



สถานการณ์ทางกฎหมายของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ

ดังที่ได้ศึกษามาโดยละเอียดถึงประเภทและเป้าหมายของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ แต่สิ่งหนึ่งที่จะต้องศึกษาต่อไปก็คือ สถานการณ์ทางกฎหมายของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญมาก เพราะสามารถที่จะทำให้อาณาจักรโดยทั่วไปของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษว่ามีลักษณะอย่างไร และจะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายอย่างไร ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงนั้นเป็นการจำกัดสิทธิในการเข้าราชอาณาจักรโดยเหนือดินแดนของรัฐคู่สัญญา สำหรับสิทธิพิเศษนั้นเป็นการให้สิทธิพิเศษบางอย่างแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา ซึ่งเป็นการยกเว้นจากการใช้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐ ผู้ที่จะสามารถจำกัดสิทธิและให้สิทธิเช่นนี้ได้ก็คือรัฐเท่านั้น ดังนั้น การที่รัฐจำกัดการเข้าราชอาณาจักรโดยเหนือดินแดนของตนภายในอายุของสัญญาโดยข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง และการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายภายในโดยสิทธิพิเศษถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ (acts of state) ซึ่งในการที่รัฐตกลงให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในสัญญาที่ทำกับเอกชนต่างประเทศ ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งรัฐต้องผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าวของตนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะเดียวกัน ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นก็มีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องมีหน้าที่และสิทธิตามที่ระบุไว้ในสัญญาโดยเป็นไปตามหลักต่างตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญา

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศที่มีการระบุให้มีข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษนั้น ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษนอกจากจะมีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทนแล้วยังมีลักษณะเป็นการเข้าราชอาณาจักรโดยเหนือดินแดนของรัฐคู่สัญญาอีกด้วย สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศบางประเภท เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ มีลักษณะร่วมกัน

ของหลักการในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน สำหรับองค์ประกอบทางมหาชนที่ปรากฏในสัญญาจะเห็นได้จากการที่รัฐคู่สัญญาให้สิทธิพิเศษ แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในด้านต่าง ๆ ครอบคลุมไว้ว่าในสัญญา เช่น สิทธิพิเศษเกี่ยวกับภาษีอากร สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงาน และในส่วนของภาระผูกพันเพื่อความมั่นคงก็เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะรับประกันการลงทุนของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาจากการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งในรูปแบบของมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการทางบริหารในอันที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาภายในอายุของสัญญา ดังนั้นข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไม่เพียงแต่จะถือเป็นข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ซึ่งรัฐจะต้องผูกมัดตามข้อตกลงดังกล่าว อันจะพบได้จากคำพิพากษาในคดี Nuclear Test Case คดี Eastern Greenland Case ซึ่งล้วนแต่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่สร้างผลผูกพันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับ ในคดี Mavrommatis Concession Case และคดี German Interests in Polish Upper Silesia Case ศาลได้ตัดสินว่า การประกาศของรัฐว่าจะละเว้นไม่ทำการเวนคืนทรัพย์สิน ถือว่ามีอำนาจผูกมัดตามกฎหมาย ดังนั้นจึงเห็นว่า คำพิพากษาของศาล (jurisprudence) สนับสนุนหลักการนี้มาตลอด จึงถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (source of international law) ประเภทหนึ่งได้

1. ความหมายและประเภทของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ

จากหลักการความเป็นเอกราชของรัฐ (the theory of independence) รัฐสามารถสร้างความผูกพันทางกฎหมายกับใครก็ได้ ดังนั้นรัฐจึงสามารถสร้างนิติกรรมเพื่อให้มีผลบังคับทางกฎหมายต่อตนเองได้ ถึงแม้ว่ามาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ จะมีได้บัญญัติไว้ถึงเรื่องการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ แต่ตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ รวมทั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากายที่แสดงให้เห็นถึงการตัดสินกรณีพิพาทโดยใช้อำนาจแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐเป็นหลักในการตัดสิน ซึ่งคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็อาจจะกลายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศไปในทางหนึ่งได้

1.1 ความหมายของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ

การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) หมายถึงการกระทำใด ๆ ของรัฐเพื่อมุ่งให้เกิดหลักเกณฑ์ทั่วไป ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ หน้าที่ และสภาพบังคับโดยมีความประสงค์ที่ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การกระทำและแนวปฏิบัติของรัฐอาจจะไม่ได้ก่อให้เกิดขึ้นในรูปแบบของข้อตกลง แต่ก็ยังสามารถสร้างผลผูกพันทางกฎหมายได้ในหลาย ๆ รูปแบบ นักกฎหมายบางคนได้ให้คำจำกัดความของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐว่ารวมถึง การคัดค้าน การให้คำมั่น การบอกเลิกสิทธิและการยอมรับ ซึ่งเป็นการแสดงลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย ทั้งในรูปแบบของการกระทำทางสัญญาหรือการกระทำฝ่ายเดียว ทั้งนี้ต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยบุคคลผู้มีอำนาจตามหน้าที่ในการแสดงเจตนา นั้น ๆ ด้วย ¹

1.2 ประเภทของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ

การแบ่งประเภทนี้พิจารณาจากการแสดงออกของรัฐโดยอาศัยวัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐเป็นหลัก ซึ่งในเรื่องนี้แยกออกได้ดังต่อไปนี้

- (ก) การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยการแจ้งให้ทราบ
- (ข) การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีลักษณะของการคัดค้าน
- (ค) การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นคำมั่นของรัฐ

¹ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, (Oxford : Clarendon Press, 1979), P.634.

(ก) การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยการแจ้งให้ทราบ (notification) รูปแบบของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวประเภทนี้จะเป็นการแสดงออกมาอย่างเป็นทางการเพื่อแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงการกระทำของรัฐบางกรณี ซึ่งถูกระบุเพื่อผลผูกพันทางกฎหมาย โดยมี เหตุการณ์ต่าง ๆ เป็นตัวแปร

การแจ้งให้ทราบนี้มีทั้งลักษณะแบบที่บังคับให้แจ้งประการหนึ่ง กับแบบที่จะแจ้งก็ได้หรือไม่แจ้งก็ได้อีกประการหนึ่ง แบบที่บังคับให้แจ้งได้แก่กรณีตัวอย่างที่มหาอำนาจที่ได้ทำสงครามจำเป็นต้องแจ้งให้ประเทศที่เป็นกลางได้ทราบถึงสถานะของสงคราม (มาตรา 2 ของอนุสัญญาฉบับที่ 3 ของกรุงเฮก ณ วันที่ 18 ตุลาคม 1907 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเริ่มต้นของการเป็นศัตรูกัน) หรือการแจ้งให้เลขาธิการทั่วไปของสหประชาชาติได้ทราบถึงการประกาศยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการตัดสินและบังคับคดี² เป็นต้น

ส่วนแบบที่จะแจ้งก็ได้หรือไม่แจ้งก็ได้นั้น ได้แก่ การแจ้งให้ทราบถึงการเป็นกลางของประเทศตัวเองในสงครามที่เกิดขึ้น การแจ้งให้ทราบว่าประเทศของตนนั้นได้ยอมรับประเทศที่เกิดใหม่หรือรับรองรัฐบาลใหม่ เป็นต้น

(ข) การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีลักษณะของการคัดค้าน (protest) คือ เป็นการไม่ยอมรับในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งว่าเป็นความถูกต้อง รูปแบบของการคัดค้านนั้นมีหลายแบบ เช่น การส่งบันทึกที่เป็นลายลักษณ์อักษร บันทึกความจำ หรือคำประกาศในลักษณะของการแถลงการณ์ เป็นต้น

² มาตรา 36 วรรค 4 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ผลผูกพันทางกฎหมายของการคัดค้าน คือ ทำให้ประเทศผู้ทำการคัดค้านได้รับความคุ้มครองไม่ถูกฟ้องในทางตรงกันข้ามในเรื่องที่ได้คัดค้านไปแล้ว นอกจากนี้ การคัดค้านยังเป็นการรักษาสิทธิของรัฐเอง เพราะการนิ่งเฉย (acquiescence) นั้นหมายถึง การยอมรับพฤติกรรมในการคัดค้านอาจจะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ในทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในรูปของท่าทีในทางการเมือง หรือการแสดงท่าทีในรูปแบบอื่น ๆ ให้อีกประเทศหนึ่งได้ทราบถึงการคัดค้าน³

ข้อสังเกต การคัดค้านที่ดีและมีผลทางกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ลักษณะของการคัดค้านจะต้องมีการกระตุ้นเตือนหรือมีภัยอันตรายมัจฉะน้อย ๆ ให้อัดเจน

(ค) การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นคำมั่นของรัฐ (state promise) คือ การที่รัฐแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจโดยการประกาศฝ่ายเดียวที่ผูกมัดตนเองเพื่อการกระทำการประพฤติปฏิบัติบางอย่าง ซึ่งความผูกพันอาจเกิดขึ้นระหว่างบุคคลระหว่างประเทศที่มีสถานะเท่าเทียมกัน อันได้แก่ กรณีของรัฐกับรัฐ หรือเป็นกรณีที่รัฐต้องการจะผูกพันกับนิติบุคคลต่างประเทศในลักษณะของการให้สิทธิพิเศษ เป็นต้น ซึ่งการกระทำเช่นนี้อาจเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ในรูปแบบต่าง ๆ กัน เช่น *declarations, assurances, promesses unilatérales de garantie or promesses confirmation*

การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นคำมั่นของรัฐ ในที่นี้ต้องการศึกษาเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศซึ่งมีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ เป็นแก่นในการพิจารณา สิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น สามารถจำกัดโดยการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐ โดยผูกพันตนเองว่าจะไม่ทำการรอน

³ Brownlie, Principle of Public International Law, P.637.

เป็นของชาติไม่ว่าในสถานการณ์ใด ๆ ก็ตาม⁴ หรือการทำให้สิทธิพิเศษบางสิ่งบางอย่างแก่คนชาติของอีกรัฐหนึ่ง ลักษณะของข้อผูกมัดระหว่างประเทศเช่นนี้ไม่ได้มีอยู่เฉพาะในรูปของข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น แต่ยังสามารถอยู่ในรูปของสัญญา ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ⁵

2. การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐที่มีลักษณะเป็นค้ำประกันและผลผูกพัน

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง สัญญาเงินกู้ สัญญาสัมปทานและสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้น ซึ่งความเป็นอธิปไตยจะเกี่ยวพันเฉพาะเมื่อนโยบายทางการเมืองได้กระทำโดยรัฐ แต่รัฐมิได้จำกัดขอบเขตของตนเพียงบทบาททางการเมือง ความเป็นในทางเศรษฐกิจอาจทำให้รัฐเข้าซื้อขาย ทำสัญญาเป็นลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ และเข้าเกี่ยวพันในการพาณิชย์ (acta jure gestionis) รัฐไม่ได้ปฏิบัติเยี่ยงอำนาจแห่งความเป็นรัฐ (acta jure imperii)⁶ แต่ปฏิบัติเฉกเช่นเอกชน

⁴ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty," BYIL (1989) : 334.

⁵ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization," AJIL 52 (1958) : 269.

⁶ Michael Singer, "The Act of State Doctrine of the United Kingdom : an Analysis, with Comparisons to United States Practice," AJIL 75 (1981) : 296.

เอกชนในการทำนิติกรรมทางแพ่ง เมื่อทำการเจรจาต่อรองภายในมูลฐานของความเท่าเทียมกันกับเอกชนหรือก่อนภาระความรับผิดชอบอันมิได้เกี่ยวข้องกับนโยบายทางการเมืองเลยจึงถือว่าเป็นการกระทำอย่างเอกชน (private acts) หรือเป็นการปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ (commercial acts) ในฐานะที่เป็นคู่สัญญาธรรมดา

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ประเภทที่เป็นสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้าง (Contract for the supply of goods and services) และสัญญาเงินกู้ (Loan Agreements) นั้น รัฐคู่สัญญาอยู่ในฐานะคู่สัญญาธรรมดาฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ส่วนประเภทที่เป็นสัญญาสัมปทาน (Concession Agreements) และ สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Economic Development Agreements) นั้นมีขอบเขตกว้างขวางเป็นพิเศษ กล่าวคือ สัญญาเหล่านี้ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับเชิงพาณิชย์อย่างเดียวเท่านั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศมีข้อผูกพันในการสร้างโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจ (infra-structure) เช่น การสร้างฐานขุดเจาะปิโตรเลียม การสร้างถนน สร้างท่าเรือและการสร้างทางด่วน การฝึกหัดพนักงานให้มีความรู้ความชำนาญ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศต้องตระหนักถึงความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเจ้าบ้านด้วย สัญญาเหล่านี้มีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญายาวนาน (long-term agreement) จึงต้องอาศัยความร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อการลงทุนขนาดใหญ่ และผลประโยชน์อันร่วมกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศต้องการให้เกิดความเสี่ยงในการลงทุนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อให้เกิดความมั่นใจในเรื่องเสถียรภาพรายได้เฉพาะอย่างยิ่งจะต้องได้รับความคุ้มครองจากความไม่แน่นอนของกฎหมาย กล่าวคือ การเสี่ยงต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของรัฐเจ้าบ้าน หรือเสี่ยงต่อการยกเลิกสัญญา จึงมีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษต่าง ๆ ที่รัฐคู่สัญญาหยิบยื่นให้แก่คู่สัญญาเพื่อความมั่นใจในการลงทุนในประเทศของตน

การพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐนั้น จะขาดความสมบูรณ์ไปหากไม่ได้พิจารณาถึงขั้นตอนในการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน เพราะจำเป็นต้องพิจารณาว่าจริง ๆ แล้ว การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐเริ่มต้นเมื่อใด มีผลผูกพันทางกฎหมาย

อย่างไรและสิ้นสุดลงหรือไม่ ในทางปฏิบัติของประเทศไทยนั้นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน เริ่มจากเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในหลักการของโครงการใดแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ ร่างประกาศเชิญชวน (terms of reference) เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการและร่าง ขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการ จากนั้นก็ เป็นการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติก็เป็นการลงนาม ในสัญญา * เพื่อความชัดเจนในการพิจารณาผู้เขียนขอยกตัวอย่าง ประกาศทางพิเศษแห่ง ประเทศไทย เรื่อง การประกวดข้อเสนอขอรับสัมปทานโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ใน กรุงเทพมหานครและปริมณฑล (terms of reference for submission of the investment proposal for the second stage express way system in greater bangkok project) โดยในเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาลและการทางพิเศษแห่ง ประเทศไทย (กทพ.) มีข้อหนึ่งที่ระบุว่า รัฐบาลจะให้ผู้รับสัมปทานได้รับสิทธิและประโยชน์ต่าง ๆ ในเกณฑ์สูงสุดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (โดยผู้ลงทุนจะต้องปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องด้วย) รวมถึงข้อกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของฝ่ายรัฐ จากนั้นก็จะมีการ พิจารณาคัดเลือกผู้ลงทุนที่ยื่นข้อเสนอขอลงทุนโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ซึ่งได้แก่ กลุ่ม บริษัท Bangkok Expressway Consortium โดยให้มีข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่ ได้เจรจาต่อรองกัน จากนั้นก็นำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาเพื่อทราบผลการเจรจาต่อรอง และ อนุมัติให้ทำสัญญาตามหลักการที่ได้ตกลงกัน ซึ่งหลักการดังกล่าวรวมถึงกลุ่มบริษัท BEC ต้องได้ รับการส่งเสริมการลงทุน ** ต่อมาคณะรัฐมนตรีก็มีมติอนุมัติให้กทพ. ทำสัญญากับกลุ่มบริษัท BEC ตามหลักการที่กระทรวงมหาดไทยเสนอ *** โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบเมื่อวันที่ 20 กันยายน

* โปรดศึกษาเงื่อนไขและรายละเอียดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และในกฎกระทรวง (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

** หนังสือกระทรวงมหาดไทย ส่วนที่สุดที่ มท 5505/11257 ลงวันที่ 1 กันยายน 2531

*** หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ส่วนที่สุด ที่ นร 0202/11760 ลงวันที่ 22 กันยายน

2531 และได้มีการทำสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2531 ระหว่าง กทพ. กับกลุ่มบริษัท Bangkok Expressway Consortium

การประกาศเชิญชวน (terms of reference) ของรัฐ เพื่อให้เอกชนทำข้อเสนอขอเข้าทำโครงการของรัฐนั้น ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของรัฐให้แก่เอกชนทั่วไป เข้ามาทำข้อเสนอขอลงทุนกับรัฐ ประกาศเชิญชวนเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่ามิได้มีลักษณะเป็นคำมั่นของรัฐทั้งภายใต้พื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่งและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายแพ่งแล้ว ประกาศเชิญชวนของรัฐดังกล่าวถือว่าเป็นคำมั่นของรัฐที่ได้แสดงเจตนาออกไปเพื่อให้เป็นเงื่อนไขให้เอกชนทราบว่ารัฐประสงค์จะให้เอกชนเข้ามาทำสัญญาด้วย ดังนั้นประกาศเชิญชวนของรัฐเช่นนี้ ถือว่าเป็นคำมั่นของรัฐที่เป็นการผูกพันรัฐไว้ก่อนว่า รัฐรับจะทำสัญญากับเอกชน เมื่อเอกชนแสดงเจตนาตอบรับว่า จะทำสัญญาด้วยตามที่รัฐได้แสดงเจตนาไป และคำมั่นของรัฐดังกล่าวจะเปลี่ยนเป็นความผูกพันในเชิงสัญญาเมื่อได้มีการลงนามในสัญญา และหากได้พิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ประกาศเชิญชวนของรัฐดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐในรูปแบบคำมั่นเช่นกัน หากแต่มิได้สิ้นสุดลงเมื่อได้มีการลงนามในสัญญา แม้ว่าในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนส่วนใหญ่จะมีข้อกำหนดที่ถือว่าสัญญาที่ได้ลงนามกันเป็นข้อตกลงทั้งหมดที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน * ซึ่งจะมีผลทำให้คำมั่นของรัฐสิ้นสุดลงไป เปลี่ยนเป็นความสัมพันธ์ในเชิงสัญญาแทน ในความเห็นของผู้เขียนคำมั่นของรัฐโดยนัยของหลักกฎหมายแพ่งย่อมสิ้นสุดลงเมื่อได้มีการทำสัญญา แต่คำมั่นของรัฐโดยนัยของหลักกฎหมายระหว่าง

* อาทิเช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ข้อ 25.2 ระบุว่า สัญญาฉบับนี้มีผลเหนือข้อตกลงหรือการดำเนินการอื่นใดไม่ว่าด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับ "เอสอีเอส" และ "สนธิตามสัญญา" หรือเนื้อหาอื่นของสัญญา สัญญานี้ถือเป็นข้อตกลงทั้งหมดที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

ประเทศยังคงมีอยู่ต่อไป ทั้งนี้เนื่องจากข้อกำหนดที่ปรากฏในสัญญาบางข้อมีลักษณะ เป็นข้อตกลง ที่รัฐในฐานะผู้มีอธิปไตยเหนือดินแดนเท่านั้นจึงจะให้ความตกลงในลักษณะนี้ได้ ข้อตกลงลักษณะ ดังกล่าวได้แก่ ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอ ยกตัวอย่างของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ดังนี้

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐวิสาหกิจอียิปต์กับเอกชนต่างประเทศระบุว่า

"สิทธิและหน้าที่ของ EGPC (The Egyptian State Enterprise) และคู่สัญญาภายใต้ เงื่อนไขและผลบังคับของสัญญาจะมีผลบังคับใช้ตามที่ระบุไว้ในสัญญา และสามารถเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขได้เฉพาะความยินยอมอันร่วมกันของคู่สัญญา"

สัญญาสัมปทานในปี 1933 ระหว่างอิหร่านกับ Anglo - Iranian Oil Company มาตรา 21 กำหนดว่า "สัมปทานจะไม่ถูกเพิกถอนโดยรัฐบาล และข้อบทต่าง ๆ ที่ระบุไว้ใน สัญญาจะไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบทกฎหมายทั่วไปหรือบทกฎหมายพิเศษในอนาคต หรือโดย มาตรการทางบริหาร หรือโดยการกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายรัฐบาล"

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมที่ทำขึ้นในวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 1973 ระหว่างสุลต่าน แห่งโรมาเนียกับ Sun Group Stipulates ในมาตรา 22 มีความดังนี้

22.1 สุลต่านจะไม่ยกเลิกข้อตกลงนี้โดยบทกฎหมายทั่วไปหรือบทกฎหมาย พิเศษหรือโดยมาตรการทางบริหารหรือโดยการกระทำใด ๆ (ยกเว้นในกรณี ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายผิดสัญญา)

22.2 การยกเลิก แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในข้อตกลงนี้จะกระทำ ได้ก็แต่ด้วยความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรอันร่วมกันของสุลต่านและ Sun Group

22.3 สุลต่านตกลงว่าจะไม่มีการออกกฎหมายหรือพระราชบัญญัติมาให้เป็น การเลือกปฏิบัติอันจะกระทำต่อการประกอบกิจการของ Sun Group ⁷

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบียกับบริษัทต่างประเทศ 3 บริษัทคือ Texaco, Lianco และ BP ในข้อกำหนดที่ 16 มีความว่า

รัฐบาลลิเบียจะดำเนินการที่จำเป็นทุกประการเพื่อเป็นการรับรองว่า บริษัทจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ดังที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานนี้สิทธิในทางสัญญาที่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งจะไม่มีการเปลี่ยนแปลง เว้นไว้เสียแต่ว่าโดยความยินยอมร่วมกันระหว่างคู่สัญญา

สัญญาสัมปทานฉบับนี้จะตีความตามกฎหมายปิโตรเลียม รวมถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีอำนาจบังคับในขณะที่มีการทำสัญญาตลอดระยะเวลาที่สัญญาสัมปทานมีอายุอยู่ รวมถึงบทบัญญัติการแก้ไขกฎเกณฑ์ใด ๆ ตามบทสัญญาข้อที่ 2 ในสัญญาซึ่งประกอบอยู่ในสัญญาฉบับนี้การแก้ไขหรือยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ จะไม่มีผลต่อสิทธิในทางสัญญาของบริษัทโดยปราศจากความยินยอมของบริษัท

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของรัฐบาลไทยกับบริษัทเอกชนต่างประเทศกำหนดไว้ในข้อกำหนดหน้าที่ ข้อที่ 12 ซึ่งมีข้อความดังนี้

ข้อ 12

การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่อง ดังต่อไปนี้

⁷ Esa Paasivirta, BYIL, P.324.

(ก) การใช้ที่ดินแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตเพื่อประกอบกิจการปิโตรเลียม รวมทั้งการใช้ที่ดินนอกแปลงสำรวจหรือพื้นที่ผลิตในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียม

(ข) การนำคนต่างด้าว เครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ วัสดุ โครงสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์ และวัสดุอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียม เข้ามาในราชอาณาจักร

(ค) การคืนพื้นที่

(ง) การได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากรและเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ

(จ) การกำหนดและประกาศราคาปิโตรเลียม

(ฉ) การส่งปิโตรเลียมออก

(ช) การเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ

(ซ) การเสียค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษและภาษีเงินได้

ตลอดจนการคำนวณค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษและภาษีเงินได้

การตกลงให้มีภาระผูกพันเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) เป็นการที่รัฐคู่สัญญาจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนในการใช้มาตรการทางกฎหมาย หรือ มาตรการทางบริหารเพื่อเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกสัญญา และการระบุสิทธิพิเศษ (preferential rights) ก็เป็นการที่รัฐคู่สัญญาหยิบยื่นผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาโดยเป็นการกระทำในฐานะ "รัฐ" ที่มีอำนาจอธิปไตยอันจะทำให้การรับรองสิ่งเหล่านี้ได้ ดังนั้นจึงเห็นว่าการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการทำสัญญา (contrat jure imperii) ซึ่งถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ในลักษณะที่เป็น คำมั่นของรัฐ (state promise)

การให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศเช่นนี้ A.A. Fatouros ได้เสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการที่รัฐคู่สัญญานสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้ทำความตกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ข้อตกลงดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นสัญญาทั้งหมด แต่ยังเป็นกรให้คำมั่นแก่นักลงทุนต่างประเทศ เช่นเดียวกับการให้คำมั่นของรัฐในสนธิสัญญาซึ่งรัฐได้ทำความตกลงกับรัฐ ผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศด้วยกัน ซึ่ง A.A. Fatouros ได้กล่าวว่า

ในข้อเท็จจริงเป็นการยากมากที่จะระบุอย่างแน่ชัดว่าตราสารซึ่งทำการพิจารณาฉบับนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทั้งหมดลักษณะบางประการในสัญญาไม่ได้เป็นเช่นนั้น คือ ไม่ได้เป็นข้อกำหนดในสัญญาทั้งหมด แต่ยังคงถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) องค์ประกอบต่าง ๆ ของสัญญาที่ได้เสนอมานี้ทำให้ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า การให้ความหมายประการหนึ่ง กรณีเกี่ยวกับสัญญานี้ก็คือ สัญญานี้มีลักษณะผสมโดยลักษณะของสัญญาและลักษณะที่ไม่ใช่สัญญา⁸

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ ที่ระบุในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ไม่ได้มีสถานะภาพเป็นเพียงข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีฐานะเป็นข้อกำหนดหน้าที่ที่แสดงถึงการที่รัฐทำความตกลงกับเอกชนต่างประเทศ โดยมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ในแบบการให้คำมั่น (promise) ของรัฐแก่เอกชนต่างประเทศ เกี่ยวกับประโยชน์สิทธิและหน้าที่ของเอกชนต่าง

⁸ A.A. Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors, (New York : Columbia University Press, 1962), P.196.

ประเทศในสัญญา อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักจะสรุปว่า การที่รัฐคู่สัญญาตกลงให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในสัญญา เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐคู่สัญญา อนึ่ง สิทธิโดยทั่วไปของการโอนเป็นของชาติ (Nationalization) หรือการเวนคืนทรัพย์สิน (Expropriation) อาจเป็นสิ่งที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยที่จะกระทำได้ แต่สิทธิเช่นนี้ได้ถูกสละ (renounced) ที่จะไม่ใช้ภายในอายุของสัญญา โดยการสละนั้นเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบาลในการสละซึ่งมีฐานะเดียวกันกับอำนาจอธิปไตยในการโอนเป็นของชาติหรือการเวนคืนทรัพย์สิน ดังนั้นรัฐจึงมีความสามารถที่จะทำข้อตกลงผูกพันตนเองโดยการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยภายในกำหนดระยะเวลาใด ๆ ซึ่งการจำกัดเช่นนี้สามารถทำข้อตกลงได้ในรูปแบบของสนธิสัญญา หรือแม้กระทั่งในรูปแบบของสัญญาซึ่งการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยโดยการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ในสัญญา เป็นสิ่งที่ปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนในแนวปฏิบัติระหว่างประเทศและตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับกันทั่วไป⁹

ในคดีระหว่างสาธารณรัฐลิเบียกับ Texaco Overseas Petroleum Co/California Asiatic Oil Co. โดยมีศาสตราจารย์ Dupuy เป็นอนุญาโตตุลาการ กล่าวว่

การที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับสิทธิในการโอนเป็นของชาติไม่เพียงพอที่จะทำให้รัฐมีอำนาจที่จะกระทำการอันขัดแย้งกับข้อผูกพันของตนเองที่ทำไว้กับเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา เพราะกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็ได้ยอมรับอำนาจของรัฐบาลในการผูกพันตนเองในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงในสัญญาที่ทำกับเอกชนต่างประเทศ¹⁰

⁹ Esa Paasivirta, BYIL, P.329.

¹⁰ Timothy B. Hansen, "The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements," Virginia Journal of International Law 28 (1988) : 1036.

ดังนั้น การระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศเป็นผลท้าวให้ข้อบทดังกล่าวมีผลบังคับในเชิงระหว่างประเทศ รัฐซึ่งเพิกเฉยละเลยต่อข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ตนได้ตกลงเอาไว้ ย่อมเกิดความรับผิดชอบต่อเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาและในท้ายที่สุดก็ย่อมเกิดความรับผิดชอบต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของเอกชนคู่สัญญา¹¹ การที่รัฐคู่สัญญาได้ระบุข้อบทเช่นนั้นไว้ในสัญญาท้าวให้เกิดความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผล (legitimate expectation) ว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศจะดำเนินต่อไปตามอายุของสัญญา โดยได้รับหลักประกันจากรัฐคู่สัญญาว่าจะไม่ทำการแก้ไขหรือยกเลิกสิทธิต่าง ๆ ของคู่สัญญา ตามที่ระบุไว้ในสัญญา ในการนี้ความสุจริต (good faith) และความร่วมมือย่อมถูกคาดหวังจ้าวให้หลักประกันเช่นนี้เป็นสิ่งจำเป็นที่จะท้าวให้ระบบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดำเนินไปได้ด้วยดี รัฐคู่สัญญาต้องยึดถือหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) หากจะกระทำการใด ๆ อันขัดแย้งต่อความคาดหวังเช่นนั้นที่ได้ก่อขึ้น¹² ผลก็คือ รัฐไม่สามารถจะอ้างถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงซึ่งรัฐได้ช้อานาจในฐานะรัฐอธิปไตยระบุข้อตกลงดังกล่าวโดยสมัครใจ รัฐไม่มีสิทธิที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ ของรัฐโดยอำนาจอากจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐท้าวให้สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐในสัญญาสูญสิ้นไป หรือเป็นรมณะไป¹³

11 Ibid., P. 1023.

12 Martin Domke, "Foreign Nationalizations," *AJIL*, 55 (1961) : 594-595.

13 Robert B. Von Mehren and P. Nicholas Kourides, *International Arbitration between States and Foreign Private Parties : The Libyan Nationalization Cases*, " *AJIL* 75 (1981) : 520.

การทำให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ถือเป็น การทำให้ค้ำประกันที่มีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้จำเป็นต้องปฏิบัติตาม โดยเป็นไปตามอำนาจผูกมัดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแพนคคีเมือง อำนาจผูกมัดของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแพนคคีเมืองนั้น มีรากฐานมาจากหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติจากผู้ให้ (pacta sunt servanda) และหลักกฎหมายที่มีคุณค่ายิ่ง คือ หลักสุจริต (principle of good faith)¹⁴ ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I.C.J.) ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Nuclear Test Cases ดังนี้ คือ

หลักกฎหมายพื้นฐานประการหนึ่งของหลักกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งควบคุมการก่อให้เกิดและการปฏิบัติตามหน้าที่ในกฎหมาย ซึ่งไม่ว่าจะมีที่มาอย่างไรก็ตาม คือ หลักสุจริต (principle of good faith) ความไว้วางใจและความเชื่อมั่นนี้ (trust and confidence) เป็นหลักการของความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่ความร่วมมือระหว่างประเทศในสาขาต่าง ๆ ได้ทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้น¹⁵

¹⁴ Wilfried Fiedler, "Unilateral Acts in International Law," in Encyclopedia of Public International Law 7 (1984) : 520.

¹⁵ Thomas M. Franck, "Word Made Law : The Decision of The ICJ in The Nuclear Test Cases," AJIL 69 (1975) : 614.

ในคดี Nuclear Test Cases เป็นข้อพิพาทระหว่างฝรั่งเศสกับออสเตรเลีย ความขัดแย้งเกิดจากการทดลองระเบิดนิวเคลียร์ในมหาสมุทรแปซิฟิกตอนใต้ ศาลถือว่าเจ้าหน้าที่แห่งรัฐฝรั่งเศสได้ประกาศการเปลี่ยนแปลงการทดลองระเบิดนิวเคลียร์จากชั้นบรรยากาศสู่การทดลองระเบิดใต้พื้นดิน ซึ่งการประกาศเช่นนั้นเพียงพอที่จะยุติข้อพิพาทได้แล้ว 16 ศาลถือว่าประเทศฝรั่งเศสต้องผูกมัดในการกระทำในทางมหาชนของรัฐบาลประเทศของตนว่าจะเลิกทำการทดลองระเบิดนิวเคลียร์ในบรรยากาศโดยเจตนาของรัฐได้กระทำในรูปแบบของการประกาศซึ่งต้องผูกพันและการประกาศนั้นได้กระทำในรูปแบบของการประกาศอย่างเป็นทางการซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการยอมรับหรือตอบสนองจากรัฐอื่น 17 จึงถือว่าการประกาศฝ่ายเดียวของรัฐสามารถสร้างผลผูกพันในทางกฎหมายได้ 18

การประกาศฝ่ายเดียว (unilateral declaration) นั้นไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศอันใดที่บังคับว่า เพื่อให้คำประกาศนั้นมีผลใช้บังคับตามกฎหมายจะต้องถูกเขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรใน Nuclear Test Cases ศาลได้กล่าวถึงเรื่องคำประกาศไว้ว่า ไม่ว่าคำประกาศจะเป็นแบบลายลักษณ์อักษรหรือแบบวาจา นั้นไม่ได้เป็นความแตกต่างที่สำคัญ เพราะการแสดงออกดังกล่าวที่ถูกทำขึ้นในสถานการณ์พิเศษสามารถสร้างความผูกพันในกฎหมายระหว่างประเทศโดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นการแสดงออกดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลได้พิจารณาว่า การแสดงออกนั้นสำคัญอยู่ที่ความตั้งใจจริง (intention) มากกว่าที่จะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ 19

16 Jerome B. Elkind, "The Duty to Appear Before The International Court of Justice," ICLQ 37 (1988) : 675.

17 Brownlie, Principle of Public International Law, P.635.

18 Jerome B. Elkind, ICLQ, P.680.

19 Thomas M. Franck, AJIL, P.614.

คำพิพากษาของศาล (jurisprudence) อีกคดีหนึ่งที่สนับสนุนหลักการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ ย่อมมีความผูกพันรัฐผู้แสดงเจตนาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คือ Eastern Greenland Case ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างเดนมาร์กกับนอร์เวย์ เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของเกาะกรีนแลนด์ตะวันออก ในปี ค.ศ. 1918 เกิดมีปัญหาเกี่ยวกับอธิปไตยเหนือ Spitzbergen (เกาะกรีนแลนด์ตะวันออก) รัฐบาลเดนมาร์กได้ส่งทูตของตนให้คำรับรองต่อรัฐบาลนอร์เวย์ว่า รัฐบาลเดนมาร์กจะไม่คัดค้านคำขอร้องขอของรัฐบาลนอร์เวย์เกี่ยวกับอธิปไตยเหนือ Spitzbergen²⁰ และขอทราบความเห็นของรัฐบาลนอร์เวย์เกี่ยวกับอธิปไตยเหนือ Spitzbergen ต่อมาเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 1919 นาย IHLEN รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของนอร์เวย์ ได้ประกาศยอมรับอำนาจอธิปไตยของเดนมาร์กเหนือดินแดนที่พิพาทโดยจะไม่ก่อความยุ่งยากในการตกลงปัญหานี้ ภายหลังจากนั้นนอร์เวย์ได้ปฏิเสธอำนาจอธิปไตยของเดนมาร์กว่าไม่ได้มีอำนาจอธิปไตยเหนือทั่วทั้งเกาะกรีนแลนด์ทั้งหมด²¹ ซึ่งเดนมาร์กได้โต้แย้งว่าสนธิสัญญาในรูปแบบของทวิภาคีหรือพหุภาคีหลาย ๆ ฉบับที่นอร์เวย์ได้เป็นภาคีอยู่ด้วย ได้บัญญัติว่าเกาะกรีนแลนด์เป็นอาณานิคมของเดนมาร์ก หรือเป็นดินแดนของเดนมาร์กหรือเป็นข้อตกลงในลักษณะที่ว่า ห้ามนอร์เวย์คัดค้านโต้แย้งอำนาจอธิปไตยของเดนมาร์กที่มีอยู่เหนือเกาะกรีนแลนด์ ซึ่งศาลเห็นด้วยกับข้อคัดค้านของเดนมาร์กดังกล่าว และในวันที่ 5 เมษายน 1933 ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (P.C.I.J.) ได้มีคำพิพากษาว่าการประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของนอร์เวย์ (นาย IHLEN) ด้วยวาจาว่า รัฐบาลนอร์เวย์ไม่ขัดข้องในการที่จะมีการรับรองว่า เดนมาร์กมีอำนาจเหนือกรีนแลนด์ตะวันออกนั้น มีผลผูกพันตามกฎหมาย ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า คำประกาศดังกล่าวเป็นข้อผูกมัดบังคับให้ประเทศนอร์เวย์งดเว้นการยึดครองส่วนหนึ่งส่วนใดของเกาะกรีนแลนด์ และได้กล่าว

²⁰ Ibid., P. 615.

²¹ Brownlie, Principle of Public International Law, P. 636.

ว่า การประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำในนามของรัฐบาลนอร์เวย์ต่อผู้แทนทางการทูตของรัฐต่างประเทศในกิจการซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเขา การประกาศดังกล่าวจึงผูกมัดประเทศนอร์เวย์²²

ข้อสรุปจาก Nuclear Test Cases และ Eastern Greenland Case แม้จะแตกต่างกันในข้อเท็จจริงที่แสดงออกมาระหว่างคู่กรณี แต่เป็นการให้คำมั่น (promise) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่เกิดจากความสมัครใจของรัฐ และมุ่งที่จะผูกพันต่อการแสดงเจตนาเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้สถานภาพทางกฎหมายของการให้คำมั่น จึงมีสภาพบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคู่สัญญาจะต้องผูกพันต่อกัน ทั้งนี้สามารถพิจารณาได้จากคำตัดสินของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (P.C.I.J.) ซึ่งให้การรับรองไว้ในคดี Certain German Interests in Polish Upper Silesia โดยโปแลนด์ได้ทำการยึดโรงงานในเตรตและเครื่องจักร ซึ่งครั้งหนึ่งโรงงานนี้เคยเป็นของรัฐบาลเยอรมัน โดยได้ให้บริษัทของเยอรมันเข้าไปประกอบกิจการแทนและต่อมาในปี ค.ศ. 1919 รัฐบาลเยอรมันได้โอนกิจการโรงงานทั้งหมดให้แก่บริษัทเยอรมัน²³ ศาลกล่าวว่า รัฐบาลโปแลนด์ได้ยึดโรงงานและเครื่องจักรถือว่าเป็นการเวนคืนสิทธิบัตรและสิทธิตามสัญญาของบริษัทในการแสวงหาประโยชน์จากการใช้โรงงานและเครื่องจักร²⁴ อันเป็นการละเมิดสนธิสัญญาไมตรีทางพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

²² Derek William Bowett, "Estoppel Before International Tribunal and Its Relation to Acquiescence," *BYIL* (1957) : 192.

²³ G.C. Christie, "What Constitutes A Taking of Property Under International Law," *BYIL* (1962) : 310.

²⁴ *Ibid.*, P. 316.

สิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในโรแลนด์จะไม่ถูกกระทบกระเทือนไม่ว่ากรณีใด ๆ 25 โดยศาลถือว่าการประกาศ (declarations) ของรัฐบาลโรแลนด์ว่าจะละเว้นไม่ทำการเวนคืนทรัพย์สิน (expropriation) ถือว่ามีอำนาจผูกมัดตามกฎหมาย 26

เจตนาฝ่ายเดียวที่รัฐแสดงออกมานั้นมีผลทำให้รัฐไม่สามารถเปลี่ยนท่าทีตามเจตนาที่ตนทำขึ้นมาได้ เนื่องจากอีกฝ่ายหนึ่งสามารถอ้างหลักการกฎหมายปิดปาก (estoppel) เพื่อบังคับให้รัฐปฏิบัติตามเจตนาที่ตนเองทำขึ้นไว้ได้ ดังเช่น ตัวอย่างในคดี Shufeldt Claim สหรัฐอเมริกาได้โต้แย้งว่า ศาลจะต้องไม่ถือว่าสัญญาสัมปทานที่ทำขึ้นโดยรัฐบาลกัวเตมาลา กับ Shufeldt เป็นโมฆะ จากการที่รัฐคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งถือว่าเป็นการยอมรับโดยชัดแจ้งว่า สัญญามีผลใช้บังคับอย่างถูกต้อง จากการที่รัฐบาลกัวเตมาลาเข้าทำสัญญาให้หลักประกันหลาย ๆ อย่างถึงความมีผลใช้บังคับของสัญญา ยอมรับถือเอาประโยชน์จากคู่สัญญาเป็นระยะเวลาถึง 6 ปี ศาลต้องถือว่าสัญญาสัมปทานนั้นมีความถูกต้องและมีผลผูกพันตามหลักการกฎหมายปิดปาก (estoppel) ซึ่งรัฐบาลกัวเตมาลาไม่สามารถปฏิเสธความมีผลใช้บังคับของสัมปทานได้ 27 เช่นเดียวกันกับคดีระหว่างสาธารณรัฐลิเบียกับ Texaco Overseas Petroleum Co/California Asiatic Oil Co ถ้าหากลิเบียจะโต้แย้งว่าลิเบียไม่สามารถยึดถือปฏิบัติตามสัญญาได้ เพราะขัดแย้งกับหลักกฎหมายภายในของตนศาลควรจะปฏิเสธข้อโต้แย้งนี้ของลิเบีย โดยอ้างพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) ซึ่งรัฐไม่สามารถยึดถือตามหลักกฎหมายภายในของตนเพื่อการที่จะไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันระหว่าง

25 M. Sornarajah, "Compensation For Expropriation : The Emergence of New Standards," JWTL 13 (March 1979) : 114.

26 Wilfried Fiedler, Encyclopedia of Public International Law, P. 519.

27 Derek William Bowett, BYIL, P. 186.

ประเทศ และสิ่งที่ได้ยอมรับกันตั้งแต่เริ่มต้นตามข้อตกลงที่ได้วางเงื่อนไขกันไว้สิ่งนั้นก็คือ ข้อบพต่าง ๆ ในสัญญาที่ได้รับการให้หลักประกันจากรัฐคู่สัญญาโดยการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง (stabilization-of-rights clause) และข้อบทที่ให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ (preferential Rights) จากรัฐคู่สัญญา ท้าให้รัฐไม่สามารถเปลี่ยนแปลงท่าทีจากสิ่งที่ตนเองได้ยอมรับหรือตกลงไว้ตั้งแต่เริ่มแรก 28

ในทัศนะของผู้เขียนข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาซึ่งฝ่ายรัฐได้ให้ความตกลงดังกล่าวถือว่าเป็นข้อตกลงที่รัฐคู่สัญญาฝ่ายเดียวกระทำโดยเหินดินแดนเท่านั้นจึงจะให้ความตกลงลักษณะนี้ได้ ข้อตกลงเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ประเภทหนึ่งในลักษณะการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) เช่น ในกรณีข้อกำหนดหน้าที่ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" (1) แห่งกฎกระทรวงฯ ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้น นอกจากจะเป็นข้อกำหนดหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลแล้ว ยังมีสถานะเป็นคำมั่นของรัฐแก่คู่สัญญาเอกชนในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานจากรัฐบาล โดยการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยที่ได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือบัญญัติขึ้นใหม่ มาบังคับใช้กับเอกชนคู่สัญญาดังกล่าว การกระทำเช่นนี้เป็นการถือว่าผิดหน้าที่ในสัญญาที่รัฐได้มีต่อบริษัทเอกชนต่างประเทศ การกระทำดังกล่าวนอกจากจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบในสัญญาแล้ว ยังถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพราะเหตุว่า เป็นการละเมิดข้อผูกพันอันมีลักษณะเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐประเภทหนึ่งที่มีต่อบริษัทเอกชนต่างประเทศในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญา

28 Robert B.von Mehren and P. Nicholas Kourides, AJIL, P. 520.

ซึ่งมีสถานะภาพเป็นการให้คำมั่นของรัฐ จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) จากการกระทำดังกล่าว เนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) ซึ่งย่อมมีผลผูกมัดรัฐผู้ให้คำมั่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ความรับผิดชอบในสัญญาจากการละเมิดข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงดังกล่าวนี้ จึงเป็นความรับผิดชอบในสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีลักษณะ เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทน

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เป็นสัญญาที่มีการกำหนดสิทธิหน้าที่และผลประโยชน์ร่วมกันของคู่สัญญา โดยมีการกำหนดถึงสิทธิที่แต่ละฝ่ายจะได้รับ รวมถึงหน้าที่ที่แต่ละฝ่ายจะต้องกระทำ จึงเห็นว่า สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน (le contrat synallogmatique) สิทธิ หน้าที่ และผลประโยชน์ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องผูกพันกันเป็นไปตามหลักต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน (reciprocity) อนึ่ง ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษก็ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ถูกระบุไว้ในสัญญาซึ่งมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก (contractual right of main contract) จึงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทน

1. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษเป็นข้อตกลงที่กำหนดสิทธิหน้าที่และรับรองสถานะภาพของคู่สัญญา

องค์ประกอบของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ คู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ตามหลักของกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับสัญญา โดยมีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ อาทิเช่น ฝ่ายเอกชนต่างประเทศจะได้รับสิทธิในการประกอบการตามวัตถุประสงค์ของสัญญา สิทธิในการสำรวจและดำเนินการตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ สิทธิในการผลิต ส่วนหน้าที่ของฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ก็เป็นหน้าที่ที่จะต้องให้ผลประโยชน์ปกติและผลประโยชน์พิเศษแก่รัฐคู่สัญญาหน้าที่ที่จะต้องชำระค่าภาคหลวง ชำระภาษีเงินได้ในตีบุคคลในการประกอบกิจการ ในส่วนของรัฐคู่สัญญา

ก็จะมีสิทธิได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้ ส่วนหน้าที่นั้นจะเป็นลักษณะของหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติตามข้อตกลงพื้นฐานของสัญญา 29 หน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา หน้าที่ในการอนุมัติสิทธิพิเศษบางประการให้แก่คู่สัญญา หน้าที่ในการให้หลักประกันและความคุ้มครองเกี่ยวกับการราชที่ดิน การคุ้มครองทรัพย์สินของคู่สัญญาตลอดอายุของสัญญา เป็นต้น อนึ่งในสัญญาจะต้องมีระบบกฎหมายที่มีอำนาจบังคับเป็นพื้นฐานรองรับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเสมอ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจะมีอยู่ในสัญญาโดยไม่มีกฎหมายเป็นพื้นฐานรองรับไม่ได้ (in vacuo) การทำสัญญามีความจำเป็นจะต้องมีกฎหมายเป็นพื้นฐานรับรองสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ซึ่งจะทําให้ผลผูกพันทางกฎหมายในลักษณะต่างตอบแทน (reciprocal) และเป็นการตกลงร่วมกัน ซึ่งแสดงถึงเจตนาอันร่วมกันของคู่สัญญา 30 ข้อบทต่าง ๆ ในสัญญาถูกกำหนดขึ้นและบัญญัติไว้ในสัญญาซึ่งแสดงถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย 31 แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาจะสามารถสร้างผลผูกพันในทางสัญญาได้ ถ้ามีกฎหมายเป็นพื้นฐานรับรองสิทธิหน้าที่ เพราะกฎหมายเท่านั้นที่จะให้อำนาจในการกำหนดสิทธิหน้าที่และสร้างผลผูกพันเช่นนั้นได้ 32

29 Harold M. Fleming, State, Contracts and Progress : Dynamics of International Wealth, (New York : Oceana Publications, Inc., 1960), P.30.

30 Jean-Flavien Lalive, "Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company," ICLQ 13 (1964) : 998.

31 Rainer Geiger, "The Unilateral Change of Economic Development Agreements," ICLQ 23 (1974) : 85.

32 Derek William Bowett, "State Contracts with Alien : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach," BYIL (1988) : 51.

ประเด็นต่อมาผลทางกฎหมายของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษถือเป็นข้อตกลงที่ทำให้การรับรองในสถานะภาพของคู่สัญญาด้วย ดังได้กล่าวมาแล้วว่า รัฐคู่สัญญานอกจากจะอยู่ในสถานะของคู่สัญญาแล้ว ยังอยู่ในสถานะของรัฐเจ้าของอาณาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งรัฐคู่สัญญาสามารถที่จะใช้อำนาจจอธิปไตยของตนด้วย มาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการทางบริหารในการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาที่ทำไว้กับเอกชนต่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศจึงพยายามหามาตรการมาทำให้ความเสี่ยงในการสูญเสียกิจการของตนไปนั้นมีน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยการให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษต่าง ๆ ไว้ในสัญญาเพื่อเป็นการรับรองสถานะภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศว่าจะได้รับสิทธิพิเศษต่าง ๆ และได้รับการรับรองจากรัฐคู่สัญญาว่าจะไม่ใช้อำนาจจอธิปไตยในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาตลอดอายุของสัญญา ข้อกำหนดเช่นนี้สามารถพิจารณาเห็นได้จากตัวอย่างในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบียกับ Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบียกับ Libyan American Oil Company และสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างสาธารณรัฐลิเบียกับ BP Exploration Co.Ltd. ในข้อ 16 มีข้อความว่า

(1) รัฐบาลลิเบียจะดำเนินการที่จำเป็นทุกประการเพื่อเป็นการรับรองว่า บริษัทจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ดังที่กำหนดไว้ในสัมปทานนี้ สิทธิในทางสัญญาที่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งจะไม่เปลี่ยนแปลงเว้นไว้เสียแต่ว่า โดยความยินยอมร่วมกันระหว่างคู่สัญญา

(2) สัญญาสัมปทานฉบับนี้จะตีความตามกฎหมายปิโตรเลียม รวมถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีอำนาจบังคับในขณะที่มีการทำสัญญาตลอดระยะเวลาที่สัญญาสัมปทานมีอายุอยู่ รวมถึงบทบัญญัติการแก้ไขกฎเกณฑ์ใด ๆ ตามบทบัญญัติข้อที่ 2 ในสัญญาซึ่งประกอบอยู่ในสัญญาฉบับนี้ การแก้ไข

หรือการยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ จะไม่มีผลต่อสิทธิในทางสัญญาของบริษัทโดยปราศจากความยินยอมของบริษัท 33

การระบุข้อกำหนดเหล่านี้ไว้ในสัญญาเป็นการแสดงถึง การที่รัฐคู่สัญญายอมรับที่จะจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ในสัญญาว่าอายุของสัญญารัฐคู่สัญญาจะไม่ทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญา เป็นการแสดงถึงลักษณะการรับรองสถานภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ สิทธิต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในสัญญาถือว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (vested rights) รัฐคู่สัญญาต้องเคารพและผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (acquired rights) ของผู้รับสัมปทาน 34 ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดี Aramco ซึ่งกล่าวว่า

"ไม่มีสิ่งใดที่จะป้องกันรัฐในการที่จะใช้อำนาจอธิปไตยของตนเองเพื่อผูกพันตามบทบัญญัติในสัมปทาน และจากการให้สิทธิที่ไม่สามารถเพิกถอนได้แก่ผู้รับสัมปทาน สิทธิเช่นนี้มีลักษณะเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้ว" 35

33 Robin C.A. White, "Expropriation of the Libyan Concession : Two Conflicting International Arbitrations," ICLQ 30 (1981) : 4.

34 Kenneth S. Carlston, AJIL, P.264

35 Martin Domke, "Foreign Nationalizations," AJIL 55 (1961) : 594.

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ระบุไว้ในสัญญา ถือว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (droits acquis) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ได้รับการรับรองว่าจะได้รับการคุ้มครองตามสิทธิต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในสัญญาตลอดอายุของสัญญา คู่สัญญาจึงมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาบนพื้นฐานของหลักเจตนาอันดีงามและหลักแห่งความสุจริต (good faith) ³⁶ แต่อย่างไรก็ดี สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นมีลักษณะผสมของสิทธิเอกชนและสิทธิมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหานี้ได้มีการพิจารณาถึงสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามสัมปทานที่รัฐอนุญาตให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ และลักษณะผสมของสิทธินี้ได้มีการยอมรับโดยชัดแจ้งในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปในกรณีสัมปทาน สิทธิมีลักษณะสองประการคือ อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ³⁷ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีฐานะเป็นเพียงแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีฐานะเป็นรัฐเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้กระทำการในนามมหาชนด้วย

³⁶ Ibid., P.598.

³⁷ Georg Schwarzenberger, "The Protection of British Property Abroad," Current Legal Problem, (1952) : 312.

2. ผลของการที่ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทน

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ในลักษณะที่รัฐคู่สัญญาใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญา (contrat jure imperii) ซึ่งรัฐคู่สัญญานอกจากจะอยู่ในสถานะของคู่สัญญาแล้ว รัฐคู่สัญญาก็ยังอยู่ในสถานะของรัฐเจ้าของอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน สัญญาประเภทนี้มักจะเป็นสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Economic Development Agreements) และสัญญาสัมปทาน (Concession Agreements) ซึ่งความผูกพันในทางสัญญาระหว่างรัฐคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและผู้ได้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ตอบแทนในทางบุคคลสิทธิ (in personam) ซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุนี้ความตกลงในสัญญาจึงนำมาซึ่งสิทธิต่าง ๆ ของเอกชนต่างประเทศที่มีต่อรัฐคู่สัญญา โดยเป็นไปในลักษณะของการอนุมัติให้สัมปทานจากฝ่ายรัฐอธิปไตยเป็นการได้รับมาเกี่ยวกับผลประโยชน์ในดินแดนของรัฐอันเป็นทรัพย์สินซึ่งไม่อาจจะได้มาฝ่ายเดียวโดยปราศจากข้อผูกมัดที่จะต้องให้ค่าตอบแทนหรือค่าภาคหลวง รวมถึงหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตอบแทนสำหรับประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นผู้สัญญา ดังเช่น การพัฒนาในทางเทคโนโลยี การให้การฝึกอบรม³⁸ การให้สิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ (facilities) ด้วยเหตุนี้ สัญญาจึงประกอบด้วยสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องกระทำตอบแทน (reciprocity) ระหว่างเอกชนต่างประเทศและรัฐผู้อนุมัติให้สัมปทาน สัญญาจะกำหนดไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องกระทำตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญาและวางอยู่บนหลักความเสมอภาค เช่นเดียวกับการปฏิบัติต่างตอบแทนในสัญญาโดยทั่วไปของเอกชน ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษก็มีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทน การที่มีลักษณะเช่นนี้ทำให้มีผลในทางกฎหมาย 2 ประการดังนี้

³⁸ Fleming, States, Contracts and Progress Dynamics of International Wealth, P. 33.

1. คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้
2. หากสัญญาหลักที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตกเป็นโรมมะ ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษย่อมตกเป็นโรมมะไปด้วย

1. คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ หากถือว่า ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งถือว่าสถานะของคู่สัญญามีความเท่าเทียมกันตามกฎหมายเอกชน แต่ขณะเดียวกันรัฐคู่สัญญาก็ยังอยู่ในอีกสถานะหนึ่งคือ ในสถานะของรัฐเจ้าของอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งสามารถใช้อำนาจอธิปไตยทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญา³⁹ เพราะอำนาจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความแตกต่างกัน คู่สัญญาฝ่ายรัฐยืนอยู่บน 2 สถานะ ประการแรกในสถานะของคู่สัญญา ประการที่สองอยู่ในสถานะของรัฐ ซึ่งสามารถใช้อำนาจอธิปไตยทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสิทธิและหน้าที่ในสัญญา⁴⁰ รัฐมีสิทธิพิเศษ (prerogative) ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียว เมื่อคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ อาจจะทำในรูปแบบของกระบวนการทางกฎหมายหรือกระบวนการทางบริหาร⁴¹ อาทิเช่น การรื้อถอนเป็นของชาติ ซึ่งหมายถึง การได้อันกระทำโดยอำนาจมหาชนเพื่อเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลในประเภทแห่งกิจการใด ๆ มาเป็นของรัฐหรือองค์กรของรัฐ ทั้งนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนด้วย สิทธิของรัฐใน

³⁹ F.A. Mann, "State Contracts and State Responsibility," AJIL (1960) : 579.

⁴⁰ Chittharanjan F. Amerasinghe, "State Breaches of Contracts with Aliens and International Law," AJIL (1964) : 908.

⁴¹ Rainer Geiger, ICLQ, P.102.

การที่จะโอนเป็นของชาติมีผลมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) ที่ตั้งขึ้นตามหลักในทางปฏิบัติโดยทั่วไปและได้รับการพิจารณาโดยประชาคมระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมาย การใช้อธิปไตยแห่งชาติ (national sovereignty) ในการโอนเป็นของชาติได้รับการพิจารณาว่าเป็นการแสดงถึงการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ (state's territorial sovereignty) อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนได้ให้อำนาจโดยเด็ดขาดแก่รัฐในการที่จะจัดการตามที่รัฐปรารถนาในโครงสร้างทางเศรษฐกิจ ภายในอาณาเขตรัฐและการปฏิบัติใด ๆ ที่รัฐต้องการ สำหรับรัฐเป็นอำนาจที่จำเป็นเกี่ยวกับอธิปไตยของชาติซึ่งรัฐได้มาตามรัฐธรรมนูญที่รัฐจะเลือกและสร้างบนเศรษฐกิจและสังคมได้โดยเสรี จึงเป็นการยืนยันหลักอธิปไตยถาวรของรัฐ (permanent sovereignty) เหนือทรัพย์สินทรัพยากรธรรมชาติและกิจการทางธุรกิจ Jimenez de Arechaga นักกฎหมายจากประเทศอาร์เจนตินา อดีตประธานศาลโลก ได้เสนอทัศนะไว้ว่า รัฐผู้ม้อธิปไตยเหนือดินแดนของตนย่อมไม่สูญเสียความสามารถตามกฎหมายในอันที่จะเปลี่ยนแปลงจุดมุ่งหมายหรือวิธีการในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตน ทั้งนี้ไม่ว่าจะได้มีข้อตกลงใด ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับการแสวงหาประโยชน์นั้น ๆ ไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม รัฐทุกรัฐมีสิทธิที่จะทำการโอนเป็นของรัฐแก่ทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ แม้ว่ารัฐเดิม (predecessor state) หรือรัฐบาลชุดก่อน ๆ (previous government) ได้ผูกพันตนไม่ว่าโดยสนธิสัญญา หรือโดยสัญญาที่จะไม่ทำการโอนเป็นของชาติเอาไว้ก็ตาม⁴² จึงเห็นว่าข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น ถ้าหากว่ามีสถานะภาพเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทนแล้ว การมีสถานะภาพเช่นนี้ ไม่สามารถให้หลักประกันแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศได้ หากข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทนก็จะมีสถานะภาพเป็นเพียงข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังเช่นข้อกำหนดหน้าที่อื่น ๆ ในสัญญา ข้อกำหนด

42 Kamal Hassain, Permanent Sovereignty Over Natural Resources in International Law, (Frances Printer, 1984), P. 46.

หน้าที่ดังกล่าวไม่ว่าจะมีคุณค่าทางกฎหมายที่จะจำกัดการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีข้ออ้างในฐานะรัฐอธิปไตยทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิและหน้าที่ของเอกชนต่างประเทศในสัญญา เพราะเหตุว่า อานาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนรัฐเป็นอานาจเด็ดขาดและสูงสุดเหนือบุคคลและทรัพย์สินภายในดินแดนรัฐ

2. หากสัญญาหลักที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตกเป็นโรมะ ข้อยกหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ ย่อมตกเป็นโรมะไปด้วย

ดังได้กล่าวมาข้างต้นว่า ข้อยกหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ มีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทนซึ่งถูกระบุไว้ในสัญญาหลัก (contractual right of main contract) ย่อมเสื่อมเสียไป ภายใต้อันที่ตัวสัญญาหลักตกเป็นโรมะหรือถูกยกเลิกเพิกถอนไป เพราะถือว่าข้อยกหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษเป็นข้อกำหนดสิทธิหน้าที่อันหนึ่งในสัญญาหลักย่อมตกเป็นโรมะไปตามสัญญาหลักที่ตกเป็นโรมะ ทั้งนี้ เนื่องจากข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไม่ได้มีลักษณะเป็นอิสระแยกจากสัญญาหลัก ดังเช่นข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ซึ่งมีความเป็นเอกภาพอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมาย (une complete autonomie juridique) ถึงแม้ว่าข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ จะแยกตกลงต่างหากออกจากสัญญาหลักหรือตกลงรวมกันอยู่ในสัญญาหลักก็ตาม เมื่อสัญญาหลักตกเป็นโรมะหรือเสื่อมเสียไปเพราะเหตุใดก็ตาม อาทิเช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกเพิกถอนสัญญาโดยการเวนคืน ทรัพย์สิน หรือโอนเป็นของชาติ เป็นผลทำให้ตัวสัญญาถูกยกเลิกไปก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเสื่อมเสียหรือตกเป็นโรมะตามไปกับตัวสัญญาที่ถูกยกเลิกหรือโรมะไป เพราะข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) มีลักษณะพิเศษ คือ มีความเป็นอิสระแยกจากสัญญาหลัก แม้สัญญาหลักจะตกเป็นโรมะหรือเสื่อมเสียไป ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการก็ยังมีผลใช้บังคับอยู่

ต่อไปเป็นไปตามหลัก Severability⁴³ ซึ่งสามารถพิจารณาตัวอย่างได้จากคดีของสัญญาสัมปทานน้ำมันระหว่างรัฐบาลลิเบียกับเอกชนต่างประเทศ รัฐบาลลิเบียได้ออกพระราชบัญญัติรอนเป็นของชาติเพื่อยกเลิกสัมปทาน ทำให้สภาพของบริษัทคู่สัญญาถูกเพิกถอนไป แต่สัญญาสัมปทานก็ให้สิทธิที่จะอ้างข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตนตุลาการ ศาสตราจารย์ Dupuy ถือว่า ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติรอนเป็นของชาติจะทำให้สัมปทานถูกยกเลิกไปก็ตาม แต่ข้อ 28 แห่งสัมปทานได้ให้อำนาจก่อนอนุญาตนตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ว่าในระหว่างอายุหรือหลังจากอายุของสัญญาสัมปทาน ศาสตราจารย์ Dupuy ถือว่า สัมปทานได้สิ้นสุดลงหรือถูกยกเลิกไปโดยผลของการรอนเป็นของชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตนตุลาการยังคงมีผลใช้บังคับสำหรับอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของอนุญาตนตุลาการ ในการสรุปเช่นนี้ ศาสตราจารย์ Dupuy ได้ยึดถือหลักว่า ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตนตุลาการ มีความเป็นเอกภาพอิสระแยกต่างหากจากตัวสัญญาหลักซึ่งข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตนตุลาการได้ถูกระบุไว้ ดังนั้นข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตนตุลาการจึงยังคงมีผลใช้บังคับ แม้ตัวสัญญาหลักจะถูกยกเลิกไปก็ตาม หลักดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันในคำตัดสินในคดี Losinger Case⁴⁴ และได้รับการยืนยันจากหลักกฎหมายว่าด้วยอนุญาตนตุลาการ ซึ่งยึดถือหลักความเป็นอิสระแยกต่างหาก (separability) ของข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตนตุลาการ เช่นกันหลักนี้ก็ได้รับการยืนยันโดย Judge Lagergren ในการตัดสินคดีระหว่างรัฐบาลลิเบียกับบริษัทสัมปทาน BP ว่าพระราชบัญญัติรอนเป็นของชาติทำให้สัญญาสัมปทานถูกยกเลิกไป แต่อำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของอนุญาตนตุลาการยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในคดีระหว่างรัฐบาลลิเบียกับ LIAMCO ซึ่ง Dr.Mahmassani เป็นอนุญาตนตุลาการ

⁴³ Julian D.M. Lew, Essays on International Commercial Arbitration, (Garham & Frotmen Kluwer Academic Publisher Group, 1989), pp. 55-57.

⁴⁴ F.A.Mann, "State Contracts and International Arbitration," BYIL (1967) : 28 - 29.

เขาพบว่า คู่สัญญามีความสามารถในการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการซึ่งรัฐบาลลิเบียได้ปฏิเสธ เรื่องอนุญาโตตุลาการว่าขัดแย้งกับการรอนเป็นของชาติซึ่งเป็นลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่ Dr.Mahmassani ปฏิเสธว่า ข้อโต้เถียงของรัฐบาลลิเบียขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ, กฎหมายอิสลามและทางปฏิบัติเช่นเดียวกันกับศาสตราจารย์ Dupuy และ Judge Lagergren เขายึดถือว่า ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการยังคงมีผลใช้บังคับ แม้ว่าตัวสัญญาหลักที่ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการถูกระงับอยู่ ใต้ร่มเงาหรือถูกยกเลิกไปก็ตาม 45 ดังนั้น จึงเห็นว่า ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไม่ได้มีลักษณะเป็นเอกเทศแยกจากสัญญาหลักเหมือนกับข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ 46 จึงต้องตกเป็นร่มเงาหรือเสียเปล่าไปตามสัญญาหลักที่ถูกยกเลิกหรือร่มเงาลง เพราะข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไม่ได้มีลักษณะพิเศษเหมือนข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ที่ต้องมีผลใช้บังคับในการระงับข้อพิพาทต่อไป แม้ตัวสัญญาหลักจะถูกยกเลิกหรือร่มเงาไปก็ตาม

45 Christopher Greenwood, "State Contracts in International Law - The Libyan Oil Arbitrations," BYIL (1982) : 32 - 33.

46 Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides, AJIL : 502.