



ประเภทและเป้าหมายของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ

จากการศึกษาถึงลักษณะของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะที่รัฐคู่สัญญาเป็นตัวกระทำหรือผู้ทรงสิทธิ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ เป็นเพียงผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายภายใน หากสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เป็นลักษณะของการที่รัฐคู่สัญญาไม่ได้ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือเป็นการกระทำอย่างเอกชน (private acts) เช่น สัญญาการจัดซื้อ สัญญาว่าจ้าง สัญญาเงินกู้ เป็นต้น สัญญาลักษณะนี้รัฐคู่สัญญาอยู่ในสถานะของคู่สัญญาเพียงเท่านั้น ไม่ได้อยู่ในสถานะรัฐเจ้าของอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนด้วย แต่ถ้าหากรัฐคู่สัญญาใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญา (contrat jure imperii) รัฐคู่สัญญานอกจากจะอยู่ในสถานะของคู่สัญญาแล้ว รัฐคู่สัญญายังอยู่ในสถานะของรัฐเจ้าของอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งรัฐคู่สัญญาสามารถที่จะใช้อำนาจอธิปไตยของตนด้วยมาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการทางบริหารในการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบทบัญญัติใด ๆ ในสัญญา ด้วยเหตุนี้เองจึงจำเป็นต้องมีมาตรการบางประการที่จะจำกัดหรือป้องกันรัฐคู่สัญญาในการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวซึ่งจะทำให้มีผลกระทบต่อสัญญา¹ จึงเป็นมูลเหตุให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ในสัญญา ซึ่งเจตนารมณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง เพื่อต้องการที่จะมุ่งใจคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศให้เข้าทำสัญญา² โดยมักจะเป็น สัญญาสัมปทาน (Concession Agreements) และสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Economic

¹ Timothy B. Hansen, "The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements," Virginia Journal of International Law 28 (1988) : 1016.

² Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty," BYIL (1989) : 325.

Development Agreements) สัญญาเหล่านี้มีความซับซ้อนมากและมีระยะเวลาปฏิบัติตามสัญญาเป็นเวลานาน (long-term agreements) ซึ่งในระหว่างการเจรจาต่อรองเพื่อให้มีการทำสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงในการลงทุน รัฐคู่สัญญามักจะเสนอหลักประกันในการลงทุนและเสนอสิทธิพิเศษในรูปแบบต่าง ๆ อาทิเช่น ภาษีอากร การเข้าเมืองการทำงาน เป็นต้น หลังจากนั้นเมื่อได้มีการลงทุน ความสมดุลย์ทางอำนาจก็จะเปลี่ยนมาอยู่ทางฝ่ายรัฐคู่สัญญา³ ซึ่งอาจทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกบทบัญญัติต่าง ๆ ในสัญญาโดยใช้อำนาจอธิปไตยด้วยมาตรการทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารของตน อาทิเช่น

1. การขึ้นอัตราภาษีที่แตกต่างไปจากอัตราภาษีเดิมที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือในขณะที่มีการทำสัญญา
2. การตราบทกฎหมายที่เป็นการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดทางการเงินหรือการกระทำด้วยประการใดเกี่ยวกับการอุตสาหกรรมหรือการพาณิชย์ ซึ่งส่งผลให้ข้อกำหนดทางการเงินดังกล่าวมีภาระผูกพันสูงกว่า ข้อกำหนดทางการเงินที่ได้ทำความตกลงกันไว้แล้วในสัญญา
3. การแก้ไขเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ดังเช่น กฎหมายเกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท ภาษีอากร ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติกฎหมายเดิมที่มีอำนาจบังคับในขณะที่มีการทำสัญญา
4. การเวนคืนทรัพย์สิน การรื้อถอนของชาติและการดำเนินมาตรการในรูปแบบต่าง ๆ อันเป็นการแทรกแซงหรือก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบกิจการของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา⁴

³ Rainer Geiger, "The Unilateral Change of Economic Development Agreements," *ICLQ* 23 (1974) : 76.

⁴ Samuel K.B. Asante, "Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process," *ICLQ* 28 (1979) : 409.

ด้วยเหตุนี้คู่สัญญามักจะตกลงให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษไว้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อมุ่งให้ข้อกำหนดดังกล่าวมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก (contractual right of main contract) ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงจุดมุ่งหมายที่แน่นอนของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษดังกล่าว ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงมีเป้าหมายเพื่อให้ความมั่นคง⁵ และเสถียรภาพแก่ข้อบทต่าง ๆ ที่สำคัญในสัญญา⁶ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐคู่สัญญา ด้วยมาตรการทางนิติบัญญัติที่จะทำการออกกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายมาทำการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิก ข้อบทต่าง ๆ ในสัญญา เพื่อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐคู่สัญญา ด้วยมาตรการทางบริหาร ที่จะทำการเวนคืนทรัพย์สินโอนเป็นของชาติ ทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาภายในระยะเวลาอายุของสัญญา⁷ ในส่วนของสิทธิพิเศษนั้น เกิดจากความต้องการของรัฐคู่สัญญาที่จะใช้เป็นมาตรการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อให้สิทธิพิเศษเป็นเครื่องมือช่วยในการตัดสินใจที่จะลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ เพื่อให้สิทธิพิเศษเป็นเครื่องมือในการคำนวณผลกำไรในการลงทุนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ โดยเสนอสิทธิพิเศษในรูปแบบต่าง ๆ อาทิเช่น สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการร่อนเงิน ภาษีอากร เป็นต้น⁸ สิทธิพิเศษนี้ไม่ได้มีความหมายเป็นข้อห้ามโดยธรรมชาติ

⁵ Christopher Greenwood, "State Contracts in International Law-The Libyan Oil Arbitrations," BYIL (1982) : 27.

⁶ Kamal Hassain, Permanent Sovereignty Over Natural Resources in International Law, (Frances Printer, 1984), P. 48.

⁷ Alan Redfern, "The Arbitration Between The Government of Kuwait and Aminoil," BYIL (1984) : 98.

⁸ Rainer Geiger, ICLQ, P. 75.

แต่เป็นข้อตกลงที่รัฐคู่สัญญาได้หยิบยื่นผลประโยชน์บางอย่างบางอย่างให้แก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา แต่ทั้งนี้เห็นว่า เป้าหมายหลักของสิทธิพิเศษก็เพื่อจูงใจให้เข้าทำสัญญา การที่รัฐคู่สัญญาเสนอสิทธิพิเศษในรูปแบบต่าง ๆ ให้แก่คู่สัญญาเป็นการที่รัฐยอมยกเว้นจากการใช้บังคับกฎหมายภายใน เกี่ยวกับเรื่องที่ทำให้สิทธิพิเศษนั้นแก่คู่สัญญาจึงต้องมีมติของคณะรัฐมนตรีเป็นการเฉพาะ เพื่อให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาเป็นราย ๆ ไป

การจัดแบ่งประเภทของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษมีความแตกต่างกันไป เพราะในแต่ละแง่มุมของกฎหมาย (legal aspect) ที่ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษได้เข้าไปเกี่ยวข้อง ย่อมมีความมุ่งหมายไม่เหมือนกัน ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษแต่ละอันมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก (contractual right of main contract) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงจุดมุ่งหมายที่แน่นอนของแต่ละประเภท เพื่อความสะดวกและความชัดเจน รวมไปถึงการตีความในแต่ละประเภทของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษด้วย

ประเภทและเป้าหมายของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง

1. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Stabilization Clause of Property Rights)
2. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระบบภาษีอากร (Stabilization Clause of Fiscal Regimes)
3. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระเบียบการนำเข้าและส่งออก (Stabilization Clause of Import and Export Regulation)
4. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตรา (Stabilization Clause of Foreign Exchange Regulation)
5. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับบทกฎหมายทั่วไป (Stabilization Clause of The General Legal Framework)

6. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับโครงการทั้งหมด (Stabilization Clause of the Project Regime as a Whole) ⁹

1. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Stabilization Clause of Property Rights)

ข้อกำหนดประเภทนี้มุ่งคุ้มครองและให้หลักประกันเกี่ยวกับทรัพย์สิน ¹⁰ ของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา รวมทั้งมีเป้าหมายเพื่อที่จะจูงใจให้เอกชนต่างประเทศเข้าทำสัญญาซึ่งรูปแบบของการให้หลักประกันในแต่ละสัญญาอาจแตกต่างกันไปบ้างในรายละเอียด แต่โดยหลักการแล้วส่วนใหญ่ย่อมจะมีความคล้ายคลึงกัน เช่น บางสัญญารัฐอาจตกลงที่จะยอมรับสิทธิในทรัพย์สินด้วยหรือยอมรับรองเฉพาะในตัวทรัพย์สินเท่านั้น โดยที่การยอมรับอาจทำเป็นข้อตกลงว่าจะไม่นำมาตรการโอนเป็นของชาติ (Nationalization) มาบังคับใช้กับเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา บางสัญญาก็เพียงตกลงที่จะไม่ทำการริบทรัพย์สิน (Confiscation) เท่านั้น แต่ในบางสัญญาก็กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งในเรื่องการใช้มาตรการโอนเป็นของชาติ การริบทรัพย์สิน และการเวนคืนทรัพย์สิน (Expropriation) ทั่วไปทั้งหมด ในเรื่องนี้อาจพิจารณาตัวอย่างได้จากสัญญาที่พาดพิงระหว่างรัฐบาลบาบิวินิกินกับบริษัทโบแกนวิลล์ จำกัด (Bougainville) ในปี ค.ศ. 1967 ซึ่งระบุไว้ดังนี้

⁹ Martin Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution (Frankfurt : Kluwer Law and Taxation Publishers., 1985), P.15.

¹⁰ ทรัพย์สินในที่นี้ หมายถึง สัมหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินด้วย

ฝ่ายบริหารจะไม่เข้าครอบครอง หรือเวนคืนหรืออนุญาตให้มีการเข้าครอบครองหรือเวนคืนทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัท ซึ่งนำมาใช้ในกระบวนการประกอบธุรกิจตามข้อตกลง ทรัพย์สินในที่นี้ให้รวมถึงผลผลิตทั้งหลายซึ่งได้มาจากกระบวนการประกอบธุรกิจของบริษัท ¹¹

เช่นเดียวกัน การคุ้มครองทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ได้ถูกแสดงออกมาในรูปแบบของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงในสัญญาก่อสร้างโรงกลั่นน้ำมันระหว่างรัฐบาลอินเดียกับบริษัทน้ำมัน (The Standard Vacuum Oil Company) บริษัทมีภาระในการสร้างโรงกลั่นน้ำมันและในขณะที่เดียวกันรัฐบาลอินเดียก็ได้ให้หลักประกันไว้ในสัญญาว่าภายในกำหนดระยะเวลา 25 ปี รัฐจะไม่รื้อหรือเวนคืนกิจการโรงกลั่นน้ำมันมาเป็นของรัฐและภายหลังจากระยะเวลา 25 ปีแล้ว หากรัฐบาลจะรื้อหรือเวนคืน รัฐจะจ่ายค่าทดแทนให้ ¹² รูปแบบการคุ้มครองคล้าย ๆ กันนี้ก็ปรากฏอยู่ในสัญญา The Ghana-Valco Agreement of 1960 รัฐบาลกาน่าให้หลักประกันไว้ในสัญญาว่า รัฐจะไม่รื้อกิจการและทรัพย์สินหรือเข้าแทรกแซงในกิจการใด ๆ ที่จะเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินและผลประโยชน์ของบริษัทภายในกำหนดระยะเวลา 30 ปี และหลังจาก 30 ปีนี้แล้ว หากจะมีการรื้อเกิดขึ้นทางบริษัทก็จะได้รับค่าทดแทนตามที่กำหนดโดยคณะกรรมการ ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงในสัญญา ข้อความหรือคำรับรองของรัฐบาลในสัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินการลงทุนอย่างหนึ่ง ซึ่งในทัศนะนักกฎหมายเห็นว่าเป็นหลักประกันและการคุ้มครองทางกฎหมายที่มี

¹¹ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution : 15.

¹² A.A. Fatouros, Security for International Investment, in Friedmann (ed.), Legal Aspects of Foreign Investment (Boston : Little, Brown and Company, 1959), pp. 716-717.

นี้หนักกว่าการคุ้มครองและหลักประกันลอย ๆ ในกฎหมายภายในโดยทั่วไป¹³ แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่า หลักประกันและการคุ้มครองตามสัญญาจะมีผลบังคับทางกฎหมายเป็นที่น่าเชื่อถือได้เสมอไป ยังมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศอีกหลายประการ อาทิเช่น ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งจะได้พิจารณากันต่อไป

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้ เมื่อพิจารณาในด้านของเอกชนต่างประเทศผู้ลงทุนถือว่ามีความสำคัญมาก เพราะการทำให้มีน้อยลงหรือการปฏิเสธสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาลงทุนก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อผลประโยชน์ของเอกชนต่างประเทศผู้ลงทุน ในทางกลับกันเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลทางด้านรัฐประศาสน์นโยบายของฝ่ายรัฐคู่สัญญาก็เป็นการยากยิ่งที่ฝ่ายรัฐจะไม่กระทบต่อรัฐประศาสน์นโยบาย โดยนำมาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ซึ่งอาจถูกแสดงออกมาในรูปแบบของการอ้างหลักผลประโยชน์ของชาติ (national interest) และโดยได้รับอำนาจจากบทบัญญัติทางกฎหมายที่สมเหตุสมผล ซึ่งรัฐคู่สัญญามักจะเสนอค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) แก่คู่สัญญา อาทิ สัญญาระหว่างรัฐบาลกับบริษัท Nord Leyou ซึ่งเป็นบริษัทอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศเกาหลีที่ได้ทำสัญญากันขึ้นในปี ค.ศ. 1980 ได้ระบุไว้ในสัญญาข้อ 19.1 ว่า

สาธารณรัฐเกาหลี รับประกันกับบริษัทว่าจะไม่รอนกิจการของบริษัทมาเป็นของรัฐไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวรก็ตาม แต่หากเมื่อใดก็ตามที่สภาพการณ์หรือสถานการณ์ที่รัฐจํา

¹³ Nwogugu, The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries, (Manchester : Manchester University Press, 1965), pp. 61-65.

เป็นต้องนำมาตราการเช่นนั้น สาธารณรัฐก็ยินยอมที่จะจ่ายค่าทดแทนอย่างเหมาะสมให้แก่บริษัท สำหรับการโอนเป็นของรัฐหรือการริบทรัพย์อันถือ เป็นความรับผิดชอบอย่างหนึ่งของสาธารณรัฐ 15

การนำมาตราการต่าง ๆ ของรัฐอันจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพย์สินของเอกชนต่าง ประเทศคู่สัญญา รัฐคู่สัญญาจากต้องคำนึงคือผลกระทบด้านอื่น ๆ อีกด้วย เช่น ชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือของประเทศ การขาดแคลนเงินทุน การขาดแคลนการผลิต การขาดการจ้างงาน การขาดแคลนการถ่ายทอดเทคโนโลยี ความจำเป็นในการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย สำหรับประเทศไทยผู้เขียนขอยกตัวอย่างข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ปรากฏในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กระทรวงมหาดไทยกับบริษัททางด่วนกรุงเทพจำกัด (Bangkok Expressway Company Limited หรือ BECL) ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้

20.3 การบอกเลิกสัญญาโดย "บีอีซีแอล"

(ก) สิทธิบอกเลิกสัญญา

"บีอีซีแอล" มีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีดังต่อไปนี้ (1) "กทพ." จงใจกระทำผิดสัญญาในสาระสำคัญในการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อผูกพันตามสัญญานี้ (2) มีการเวนคืนหรือยึดเป็นของรัฐซึ่งส่วนหนึ่งส่วนใดของ "พื้นที่ก่อสร้าง" สิทธิในเขตทาง และ/หรือ เอสอีเอส จาก "กทพ." หรือ "บีอีซีแอล" (3) อัตราค่าผ่านทางที่กำหนดไว้ตามสัญญานี้ไม่มีการบังคับใช้ ตลอดทั้ง "ระบบ" หรือจำนวนเงินค่าผ่านทางไม่มีการชำระให้แก่ "บีอีซีแอล" (หรือบัญชีของ "ตัวแทนผู้ให้กู้") (ตามแต่กรณี) ตามสัญญา

¹⁴ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution, 16.

(ข) การบอกเลิกสัญญา ...

(ค) การชดเชย

เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาตามข้อ (ข) ข้างต้น "กทพ." จะต้องจ่ายค่าชดเชยให้ "บีอีซีแอล" ดังนี้ ราคา ค่าใช้จ่ายซึ่งเกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวโดยตรงกับ "งาน" ที่ลงบัญชีได้ ตามกฎหมาย (รวมถึง "ค่าใช้จ่ายก่อนมีการบอกเลิกสัญญา") และค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเงิน (Financing Cost) และราคาความสูญเสียและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นหรือได้รับแก่ "บีอีซีแอล" และการสูญเสียค่าผ่านทางจากระยะเวลาที่คงเหลือของ "ระยะเวลาของสัญญา" ของ "บีอีซีแอล" อันเป็นผลมาจากการบอกเลิกสัญญาก่อนกำหนด...

ดังนั้น จะเห็นว่า สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ได้กำหนดข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับทรัพย์สินไว้ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายในทรัพย์สินหรือสิทธิในทรัพย์สิน เนื่องมาจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินหรือโอนเป็นของชาติ ฝ่ายเอกชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและได้รับการจ่ายค่าชดเชยในความเสียหายที่ได้รับ (losses suffered หรือ damnum emergens) ที่คาดว่าจะได้รับหากสัญญายังคงมีอายุอยู่ รวมถึงได้รับการจ่ายค่าชดเชยในความเสียหายในอนาคต (loss of profits หรือ lucrum cessans) ที่คาดว่าจะได้รับหากสัญญายังคงมีอายุอยู่

การให้หลักประกันทางทรัพย์สินยังถูกแสดงออกมาในรูปแบบของสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่รู้จักกันแพร่หลาย เช่น สนธิสัญญาทางพาณิชย์ (Commercial treaty) โดยเฉพาะการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนในต่างประเทศ ประเทศไทยก็ได้มีการทำสนธิสัญญาอันมีผลในการให้ความคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เนเธอร์แลนด์ เป็นต้น ภายใต้อสนธิสัญญาดังกล่าวประเทศคู่ภาคีมีข้อผูกพันต่อกันหลายประการ ซึ่งเป็นการสร้างภาวะอันเป็นการอนุเคราะห์แก่การลงทุนของชนชาติของแต่ละฝ่ายในอนาคตของประเทศอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อผูกพันที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินสามารถพิจารณาได้จากข้อ 3 ซึ่งมีข้อความดังนี้ คือ

ข้อ 3

(1) การลงทุนโดยคนชาติ หรือบริษัท ของภาคีสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะได้อุปโภคความคุ้มครองและความมั่นคงเป็นเงื่อนไขในอาณาเขตของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(2) คนชาติหรือบริษัทของภาคีสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ถูกเวนคืนการลงทุนของตนในอาณาเขตของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่เพื่อคุณประโยชน์สาธารณะและโดยให้ค่าทดแทนที่ยุติธรรม ค่าทดแทนเช่นว่านั้นจะเปลี่ยนเป็นเงินได้อย่างแท้จริง รอนได้โดยเสรี และจะได้ให้โดยมิชักช้า ทั้งจะได้วางบทบัญญัติอย่างเพียงพอขึ้นก่อนหรือก่อนเวลาของการเวนคืนเพื่อการพิจารณากำหนดและการให้ค่าทดแทนเช่นว่านั้น ความถูกต้องตามกฎหมายของการเวนคืนเช่นว่านั้น และจำนวนค่าทดแทนจะได้รับการตรวจพิจารณาตามกรรมวิธีที่สมควรของกฎหมายด้วย

(3) คนชาติหรือบริษัทของภาคีสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเนื่องจากการสงครามหรือการขัดแย้งอื่น ๆ ด้วยอาวุธ การบงกชหรือการกบฏ ในอาณาเขตของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งประสบกับความสูญเสียการลงทุนที่อยู่ ณ ที่นั้น จะได้รับผลประติบัติจากภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นว่านั้น อันเป็นการอนุเคราะห์ไม่น้อยกว่าที่ภาคีนั้นได้ให้แก่คนชาติ หรือบริษัทของตนเองในเรื่องการทำให้กลับคืนสภาพเดิม การชดเชยความเสียหาย การให้ค่าทดแทน หรือการให้ข้อความที่มีค่าอย่างอื่น ในส่วนการรอนเงินที่ได้รับชำระเช่นว่านั้น ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะให้ผลประติบัติแก่คำขอร้องของคนชาติหรือบริษัทของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการอนุเคราะห์ไม่น้อยกว่าที่ให้แก่คำขอร้องที่เทียบกันได้ ที่คนชาติหรือบริษัทของรัฐที่สามารถได้ขอร้อง

(4) ให้ใช้บทของวรรค 1, 2 และ 3 ข้างบนนี้ บังคับแก่ดอกผลที่เกิดจากการลงทุนด้วยเหมือนกัน ¹⁵

¹⁵ Treaty between The Kingdom of Thailand and The Federal Republic of Germany Concerning The Promotion and Reciprocal Protection of Investment

การคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศในรูปแบบของสิทธิสัญญาทางพาณิชย์นี้เป็นการยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน (คนชาติคู่ภาคีแต่ละฝ่าย) ขึ้นมาอีกระดับหนึ่งนอกเหนือไปจากการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับทรัพย์สินไว้ในสัญญา ในการทำสนธิสัญญาทางการพาณิชย์ ระหว่างรัฐกับรัฐดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการส่งเสริมการลงทุน (investment promotion) ให้มีขึ้นในประเทศคู่ภาคี อีกทั้งยังมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองการลงทุน (investment protection) แก่คนชาติของแต่ละฝ่ายอีกด้วย สำหรับการพิจารณาว่าเอกชนผู้ลงทุนใดจะได้รับประโยชน์และการคุ้มครองจากสนธิสัญญานั้นต้องพิจารณาจากหลักการยอมรับการลงทุน (approved investment) ของแต่ละประเทศ ในบางประเทศกำหนดให้การลงทุนที่ได้จดทะเบียนหรืออนุมัติจากรัฐบาลแล้วเท่านั้น ที่จะได้รับประโยชน์ตามสนธิสัญญา สำหรับประเทศไทยนั้นการลงทุนใดจะได้รับประโยชน์ตามสนธิสัญญาทางพาณิชย์หรือสนธิสัญญาทางไมตรี ต้องได้รับหนังสือให้ความเห็นชอบ (Certificate of Admission หรือ C.A.)* จากกระทรวงการต่างประเทศซึ่งมีคณะกรรมการขึ้นพิจารณาความเหมาะสมการลงทุนว่าการลงทุนใดควรได้รับหนังสือให้ความเห็นชอบโดยพิจารณาจากการใช้วัตถุดิบในประเทศ การใช้แรงงาน การช่วยลดการนำเข้า การก่อให้เกิดความรู้และความชำนาญแก่ประเทศในด้านเทคโนโลยี การผลิตเพื่อการส่งออก และเป็นการสนับสนุนให้เกิดมีอุตสาหกรรมอื่น ๆ ในประเทศ

* หลักเกณฑ์ที่ปรากฏตามหนังสือกระทรวงการต่างประเทศที่ กต.0501/24667 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2523

2. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระบบภาษีอากร (Stabilization Clause of Fiscal Regimes)

ข้อกำหนดประเภทนี้มุ่งคุ้มครองและให้หลักประกันเกี่ยวกับระบบภาษีอากรที่จะนำมาบังคับใช้กับเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา รวมถึงมีเป้าหมายเพื่อจูงใจให้เอกชนต่างประเทศเข้าทำสัญญา โดยปกติก่อนที่จะทำความตกลงกัน รัฐคู่สัญญาได้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่จัดให้มีมาตรการจูงใจการลงทุนอย่างหนึ่งซึ่งสำคัญและมีผลต่อการทำสัญญามาก มาตรการดังกล่าวก็คือ มาตรการเกี่ยวกับระบบภาษีอากรโดยมีรูปแบบต่าง ๆ กันไป สาเหตุที่ต้องนำประเด็นเรื่องระบบภาษีอากรมาตกลงกันไว้เป็นพิเศษก็เพื่อที่เอกชนต่างประเทศจะได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอจากการที่รัฐจะไม่ใช้อำนาจอธิปไตยในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อตกลงใดซึ่งเกี่ยวกับระบบภาษีอากร¹⁶ ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาแล้ว สาเหตุที่ต้องมีการตกลงกันในเรื่องของระบบภาษีอากร สำหรับการลงทุนจากต่างประเทศมีหลายประการ อาทิเช่น ความแตกต่างในโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับระบบภาษีอากร ประเทศที่พัฒนาหรือก้าวหน้าทางอุตสาหกรรมแล้วจะมีโครงสร้างในการจัดเก็บภาษีแบบหนึ่ง กล่าวคือ จะจัดเก็บภาษีทางตรงจากรายได้ของบุคคลหรือนิติบุคคลเป็นหลัก ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่จะจัดเก็บภาษีในรูปแบบของภาษีทางอ้อม เช่น ภาษีภักภัณฑ์ (Commodity Tax) ภาษีจากสินค้าขาเข้าและขาออก (Taxation on Import and Export) จึงเห็นได้ว่าปัญหาอาจเกิดขึ้นได้จากความแตกต่างกันในโครงสร้างระบบภาษีอากร ซึ่งเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา ซึ่งมักจะมาจากประเทศพัฒนาแล้ว จำเป็นต้องตระหนักถึงปัญหาในส่วนนี้ที่จะต้องทราบถึงระบบภาษีที่แน่นอนว่ามีวิธีการจัดเก็บกันอย่างไร อาทิเช่น การคำนวณฐานภาษี

¹⁶ Roland Brown, "Choice of Law Provision in Concession and Related Contract," The Modern Law Review 39 (1976) : 625.

เงินได้ส่วนบุคคล การคำนวณฐานภาษีเงินได้ส่วนบุคคล เป็นต้น ดังนั้นระบบภาษีอากรของประเทศผู้รับการลงทุนเป็นปัจจัยที่สำคัญมาก ในการพิจารณาถึงผลกำไรของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา ถ้าหากระบบภาษีอากรได้รับการประกันจากรัฐคู่สัญญาว่าจะไม่ถูกเปลี่ยนแปลงภายในอายุของสัญญาการคำนวณในผลกำไรและการตัดสินใจที่จะลงทุนจะง่ายขึ้นสำหรับเอกชนต่างประเทศที่เป็นคู่สัญญา¹⁷ ข้อบทต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับระบบภาษีอากรจึงถูกเสนอออกมาในรูปแบบของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระบบภาษีอากร ซึ่งสามารถพิจารณาตัวอย่างได้จากสัญญาระหว่างรัฐบาลประเทศชิลีกับบริษัท Andacollo ในปี ค.ศ. 1977 ซึ่งมีข้อความดังนี้

"ความตกลงเกี่ยวกับภาษีทั้งหลายรวมถึงอัตราภาษี ระเบียบการจัดเก็บภาษีจากรายได้และบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องจะมีผลบังคับอย่างมั่นคงในระหว่างอายุของสัญญา คือ 30 ปีนับจากวันที่โครงการนี้ได้เริ่มต้น"¹⁸

ความตกลงในการให้หลักประกันเกี่ยวกับระบบภาษีอากรของแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับจำนวนภาษี ระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา โครงสร้างทางภาษีและความจำเป็นของแต่ละประเทศ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างรัฐบาลกานากับบริษัท Kaiser Aluminium & Chemical Co. ที่แสดงการให้หลักประกันเกี่ยวกับภาษีอากร ออกมาในรูปแบบของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระบบภาษีอากรโดยให้หลักประกันเป็นระยะเวลา 5 ปี เป็นต้น¹⁹

¹⁷ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution : 16.

¹⁸ Ibid., P.16.

¹⁹ Samuel K.B.Asante, "International Law and Foreign Investment : A Reappraisal," ICLQ 37 (1988) : 615 - 616.

สำหรับประเทศไทยมีการให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระบบภาษีอากรแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา โดยในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งสามารถพิจารณาเห็นการให้หลักประกันได้จากข้อกำหนดหน้าที่ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" ซึ่งออกมาในรูปแบบของกฎกระทรวง ฯ ฉบับที่ 14 (พ.ศ.2532) ที่ได้รับการแก้ไขซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ลักษณะของการให้หลักประกันและการคุ้มครองระบบภาษีอากรของกฎกระทรวงฯ นี้สามารถพิจารณาเห็นได้จาก ข้อ 12 (1) (ง), (ช) ซึ่งมีข้อความดังนี้คือ

ข้อ 12 การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องดังต่อไปนี้

(ก) . . .

(ข) . . .

(ค) . . .

(ง) การได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากรและเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ

(จ) . . .

(ฉ) . . .

(ช) . . .

(ซ) การเสียค่าภาคหลวงผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และภาษีเงินได้

ตลอดจนการคำนวณค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษและภาษีเงินได้

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ในรูปแบบของสัญญาสัมปทานประเทศไทยมีการให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระบบภาษีอากรว่า ตลอดอายุของสัญญา รัฐคู่สัญญาจะไม่เปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระบบภาษีอากร ตามที่ได้

ทาความตกลงกันไว้ การให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระบบภาษีอากร อาจมีการกระทำกันในรูปแบบของความตกลงอื่น ๆ นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เช่น ความตกลงเพื่อยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน (An Agreement for The Avoidance of Double Taxation)²⁰ ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่จะผ่อนคลายนำให้เอกชนของชาติคู่ภาคีต้องเสียภาษีซ้ำในด้านการลงทุน ข้อตกลงดังกล่าวมีผลในด้านที่จะเป็นหลักประกันที่ให้แก่ผู้ลงทุนว่าจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนได้เต็มที่ ความตกลงดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะผ่อนคลายนโยบายภาษีให้กับการลงทุนของกิจการของประเทศคู่ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ หากกิจการของประเทศภาคีมาตั้งในประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อได้เสียภาษีเงินได้ในประเทศที่กิจการนั้นตั้งอยู่แล้ว เมื่อนำรายได้กลับไปยังประเทศเจ้าของทุน รายได้ดังกล่าวจะไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศเจ้าของทุนอีก และในกรณีกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ในประเทศที่ลงทุนและเมื่อส่งกำไรนั้นกลับประเทศเจ้าของทุน ก็มักจะมีข้อตกลงที่ประเทศเจ้าของทุนจะไม่เก็บภาษีเงินได้นั้น โดยถือเสมือนหนึ่งว่ารายได้ดังกล่าวได้เสียภาษีเงินได้ในประเทศที่ลงทุนแล้ว ทั้งนี้เพื่อยกผลประโยชน์ให้กับการลงทุนหรือตัวเอกชนที่เป็นเจ้าของทุน ประเทศไทยได้มีข้อตกลงยกเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับหลายประเทศ อาทิเช่น สวีเดน เดนมาร์ค นอร์เวย์ ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเยอรมัน ฝรั่งเศส สิงคโปร์ เนเธอร์แลนด์ เกาหลี ฯลฯ

²⁰ ปรดศึกษาเพิ่มเติม

สมาคมนักศึกษาเก่าพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
"เอกสารประกอบการสัมมนารายจ่ายที่หักได้ตามประมวลรัษฎากรและสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากอนุสัญญาเว้นการเก็บภาษีซ้อน," กรุงเทพฯ (2523) หน้า 63-75. (สัมมนาเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2523 เวลา 8.30-12.30 น. ณ ห้องมรกต โรงแรมอินทรา)

ดังนั้น จึงพอที่จะสรุปได้ว่า การให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระบบภาษีอากรนั้น มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะให้เป็นเครื่องมือแสวงหาผลประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศ ให้เป็นเครื่องมือในการจูงใจการลงทุนจากต่างประเทศ ทำให้เอกชนต่างประเทศมีงานการลงทุนและระบบภาษีอากรก็เป็นหลักเกณฑ์ในการคำนวณผลกำไร และเป็นเครื่องมือที่จะช่วยในการตัดสินใจที่จะลงทุนได้ง่ายขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้การตกลงให้มีข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระบบภาษีอากร รัฐคู่สัญญาควรจะเคารพต่อข้อผูกพัน ซึ่งมาตรการในการให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระบบภาษีอากรก็เพื่อส่งเสริมการลงทุน เพราะรัฐคู่สัญญาไม่มีความพร้อมในโครงสร้างพื้นฐานทางการลงทุน (Infra-Structure) เช่น ความไม่สะดวกและขาดแคลนในเรื่องคมนาคม การขนส่ง การสื่อสารโทรคมนาคม การพลังงาน เป็นต้น การให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระบบภาษีอากร จึงถูกกำหนดขึ้นเพื่อสร้างบรรยากาศการลงทุนที่น่าสนใจยิ่งขึ้น

3. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระเบียบการนำเข้าและส่งออก

(Stabilization Clause of Import and Export Regulation)

ข้อกำหนดประเภทนี้มุ่งให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระเบียบการนำเข้าและส่งออกที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญา รวมถึงมีเป้าหมายเพื่อใช้เป็นเครื่องมือจูงใจเอกชนต่างประเทศให้เข้าทำสัญญาโดยปกติการนำเข้าเครื่องจักร วัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นต้องนำมาใช้ในประเทศผู้รับการลงทุน หากได้รับหลักประกันว่าจะไม่มีการจำกัดและจะยกเว้นภาษีนำเข้าให้ก็ถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นมากสำหรับการลงทุน ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมักจะมีให้การระบุหลักประกันซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระเบียบการนำเข้าและส่งออกของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งเป็นการตกลงร่วมกันว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์เหล่านี้ให้มีผลกระทบต่อการลงทุนภายในระยะเวลาที่จำกัด ซึ่งอาจพิจารณาเห็นได้ว่า การตกลงร่วมกันดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นความตกลงที่อยู่นอกเหนือหลักกฎหมายศุลกากรทั่วไป ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีหลักกฎหมายศุลกากรของตนเอง เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่จะเรียกเก็บอากรจากของที่นำเข้าและส่งออกจากประเทศของตน จึงเห็นว่า การตกลงร่วมกันเพื่อให้หลักประกัน

และการคุ้มครองเกี่ยวกับระเบียบการนำเข้าและส่งออก มีลักษณะเป็นปรบักษ์กับการได้รับ รายได้ทางศุลกากรของประเทศผู้รับการลงทุน เมื่อเป็นเช่นนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดหลัก ปรบักษ์และการคุ้มครอง ซึ่งถูกแสดงออกมาในรูปแบบของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับ ระเบียบการนำเข้าและส่งออก ซึ่งรัฐคู่สัญญาจะไม่ทำการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์เหล่านี้ ทั้งนี้ สามารถพิจารณาตัวอย่างได้จากสัญญาระหว่างรัฐบาลอินโดนีเซียกับบริษัท Sulawesi ซึ่งได้ ตกลงกันในปี ค.ศ. 1977 และสัญญาระหว่างรัฐบาลกบองกับบริษัท Nord-Leyou ซึ่งได้ ตกลงกันในปี ค.ศ. 1980 มีสาระสำคัญพอสรุปได้ดังนี้คือ

"ข้อกำหนดนี้กำหนดให้ความมั่นคงแก่สิทธิพิเศษทางศุลกากรอย่างไม่มีจำกัดแก่ผู้ลงทุน ในการนำเข้าและส่งออกโดยปลอดภาษี สำหรับรายการเงินทุนและวัตถุดิบทั้งหลายระหว่างที่ สัญญานี้ยังมีอายุอยู่ซึ่งให้กินความรวมถึงอุปกรณ์เครื่องมือ เครื่องจักร พร้อมทั้งอะไหล่ต่าง ๆ ยานพาหนะ อากาศยาน และพาหนะอื่น ๆ ที่ใช้บรรทุกขนส่ง วัตถุดิบที่ใช้ในโรงงาน สถานที่ ทํางาน บ้านพักคนงาน โรงเรียน โรงพยาบาล รวมถึงวัสดุอุปกรณ์ที่ใช้ในส่วนต่าง ๆ เหล่านี้ ให้อธิว่าเป็นการนำเข้า-ส่งออกภายใต้บทบังคับของสัญญานี้" 21

อนึ่งหลักประกันเกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออกเครื่องมือ เครื่องจักรกลและอุปกรณ์ ต่าง ๆ มักจะมีการทำบัญชีและบัญชีรายชื่อ ประเภทหรือชนิดของสิ่งเหล่านี้ให้ละเอียดเพื่อผล บังคับที่แน่นอน แต่การทำเช่นนี้ต้องการเวลาพอสมควรจึงเกิดปัญหาอยู่บ้างกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต่างประเทศ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศต้องรีบเร่งดำเนินการเพื่อจะเสนอให้ รัฐคู่สัญญานำบัญชีรายชื่อต่าง ๆ ไปพิจารณาอนุญาต ซึ่งบางครั้งก็มีอาจเสร็จทันเวลาก่อนทำสัญญา และในทางปฏิบัติเอกชนต่างประเทศจำเป็นต้องส่ง เครื่องจักรไปพลาางก่อน เพื่อนำเข้ามาใช้ปฏิบัติ

21 Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution : 17.

งานให้ทันเวลาและในกรณีเมื่อข้อตกลงยังไม่สามารถทำได้ แต่สิ่งของเหล่านี้มาถึงด่านศุลกากรแล้ว เช่นนี้ปัญหาย่อมมีเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กรณีอย่างนี้รัฐคู่สัญญาคงจะต้องผ่อนปรนด้วยการพิจารณาเบื้องต้นว่า เครื่องจักรและอุปกรณ์ต่าง ๆ เป็นส่วนที่นำมาใช้ดำเนินงานในโครงการตามสัญญาจริงหรือไม่ เมื่อสามารถพิสูจน์ได้แล้ว รัฐคู่สัญญาอาจสั่งกรมศุลกากรส่งมอบของนั้นให้แก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา โดยอาจให้มีหลักประกันจากธนาคารไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้

สำหรับประเทศไทยมีการให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระเบียบการนำเข้าและส่งออกแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา โดยบทบัญญัติกฎหมายภายใน อาทิเช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งอาจพิจารณาตัวอย่างการให้หลักประกันได้จากมาตรา 64 (2) แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม ซึ่งให้ผู้รับสัมปทานได้รับหลักประกันว่า รัฐจะไม่จำกัดการส่งปิโตรเลียมออกนอกราชอาณาจักรและจากมาตรา 70 ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2534 รัตนมาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

ผู้รับสัมปทานและผู้รับจ้าง ซึ่งได้ทำสัญญาจ้างเหมาโดยตรงกับผู้รับสัมปทาน มีสิทธินำเครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบอุปกรณ์ และวัสดุอื่น ๆ ที่ใช้ในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักรได้ โดยให้ได้รับการยกเว้นการเสียอากรขาเข้าตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากร และภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากร แต่ของดังกล่าวต้องเป็นของที่คณะกรรมการมีคำสั่งเห็นชอบว่าจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียม

จากมาตรา 64 (2) และมาตรา 70 นี้เองเป็นผลสืบเนื่องทำให้มีหลักประกันและการคุ้มครองระเบียบการนำเข้าและส่งออก ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งออกมาในรูปแบบของกฎกระทรวงฯ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ลักษณะของการให้หลักประกัน

และการคุ้มครองระเบียบการนำเข้าและส่งออกนี้สามารถพิจารณาเห็นได้จากข้อกำหนดหน้าที่ข้อที่ 12 (1) (ข) (ฉ) ซึ่งมีข้อความดังนี้คือ

ข้อ 12 การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องดังต่อไปนี้

(ก) . . .

(ข) การนำคนต่างด้าว เครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ วัสดุ ก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์ และวัสดุอื่น ๆ ซึ่ง จำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักร

(ค) . . .

(ง) . . .

(จ) . . .

(ฉ) การส่งปิโตรเลียมออก

ดังนั้นจึงเห็นว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศในรูปแบบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมประเทศไทยมีการให้หลักประกันและการคุ้มครองระเบียบการนำเข้าและส่งออกแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญาว่าตลอดอายุของสัญญา รัฐคู่สัญญาจะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระเบียบการนำเข้าและส่งออกตามที่ได้ทำความตกลงกันไว้ อนึ่งยังมีข้อสังเกตในกรณีที่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา จำเป็นต้องส่งเครื่องจักร เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ได้นำเข้ามา เมื่อจะนำออกจากประเทศของรัฐคู่สัญญา การให้หลักประกันควรจะเป็นไปในลักษณะของการยกเว้นอากรขาออก ทั้งในกรณีที่ยังบังคับกับอายุของสัญญาและรวมไปถึงกรณีที่

ไม่สามารถส่งออกได้ทันตามกำหนดอายุของสัญญา กล่าวคือ เกินเวลาไปเพราะเหตุสุดวิสัย รัฐคู่สัญญาจะต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถี่ เพื่ออนุโลมแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา ²²

4. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตรา

(Stabilization Clause of Foreign Exchange Regulation)

ข้อกำหนดประเภทนี้มุ่งคุ้มครองและให้หลักประกันเกี่ยวกับระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตราของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา รวมถึงเป็นเป้าหมายเพื่อจูงใจให้เข้าทำสัญญา ซึ่งในการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ มักจะเป็นการลงทุนในโครงการใหญ่ ๆ และมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาค่อนข้างยาว ปัจจัยที่สำคัญในการลงทุนได้แก่ เงินทุน (Capital) ซึ่งจะต้องใช้เงินทุนเป็นจำนวนมหาศาล โดยเงินทุนนี้อาจได้จากแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินในประเทศผู้รับการลงทุนและแหล่งเงินทุนจากภายนอกประเทศ ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนในการบริหารงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ การโอนหรือเคลื่อนย้ายทุนไปมา ระหว่างประเทศ ย่อมเกิดขึ้นด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการให้หลักประกันแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญาว่า ภายในอายุของสัญญา รัฐคู่สัญญาจะไม่ทำการเปลี่ยนแปลง ภาษี อัตราแลกเปลี่ยนและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออก ซึ่งเงินตราตามที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งสามารถพิจารณาตัวอย่างได้จาก สัญญาระหว่างรัฐบาลคาบองกับบริษัทอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศเกาหลี (Nord-Leyou) ในปี ค.ศ. 1980 ซึ่งตกลงกันเพื่อจะสำรวจหาแร่ยูเรเนียมซึ่งมีการระบุอย่างชัดเจน กล่าวคือ ได้กำหนดให้เงินฟรังก์ (Francs) ของฝรั่งเศสและเงินดอลลาร์ (Dollars) ของ

²² Ibid., P. 17.

สหรัฐอเมริกาเข้ามาใช้เป็นเงินสกุลหลักเพื่อใช้หมุนเวียนในโครงการ นอกจากนี้ในการโอนเงินเข้ามาในประเทศหรือโอนเงินต่าง ๆ เช่น ผลกำไร ก็สามารถกระทำได้โดยเสรีปราศจากข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น²³

อย่างไรก็ตามปัญหาเรื่องภาวะการเงินในประเทศจะมีภาวะเปราะบางของแต่ละประเทศที่บัญญัติไว้เพื่อผลแห่งการบังคับใช้และสร้างเสถียรภาพของระบบการเงิน (Stability of Financial System) ซึ่งโดยลักษณะของภาวะเปราะบางเช่นนี้ ไม่ก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ (conflict of interest) ใด ๆ เลย เพียงแต่อาจจะมีสถานการณ์ที่อาจถือว่าเป็นสถานการณ์พิเศษซึ่งรัฐคู่สัญญาไม่มีความจำเป็นเพราะไม่อาจหลีกเลี่ยง จึงกลายเป็นกรณีที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่เอกชนต่างประเทศได้ ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้คือ

- ก. ความเสี่ยงจากการปล่อยสินเชื่อ
- ข. ความเสี่ยงจากสภาพคล่อง
- ค. ความเสี่ยงของเงินที่กู้ยืมแก่ประเทศใดประเทศหนึ่ง
- ง. ความเสี่ยงจากอัตราดอกเบี้ย
- จ. ความเสี่ยงจากอัตราแลกเปลี่ยน²⁴

²³ Ibid., P. 18.

²⁴ วารีย์ หะวานนท์, "ความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์," วารสารบริหารธุรกิจ คณะพาณิชย์ศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 3 ฉบับที่ 43 (มกราคม - มีนาคม 2532) : 27 - 30.

ปัจจัยเหล่านี้เองที่รัฐคู่สัญญาอาจถือเอาเป็นข้ออ้างในการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตราของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญา ยกตัวอย่างเช่น กำหนดระเบียบการโอนเงิน (Transfer Pricing) ของเอกชนต่างประเทศเสียใหม่ ซึ่งมีคดีตัวอย่างที่พิจารณาดังนี้

กระทรวงการคลังของประเทศฟิจิกับบริษัทออสเตรเลีย แองโกล อเมริกัน จำกัด ได้ตกลงทำสัญญากันในปี ค.ศ. 1974 โดยมีข้อกำหนดประเด็นเกี่ยวกับการเงินไว้ด้วย คือ การเคลื่อนย้ายเงินจากประเทศฟิจิ จะไม่ถูกแทรกแซงเพราะถือเป็นข้อตกลงขั้นพื้นฐานที่ฟิจิต้องการพบและผูกพันด้วยความสุจริตใจ เว้นไว้เสียแต่ว่าจะมีสถานการณ์พิเศษ ที่รัฐจำเป็นต้องแก้ไข เพื่อความเหมาะสมโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี กระทรวงการเหมืองแร่ของประเทศฟิจิ ได้ชี้ขาดว่าสมควรให้มีการยกเลิกระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตราดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน²⁵

โดยปกติในแต่ละประเทศจะมีกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา (Exchange Control Law) เป็นเครื่องมือที่สำคัญยิ่งของรัฐบาลควบคุมและจัดการเงินของรัฐบาลให้ตรงตามเป้าหมายทางการคลัง ทางการโอน ทางการแลกเปลี่ยน ทางการนำเข้าและส่งออกเงินตรา กฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราจึงมักเป็นกฎหมายที่บัญญัติมาเพื่อควบคุมความเคลื่อนไหวทางการเงินตรา เช่น ควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา ควบคุมการส่งออกซึ่งเงินตราในบางประเทศ กฎหมายดังกล่าวนี้ยังควบคุมถึงความเคลื่อนไหว ทางหลักทรัพย์อื่น ๆ อีกด้วย เช่น หลักทรัพย์ทางอุตสาหกรรม (security) การลงทุนจากต่างประเทศ (foreign

²⁵ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution : 19.

investment) ประเทศกำลังพัฒนาส่วนมากจะมีกฎหมายควบคุมเงินตราในทางเองดังกล่าว ซึ่งในสายตาของผู้ลงทุนเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคต่อการนำทุนและกำไรกลับสู่ประเทศของตน ด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศกำลังพัฒนาที่มุ่งจะชักจูงการลงทุนจากต่างประเทศ หากการลงทุนนั้นได้กระทำในรูปแบบของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ รัฐคู่สัญญามักจะชักจูงโดยการระบุให้มีข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตรา โดยยกเว้นไม่ใช้บังคับกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราใช้บังคับกับคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความมั่นใจในการลงทุนว่า ภายในอายุของสัญญารัฐคู่สัญญาจะไม่ทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ข้อตกลงเกี่ยวกับระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตรา รวมถึงการนำเข้าและส่งออกซึ่งเงินตราโดยปราศจากข้อจำกัดด้วย

สำหรับประเทศไทยมีการให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตรา แก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา โดยบทบัญญัติกฎหมายภายใน เช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม อาจพิจารณาการให้หลักประกันได้จากมาตรา 78 ซึ่งบัญญัติว่า
พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งมีข้อความดังนี้ คือ

มาตรา 78 ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเก็บรักษาเงินตราต่างประเทศและนำเข้าหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ เมื่อเงินนั้นเป็นเงินที่ได้มาจากการประกอบกิจการปิโตรเลียม

จากมาตรา 78 นี้เอง เป็นผลสืบเนื่องทำให้มีการให้หลักประกันและการคุ้มครองระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตราซึ่งปรากฏอยู่ในข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งออกมาในรูปแบบของกฎกระทรวงฯ โดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ลักษณะการให้หลักประกันและการคุ้มครองระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตรา สามารถพิจารณาเห็นได้จากข้อกำหนดหน้าที่ ข้อ 12 (1) (ข) ซึ่งมีข้อความดังนี้คือ

ข้อ 12

การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องดังต่อไปนี้

(ก) . . .

(ข) . . .

(ค) . . .

(ง) . . .

(จ) . . .

(ฉ) . . .

(ช) การเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ

ดังนั้นจึงเห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศในรูปแบบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมประเทศไทยมีการให้หลักประกันและการคุ้มครองระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตราแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ซึ่งรัฐคู่สัญญาใช้เป็นเครื่องมือในการจูงใจการลงทุนจากต่างประเทศ ทำให้เอกชนต่างประเทศมั่นใจในการลงทุน และระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตราที่เป็นหลักเกณฑ์ในการคำนวณผลกำไร ซึ่งในส่วนของระเบียบการแลกเปลี่ยนเงินตราหากมีการให้หลักประกันจากรัฐคู่สัญญาว่าจะไม่ถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลง ตลอดอายุของสัญญาแล้วย่อมส่งผลต่อการส่งเสริมการลงทุนได้เป็นอย่างดี

5. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับบทกฎหมายทั่วไป ²⁶ (Stabilization Clause of General Legal Framework)

ข้อกำหนดประเภทนี้มีเป้าหมายเพื่อใช้เป็นหลักประกันและการคุ้มครองความสัมพันธ์ทางสัญญาของรัฐคู่สัญญากับเอกชนต่างประเทศใน 2 เหตุผลด้วยกัน คือ

ก) มุ่งให้รัฐคู่สัญญาไม่สามารถนำบทกฎหมายภายในอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับสัญญามาริดรอนสิทธิ หน้าที่ และประโยชน์ที่เอกชนต่างประเทศควรจะได้รับ

ข) มุ่งให้มีการดำเนินการใด ๆ โดยไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

ก) จากการศึกษาสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ คู่สัญญามีสิทธิอย่างเต็มที่ในการเลือกกฎหมายเพื่อนำมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ทางสัญญา กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกมาบังคับใช้อาจมาจากกฎหมายหลายระบบ เช่น กฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา กฎหมายภายในของรัฐอื่น ๆ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเลือกกฎหมายหลาย ๆ ระบบมาใช้บังคับกับสัญญา ²⁷ ซึ่งก็สุดแล้วแต่คู่สัญญาจะตกลงกัน

²⁶ โครงสร้างของกฎหมายทั่วไป (General Legal Framework) ในที่นี้หมายถึงความถึง บทกฎหมายทั่วไปซึ่งได้แก่ กฎหมายที่คู่สัญญาได้ทำการเลือกเพื่อนำมาบังคับใช้กับสัญญา ซึ่งประกอบไปด้วย กฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา กฎหมายของประเทศอื่น ๆ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องการให้เกิดความเหมาะสมและมุ่งให้เกิดความสมบูรณ์ในเรื่องใด

²⁷ Jean-Flavien Lalive, "Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company," ICLQ 13 (1964) : 992.

ในเบื้องต้นก็น่าที่จะสันนิษฐานได้ว่ารัฐคู่สัญญาย่อมจะต้องพยายามทำความเข้าใจกับ เอกชนต่างประเทศที่ห้อมรั้งที่จะนำกฎหมายภายในของตนมาบังคับใช้กับสัญญา โดยมีเหตุผลว่า รัฐคู่สัญญาที่มีความคุ้นเคยและเข้าใจดีในสาระสำคัญของบทบัญญัติเหล่านี้ ทั้งในแง่แนวคิดและการปฏิบัติ ดังนั้นรัฐคู่สัญญาจึงพยายามหลีกเลี่ยงที่จะรับเอากฎหมายอื่นใดมาบังคับใช้กับสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายภายในของเอกชนต่างประเทศ เพราะกฎหมายแต่ละประเทศย่อมเหมาะสมที่จะใช้แก้ปัญหาหรือมีผลดีต่อระบบโครงสร้างทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของรัฐนั้นเอง ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วจะมีปัญหายุ่งยากต่อการนำกฎหมายภายในของรัฐอื่นมาบังคับใช้

ด้วยเหตุนี้เองรัฐคู่สัญญาและ เอกชนต่างประเทศอาจทำความเข้าใจกับกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาที่มาบังคับใช้กับสัญญา เพื่อเป็นการตัดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ในภายหลัง ดังพิจารณาตัวอย่างได้จากสัญญาสัมปทานการทำเหมืองแร่ทองแดง ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างสาธารณรัฐแซมเบีย กับกลุ่มบริษัท Nchanga จำกัด ดังได้ระบุไว้ดังนี้

การบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สัญญาที่มีผลสมบูรณ์จำเป็นต้องใช้กฎหมายแซมเบีย อันเป็นไปตามเจตนาร่วมกัน ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นศาลหรืออนุญาโตตุลาการผู้ทำการชี้ขาดต้องคำนึงถึงบทกฎหมายภายในของสาธารณรัฐแซมเบีย เท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการตีความ การนำข้อตกลงต่าง ๆ (เอกสารต่าง ๆ เช่น ระเบียบ คำสั่ง และข้อกำหนดหรือมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง) มาปรับใช้และก็ควรตัดสินคดีไปตามบทกฎหมายที่ปรากฏอยู่ ณ วันที่ทำสัญญา (24 ธันวาคม ค.ศ. 1969) จนถึงวันสิ้นสุดแห่งสัญญา 28

28 "Nchanga" Zambia 1970, Agreement and Consent to Submit Disputes to the ICSID, II. "Roan Consolidated" Zambia 1969 is identical. อ้างโดย Martin Bartels, P. 19.

เป็นที่น่าพิจารณาว่า ลักษณะของข้อกำหนดตามความตกลงดังกล่าวคู่สัญญามุ่งที่จะนำกฎหมายภายในของแซมเบียทั้งหลายมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานแร่ทองแดงเท่านั้น และข้อสังเกตที่น่าสนใจก็คือ การที่มีการระบุวันที่เริ่มต้นให้สัญญามีผลบังคับจนถึงวันสิ้นสุดของสัญญานั้น เป็นการแสดงเจตนาเพื่อมุ่งให้รัฐคู่สัญญาต้องเคารพตามความตกลงที่กำหนดให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องในขณะใดขณะหนึ่งมีผลผูกพันตลอดอายุของสัญญาตามที่ได้ตกลงกันไว้ แม้ว่าจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้น ๆ ในภายหลังกฎหมายที่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาในลักษณะที่เป็นการริดรอนสิทธิ หน้าที่ และประโยชน์ที่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญาควรจะได้รับไม่ได้ เช่นเดียวกันกับข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงที่เกี่ยวกับบทกฎหมายทั่วไปที่มักจะระบุไว้ในสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศในแถบแอฟริกา ในที่นี้ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสัญญาระหว่างบริษัทของฝรั่งเศส ชื่อ Uginor กับสาธารณรัฐมาลากาซี (Malagasy Republic) ในมาตรา 10 ได้กำหนดไว้ว่า

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและข้อบังคับที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐมาลากาซี ภายใต้กฎหมายและข้อบังคับที่เกิดขึ้นในภายหลังโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเหมืองแร่ กฎหมายระบบภาษีอากร และกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนของเอกชนต่างประเทศ บริษัทและผู้ถือหุ้นสามารถเรียกร้องสิทธิประโยชน์ได้ตามข้อกำหนดที่มีมาแต่เดิมของสัญญา ทั้งนี้ สาธารณรัฐมาลากาซีก็มีข้อผูกพันที่จะต้องให้สิทธิประโยชน์ที่เหมาะสมตามข้อเรียกร้องเช่นนั้น²⁹

ข) ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับบทกฎหมายทั่วไป มุ่งให้เกิดการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ตามวัตถุประสงค์ประการที่สองนี้ เอกชนต่างประเทศมีความต้องการหลักประการหนึ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติของรัฐ เกี่ยวกับสัญญาให้มีการนำกฎหมายชนิดเดียวกันมาใช้บังคับกับโครงการหรือสัญญาเหมือน ๆ กัน ยกตัวอย่างเช่น รัฐคู่สัญญาได้อนุมัติ

²⁹ Rainer Geiger, *ICLQ*, P.77.

ให้เอกชนต่างประเทศรายหนึ่งทำการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ต่อมาก็ได้อนุมัติให้เอกชนต่างประเศรายอื่นประกอบกิจการในลักษณะเดียวกัน เมื่อเป็นดังนี้ การเลือกกฎหมายบังคับใช้กับความสัมพันธ์ทางสัญญา ก็ควรจะเป็นกฎหมายฉบับเดียวกันซึ่งอาจจะ เป็นพระราชบัญญัติเกี่ยวกับปิโตรเลียมนั่นเอง ซึ่งในกรณีนี้เอกชนต่างประเทศรายแรกก็คงต้องการให้รัฐปฏิบัติต่อเอกชนต่างประเทศอีกรายด้วยความเท่าเทียมกัน

ปัญหาย่อมเกิดขึ้นในกรณีที่รัฐคู่สัญญาได้ทำความตกลงกับเอกชนต่างประเทศที่ทำการลงทุนในสัมปทานแบบเดียวกันด้วยกฎหมายที่แตกต่างกัน อาจก่อให้เกิดผลเสียเปรียบในเชิงพาณิชย์ ดังนั้นการประกอบการเมื่อนำโครงการมาเปรียบเทียบกับกันก็จะเห็นความเหลื่อมล้ำส่งผลให้สถานภาพของเอกชนที่เสียเปรียบต้องตกอยู่ในสภาพที่ล่อแหลมและอาจถูกเพิกถอนสัญญา เมื่อใดก็ได้³⁰ ดังพิจารณาได้จากตัวอย่างในปี ค.ศ. 1974 รัฐบาลจาไมก้า โดยรัฐมนตรีกระทรวงการเหมืองแร่กับบริษัทเอกชนต่างประเทศ ได้ตกลงในการสำรวจและผลิตแร่ bauxite โดยปราศจากการระบุถึงข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับบทกฎหมายทั่วไปไว้ เป็นผลให้รัฐบาลจาไมก้า ได้กำหนดการจัดเก็บเงินค่าภาคหลวงด้วยวิธีการถือเกณฑ์ปริมาณแร่ที่ผลิตได้ แทนที่จะใช้วิธีการถือเกณฑ์ความสัมพันธ์ของการซื้อขายและกำไรสุทธิในการจัดเก็บค่าภาคหลวง แต่ในขณะเดียวกันเอกชนต่างประเทศที่ได้สัมปทานแร่ bauxite เช่นเดียวกันกับเอกชนต่างประเทศรายแรก กลับได้รับการปฏิบัติจากรัฐบาลจาไมก้าด้วยวิธีการอื่น กล่าวคือ รัฐบาลจาไมก้าได้เลือกใช้การจัดเก็บเงินค่าภาคหลวงด้วยวิธีการถือเกณฑ์เก็บจากกำไรสุทธิหลังจากหักค่าใช้จ่ายแล้วกับเอกชนต่างประเทศรายหลัง³¹

³⁰ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution, P.20

³¹ "Kaiser Jamaica" : Head of Agreement between the Government of Jamaica and Kaiser Bauxite Company, November 20, 1974
อ้างโดย Martin Bartels, P. 20.

ในข้อเท็จจริงต่อมาแสดงให้เห็นว่า การที่รัฐบาลจาไมก้าได้กระทำต่อเอกชนรายแรก โดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 45 (ค) ของพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเหมืองแร่ เป็นช่องทางในการเลือกประดิษฐ์คิดต่อการลงทุน ทำให้เอกชนรายแรกเกิดความเสียเปรียบ เพราะกฎหมายในมาตราดังกล่าวนี้อำนาจแก่รัฐบาลจาไมก้าในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำเหมืองแร่ เช่นในคดีที่ 32 แต่สำหรับในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของประเทศไทยนั้น ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติปิโตรเลียม รัฐจะมีบทบัญญัติให้ผู้รับสัมปทานเลือกที่จะเข้ามาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใหม่หรือจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดิมก็ได้ ทั้งนี้เพื่อไม่ให้กระทบถึงสิทธิที่ผู้รับสัมปทานได้มาแล้ว สำหรับกฎหมายใหม่นั้นจะมีสิทธิประโยชน์จูงใจให้ผู้รับสัมปทานเข้ามาอยู่ภายใต้บังคับ โดยแลกเปลี่ยนกับภาระหน้าที่ตามกฎหมายใหม่ 33

6. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับโครงการทั้งหมด (Stabilization Clause of The Project Regime as a Whole)

ข้อกำหนดประเภทนี้มีเป้าหมายเพื่อให้เกิดเสถียรภาพกับบทบัญญัติทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันโดยส่วนใหญแล้วในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ มักจะกำหนดให้มีข้อกำหนดประเภทนี้ ซึ่งเป็นการให้หลักประกันและการคุ้มครองโดยครอบคลุมถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ของสัญญานเวลาเดียวกัน แต่จะไม่ครอบคลุมไปถึงกฎหมายฟิงาบังคับขั้นต้นที่

32 Ibid., foot note at 24 : Art. 45 C was inserted into the Mining Law "An Act Future to Amend the Mining Law" Printed in The Jamaica Gazette Supplement, Bill and Act of 30 May 1974.

33 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2532 มาตรา 36

อาทิเช่น กฎหมายแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับการสาธารณสุข เป็นต้น ซึ่งกฎหมายฟิงาซ์บังคับทันที (La Loi D'application Immediate) นี้ เป็นกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองโครงสร้างทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ จึงเป็นนโยบายของแต่ละประเทศที่จะทำการบัญญัติกฎหมายฟิงาซ์บังคับทันทีมาใช้ในประเทศของตนตามความเหมาะสม ข้อกำหนดประเภทนี้ไม่เพียงแต่จะมีจุดมุ่งหมายเพื่อจำกัดการนำเข้าของรัฐบาลโดยของรัฐบาลผู้สัญญาในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติต่าง ๆ ในสัญญา แต่ยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อห้ามรัฐในการเข้ามาตรการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็มาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการทางบริหาร เพื่อรื้อถอนผลประโยชน์ของโครงการ ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ดังนั้นผู้สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศจึงต้องผลักดันให้มีการทำห้หมดไปซึ่งความเสี่ยงจากมาตรการต่าง ๆ ซึ่งอาจทำให้ตนต้องเสียหาย โดยให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงเกี่ยวกับโครงการทั้งหมด ผู้เขียนขอยกตัวอย่างจากสัญญาระหว่างรัฐบาลประเทศมาลี (Mali) กับบริษัท COGEMA ที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1977 ข้อกำหนดที่ 16.1 ระบุว่า

ตามข้อตกลงนี้ รัฐบาลผูกมัดที่จะรับประกันแก่บริษัท ตามเงื่อนไขของสัญญาเกี่ยวกับเสถียรภาพโดยทั่วไปในเรื่องของกระบวนการยุติธรรม การเศรษฐกิจ การเงิน และระบบภาษีอากรที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของธุรกิจ ตามบทบัญญัติของกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ นับตั้งแต่วันที่ทำสัญญาที่จะได้รับสิทธิประโยชน์จากการทำเหมืองแร่ในมาลีและจากการแสวงประโยชน์จากแร่ยูเรเนียมของบริษัท³⁴

สำหรับประเทศไทยมีรูปแบบการให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับโครงการทั้งหมดแก่เอกชนต่างประเทศผู้สัญญา ซึ่งสามารถพิจารณาตัวอย่างได้จากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมซึ่งปรากฏอยู่ในข้อกำหนดหน้าที่ข้อ 12 "การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน" ซึ่งมีข้อความดังนี้

³⁴ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution,

ข้อ 12

การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(ก) การไ้ที่ดินแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตเพื่อประกอบกิจการปิโตรเลียม รวมทั้งการไ้ที่ดินนอกแปลงสำรวจหรือพื้นที่ผลิต ในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียม

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

(ค) การคืนพื้นที่

(ง) การได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากรและเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ

(จ) การกำหนดและประกาศราคาปิโตรเลียม

(ฉ) การส่งปิโตรเลียมออก

(ช) การเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ

(ซ) การเสียค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษและภาษีเงินได้

ตลอดจนการคำนวณค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษและภาษีเงินได้ 35

35 กฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ. 2532) ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514.

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศในรูปแบบของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมประเทศไทยได้มีการให้หลักประกันและการคุ้มครองเกี่ยวกับโครงการทั้งหมดว่าตลอดอายุของสัญญา รัฐคู่สัญญาจะไม่ทำการเปลี่ยนแปลง แก้ไขแต่ฝ่ายเดียว เกี่ยวกับประโยชน์สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียม อาทิเช่น ระบบเกี่ยวกับภาษีอากร ระเบียบเกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออก ระเบียบเกี่ยวกับการเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ เป็นต้น

ในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 นั้น ท่านอาจารย์สมนึก ชัยเดชสุริยะ รองผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ฝ่ายกฎหมาย ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อกำหนดในสัญญาข้อ 20.1 ที่ว่าด้วยเรื่องการชดเชยในกรณีที่มีการเลิกสัญญาเพราะ เหตุสุดวิสัยและเหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น (force majeure and exceptional event) นั้น น่าจะมีความหมายเป็นข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง (Stabilization Clause) ซึ่งในข้อ 19.1 ระบุว่า

19.1 นิยาม

"เหตุสุดวิสัย" หมายความว่า ...

"เหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น" หมายถึง เหตุซึ่งมีผลกระทบในทางเสียหายอย่างรุนแรงต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่าย ได้แก่

(1) ความผันผวนทางเศรษฐกิจของประเทศไทย ...

(2) การกระทำหรืองดเว้นกระทำของ "กทพ" ดังต่อไปนี้

(ก) การไม่สามารถส่งมอบ "ส่วนของพื้นที่" โดยมี "สิทธิ

การครอบครอง" ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4.2 หรือ

(ข) การปรับปรุงหรือแก้ไขเค้าโครงของแบบหรือรายละเอียด

ที่ได้ตกลงกันไปแล้ว ตามเอกสารท้ายสัญญาหมายเลข 2 หรือ "รูปแบบทั่วไปของเอสอีเอส" หรือ

(ค) การไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้มีการปรับอัตราค่าผ่านทางตามข้อ 11.3 ให้มีผลบังคับใช้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อนั้น

(3) เหตุจากความบกพร่องหรือความล่าช้าในการดำเนินการตามเงื่อนไขบังคับก่อนในข้อ 3 หรือมีการเปลี่ยนแปลงของเงื่อนไขที่สำเร็จแล้ว

(4) การกระทำการหรือการงดเว้นการกระทำการ รวมตลอดแต่ไม่จำกัดเฉพาะการประกาศใช้หรือการเปลี่ยนแปลงพิกัตอัตราภาษีศุลกากร อากร ภาษี กฎหมายหรือระเบียบของ "กทพ" "รัฐบาล" หรือ "หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง" ซึ่งจงใจให้มีผลกระทบโดยตรงต่อสัญญานี้ สิทธิหรือหน้าที่ของ "บีอีซีแอล" "งาน" รายได้จากค่าผ่านทางที่ "บีอีซีแอล" คาดหวังว่าจะได้จาก "สิทธิตามสัญญา" และ "เอสอีเอส" หรือแบบหรือสายทางส่วนหนึ่งส่วนใดของ "เอสอีเอส"

(5) สภาพทางธรณีวิทยา ...

ทั้งนี้ในกรณีที่เกิด "เหตุสุดวิสัย" หรือ "เหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น" (นอกเหนือจากที่ได้ดำเนินการแก้ไขไปตามข้อ 20.3) ทำให้การปฏิบัติตามสัญญานี้ ไม่อาจกระทำได้เป็นระยะเวลาอันติดต่อกันถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่อันเป็นพันธะพื้นฐานตามสัญญานี้ต่อไปอีกได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบอาจมีหนังสือขอเลิกสัญญาก่อนกำหนดได้ตามเงื่อนไขในข้อกำหนดที่ 20.1 (ก) และมีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดที่ 20.1 (ข) หากการเลิกสัญญาดังกล่าวเกิดจากหรือมีสาเหตุโดยตรงมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำการของ "กทพ" หรือ "รัฐบาล" นอกจากชดเชยตาม (1) และ (2) ดังกล่าวแล้ว "บีอีซีแอล" จะได้รับการชดเชยการสูญเสียค่าผ่านทางของ "บีอีซีแอล" ตลอด "ระยะเวลาของสัญญา" ที่ยังเหลืออยู่ภายหลังการบอกเลิกสัญญาด้วย *

* iberศึกษารายละเอียดได้ในข้อกำหนดที่ 19 หรือ 20 ของสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ BECL

ดังนั้นกรณีที่มีการเลิกสัญญาเกิดจากเหตุอื่นที่ไม่ใช่เกิดจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของ "กทพ" หรือ "รัฐบาล" จะส่งผลให้ "ปีอีซีแอล" ได้รับชดเชยความเสียหายที่ได้รับ (loss suffered) แต่หากการเลิกสัญญาเกิดจากหรือมีสาเหตุโดยตรงมาจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำของ "กทพ" หรือ "รัฐบาล" อาทิ การประกาศใช้หรือเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีศุลกากร "ปีอีซีแอล" นอกจากจะมีสิทธิได้รับชดเชยในความเสียหายที่ได้รับแล้ว ยังมีสิทธิได้รับชดเชยในความเสียหายตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ของสัญญา ภายหลังการบอกเลิกสัญญา (loss profits) อีกด้วย

ประเภทและเป้าหมายของสิทธิพิเศษ

1. สิทธิพิเศษเกี่ยวกับระบบภาษีอากร (Preferential Rights of Fiscal Regime)
2. สิทธิพิเศษเกี่ยวกับระเบียบการเข้าเมืองและการทำงาน (Preferential Rights of Immigration and Work Permit Regulation)
3. สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการโอนเงิน (Preferential Rights of Repatriation of Capital and Profits)

1. สิทธิพิเศษเกี่ยวกับภาษีอากร (Preferential Rights of Fiscal Regime)

โดยปกติรัฐคู่สัญญามักจะใช้สิทธิพิเศษเกี่ยวกับระบบภาษีอากร เป็นเครื่องมือจูงใจการลงทุนจากต่างประเทศได้หลายวิธี เช่น โดยการงดหรือลดภาษีอากรขาเข้าจากเครื่องจักร งดหรือลดภาษีที่เรียกเก็บจากสินค้าที่ผลิตออกมา งดหรือลดภาษีที่เรียกเก็บจากรายได้หรือกำไรสุทธิ อนุญาตให้หักค่าสึกหรอและเสื่อมราคาให้มากขึ้น เป็นต้น มีหลาย ๆ ประเทศในทวีปแอฟริกา มักจะให้สิทธิพิเศษเกี่ยวกับระบบภาษีอากรเป็นเวลา 15-30 ปี หลังจากทำสัญญา

เพื่อเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและจูงใจการลงทุนจากต่างประเทศ³⁶ สิทธิพิเศษที่รัฐคู่สัญญาเสนอแก่เอกชนต่างประเทศ เป็นการที่รัฐยอมยกเว้นจากการใช้กฎหมายภายในเกี่ยวกับระบบภาษีอากรกับเอกชนต่างประเทศ ซึ่งสิทธิพิเศษเกี่ยวกับระบบภาษีอากรอาจจะแยกได้ตามประเภทของภาษีได้ คือ ภาษีเงินได้ ภาษีศุลกากร ขอยกตัวอย่างในกรณีของประเทศไทยในส่วนของภาษีเงินได้ มีประมวลรัษฎากรที่กำหนดในการเสียภาษีเงินได้ในบุคคลไว้ใน มาตรา 66 ดังนี้

"บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศและกระทำการกิจการในประเทศไทย ต้องเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้"

ในส่วนของภาษีศุลกากรมีพระราชบัญญัติศุลกากร ซึ่งกำหนดว่า "บรรดาค่าภาษีนี้นำให้เก็บตามพระราชบัญญัติและตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรในเวลาที่ยื่นออกใบขนสินค้า"³⁷ ส่วนของอัตราจะจัดเก็บในอัตราไหนให้เป็นไปตามพระราชกำหนดพิกัดศุลกากร ซึ่งกำหนดว่า "ของที่นำเข้าหรือพาเข้าหรือส่งออกหรือพาออกไปนอกพระราชอาณาจักร ให้เรียกเก็บและเสียอากรตามที่กำหนดไว้ในพิกัดอากรแนบท้ายพระราชกำหนด"³⁸

ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมสำหรับประเทศไทยนั้น รัฐคู่สัญญาก็จะให้มีการระบุสิทธิพิเศษเกี่ยวกับภาษีอากรไว้โดยให้ผู้รับสัมปทานได้รับยกเว้นการเสียภาษีอากรและเงินที่ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นเรียกเก็บทุกชนิด เว้นแต่ภาษีเงินได้ ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียม, ค่าภาคหลวงไม้, ค่าบำรุงป่า, ค่าธรรมเนียม ตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้และกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ, ค่าภาคหลวง, ผลประโยชน์

³⁶ Rainer Geiger, *ICLQ*, P. 77.

³⁷ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 มาตรา 10.

³⁸ พระราชบัญญัติกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร มาตรา 14 และคู่มือชี้ท้ายพระราชกำหนด

ตอบแทนพิเศษและค่าธรรมเนียมนิตตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียมและค่าธรรมเนียมนิตเพื่อตอบแทน
บริการตามกฎหมายอื่น *

สำหรับสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย
กับ BECL ก็มีการระบุสิทธิพิเศษเกี่ยวกับภาษีอากรไว้ในข้อกำหนดที่ 3.1 เงื่อนไขต่อพันธะ
หน้าที่ของ "บีอีซีแอล" ตามสัญญานี้จะเริ่มต่อเมื่อ "บีอีซีแอล" ได้รับสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้แล้ว

(1) บัณฑิตส่งเสริมการลงทุนภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนยืนยันว่าได้ให้
สิทธิประโยชน์สูงสุดตามที่ขอแก่ "บีอีซีแอล" รวมถึง (แต่ไม่จำกัดเฉพาะ) สิ่งต่าง ๆ ที่ระบุถึง
ในเอกสารท้ายสัญญาหมายเลข 12 ซึ่งให้สิทธิพิเศษเกี่ยวกับภาษีอากรรถยนต์ที่ได้รับยกเว้นภาษีอากร
เครื่องจักร ให้ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลเป็นเวลา 8 ปี ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องนำ
เงินปันผลไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้ **

การให้สิทธิพิเศษเกี่ยวกับระบบภาษีอากรแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญาไม่ได้มีลักษณะ
เป็นข้อห้ามรัฐกระทำกราด ๆ ดังเช่น ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง แต่เป็นการที่รัฐคู่สัญญา
เสนอสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากรแก่คู่สัญญาเพื่อเป็นมาตรการจูงใจในการส่งเสริมให้มีการลง
ทุน ทั้งยังเป็นเครื่องมือในการคำนวณผลกำไรในการลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศอีกด้วย

* กฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ. 2532) ออกตามความในพระราชบัญญัติ
ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ข้อ 9 และพระราชบัญญัติปิโตรเลียม ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2532
มาตรา 19

** หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ส่วนที่สุด ที่ นร 1201/4080 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม
2531

2. สิทธิพิเศษเกี่ยวกับระเบียบการเข้าเมืองและการทำงาน (Preferential Rights of Immigration and Work Permit Regulation)

เกือบทุกประเทศมีกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างชาตินี้ และอาจมีกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการประกอบอาชีพของบุคคลต่างด้าวอีกด้วย คนต่างด้าวที่จะเข้ามาในแต่ละประเทศได้ ต้องเป็นไปตามกฏเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เช่นเดียวกัน การทำงานของคนต่างด้าวต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของประเทศนั้น ๆ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้อาจจะก่อความไม่สะดวกให้แก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา จึงเป็นมูลเหตุให้รัฐเสนอสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงาน ซึ่งมีเป้าหมายเพื่อให้ความสะดวกแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในการได้รับสิทธิพิเศษในการเข้าเมืองและการทำงาน จึงเป็นมูลเหตุหนึ่งซึ่งจูงใจให้มีการลงทุนจากต่างประเทศ โดยคู่สัญญามีต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ภายในเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงานเป็นการที่รัฐคู่สัญญา ยอมยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายภายในให้เป็นกรณีพิเศษ อาทิเช่น ประเทศพิจิโนญตาให้บริษัทผู้ลงทุนนำเอาบุคคลต่างประเทศที่เป็นช่างผู้ชำนาญทางเทคนิค ฝ่ายบริหาร และผู้ชำนาญการพิเศษอื่น ๆ ที่จำเป็นแก่กิจการลงทุนนั้นเข้ามาได้ โดยบริษัทผู้ลงทุนต้องแสดงให้เป็นที่น่าพอใจแก่รัฐว่าจะทำการฝึกคนทดแทนในตำแหน่งนั้น ๆ ภายในเวลาที่กำหนดซึ่งปกติกำหนดให้ภายใน 6 ปี ประเทศเวียตนามอนุญาตให้ช่างเทคนิคชาวต่างประเทศเข้ามาได้ตามจำนวนเท่าที่จำเป็นในการดำเนินงานของบริษัท ประเทศไลบีเรียอนุญาตให้บุคคลต่างประเทศที่เป็นช่างเทคนิคช่างฝีมือที่จำเป็นในการดำเนินการของผู้ลงทุนเข้าเมืองได้ตามจำนวนและเวลาที่จำเป็นแก่กิจการนั้น

สำหรับประเทศไทย มีการให้สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการเข้าเมือง ซึ่งสามารถพิจารณาเห็นตัวอย่างได้จากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมที่รัฐคู่สัญญาให้สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการเข้าเมืองแก่ผู้รับสัมปทาน ระบุว่าผู้รับสัมปทานและผู้รับจ้าง ซึ่งได้ทำสัญญาจ้างเหมาโดยตรงกับผู้รับสัมปทาน มีสิทธิในช่างฝีมือและผู้เชี่ยวชาญ รวมตลอดถึงคู่สมรสและบุตรที่อยู่ในอุปการะซึ่งเป็นคนต่างด้าว เข้ามาในราชอาณาจักร ตามความจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมได้ตามจำนวนและระยะเวลาที่คณะกรรมการมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรทั้งนี้แม้ว่าจะเกินอัตราจำนวนคนเข้าเมืองและ

ระยะเวลาตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง *

ในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ก็ได้มีการให้สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการเข้าเมือง ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 22 (6) อันมีข้อความว่า

ข้อ 22 บททั่วไป

"กทพ" จะต้อง (เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญานี้)

(6) ให้ความช่วยเหลือตามสมควรตามที่ "บีอีซีแอล" จะร้องขอเพื่อให้การสนับสนุนการขอใบอนุญาตเข้าเมือง สำหรับเจ้าหน้าที่ต่างชาติของ "บีอีซีแอล" "ผู้จัดการโครงการ" และที่ปรึกษาอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับ "งาน"

อนึ่งนอกจากสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการเข้าเมืองจะเป็นสิ่งที่ปรากฏในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศแล้ว อาจจะมีปรากฏในกฎหมายภายในบางอัน อาทิ การได้รับสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการเข้าเมืองตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 25 ระบุว่า

* กฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ. 2532) ออกตามความในพระราชบัญญัติ เลียม ข้อ 8 และพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 69

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นให้ผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับอนุญาตนาคคนต่างด้าวซึ่งเป็น

- (1) ช่างฝีมือ
 - (2) ผู้ชำนาญการ
 - (3) คู่สมรสและบุคคลที่อยู่ในอุปการะของบุคคลใน (1) และ
- (2) เข้ามาในราชอาณาจักรได้ตามจำนวนและกำหนดระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรเท่าที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร แม้จะเกินจำนวนและระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

จึงเห็นได้ว่า รัฐคู่สัญญาจะเสนอสิทธิพิเศษในการเข้าเมืองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ เพื่อไม่ให้เกิดอุปสรรคจากกฎหมายภายในเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าเมืองของตนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ จึงส่งผลให้เป็นมูลเหตุจูงใจให้เอกชนต่างประเทศเข้าทำสัญญา และมาลงทุนในประเทศของตน

สำหรับการทำงานของคนต่างด้าว ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศต้องนำเข้ามาในประเทศไทย รัฐคู่สัญญา ต้องพบกับอุปสรรคของกฎหมายว่าด้วย การทำงานของคนต่างด้าวของประเทศนั้น ๆ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ อาจจะก่ออุปสรรคแก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญา รัฐคู่สัญญา จึงมักจะเสนอสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งมีเป้าหมายเพื่อให้ความสะดวกแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในการทำงาน เพื่อจูงใจการลงทุนจากต่างประเทศที่จะมีต้องพบกับอุปสรรคของกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 37 (1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวประกอบอาชีพหรือรับจ้างทำงาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมาย ถ้ากรณีมีกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายนั้น

ในส่วนของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการทำงาน พร้อมทั้งกำหนดให้คนต่างด้าวมียาใบอนุญาตก่อนที่จะทำงานได้ อาทิเช่น มาตรา 8 "ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง บุคคลใดประสงค์จะให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในกิจการของตนในราชอาณาจักร จะยื่นคำขอรับใบอนุญาตแทนคนต่างด้าวนั้นต่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายก็ได้"

กฎเกณฑ์หรือระเบียบภายในของรัฐคู่สัญญาอาจจะก่อให้เกิดอุปสรรคแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการทำงาน รัฐจึงมักเสนอสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการทำงาน ทั้งนี้พิจารณาได้จากตัวอย่างในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ข้อ 22 บททั่วไป

"กทพ." จะต้อง (เว้นแต่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญานี้)

(6) ให้ความช่วยเหลือตามสมควรตามที่ "บีอีซีแอล" จะร้องขอเพื่อให้มีการสนับสนุนการขอใบอนุญาตทำงานสำหรับเจ้าหน้าที่ต่างชาติของ "บีอีซีแอล" "ผู้จัดการโครงการ" และที่ปรึกษาอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับ "งาน"

นอกจากสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการทำงานจะเป็นสิ่งที่ปรากฏในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศแล้ว อาจจะมีปรากฏในกฎหมายภายในบางอัน เช่น ในส่วนของกฎหมายส่งเสริมการลงทุนมีการบัญญัติถึงสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการทำงานแก่ผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 26 บัญญัติว่า

ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มีต่อบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 24 และคนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือ หรือชำนาญการที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 25 ได้รับอนุญาตทำงานเฉพาะหน้าที่การทำงานที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบตลอดระยะเวลาเท่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร

และสำหรับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ที่มีบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอใบอนุญาตทำงานสำหรับคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนซึ่งมาตรา 10 มีข้อความดังนี้

คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่นให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตต่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นเข้ามาในราชอาณาจักร แต่ถ้าคนต่างด้าวนั้นอยู่ในราชอาณาจักรแล้วระยะเวลาสามสิบวันให้นับแต่วันที่ทราบการได้รับอนุญาตให้ทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่นในระหว่างรอรับใบอนุญาตให้ผู้นั้นเข้าทำงานไปพลางก่อนได้

เมื่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายได้รับคำขอแล้วให้ออกใบอนุญาตให้โดยมิชักช้า

กฎหมายส่งเสริมการลงทุน ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษในการทำงาน ในทางปฏิบัติเมื่อคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนอนุมัติให้ตามหน้าที่ใดให้คนต่างด้าวทำ และอนุมัติตัวบุคคลแล้ว และเมื่อบุคคลต่างด้าวนั้นเดินทางเข้ามา ก็ให้ยื่นหลักฐานที่กองตรวจคนเข้าเมืองอนุญาตให้อยู่ในประเทศตามประเภท และเวลาที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนดไปแสดงต่อกรมแรงงานเพื่อขอให้ออกใบอนุญาตจ้างทำงานให้แก่บุคคลต่างด้าวดังกล่าวในฐานะที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนให้ปฏิบัติงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริม

3. สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการโอนเงิน (Preferential Rights of Repatriation of Capital and Profits)

การกำหนดในความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนในเรื่องของการนำซึ่งเงินทุนและผลตอบแทนจากการลงทุน ออกจากประเทศเป็นเรื่องสำคัญ เพราะเป้าหมายหลักของการลงทุนก็คือ การหารายได้และกำไรนั้นกลับสู่ประเทศของผู้ลงทุน ฉะนั้นในการลงทุนมักจะกำหนดให้สิทธิพิเศษที่จะให้มีการนำหรือส่งออกซึ่งเงินทุนและผลตอบแทนในการลงทุนไว้ บางประเทศก็อนุญาตให้ผู้ลงทุนส่งออกซึ่งเงินดังกล่าวได้อย่างเสรี บางประเทศก็อาจมีเงื่อนไขในการโอนและส่งออกบ้าง เช่นจะต้องได้รับอนุมัติจากกรรมการผู้มีอำนาจของรัฐก่อน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงินกำไรจากการลงทุน อาจอนุญาตให้ส่งออกได้ เป็นร้อยละของกำไรทั้งหมดแต่ละปี หรืออาจจะกำหนดให้ส่งออกได้เฉพาะกำไรที่ได้รับจากการลงทุนจากต่างประเทศจริง ๆ เท่านั้น

การโอนหรือส่งออกซึ่งเงินทุนนี้ ในบางประเทศอาจจะยอมให้ผู้ลงทุนส่งเงินทุนกลับประเทศของตนได้ โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ บางประเทศก็อาจจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับเวลา เช่น จะได้รับอนุญาตให้ส่งเงินออกได้ต่อเมื่อผู้ลงทุนได้ลงทุนมาแล้วเป็นระยะเวลาเท่านั้นเท่านั้นปีหรืออาจมีอัตราส่วนที่ให้ส่งออกได้เป็นร้อยละของเงินทุนในแต่ละปีไป ดังจะได้พิจารณาตัวอย่างเช่น ประเทศอิตาลี ให้สิทธิพิเศษที่ผู้ลงทุนจะส่งออกซึ่งกำไรสุทธิของแต่ละปี ได้ตามอัตราส่วนที่มีเงินทุนต่างประเทศร่วมอยู่ ในด้านเงินที่อนุญาตให้ส่งออกได้เป็นรายปี ปีละไม่เกินร้อยละสิบห้าของจำนวนเงินต่างประเทศที่ร่วมอยู่ ประเทศศรีลังกาตกลงไว้ในนโยบายในการลงทุนว่า ผู้ลงทุนจากต่างประเทศจะมีสิทธิส่งออกซึ่งเงินกำไร เงินปันผลและเงินที่ได้จากการขายหรือยกเลิกกิจการลงทุนได้อย่างเสรี ประเทศอินเดียให้ส่งเงินทุนและกำไรออกได้อย่างเสรีเช่นกัน ประเทศเกาหลี รัฐบาลให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศในการโอนและส่งออก ซึ่งเงินทุนกำไรและเงินปันผล

สำหรับประเทศไทยมีพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ในมาตรา 37 ให้สิทธิพิเศษในการโอนเงินไว้ว่า

ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือผู้ที่ลงทุนในกิจการที่ได้รับการส่งเสริม ซึ่งมีภูมิลำเนาออกราชอาณาจักรจะได้รับอนุญาตให้นำหรือส่งเงินออกนอกพระราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ เมื่อเงินนั้นเป็น

(1) เงินทุนที่ได้รับการส่งเสริมนำเข้ามานในราชอาณาจักร และเงินปันผลหรือผลประโยชน์อื่น ๆ ที่เกิดจากเงินทุนนั้น

(2) เงินกู้ต่างประเทศที่ผู้ได้รับการส่งเสริมนำมาลงทุนในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมตามสัญญาที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบ รวมทั้งดอกเบี้ยของเงินกู้ต่างประเทศนั้น

(3) เงินที่ผู้ได้รับการส่งเสริมมีข้อผูกพันกับต่างประเทศตามสัญญาเกี่ยวกับการใช้สิทธิและบริการต่าง ๆ ในการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และสัญญานั้นได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

ในกรณีที่ระยะเวลาที่ดุลการชำระเงินต้องประสบความยุ่งยากจำเป็นต้องสงวนเงินตราต่างประเทศให้มีสำรองไว้ตามสมควร ธนาคารแห่งประเทศไทยจะจำกัดการนำหรือส่งเงินออกนอกราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อผลดังกล่าวนั้นก็ตั้งแต่จะไม่จำกัดการส่งเงินทุนที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรต่ำกว่าร้อยละยี่สิบต่อปี ถ้าการส่งเงินนั้นกระทำภายหลังที่นำเข้ามาแล้วเป็นเวลา 2 ปี และจะไม่จำกัดการส่งเงินปันผลต่ำกว่าร้อยละห้าสิบต่อปีของเงินทุนที่นำเข้ามาในราชอาณาจักร

จากบทบัญญัติในข้อนี้จะเห็นได้ว่าในยามปกติผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือผู้ลงทุนในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร จะได้รับสิทธิพิเศษที่จะให้นำหรือส่งออกนอกประเทศเป็นเงินตราต่างประเทศได้อย่างเสรีโดยไม่จำกัดจำนวนและเวลา

สำหรับในกรณีสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมของไทยนั้น ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเก็บรักษาเงินตราต่างประเทศและนำหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ เมื่อเงินนั้นเป็น

เงินที่ได้มาจากการประกอบกิจการปิโตรเลียม * และในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 นั้น "บีอีซีแอล" ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมสามารถได้รับสิทธิพิเศษในการรอนเงินได้ตามนัยของมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวมา เนื่องจาก พันธะหน้าที่ของ "บีอีซีแอล" จะเริ่มต่อเมื่อได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนที่ยืนยันว่าได้สิทธิประโยชน์สูงสุดตามที่ขอแก่ "บีอีซีแอล" **

เมื่อกล่าวถึงข้อตกลงกันในลักษณะที่เป็นพิเศษแล้วก็มีสามารถจะก้าวผ่านไปด้วยไม่พิจารณาถึงพันธะกรณีในประเทศต่าง ๆ ในโลกนี้มีต่อกองทุนการเงินระหว่างประเทศ IMF หรือ (International Monetary Fund) ซึ่งเป็นกองทุนการเงินที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศในการรักษาเสถียรภาพของระบบอัตราแลกเปลี่ยนทางการเงิน³⁹ เพราะผลกระทบที่เกิดขึ้นในระบบการเงินของโลกมีความเชื่อมโยงและมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นเครือข่ายระดับโลก (Internationalization) และแนวโน้มดังกล่าวจะมีการพัฒนาไปสู่ระบบ "โลกเป็นหนึ่งเดียว" (Globalization)⁴⁰ ดังนั้น ในข้อตกลงของ IMF มาตรา 1 ได้กำหนดวัตถุประสงค์พอสรุปได้ดังนี้

* พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 78

** สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ BECL ในข้อกำหนดที่ 3.1 (1)

³⁹ Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution : 19.

⁴⁰ รังสรรค์ หทัยเสวี, "นโยบายการเงินเสรี : ผลกระทบต่อกลยุทธ์ธุรกิจธนาคารไทย," จุฬาลงกรณ์วารสาร ปีที่ 2/3 ฉบับที่ 8 - 10 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2533) หน้า 70.

1. เพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางการเงินระหว่างประเทศโดยจัดตั้งข้อตกลงแลกเปลี่ยนเป็นทางการระหว่างสมาชิก ซึ่งเป็นกลไกเพื่อให้คำปรึกษาและร่วมมือช่วยเหลือในปัญหาการการเงินระหว่างประเทศ
2. เพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดการขยายตัวและความเจริญเติบโตที่สมดุลทางด้านการค้าระหว่างประเทศ
3. เพื่อส่งเสริมให้เกิดเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา
4. เพื่อสนับสนุนให้เกิดระบบการชำระเงินเสรีในส่วนบัญชีเดินสะพัดระหว่างสมาชิกด้วยกันและยกเลิกการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศอันเป็นอุปสรรคต่อความเจริญเติบโตทางการค้าของโลก
5. เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่บรรดาประเทศสมาชิกโดยการตั้งทรัพย์สินของกองทุนที่สมาชิกจะเข้าใช้ด้วยความระมัดระวังและให้สมาชิกมีสิทธิชำระหนี้ของกองทุนแก่ปัญหาดุลชำระเงินโดยไม่ต้องอาศัยมาตรการทางการเงินที่เป็นการทำลายความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจทั้งภายในและระหว่างประเทศ อีกทั้งช่วยในการแก้ปัญหาเรื่องนี้ได้รวดเร็วขึ้น 41

ด้วยความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว เมื่อมองกันอย่างลึกซึ้งแล้ว ปัจจุบันมีจำนวนมากกว่า 150 ประเทศที่เป็นสมาชิกของ IMF โดยเฉพาะอย่างยิ่งในจำนวนประเทศเหล่านี้ ส่วนใหญ่ก็เป็นประเทศที่กำลังพัฒนาเสียร้อยละ 80 ที่จำเป็นต้องพึ่งพาการลงทุนจากเอกชนต่างประเทศ ซึ่งเกือบจะทั้งหมดเป็นเอกชนที่มาจากประเทศที่พัฒนาแล้ว

41 วัลลพกร พึ่งบุญ ณ อยุธยา และ พัทธราวลัย ชัยปราณี, "ประเทศกับการก้าวเข้าสู่ระบบการเงินโดยเสรี และกลยุทธ์ปรับตัวรับความเสี่ยงภัยจากพันธะข้อ 8," จุฬาลงกรณ์วารสาร (เมษายน - มิถุนายน 2533) : 70.

ด้วยเหตุนี้อาจมีปัญหาเรื่องความผูกพันแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ การที่รัฐคู่สัญญา
ได้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวเสนอสิทธิพิเศษในเรื่องระเบียบการเงินโดยกำหนดเป็นข้อตกลงใน
สัญญาผลที่ตามมาก็คือนอกเหนือจากการที่รัฐคู่สัญญา จะต้องผูกพันหรือเคารพสิทธิตามสัญญาที่มีต่อกัน
กับเอกชนต่างประเทศแล้ว ยังจะต้องตระหนักถึงพันธะที่รัฐคู่สัญญานั้นได้เป็นสมาชิกกองทุนการ
เงินระหว่างประเทศ