



ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ

ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

การลงทุนจากต่างประเทศ นับได้ว่ามีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนาเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะความต้องการที่จะพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติและอุตสาหกรรมต่าง ๆ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เป็นรูปแบบหนึ่งของความตกลงในการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งสถานะของคู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกัน โดยเป็นสัญญาระหว่างรัฐหรือรัฐบาลฝ่ายหนึ่งกับเอกชนต่างประเทศอีกฝ่ายหนึ่ง ในระหว่างการเจรจาเพื่อให้เกิดการลงทุนขึ้นในประเทศของรัฐคู่สัญญานั้น ฝ่ายเอกชนต่างประเทศจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงในการลงทุนและจะต้องนำเงินทุนจำนวนมากมาลงทุนในประเทศของรัฐคู่สัญญา มักจะอยู่ในสถานะที่สามารถต่อรองได้ดี รัฐคู่สัญญาซึ่งต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศก็มักจะให้หลักประกันในการลงทุนและเสนอสิทธิพิเศษในรูปแบบต่าง ๆ แก่การลงทุนและหลังจากนั้นเมื่อมีการเข้ามาลงทุนในประเทศของรัฐคู่สัญญา ความสมดุลย์แห่งอำนาจในการต่อรองก็เปลี่ยนไปอยู่กับฝ่ายรัฐคู่สัญญา¹ ผลประโยชน์ของคู่สัญญาอาจจะเกิดการขัดแย้งกันขึ้น รัฐคู่สัญญาก็ต้องการที่จะเข้าควบคุมและเป็นเจ้าของการลงทุนจากต่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่า ตนเองจะได้รับหลักประกันจากเงื่อนไขในทางการเมืองและเศรษฐกิจของประเทศของรัฐคู่สัญญาที่จะมา มีผลกระทบต่อการลงทุนเป็นการเพียงพอมากน้อยเพียงใด จึงต้องการได้รับหลักประกันจากการแทรกแซงของรัฐคู่สัญญา เพื่อจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุนให้มากที่สุด โดยการหาหลักประกันให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ

¹ Rainer Geiger, "The Unilateral Change of Economic Development Agreements," *ICLQ* 23 (1974) : 76.

ไว้ในสัญญาและรัฐคู่สัญญามักจะตกลงยินยอมให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ
ไว้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ไม่เพียงแต่เพื่อจูงใจการลงทุน
แต่ยังใช้เป็นข้อพิจารณาต่อความเสี่ยงซึ่งเอกชนต่างประเทศสามารถนำมาเป็นแนวทางในการ
ลงทุนด้วย²

ดังนั้น จากการที่รัฐคู่สัญญาได้ตกลงให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิ
พิเศษต่าง ๆ ไว้ในสัญญา ย่อมก่อให้เกิดความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
ต่างประเทศว่า สัญญาจะได้รับการปฏิบัติด้วยความสุจริตและมั่นคงตลอดอายุของสัญญาและรัฐคู่
สัญญาจะรักษาสัญญาตามที่ได้ตกลงไว้ ศาสตราจารย์ Weil กล่าวว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่าง
ประเทศย่อมมีความเชื่อถือนในประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ ซึ่งเป็น
ปัจจัยที่ทำให้ตัดสินใจเข้าทำสัญญา³ จึงเห็นว่าประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและ
สิทธิพิเศษมีความสำคัญอย่างยิ่งสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ ดังจะได้ศึกษาต่อไป

² Timothy B. Hansen, "The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements," Virginia Journal of International Law 28 (1988) : 1016.

³ Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides, "International Arbitration between State and Foreign Private Parties : The Libyan Nationalization Cases," AJIL 75 (1981) : 544.

ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษขึ้นอยู่กับแนวความคิดของรัฐเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น รัฐคู่สัญญามักจะให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในสัญญาเพื่อเป็นเครื่องจูงใจในการลงทุนจากต่างประเทศ อันเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทั้งหมดในการเจรจาต่อรองทำสัญญาเพื่อให้เกิดความสมดุลย์ในผลประโยชน์ของคู่สัญญา แต่ทั้งนี้ ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสถานะของคู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกันทั้งในแง่กฎหมายและความเป็นจริง⁴ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายใน ส่วนรัฐคู่สัญญามีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษย่อมขึ้นอยู่กับแนวความคิดของรัฐเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศด้วย

1. ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ จะลดลงถ้ารัฐถือว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมีลักษณะ เป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นทฤษฎีที่กำหนดขึ้นโดยระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส หรือกฎหมายบางระบบซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศที่ระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในสัญญา จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ั้น ผู้เขียนได้แบ่งแยกการศึกษาออกเป็น

⁴ Jean-Flavien Lalive, "Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company," *ICLQ* 13 (1964) : 990.

- ก. ลักษณะและเป้าหมายของสัญญาทางปกครอง
- ข. การประยุกต์แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองที่นำมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

ก. ลักษณะและเป้าหมายของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่องค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของรัฐ * (public legal entity) เข้าทำสัญญากับเอกชนซึ่งทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) อันมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการหรือการแสวงประโยชน์จากการบริการสาธารณะ โดยจะให้สิทธิและอำนาจต่าง ๆ แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งตามปกติจะไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (civil contract) อันเป็นเอกสิทธิ์แห่งอำนาจอมาชาน (prérogative de la puissance publique) เช่น อำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา (résiliation discrétionnaire) ⁵ จึงเห็นว่า สัญญาทางปกครองนั้น

* นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสนั้นแบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

- (ก) รัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในทุกเรื่องและมีเขตอำนาจทั่วประเทศ
- (ข) องค์กรปกครองท้องถิ่น (collectivités locales) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องทั่วไป แต่มีอำนาจจำกัดเฉพาะในเขตท้องที่ของตน นิติบุคคลประเภทนี้ ได้แก่ จังหวัด (départements) และคอมมูน (communes)
- (ค) องค์กรมหาชน (établissements publics) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ นิติบุคคลประเภทนี้ ได้แก่ มหาวิทยาลัยและรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์กรมหาชน เป็นต้น

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง ฉบับที่ 1 (2529) : 88.

ความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาจะไม่มี เพราะฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา หลักการนี้แสดงออกทั้งในเวลาก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายรัฐมักจะเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตามลำพังแต่ฝ่ายเดียว โดยที่คู่สัญญาที่เป็นเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองข้อสัญญา มีแต่เพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับสัญญาที่ฝ่ายรัฐกำหนดขึ้นเท่านั้น นอกจากนั้นในเวลาปฏิบัติตามสัญญาเอง ฝ่ายรัฐก็อาจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (หลักอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง *pouvoir de modification unilatérale*) โดยที่ฝ่ายรัฐนั้นมีความรับผิดชอบต่อสาธารณะ ในประเทศที่มีระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองจึงมีการทำให้ฝ่ายรัฐมีอำนาจบางประการแตกต่างไปจากความสัมพันธ์ในทางสัญญาทางแพ่ง เช่น การออกคำสั่งควบคุมให้มีการปฏิบัติตามสัญญา การเปลี่ยนแปลงข้อบทในสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว การบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปแม้จะเป็นภาระเพิ่มขึ้นและการยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น⁶ สัญญาทางปกครองนั้นซึ่งวัตถุประสงค์ในการตอบสนองประโยชน์สาธารณะจะไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้เลย ถ้าหากฝ่ายรัฐจะต้องตกอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้ การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ในบางครั้งอาจจะมีผลกระทบต่อประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญา ซึ่งเอกชนคู่สัญญาผู้เสียประโยชน์อาจจะจัดขบวนการดำเนินการดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้เอง ฝ่ายรัฐจึงจำเป็นต้องมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา สัญญาทางปกครองจึงระบุข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (*clauses exorbitantes de droit commun*)⁷ อันเป็นข้อสัญญาที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งก่อให้เกิด

⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, "สัญญาปกครองในกฎหมายอังกฤษ," วารสารกฎหมายปกครอง ฉบับที่ 1 (2530) : 5.

⁷ ชาณชัย แสงวงศ์ศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 1 (2533) : 185.

ความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาโดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะ ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองตามระบบของประเทศฝรั่งเศสนั้น เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายรัฐมีอยู่จะสูญเสียไม่ได้ เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็ต้องให้ศาลปกครองซึ่งเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย จะยอมให้นำไปขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้และจะให้ตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้เป็นการเด็ดขาดโดยไม่ต้องขึ้นศาลปกครองไม่ได้ เอกสิทธิ์ที่ฝ่ายรัฐจะทำการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะทำข้อสัญญาจากัดไม่ได้⁸

ข. การประยุกต์แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองที่นำมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศหากถูกพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ถูกระบุไว้ในสัญญาซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายรัฐคู่สัญญาก็จะไม่มีควมหมาย โดยรัฐถือว่ารัฐมีอำนาจตามองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครอง นั่นคือเอกสิทธิ์ที่จะทำการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวด้วยการอ้างหลักการเพื่อผลประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาล Burundi กับบริษัท Mojzesz Lubelski ที่รัฐให้สัมปทานแก่บริษัทเป็นเวลา 3 ปี ในการทำให้สิทธิในการซื้อทองและเพชรในอาณาเขตของรัฐ เพียงสองสัปดาห์หลังจากนั้นสิทธินี้ก็ถูกยกเลิกโดยการตัดสินใจของฝ่ายบริหารประเทศโดยพิจารณาว่าสัญญาสัมปทานดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองภายใต้

⁸ Derek William Bowett, "State Contracts with Alien : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach," BYIL (1988) : 57.

บังคับของกฎหมาย Burundi⁹ Judge Lagergren อนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างรัฐบาล ลิเบีย กับบริษัท British Petroleum Exploration Co. (B.P.) ได้ยอมรับความเห็น ของ Professor Omar แห่งมหาวิทยาลัยโคโร ว่าสัญญาสัมปทานน้ำมันดังกล่าวมีลักษณะเป็น สัญญาทางปกครองและโดยเหตุที่สัญญาได้ระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ในสัญญาทำให้ลิเบียต้อง จำกัดการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของตนที่จะทำการเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสัมปทาน เว้นแต่ลิเบีย ได้แสดงว่าการแก้ไขเช่นนั้นได้กระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง¹⁰

กฎเกณฑ์ที่ประเทศกำลังพัฒนาผู้รับการลงทุนมักจะอ้างขึ้นมาเพื่อสนับสนุนทฤษฎีของสัญญา ทางปกครองนั้น จะเป็นหลักการเกี่ยวกับเรื่องอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐซึ่ง หลักการดังกล่าวนี้ได้มีการถกเถียงกันครั้งแรกในปี ค.ศ. 1952 เกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐเจ้าบ้านกับบริษัทต่างประเทศผู้ลงทุน จนกระทั่งได้เกิดเป็นมติสหประชาชาติขึ้นมา หลาย ๆ มติ¹¹ มติแรกที่เกิดขึ้นคือ มติที่ 626 -Resolution 626 (VII) ลงวันที่ 21 ธันวาคม 1952 ซึ่งกำหนดสิทธิของประชาชนในการแสวงหาประโยชน์และใช้ประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติในเขตอำนาจอธิปไตยของตน การถกเถียงได้เขยิบจากสิทธิของประชาชน เป็นสิทธิของรัฐ ทำให้ก่อเกิดมติดีกหลายอันตามมาโดยมีการวิวัฒนาการมาจากหลักการกำหนด ใจตนเอง (self-determination) มติที่สำคัญได้แก่ มติของสมัชชาสหประชาชาติ 1803 (XVII) "อธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ" (U.N. General Assembly Resolution 1803 (XVII) on The Permanent Sovereignty Over Natural Resources) โดยได้มีการยอมรับเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 1962 ความว่า

⁹ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty," *BYIL* (1989) : 345.

¹⁰ Robin C.A.White, "Expropriation of the Libyan Concession Two Conflicting International Arbitrations," *ICLQ* 30 (1981) : 5-6.

¹¹ Esa Paasivirta, *BYIL*, P.339.

1.
2.
3.
4. การรอนเป็นของชาติ การเวนคืน หรือการจำกัดการใช้สิทธิในทรัพย์สิน
จะกระทำไ้โดยมีเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์ (public utility) เพื่อ
ความมั่นคง (security) หรือผลประโยชน์ของชาติ (national interest)
ซึ่งเป็นที่รับรองว่าอยู่เหนือประโยชน์ของบุคคลหรือเอกชนได้อย่างแท้จริงทั้งใน
ประเทศและต่างประเทศ การนำมาตราการเหล่านี้มาใช้บังคับจะต้องมีการ
ชดเชยค่าสินไหมทดแทนอย่างเหมาะสม โดยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของรัฐที่
ใช้มาตรการนั้น และโดยสอดคล้องกับ

หลักกฎหมายระหว่างประเทศ (international law)....

5.
6.
7.
8. สัญญาการลงทุนกับเอกชนต่างประเทศซึ่งรัฐได้กระทำไว้โดยสมัครใจ
ระหว่างคู่สัญญานี้ รัฐจะต้องปฏิบัติตามโดยความสุจริต (good faith)¹²

¹² Korol N.Gess, "Permanent Sovereignty Over Natural Resources," ICLQ (1964) : 403-405.

ต่อมาในปี ค.ศ. 1974 ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายได้ผลักดันให้เกิดมติสหประชาชาติขึ้นอีกเพื่อสนับสนุนหลักการอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนของตน uly ในวันที่ 1 พฤษภาคม 1974 ได้มีมติที่ 3201 (S-VI) คำประกาศของระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศแนวใหม่ (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order) มาตรา 4 วรรค (e) มีข้อความว่า

ทุกรัฐมีอธิปไตยถาวรอย่างสมบูรณ์เหนือทรัพยากรธรรมชาติและกิจการทางเศรษฐกิจทั้งหมดเพื่อที่จะปกป้องทรัพยากรเหล่านี้ แต่ละรัฐมีสิทธิที่จะควบคุมทรัพยากรและแสวงหาประโยชน์ได้ตามความเหมาะสมของตน รวมถึงสิทธิในการร่อนเป็นของชาติหรือร่อนกรรมสิทธิ์ให้คนชาติของตน สิทธิเช่นนี้เป็นการแสดงถึงอธิปไตยถาวรของรัฐ รัฐอื่นไม่อาจใช้วิธีการบังคับทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือวิธีอื่นใด เพื่อกีดกันการใช้อธิปไตยที่ไม่สามารถร่อนกันได้อย่างเต็มที่และโดยอิสระ¹³

ต่อมาในวันที่ 12 ธันวาคม 1974 ได้มีมติที่ 3281 (XXIX) "กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ" (Charter of Economic Rights and Duties of States) หรือ "CERDS" มาตรา 2 ข้อ 2 (C) มีข้อความว่า

¹³ Ian Brownlie, "Legal Status of Natural Resources in International Law," RCADI (1979) : 263.

ต่อมาในปี ค.ศ. 1974 ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายได้ผลักดันให้เกิดมติสหประชาชาติ
 ขึ้นอีกเพื่อสนับสนุนหลักการอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนของตน uly ในวันที่ 1 พฤษภาคม 1974
 ได้มีมติที่ 3201 (S-VI) คำประกาศของระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศแนวใหม่
 (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order)
 มาตรา 4 วรรค (e) มีข้อความว่า

ทุกรัฐมีอธิปไตยถาวรอย่างสมบูรณ์เหนือทรัพยากรธรรมชาติและกิจการ
 ทางเศรษฐกิจทั้งหมดเพื่อที่จะปกป้องทรัพยากรเหล่านี้ แต่ละรัฐมีสิทธิที่จะ
 ควบคุมทรัพยากรและแสวงหาประโยชน์ได้ตามความเหมาะสมของตน รวมถึง
 ถึงสิทธิในการร่อนเป็นของชาติหรือร่อนกรรมสิทธิ์ให้คนชาติของตน สิทธิ
 เช่นนี้เป็นการแสดงถึงอธิปไตยถาวรของรัฐ รัฐอื่นไม่อาจใช้วิธีการบังคับ
 ทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือวิธีอื่นใด เพื่อกีดกันการใช้อธิปไตยที่ไม่
 สามารถร่อนกันได้อย่างเต็มที่และโดยอิสระ 13

ต่อมาในวันที่ 12 ธันวาคม 1974 ได้มีมติที่ 3281 (XXIX) "กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและ
 หน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ" (Charter of Economic Rights and Duties of
 States) หรือ "CERDS" มาตรา 2 ข้อ 2 (C) มีข้อความว่า

13 Ian Brownlie, "Legal Status of Natural Resources in
 International Law," RCADI (1979) : 263.

2. รัฐแต่ละรัฐมีสิทธิ

(C) ที่จะรอนเป็นของชาติ เวนคืนทรัพย์สิน หรือ รอนสิทธิในทรัพย์สินของคนต่างชาติซึ่งจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนอย่างเหมาะสมโดยรัฐซึ่งใช้มาตรการดังกล่าว เป็นไปตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกันรวมถึงสถานการณ์ต่าง ๆ ตามแต่รัฐจะเห็นสมควร ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งในเรื่องการชดเชยค่าทดแทน ปัญหาเหล่านี้จะวินิจฉัยโดยกฎหมายภายในของรัฐที่ทำการรอนเป็นของชาติและโดยศาลแห่งรัฐนั้น.....¹⁴

มติต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ฝ่ายรัฐจะนำมาใช้อ้างเพื่อสนับสนุนหลักการของสัญญาทางปกครองที่ทำให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายรัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญาโดยการอ้างหลักเพื่อประโยชน์สาธารณะ การอ้างมติของสหประชาชาติเพื่อเป็นการสนับสนุนทฤษฎีสัญญาทางปกครองดังกล่าวรัฐมักจะอ้างเพื่อให้การกระทำของตนนั้นถูกต้องตามกฎหมาย เพราะถือว่าเอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาที่ฝ่ายรัฐมีอยู่จะสละเสียไม่ได้ จึงทำให้รัฐสามารถเพิกเฉยต่อข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษได้ ดังนั้น หากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศถูกพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว การกระทำต่าง ๆ ที่เป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ เช่น การรอนเป็นของชาติ การเวนคืน

¹⁴ Brice M. Clagett, "The Expropriation Issue Before the Iran-United States Claims Tribunal : is "Just Compensation" Required by International Law or Not," Law & Policy in International Business 16 (1984) : 831-832.

ทรัพย์สิน ฯลฯ อาจถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย 15 ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง และสิทธิพิเศษจึงไม่อาจเกิดประสิทธิภาพให้รัฐคู่สัญญา การปฏิบัติตามได้

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก สถานภาพทางกฎหมายของข้อมติสหประชาชาติที่สนับสนุนทฤษฎีสัญญาทางปกครอง ประการที่สอง ลักษณะและองค์ประกอบที่แตกต่างกันของสัญญาทางปกครองและสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

ประการแรกนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สถานภาพทางกฎหมายของมติสมัชชาสหประชาชาติ (UN General Assembly Resolutions) นั้น มีสถานะเป็นเพียงข้อแนะนำ (recommendations) ทั่วไปเท่านั้น ไม่ได้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอำนาจบังคับที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย (legally binding) แก่รัฐสมาชิกทั้งหมด แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า การดำเนินการของสหประชาชาติมีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อกฎหมายระหว่างประเทศ มิแต่ละมติด้อยมีคุณค่าแตกต่างกันไป ตามสถานการณ์ที่ถูกยอมรับและยังขึ้นอยู่กับการออกเสียง (voting) ซึ่งสภาพการออกเสียงและเนื้อหาของตัวมติเองจะเป็นการชี้ถึงลักษณะเฉพาะตัวของมติแต่ละมติ องค์ประกอบของสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณา เพื่อประเมินคุณค่าของมติสมัชชาสหประชาชาติที่ออกมา สำหรับข้อมติที่ 1803 (XVII) ผ่านสมัชชาสหประชาชาติ ด้วยคะแนนเสียง 87 ต่อ 2 งดออกเสียง 12 เสียง จึงเห็นว่า เสียงส่วนมากยอมรับมติข้อนี้ โดยประเทศที่ออกเสียงมีทั้งประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งรวมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะฉะนั้น หลักการต่าง ๆ ในข้อมตินี้ จึงเป็นที่ยอมรับจากประเทศทั้งหลาย

15 Christopher Greenwood, "State Contracts in International Law - The Libyan Oil Arbitrations," BYIL (1982) : 57.

อันเป็นการยอมรับทั้งตามลักษณะทางภูมิศาสตร์ทั่วโลกและตามระบบเศรษฐกิจทั้งหมดอีกด้วย ซึ่งมตินี้บัญญัติถึงมาตรการต่าง ๆ ของรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตย ต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นปัจจัยที่สำคัญทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วหลาย ๆ ประเทศสนับสนุนหลักการนี้ ส่วนข้อมติที่ 3281 (XXIX) มาตรา 2 ข้อ 2 (C) มีการออกเสียงอย่างไม่เป็นเอกฉันท์ โดยมีการออกเสียง 104 ต่อ 16 งออกเสียง 6 เสียง ซึ่งมตินี้ไม่มีการอ้างถึงมาตรการในการรอนเป็นของชาติว่าต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยประเทศอุตสาหกรรมทั้งหมดออกเสียงคัดค้านและงออกเสียง 16 มติดังกล่าวจึงไม่ได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นทางการจึงไม่อาจก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายได้ มตินี้จึงได้รับการวิเคราะห์ในฐานะเป็นเรื่องทางการเมือง (political) มากไปกว่าจะเป็นการประกาศหลักกฎหมาย ซึ่งได้รับการสนับสนุนเฉพาะจากประเทศที่ไม่ใช่ประเทศอุตสาหกรรม (non-industrialized states) จึงอาจกล่าวได้ว่า มติที่ 3281 (XXIX) มาตรา 2 ข้อ 2 (C) มีสถานะเป็นเพียงสิ่งซึ่งยังไม่เป็นกฎหมาย แม้ว่าสิ่งนั้นจะเป็นที่ปรารถนาอย่างยิ่งว่าสมควรจะเป็นกฎหมายหรือ *de lege ferenda* ส่วนมติที่ 1803 (XVII) นั้นเมื่อได้พิจารณาถึงสภาพการณ์ในการยอมรับและการแสดงการยอมรับร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris communis*) แล้ว มติที่ 1803 (XVII) มีสภาพของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีอยู่มากกว่ามติที่ 3281 ดังได้กล่าวมา ซึ่งในข้อมติที่ 1803 (XVII) นี้ มีขอบเขตกว้างขวางเท่ากับเป็นการแสดงเจตนารมณ์ทั่วไปในเรื่องการรอนเป็นของชาติ (nationalization) ที่จะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงเห็นว่า มติดังกล่าวจึงมีลักษณะของการประกาศข้อสังเกตในสิ่งที่มีอยู่ รัฐที่เป็นคู่สัญญากับเอกชนต่างประเทศจะอ้างมติของสหประชาชาติดังกล่าวข้างต้นมาเพื่อเป็นข้อสนับสนุนให้ตนมีอำนาจตามทฤษฎีสัญญาทางปกครองหาได้ไม่

16 Robert B.von Mehren and P.Nicholus Kourides, *AJIL*, P.523.

ประการที่สอง ผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะและองค์ประกอบของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมีความแตกต่างกันกับสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการจัดการหรือการแสวงประโยชน์เพื่อการบริการสาธารณะซึ่งบังคับโดยองค์กรฝ่ายปกครอง (administrative authority) อันเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของรัฐ และในข้อบทของสัญญาจะระบุให้สิทธิและอำนาจต่าง ๆ แก่องค์กรฝ่ายปกครองคู่สัญญา ซึ่งตามปกติแล้วจะไม่พบในสัญญาแพ่งธรรมดา เช่น อำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญา¹⁷ ฯลฯ แบบของสัญญาทางปกครองมักจะถูกกำหนดโดยกฎหมายเฉพาะ สัญญาต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายปกครอง เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่จะสละเสียไม่ได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละ ศาลก็จะถือว่า การสละสิทธินั้น ๆ ไม่เป็นผล เช่น ถ้าเป็นสัญญาทางปกครองคดีจะต้องขึ้นศาลปกครองฝ่ายปกครองจะยอมให้เข้าไปขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้ จะให้ตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้เป็นการเด็ดขาดโดยไม่ต้องขึ้นศาลปกครองก็ไม่ได้อีกเช่นกัน สำหรับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น ผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ประเภทคือ สัญญาสัมปทานให้แสวงประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ในประเภทแรกนั้นเป็นการที่รัฐมอบสิทธิให้แก่เอกชนต่างประเทศซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานเพื่อหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ เช่น ป่าไม้ ปิโตรเลียม แร่ ฯลฯ โดยเอกชนคู่สัญญามีหน้าที่จะต้องให้ค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปของค่าภาคหลวง ภาษีและผลประโยชน์พิเศษอย่างอื่น ในสัญญาจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องกระทำตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญา รัฐคู่สัญญามักจะเสนอสิทธิพิเศษต่าง ๆ แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อชักจูงให้เข้าทำสัญญา และให้ความมั่นใจแก่เอกชนในการลงทุนด้วยการตกลงให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ในสัญญา เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการแก้ไขหรือเพิกถอนสัมปทานภายในอายุของสัญญา ทั้งยังให้มีการกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเสนอต่ออนุญาโตตุลาการอีกด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ

¹⁷ Neville Brown and V.F.Garner, French Administrative Law, (London : Butterworths, 3rd ed., 1983), pp. 87- 88.

นั้นเนื้อหาของสนธิสัญญาไม่มีข้อความที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายรัฐตามลักษณะของสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด ทั้งรัฐได้ยอมรับที่จะจำกัดการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐโดยแสดงออกมาในรูปของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเท่ากับเป็นการยืนยันว่า รัฐมีเจตนาที่จะเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศบนหลักของความเสมอภาค (equal footing) จึงนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า คู่สัญญาไม่ปรารถนาที่จะอ้างถึงทฤษฎีสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ในกฎหมายของฝรั่งเศสเองก็ไม่ถือว่าสัญญาสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะในตัวของมันเอง (sui generis) ซึ่งใช้กฎหมายธรรมดาไม่ใช่กฎหมายปกครองบังคับ ดังนั้นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศประเภทสัญญาสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด สำหรับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาก่อสร้างทางด่วน ฯลฯ เป็นการที่ฝ่ายรัฐมอบหมายให้เอกชนคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานเข้าจัดทำบริการสาธารณะนั้นและเก็บผลประโยชน์จากกิจการที่ได้ทำขึ้นชั่วระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งสัมปทานอาจกำหนดให้เอกชนยกกรรมสิทธิ์ในระบบโครงการที่ได้ทำขึ้นให้แก่รัฐ และแบ่งผลประโยชน์ให้แก่รัฐจำนวนหนึ่งก็ได้ จึงเห็นว่า สัมปทานบริการสาธารณะนี้มีลักษณะอันร่วมกันตามลักษณะของกฎหมายเอกชนและการอนุญาตให้ประกอบกิจการตามลักษณะของกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาใดเมื่อถูกพิจารณาว่าเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแล้วย่อมเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียหมดนั้นเป็นการไม่ถูกต้อง เพราะแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นเป็นแบบเฉพาะของกฎหมายภายในของฝรั่งเศสและกฎหมายบางระบบที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศสเท่านั้น แต่แนวคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับที่เพียงพอจากระบบกฎหมายอื่น¹⁸ อันจะทำให้ทฤษฎีสัญญาทางปกครองสามารถเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับอย่างมั่นคงและกว้างขวางอย่างเช่น หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) ได้ ทั้งนี้สำหรับ

¹⁸ A.A. Fatouros, "International Law and Internationalized Contract," *AJIL* 74 (1980) : 137.

ประเทศที่ไม่มีระบบกฎหมายปกครองโดยเฉพาะ เช่น ประเทศไทย อานาจนการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาต้องพิจารณาจากข้อความในสัญญา และหลักความสัมพันธ์ เรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และหลักกฎหมายทั่วไป และเนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีศาลปกครอง หากคู่กรณีในสัมปทานจะต้องนำคดีมาฟ้องร้องก็ต้องนำมาฟ้องร้องที่ศาลยุติธรรม ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการนำหลักกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยศาลไม่มีแนวความคิดของกฎหมายปกครอง ศาลยุติธรรมก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ดังที่ไต่ยืนยันไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 และเพื่อความชัดเจน ผู้เขียนขอยกกรณีศึกษาจากสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ BECL (Bangkok Expressway Company Limited) ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น เมื่อได้พิจารณาถึงเนื้อความในสัญญาแล้ว ปรากฏว่าไม่มีข้อความที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือให้อานาจแก่ฝ่ายรัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว ทั้งยังปรากฏในสัญญาข้อ 25.1 ซึ่งมีความว่า "การเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขสัญญานี้จะมีผลผูกพันต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและลงนามโดยตัวแทนผู้มีอำนาจของแต่ละฝ่าย" ข้อสัญญานี้จึงเป็นการแสดงว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาต้องขึ้นอยู่กับความตกลงร่วมกันทั้ง 2 ฝ่าย ทั้งในข้อสัญญาที่ 27 เรื่องการระงับข้อพิพาทนั้นได้บัญญัติถึงการเสนอเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ที่ขัดแย้งกับทฤษฎีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ข้อสรุปว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศใด ๆ เมื่อถูกพิจารณาว่าเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแล้ว จะถือว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้เลยคงไม่ได้ จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบอื่น ๆ อีก เช่น ต้องพิจารณาว่า ประเทศที่มีการปฏิบัติตามสัญญานี้มีหลักกฎหมายปกครองใช้บังคับหรือไม่ มีศาลปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคดีหรือไม่ และที่สำคัญที่สุดต้องพิจารณาจากข้อความในสัญญาว่ามีลักษณะอย่างไรด้วย ดังเช่น ผู้เขียนได้ศึกษาจากสัญญาโครงการระบบทางด่วนดังกล่าวแล้วพบว่าสัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญามีเจตนาที่จะเกี่ยวข้องกับหลักของความเสมอภาคโดยไม่ได้กล่าวอ้างถึงหลักสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

2. ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจะมากขึ้น ถ้ารัฐถือว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศเป็นสัญญาที่มีลักษณะทางแพ่ง

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศเป็นข้อตกลงซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของ คู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน สัญญาเหล่านี้มีส่วนประกอบบางประการแตกต่างจากสัญญาโดยทั่วไป และแตกต่างจากสนธิสัญญา สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นคู่สัญญามีสถานภาพในระบบ กฎหมายที่แตกต่างกัน โดยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้แก่ องค์การของรัฐบาลกระทำการในฐานะรัฐ ซึ่งเป็นผู้มีสถานภาพทางกฎหมายเป็นบุคคลระหว่างประเทศ (international person)¹⁹ ส่วน ราชการ ซึ่งได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น เพื่อดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลซึ่งรัฐวิสาหกิจอาจตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ หรือจัดตั้งขึ้น ในรูปของบริษัท ซึ่งมีส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจอื่นมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50 เพื่อดำเนินการแทนรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจการค้าหรือการลงทุนในแขนงต่าง ๆ กัน เช่น อิหร่าน มี National Iranian Oil Corporation (NIOC), การทางพิเศษแห่งประเทศไทย, บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ฯลฯ ส่วนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ อาจมีสถานภาพ เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐที่เอกชนต่างประเทศนั้นมีสัญชาติ โดยส่วนมากแล้วเอกชนต่างประเทศที่เข้ามาทำสัญญากับรัฐ มักเป็นบริษัทต่างชาติที่ก่อตั้งและมี สำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศอุตสาหกรรม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศเมื่อได้เข้าทำสัญญาแล้ว ก็จะได้เข้ามาลงทุน โดยนำทรัพย์สินตลอดจนเทคโนโลยีต่าง ๆ พร้อมกับเงินทุนจำนวนมาก เข้ามาในประเทศรัฐคู่สัญญา ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศนอกจากจะต้องยอมรับความ เสี่ยงในทางเศรษฐกิจแล้วยังเกรงกลัวการสูญเสียสิทธิในทรัพย์สินต่าง ๆ โดยการใช้อำนาจอธิปไตย

¹⁹ F.A. Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Person," BYIL (1969) : 41.

ของรัฐบาลที่จะกระทำการใด ๆ ภายในดินแดนของรัฐ เช่น การออกพระราชบัญญัติเวนคืนทรัพย์สิน การออกพระราชบัญญัติโอนเป็นของชาติ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจเหล่านี้อาจมีผลกระทบต่อสิทธิต่าง ๆ ของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาได้ เอกชนต่างประเทศมักจะเรียกร้องให้รัฐคู่สัญญาระบุหลักประกันต่าง ๆ เอาไว้ในสัญญา เช่น การระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) ไว้ในสัญญาเพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ อันจะมีผลกระทบต่อสัญญา ภายในอายุของสัญญา เช่น การบัญญัติไว้ในสัญญาให้ใช้กฎหมายที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาไว้บังคับ จะนำกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงในภายหลังมาใช้กับสัญญามีได้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาจะกระทำโดยฝ่ายเดียวมิได้ เว้นแต่ด้วยความยินยอมอันร่วมกันของคู่สัญญา หรือการระบุข้อกำหนดในข้อพิพาทขึ้นสู่การตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาจะเป็นผู้มีส่วนในการแต่งตั้งด้วย เป็นต้น สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศที่มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเท่ากับเป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเจตนาที่จะเกี่ยวข้องกับฐานะเป็นคู่สัญญาธรรมดาเท่าเทียมกับเอกชนต่างประเทศ²⁰ ตัวอย่างของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศที่แสดงถึงลักษณะทางแพ่งของสัญญาที่ผู้เขียนจะยกมาคือ สัญญาสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมกับบริษัททรันตออยส์ มีหลักการที่สำคัญคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะทำการสำรวจหาผลิต เป็นเจ้าของ จำหน่าย ส่งออกนอกประเทศในปิโตรเลียม โดยคู่สัญญาฝ่ายนี้จะให้ประโยชน์ตอบแทนแก่รัฐผู้อนุมัติสัมปทาน สัญญาจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องกระทำตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญา ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับสัมปทานในการดำเนินงาน การไต่ดิน ฝ่ายเอกชนก็มีหน้าที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนทางการเงินแก่รัฐในรูปค่า

²⁰ A.Z. El Chiati, "Contractual Protection of Investment Autonomy of The Will versus Sovereignty of The State," RCADI (1987) : 138.

สงวนพื้นที่ ค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้ การเสนอข้อพิพาทสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การจำกัดการเข้าราชอาณาจักรโดยของรัฐโดยการบัญญัติข้อกำหนดว่าด้วยการเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน สิ่งเหล่านี้ถือเป็นองค์ประกอบที่แสดงถึงควมมีลักษณะทางแห่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ โดยที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะปฏิบัติต่อกันบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค (equal footing) ²¹ ระหว่างคู่สัญญา

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศเป็นสัญญาที่มีลักษณะแห่ง คือ เป็นสัญญาต่างตอบแทนสองฝ่ายซึ่งมีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงต้องเรียงความคิดเรื่องกฎหมายขัดกันมาเป็นฐานรองรับเพื่อให้อำนาจคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา โดยที่สัญญายึดถือหลักความเสมอภาคกัน คู่สัญญาจึงมีความเป็นอิสระในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศอันเป็นการยอมรับหลักการในทฤษฎีการเลือกกฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีหรือทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก (La Loi D'autonomie) ในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา ในปัจจุบันนี้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้ยอมรับหลักการเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนารมณ์ (L'autonomie de La Volonté) ²² ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศจะเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา คู่สัญญาโดยมากแล้วย่อมต้องการที่จะเลือกกฎหมายที่รองรับสิทธิต่าง ๆ ของคู่สัญญาได้เป็นอย่างดีที่สุด

²¹ Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides, *AJIL*, P.515.

²² ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," *วารสารกฎหมาย* 1 (2527) : 78.

การเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น ได้มีการเสนอข้อคิดเห็นจากบรรดานักกฎหมายในปัญหาเรื่องระบบกฎหมายที่เหมาะสมในการนำมาบังคับใช้กับสัญญาโดยเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐซึ่งมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างประเทศ ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งถึงแม้ว่าเมื่อได้พิจารณาจากลักษณะของสัญญาแล้ว จะพึงอนุมานได้ว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะปฏิบัติต่างตอบแทนกันบนหลักของความเสมอภาค แต่เมื่อได้พิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วไม่อาจปฏิเสธได้ว่าคู่สัญญามีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน²³ เมื่อได้พิจารณาตามสภาพความเป็นจริง คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนเพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาที่ทำขึ้นได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศจึงต้องหาหลักประกันโดยให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในส่วนของสัญญาหลัก (contractual right of main contract) ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันต้องอยู่ใต้บังคับของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก ดังนั้นข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจะมีประสิทธิภาพเพียงใดขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา สำหรับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา ผู้เขียนขอแบ่งออกเป็น 3 กรณี คือ

- ก. กฎหมายระหว่างประเทศ
- ข. กฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา
- ค. กฎหมายภายในผสมกันกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ก. **กฎหมายระหว่างประเทศ** การที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายระหว่างประเทศใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นเป็นกรณีที่คู่สัญญาเจตนาให้ความสัมพันธ์ในทางสัญญาอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน (internationalization of contracts) โดยที่คู่

²³ Rainer Geiger, *ICLQ*, P.79.

สัญญาฝ่ายเอกชนต้องการได้รับหลักประกันว่าสัญญาจะไม่ถูกแก้ไขฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงได้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ และเพื่อให้ข้อกำหนดดังกล่าวมีประสิทธิภาพบังคับให้รัฐคู่สัญญาปฏิบัติตามจึงต้องการให้ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษอยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สัญญาระหว่างรัฐบาลอินโดนีเซียกับบริษัท Alcoa Indonesia ที่ได้ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1969 ระบุไว้ในสัญญาข้อที่ 29.1 ว่า "ข้อพิพาทใด ๆ ที่ถูกเสนอให้อนุญาตตุลาการระงับ... จะต้องถูกวินิจฉัยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (ในกรณีเช่นนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 38 (1) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจจะต้องนำมาบังคับใช้..." 24

โดยส่วนใหญ่แล้วการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศโดยชัดแจ้งมักจะไม่ค่อยปรากฏนักโดยทั่วไปแล้วมักจะเป็นการเลือกหลักกฎหมายทั่วไป

เช่น สัญญาระหว่างรัฐบาลซีเรียกับ The Middle East Pipelines Ltd. ในปี ค.ศ. 1949 มาตรา 23 กำหนดว่า "กระบวนการพิจารณาของอนุญาตุลาการในเวลาที่มีการพิจารณาที่ยืดถือตามแบบอย่างของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคำพิพากษาจะต้องวางอยู่บนหลักกฎหมายตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ" 25

24 Martin Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution (Frankfurt : Kluwer Law and Taxation Publishers., 1985), P.110.

25 Jean Flavien Lalive, "Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company," ICLQ (1964) : 1001.

สัญญาระหว่างประเทศนี้เกี่ยวข้องกับ Sahara Compagnie des transports par pipelines au Sahara ซึ่งเป็นบริษัทขนส่งทางท่อของฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1958 มาตรา 22 กำหนดว่า "ศาลอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาคดีโดยอาศัยหลักแห่งความเที่ยงธรรมและไม่จำเป็นต้องตามหลักกฎหมายพิเศษอื่น ๆ ถ้าจำเป็นศาลอาจจะตัดสินคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายและโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศ"

การเลือกหลักกฎหมายทั่วไปเท่ากับเป็นการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเพราะตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้คำจำกัดความของหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า เป็นหลักกฎหมายที่ไต่ยอมรับทั่วไปโดยนานาชาติที่เจริญแล้ว หมายความว่า หลักกฎหมายนั้นต้องมีลักษณะเป็นสากลเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นกฎหมาย 26 เมื่อเป็นเช่นนี้ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ถูกระบุไว้ในสัญญาอันถือหน้าที่ของฝ่ายรัฐคู่สัญญา ย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่เป็นกลาง (neutral law) เพื่อไว้บังคับกับความสัมพันธ์ของคู่สัญญา ผลก็คือ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาย่อมปลอดภัยจากการรุกรานจากระบบกฎหมายภายใน สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศได้รับมาจากกฎหมายระหว่างประเทศและหน้าที่ของฝ่ายรัฐก็ย่อมเป็นข้อผูกพันระหว่างประเทศ นั้นหมายความว่า การกระทำใด ๆ ของรัฐที่ขัดแย้งกับข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศที่คู่กรณีเลือกคืออะไรนั้นได้มีนัยกฎหมายให้ทัศนะที่แตกต่างกันไป

F.A. Mann ได้ให้ความหมายว่า สัญญาที่ถูกทำให้อยู่นอกระบบกฎหมายภายในโดยการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศไว้บังคับนั้น จะสามารถได้รับความคุ้มครองจากการรุกราน

26 ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," วารสารกฎหมาย 1 (2527) : 78 - 79.

ของระบบกฎหมายภายในในรูปแบบเดียวกันกับกรณีสนธิสัญญาระหว่างตัวกระทำตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะต้องถูกใช้บังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง²⁷ แนวความคิดนี้ Martin Wolff, Fawcett และ Friedmann ก็ไม่เห็นด้วยว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองจะนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองยังไม่ได้มีการพัฒนาเพียงพอที่จะนำมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศได้ โดยพิจารณาว่า เอกชนต่างประเทศที่เป็นคู่สัญญาไม่ใช่ตัวกระทำระหว่างประเทศที่สามารถนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมาใช้บังคับได้ Lord McNair ได้กล่าวว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศไม่สามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมาบังคับใช้ได้ แต่ควรจะเป็นหลักกฎหมายที่ได้ยอมรับทั่วไปโดยนานาชาติที่เจริญแล้ว²⁸

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า แม้ตามปกติแล้วกฎหมายภายในอาจจะต้องถูกใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ แต่หลาย ๆ ปีที่ผ่านมาสถานะการณ์อื่น ๆ ที่เป็นใบไม้ได้กฎหมายอื่น ๆ อาจนำมาใช้บังคับได้ โดยสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศสามารถถูกทำให้อยู่นอกระบบกฎหมายภายใน (internationalized) ได้ โดยให้ตกอยู่ในบังคับของกฎหมายอื่นซึ่งรู้จักกันในนามของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งนั้นก็ไม่ได้หมายความว่า จะมีเจตนาให้สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศถูกพิจารณาว่าเป็นสนธิสัญญา หรือถูกใช้บังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในรูปแบบเดียวกันกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ ผู้เขียนหมายความว่า คู่สัญญามีความเป็นอิสระในการใช้สิทธิ

²⁷ Chittharanjan F. Amerasinghe, "State Breaches of Contracts with Aliens and International Law," AJIL (1964) : 904.

²⁸ F.A.Mann, BYIL, P. 45.

เลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองอาจจะถูกเลือกก็เป็นได้ การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวขึ้นอยู่กับศาลหรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมีมากมาย บางประเทศก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่ง บางประเทศก็เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน เช่น เงื่อนไขของสัญญา, ความรับผิดชอบของรัฐและเอกชนต่างประเทศต่อบุคคลที่สาม, สิทธิในการเลือกลูกจ้าง, สิทธิในน้ำมันดิบ ฯลฯ ศาลอาจใช้อ้างกฎหมายภายในขึ้นมาประกอบเพื่อการตัดสินได้ สำหรับในส่วนของการกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษนั้น หลักของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองสามารถนำมาใช้บังคับได้บางหลัก เพื่อสนับสนุนให้ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีประสิทธิภาพ เช่น หลักสัญญาพึงได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*) หลักเจตนาสุจริต (*good faith*) หลักการเคารพในข้อสัญญา (*sanctity of contracts*) หลักการเปลี่ยนแปลงของพฤติกรรมอย่างสำคัญ (*clausula rebus sic stantibus*) เป็นต้น การที่รัฐไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในรูปแบบใด ๆ เช่น การรอนเป็นของชาติ การเวนคืนทรัพย์สิน ฯลฯ การกระทำนั้นอาจจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้

ข. กฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา การเลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญามาใช้บังคับกับสัญญา เป็นกรณีที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะทำให้ความสัมพันธ์ทางสัญญาอยู่ในระบบของกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา (*localization of contracts*) โดยที่รัฐคู่สัญญามักจะเป็นประเทศโลกที่สามหรือประเทศกำลังพัฒนาต้องการจะรักษาอธิปไตยของตนไว้ให้มากที่สุด เมื่อทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ ก็มักจะเลือกเอากฎหมายภายในของตนเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับสัญญา รัฐคู่สัญญาส่วนใหญ่มักเป็นรัฐที่เพิ่งได้รับเอกราช และต้องการที่จะสงวนสิทธิอธิปไตยทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่เมื่อเข้ามาเป็นคู่สัญญากับเอกชนต่างประเทศ รัฐคู่สัญญาพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการนำเอานิติสัมพันธ์ของตนมาอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐอื่น นอกจากนั้นแล้ว หากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยรัฐหรืออำนาจอธิปไตยของตนในการทำสัญญา (*concluded jure imperii*) เช่น สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ, สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม, สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ฯลฯ การปฏิบัติตามสัญญาย่อมกระทำในรัฐ

ที่เป็นคู่สัญญาซึ่งนับว่ากฎหมายของรัฐนั้นมีจุดนิติสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสัญญา (the most real connection) คู่สัญญาอาจคำนึงถึงข้อเท็จจริงนี้ด้วยจึงทำให้เลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา²⁹ เช่น สัญญาที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1980 ระหว่างรัฐบาลอินโดนีเซียกับบริษัท Anggi Chemalloy ในมาตรา 32.1 กำหนดไว้ว่า "นอกเสียจากจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในสัญญานี้ การบังคับใช้และผลบังคับของสัญญา จะต้องอยู่ในบังคับและตีความตามกฎหมายแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย"

ทั้งสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศอีกหลาย ๆ สัญญาได้เลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาใช้บังคับกับสัญญา อาทิเช่น สัญญาระหว่างรัฐบาลออสเตรเลียกับบริษัท Gove (1968), สัญญาระหว่างรัฐบาลเปรูกับบริษัท Cujone (1969), สัญญาระหว่างรัฐบาลอิหร่านกับบริษัท Metalsazmeh (1970), สัญญาระหว่างรัฐบาลชิลีกับบริษัท Quebrada Blanca (1977) สัญญาระหว่างรัฐบาลจอร์แดนกับบริษัท JPCM (1975)³⁰ เป็นต้น

สำหรับกรณีของประเทศไทยมีสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับ BECL ในสัญญาข้อที่ 28.1 กำหนดว่า "สัญญานี้อยู่ในบังคับและการตีความตามกฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทย"

²⁹ ชุมพร ปัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," วารสารกฎหมาย 1 (2527) : 74.

³⁰ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution, P.107.

Exploration and Production Sharing Agreement ระหว่างรัฐบาลกาต้า กับ Holcar Oil Co. ในวันที่ 1 มกราคม 1976 มาตรา 28 (B) ระบุว่าให้ใช้กฎหมายของกาต้าบังคับกับสัญญา³¹

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษซึ่งเป็นข้อกำหนดหน้าที่ของฝ่ายรัฐย่อมหาคุณค่าได้ยาก ถ้าหากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา ศาสตราจารย์ Robert Jennings ได้กล่าวว่า ในกรณีกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา ในกรณีเช่นนี้รัฐคู่สัญญาอาจจะทำลายความคาดหวังของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศได้ในหลาย ๆ วิธีทาง ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษก็เป็นข้อบทในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศคาดหวังว่ารัฐจะปฏิบัติตามเช่นกัน รัฐคู่สัญญาอาจจะปฏิเสธตามหน้าที่ในสัญญาที่อยู่ในบังคับของกฎหมายของตนโดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของตนและอาศัยกฎหมายนั้นเพื่อการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่กำหนดไว้ในสัญญา³² ดังนั้นจึงเป็นไปได้ยากมากที่ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงที่ห้ามรัฐคู่สัญญานำกฎหมายที่แก้ไขภายหลังจากมาใช้บังคับกับสัญญาและสิทธิพิเศษที่รัฐเสนอให้ในรูปแบบต่าง ๆ นั้น จะมีประสิทธิภาพเพียงพอให้รัฐเคารพปฏิบัติตาม หากว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นกฎหมายของรัฐคู่สัญญาซึ่งต่อมากฎหมายนั้นอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ข้อกำหนดดังกล่าวจึงไม่อาจบังเกิดผลได้³³

³¹ Esa Paasivirta, *BYIL*, P.326.

³² R.Y. Jennings, "State Contracts in International Law," *BYIL* (1961) : 156.

³³ F.A.Mann, "State Contracts and State Responsibility," *AJIL* (1960) : 581.

ค. กฎหมายภายในผสมกันกับกฎหมายระหว่างประเทศ การที่คู่สัญญาเลือกทั้งกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา และกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งบังคับกับสัญญานั้น เป็นการเคลื่อนสัญญาออกจากระบบกฎหมายภายใน (de-localization of contracts) แต่นั่นไม่ได้หมายความว่า กฎหมายภายในจะไม่ถูกนำมาบังคับใช้ หากแต่กฎหมายภายในนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ การเลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาอย่างเดียวก็น่าจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยรัฐมาก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิทางสัญญาของเอกชนต่างประเทศ การเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งบังคับกันก่อให้เกิดผลดี คือ สามารถที่จะนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้กับข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะข้อกำหนดแห่งท้องถิ่น (domestic matters) ได้อย่างเหมาะสมซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาบางอย่างไม่สามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ได้ ก็จะใช้กฎหมายภายในของรัฐมาปรับใช้ได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายภายในที่นำมาใช้นั้นจะขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ และในขณะเดียวกันกฎหมายระหว่างประเทศก็จะเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ความคุ้มครองแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญาได้ ดีกว่าการเลือกกฎหมายภายในของรัฐอย่างเดียวนำมาบังคับใช้กับสัญญาซึ่งฝ่ายเอกชนก็ไม่ปรารถนาที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วย สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศในสมัยใหม่จึงได้มีการเลือกกฎหมายหลายระบบไปบังคับกับสัญญา

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐบาลลิเบียกับบริษัทต่างประเทศทั้ง 3 บริษัท อันได้แก่ Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company (Texaco), Libyan American Oil Company (Liamco) และ British Petroleum Company Ltd. (BP.) ซึ่งได้ระบุข้อกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาไว้ในข้อ 28 (7) ดังนี้ คือ

"สัญญาสัมปทานนี้จะถูกกำหนดและถูกตีความโดยหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในกรณีที่ไม่มีความขัดแย้งกันเช่นว่านี้ ก็ให้สัญญา

สัมปทานนี้ถูกกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งศาลระหว่างประเทศเพิ่งนำมาบังคับใช้" 34

สัญญาสัมปทานน้ำมันระหว่างรัฐ Sierra Leone กับ Tennessee Sierra Leone Incorporated ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ว่า

"สัญญาสัมปทานนี้จะถูกกำหนดและถูกตีความโดยหลักกฎหมาย Sierra Leone และหลักกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่เกี่ยวข้อง และอนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดจะต้องตัดสินอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายเช่นนั้น" 35

การที่คู่กรณีเลือกกฎหมายหลายระบบก็เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ที่จะหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายมาใช้บังคับ เช่น Judge Lagergren อนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างลิเบีย กับ BP. ได้อธิบายว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาคือหลักกฎหมายที่สอดคล้องระหว่างกฎหมายลิเบียกับกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นเดียวกันกับอนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างลิเบียกับ Liamco (Dr. Mahmassani), Professor Dupuy อนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างลิเบีย กับ Texaco กล่าวว่า กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้เงื่อนไขที่แน่นอนนั้นอยู่ในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศสาขาใหม่นั้นคือ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา 36

34 Alan Redfern, "The Arbitration between The Government of Kuwait and Aminoil," BYIL (1984), pp. 90 - 91.

35 Roland Brown, "Choice of Law Provisions in Concession and Related Contracts," The Modern Law Review (1976) : 627.

36 A.Z. El Chiaty, RCADI, P.128.

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษซึ่งถูกระบุไว้ในสัญญายอมอยู่ภายใต้อำนาจ บังคับของกฎหมายที่บังคับกับสัญญา ซึ่งการเลือกกฎหมายภายในพร้อมกับการเลือกกฎหมาย ระหว่างประเทศเท่ากับเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะให้นิติสัมพันธ์ของตนอยู่นอกระบบภายใน เพราะอนุญาตตุลาการเองก็ต้องหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายภายในที่เลือกเสียก่อนและนำมา เปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าสอดคล้องหรือไม่ ถ้าไม่สอดคล้องก็ไม่สามารถนำมา บังคับ ถ้าสอดคล้องก็นำมาใช้บังคับได้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศคอยควบคุมกฎหมาย ภายในอยู่เสมอ ก็เท่ากับว่าการเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศในเวลา เดียวกัน ก็คือทำให้นิติสัมพันธ์ของตนอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน เพราะถึงอย่างไรกฎหมาย ระหว่างประเทศก็ย่อมมีผลบังคับในที่สุด³⁷ ดังนั้นข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษย่อม มีประสิทธิภาพและข้อบทเหล่านี้ย่อมได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐคู่สัญญา ย่อมไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิ พิเศษโดยการใช้มาตรการทางกฎหมายของตน ยกเว้นแต่กฎหมายระหว่างประเทศจะอนุญาตให้ ทำเช่นนั้นได้

37 ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกใน สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," วารสารกฎหมาย 1 (2527) : 81.

ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษย่อมขึ้นอยู่กับ การเลือกกฎหมายใช้บังคับ กับสัญญา

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ จะต้องมึระบบกฎหมายที่มีอำนาจบังคับเป็น พื้นฐานรองรับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเสมอ สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาจะมีอยู่ในสัญญา โดยไม่มีกฎหมายเป็นพื้นฐานรองรับ (le contrat sans loi) ไม่ได้³⁸ แต่จะต้องอยู่ภาย ใต้ระบบกฎหมายที่รองรับสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ในสัญญาเพื่อให้มีผลสมบูรณ์ทางกฎหมาย เช่น การนำมาบังคับใช้ การตีความสัญญา และโดยทั่วไปเพื่อเป็นการให้ความหมายบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ได้แสดงไว้ในสัญญา³⁹ ในทัศนะของนักกฎหมายโดยส่วนใหญ่แล้ว สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้บังคับ จากกฎเกณฑ์ของระบบกฎหมายใด ๆ ที่มีอยู่ สัญญาไม่อาจจะมีขึ้นโดยไม่มีกฎหมายรองรับ หรือ แม้แต่ในการวินิจฉัยคดีระหว่าง Saudi Arabia กับ Arabian American Oil Co. (Aramco) ศาสตราจารย์ Sauser-Hall ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการได้กล่าวว่า "เป็นที่ ประจักษ์ว่าสัญญาไม่อาจจะเกิดขึ้นโดยปราศจากระบบกฎหมาย (in vacuo) ที่จะ เป็นพื้นฐาน รองรับ การทำสัญญาไม่อาจอยู่ภายใต้ดุลพินิจอันไม่มีข้อจำกัดของผู้เป็นคู่สัญญา สัญญาจะเป็นจะ ต้องเกี่ยวเนื่องกับระบบกฎหมายใดที่มีอยู่ เพื่อที่จะเป็นพื้นฐานรองรับเจตนาของคู่สัญญา โดย กฎหมายเหล่านี้จะมีผลบังคับในทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่างตอบแทนระหว่างคู่สัญญา สัญญา ไม่อาจเกิดขึ้นโดยปราศจากกฎหมายเป็นพื้นฐานรองรับที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา คู่สัญญา มีความสามารถเพียงก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญา ถ้าระบบกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ให้อำนาจที่จะกระทำไว้"⁴⁰

³⁸ A.Z. El Chiati, RCADI, P.137.

³⁹ Alan Redfern, BYIL (1984) : 78.

⁴⁰ Derek William Bowett, BYIL, pp.50-51.

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เป็นสัญญาต่างตอบแทนสองฝ่ายซึ่งประกอบ
 ไปด้วยสัญญาหลักอันว่าด้วยสิทธิ หน้าที่ และบทบัญญัติอันว่าด้วยการระงับข้อพิพาท ทั้งมีองค์
 ประกอบต่างชาติเข้ามาข้องเกี่ยว จึงต้องโยงความคิดพื้นฐานของกฎหมายขัดกันมา เป็นฐาน
 รองรับ เพื่อหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา จึงต้องมีการแยกแยะระหว่างกฎหมายที่คู่
 สัญญาเลือกกับกฎหมายที่เป็นฐานรองรับ ซึ่งมอบอำนาจให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายได้ตามใจสมัคร
 ซึ่งศาลหรืออนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการหากฎหมายสารบัญญัติมาซึ่งบังคับกับสัญญาระหว่างรัฐ
 กับเอกชนต่างประเทศ โดยนำหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล
 (general principles of private international law) หรือหลักเกณฑ์ทั่วไป
 เกี่ยวกับกฎหมายขัดกัน (general principles of the conflict of laws) มา
 ใช้เป็นฐานรองรับเพื่อหากฎหมายสารบัญญัตินำมาซึ่งบังคับกับสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมาย
 ที่เป็นฐานรองรับนั้น ก็อาจจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในก็ได้ ทั้งนี้เป็น
 เรื่องที่อยู่บนดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการแต่ละท่าน เช่น คดีระหว่างลิเบียกับ BP นั้น Judge
 Lagergren ใช้ Danish conflict of laws rules เป็นฐานรองรับ, คดีระหว่างลิเบีย
 กับ LIAMCO นั้น Dr. Mahmassani ใช้ general principles of the conflict of
 laws เป็นฐานรองรับเช่นเดียวกันกับ คดีระหว่างลิเบียกับ Texaco นั้น ศาสตราจารย์
 Dupuy ใช้ general principles of the conflict of laws เป็นฐานรองรับ
 โดยกล่าวว่า การจะใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการไม่
 สมควร จึงใช้หลักเดียวกันกับอนุญาโตตุลาการในคดี ARAMCO ⁴¹ เป็นต้น

หลักการของกฎหมายขัดกันนั้นย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ซึ่งกฎหมายขัด
 กันไม่ว่าของประเทศใดก็ตาม ได้ยอมรับหลักการเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนารมณ์ซึ่งเป็นหลัก
 สากลที่ยอมรับทั่วโลก คู่สัญญาในสัญญาส่วนใหญ่ย่อมต้องการเลือกกฎหมายที่รองรับสิทธิต่าง ๆ

⁴¹ Christopher Greenwood, *BYIL*, pp.39-40.

ของคู่สัญญาได้เป็นอย่างดีที่สุด หรือระบบกฎหมายที่จะไม่ทำให้เกิดผลเสียหายแก่สิทธิและหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญา สำหรับข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษนั้น เป็นข้อบทของสัญญาที่ถูกระบุไว้ในสัญญาหลัก (contractual right of main contract) ดังนั้น กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกไว้ซึ่งบังคับกับสัญญา จึงมีผลต่อประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่เป็นข้อบทในสัญญาหลักที่ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อกันของคู่สัญญา

1. ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจะลดลงเมื่อคู่สัญญาเลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาซึ่งบังคับกับสัญญา

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น รัฐคู่สัญญามักจะถือว่าสัญญาไม่มีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ เพราะเอกชนต่างประเทศมีชื่บุคคลระหว่างประเทศ ดังนั้น สัญญาดังกล่าวจึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา ประเทศโลกที่สามหรือประเทศกำลังพัฒนาต้องการที่จะรักษาอธิปไตยของตนไว้ให้มากที่สุด เมื่อทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศ ก็มักจะเลือกเอากฎหมายภายในของตนมาเป็นกฎหมายที่บังคับกับสัญญา ความต้องการที่จะสงวนสิทธิอธิปไตยทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่เมื่อเข้ามาเป็นคู่สัญญากับเอกชนต่างประเทศ ก็พยายามแสดงออกซึ่งการรักษาและหวงแหนอธิปไตยทางเศรษฐกิจดังกล่าว รัฐคู่สัญญาพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการที่จะโอนนิติสัมพันธ์ของตนมาอยู่ภายใต้กฎหมายรัฐอื่น โดยรัฐถือว่าการปฏิบัติตามสัญญาย่อมกระทำในรัฐที่เป็นคู่สัญญานั้นเอง⁴² จึงนับว่า สัญญาดังกล่าวมีจุดนิติสัมพันธ์ใกล้ชิด (real connection) กับระบบกฎหมายภายใน จึงทำให้เลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา เช่น สัญญาเมื่อวันที่ 25 กันยายน 1903 ระหว่าง Permina กับ CIE. PJ Starral Indonesia ได้กำหนดว่า "สัญญานี้จะถูกกำหนดและถูกตีความโดยหลักกฎหมายของอินโดนีเซีย"

⁴² Rouhollah K. Ramazani, "Choice of Law Problem and International Oil Contract : a Case Study," *ICLQ* (1962) : 508.

สัญญาระหว่างรัฐบาลกานา กับ The Volta Aluminium Company Ltd กำหนดไว้ว่า "เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในสัญญานี้จะต้องตีความและอยู่ในบังคับตามกฎหมายกานา" 43

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศหลาย ๆ สัญญาได้เลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาใช้บังคับกับสัญญา อาทิเช่น สัญญาระหว่างรัฐบาลอินโดนีเซียกับบริษัท Anggi Chemalloy (1980), สัญญาระหว่างรัฐบาลปานามา กับบริษัท Cerro Colorado (1980) สัญญาระหว่างรัฐบาลกานากับบริษัท Amalgamated Diamond (1976), สัญญาระหว่างรัฐบาลสุรินัมกับบริษัท Brokopondo (1958), สัญญาระหว่างรัฐบาลโคลัมเบียกับบริษัท Cerro Matoso (1970), สัญญาระหว่างรัฐบาลจอร์แดนกับบริษัท Finan (1974), สัญญาระหว่างรัฐบาลเคนยากับบริษัท Kinangoni (1971) 44 เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยมีตัวอย่างสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับ BECL ในสัญญาข้อที่ 28.1 กำหนดว่า

"สัญญานี้อยู่ในบังคับการตีความตามกฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทย"

กรณีนี้ที่สัญญาเลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาใช้บังคับ ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจะไม่มีคุณค่าเลย ซึ่งในกรณีที่กฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศอาจได้รับความเสียหายจากการที่รัฐคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายของตนมา เพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ 45

43 A.Z. El Chiati, RCADI, P.118.

44 Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution, P.107.

45 Samuel K.B. Asante, "International Law and Foreign Investment : a Reappraisal," ICLQ (1988) : 612.

ดังนั้น ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจึงไม่อาจมีขึ้นได้ เพราะรัฐมีอำนาจอธิปไตยเพียงพอที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายของตนให้มีผล เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิทางสัญญาของเอกชนต่างประเทศได้

สำหรับการศึกษาถึงประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษนั้น ผู้เขียนมีความเห็นไปในทางทิศทางเดียวกันกับนักกฎหมายที่ชื่อ Nicolas David ซึ่งเขาได้ขยายความว่า ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา กล่าวคือ ในกรณีกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญานั้นสามารถแยกได้ออกเป็น 2 กรณี คือ ประการแรก หากกฎหมายภายในนั้นไม่แสดงผลออกมาในลักษณะ เป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ ก็ไม่มีเหตุผลอะไรที่จะต้องไปพิจารณาว่าข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีประสิทธิภาพหรือไม่ ประการต่อมาในทางกลับกัน หากกฎหมายภายในนั้นได้บัญญัติหรือวางเงื่อนไขใด ๆ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษขึ้นมา บทบัญญัตินั้นต้องยึดถือตาม นั่นก็คือ การที่รัฐเพิกเฉยต่อข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ และออกกฎหมายภายในของตนมาอันมีผลเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาแน่นอนว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดสัญญา (breach the contract) แต่ก็ไม่เป็นการแน่นอนว่าการกระทำของรัฐนั้นจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วยหรือไม่⁴⁶

จึงอาจกล่าวได้ว่าในกรณีที่สัญญาอยู่ภายใต้อำนาจบังคับจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ความพยายามที่จะให้ความคุ้มครองแก่เอกชนต่างประเทศไม่อาจจะเป็นผลสำเร็จ และบังเกิดขึ้นได้ เพราะคุณค่าของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจะถูกกำหนดโดยกฎหมายภายใน คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยสูงสุดภายในดินแดนของตน จึงอาจแก้ไขบทบัญญัติ

⁴⁶ A.Z. El Chiaty, RCADI, P.156.

กฎหมายหรือปฏิเสศหน้าที่ในสัญญาโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของตน บทบัญญัติกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นใหม่ หรือเงื่อนไขในสัญญาที่ได้กำหนดแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ย่อมจะเข้ามามีผลบังคับกับสัญญา จึงเป็นไปไม่ได้ที่ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ระบุไว้ในสัญญาที่นำกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญามาใช้บังคับจะมีประสิทธิภาพบังคับให้รัฐคู่สัญญาต้องเคารพปฏิบัติตาม⁴⁷

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าสัญญาที่อยู่ในอำนาจบังคับของกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐจากการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษโดยการแก้ไขหรือออกกฎหมายของตนมา เพื่อให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสัญญา อาจจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐ แต่การกระทำของรัฐดังกล่าว อาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศได้ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นการริบทรัพย์สิน (confiscation) ของเอกชนคู่สัญญาตามอำเภอใจโดยมิได้ชดเชยค่าทดแทน, การเวนคืนทรัพย์สิน (expropriation) ที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อเอกชนคู่สัญญา เป็นต้น การกระทำเช่นนั้นจึงเป็นการผิดสัญญาและผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจของบทบัญญัติกฎหมายภายในของตนเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญา ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของหลักมาตรฐานระดับน้อยที่สุด (minimum standard) อนึ่งการใช้อำนาจอธิปไตยทางกฎหมายของรัฐตามอำเภอใจ โดยเพิกเฉยต่อผลประโยชน์ของเอกชนต่างประเทศจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ

⁴⁷ Chumporn Padchusanond, "La Loi Applicable Aux Differends Entre 'Etats et Ressortissants D'Autres 'Etats Selon La Convention de la B.I.R.D. Du 18 Mars 1965" These pour le doctorat de 3^eme cycle mention Droit, L' Université de Paris X, 1981, P.386 อ้างโดย พรณี วานิชสรรพ, หน้า 197.

(internationally unlawful conduct) 48 อาทิเช่น ในคดีระหว่างบริษัทของอเมริกา ชื่อ Marguerite de Joly de Sabla กับรัฐบาลปานามา^{๔๙} คณะกรรมการพิจารณาข้อเรียกร้องทั่วไประหว่างอเมริกา-ปานามา ได้กล่าวว่า "เป็นที่ประจักษ์ชัดว่า การกระทำของรัฐบาลที่ตัดสิทธิหรือแย่งเอาไปซึ่งสิทธิทางทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศโดยปราศจากการจ่ายค่าสินไหมทดแทนจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) 49

ในกรณีของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น เมื่อมีการผิดสัญญาโดยรัฐคู่สัญญาหากว่าการกระทำผิดสัญญานั้นมีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น มีการโอนเป็นของชาติที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักการเพื่อวัตถุประสงค์ในประโยชน์มหาชน (Osear Chinn Case, El Triunfo Case) มีการเวนคืนทรัพย์สินที่เป็นทางเลือกปฏิบัติ (Anglo-Iranian Oil Co. V. Jaffrate- The Rose Mary) หรือที่ไม่จ่ายค่าสินไหมทดแทนที่เพียงพอแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา รัฐเจ้าของสัญชาติมีสิทธิที่จะใช้วิธีการคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) เพื่อป้องกันแก่เอกชนของตน 50 อนึ่งการกระทำผิดสัญญาของรัฐในรูปแบบอื่น ๆ นอกจากหลักการในเรื่องโอนเป็นของชาติที่ไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่เพียงพอแล้ว ยังมีการกระทำอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) หรือการใช้อิทธิพลโดยไม่สุจริต (abuse of rights) อันถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดสัญญาและผิดกฎหมายระหว่างประเทศ

48 F.A. Mann, AJIL, P.574.

49 Marguerite de Joly de Sabla (U.S.) V. Panama, U.S.-Panama General Claims Commission, Award of June 20, 1933, Report of Bert L. Hunt, Department of State, Arb. Ser. No. 6, 1934, P.432.

50 Kenneth S. Carlston, AJIL, P. 268.

(breach of international law) ด้วย ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนสามารถเข้ามาตราการคุ้มครองทางการทูตได้ เช่น การปฏิเสธความยุติธรรมโดยฝ่ายตุลาการอันเป็นอันวิ้วานคดี Rudloff Case อันเป็นสัญญาก่อสร้างอาคารโดยคนสัญชาติอเมริกาที่เวเนซุเอล่า และศาลภายในของเวเนซุเอล่า ตัดสินว่าสัญญานั้นล้มและไม่มีผลใช้บังคับ อันมีลักษณะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม⁵¹ เป็นต้น ทั้งนี้การเข้ามาตราการคุ้มครองทางการทูตนั้นเป็นวิธีการที่ยุ่งยากพอสมควรเนื่องจากรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติของเอกชนต่างประเทศผู้ได้รับความเสียหายนั้น จะต้องเข้ามาตราการภายในได้เงื่อนไขที่เอกชนของตนนั้นต้องได้ดำเนินการเรียกร้องจนครบกระบวนการยุติธรรมในดินแดนของรัฐที่ก่อความเสียหายนั้นคือ เรียกว่าได้เรียกร้องจนหมดสิ้นกระบวนการเยียวยาหรือแก้ไขท้องถิ่น (exhaustion of local remedies) แล้ว และเอกชนของตนมิได้มีส่วนร่วมกระทำผิด (clean hands) ด้วย

อนึ่ง การกระทำของรัฐคู่สัญญาที่เป็นการฝ่าฝืนต่อข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษโดยใช้อำนาจตามกฎหมายภายในของตนอาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศได้ หากว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อข้อผูกมัดในสนธิสัญญาระหว่างรัฐคู่สัญญากับรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา⁵² สนธิสัญญาดังกล่าวอาจปรากฏและเรียกชื่อได้หลายอย่างเช่น สนธิสัญญามิตรภาพ (amity treaty) การพาณิชย์และการเดินเรือ (commercial and navigation treaty) หรือในความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนโดยตรง ซึ่งถือว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศโดยมีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน เช่น สนธิสัญญา (treaty) อนุสัญญา (convention) ความตกลง (agreement) ฯลฯ อันมีคู่ภาคีเป็นบุคคลหรือตัวกระทำการตามกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีนี้ ได้แก่ รัฐผู้รับการลงทุนกับรัฐเจ้าของสัญชาติ

51 Chittharanjan D. Amerasinghe, *AJIL*, P.895.

52 *Ibid.*, P.911.

เอกชนต่างประเทศ โดยที่คู่ภาคีมีเจตนาในการกระทำข้อตกลงเพื่อสร้างความผูกพัน (obligation) ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมาย ซึ่งความตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุน (investment promotion) เกิดขึ้นในประเทศคู่ภาคี โดยสนับสนุนคนชาติหรือบริษัทของตนไปลงทุนในดินแดนของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งและในทางกลับกันก็จะสนับสนุนให้คนชาติหรือบริษัทคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาลงทุนในดินแดนประเทศของตน การที่จะให้มีการลงทุนดังกล่าวเกิดขึ้นได้ก็โดยอาศัยการสร้างภาวะ และการปฏิบัติที่ดีต่อกันและต้องให้มีการคุ้มครองแก่การลงทุน (investment protection) ดังนั้นในสนธิสัญญาส่วนใหญ่มุ่งจะระบุดังความมุ่งหมาย ขอบเขตแห่งความร่วมมือระหว่างรัฐอันเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการที่รัฐคู่ภาคีจะทำความตกลงกัน ซึ่งมีได้แก่

1. การชดเชยค่าทดแทนอย่างเพียงพอในกรณีที่มีการรอนเป็นของชาติหรือการเวนคืนทรัพย์สิน
2. การให้ความรับรองว่า ข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งผู้ลงทุนต่างประเทศได้กระทำไว้เกี่ยวกับการลงทุนจะมีผลบังคับตลอดระยะเวลาของการลงทุนและรัฐบาลประเทศ
3. ภาวะการณ์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับการส่งกลับคืนซึ่งเงินทุนและผลกำไร
4. การให้ความรับรองว่า กรณีพิพาทที่เกิดจากลงทุนกับประเทศเจ้าบ้านจะกระทำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการพิจารณาข้อพิพาทที่ยุติธรรมในสถาบันที่ยุติธรรม

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เช่น ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับสหราชอาณาจักร บริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2521 (Agreement between The Government of The United Kingdom of Great Britain and The Northern Ireland and The Government of The Kingdom of Thailand for The Promotion of The Investment of Capital and The Protection of Investments) สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 (Treaty of

Amity and Economic Relations between The Kingdom of Thailand and United States) สนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเกี่ยวกับการส่งเสริมและถ้อยที่ถ้อยคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2504 (Treaty between The Kingdom of Thailand and The Federal Republic of Germany Concerning The Promotion and Reciprocal Protection of Investment) ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ พ.ศ. 2515 (Agreement between The Netherlands and The Government of The Kingdom of Thailand on Economic Co-operation) เป็นต้น

ในปัจจุบันอาจจะกล่าวได้ว่า บรรดาประเทศพัฒนาแล้วซึ่งคนชาติของตนจะเข้ามาลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย มักจะทำสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศกำลังพัฒนาที่จะรับการลงทุนด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งสนธิสัญญาหรือความตกลงดังกล่าวย่อมต้องมีผลผูกมัดแก่ประเทศคู่ภาคีและจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม โดยสอดคล้องกับหลักสุจริต (bona fide) ⁵³ จึงทำให้รัฐจะต้องปฏิบัติตามหลักการและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาหรือความตกลงที่รัฐได้เข้าเป็นภาคีด้วย และหลักข้อตกลงพึงได้รับการปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) ย่อมต้องนำมาบังคับใช้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างพันธกรณีเกี่ยวกับการรอนเป็นของชาติ ในความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย และรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2521 ซึ่งมาตรา 6 (1) (a) (b) ระบุว่า

⁵³ มาตรา 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (vienna convention on the law of treaties, 1969)

(1) (a) ไม่ว่ากรณีใด การลงทุนของชนชาติหรือบริษัทของชนชาติคู่ภาคีฝ่ายใดที่ตกอยู่ภายใต้มาตรการเวนคืนทรัพย์สินไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อม ชนชาติหรือบริษัทดังกล่าวในดินแดนของคู่ภาคีอีกฝ่าย จะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและโดยเสมอภาคกันในกรณีที่มีการนำมาตรการเช่นนี้มาบังคับใช้ มาตรการดังกล่าวไม่ว่าจะกระทำใด เว้นไว้เสียแต่ว่าโดยเหตุผลจากวัตถุประสงค์ในทางมหาชนและโดยมีการชดเชยค่าทดแทนความเสียหาย การชดเชยค่าทดแทนความเสียหายจะเป็นไปอย่างเพียงพอ โดยมีประสิทธิผลอย่างแท้จริง และจะกระทำโดยไม่ชักช้า และเป็นไปตามบทบัญญัติในอนุมาตรา 2 ของมาตรา 7 คือ จะมีการโอนเงินกันโดยเสรี

(b) ความชอบธรรมในการเวนคืนทรัพย์สิน จำนวน วิธีการ ในการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้โดยหลักเกณฑ์ธรรม *

* Article 6

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

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

ข้อผูกมัดดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นข้อกำหนดที่ให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของคู่ภาคีแต่ละฝ่ายโดยเป็นการรับรองที่รัฐกระทำต่อกันในรูปแบบของความตกลงระหว่างรัฐด้วยกัน อันเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ ความตกลงดังกล่าวเป็นความตกลงที่กระทำขึ้นโดยรัฐ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการทำให้สิทธิประโยชน์แก่คนชาติแต่ละฝ่ายโดยแท้ จึงเป็นการคุ้มครองแก่คนชาติคู่ภาคีแต่ละฝ่ายในระดับที่แตกต่างจากการคุ้มครองโดยข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ กล่าวคือ สนธิสัญญาหรือความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐก่อให้เกิดความผูกพันแก่รัฐคู่ภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้เป็นไปตามหลักข้อตกลงพึงได้รับการปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ใช้บังคับกับความตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างรัฐสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในความตกลงหรือสนธิสัญญาดังกล่าวที่ให้แก่คนชาติของคู่ภาคีจึงเป็นสิทธิที่ได้รับมาจากความตกลงระหว่างรัฐ ในขณะที่เดียวกันสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศที่เลือกกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา ข้อบทต่าง ๆ ในสัญญาซึ่งรวมถึงข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามสัญญาโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายภายในของตน ทั้งนี้หากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐโดยอาศัยกฎหมายภายในของตนเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนด้วย การกระทำนั้นย่อมเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ (มาตรา 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดว่า รัฐจะอ้างกฎหมายภายในของตนเพื่อการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้) รัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติเอกชนผู้เสียหายอาจเข้ามาให้ความคุ้มครองเอกชนของตนได้เลย โดยถือว่ารัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายละเมิดพันธกรณีที่ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาหรือความตกลงดังกล่าว โดยที่เอกชนผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องดำเนินตามขั้นตอนตามกระบวนการให้ความคุ้มครองทางการทูต

อนึ่ง หากได้พิจารณาถึงลักษณะของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศในประเภทสัญญาสัมปทาน (concession agreements) และสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ (economic development agreements) ลักษณะการก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตาม

สัญญาระหว่างคู่สัญญา ถือว่าสัญญาสัมปทานและสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ เป็นสัญญาที่มีลักษณะ การใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญา (contrat jure imperii) ตามที่ปรากฏในหลัก กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำของรัฐจากการที่รัฐคู่สัญญาตกลงให้มีการระบุข้อ กำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ในสัญญาถือว่าเป็นการรับรองแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญาว่าจะไม่ ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอน สิทธิและหน้าที่ของเอกชนต่างประเทศแต่ฝ่ายเดียว และ รับรองว่าจะไม่นำกฎหมายภายในของตนที่ได้แก้ไขในภายหลังมาใช้บังคับเพื่อให้มีผลเป็นการ แก้ไขหรือยกเลิกสัญญา โดยการให้หลักประกันว่าจะใช้กฎหมายขณะใดขณะหนึ่งใช้บังคับตลอด อายุของสัญญา และจากการที่รัฐตกลงให้มีการระบุสิทธิพิเศษต่าง ๆ ไว้ในสัญญา ซึ่งเป็นการ ให้อำนาจพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ โดยการยกเว้นการนำกฎหมายภายในบาง ประการมาบังคับใช้กับเอกชนคู่สัญญา การให้การรับรองดังกล่าวนี้อาจถือได้ว่าเป็นการแสดง เจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ที่มีลักษณะเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ซึ่งถือว่าเป็นข้อผูกพันที่มีอำนาจผูกมัดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่รัฐจะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นในกรณีที่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมีการเลือกกฎหมาย ภายในของรัฐคู่สัญญาใช้บังคับ การที่รัฐคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิ พิเศษ โดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายภายในของตนด้วยวิธีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายของ ตนมาบังคับใช้กับสัญญาเพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียว ในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ สิทธิ หน้าที่ของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา อาทิเช่น ออกกฎหมายมาเพื่อเป็นการเพิ่มภาระ แก่คู่สัญญา ออกกฎหมายมาเพื่อเวนคืนทรัพย์สินของคู่สัญญา ฯลฯ การกระทำดังกล่าวนอกจากจะ เป็นการผิดสัญญาแล้ว ยังถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพราะเหตุ ว่า เป็นการละเมิดข้อผูกพันอันมีลักษณะเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ที่มีต่อ เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาซึ่งมีสถานภาพเป็นการให้คำมั่นของ รัฐจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) จากการกระทำดังกล่าว

2. ประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษจะมากขึ้นเมื่อคู่สัญญา
เลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศผสมกันใช้บังคับกับสัญญา

การเลือกกฎหมายใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ
นั้น หากจะเลือกเอากฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญามาใช้บังคับกับสัญญาเอกชนต่างประเทศที่
เป็นคู่สัญญาก็ไม่ปรารถนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ด้วย เนื่องจากเกรงกลัวถึงความเปลี่ยนแปลงที่จะมี
ต่อความมั่นคงของสัญญา โดยรัฐสามารถจะใช้อำนาจอธิปไตยเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายใน
หรือออกกฎหมายภายในของรัฐมาเพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญาอันจะก่อให้เกิด
ความเสียหายแก่ตนได้ ครั้นจะเลือกเอากฎหมายภายในของรัฐหนึ่งรัฐใดมาใช้บังคับกับสัญญา
รัฐคู่สัญญาก็ย่อมไม่พอใจที่จะยอมรับเอากฎหมายภายในของรัฐอื่นมาบังคับใช้แทนกฎหมายของตน 54
เนื่องจากรัฐคู่สัญญาส่วนใหญ่เป็นประเทศเฟื่องใต้รับเอกราชและกำลังพัฒนาจึงต้องการที่จะสงวน
อธิปไตยในทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ และการปฏิบัติตามสัญญาก็มักจะกระทำกันในรัฐที่เป็นคู่สัญญา
จึงถือว่ากฎหมายภายในของรัฐมีจุดนิติสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดที่สุด (the most real connection)
แต่อย่างไรก็ตาม เอกชนต่างประเทศคู่สัญญาก็ต้องการความปลอดภัยในการลงทุนจากการเปลี่ยนแปลง
ของกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจึงต้องการให้นิติสัมพันธ์ของตนอยู่นอกเหนืออำนาจ
บังคับของกฎหมายภายในที่อาจจะก่อความเสียหายให้กับตนได้ จึงได้ตกลงให้มีการเลือกกฎหมาย
ระหว่างประเทศผสมกับกฎหมายภายในใช้บังคับกับสัญญา

การเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศผสมกันใช้บังคับกับสัญญานั้น
ทำให้สามารถนำกฎหมายภายในมาบังคับใช้กับข้อกำหนดในสัญญาอันมีลักษณะ เป็นข้อกำหนดแห่ง
ท้องถิ่นซึ่งหาไม่ได้จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิเช่น หลักเกณฑ์ในการสำรวจและ
ผลิตปิโตรเลียม, การเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียม, การขายและจำหน่ายปิโตรเลียม,

54 Robin C.A.White, ICLQ, P.8.

หลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าภาคหลวง ค่าบำรุงป่าไม้ ค่าสงวนพื้นที่, หลักเกณฑ์ในการคืนที่แปลง สारววจ เป็นต้น ข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นเรื่องรายละเอียดต่าง ๆ เหล่านี้ ย่อมต้องนำใช้กฎหมาย ภายในบังคับซึ่งการใช้กฎหมายภายในดังกล่าวต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงเห็นว่าโดยปกติแล้วจะใช้กฎหมายภายในบังคับกับรายละเอียดในเนื้อหาส่วนต่าง ๆ ของ สัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อกำหนดแห่งท้องถิ่น (domestic matters) โดยแท้เพราะย่อมเป็นการ คู่กันเคยและสะดวกในการตีความและบังคับใช้กฎหมายภายในของรัฐอันเป็นสถานที่มีการปฏิบัติตาม สัญญา ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นหลักเกณฑ์ที่คอยควบคุมการใช้บังคับกฎหมายภายใน กล่าวคือการใช้บังคับกฎหมายภายในต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

การเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศฯ ซึ่งบังคับกับสัญญาเท่ากับ เป็น การแสดงเจตนารมณ์ที่จะทำให้อัตนญาอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน (denationalisation) 55 ซึ่งเป็นทางปฏิบัติที่พบอยู่เสมอ ดังจะเห็นตัวอย่างได้จาก

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐบาลลิเบียกับบริษัทต่างประเทศสามบริษัท คือ Texaco, Liamco และ Bp ซึ่งได้กำหนดขอบทเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายฯ ซึ่งบังคับกับสัญญาไว้ในข้อ 28 (7) ซึ่งกำหนดว่า "สัญญาสัมปทานนี้จะถูกกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายลิเบียที่ สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในกรณีที่ไม่ใช่หลักกฎหมายที่สอดคล้องกัน เช่นว่านี้ ก็ให้สัมปทานนี้ถูกกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งศาลระหว่างประเทศจะฟังนำมา บังคับใช้" 56

55 ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกใน สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," วารสารกฎหมาย 1 (2527) : 76.

56 Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides, AJIL, pp. 481-482.

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐบาล Sierra Leone กับบริษัทของอเมริกาชื่อ Tennessee Sierra Leone Incorporated ได้กำหนดข้อบทเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้ว่า "สัญญาสัมปทานนี้จะถูกกำหนดและตีความตามหลักกฎหมาย Sierra Leone และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และอนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดจะต้องตัดสินอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายเช่นว่านั้น" 57

สัญญาระหว่างรัฐบาลจาไมก้ากับบริษัท St. Ann and Trelawny ได้มีข้อกำหนดการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้ในสัญญาข้อ 6.3 ว่า "อนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาด จะต้องวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยการบังคับใช้หลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดผลบังคับต่อเจตนารมณ์ของคู่สัญญา และต่อข้อบทต่าง ๆ ในสัญญา" 58

สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาลกานากับบริษัทต่างประเทศ ได้มีข้อกำหนดการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้ว่า "ข้อตกลงนี้จะถูกกำหนดและถูกตีความ โดยกฎหมายกานาและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สอดคล้องกัน" 59

สำหรับประเทศไทย สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมีการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาปรากฏอยู่ในข้อ 13 (1), (11) ของกฎกระทรวงฯ ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้คือ

57 Roland Brown, The Modern Law Review, P. 627.

58 Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution, P.107.

59 A.Z.El Chiati, RCADI, P.148.

13 (1) เมื่อมีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ ผู้รับสัมปทานแก้ไขเหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัมปทานตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 หรือข้อพิพาท เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่เกิดขึ้น ในขั้นแรกให้คู่กรณีพยายามหาทางตกลงกันด้วยดี ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธี อนุญาโตตุลาการ ดังต่อไปนี้

13 (11) ในการให้คำวินิจฉัยอนุญาโตตุลาการหรือ ผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี จะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติกฎหมายไทย และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะพึงนำมาบังคับใช้ ด้วย

การเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศผสมกันใช้บังคับกับสัญญานั้นคง ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นการตัดโอกาสในการใช้บังคับกฎหมายภายใน เพราะโดยปกติความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในส่วนที่เป็นข้อสัญญาหลักที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ย่อมต้องใช้กฎหมายภายในบังคับ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการพัฒนาเพียงพอที่จะมีกฎเกณฑ์มา ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในทางสัญญาจึงต้องใช้บังคับกฎหมายภายใน แต่การใช้กฎหมายภายใน ดังกล่าวต้องเป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการเลือกกฎหมาย ระหว่างประเทศผสมกับกฎหมายภายในใช้บังคับกับสัญญาย่อมเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต่างประเทศในลักษณะที่ว่า เฉพาะ หลักกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะถูกนำมาใช้บังคับ อันเป็นการคุ้มครองเอกชนคู่สัญญาจากการใช้บังคับกฎหมายภายในที่แข็งเขื่อน และตามอำเภอใจ หากว่ากฎหมายภายในที่จะบังคับใช้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ไม่สามารถนำกฎหมายภายในนั้นมาบังคับใช้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศคอยควบคุม กฎหมายภายในอยู่เสมอ

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ถูก
 ระบุขึ้นมาในสัญญาเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาเอกชนต่างประเทศ จากความพยายามของรัฐคู่สัญญาที่
 จะทำการแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญาโดยการใช้มาตรการทางกฎหมายภายในของตน * และ
 สิทธิพิเศษ (preferential rights) ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ถูกระบุขึ้นมาในสัญญาเพื่อเป็น
 การเสนอสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ โดยรัฐให้แก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา เช่น สิทธิพิเศษใน
 ด้านภาษีอากร สิทธิพิเศษในการเข้าเมือง การทำงาน เป็นต้น ข้อกำหนดดังกล่าวย่อมตกอยู่

* ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการใช้มาตรการทางกฎหมาย
 ของรัฐคู่สัญญาเพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญา อาทิเช่น

1. การขึ้นอัตราภาษีที่แตกต่างไปจากอัตราภาษีเดิมที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือ
 ในขณะที่มีการทำสัญญา
2. การตราบทกฎหมายที่เป็นการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในทางการเงินเกี่ยวกับการ
 อุตสาหกรรมหรือการพาณิชย์ ซึ่งส่งผลให้ข้อกำหนดทางการเงินมีภาระสูงกว่าที่ได้กำหนด
 ไว้ในสัญญา
3. การเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ดังเช่น กฎหมายเกี่ยวกับ
 หุ้นส่วนบริษัท กฎหมายภาษีอากรให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติกฎหมายเดิมที่มีอำนาจบังคับ
 ที่มีการทำสัญญา
4. การเวนคืนทรัพย์สิน การโอนเป็นของชาติ และการดำเนินมาตรการใน
 รูปแบบอื่น ๆ อันเป็นการแทรกแซงหรือก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบกิจการของเอกชนต่าง
 ประเทศ

ภายใต้อำนาจบังคับของกฎหมายที่นำมาซึ่งบังคับกับสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายภายใน มาซึ่งบังคับประสิทธิภาพของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไม่อาจบังเกิดขึ้นได้ เพราะ รัฐยอมให้อำนาจอธิปไตยของตนในการแก้ไขกฎหมายหรือออกกฎหมายของตนมา เพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญาได้ แต่ในกรณีที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศผสมกันมาซึ่งบังคับกับสัญญา ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ หากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในนั้นจะนำมาบังคับใช้ไม่ได้ในกรณีเช่นนี้ กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องถูกนำมาซึ่งบังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันก็คือ หลักกฎหมายภายในของรัฐจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังได้รับการยืนยันไว้ในคดี Norwegian Claims Case โดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ได้กล่าวไว้ว่า "ถ้าหากกฎหมายในทางมหาชนของรัฐฝ่ายหนึ่งในกรณีพิพาทนั้น ขัดแย้งกับนโยบายทางระหว่างประเทศแล้ว ... ศาลระหว่างประเทศจะไม่ผูกมัดโดยบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งเป็นคู่กรณีในการระงับข้อพิพาท" ดังนั้นข้อบทต่าง ๆ ในสัญญา รวมถึงข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษย่อมอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลให้ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีประสิทธิภาพมากขึ้น

หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนให้ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีประสิทธิภาพมากขึ้น อนุญาโตตุลาการมักจะอ้างถึง ได้แก่ หลักข้อตกลงพึงได้รับการปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) การไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ เนื่องจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นหลัก pacta sunt servanda ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาบังคับใช้ เช่นเดียวกันกับที่นำมาซึ่งบังคับกับสนธิสัญญา ได้มีบรรดานักกฎหมายที่สนับสนุนหลักการนี้ เช่น

Hans Wehberg ได้อธิบายว่า หลัก *pacta sunt servanda* เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายของทุก ๆ ประเทศ... ผลที่ตามมาคือ หลักการดังกล่าวมีความสมบูรณ์ในกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดผลบังคับอย่างแน่นอนไม่ว่าในกรณีของสัญญาระหว่างรัฐ หรือสัญญาระหว่างรัฐกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ...

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งสัญญา (sanctity of contracts) เป็นเงื่อนไขที่สำคัญของชีวิตในสังคมมนุษย์ วิธีทางแห่งประชาคมระหว่างประเทศมิได้มีแต่เพียงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ แต่ยังมีการเพิ่มระดับขึ้นไปอีกโดยเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และบริษัทต่างประเทศ หรือเอกชนต่างประเทศ ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ไม่อาจจะดำรงอยู่ได้ ถ้าปราศจากหลักข้อตกลงพึงได้รับการปฏิบัติตาม โดย Verdross ได้กล่าวเสริมว่า สัญญาระหว่างรัฐกับบริษัทต่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้สัมปทานถูกพิจารณาว่าเป็นความตกลงกึ่งระหว่างประเทศ (quasi-international agreements) หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งสัญญาต้องถูกนำมาบังคับใช้เสมอ ⁶⁰

Martin Domke กล่าวว่าหลัก *pacta sunt servanda* ใช้บังคับไม่เฉพาะแต่กับความตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ยังใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ⁶¹

ศาสตราจารย์ Jessup ได้ให้ความเห็นว่า หลัก *pacta sunt servanda* เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นมูลฐานจำเป็นในกฎหมายระหว่างประเทศ ความมีอยู่ของหลักนี้ได้รับการยืนยันอย่างแข็งขัน จากคำตัดสินในคดี *Aramco* และ *Sapphire* โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

⁶⁰ Hans Wehberg, "Pacta Sunt Servanda," *AJIL* (1959) : 786.

⁶¹ Martin Domke, "Foreign Nationalizations," *AJIL* (1961) : 597.

คำตัดสินของ Judge Cavin ในคดี Sapphire ซึ่งแสดงว่าหลัก pacta sunt servanda เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่ศาลระหว่างประเทศยึดถืออยู่เสมอว่า สัญญาจะต้องได้รับการเคารพ Judge Cavin จึงถือว่า หลักสัญญาพึงได้รับการปฏิบัติตามเป็นหลักของความสัมพันธ์ตามสัญญา ทุกฉบับ (The rule 'pacta sunt servanda' is the basis of every contractual relationship) ⁶²

ในคดี Texaco และ Liamco นั้น อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่า หลัก sanctity of contract, pacta sunt servanda ได้รับการรับรองทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ แพนกคดีเมืองและหลักกฎหมายของลิเบีย โดยพิจารณาตามระบบกฎหมายมุสลิม ในคัมภีร์กูรอ่าน (the koran) ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามยืนยันหลักว่า ชาวมุสลิมผูกพันตามสัญญาของพวกเขา (muslim are bound by their contract) และในมาตรา 147 และ 148 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งลิเบีย (Libyan Civil Code) ก็ยืนยันหลักการที่ว่า ข้อบทต่าง ๆ ในสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามด้วยความสุจริต ⁶³ Dr. Mahmassani อนุญาโตตุลาการคดี Liamco ได้กล่าวว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศและเหตุผลทางกฎหมายได้สนับสนุนหลักการ pacta sunt servanda และได้รับการยืนยันในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการหลาย ๆ ท่าน ทั้งหลักนี้ยังได้รับการสนับสนุนจากผู้ชำนาญกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหลาย ผู้ซึ่งยึดถือว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐในการโอนเป็นของชาติถูกจำกัดโดยการเคารพต่อสิทธิในทางสัญญา หลักการเคารพต่อข้อตกลงนี้ใช้บังคับทั้งในสัญญาทั่วไปและสัญญาสัมปทานซึ่งผูกมัดทั้งเอกชนและรัฐ แม้ว่าสัญญาสัมปทานจะมีลักษณะผสมระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนก็ตาม สัญญาก็ยังรักษาอำนาจบังคับ นอกจากนั้น การระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ในสัญญาเป็นการชี้ให้เห็น

⁶² Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides, *AJIL*, P.514.

⁶³ Alan Redfern, *BYIL*, P.92.

เจตนารมณ์ของคู่สัญญาว่าต้องการให้สัญญามีอำนาจผูกมัด ศาสตราจารย์ Dupuy ถือว่า หลัก pacta sunt servanda เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญา โดยกฎหมายสารบัญญัติของหลัก pacta sunt servanda นี้ได้มาจากการเทียบเคียงจาก กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่งและกฎหมายระหว่างประเทศแพนคอดีเมืองว่าด้วยสนธิสัญญา 64 การใด ๆ นั้นไม่สามารถที่จะกระทำได้ เว้นไว้เสียแต่ว่าจะเกิดความยินยอมระหว่างคู่สัญญา การไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ โดยเนื่องจากการผิดสัญญานั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งรัฐจะต้องรับผิดชอบถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐ 65

การทำให้สัญญาอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน โดยการเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศผสมกันใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งจะทำให้มีกฎหมายระหว่างประเทศมาคอยควบคุมการชักกฎหมายภายในของรัฐในทางที่เสียหายต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา ปัญหาอยู่ที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศนั้นคือกฎหมายในรูปแบบใด ได้มีนักกฎหมายหลายท่าน เช่น F.A.Mann, Ngvyen Quoc Dinh ได้ให้ความเห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศที่อยู่นอกระบบกฎหมายภายในนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแพนคอดีเมือง (public international law) เพื่อเป็นการทำให้สัญญาได้รับความคุ้มครองจากการรุกร้าโดยระบบกฎหมายภายใน ในรูปแบบเดียวกันกับสนธิสัญญาระหว่างรัฐ ซึ่ง Professor Garcia - Amador ได้กล่าวว่า จุดมุ่งหมายของการทำให้สัญญาอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน

64 Christopher Greenwood, BYIL, P.64.

65 Chumporn Padchusanond, La Loi Applicable Aux Differends Entre 'Etats et Ressortissants D'Autres 'Etats Selon La Convention de La B.I.R.D. du 18 Mars 1965, pp. 116-117 อ้างโดย พรณี วานิชสรณ์, หน้า 111-112.

เพื่อทำให้ความสัมพันธ์ในทางสัญญา เป็นความสัมพันธ์ที่อิสระแยกออกจากกฎหมายภายใน และ เขาได้กล่าวเสริมอีกว่า เช่นเดียวกันกับสนธิสัญญา เมื่อสัญญาหรือสัมปทานอยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือโดยหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศหรือโดยบทบัญญัติที่เป็นรูปแบบของลักษณะระหว่างประเทศโดยแท้ สิทธิของเอกชนต่างประเทศย่อมได้รับจากข้อเกิดระหว่างประเทศ ซึ่งนั่นก็หมายความว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธะดังกล่าว จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) โดยตรงทันที⁶⁶

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีนักกฎหมายหลายท่าน เช่น Martin Wolff, Professor Sereni, Fawcett และ Friedmann ได้โต้แย้งว่า สัญญาที่อยู่นอกระบบกฎหมายภายใน ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เนื่องจากกฎหมายนี้ไม่ได้มีการพัฒนาอันเพียงพอที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองโดยสภาพแล้ววางนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐจะนำมาปรับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศได้อย่างไร เมื่อเอกชนต่างประเทศคู่สัญญามีได้เป็นตัวกระทำการในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองก็จะทำหน้าที่ลงโทษการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ซึ่งมาตรการในการลงโทษเป็นเรื่องของรัฐ เอกชนต่างประเทศไม่สามารถจะใช้มาตรการลงโทษต่อรัฐได้ นอกเสียจากเรื่องความคุ้มครองทางการทูต (La protection diplomatique)⁶⁷ มันเป็นการยากที่จะยอมรับว่า กฎหมายระหว่าง

⁶⁶ Garcia-Amador, Fourth Report on State Responsibility, Doc. A/Cn, 4/199, Yearbook of the ILC, 1959, vol.2, P. 32, para, 127. อ้างโดย Esa Paasivirta, *BYIL*, P.317.

⁶⁷ ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," *วารสารกฎหมาย* 1 (2527) : 90.

ประเทศแพนคอดีเมือง (public international law) จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นย่อมหมายความว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมสามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นในสัญญาได้ จึงกลับกลายเป็นว่า ไม่ใช่เฉพาะแต่การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยฝ่ายรัฐจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ แม้กระทั่งการกระทำที่ผิดสัญญาโดยฝ่ายเอกชนต่างประเทศจะเท่ากับว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศด้วย โดยจะเป็นการทำให้ความสัมพันธ์ทุกรูปแบบที่มีอยู่ของสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและจะทำให้เอกชนต่างประเทศได้รับสถานภาพเป็นบุคคลระหว่างประเทศด้วยการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาโดยแท้ ซึ่งจะทำให้โต้แย้งได้ต่อไปว่า เมื่อใดที่รัฐคู่สัญญากระทำผิดสัญญาเท่ากับว่ารัฐกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศต่อเอกชนต่างประเทศโดยเฉพาะ ซึ่งก็ไม่จำเป็นอีกต่อไปที่จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำผิดต่อรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนต่างประเทศในฐานะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคนชาติของรัฐดังกล่าว อันเป็นการแก้ไขหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมีอยู่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ยิ่งไปกว่านั้น ก็จะต้องถือว่าเอกชนต่างประเทศผู้กระทำผิดสัญญาประเภทนี้อาจจะถูกฟ้องร้องว่ากระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นการขยายหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมันไม่สมเหตุผลเลยที่จะกล่าวว่า รัฐเจ้าของสัญชาติจะต้องถูกฟ้องร้องในฐานะที่เป็นตัวแทนของเอกชนนั้น เมื่อรัฐดังกล่าวไม่ได้ทำอะไรผิดเลย 68

สำหรับผู้เขียนแล้วมีความเห็นว่า เมื่อคู่สัญญาเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศผสมกันใช้บังคับกับสัญญาแล้วเช่นนี้ กฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่น่าจะหมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศแพนคอดีเมือง (public international law) แต่น่าจะหมายถึงกฎหมายชนิดพิเศษ (specific legal order) โดยกฎหมายดังกล่าวมีที่มาจากหลักกฎหมาย

68 Chittharanjan F. Amerasinghe, *AJIL*, P. 905.

และแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปมาปรับใช้กับสัญญา ดังเช่น หลักข้อตกลงพึงได้รับการปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) โดยใช้วิธีการบังคับใช้แบบเทียบเคียง (analogy) นอกจากนี้แล้ว หลักการเคารพสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (acquired rights) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็ต้องถูกนำมาบังคับใช้เพื่อนำมาพิจารณาว่าสิทธิอะไรที่คู่สัญญาได้รับและสิทธิดังกล่าวจะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างไร เป็นต้น

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศซึ่งคู่สัญญาได้ทำความตกลงให้ปรากฏกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาและโดยการทำความตกลงระหว่างคู่สัญญานั้นเองทำให้ข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่ในสัญญานั้นไม่สามารถจะนำกฎหมายภายในของรัฐมาใช้บังคับในทางที่ขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่น ในกรณีสัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นการทำสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ข้อตกลงหรือเงื่อนไขบางประการแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ข้อตกลงดังกล่าวเหล่านี้เป็นข้อตกลงที่รัฐในฐานะผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐเท่านั้นที่จะสามารถทำความตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ยกตัวอย่างเช่น การอนุมัติให้เอกชนต่างประเทศผู้รับสัมปทานได้รับสิทธิพิเศษบางประการ (preferential rights) การระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) ไว้ในสัญญาเพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญาที่รัฐได้ทำไว้กับเอกชนต่างประเทศ ข้อกำหนดในสัญญาเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่รัฐอธิปไตยผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะทำข้อตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ดังเช่น Georges Sauser-Hall ได้กล่าวว่า "ด้วยเหตุผลจากการที่รัฐเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ จึงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะอนุมัติสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีข้อจำกัดว่ารัฐจะไม่เพิกถอนสิทธิต่าง ๆ ที่ได้ให้ไว้ในสัญญาสัมปทานก่อนที่สัญญาจะหมดอายุ การตกลงเช่นนี้ไม่มีสิ่งใดที่จะห้ามรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อผูกพันตนเองแบบไม่สามารถบอกล้างได้ไว้ในบทบัญญัติของสัมปทานและจากการให้สิทธิที่ไม่สามารถเพิกถอนได้แก่ผู้รับสัมปทาน" ⁶⁹

⁶⁹ A.Z.El Chiati, RCADI, P.155.

ข้อสรุปเช่นนี้ได้รับการยอมรับในคดีระหว่าง Sapphire กับ NIOC (National Iranian Oil Company) และคดีระหว่าง Revere Copper Inc. กับ OPIC (Overseas Private Investment Corporation) ซึ่งยอมรับว่ารัฐมีอำนาจทำข้อตกลงจำกัดการใช้ อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยสัญญาได้ และเมื่อรัฐได้ทำข้อตกลงเช่นนี้กับเอกชนต่างประเทศแล้ว รัฐจะต้องผูกมัดตามข้อตกลงดังกล่าวด้วยโดยอนุญาโตตุลาการได้กล่าวไว้ว่า "การที่รัฐบาลต้องการที่จะทำความตกลงในระยะเวลายาวนานกับผู้ลงทุนต่างประเทศ เพื่อที่จะพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในด้านทรัพยากรธรรมชาติ ด้วยจุดประสงค์เช่นนี้เองรัฐบาลจำเป็นต้องเสนอวิธีการชักจูงการลงทุนโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น มาตรการด้านภาษีอากร ตลอดจนการให้หลักประกันในด้านต่าง ๆ โดยมีกำหนดระยะเวลาไว้ ถ้าหากว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐไม่อาจจะจำกัดได้ โดยการทำสัญญาผูกมัดเช่นนี้ รัฐย่อมจะสูญเสียโอกาสในการทำสัญญาเพื่อที่จะได้รับประโยชน์อันจำเป็นแก่รัฐ ดังนั้น ในการที่รัฐจะตอบสนองต่อความคาดหวังของเอกชนต่างประเทศ รัฐจึงจำเป็นต้องจำกัดการใช้ อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ในการที่รัฐได้รับเงินทุนจากเอกชนต่างประเทศในการที่จะพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติหรือ ดึงดูดการลงทุนในกิจการอุตสาหกรรมจากต่างประเทศ ถ้ารัฐต้องการที่จะสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวมา หากรัฐเพียงแต่ทำสัญญาโดยไม่มีผลผูกมัดต่อสัญญาเลยย่อมเป็นการไม่มีเหตุผล โดยสัญญาที่ได้กระทำขึ้นย่อมต้องผูกมัดซึ่งผลผูกมัดดังกล่าว ยังไม่มีรูปแบบที่แน่ชัดใน กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ให้คุณค่าแก่ข้อผูกมัดเช่นนี้ ด้วยเหตุนี้ข้อผูกมัดในทางสัญญาที่รัฐได้กระทำไว้จึงมีผลผูกมัดได้ 70

70 Robert B. Von Mehren and P. Nicholas Kourides, *AJIL*, P.518.

ข้อกำหนด เพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศจึงเป็นข้อตกลงที่ทำให้สัญญามีลักษณะที่พิเศษโดยเฉพาะแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศโดยทั่วไป อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในสัญญาที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา และการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ด้วย ทำให้สัญญาอยู่นอกระบบกฎหมายภายใน หลักข้อตกลงพึงได้รับการปฏิบัติตาม (clausula pacta sunt servanda) ในฐานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ด้วยเหตุนี้ความรับผิดชอบของรัฐจะเกิดขึ้น เนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนด เพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ ความรับผิดชอบในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีลักษณะ เป็นความรับผิดชอบของรัฐ ดังในกรณีของพันธกรณีในสนธิสัญญาซึ่งรัฐจะต้องมีความรับผิดชอบ ถ้าหากไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว โดยรัฐไม่จำเป็นต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างใดอีก ดังเช่น Professor Dupuy อนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างรัฐบาลลิเบียกับ Texaco ได้วินิจฉัยเทียบเคียงไว้ดังนี้คือ "ศาลจะต้องให้คำจำกัดความและความหมายที่แท้จริงของความสัมพันธ์ในสัญญาที่อยู่นอกระบบกฎหมายภายใน เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเข้าใจผิด การที่กล่าวว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับต่อความสัมพันธ์ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมิได้หมายความว่า เอกชนต่างประเทศมีสถานะภาพเช่นเดียวกับรัฐหรือสัญญาดังกล่าวมีลักษณะ เช่นเดียวกับสนธิสัญญา"

ด้วยเหตุนี้ การที่กล่าวว่า การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับการละเมิดพันธกรณีในสนธิสัญญานั้น มิได้หมายความว่า หน้าที่ในสัญญากับพันธกรณีในสนธิสัญญามีลักษณะ เช่นเดียวกัน แต่ในกรณีเช่นนี้มีความหมายเพียงว่า การไม่ปฏิบัติหน้าที่ในสัญญาซึ่งความสัมพันธ์ในสัญญาที่อยู่นอกระบบกฎหมายภายในนี้ก่อให้เกิดภาวะการณ์ในทางกฎหมายที่เทียบได้กับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ ดังคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวกับข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา แสดงให้เห็นว่าในสัญญาเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีการปฏิเสธต่อความยุติธรรม (denial of justice) หรือการกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศจึงจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบในสัญญาโดยถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐ เฉพาะการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญา ก็เพียงพอที่จะเป็นพื้นฐานของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ หลักข้อตกลงพึงได้รับการปฏิบัติ

ตาม (clausula pacta sunt servanda) นั้น นามานับบังคับใช้เฉพาะในกรณีสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศซึ่งมีหน้าที่ในสัญญามีลักษณะระหว่างประเทศ (international character) เท่านั้น⁷¹

ด้วยเหตุนี้ การผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ในสัญญาที่นำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ ย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบตามสัญญาโดยเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นามานับบังคับใช้กับสัญญา ความรับผิดชอบระหว่างประเทศในที่นี้เป็นความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นามานับบังคับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อความชัดเจนผู้เขียนขอยกตัวอย่างสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของไทย ที่ข้อกำหนดกฎหมายที่นามานับบังคับในสัญญา ได้แก่ บทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการย่อมจะนำกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ซึ่งกฎหมายไทยที่นามานับบังคับใช้ต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อกำหนดหน้าที่ของฝ่ายรัฐบาลไทย ในข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดมูลฐาน" (1) ซึ่งถือว่าเป็นข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง ซึ่งต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศที่นามานับบังคับใช้ การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลกระทำการละเมิดข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง เช่น ออกกฎหมายมาขึ้นอัตราภาษีอากรเพื่อนามานับบังคับใช้กับคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน ฯลฯ เป็นการกระทำที่ผิดสัญญา ย่อมถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นามานับบังคับใช้ในสัญญา ความรับผิดชอบในสัญญาย่อมเป็นความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นามานับบังคับใช้กับสิทธิและหน้าที่ในสัญญาระหว่างคู่สัญญา ฝ่ายรัฐคู่สัญญาจึงอาจจะมี ความผิดชอบระหว่างประเทศ จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นามานับบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม

⁷¹ Garcia Amador, The Changing Law of International Claim Vol.I (New York : Oceana Publications, Inc., 1984), P. 396.