญาย่อมจะไม่ได้รับประโยชน์จากหลักกฎหมายเหล่านี้ ดังนั้นหลักกฎหมายเหล่านี้จะเข้าร่วมกันเป็นกฎเกณฑ์กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการลงทุนในอนาคต ที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาค้างกล่าว¹¹²

ในกรณีพิพาทครั้งนี้ นอกจากอนุญาโตตุลาการจะได้วินิจฉัยให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท (หลักกฎหมายทั่วไปที่มีที่มาตามบทบัญญัติมาตรา 38 (ก) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ) อนุญาโตตุลาการยังได้เสนอข้อคิดเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนี้จะเป็นแนวทางของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาบังคับใช้ในความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศในอนาคต

2.1.1.2 แหล่งที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา แหล่งที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานเหล่านี้ จากคำพิพากษาในคดีจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายภายในของรัฐ เพราะสัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ในกฎหมายภายใน ดังนั้นกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในระบบกฎหมายภายในเกี่ยวกับสัญญาจึงมีการพัฒนากันไปมาก ตลอดจนมีคำพิพากษาที่วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการนำเอากฎหมายว่าด้วยสัญญามาใช้อย่างแน่นแฟ้น ศาลอนุญาโตตุลาการจึงอาจนำกฎหมายภายในเกี่ยวกับสัญญามาใช้ได้ โดยนำเอาเทคนิคของกฎหมายเปรียบเทียบมาใช้เพื่อค้นคว้าหาหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญามาใช้¹¹³

ศาสตราจารย์ Ripert ได้เคยให้ความเห็นในบทความเกี่ยวกับ เรื่องกฎเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งที่นำมาบังคับใช้กับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่า

"เราสามารถที่จะพบกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ถึงหลักกฎหมายต่าง ๆ ในทางค่านนี้ที่ได้มาจากเทคนิคทางกฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า

¹¹²Ibid. p. 1001. para. p. 10.

¹¹³ชุมพร บัจจุสานนท์ อ่างแล้ว หน้า 98

หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักสากลโดยทั่วไปที่มีผลสำหรับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศ"

ในความคิดของศาสตราจารย์ Ripert หลักกฎหมายสากลทั่วไปดังกล่าวก็ควรที่จะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนานาชาติ (Le droit des gens) ด้วย¹¹⁴

ในการหาหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะพิจารณาในข้อเท็จจริงของคดี แล้วหาหลักกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องข้อเท็จจริงในคดีนั้นมาพิจารณาเพื่อหาหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักกฎหมายภายในเหล่านั้นที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยวิธีการของกฎหมายเปรียบเทียบ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์การยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล" ไม่ว่าทัศนะของนักกฎหมายต่อการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญาจะแตกต่างกันอย่างไร แต่หลักกฎหมายทั่วไปก็ยังนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเนื่องจากลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป เพราะเหตุว่าสัญญาการค้าระหว่างประเทศ จำต้องอาศัยหลักกฎหมายในกฎหมายเอกชนเพื่อที่จะอุดช่องว่างของหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งเรา่อมจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องให้ความร่วมมือโดยกฎหมายการทูต โดยทั่วไปอาจจะกล่าวได้ว่า การก่อกำเนิดของหลักกฎหมายต่าง ๆ ในสัญญาเหล่านี้ ดังเช่น การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitutio) และการละเมิด โดยประการใดนั้นเป็นการนำหลักกฎหมายเอกชนมาสู่ขอบข่ายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง"¹¹⁵

จากการศึกษาคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น ทำให้ได้ข้อสรุปว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศนั้น มิใช่เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งโดยสภาพแล้ววางนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากการนำหลักเกณฑ์ของ

¹¹⁴Ripert, Les règles du droit civil applicable aux rapport internationaux", R C A D I (1933), p. 569 อ้างโดย

ชุมพร บัจจุสานนท์ หน้า 98.

¹¹⁵Friedmann, General Course in Public International Law" R C A D I (1969 : II), p. 150.

กฎหมายภายในในเรื่องนั้น ๆ มาเปรียบเทียบดูว่าอะไรเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้น ๆ
 ดังเช่น คดี *Lena Goldfields Ltd. Arbitration* อนุญาโตตุลาการให้นำหลัก
 กฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้¹¹⁶
 คดี *Abu Dhabi* อนุญาโตตุลาการนำหลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากความมีเหตุผล
 แนวทางปฏิบัติทั่วไปของชาติที่เจริญแล้วมาใช้ (principles rooted in the good
 sense and common practice of the generality of civilized nations)¹¹⁷
 คดี *Sapphire International Petroleum Ltd v. N.I.O.C.* อนุญาโตตุลาการ
 ให้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไป อันเกี่ยวเนื่องกับเหตุผลและการปฏิบัติทั่วไปของชาติที่เจริญแล้ว
 หรือหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับโดยชัดแจ้งมาบังคับใช้ในกรณีพิพาท¹¹⁸ *Aramco Case*
 อนุญาโตตุลาการให้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญา¹¹⁹ คดี *Kuwait*
v. American Independent Oil Company อนุญาโตตุลาการให้นำหลักกฎหมายทั่วไป
 ที่จะก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนในอนาคตมา
 บังคับใช้ในสัญญา¹²⁰

ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนซึ่งมีองค์ประกอบต่างชาตินี้ การนำหลัก
 กฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญาจะมีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง เพราะเนื่องจาก
 หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองยังไม่มีการพัฒนาที่พอเพียงจะนำมาบังคับใช้

¹¹⁶The *Lena Goldfields Arbitration*, B Y I L. 1957 p. 12

¹¹⁷*Arbitration between Petroleum Development Ltd. and the Sheikh of Abu Dhabi*, I C L Q (1952), p. 247

¹¹⁸*Sapphire International Petroleum Ltd v. The National Iranian Oil Company* อ้างโดย Lalive op. cit., p. 1011

¹¹⁹*Kingdom of Saudi Arabia and Arabian American Oil Company Award*. p. 61

¹²⁰*The Government of the State of Kuwait and the American Independent Company*. ILM. 21 (1982), p. 1001.

ในสัญญาดังกล่าว อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา เมื่อนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจะกล่าวโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายถึงหลักกฎหมายอันเป็นที่รู้จักกันในกลุ่มประเทศในภาคพื้นต่าง ๆ ของประชาคมระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไปในกลุ่มประเทศของสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศใด แม้ว่า จะยังไม่มีข้อจำกัดในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาวินิจฉัยข้อพิพาทก็ตาม แต่โดยทั่วไปแล้ว จะนำหลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากกฎหมายภายในของประเทศที่ศาลยอมรับ และเป็นกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญา ตลอดจนความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญา

2.1.2 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นแหล่งที่มาอีกประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะต้องประกอบด้วย องค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) ทางปฏิบัติระหว่างประเทศ อันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ทางปฏิบัติเช่นนี้จะต้องไม่มีความขัดแย้ง และเป็นที่แพร่หลายในหมู่ประชาคมระหว่างประเทศ คือ หมายความว่า จะต้องแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป (2) องค์ประกอบในทาง *opinio juris* ทางปฏิบัติที่จะเป็นจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น นอกจากจะเป็นทางปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้ว ยังจะต้องมีความเชื่อโดยรัฐที่เกี่ยวข้องว่าเป็นกฎหมาย มีผลบังคับแก่สิทธิ หรือ หน้าที่ความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในลักษณะที่แตกต่างจากความเชื่อที่ว่า ทางปฏิบัติเหล่านั้นเป็นไปเพื่อความสะดวกหรืออธยาศัยไมตรีระหว่างกัน¹¹⁶

จารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ได้มีการนำมาเป็นหลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทาน ดังเช่น ในคดี ARAMCO อนุญาโตตุลาการได้นำธรรมเนียมประเพณีและทางปฏิบัติในธุรกิจน้ำมันมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา โดยกล่าวไว้ดังนี้ คือ

¹¹⁶ Mosler, "The International Society as a Legal Community" R C A D T (1974 : IV), p. 121.

"เป็นการยอมรับโดยชัดแจ้งของคู่สัญญาในการนำจารีตประเพณีและทางปฏิบัติในทางอุตสาหกรรมน้ำมันมาบังคับใช้ จารีตประเพณีและทางปฏิบัติเช่นนี้จะเข้ามาอุดช่องว่างในกฎหมาย"

.....

ในการพิจารณาส่วนประกอบระหว่างประเทศของสัญญาสัมปทาน ดังเช่น ส่วนประกอบในการขยายและการขนส่งน้ำมันและผลิตภัณฑ์น้ำมันไปยังรัฐต่างประเทศ ตลอดจนการขายในราคา F.O.B. ศาลถือว่า องค์ประกอบเหล่านี้จะกำหนดโดยธรรมเนียมประเพณีและทางปฏิบัติที่กระทำกันมาก่อนของกฎหมายพาณิชย์นาวี และธรรมเนียมประเพณีทางปฏิบัติในการพาณิชย์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับน้ำมัน ... สิทธิที่อนุวัติให้ในสัญญาตามข้อ 1 แสดงโดยปริยายถึงสิทธิของผู้รับสัมปทาน ที่จะดำเนินการในทางพาณิชย์อันจำเป็นสำหรับการส่งสินค้าออก และการดำเนินการเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามธรรมเนียมประเพณีในธุรกิจระหว่างประเทศเกี่ยวกับน้ำมัน ดังเช่น การขายในราคา F.O.B.¹¹⁷

ดังนั้น หลักจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศจึงถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศอีกประการหนึ่งที่อนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอาจนำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท

3.4 ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในสัญญา (Arbitration Clause)

ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและเอกชนต่างประเทศ จะมีการกำหนดเป็นข้อตกลงไว้ในสัญญาว่า หากมีข้อพิพาทจากสัญญาให้คู่สัญญาคำเนินการระงับข้อพิพาทโดยเสนอเป็นข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการทำการวินิจฉัยข้อพิพาท ข้อตกลงวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการนี้ปรากฏในสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม สำหรับในสัญญาเงินกู้นั้นมีเป็นจำนวนน้อยมาก

¹¹⁷ Aramco award. IIR. 27. p. 171 อ้างโดย Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration (New York : Ocenna Publications, Inc., 1978), p. 466

ข้อตกลงที่จะให้มีการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนี้เป็นที่นิยมในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและบริษัทต่างประเทศ เนื่องจากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมไม่ยินดีที่จะเสนอข้อพิพาทจากสัญญาให้อยู่ในอำนาจวินิจฉัยโดยศาลภายในของรัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ไม่ว่าจะ เป็นศาลภายในของคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือศาลภายในของคู่สัญญาฝ่ายบริษัทต่างประเทศ เหตุผลที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างรัฐและบริษัทต่างประเทศนิยมที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น เนื่องมาจาก

(1) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำโดยอนุญาโตตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้โดยเฉพาะ ซึ่งจะวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา โดยหลักเกณฑ์ในกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับโดยคู่สัญญาตลอดจนผู้อื่นโดยทั่วไป

(2) การระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถกระทำ ได้โดยไม่เปิดเผย อันต่างจากการพิจารณาคดีโดยศาลซึ่งจะต้องกระทำโดยเปิดเผย อันจะเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะคู่สัญญาที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย อันเกิดจากการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย

(3) เนื่องจากในสัญญาประเภทนี้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลระหว่างประเทศ (international persons) ย่อมตกตติสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองที่จะได้รับสิทธิเกี่ยวกับความคุ้มกันจากอำนาจศาลของรัฐต่างประเทศ (immunity of foreign states) อันจะเป็นการขัดขวางในการที่จะฟ้องร้องและการดำเนินคดีที่จะมีต่อคู่สัญญาฝ่ายนี้ได้

(4) นอกจากนี้ การที่คู่สัญญาตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลภายในของรัฐในบางกรณีจะเกี่ยวโยงไปถึงบทบัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐ หรือ บทบัญญัติทางกฎหมายประการใดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะมีผลเป็นข้อขัดข้องหรือความไม่สะดวกในการฟ้องร้อง ซึ่งจะรวมถึง กระบวนการพิจารณาทางศาลที่จะกระทำต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่ต้องการ องค์ประกอบในทางกฎหมายบางประการจากเหตุผลที่กล่าวมานี้เองก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายในการดำเนินคดี

(5) ข้อตกลงระงับกรณีพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะสามารถเสนอสถานที่ทำการพิจารณาข้อพิพาทได้อย่างเป็นธรรมที่สุด โดยไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลภายในของคู่สัญญาฝ่ายใดก็ได้

ด้วยเหตุนี้ การระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจจะเป็นอนุญาโตตุลาการในแบบอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad-hoc arbitration) หรือ โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institutional arbitrations) จึงเป็นที่นิยมให้เป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา อนุญาโตตุลาการเหล่านี้จะวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา โดยบทบัญญัติกฎหมายในทางสารบัญญัติ หรือ วิธีบัญญัติตามที่คู่กรณีได้กำหนดไว้ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในสัญญา ได้อย่างเหมาะสมและสะดวกกว่าการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาโดยศาล และสิ่งที่สำคัญที่สุดสำหรับกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศก็คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศไม่สามารถจะใช้อำนาจทางกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ ย่อมเห็นเกรงว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนรัฐอาจดำเนินการในกระบวนการพิจารณาคดีทั้งในฐานะคู่สัญญาและในฐานะผู้พิพากษาในคดีเดียวกัน หากมีการดำเนินการฟ้องร้องกรณีพิพาทจากสัญญาโดยศาลของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ¹¹⁸

3.4.1 ความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการนั้นถือได้ว่าเป็นส่วนที่แยกไปต่างหากจากบทบัญญัติหลักของสัญญา และถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดโต้แย้งความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของบทบัญญัติหลักของสัญญา ความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของข้อตกลงระงับกรณีพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะได้รับการพิจารณาจากอนุญาโตตุลาการมิใช่จากศาล ในอีกกรณีหนึ่งหมายความว่า อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญานั้นมาจากข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั่นเอง¹¹⁹ ข้อตกลงระงับข้อพิพาทใน

¹¹⁸Cattan, op. cit., p. 141

¹¹⁹C.M. Schmitthoff, "Defective Arbitration Clauses"

สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ เช่นเดียวกับข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท จากสัญญาอื่น ๆ ก็คือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถที่จะยกเลิกข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท จากสัญญาด้วยการใช้อำนาจของรัฐได้ฝ่ายเดียว รัฐไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไข แต่ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับกระบวนการที่กำหนดขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทโดยการใช้อำนาจใน ฐานะรัฐอธิปไตย ดังเช่น การปฏิเสธที่จะยอมรับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา หรือ โดยขัดขวางการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการ กระทำต่าง ๆ ของรัฐ การกระทำของรัฐเช่นนี้จะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย นอกไปจากนี้ เป็นไปได้อีกที่จะยอมรับว่าการที่รัฐเพิกถอนสัญญานั้นจะเป็นข้ออ้างได้ว่า ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการได้สิ้นสุดลงด้วย ดังข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการนี้เป็นที่ยอมรับ กันโดยทั่วไปว่าเป็นข้อกำหนดที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากข้อกำหนดอื่น ๆ ในสัญญาและ ทั้งนี้การที่สัญญาไม่มีผลบังคับ หรือ สัญญาได้สิ้นสุดลงโดยสาเหตุใดก็ตามก็จะไม่มีผลถึง ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ¹²⁰

ความเป็นเอกเทศของข้อกำหนดระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ได้ เป็นที่รับรองโดย Arbitrations Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (1976) มาตรา 1 ย่อนหน้าที่ 2 ซึ่งได้บัญญัติ ไว้ดังนี้คือ

"ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และซึ่งได้กำหนด วิธีการระงับข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายเหล่านี้จะถือเสมือนเป็นความ ตกลงที่เป็นเอกเทศจากข้อกำหนดอื่น ๆ ในสัญญา การวินิจฉัยโดยศาลอนุญาโตตุลาการ ว่าสัญญาเป็นโมฆะและไม่มีผลสมบูรณ์ จะไม่มีผลต่อข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการอื่นทำให้ ไม่มีผลในทางกฎหมาย¹²¹

¹²⁰Weil, *Problèmes Relatifs aux Contrats Passés entre un État et un Particulier*, op. cit., p. 222.

¹²¹Reprinted in I. *International Commercial Arbitration*, 181, 190 (C.M. Schmitthoff. ed., pt. I, 1979)

3.4.2 ลักษณะของอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างส่วน

ราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัท เอกชนต่างประเทศ

จากบรรดาข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทจากสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือ รัฐวิสาหกิจและเอกชนต่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการนั้น อาจจะแบ่งประเภทของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนี้ คือ

3.4.2.1 การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

เฉพาะกิจ (Ad-hoc arbitration) ซึ่งหมายถึงว่า คู่สัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัท เอกชนต่างประเทศ ตกลงที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งตามบทบัญญัติแห่งสัญญาเป็นกรณีไป ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการเช่นนี้จะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สถานที่พิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในการระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยประกอบด้วยบทบัญญัติกฎหมายทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ดังเช่นในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งได้กำหนดการระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการในแบบอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad-hoc arbitration) ไว้โดยกฎกระทรวงฯ ข้อ 13 ดังนี้ คือ

ข้อ 13 (2) เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อนุญาโตตุลาการรวมกันแต่งตั้งผู้ชี้ขาดหนึ่งคน

(3) ให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบภายในหกสิบวันนับแต่วันที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาดังกล่าว คู่กรณีอีกฝ่ายอาจร้องขอให้ประธาน...¹²²

¹²² การกำหนดให้ประธานแห่งสถาบันใดเป็นผู้แต่งตั้งผู้ชี้ขาดแทนนั้น จะเป็นการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างคู่สัญญาในขณะที่มีการทำสัญญา

แต่งตั้งผู้ชี้ขาดแทน

(4) ให้อนุญาตตุลาการแต่งตั้งผู้ชี้ขาด

ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการครบทั้งสองคนแล้ว ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่แต่งตั้งหรือไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งผู้ชี้ขาดภายในกำหนดเวลาดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจร้องขอให้ประธาน...¹²³ แต่งตั้งผู้ชี้ขาดแทน

.....

(7) โดยเหตุผลใดก็ตาม ถ้าไม่มีการแต่งตั้ง

อนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด หรือมิได้มีการแต่งตั้งผู้อื่นแทนผู้ที่พ้นจากตำแหน่งตาม (3) หรือ (4) หรือ (5) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ประธานศาลสหพันธ์แห่งประเทศไทย สวิสเป็นผู้แต่งตั้งให้"

จากบทบัญญัติในกระทรวงฯ ข้างต้นนี้ การระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจึงเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad-hoc arbitration) เพราะเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ทำการระงับข้อพิพาทจากสัญญาเป็นกรณี ๆ ไป อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ เช่นนี้จะทำการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา โดยนำบทบัญญัติกฎหมายทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมาวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา

3.4.2.2 การระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโต

ตุลาการ (Institutional Arbitration) หมายถึง การที่คู่สัญญาตกลงที่จะเสนอข้อพิพาทจากสัญญาให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ดังเช่น

¹²³ ดังตัวอย่างเช่น ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐมนตรีฯ และบริษัทยูเนียนออยล์ (Union Oil Ltd.) ได้ตกลงให้ประธานธนาคารเพื่อการบูรณะและพัฒนาการระหว่างประเทศ (I.B.R.D.) เป็นผู้แต่งตั้งผู้ชี้ขาด

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง หรือในสัญญาเงินกู้ จะมีการเสนอข้อพิพาทให้ทำการวินิจฉัยโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ เป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา¹²⁴ โดยจะตกลงให้สถาบันอนุญาโตตุลาการใดเป็นผู้แต่งตั้งผู้ชี้ขาด หรืออนุญาโตตุลาการฝ่ายที่สาม (umpire or third arbitrator) และดำเนินการระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยกฎข้อบังคับและวิธีพิจารณาแห่งสถาบันอนุญาโตตุลาการ¹²⁵

¹²⁴ ตัวอย่างการระงับข้อพิพาทจากสัญญาเงินกู้โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาระหว่างรัฐวิสาหกิจและธนาคารในประเทศฝรั่งเศส จากข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ ระบุไว้ดังนี้

"ข้อโต้แย้งต่าง ๆ ที่เกิดจากบทบัญญัติแห่งสัญญาเงินกู้นี้ หรือ การปฏิบัติตามสัญญาจะทำการพิจารณาตามกฎหมายเกณฑ์แห่งการประนีประนอมยอมความและการอนุญาโตตุลาการแห่งสมาคมพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce) โดยอนุญาโตตุลาการสามคน ที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายข้อบังคับของสมาคมพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยนำหลักกฎหมายฝรั่งเศสมาบังคับใช้ และการตัดสินข้อพิพาทจะกระทำที่กรุงปารีส

¹²⁵ ตัวอย่างของข้อกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ดังเช่น

- สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อระหว่างรัฐวิสาหกิจและบริษัทต่างประเทศ

ข้อ 4.11 กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

4.11.1 ถ้าในกรณีที่เกิดข้อพิพาทหรือความขัดแย้งอันเกิดจากสัญญาหรือความผูกพันในทางสัญญา ระหว่าง.... และ คู่สัญญาฝ่ายใดอาจจะแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นลายลักษณ์อักษร เกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้ง คู่สัญญาจะพยายามหาทางขจัดข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งด้วยวิถีทางอันดีงาม

4.11.2 ถ้าคู่สัญญาไม่อาจจะตกลงกันได้ จะมีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน อนุญาโตตุลาการทั้งสองจะร่วมกันแต่งตั้งผู้ชี้ขาด ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่อาจจะ

3.4.2.3 กฎหมายวิธีพิจารณาในการระงับข้อพิพาท

จากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจและบริษัท
ต่างประเทศ

บทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญานั้น มีความแตกต่างกันไป โดยเป็นไปตามความตกลงระหว่างคู่สัญญาที่จะเลือกนำกฎข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดมาบังคับใช้ หรือ นำบทบัญญัติวิธีพิจารณาความแห่งศาลใดมาบังคับใช้ในการระงับข้อพิพาทจากสัญญา วิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าวอาจจะแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. วิธีพิจารณาความที่เป็นไปตามกฎข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและบริษัท

ต่อ (125) ตกลงกันเกี่ยวกับข้อพิพาทภายใน 30 วันนับแต่มีการแต่งตั้งผู้ชี้ขาด หรือ ในกรณีไม่อาจแต่งตั้งผู้ชี้ขาด หรือ คู่สัญญาฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามข้อตกลงข้างต้นนี้ จะเสนอข้อพิพาทต่อศาลอนุญาโตตุลาการแห่งสมาคมพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ให้ดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทคำตัดสินนี้จะเป็นที่สุด อนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายจะร่วมกันดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยกฎข้อบังคับแห่งสมาคมพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce)

- สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อระหว่างส่วนราชการและบริษัทในประเทศญี่ปุ่น
ข้อ 13 อนุญาโตตุลาการ

คู่สัญญาจะพยายามอย่างที่สุดที่จะกระทำไต่ที่จะระงับข้อพิพาทจากสัญญาโดยความสัมพันธอันดีงาม ถ้าหากว่าการดำเนินการระงับข้อพิพาทไม่อาจจะกระทำไต่ จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการแห่งสมาคมอนุญาโตตุลาการพาณิชย์แห่งประเทศไทย ญี่ปุ่นเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยกฎข้อบังคับแห่งสถาบันนี้ เพื่อที่จะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่จะระงับข้อพิพาทจากสัญญา ผู้ซื้อควเว้นจากการอ้างสิทธิเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการจะเป็นที่สุดและจะผูกมัดคู่สัญญา

เอกชนต่างประเทศ อาจกำหนดให้นำกฎข้อบังคับของวิธีพิจารณาความของสถาบัน
อนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาเลือกให้เป็นผู้ทำการวินิจฉัยข้อพิพาทมาเป็นกฎหมายวิธี
พิจารณาความที่จะนำมาบังคับใช้ในการระงับข้อพิพาทจากสัญญา ดังเช่น ในสัญญา
เกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้างที่กำหนดให้นำกฎข้อบังคับวิธีพิจารณาข้อพิพาทของ
สมาคมพาณิชย์ระหว่างประเทศ ให้เป็นกฎข้อบังคับในการพิจารณาข้อพิพาทจากสัญญา¹²⁶

¹²⁶ บทบัญญัติวิธีพิจารณาของสมาคมพาณิชย์ระหว่างประเทศ กำหนดไว้โดย
บทบัญญัติดังนี้

มาตรา 3 การเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ (Request for Arbitration)

มาตรา 4 การตอบรับต่อการร้องเรียน (Answer to the Request)

มาตรา 5 พ้องแย้ง (Counter - claim)

มาตรา 6 คำคู่ความ และคำแถลงการณ์ การแจ้งให้ทราบ หรือ
การรับทราบ (Pleadings and written statements, notifications
or communications)

มาตรา 8 ผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Effect of the
agreement to arbitration)

มาตรา 10 การส่งสำเนาต่ออนุญาโตตุลาการ (Transmission
of the file to the arbitration)

มาตรา 11 กฎข้อบังคับของกระบวนการพิจารณา (Rules governing
the proceedings)

มาตรา 13 ข้อกำหนดในเอกสาร (Terms of reference)

มาตรา 14 การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ (The arbitral
proceedings)

มาตรา 15, มาตรา 16, มาตรา 17 คำตัดสินอันเป็นที่ยอมรับ
(Award by consent)

เมื่อคู่สัญญาได้กำหนดที่จะให้คำกฎหมายวิธีพิจารณาความประการใดมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาแล้ว อนุญาโตตุลาการจะทำการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยบทบัญญัติกฎหมาย หรือ กฎเกณฑ์ดังกล่าว

ข. วิธีพิจารณาความตามบทบัญญัติแห่งศาล ในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยและเอกชนต่างประเทศอาจจะกำหนดให้กฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลใดมาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความในการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือ การตัดสินของศาล

สัญญาเงินกู้ จากทางปฏิบัติในการทำสัญญาเงินกู้ กฎหมายวิธีพิจารณาความในการตัดสินคดีอันเกิดจากสัญญาเงินกู้ คือ บทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลต่างประเทศที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาเงินกู้ให้เป็นศาลที่จะทำการตัดสินกรณีพิพาทจากสัญญาเงินกู้ ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความเหล่านี้จะแตกต่างกันไปตามแต่ละสัญญาซึ่งได้กำหนดให้ศาลของประเทศใดเป็นศาลที่จะทำการตัดสินข้อพิพาทจากสัญญาเงินกู้แต่ละสัญญา

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ได้มีการกำหนดไว้ในแบบของสัญญาสัมปทานว่า กฎหมายวิธีพิจารณาในการระงับข้อพิพาทจากสัญญาก็คือ กฎข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ.)

ข้อ (126) มาตรา 18 กำหนดเวลาในการให้คำตัดสิน (Time-limit for awards)

มาตรา 19 คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการทั้งสาม (Awards by three arbitrations)

มาตรา 21 การตรวจสอบคำตัดสินของศาล (Scrutiny of award by the court)

มาตรา 22 การให้คำตัดสิน (Making of award)

มาตรา 23 การแจ้งคำตัดสินแก่คู่สัญญา (Notification of award to parties)

วิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ.)

วิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแบ่งออกเป็น (1) การพิจารณาข้อพิพาทที่กระทำเป็นลายลักษณ์อักษร (2) การพิจารณาข้อพิพาทที่กระทำด้วยวาจา

ขั้นตอนในการพิจารณาข้อพิพาท¹²⁷

1. ขั้นตอนแรก หลังจากที่ได้มีการส่งเอกสารเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาต่อคู่กรณีและรัฐหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง ประธานศาลจะต้องสอบถามทัศนคติเกี่ยวกับปัญหากระบวนการพิจารณาจากคู่กรณี โดยอาจเลือกตัวแทนของคู่กรณีที่ได้รับการแต่งตั้งมาสอบถามอันเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 37 (1) การปรึกษาขั้นต้นนี้ไม่จำกัดว่าจะต้องกระทำแต่กับเฉพาะผู้แทนของคณะเจ้าหน้าที่ทางการทูตที่ประจำที่กรุงเฮก หรือ โดยวิธีการอื่น เช่น ศาลอาจจะแจ้งไปยังคู่กรณีเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตามการไม่แต่งตั้งผู้แทนหรือตัวแทนของรัฐในกรณีพิพาท หรือ การปฏิเสธที่จะดำเนินการติดต่อกับศาลในการเสนอทัศนคติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของคู่พิพาท จะไม่เป็นการขัดขวางมิให้ศาลดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทในขั้นต่อไปนี้ เว้นไว้เสียแต่ศาลจะไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยข้อพิพาท และในกรณีที่ศาลมีอำนาจตามกฎหมายที่จะวินิจฉัยข้อพิพาท มาตรา 53 ของธรรมนูญศาลฯ บัญญัติสนับสนุนการพิจารณาข้อพิพาทของศาลโดยแม้ว่าจะไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดมาปรากฏตัวในการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือ คู่กรณีไม่อาจจะมาดำเนินการพิจารณา ศาลก็สามารถที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทได้ ถ้าศาลได้แสดงเหตุผลให้เป็นที่ประจักษ์ว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาท

2. การดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทโดยลายลักษณ์อักษร การพิจารณาข้อพิพาทโดยลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติไว้ในธรรมนูญของศาลมาตรา 41 - 43 ประกอบ

¹²⁷ Rosenne, The Law and Practice of International Court,

(Leyden : A.W. Sijthoff. 1965), 1 540 - 594



ด้วยการส่งเอกสารระหว่างศาลและคู่กรณี การส่งบันทึก (memorials) บันทึกโต้แย้ง (counter memorials) และถ้าจำเป็นจะต้องส่ง คำตอบรับ (replies) รวมตลอดถึงรายงานและเอกสารต่าง ๆ ที่สนับสนุน การส่งเอกสารเหล่านี้จะไม่ส่งกันโดยตรงแต่กระทำโดยผ่านนายทะเบียน (Registrars) ตามคำสั่งศาลและภายในเวลาที่ศาลกำหนด ระยะเวลาที่กำหนด (Time limit) นี้จะกระทำในระยะเวลาสั้นที่สุดที่จะกระทำได้ในคดี (มาตรา 41) บันทึก (memorials) นี้จะประกอบด้วยเอกสารในเรื่องที่ระบุต่อไปนี้ คือ (1) คำแถลงในข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท (2) ข้อกฎหมาย (3) คำร้อง (submissions) อันเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 42 บันทึกโต้แย้ง (counter memorials) จะประกอบด้วย (1) การยอมรับหรือการปฏิเสธข้อเท็จจริงในบันทึก (memorials) (2) ข้อเท็จจริงเพิ่มเติม (3) ถ้าจำเป็นจะต้องยื่นข้อสังเกต (observations) เกี่ยวกับข้อกฎหมายในบันทึกด้วย (4) คำแถลงตอบรับในข้อกฎหมาย (5) คำร้อง (submissions) มาตรา 43 (1) กำหนดว่าเอกสารในบันทึกโต้แย้ง (counter memorials) นี้จะต้องรวมอยู่ในคำคู่ความ (pleadings) หลังจากบรรดาคำร้องต่าง ๆ (submissions) อย่างไรก็ตามก็มีได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ทางเทคนิคเกี่ยวกับคำคู่ความ

คำร้อง (submissions) นี้ประกอบด้วย คำร้อง และคำร้องสุดท้าย (final submissions) ในทางปฏิบัติทั่วไป คำคู่ความจะประกอบด้วย การยืนยันในคำร้องครั้งก่อนหรือ คำร้องที่ได้เสนอใหม่ คำร้องสุดท้ายนี้ธรรมนูญไม่ได้กำหนดรูปแบบไว้ เพียงแต่ตามบทบัญญัติมาตรา 48 ในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทด้วยวาจา คู่กรณีจะร้องยืนยันในคำร้องต่าง ๆ ในคำคู่ความที่เป็นลายลักษณ์อักษรและยื่นคำร้องสุดท้ายให้นายทะเบียน และจากบทบัญญัติมาตรา 74 คำตัดสินจะแสดงถึงคำร้องของคู่กรณี คำร้องสุดท้าย (final submissions) นี้จะเป็นแนวทางให้ศาลในการให้คำวินิจฉัย บรรดาคำร้อง (submissions) เหล่านี้อาจจะกล่าวได้ว่า เป็นการเสนอประเด็นให้ศาลวินิจฉัย

คำคู่ความในกระบวนการพิจารณาคดีขั้นต้นในชั้นไต่สวนมูลฟ้องและในระหว่างการพิจารณาข้อพิพาทเรียกว่า ข้อสังเกต (observations) ข้อสังเกตเหล่านี้อาจจะเสนอด้วยวาจา หรือ เป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจาย่อมแล้วแต่เหตุการณ์และบทบัญญัติ

ของศาลที่เกี่ยวข้อง การกำหนดระยะเวลาให้คู่กรณีส่งคำคู่ความทั้งหมดเป็นอำนาจศาล การร้องขอให้ขยายระยะเวลาในการยื่นคำคู่ความ อาจจะทำให้โดยศาลจะสอบถามไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายในการร้องขอขยายเวลาในการยื่นคำคู่ความทั้งหมด

เมื่อครบกำหนดระยะเวลาในการส่งคำคู่ความ ศาลจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคำวาทคดีต่อไป (มาตรา 45) หลังจากปิดกระบวนการพิจารณาโดยลายลักษณ์อักษรแล้ว จะไม่มีการส่งเอกสารอย่างใดต่อศาลอีกไม่ว่าจากคู่กรณีฝ่ายใด เว้นไว้เสียแต่ว่า โดยความยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่าย หรือ โดยความยินยอมของศาล ในกระบวนการพิจารณาขั้นต้น (interlocutory procedure) ที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 48 (2) คู่กรณีที่ประสงค์จะเสนอเอกสารใหม่จะยื่นคำขอต่อนายทะเบียน การยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่ายอาจจะสันนิษฐานได้ถ้าไม่มีการยื่นคำคัดค้านในการเสนอพยานเอกสารใหม่นี้ ธรรมเนียมไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่จะต้องเสนอคำคัดค้านของคู่กรณีที่ต้องการจะคัดค้านการเสนอเอกสารใหม่ ดังนั้นย่อมขึ้นอยู่กับศาลที่จะวินิจฉัยว่า ระยะเวลาที่จะเสนอคำคัดค้านจะมีกำหนดอย่างไร ถ้ามีการคัดค้านจากคู่กรณีฝ่ายใด ศาลจะเรียกคู่กรณีทั้งสองมาชี้แจงข้อคัดค้านและวินิจฉัยว่าสมควรจะให้มีการยื่นเอกสารใหม่หรือไม่ ถ้าศาลอนุญาตให้ยื่นเอกสารใหม่ คู่กรณีอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะเสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับเอกสารที่ยื่นใหม่นี้โดยมีสิทธิเสนอเอกสารต่าง ๆ ของตนเพื่อเป็นการสนับสนุนข้อกล่าวอ้าง

ภาษาที่ใช้ในการพิจารณา บทบัญญัติมาตรา 39 กำหนดว่า ภาษาที่ใช้ในการพิจารณาข้อพิพาท คือ ภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส คู่กรณีจะตกลงกันที่จะใช้ภาษาใดก็ได้ในกระบวนการพิจารณาจากทั้งสองภาษานี้ จากบทบัญญัติมาตรา 3 (3) ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดร้องขอจะใช้ภาษาอื่นใดนอกจากภาษาอังกฤษหรือภาษาฝรั่งเศสในกระบวนการพิจารณาสามารถทำได้ แต่จะต้องมีการแปลเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาฝรั่งเศสแนบติดในคำคู่ความที่ได้ยื่นเสนอต่อศาล โดยเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 58 (2) ที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องจัดเตรียมการแปลคำคู่ความเป็นภาษาใดภาษาหนึ่งในภาษาที่ใช้โดยศาล

พยานเอกสาร โดยทางปฏิบัติของศาลแล้ว การรับฟังพยานเอกสารซึ่งแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ พยานเอกสารโดยทั่วไป (formal admissibility) ซึ่งหมายถึง พยานเอกสารชนิดต่าง ๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยปกติพยานเอกสาร

ทั้งสองประเภทจะมีน้ำหนักเท่าเทียมกันในการนำมาวินิจฉัย ข้อจำกัดในการรับฟังพยาน เอกสารที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณาโดยศาลภายในจะไม่ปรากฏในกระบวนการระหว่างประเทศ ในขณะที่ความเกี่ยวเนื่องระหว่างข้อเท็จจริงและคุณค่าของพยานหลักฐานในการที่จะสอบถามข้อเท็จจริงนั้นเป็นดุลพินิจของศาล ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติมาตรา 43 (2) จึงกำหนดว่า พยานเอกสารนั้นหมายถึง เอกสารและรายงานทั้งหมดที่สนับสนุนข้อเท็จจริง พยานเอกสารทั้งหมดที่จะเสนอต่อศาลจะเป็นไปตามที่กำหนดในบทบัญญัติมาตรา 43, 62, 64 และมาตรา 78 ศาลจะรับฟังพยานเอกสารทั้งหมด เว้นไว้เสียแต่ว่าจะมีการคัดค้านจากคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม

นอกจากนี้ คู่กรณียังมีสิทธิขอแก้ไขข้อผิดพลาดในคำฟ้องตามบทบัญญัติมาตรา 40 (5) การขอแก้ไขเช่นนี้จะกระทำในเวลาใดก็ได้ โดยความยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่าย หรือโดยการอนุมัติของศาล

3. การพิจารณาข้อพิพาทโดยกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา การกำหนดเวลาที่จะพิจารณาข้อพิพาทศาลจะเป็นผู้กำหนด (มาตรา 47) กระบวนการพิจารณาโดยวาจาจะกระทำโดยการรับฟังพยานบุคคล ผู้เชี่ยวชาญ ทิวแทน ที่ปรึกษาและทนายความของคู่กรณี (มาตรา 43 (5) ระหว่างการพิจารณาศาลอาจจะไต่ถามทิวแทน ทนายและพยานบุคคล ตามบทบัญญัติมาตรา 52 ทิวแทน ทนาย หรือ พยานบุคคลมีสิทธิที่จะตอบในขณะนั้น หรือในภายหลังก็ได้ (มาตรา 45) การซักถามต่อบุคคลเหล่านี้เป็นอำนาจของศาล เท่านั้น คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจซักถามคู่กรณีอีกฝ่าย กระบวนการพิจารณาเริ่มโดยการแถลงของคู่กรณีที่เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีอีกฝ่ายจะแถลงคำให้การของตนต่อมา ในกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาจะเป็นการให้โอกาสคู่กรณีเสนอข้อคัดค้าน ศาลมีอำนาจที่จะตัดสินว่า คู่กรณีจะเสนอข้อโต้แย้งก่อนหรือภายหลังจากที่มีการนำพยานหลักฐานมาสืบ คู่กรณีมีสิทธิที่จะเสนอข้อโต้แย้งเกี่ยวกับพยานหลักฐานนี้ด้วย (มาตรา 50)

การสอบถามพยานบุคคลและผู้เชี่ยวชาญ การสอบถามพยานบุคคลและผู้เชี่ยวชาญ จะกระทำด้วยทิวแทน ที่ปรึกษา หรือ ทนายของคู่กรณีแต่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล (มาตรา 53) บุคคลที่เป็นพยานบุคคลจะเสนอข้อเท็จจริงในขณะที่ผู้เชี่ยวชาญจะให้ข้อคิดเห็นที่ตนมีความรู้ในเรื่องนั้น การจะเรียกบุคคลใดมาเป็นพยานบุคคลและผู้เชี่ยวชาญ จะต้องเป็นที่ยอมรับโดยศาลด้วย การให้การของพยานบุคคลและผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้กระทำ

โดยใช้ภาษาของศาล ถ้าหากพยานบุคคลหรือผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้ไม่อาจจะแถลงคำตอบ เป็นภาษาที่ใช้โดยศาลได้ จะมีการแปลภาษาที่พยานบุคคลหรือผู้เชี่ยวชาญใช้ในการ ตอบคำถามซักถามมาเป็นภาษาที่ใช้ในศาล นอกไปจากนี้จากบทบัญญัติมาตรา 54 ให้อำนาจศาลที่จะร้องขอให้เรียกพยานบุคคลหรือผู้เชี่ยวชาญ หรือนำพยานหลักฐาน อย่างใดมาพิจารณาในการวินิจฉัยข้อพิพาท แม้ว่าผู้กรณีจะไม่เห็นด้วยโดยนำบทบัญญัติ มาตรา 44 และมาตรา 48 มาบังคับใช้ร่วมกัน ศาลมีอำนาจที่จะไต่สวนบุคคลเหล่านี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 49 ที่ให้อำนาจศาลในการเรียกตัวแทนของผู้กรณีมาเสนอพยาน เอกสารสนับสนุน

การปิดการพิจารณาคดี เมื่อตัวแทน ที่ปรึกษา และทนายความของผู้กรณี เสนอคำให้การตามกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว ศาลจะแถลงปิดการพิจารณาคดี ด้วยวาจา (มาตรา 54)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย