

บทที่ 4

กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ

ในบทนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับกับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ โดยจะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับ และหลักกฎหมายที่สนับสนุนกฎหมายเหล่านั้น รวมถึงแนวทางในการใช้หลักกฎหมายระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทานในประเทศต่างๆ นอกจากนี้ผู้วิจัยได้นำเสนอตัวอย่างกฎหมายภายในประเทศที่น่าสนใจบางประเทศ ที่อาจจะสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งผู้วิจัยได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน ส่วนแรกได้แก่ กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ ส่วนที่สองได้แก่ หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ และส่วนที่สามได้แก่ แนวทางในการใช้หลักกฎหมายระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทานในประเทศต่างๆ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ (Applicable Law)

ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานนั้น มักเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานไว้โดยชัดแจ้ง หรือสัญญาสัมปทานไม่ได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งจากการศึกษาแนวทางปฏิบัติส่วนใหญ่ในต่างประเทศพบว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของรัฐนั้น จะใช้กฎหมายภายในรัฐที่ให้สัมปทาน และกฎหมายระหว่างประเทศ และมีทั้งการบังคับใช้ร่วมกัน โดยกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานมักเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่ให้สัมปทาน สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานมักเป็นกฎหมายทั่วไป¹³

¹³ อารยา กิตติเวช สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ดุษฎีนิพนธ์ปริญญานิติศาสตร ศึกษานิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550 หน้า 228

การศึกษาว่าในต่างประเทศใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาสัมปทานและหลักกฎหมายที่สนับสนุนการใช้กฎหมายเหล่านั้น ผู้วิจัยได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรก คือ กฎหมายภายในรัฐ และ ส่วนที่สอง คือ กฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1 กฎหมายภายในของรัฐ

กฎหมายภายในของรัฐย่อมเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งท้องถิ่น (domestic matters) แต่บทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐจะไม่นำมาบังคับใช้กับข้อกำหนดที่อยู่นอกเหนือจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายใน อันได้แก่ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁴ ทั้งนี้มีคดีตัวอย่างที่อนุญาโตตุลาการอาศัยหลักกฎหมายภายในรัฐวินิจฉัยประกอบการชี้ขาด เช่น คดี AMCO. Asia v. The Government of Indonesia¹⁵ ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่ศาลจะใช้คือกฎหมายภายในของรัฐที่มีเนื้อหากำหนดในเรื่องที่เป็นข้อพิพาทนั่นเอง มิใช่กฎหมายขัดกันของรัฐนั้นๆ และหลักกฎหมายภายในรัฐก็จะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย นอกจากนั้นก็ยังมียุทธคดี Lena Goldfields¹⁶ ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า กรณีที่เป็นเรื่องท้องถิ่นของรัฐนั้น ก็สามารถนำกฎหมายภายในของรัฐนั้นมาบังคับใช้ได้ แต่หากเป็นกรณีอื่นแล้วต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ เป็นต้น

การศึกษากฎหมายภายในของรัฐที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานครั้งนี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษาจากตัวอย่างในบางประเทศเท่านั้น โดยเลือกประเทศที่ปรากฏแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในเรื่องนี้ โดยเน้นให้มีทั้งตัวอย่างของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และกลุ่มระบบกฎหมาย (Common Law) เพื่อให้สามารถมองเห็นความเหมือนและความแตกต่างจากแนวคิดและแนวทางปฏิบัติของประเทศดังกล่าวทั้งสองระบบ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเลือกศึกษาระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นแบบของ

¹⁴ อารยา กิตติเวช, เพิ่งอ้าง, น.231

¹⁵ International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal: Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration between AMCO Asia Corporation et Al and Indonesia, November 21, 1984 *International Legal Materials* 24 (1985): 1023 p.147, 148.

¹⁶ Lord McNair, Q.C. "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations" *British Yearbook of International Law* (1957): 11, Annual Digest, 1929-1930.

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะที่พิเศษที่มีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายมหาชนเข้าด้วยกัน นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานที่น่าสนใจบางประเทศที่มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงในรูปของบทบัญญัติ (Legislation) ได้แก่ Concession Law และมีได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรง คือ สัมปทานในรูปของข้อบังคับ (Regulation) หรือสัมปทานโดยสัญญา (Concession Contract) เพิ่มเติมอีกด้วย โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

1.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสมีการแยกประเภทสัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration) ออกเป็นสองประเภท

สัญญาประเภทแรกเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (contrats de droit prive de l' Administration)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา สัญญาประเภทที่สองเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา¹⁷

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใด (รวมทั้งสัญญาสัมปทาน) ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชนโดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงอาจเข้าแทรกแซงกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องเพิ่มบริการจากที่กำหนดไว้ได้ โดยอาศัยอำนาจไม่เพียงตามข้อสัญญาเท่านั้น แต่โดยอำนาจมหาชนที่เป็นของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายมหาชนได้ เพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นหลักของสัญญาทางปกครองในความเปลี่ยนแปลงได้ของข้อสัญญาบริการสาธารณะ แม้จะไม่มีกำหนดให้มีอำนาจเช่นว่านี้ไว้ในสัญญาก็ตาม¹⁸ ทั้งนี้ อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวจะต้องมีสาเหตุมาจากการปรับปรุงบริการ

¹⁷ วรวิทย์ กังศศิเทียม ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2544 หน้า 81

¹⁸ โกสิน พลกุล “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย” ใน เอกสารประกอบการสัมมนาและการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเรื่อง สัญญาทางปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล วันพุธที่ 12 มีนาคม 2546

สาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวม ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้¹⁹ ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มีเป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง โดยหากฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวแล้วทำให้ฐานะทางการเงินในสัญญาของผู้รับสัมปทานเสียไป หรือทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระหน้าที่ตามสัญญาเพิ่มขึ้นแล้ว เอกชนผู้รับสัมปทานสามารถร้องขอให้ศาลพิจารณาคัดสินว่าการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อกวนใหม่ให้เอกชนนั้น ทำให้เอกชนเสียหายเพื่อขอให้ผู้ให้สัมปทานชดเชยค่าเสียหายให้ได้ และเมื่อฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ของตนแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยค่าทดแทนเท่ากับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้ให้แก่เอกชน คู่สัญญาเป็นการแลกเปลี่ยนตอบแทน และในกรณีเกิดเหตุการณ์ซึ่งคู่สัญญาไม่คาดหมายได้อัน กระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรงและเป็นเหตุอันไม่ปกติ และเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนา ของคู่กรณีแห่งสัญญา รวมทั้งต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา เอกชนคู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ แต่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็น ทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ กรณีดังกล่าวจึงทำให้แม้สัญญาจะไม่ได้ ระบุไว้ ศาลก็สามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับคู่สัญญาเอกชนได้ทันที เมื่อศาลยอมรับว่าเป็น สัญญาทางปกครอง ศาลก็จะนำหลักเกณฑ์พิเศษที่ใช้บังคับกับสัญญาและผลของสัญญา ไม่ว่าจะ เป็นการที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนในการแก้ไขและเลิกสัญญาฝ่ายเดียวและดำเนินการบังคับให้ เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา²⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจจะถือได้ว่ากรณีของสัญญาสัมปทานในประเทศ ฝรั่งเศสนั้น โดยทั่วไปมีการใช้หลักกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายภายในรัฐนั่นเอง แม้ว่าจะมิได้มีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

อนึ่ง ผู้วิจัยมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมว่า แม้ว่าโดยปกติในสัญญาทางปกครองของ ประเทศฝรั่งเศสจะห้ามการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทก็ตาม แต่หากมีกรณี จำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการและมีการออกกฎหมายเป็นการเฉพาะเพื่อการนั้นแล้ว กรณีเมื่อมีข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานเกิดขึ้น การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ควรจะต้อง อาศัยหลักกฎหมายมหาชนอันเป็นกฎหมายภายในรัฐนั่นเองตัดสินชี้ขาด

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 (2529) หน้า 99

²⁰ อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.206

1.1.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายลักษณะ “สัญญาทางปกครอง” โดยเฉพาะอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ที่ใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นไปตามกฎหมายทั่วไป ทำนองเดียวกับที่ใช้กันระหว่างเอกชนและเอกชน ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น จึงมาจากหลักที่ว่ารัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้กับบุคคลทั่วไป (Ordinary Law of the Land) แต่ในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะทำให้หลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะกระทำเพื่อสาธารณะประโยชน์ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็คือ การนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ต้องถูกฟ้องในศาลธรรมดาโดยไม่มีการแยกระบบศาลออกไป จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษนั้นใช้ระบบศาลเดี่ยว คำพิพากษาของศาลคือกฎหมาย (Case Law) ซึ่งมีความยืดหยุ่นที่จะสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน และการที่รัฐจะอ้างความจำเป็นของรัฐขึ้นมาเพื่อแก้ไขสัญญาหรือว่าจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา การใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องใช้อย่างระมัดระวังและสามารถเปลี่ยนได้ตามสภาวะการณ์ เพราะคำพิพากษานั้นสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าการแก้กฎหมายโดยทั่วไป²¹

สำหรับสัญญาสัมปทานของประเทศอังกฤษอันเป็นสัญญาทางปกครองรูปแบบหนึ่ง²² ฝ่ายปกครองได้สร้างหรือนำข้อคิดว่าด้วยประโยชน์สาธารณะอันเป็นข้อความคิดทางด้านกฎหมายมหาชนว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาเป็นข้อกำหนดเงื่อนไขต่างๆ เพื่อใช้

²¹ วรวิทย์ กังคศิเทียม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.143

²² สัญญาสัมปทานในประเทศอังกฤษนั้น อารยา กิตติเวช (2550: 235-236) อธิบายว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1) สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ (PPP: Public Private Partnership) คือการที่รัฐให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินโครงการในกิจการของรัฐ เพื่อที่จะปรับปรุงบริการสาธารณะให้ดียิ่งขึ้น การให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐจะเป็นการควบรวมกิจการระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ร่วมกันรับความเสี่ยงในการแสวงหาผลประโยชน์ร่วมกัน

2) สัญญาให้เอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐ (PFI: Private Initiative) คือการที่ฝ่ายปกครองและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะและสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น การก่อสร้างถนน โรงเรียน สถานกักกัน และโรงพยาบาล โดยเอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้ลงทุนสำหรับค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างและให้องค์กรภาครัฐเข้าใช้ประโยชน์จากโครงการที่ดำเนินการแล้วเสร็จนั้น

บังคับกับเอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนดำเนินการตามสัญญาที่กำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม โดยมีลักษณะของข้อกำหนดในทำนองเดียวกับประเทศที่รับรองถึงความมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ ได้นำหลักเกณฑ์พิเศษบางประการมาระบุไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลตลอดจนข้อตกลงมาตรฐานซึ่งเป็นเสมือนสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับภาคเอกชน ทำให้มีหลักเกณฑ์พิเศษต่างๆ เช่น หลักการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หลักการได้รับการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม หลักการเพื่อสังคม หลักความต่อเนื่องในการปฏิบัติตามสัญญา ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น มีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ใช้หลักกฎหมายมหาชนบังคับกับสัญญาดังกล่าว²³

ตัวอย่างเช่น การให้สัมปทานการก่อสร้างและบริหารจัดการระบบอุโมงค์ขนส่งจากประเทศอังกฤษเชื่อมต่อกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีผู้รับสัมปทานเป็นเอกชนต่างชาติ อังกฤษมีการตรากฎหมาย Channel Tunnel Act 1987²⁴ ออกมาบังคับใช้ ตามกฎหมายดังกล่าวมีข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายภายในที่ใช้ในสัญญาสัมปทานได้แก่ กฎหมายสัญญา (Contract law) กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Arbitration law) กฎหมายเกี่ยวกับเจ้าของที่ดินและผู้เช่าที่ดิน (Landlord and tenant law)²⁵ อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป

²³ ชวลิต เสวตสุต สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ : ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547 หน้า 218

²⁴ ตามกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญ คือ รัฐบาลอังกฤษให้การรับประกันว่าการใช้กฎหมายอังกฤษในสัญญาสัมปทานการเข้าจะไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาซึ่งจะทำให้เกิดการขัดแย้งกับข้อตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนข้อกำหนดเพื่อการขอใช้ที่ดินในอังกฤษของผู้รับสัมปทานเพื่อก่อสร้างและดำเนินการจัดทำระบบอุโมงค์จะต้องเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศ นอกจากนั้นแล้ว ตามกฎหมายดังกล่าวจะไม่มีกรออกกฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องสิทธิและข้อห้ามของเจ้าของที่ดินและผู้เช่าที่ดินเพื่อให้กระทบสิทธิของคู่สัญญาตามสัมปทานการเข้านี้ด้วย

²⁵ Legislation.gov.uk. “Channel Tunnel Act 1987” Retrived January 25, 2012 from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/53>

1.1.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สัญญาสัมปทานในสหรัฐอเมริกาจัดเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง²⁶ มีหลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองปรากฏอยู่ ซึ่งเป็นรูปแบบมาตรฐานที่ผ่านการตรวจร่างมานับร้อยปีซึ่งโดยผลของทฤษฎีกฎหมายจารีตประเพณีในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้น สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ ตามสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่ค่อยที่จะมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งของเอกชนเท่าใดนัก โดยมีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชน กล่าวคือ มุ่งถึงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก และเป็นไปตามข้อกำหนดที่ระบุอยู่ในสัญญาของฝ่ายปกครองโดยเป็นไปตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายแพ่งจะนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง แต่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาในหลายๆ รูปแบบได้มีปรากฏข้อกำหนด เงื่อนไข และข้อสัญญาต่างๆ ซึ่งร่างขึ้นโดยไม่ปรากฏในกฎหมายแพ่งของเอกชนอันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์และเหตุผลในข้อความคิดทางบริหารจัดการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือ

²⁶ สัญญาสัมปทานในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น อารยา กิตติเวช (2550: 234-235) อธิบายว่า เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1) สัญญาการอนุญาต (Grant Agreement) เป็นสัญญาที่อนุญาตให้เอกชนคู่สัญญาได้สิทธิในการดำเนินการใดๆ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณชนโดยฝ่ายปกครองมิได้มุ่งแสวงหาประโยชน์จากการมีไว้ในครอบครอง หรือการแสวงหาประโยชน์ใดๆ แต่รัฐมีความมุ่งหมายที่จะใช้สัญญาประเภทนี้เพื่อลดภาระในการลงทุน โดยรัฐจะไม่เข้าไปเป็นปัจจัยสำคัญในการบริหารโครงการ แต่จะทำหน้าที่คอยสนับสนุนขอบเขตโครงการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ผู้รับการอนุญาตหรือผู้รับสัมปทานดำเนินการใดๆ เป็นไปได้โดยสะดวกรวดเร็วเท่านั้น

2) สัญญาการร่วมทุน (Cooperative Agreement) เป็นสัญญาที่มีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดประโยชน์จากการมีไว้ในครอบครองหรือการแสวงหาประโยชน์ใดจากทรัพย์สินหรือบริการต่างๆ สัญญาประเภทนี้ให้ความสำคัญกับการยึดถือปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างมากเพื่อที่จะนำไปสู่การดำเนินการเพื่อบรรลุถึงผลประโยชน์สาธารณะตามโครงการที่ระบุไว้ในสัญญา สัญญาลักษณะการร่วมทุนรัฐบาลมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าแบ่งเบาภาระด้านการลงทุนและแรงงานในการสร้างโครงการใดๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะในลักษณะที่เป็นหุ้นส่วนกัน โดยที่รัฐบาลกลางยังคงเป็นปัจจัยสำคัญในการบริหารและกำกับดูแลโครงการตามสัญญา มิใช่แต่เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น โดยเฉพาะภารกิจพื้นฐานของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะต่างๆ

บริการสาธารณะต่างๆ โดยองค์กรภาครัฐ เช่น ในเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดต่างๆ หรือการเพิ่มผลสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครอง หลักการกระทำนอกขอบอำนาจ (Ultra Vires) และหลักอื่นๆ อีกหลายประการ รวมตลอดไปจนถึงกระบวนการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมอีกประการหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งมีความเหมือนคล้ายกับข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในสัญญาทางปกครองของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ทั้งหลาย แม้ว่าในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนของประเทศยุโรปนั้น สัญญาทางปกครองหาจำต้องระบุไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด²⁷

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายซึ่งหมายรวมถึงแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือองค์กรตุลาการต่างๆ และรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นเป็นกฎหมายโดยรัฐสภา เป็นองค์ประกอบประการแรกของสัญญาของฝ่ายปกครองในสหรัฐอเมริกา และองค์ประกอบประการที่สอง ได้แก่ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนคู่สัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิของเอกชนคู่สัญญาโดยไม่มีกฎหมายหรือข้อตกลงใดๆ ในสัญญารองรับให้อำนาจไว้ไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การกระทำนั้นๆ ก็จะได้รับยอมรับโดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรนิติบัญญัติที่เกี่ยวข้อง แม้ในความเป็นจริง ฝ่ายบริหารอาจต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิแก่เอกชนคู่สัญญาในการเรียกร้องจากรัฐหรือผ่อนคลายความเข้มงวดของรัฐบัญญัติลงในบางกรณี เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าอุปโภคบริโภค ซึ่งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติต่างก็ยอมรับว่าไม่ใช่ทุกกรณีที่จะต้องนำหลักการในสัญญาทางปกครองเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนมาปรับใช้แก่สัญญาจัดซื้อดังกล่าว หากเป็นเรื่องของการจัดซื้อสินค้าธรรมดาสามัญในท้องตลาดทั่วไป ซึ่งไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในสัญญาทางปกครองมาปรับใช้กับสัญญาประเภทดังกล่าว เป็นต้น²⁸

สัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนเสมอ ดังจะเห็นได้จากการนำภาษีอากรของประชาชนมาเป็นทุนในการใช้จ่ายในการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวของภาครัฐ และผลของสัญญาของฝ่ายปกครองในท้ายที่สุดแล้วไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจะตกแก่ประชาชนซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยผลประโยชน์ นอกจากนั้น ในสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่ซึ่งมีเรื่องของประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนเข้ามาเกี่ยวข้องมักจะ

²⁷ ชวลิต เศวตสุต, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 23, น.223-224

²⁸ ชวลิต เศวตสุต, เพิ่งอ้าง, น.225

มีเรื่องของการมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกกันว่า “การกระทำฝ่ายเดียว” ซึ่งเป็นเรื่องการใช้อำนาจของรัฐในทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องและมีความแตกต่างจากกรณีของการกระทำสองฝ่ายในระบบสัญญาของเอกชนอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐ (หน่วยงานทางปกครอง) มีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดใดๆ หรือแม้กระทั่งการบอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญาได้ตลอดเวลาซึ่งเรื่องดังกล่าวไม่ปรากฏในการเข้าทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน ทั้งนี้เป็นไปตามทฤษฎีการมีอำนาจเหนือของรัฐในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ดังนั้น กฎหมายที่จะมาปรับหรือบังคับใช้แก่สัญญาของฝ่ายปกครอง หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษหรือยกเว้นให้เป็นการเฉพาะเรื่อง ก็จะต้องนำหลักกฎหมายมหาชนหรือหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้แก่กรณี²⁹

1.1.4 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานที่น่าสนใจบางประเทศ

จากการศึกษาพบว่า กลุ่มประเทศที่มีกฎหมายสัมปทานโดยตรง (Concession Law) หรือ กลุ่มประเทศที่มีได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงแต่มีกฎหมายรูปแบบอื่น มักจะมีการนำหลักกฎหมายที่สำคัญมาใช้บัญญัติเป็นกฎหมาย เช่น การนำหลักสุจริต (good faith) หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยข้อบทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน (Concession Contracts) นั้นมักจะมีการระบุเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและกฎหมายที่ใช้บังคับไว้ด้วยเสมอ กล่าวคือ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและกฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law) ไว้โดยชัดแจ้ง คือ กฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาสัมปทานให้ใช้กฎหมายภายในประเทศ และคู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (governing law) ซึ่งมีความเกี่ยวพันกับข้อพิพาทมาใช้ได้ และการนำกฎหมายพิเศษมาใช้จะต้องได้รับความยินยอมร่วมกันของคู่สัญญา จากหลักการดังกล่าวเท่ากับได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการใช้กฎหมายในสัญญาสัมปทานที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมุ่งถึงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลักและยึดถือข้อกำหนดต่างๆ ที่ระบุอยู่ในสัญญา อันเป็นไปตามหลักสุจริต (Good Faith) ในการทำสัญญาและหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หรือ Pacta Sunt Servanda ตัวอย่างของประเทศที่มีการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย ได้แก่ ประเทศอัลเบเนีย³⁰ ประเทศเซอร์เบีย³¹ ประเทศ

²⁹ ชวลิต เสวตสุต, เพิ่งอ้าง, น.225-226

³⁰ ดู Law on Concessions of The Republic of Albania (Law no 9663, date 18.12.2006) Article 30, 34.

³¹ ดู Law on Concessions of The Republic of Serbia Article 22(12).

บอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา³² ประเทศบัลแกเรีย³³ เป็นต้น ซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็มักจะกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของตนเองเป็นหลัก ยกเว้นบางประเทศที่กำหนดว่าคู่สัญญาเป็นบุคคลต่างชาตินั้นให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น ประเทศเซอร์เบีย³⁴ ประเทศบัลแกเรีย ประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา³⁵ เป็นต้น

นอกจากนั้น ยังมีการสร้างกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายมหาชนเป็นพื้นฐานอีกด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน เช่น เรื่องเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ได้แก่ การใช้ทรัพยากรน้ำ การจัดการอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น จึงมีการบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น เรื่องการสิ้นสุดสัญญาเมื่อการดำเนินธุรกิจตามสัญญาสัมปทานมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน หรือเมื่อธุรกิจของผู้รับสัมปทานล้มเหลวเนื่องจากขาดความเอาใจใส่ รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ ดังเช่น กฎหมายของประเทศเซอร์เบีย³⁶ หรือ ประเทศมาซิโดเนีย³⁷ หรือ ประเทศโรมาเนีย³⁸ เป็นต้น โดยเฉพาะในประเทศบัลแกเรีย กรณีการดำเนินงานของผู้รับสัมปทานมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ประเทศ อาณาเขตประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามการสิ้นสุดของสัญญาสามารถเกิดจากการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนี้รัฐยังสามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายพาณิชย์ (The Commercial Code) และรัฐบัญญัติสัญญาและพันธกรณี (The Obligation and Contracts Act) มาอ้างเพื่อยกเลิกสัญญาได้ด้วยในกรณีที่ไม่มีระเบียบใดๆ ที่จะนำมาอ้าง³⁹

อย่างไรก็ตาม พบว่าในบางประเทศอาจจะมีการกำหนดกฎหมายภายในประเทศขึ้นมาโดยเฉพาะในแต่ละข้อพิพาท เช่น ในประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา กรณีที่การทำสัมปทานนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาดแบบผูกขาด (Monopoly at the market) กฎหมายที่นำมาใช้บังคับ คือ กฎหมายภายในประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา และศาลที่มีเขตอำนาจคือ

³² ดู Law on Concessions of Bosnia and Herzegovina Article 32, 35.

³³ ดู Concessions Act of The Republic of Bulgaria Article 20.

³⁴ ดู Law on Concessions of The Republic of Serbia Article 39.

³⁵ ดู Law on Concessions of Bosnia and Herzegovina Article 26 1.(j).

³⁶ ดู Law on Concessions of The Republic of Serbia Article 40.

³⁷ ดู Law on Concessions of The Republic of Macedonia Article 16.

³⁸ ดู Law on Concessions of The Republic of Romania Article 27(7), 31.

³⁹ ดู Concessions Act of The Republic of Bulgaria Article 22(1) (6), 23, 24.

ศาลประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา หรือ กรณีมีข้อตกลงกับสถาบันการเงินระหว่างประเทศหลัก
กฎหมายที่จะนำมาปรับใช้คือกฎหมายทางเศรษฐกิจของประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา ⁴⁰ เป็นต้น
สำหรับประเทศที่มีกฎหมายอื่นๆ ที่มีได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรง ก็มัก
จะมีการระบุเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและกฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law) ไว้โดยชัดแจ้ง
เช่นเดียวกัน เช่น ประเทศกรีซ มีข้อตกลงตาม PPP (PPP Agreement) ให้นำกฎหมายของประเทศ
กรีซมาบังคับใช้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น ⁴¹

โดยสรุปจากการศึกษาข้างต้นพบว่า ในประเทศฝรั่งเศสโดยทั่วไปมีการใช้หลัก
กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายภายในรัฐบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานโดยไม่จำเป็นต้องมีการระบุ
หลักกฎหมายดังกล่าวไว้ในสัญญาสัมปทาน ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้น
หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองจะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง แต่ก็มีให้นำหลักเกณฑ์
พิเศษบางประการมาระบุไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครองและระบุว่าด้วย
การจัดจ้างของรัฐบาลกลางตลอดจนข้อตกลงมาตรฐานซึ่งเหมือนกับสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับ
เอกชน ⁴² แต่การยอมรับถึงข้อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว ก็ไม่ได้เป็นการยอมรับว่าฝ่ายปกครองที่เป็น
คู่สัญญามีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญาในลักษณะที่เป็นอำนาจที่มีอยู่โดยสภาพหรือตาม
ธรรมชาติ กล่าวคือ ในระบบอังกฤษและสหรัฐอเมริกาก็ต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษไว้ใน
สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญา มิฉะนั้น ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือเอกชน
คู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้หลักการเรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำ
สัญญาเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม ⁴³

⁴⁰ ดู Law on Concessions of Bosnia and Herzegovina Article 26 4(c), 6.

⁴¹ ดู The new law, 3389/2005 (The PPP Law).

⁴² ฤทัย หงส์ศิริ “การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้
บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 18
ตอนที่ 1 (เมษายน 2542) หน้า 56

⁴³ ขวลิต เสวตสุต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.24

ตารางที่ 4.1 การใช้กฎหมายภายในรัฐของประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา
ในสัญญาสัมปทาน

ประเทศ	หลักการเกี่ยวกับกฎหมาย
ฝรั่งเศส	- ใช้หลักกฎหมายมหาชนในสัญญาสัมปทานอันจัดเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง - ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องระบุหลักกฎหมายมหาชนดังกล่าวไว้ในสัญญาสัมปทานนั้น
อังกฤษ	- ใช้หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ กฎหมายแพ่ง บังคับแก่สัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ(PPP) และ สัญญาให้เอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐ(PFI) ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานด้วย - มีการนำข้อความคิดทางทางด้านกฎหมายมหาชนว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาเป็นข้อกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญา PPP และ สัญญา PFI
สหรัฐอเมริกา	- มีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชน - โดยนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งก็รวมทั้งสัญญาการอนุญาต (Grant Agreement) และ สัญญาการร่วมทุน (Cooperative Agreement) ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานด้วย - ขอมรับแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะซึ่งต้องมีกฎหมายหรือข้อตกลงในสัญญาต่างๆ รองรับด้วย

หมายเหตุ : จากผลการศึกษา

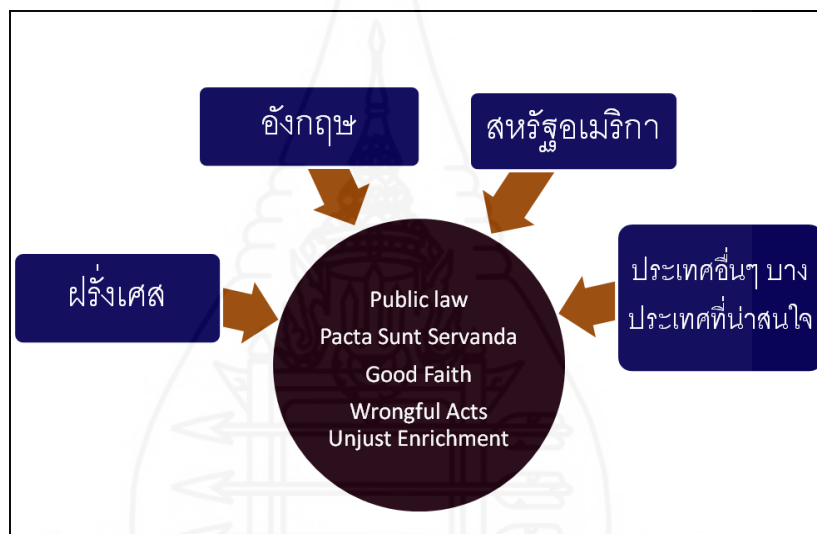
สำหรับในกลุ่มประเทศอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มประเทศที่มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงหรือมิได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงก็ตาม หากเป็นสัญญาสัมปทานที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ก็จะมีการนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาสัมปทานด้วยเสมอเช่นเดียวกัน

โดยสรุปจากการศึกษาหลักกฎหมายภายในรัฐที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ พบว่า แม้แต่ละประเทศจะมีกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน แต่ก็มีหลักกฎหมายสำคัญๆ ที่คล้ายคลึงกัน โดยประกอบไปด้วยหลักกฎหมายที่มาจาก 2 ด้านหลัก คือ หลักกฎหมายมหาชน และ หลักกฎหมายเอกชน ดังนี้

1 . หลักกฎหมายมหาชน (Public Law) ประกอบด้วยหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน อาทิเช่น หลักความต่อเนื่อง หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ หลักความเสมอภาค และหลักความเป็นกลางในบริการสาธารณะ เป็นต้น

2. หลักกฎหมายเอกชน (Private Law) ประกอบด้วยหลักการพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง อาทิเช่น หลักสุจริต (Good Faith) หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หลักละเมิด (Wrongful Acts) หลักการมิควรได้ (Unjust Enrichment) เป็นต้น

หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตามภาพที่ 4.1 ดังนี้



ภาพที่ 4.1 หลักกฎหมายที่มาจากกฎหมายภายในรัฐของต่างประเทศ

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

1.2 กฎหมายระหว่างประเทศ

การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของรัฐนั้น กรณีคู่พิพาทเป็นคนสัญชาติเดียวกันและเรื่องที่พิพาทก็เกี่ยวพันแต่เฉพาะในรัฐนั้น กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้พิจารณาในสัญญาสัมปทานก็จะมีเพียงกฎหมายของรัฐนั้นเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่คู่พิพาทเป็นคนสัญชาติต่างกัน กล่าวคือ ผู้รับสัมปทานเป็นคนชาติรัฐอื่น กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้พิจารณาในสัญญาสัมปทานก็อาจจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่หลายประเภท ทั้งกฎหมายภายในรัฐที่เกี่ยวข้อง กฎหมายระหว่างประเทศอันมีที่มาจาก จารีตประเพณี

ระหว่างประเทศ (International Custom) สนธิสัญญา (Treaties) หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล (Judicial Decisions) รวมถึง กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์กรระหว่างประเทศ

การวิเคราะห์ในส่วนนี้ ผู้วิจัยมุ่งเน้นไปที่สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติเป็นหลัก เนื่องจากผลที่ได้น่าจะมีความครอบคลุมในเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้และหลักกฎหมายในมุมมองที่ดีกว่า โดยผู้วิจัยได้แบ่งการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน ออกเป็น 2 ส่วน คือ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁴⁴ และ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง⁴⁵ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1.2.1 ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

การนำสัญญาสัมปทานไปอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีรากฐานมาจากกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพราะกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั่นเองที่อนุญาตให้สัญญาสัมปทานตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁴⁶ ทั้งนี้มีคดีตัวอย่างที่น่าสนใจและควรนำมาศึกษาถึงการนำกฎหมายมาบังคับใช้ของอนุญาโตตุลาการมาใช้ดังนี้

คดี Kingdom of Saudi Arabia and the Arabian American Oil Company⁴⁷ หรือ Aramco Arbitration (1958) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลซาอุดีอาระเบียกับบริษัท

⁴⁴ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่เอกชนในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ความเกี่ยวพันในสิทธิและหน้าที่ทางแพ่งของพลเมืองในประเทศหนึ่งกับพลเมืองของประเทศอื่น ความเกี่ยวพันระหว่างพลเมืองของประเทศต่างกันนี้ อาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับบุคคล หนึ่ง และวิธีได้สิทธิต่างๆ ในทรัพย์สิน

⁴⁵ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) ได้แก่ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายต่างๆ ที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและระหว่างรัฐ กับองค์กรระหว่างประเทศ และระหว่างองค์กรระหว่างประเทศกับองค์กรระหว่างประเทศ และในบางกรณีอาจใช้กับเอกชนด้วย

⁴⁶ อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.237

⁴⁷ ชุมพร ปัจจุสานนท์ “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2527) หน้า 68-69

Arabian American Oil (หรือ บริษัท Aramco) ของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยบริษัท Aramco เป็นผู้ได้รับสัมปทานในการสำรวจและขุดเจาะน้ำมันเป็นระยะเวลา 60 ปี ในภาคตะวันออกของประเทศซาอุดีอาระเบีย และมีสิทธิในการขายและขนส่งน้ำมันเหล่านั้นไปยังต่างประเทศ ต่อมารัฐบาลซาอุดีอาระเบียได้ทำความตกลงกับ Mr.Onassis (Onassis Agreement) เพื่อให้บริษัท Saudi Arabian Maritime Tankers ซึ่งเป็นบริษัทของ Mr.Onassis ได้รับสิทธิในการขนส่งน้ำมันเป็นเวลา 30 ปี ซึ่งก็รวมถึงน้ำมันของ Aramco ด้วย บริษัท Aramco ได้โต้แย้งสิทธิตามข้อตกลง Onassis Agreement โดยกล่าวอ้างว่าสิทธิดังกล่าวเป็นของบริษัท Aramco ตามสัมปทานที่บริษัท Aramco ได้รับจากรัฐบาลซาอุดีอาระเบีย ข้อพิพาทดังกล่าวได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามความตกลงในสัมปทาน⁴⁸ และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดว่าความตกลงระหว่างรัฐบาลซาอุดีอาระเบียกับ Mr.Onassis (Onassis Agreement) ไม่มีผลบังคับเนื่องจากขัดกับความตกลงสัมปทานของ Aramco เนื่องจากสัมปทานของ Aramco เป็นสัมปทานเพื่อการพัฒนาทรัพยากรของชาติซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาไม่ใช่สัมปทานบริการสาธารณะ (Public Service Concession) สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานอยู่ในลักษณะ สิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Acquired Right) และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงโดยรัฐที่ให้อนุญาตโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท⁴⁹

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ว่า ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ แต่กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้นี้ มิได้ให้นำมาบังคับใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง แต่นำมาบังคับใช้โดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁵⁰ ซึ่งในคดี Aramco Arbitration⁵¹ นี้ อนุญาโตตุลาการได้นำธรรมเนียมประเพณีและทางปฏิบัติในธุรกิจน้ำมันมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา

⁴⁸ นิรันดร์ บุญจิต การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526 หน้า 227-229

⁴⁹ นิรันดร์ บุญจิต, เพิ่งอ้าง, น.249

⁵⁰ ดู Kingdom of Saudi Arabia and the Arabian American Oil Company Award, p.61 อ้างโดย Hyde, "Economic Development Agreement" RCADI (1962: I): 316-317.

⁵¹ ดู Aramco award. ILR. 27 p.171.

กรณีกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในคดีนี้นั้น ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ศาลอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้ 2 กรณี ดังนี้ (1) กรณีเป็นเรื่องภายในเขตอำนาจของชาอุดีอาระเบีย ตัดสินตามกฎหมายชาอุดีอาระเบีย (2) กรณีเป็นเรื่องที่อยู่นอกเขตอำนาจของชาอุดีอาระเบีย ตัดสินตามกฎหมายที่ศาลอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ได้ แต่ในความตกลงพิเศษเกี่ยวกับที่นั่งพิจารณาของศาลอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการแก้ไขใหม่ เพื่อเปลี่ยนสถานที่นั่งพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็น กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีการตกลงกันว่าในทุกกรณีการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการจัดขึ้นนอกประเทศชาอุดีอาระเบีย กฎหมายที่จะใช้สำหรับการตัดสินจะไม่ใช้กฎหมายของชาอุดีอาระเบีย เนื่องจากคู่กรณีตั้งใจถอนข้อพิพาทออกจากเขตอำนาจตัดสินของศาลท้องถิ่น แต่ด้วยหลักการเคารพเกียรติภูมิของรัฐอธิปไตย ศาลอนุญาโตตุลาการจะไม่พิจารณานำกฎหมายของรัฐหนึ่งมาใช้กับอีกรัฐหนึ่ง การแทรกแซงใดๆ จะถือเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในกรณีนี้การตัดสินของอนุญาโตตุลาการจึงได้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากคู่กรณีแสดงไว้อย่างชัดเจนถึงเจตนารมณ์ร่วมกันว่าจะไม่ใช้กฎหมายประเทศชาอุดีอาระเบีย และก็ไม่มีความประสงค์ที่จะใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย รวมถึงก็ไม่สามารถนำกฎหมายสวิสอันเป็นสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาคดีมาใช้ได้เช่นกัน⁵²

คดีนี้ อนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจเลือกกฎเกณฑ์วิธีการพิจารณาที่จะใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการอันเป็นไปตามกฎของศาลสถิตยอนุญาโตตุลาการ (Permanent Court of Arbitration) และอนุสัญญาว่าด้วยวิธีพิจารณาความอนุญาโตตุลาการ (ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองใน ค.ศ.1955) โดยที่อนุญาโตตุลาการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงผลในท้ายที่สุดว่า อนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถหากฎหมายมาปรับใช้แก่การอนุญาโตตุลาการได้⁵³ โดยอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย⁵⁴

⁵² นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.232-233, 235, 236

⁵³ จุมพต สายสุนทร *กฎหมายระหว่างประเทศ* กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์เดือนตุลา 2539 หน้า 77-78

⁵⁴ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Law on Conflict of of Law) คือ กฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ว่า จะใช้กฎหมายประเทศใดมาบังคับแก่คดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวพันกับต่างประเทศ ในทางใดทางหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้มีไว้สำหรับวินิจฉัยของกฎหมายที่จะนำไปใช้ปรับแก้คดีให้แพ้หรือชนะไปได้โดยตรง หากแต่เป็นเครื่องมือของผู้ใช้กฎหมายที่จะใช้ค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับกับคดีนั้นๆ ได้ถูกต้อง

ดังนั้น ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นสิ่งที่ให้อำนาจคู่สัญญา หรือ อนุญาโตตุลาการที่จะเลือกกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา แม้ว่าจะเป็นหลักกฎหมายต่างชาติหรือหลักกฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือจากหลักกฎหมายภายในของรัฐหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาก็สามารถกระทำได้ ด้วยเหตุนี้ การที่สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติอาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งจึงเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา (Choice of law) นี้เอง⁵⁵ อย่างไรก็ตาม การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานจะต้องกระทำอยู่ภายใต้ข้อจำกัด 3 ประการ คือ (1) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศที่นำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับ (2) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดกับหลัก “กฎหมายของถิ่นบังคับนิติกรรม” และ (3) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักของความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณี⁵⁶

1.2.2 ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

โดยทั่วไปสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติมักจะใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการนั้นจะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ดังนั้น ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงคดีตัวอย่างที่น่าสนใจในมุมมองของการนำกฎหมายมาบังคับใช้และหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาด ในต่างประเทศมีคดีที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานหลายคดีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง โดยกำหนดเพียงว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน ด้วยเจตนาอันดีงาม ด้วยความสุจริต และจะตีความสัญญาอย่างมีเหตุผล เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอนุญาโตตุลาการควรจะนำกฎหมายใดมาใช้และมีหลักกฎหมายอย่างไรนั้น กรณีนี้มีคดีตัวอย่างที่น่าสนใจและควรนำมาศึกษา ดังนี้

คดี The Lena Goldfields, Ltd v. The Soviet Government หรือ คดี Lena Goldfields Arbitration (1930) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่าง บริษัท Lena Goldfields บริษัทอังกฤษ กับ สหภาพโซเวียต ในสัญญาสัมปทานเหมืองแร่ที่บริษัท Lena Goldfields ได้รับเพื่อการสำรวจและทำเหมืองแร่ในเขตไซบีเรีย และขนส่งผลิตภัณฑ์แร่เหล่านั้น ข้อพิพาทมาจากการที่รัฐบาลสหภาพโซเวียตได้ใช้มาตรการทางการบริหารและนิติบัญญัติทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท Lena

⁵⁵ Dicey, A.V. *Dicey & Morris on the Conflict of Laws*. London: Stevens & Sons Ltd., 1980, pp. 755-756.

⁵⁶ กมล สนธิเกษตริน *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์ 2521 หน้า 233

Goldfields บริษัทได้เรียกร้องให้รัฐบาลโซเวียตชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท และอนุญาตตุลาการตัดสินชี้ขาดให้รัฐบาลโซเวียตชดใช้ค่าทดแทนให้แก่ บริษัท Lena Goldfields เนื่องจากข้อตกลงสัมปทานรัฐบาลโซเวียตได้ยอมรับที่จะไม่เปลี่ยนแปลงสัญญาโดยวิธีการใดๆ เช่น โดยคำสั่ง โดยกฤษฎีกา โดยกฎหมายฝ่ายเดียว หรือโดยประการอื่นใด โดยปราศจากความยินยอมของบริษัท Lena Goldfields โดยอนุญาตตุลาการได้นำหลักกลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment)⁵⁷ มาใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาปริมาณการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในครั้งนี้ด้วย

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง เพียงแต่คู่สัญญากำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างกัน ในสัญญาสัมปทานเป็นไปตามหลักเจตนาอันดีงามและหลักความสุจริตในการตีความข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญา ซึ่งอนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยว่า เรื่องที่เกี่ยวกับท้องถิ่น (domestic matters) จะบังคับโดยกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา คือ กฎหมายแห่งสหภาพโซเวียต เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา มิให้นำมาบังคับใช้ด้วยเหตุนี้ การปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาภายในสหภาพโซเวียตนั้น กฎหมายรัสเซียจะนำมาบังคับใช้โดยมีฐานะเป็นกฎหมายของสัญญา ซึ่งจะนำมาบังคับใช้ในการตีความสัญญา แต่ที่ปรึกษากฎหมายของบริษัท Lena Goldfields ได้โต้แย้งและแสดงความเห็นว่า ในกรณีอื่นนั้นหลักกฎหมายทั่วไปดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮก จะนำมาบังคับใช้โดยถือเป็นกฎหมายของสัญญา และข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญานี้ พิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ว่าสมควรที่จะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้มากกว่าที่จะนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ ซึ่งอนุญาตตุลาการเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอของบริษัท Lena Goldfields ดังนั้น จึงถือได้ว่าอนุญาตตุลาการยอมรับหลักการนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ในกรณีที่เป็นเรื่องท้องถิ่น แต่ในกรณีอื่นแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้

คดี Petroleum Developments (Trucial Coast) Limited v. the Sheikh of Abu Dhabi หรือ Abu Dhabi Arbitration (1951) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) ซึ่งเป็นหนึ่งในกลุ่มบริษัทน้ำมันของประเทศอียิปต์ กับ รัฐอาบูดาบี

⁵⁷ Bin Cheng, *General Principle of Law as applied by International Courts and Tribunals* London: Stevens & Sons Li 1953 p.45-46. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526 น.79

(Abu Dhabi) โดยบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) เป็นผู้รับสัมปทานในการขุดสำรวจแหล่งน้ำมันในพื้นที่ทั้งหมดของ Abu Dhabi ซึ่งรวมทั้งพื้นที่ที่เป็นเกาะ (islands) และ ทะเลรอบเกาะ (sea waters) เป็นเวลา 75 ปี จาก Sheikh Shakbut เจ้าผู้ครองนครรัฐอาบูดาบี ต่อมา Sheikh Shakbut ได้ให้สัมปทานการขุดสำรวจน้ำมันในเขตพื้นที่ทะเลอาณาเขตชายฝั่งของ Abu Dhabi (territorial sea) รวมถึงบริเวณพื้นท้องทะเล (sea-bed) และแผ่นดินใต้พื้นท้องทะเลอาณาเขต (subsoil) ดังกล่าว แก่บริษัทในกลุ่มของ The Superior Oil Company ในรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) ได้แย้งว่าการให้สัมปทานดังกล่าวขัดกับสัมปทานตามข้อตกลงของบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) เนื่องจากสัมปทานที่ได้รับของตนนั้น ไม่เพียงแต่ครอบคลุมเขตพื้นดินทั้งหมดเท่านั้นแต่รวมถึงอาณาเขตทางทะเลและพื้นดินใต้ทะเลดังกล่าวของ Abu Dhabi ทั้งหมดด้วย ซึ่งหมายความว่า “sea waters” มีความหมายเดียวกับ “territorial waters” นั่นเอง จึงเกิดข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดให้ Abu Dhabi ชดใช้ค่าเสียหายแก่ Petroleum Developments (Trucial Coast) เนื่องจากการผิดข้อตกลงในสัญญา ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยถึงความหมายของ “sea waters” และ “territorial waters” ว่าหมายถึงสิ่งเดียวกัน เพราะการทำสัญญาในปี ค.ศ.1939 sea waters มีความหมายรวมถึงพื้นที่ที่ติดกับทะเลด้วย แนวคิดนี้เกิดขึ้นก่อนแนวความคิดเรื่องไหล่ทวีป (Continental Shelf) ตามอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยไหล่ทวีป ค.ศ.1958 ซึ่งได้ให้ความหมายของทั้ง “sea waters” และ “territorial waters” ซึ่งแตกต่างกันไว้ ดังนั้น บริเวณพื้นท้องทะเล (sea-bed) และแผ่นดินใต้พื้นท้องทะเลอาณาเขต (subsoil) จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสัมปทานในครั้งนี้⁵⁸

คดีนี้ผู้กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง โดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า กฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทานนี้คือ กฎหมายของ Abu Dhabi อันเป็นกฎหมายท้องถิ่น เนื่องจากสัญญานี้ทำกันที่ Abu Dhabi และปฏิบัติในประเทศนี้ทั้งหมด แม้ว่าในข้อบทที่ 17 ของสัญญาจะไม่ยอมรับความเห็นที่ว่ากฎหมายท้องถิ่นของประเทศใดๆ ก็ไม่สามารถเป็นกฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับได้ก็ตาม แต่ความจริงแล้วได้อธิบายถึงการใช้หลักกฎหมายที่มาจากความเข้าใจอันดีและทางปฏิบัติร่วมกันโดยทั่วไปของอารยชาติ

⁵⁸ Edwin J. Cosford Jr., “The Continental Shelf and The Abu Dhabi Award”. Retrieved April 9, 2012 from : <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/1.2.Cosford.pdf>

ทั้งหลาย ซึ่งเป็นกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ประเภทหนึ่ง (Modern Law of Nature) ซึ่งไม่อาจมี
คู่กรณีใดโต้แย้งได้⁵⁹

คดี Sapphire International Petroleum Ltd. V. National Iranian Oil Company⁶⁰ หรือ Sapphire Arbitration (1963) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท Sapphire ของ
ประเทศแคนาดา กับ บริษัท National Iranian Oil ซึ่งเป็นบริษัทของรัฐบาลอิหร่าน ตามความตกลง
ภายใต้กฎหมายปิโตรเลียมของอิหร่าน ค.ศ.1957 เพื่อร่วมกันสำรวจและแสวงหาน้ำมันในประเทศ
อิหร่าน โดยบริษัท Sapphire เป็นผู้ลงทุนและออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสำรวจทั้งหมด ส่วน
บริษัท National Iranian Oil ในฐานะผู้ให้สัมปทานจะเป็นผู้ตรวจสอบและพิจารณาให้ความ
เห็นชอบในการดำเนินการสำรวจแก่บริษัท การสำรวจใช้เวลา 2 ปี ในพื้นที่สัมปทาน ข้อพิพาท
เกิดขึ้นเมื่อ บริษัท Sapphire ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ เนื่องจากบริษัท National Iranian Oil
ไม่ให้ความร่วมมือและขัดขวางการดำเนินงานของบริษัท Sapphire ด้วยเหตุที่การลงทุนสำรวจ
น้ำมันต้องมีค่าใช้จ่ายจำนวนมาก บริษัท Sapphire จึงไม่อาจเสี่ยงที่จะลงนามในสัญญาจะน้ำมัน
สำหรับการดำเนินงานในขั้นต่อไปได้และได้เรียกร้องให้คู่สัญญาชดเชยเงินค่าปรับ ค่าเสียหาย และ
การสูญเสียของกำไร เมื่อคู่สัญญามิได้ยอมตามข้อเรียกร้อง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงเข้าสู่กระบวนการ
อนุญาโตตุลาการ⁶¹ และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดว่าการกระทำของบริษัท National Iranian
Oil ไม่ปฏิบัติตามสัญญาถือเป็นการผิดสัญญา โดยอนุญาโตตุลาการได้นำหลักสัญญาต้องได้รับการ
ปฏิบัติตามสัญญา (Pacta sunt servanda) มาใช้ ซึ่งเป็นพื้นฐานของความสัมพันธ์ตามสัญญาทุกฉบับ
นอกจากนั้นแล้ว ในการชี้ขาดเรื่องค่าทดแทนนั้น อนุญาโตตุลาการได้นำหลักความเที่ยงธรรม
(Principle of Equity) หรือ ex aequo et bono มาใช้ประเมินค่าทดแทนให้ใกล้เคียงกับความเสียหาย
ที่แท้จริง เนื่องจากจำนวนเงินค่าทดแทนนั้นไม่สามารถกำหนดได้อย่างแน่นอน⁶²

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง

⁵⁹ นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.49

⁶⁰ Lalive, Jean-Flarien. "Contracts between a State Agency and a Foreign Company
Theory and Practice: Choice of Law in a New Arbitration Case" *International and Comparative
Law Quarterly* 13(1964): 1011.

⁶¹ นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.254

⁶² นิรันดร์ บุญจิต, เพิ่งอ้าง, น.271

อนุญาโตตุลาการเลือกหลักกฎหมายทั่วไป⁶³ มาบังคับใช้กับสัญญา คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติเป็นสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางการพาณิชย์ โดยทั่วไป เนื่องจากเป็นสัญญาที่กระทำระหว่างบริษัทแห่งชาติหรือบริษัทซึ่งมีสภาพเป็นบริษัทของรัฐกับบริษัทเอกชนต่างชาติ ซึ่งมีสถานภาพเป็นเอกชนต่างชาติ และวัตถุประสงค์มิใช่การค้า ดำเนินการทางพาณิชย์โดยทั่วไป แต่เป็นการอนุมัติให้สัมปทานในการขุดเจาะสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติในรัฐเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติจะรวมถึงข้อผูกมัดในการลงทุนและการก่อสร้างโรงงานซึ่งเป็นทรัพย์สินถาวร สัญญานี้กำหนดสิทธิซึ่งมิได้เป็นเพียงแต่สิทธิในทางสัญญา แต่ยังเป็นการอนุมัติสัมปทานให้แก่บริษัทในการที่จะเป็นเจ้าของและมีอำนาจเหนือดินแดนของรัฐตามระยะเวลาในการสัมปทาน จากเหตุผลดังกล่าว กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น จึงอาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁶⁴

คดี Texaco Overseas Petroleum and anr V. The Government of the Liban Arab Republic หรือ คดี Texaco Arbitration (1975)⁶⁵ คดีนี้เป็นกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานน้ำมันระหว่างบริษัท Texaco Overseas Petroleum และ บริษัท California Asiatic ในฐานะผู้รับสัมปทานน้ำมัน กับ ประเทศลิเบีย ในฐานะผู้ให้สัมปทาน จากการที่ลิเบียได้ประกาศกฤษฎีกาโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างของบริษัทน้ำมันดังกล่าวมาเป็นของรัฐ โดยทรัพย์สินของบริษัทน้ำมันดังกล่าวถูกโอนไปเป็นของรัฐบาลลิเบียและโอนต่อไปยังบริษัทสัญชาติลิเบีย โดยที่บริษัทน้ำมันดังกล่าวถูกปล่อยให้รับผลิตในหนี้สินอันเกิดจากการดำเนินงานของตน ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อบริษัทน้ำมันดังกล่าวได้คัดค้านการกระทำของรัฐบาลลิเบียโดยอ้างว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁶ จึงเกิดเป็นข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดว่า การโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างมาเป็นของรัฐบาลลิเบียครั้งนี้ เป็นการละเมิดหน้าที่ในทางสัญญาสัมปทานดังกล่าว สัญญาสัมปทานนี้มีผล

⁶³ หลักกฎหมายทั่วไป คือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มาจากกฎหมายภายในประเทศ และสามารถเอาไปใช้ได้ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ

⁶⁴ อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เชมอร์รติที่ 13, น.240

⁶⁵ ดู Texaco Overseas Petroleum Company/ California Oil Company v. The Libyan Arab Republic. 18(1978). P.15.

⁶⁶ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชมอร์รติที่ 53, น.75-76

บังคับโดยหลักข้อตกลงพึงต้องปฏิบัติตาม (Pacta Sunt Servanda) ซึ่งถือเป็นกฎหมายพื้นฐานของสัญญา

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง อนุญาโตตุลาการเลือกหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้กับสัญญา โดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยข้อกำหนดที่ 28(7) ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับในสัญญาว่า การกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญา ในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้เช่นนี้ ถือเป็น การเลือกกฎหมายระหว่างประเทศแทนคดีเมืองมาบังคับในสัญญา เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไป เป็นแหล่งที่มาประการหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การกำหนดให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และการกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ ถือเป็น การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา และอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญา

นอกจากนั้นแล้ว อนุญาโตตุลาการยังวินิจฉัยว่า ลิเบียไม่สามารถหลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญาสัมปทานที่ทำไว้กับบริษัท Texaco และพวกได้ เพราะสัญญาสัมปทานดังกล่าว เป็นสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการตกลงในลักษณะที่เสมอภาคกันระหว่างบริษัท Texaco และพวกกับรัฐบาลลิเบีย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธที่จะนำหลัก “สัญญาทางปกครอง” (administrative contract) มาใช้ โดยอนุญาโตตุลาการให้เหตุผลว่า หลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสดังกล่าว นั้นเป็นหลักที่เปิดโอกาสให้รัฐสามารถแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวซึ่งไม่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) และอนุญาโตตุลาการยังได้ปฏิเสธข้ออ้างของลิเบียที่ว่า การโอนทรัพย์สินเป็นของรัฐ (nationalization) นั้นเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งจะทำให้รัฐอยู่พ้นกรณีในทางระหว่างประเทศใดๆ และไม่ตกอยู่ภายใต้หลักในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ⁶⁷

นอกจากคดีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นแล้วยังมีคดีอื่นๆ อีกที่คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง เช่น คดี Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Limited คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่ากฎหมายตามหลักกฎหมายอิสลาม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในกาตาร์ไม่น่าจะมีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน เหตุผลประการหนึ่งคือกฎหมายนี้ไม่มีหลักกฎหมายที่เพียงพอในการตีความในสัญญาสัมปทาน อีกทั้งคาดว่าไม่น่าจะมีคู่สัญญาฝ่ายใดมีเจตนาที่จะใช้กฎหมายอิสลาม และคู่สัญญาน่าจะตั้งใจใช้หลักความยุติธรรม หรือ หลัก Equity และสามัญสำนึกที่ดี กับกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ

⁶⁷ จุมพต สายสุนทร, เพิ่งอ้าง, น.618-619

หรือ คดี *British Petroleum v. Libya*⁶⁸ อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งก็คือหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญามาบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างลิเบีย กับ บริษัท Libyan American Oil Company ตามสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้ในข้อ 28(7) ว่า “สัญญาสัมปทานนี้จะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายที่สอดคล้องเช่นนี้ สัญญาสัมปทานจะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งศาลระหว่างประเทศพึงนำมาบังคับใช้” เป็นต้น

โดยสรุปจากการศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ พบว่า อนุญาโตตุลาการมีการนำหลักกฎหมายต่างๆ มาใช้ในการวินิจฉัยคดีต่างๆ ดังนี้

1. หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*Pacta Sunt Servanda*) ตามหลักการนี้ เมื่อมีการทำสัญญาขึ้นด้วยความสมัครใจ เพื่อให้มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญามีหน้าที่ต้องเคารพปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เช่น ในคดี *Texaco Arbitration* (1975) อนุญาโตตุลาการตัดสินโดยนำหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามมาใช้บังคับด้วยวิธีการเปรียบเทียบกฎหมาย หรือ ในคดี *Sapphire Arbitration* (1963) อนุญาโตตุลาการได้นำหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา มาวินิจฉัยว่าการกระทำของคู่สัญญาเป็นการผิดสัญญา และตัดสินให้บริษัท *National Iranian Oil* ชดใช้ค่าทดแทนความเสียหาย เป็นต้น

2. หลักการเคารพสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (*Acquired Rights*) โดยหลักการเคารพสิทธิได้มาเป็นหลักที่ว่า เมื่อบุคคลใดมีสถานะหรือสิทธิใดๆ ตามกฎหมายภายในของรัฐใดแล้ว สถานะหรือสิทธิดังกล่าวต้องได้รับการเคารพ⁶⁹ ในกรณีของสัญญาสัมปทานนั้นจะหมายถึงการที่บริษัทเอกชนต่างชาติได้รับสัมปทานไปนั้น สิทธิต่างๆ ที่พึงมีพึงได้ต่อบริษัทนี้ไม่อาจตกไปหรือมีการเพิกถอนใดๆ ด้วยการเปลี่ยนแปลงโดยการใช้อำนาจอรัฐ โดยกฎหมายระหว่างประเทศยอมปกป้องคุ้มครองสิทธิของเอกชนต่างชาติอันพึงได้รับมาก่อนแล้วให้พ้นจากการใช้อำนาจอรัฐ⁷⁰ เช่น

⁶⁸ ดู 53 ILR.297 at 329. อ้างถึง Greenwood, “State Contracts in International Law in the Libyan Oil Arbitrations” *British Yearbook of International Law* (1982): 46.

⁶⁹ ญัฐพร บุญสวก “การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน” ค้นค้นวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2555 จาก <http://www.learners.in.th/blogs/posts/497782>

⁷⁰ D.P.O’Connell *International Law* Vol.2 pp.982-983.

ในคดี Aramco Arbitration (1958) การที่รัฐบาลซาอุดีอาระเบียได้ทำความตกลง Onassis Agreement ให้ Saudi Arabian Maritime Tankers Company Ltd. มีบุริมสิทธิในการขนส่งน้ำมันเป็นเวลา 30 ปี เป็นการขัดแย้งและละเมิดต่อเจตนารมณ์ในสัมปทานระหว่างบริษัท Aramco กับ ซาอุดีอาระเบีย⁷¹ เพราะเป็นการไม่เคารพต่อสิทธิที่ได้รับมา (Acquired Rights)

3. หลักกฎหมายว่าด้วยลากอันมิควรได้ (Unjust Enrichment) เป็นหลักในการพิจารณาชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำและยกเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงใช้พิจารณาองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ เช่น ในคดี The Lena Goldfield Arbitration (1930) คดี Petroleum Developments (Trucial Coast) Limited v. the Sheikh of Abu Dhabi (1951) เป็นต้น อนุญาโตตุลาการนำหลักลากมิควรได้มาบังคับใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย

4. หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) อันเป็นหลักที่ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามความผูกพันในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และมีผลผูกพันกับรัฐทั้งหมด เช่น ในคดี Aramco Arbitration (1958)

5. หลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากความมีเหตุผลตามแนวทางปฏิบัติทั่วไปของชาติที่เจริญแล้ว (Modern Law of Nations) เช่น ในคดี Abu Dhabi (1951) เป็นต้น

6. หลักการเวนคืน (Expropriation or Nationalization) หมายถึง การกระทำใดๆ ของประเทศเจ้าบ้านที่มีลักษณะเป็นการทำให้ทรัพย์สินของนักลงทุนซึ่งเข้ามาลงทุนในประเทศเจ้าบ้านตกเป็นของประเทศเจ้าบ้าน ซึ่งมีลักษณะเป็นการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐ ไม่ว่าโดยตรง หรือทางอ้อม หรือมาตรการอื่นๆ ที่ทำให้มีผลแบบเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้กรรมสิทธิของทรัพย์สินตกเป็นของประเทศเจ้าบ้าน นักลงทุนสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินหรือมูลค่าทรัพย์สินลดลง เป็นต้น เช่น ในคดี Texaco Arbitration (1975) ที่ลิเบียได้ประกาศกฤษฎีกาโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างของบริษัทน้ำมันที่เข้ามารับสัมปทานขุดเจาะน้ำมันในลิเบียมาเป็นของรัฐ เป็นต้น

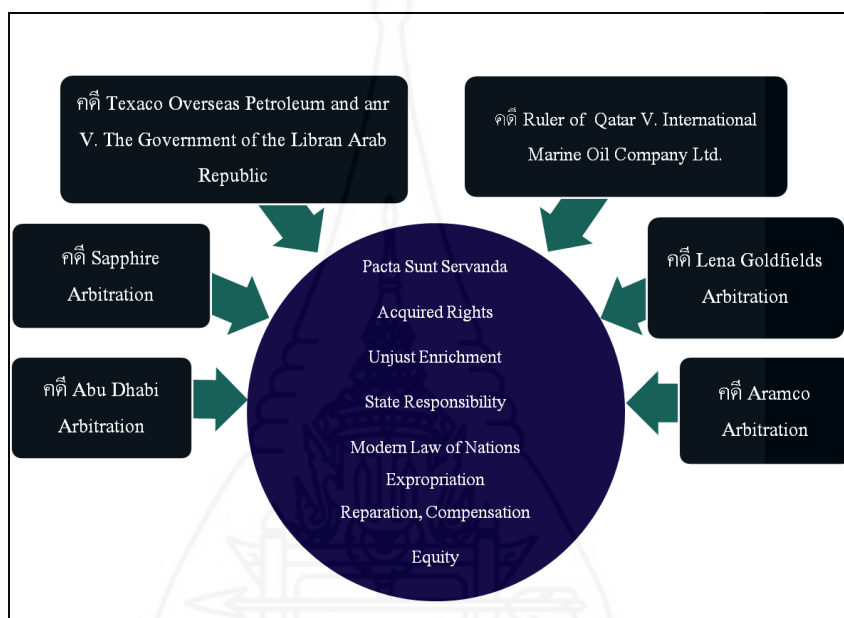
7. หลัก Equity และหลักความสำนึกอันดีงาม ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในกรณีสัมปทานนั้น จะหมายถึงรัฐผู้ให้สัมปทานจะให้ความคุ้มครองที่มีเหตุผลแก่ผู้รับสัมปทานและทรัพย์สินของผู้รับสัมปทานต่างชาติ โดยพิจารณาว่า ยุติธรรม เทียบธรรม และมีเหตุผลหรือไม่ จากสถานการณ์แวดล้อมในกรณีนั้นๆ เช่น ในคดี Ruler of Qatar v. International

⁷¹ นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.230

Marine Oil Company Ltd.⁷² หรือ ในคดี Sapphire Arbitration (1963) ที่อนุญาโตตุลาการใช้หลักนี้ ประเมินค่าทดแทนความเสียหายที่แท้จริง เนื่องจากจำนวนเงินค่าทดแทนนั้นไม่สามารถกำหนดได้อย่างแน่นอน เป็นต้น

หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตาม

ภาพที่ 4.2 ดังนี้



ภาพที่ 4.2 หลักกฎหมายที่มาจากตัวอย่างคดีในต่างประเทศบางคดี

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

จากการศึกษากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ ทั้งจากกฎหมายภายในของรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศ พบว่า อนุญาโตตุลาการได้อาศัยหลักกฎหมายต่างๆ ประกอบการพิจารณาตัดสินชี้ขาด ได้แก่ หลักกฎหมายมหาชน (Public Law) หลักสุจริต (Good Faith) หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หลักการเคารพสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Acquired Rights) หลักกฎหมายว่าด้วยลาภอันมิควรได้ (Unjust

⁷² ดู Arbitration between the Ruler of Qatar and International Marine Oil Company. ILR(1953), p.534.

Enrichment) หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) หลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากความมีเหตุผลตามแนวทางปฏิบัติทั่วไปของชาติที่เจริญแล้ว (Modern Law of Nations) หลักความเที่ยงธรรม (Equity) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การนำกฎหมายภายในรัฐมาใช้ของอนุญาโตตุลาการบางครั้งก็มิได้เป็นกฎหมายภายในรัฐอย่างแท้จริง เพียงแต่เป็นกฎหมายภายในรัฐที่เป็นผลจากการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ โดยผ่านหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างรัฐนั้นกับรัฐอื่น

สรุปหลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาทั้งจากกฎหมายภายในรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศ ในต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตามภาพที่ 4.3 ดังนี้



ภาพที่ 4.3 หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศ

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

2. หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในสัญญาสัมปทาน

จากการศึกษาหลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานทั้งที่มาจากกฎหมายภายในรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศนั้น พบว่ามีหลักกฎหมายบางอย่างคล้ายคลึงกัน เช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักกฎหมายมหาชนต่างๆ รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น และก็มีบางอย่างที่แตกต่างกัน การศึกษาในส่วนนี้ จะเป็นสรุปหลักกฎหมายทั้งหมดที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานที่ได้จากการศึกษาข้างต้น รวมถึงศึกษาว่าในทางปฏิบัติการ

ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีสัมปทานต่างๆ นั้น อนุญาโตตุลาการได้อ้างถึงหลักกฎหมายใด เป็นเหตุผลสนับสนุนคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 หลักสุจริต (The Principle of Good Faith)

หลักสุจริตทั่วไปถูกรับรองโดยบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ค.ศ.1900) และในวงวิชาการนิติศาสตร์เห็นพ้องต้องกันว่า หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจึงสามารถนำมาใช้กับกฎหมายเอกชนได้ทุกเรื่อง ต่อมาเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (ค.ศ.1907) นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 เป็นหลักทั่วไปครอบคลุมกฎหมายแพ่งทั้งระบบ และภายหลังมีการนำมาใช้ในคดีทางกฎหมายมหาชนด้วย จึงเป็นที่ยอมรับในวงการนิติศาสตร์ในตระกูลกฎหมายเยอรมัน หลักสุจริตใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนงไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน⁷³ เพราะฉะนั้นจึงถือเป็นหลักพื้นฐานของระบบกฎหมายทุกระบบ ซึ่งสามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 6 ส่วน ประกอบด้วย หลักสุจริตในการทำสนธิสัญญา การปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญา การบอกเลิกสนธิสัญญา การใช้สิทธิโดยเจตนาร้าย การใช้สิทธิโดยไม่มีสิทธิ นั้น มาตรการเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพมหาชน โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 หลักสุจริตในการทำสนธิสัญญา (Formation of Treaties)

โดยปกติคู่สัญญาจะได้รับการสนับสนุนไว้เสมอว่า ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างซื่อสัตย์และสุจริต (Good Faith) ซึ่งหลักกฎหมายนี้เป็นที่ยอมรับกันทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นในการเจรจาและทำสนธิสัญญา รัฐทั้งหลายจะได้รับการสนับสนุนว่าจะเสนอแต่สิ่งที่มีเหตุผลเท่านั้น⁷⁴

ในกรณีมีข้อสงสัย สนธิสัญญาควรจะตีความตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของทั้งสองฝ่าย และสอดคล้องกับสิ่งที่สามารถสนับสนุนได้ระหว่างคู่สัญญาที่กระทำด้วยความซื่อสัตย์ ตามที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ให้สัญญาแก่อีกฝ่ายหนึ่งตามข้อความในสัญญา ข้อความจะได้รับการตีความต่อเมื่อคู่สัญญาได้เสนอข้อความนั้น ตามความหมายที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจอย่างมีเหตุผลตามที่วิญญูชนโดยทั่วไปเข้าใจ⁷⁵

⁷³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “หลักสุจริต” ค้นคืนวันที่ 4 มกราคม 2555 จาก <http://www.stou.ac.th/schools/slw/upload/ex40701-1.pdf>

⁷⁴ Bin Cheng, Ibid, supra note 57, p.106. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.80

⁷⁵ Bin Cheng, Ibid, p.107. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.80

2.1.2 การปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญา (Performance of Treaty

Obligation)

พันธกรณีตามสัญญา ควรจะได้รับการปฏิบัติตามและสอดคล้องกับเจตนารมณ์อันแท้จริงร่วมกันของคู่สัญญาในเวลาที่ทำสนธิสัญญา กล่าวได้ว่าเป็นเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาซึ่งไม่ได้มีความหมายตามตัวอักษรเท่านั้น ในการประชุมของ Franco-Venezuelan Mixed Claims Commissions (1902) มีการกล่าวถึงสนธิสัญญาว่า สนธิสัญญาคือสัญญาที่ได้รับการยอมรับและเชื่อมั่นระหว่างรัฐทั้งหลาย สัญญาที่มีความสมบูรณ์นำมาซึ่งความยินยอมของทั้งสองฝ่ายซึ่งมีความเข้าใจตรงกันในเรื่องต่างๆ ไม่ใช่ตามที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าใจ แต่จะต้องเป็นสิ่งที่คู่สัญญาทั้งสองเข้าใจและได้ตกลงกันได้ และความตกลงของคู่สัญญาเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ถือตามข้อเท็จจริงที่ได้พิพาทกันอยู่ในขณะนั้น

การปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาด้วยความสุจริต หมายถึงการปฏิบัติตามสาระสำคัญของความเข้าใจร่วมกันอย่างซื่อสัตย์⁷⁶

หลักสุจริตห้ามการหลีกเลียงพันธกรณีตามที่เกิดขึ้นโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของคู่สัญญา รวมถึงหลักสุจริตยังห้ามคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบังคับเอาประโยชน์จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่นอกเหนือเจตนารมณ์ร่วมกันในเวลาทำสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น การอ้างสนธิสัญญาเพื่อให้ครอบคลุมทุกกรณีซึ่งไม่ควรมีอยู่ในการพิจารณาของคู่สัญญาขณะทำสนธิสัญญา นอกจากนั้นหลักสุจริตยังกำหนดให้คู่สัญญาละเว้นจากการใช้สิทธิที่ผิดตามที่ให้ไว้ในสนธิสัญญาด้วย

2.1.3 การบอกเลิกสนธิสัญญา (Denunciation of Treaties)

เมื่อคู่สัญญามีอิสระที่จะบอกเลิกสนธิสัญญาในเวลาใดๆ ก็ไม่ควรกระทำเช่นนั้นในทันทีทันใด ซึ่งจำเป็นที่จะต้องดูว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะอ้างสนธิสัญญาหรือไม่ หรือมีเจตนาสนธิสัญญาขัดกับเจตนารมณ์อันแท้จริงของคู่สัญญาก่อน การบอกเลิกสนธิสัญญาทำให้ผลในทางปฏิบัติทั้งหมดสิ้นสุดลง เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสนธิสัญญาเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาได้ ถึงแม้ได้รับแจ้งในเวลาเดียวกันว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะอ้างสนธิสัญญาก็ตาม

หลักสุจริตในความสัมพันธ์ตามสนธิสัญญานั้น หมายถึงการปฏิบัติโดยคู่สัญญาตามมาตรฐานของความยุติธรรม (Fair dealing) ความจริงใจ (Sincerity) ความสุจริต (Honesty) และความซื่อสัตย์ (Loyalty) มีคุณธรรมในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

⁷⁶ Bin Cheng, Ibid, p.108. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.81

2.1.4 การใช้สิทธิด้วยเจตนาร้าย (The Malicious Exercise of a Right)

การห้ามไม่ให้ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยเจตนาร้ายเป็นลักษณะสำคัญของ ทฤษฎีการใช้สิทธิในทางที่ผิด (The Theory of abuse of right) ตามที่ใช้กันในระบบกฎหมาย ภาคพื้นยุโรปส่วนมาก⁷⁷

การใช้สิทธิเพื่อวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น นั้น เป็นสิ่งต้องห้าม สิทธิทุกสิทธิคือการคุ้มครองผลประโยชน์ตามกฎหมาย การใช้สิทธิที่ไม่ ส่งเสริมผลประโยชน์เช่นนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ร้ายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ไม่สามารถ เรียกเรื่องความคุ้มครองตามกฎหมายได้

2.1.5 การใช้สิทธิโดยไม่มีสิทธินั้น (The Fictitious Exercise of a Right)

Ex re sed non ex nomine คือ หลักสุจริตโดยการค้นหาสถานะอันแท้จริง ของสิ่งต่างๆ หลักนี้จะทำให้ไม่มีปัญหากับรูปแบบของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการกระทำ ซึ่งโดย ข้อเท็จจริงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ถ้ากฎหมายระหว่างประเทศเคารพทรัพย์สิน ของเอกชนแต่อนุญาตให้มีการเวนคืนได้สำหรับวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ (Public Utility) ได้ กฎหมายก็จะไม่ยอมให้รัฐเวนคืนเพื่อยึดทรัพย์สินของเอกชนที่ไม่ใช่เพื่อ สาธารณประโยชน์ แต่ยึดเพื่อประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ไม่ว่ารัฐจะใช้รูปแบบวิธีการ เวนคืนอย่างไรก็ตาม เรื่องนี้มีตัวอย่างเกิดขึ้นในคดี Walter F. Smith Case (1925) ซึ่งการกระทำ ได้รับการพิจารณาว่าขัดต่อหลักสุจริตและถือเป็นการผิดกฎหมาย⁷⁸

2.1.6 มาตรการเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพมหาชน (Measures to Promote Public Welfare)

การเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนไม่ว่าทรัพย์สินของชนชาติรัฐหรือของ ต่างชาติด้วยเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์ ได้รับการยอมรับโดยศาลประจำยุติธรรมระหว่าง ประเทศและโดยศาลประจำอนุญาโตตุลาการ ในคดี Norwegian Claims Case (1992) ได้รับการ พิจารณาว่า รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยมีสิทธิที่จะเวนคืน ยึด หรือใช้อำนาจยึดทรัพย์สินใดๆ ภายในเขต อำนาจของรัฐของตนเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนหรือเพื่อสวัสดิภาพโดยทั่วไปของสังคมได้

ในกรณีพิพาทตามที่ศาลประจำอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดนั้น ศาลสามารถที่จะ ตัดสินว่าการยึดนั้นมีเหตุผลตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชนหรือไม่ ผลในทาง ตรรกวิทยาก็คือการยึดทรัพย์สินใดๆ โดยไม่มีเหตุผลที่จะอ้างได้ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย

⁷⁷ Bin Cheng, Ibid, p.108. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.82

⁷⁸ Bin Cheng, Ibid, pp.37-39. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.83

(unlawful act) สิ่งที่ทำให้เกิดความจำเป็นของมหาชนนั้นไม่ใช่เป็นความเห็นของรัฐ แต่เป็นเรื่องที่มีอยู่ตามทางปฏิบัติของรัฐทั้งหลาย เช่น การสร้างถนน การสร้างโรงทหาร และสุสานสาธารณะ การปฏิบัติเพื่อให้บรรลุตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น กรณีคดี Standard Oil Co., Case (1926) ระหว่างคณะกรรมการปฏิกรสงครามกับสหรัฐ รัฐบาลเยอรมันได้เรียกเกณฑ์เรือของบริษัทในเยอรมันเพื่อส่งไปให้คณะกรรมการปฏิกรสงครามตามสนธิสัญญาแวร์ซายส์ บริษัท Standard Oil Co. เรียกร้องกรรมสิทธิ์เหนือเรือเหล่านั้น และได้แย้งว่าจะส่งเรือเหล่านั้นไปไม่ได้ ซึ่งข้อเรียกร้องนั้นไม่ได้รับความยินยอม ทั้งนี้เนื่องจากการใช้ทรัพยากรทางอุตสาหกรรมและการพาณิชย์เพื่อประโยชน์ในการทำสงคราม ที่กล่าวมานี้เป็นตัวอย่างบางประการซึ่งศาลระหว่างประเทศได้ยอมรับอย่างชัดเจนว่าเป็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชนอย่างแท้จริง ในกรณีเช่นนี้ไม่ต้องสอบสวนเข้าไปถึงคุณค่าอันแท้จริงของความจำเป็นเหล่านั้น เช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่เกี่ยวข้องกับการปกครองภายในของรัฐ แต่กฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเสมือนกฎหมายทั่วไป ที่จะต้องใช้พิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสวัสดิภาพมหาชน ของสังคมจะได้รับการพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศอันถือว่าเป็น ความสำคัญซึ่งได้รับการยินยอม ที่ทำให้หลักการเคารพทรัพย์สินของเอกชนเสียไป ซึ่งเป็นเงื่อนไขตามความจำเป็นของสาธารณชนที่แท้จริงและบังคับตามหลักสุจริต⁷⁹

2.2 หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับระบบชีวิตลอร์ และสำหรับวงการกฎหมายระหว่างประเทศ ในความเข้าใจส่วนใหญ่ หลักกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมสัญญาของเอกชน โดยเน้นว่าข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้นั้นเป็นประจักษ์หลักฐานเหนือคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริตซึ่งกันและกันตามหลักสุจริต และการที่คู่สัญญาฝ่ายใดไม่ชำระหนี้ให้ลุ่ล่วงไปนั้นถือว่า “ผิดสัญญา” ส่วนในวงการกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ถือกันดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา และข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งมีข้อความเดียวกันว่า “สนธิสัญญาทุกฝ่ายที่มีผลใช้บังคับแล้วนั้น ย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญารายนั้น ๆ และภาคีเหล่านั้นต้องปฏิบัติตามโดยสุจริต” โดยหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา นี้ส่งผลให้รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตนโดยสุจริตและไม่บกพร่อง อย่างไรก็ดี ใน

⁷⁹ Bin Cheng, Ibid, pp.37-39. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.84

กรณีที่ดินการณเปลี่ยนแปลงไปก็อาจทำให้ข้อสัญญาบางประการไม่อาจใช้บังคับได้ ซึ่งก็ต้องมีการตกลงแก้ไขกันไป ทำให้เกิดข้อยกเว้นของหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา ดังกล่าว และข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามภาคีละตินที่ว่า “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์นำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา” (Clausula rebus sic stantibus)⁸⁰

ความสัมพันธ์ตามสัญญาสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติสามารถใช้หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาได้ ปัญหาในเบื้องต้นคือ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้กับความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติได้อย่างไร ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นถือว่า ความสัมพันธ์ตามสัญญาบังคับตามกฎหมายของรัฐทั้งหมด (Municipal Law) เช่นในคดี Serbian Loans Case(1929) ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าสัญญาใดๆ ที่ไม่ใช่สัญญาระหว่างรัฐให้บังคับตามกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งในปัจจุบันเรียกว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) ซึ่งอาจเป็นกฎหมายร่วมกันของรัฐทั้งหลาย หรือที่เกิดขึ้นโดยอนุสัญญาหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นลักษณะของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริงที่ใช้บังคับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ศาลที่พิจารณาข้อพิพาทที่มีปัญหาข้อกฎหมายซึ่งบังคับความสัมพันธ์ตามสัญญา สามารถพิจารณากฎหมายโดยการอ้างถึงลักษณะที่แท้จริงของข้อผูกพันและพฤติการณ์ที่มีเจตนาเกิดขึ้นในการทำสัญญาซึ่งอาจจะพิจารณาจากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือการสันนิษฐานจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้น⁸¹ ในสัญญามหาชน (Public Contract) สัญญามีข้อบทกำหนดความสัมพันธ์ตามสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนโดยหลักกฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายท้องถิ่น เช่น ในสัญญามีข้อบทให้เสนอข้อพิพาทไปยังศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้ มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความเห็นไว้อย่างหลากหลาย เช่น ควรบังคับตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หรือ คู่สัญญาไม่สามารถจะปิดกั้นการใช้กลุ่มกฎหมายใดๆ ที่ปฏิบัติต่อกันมาได้ หรือ หากกฎหมายที่จะใช้มีความทันสมัยคู่สัญญาก็สามารถรับมาปฏิบัติทั้งหมดได้ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายใด หรือ อาจจะใช้กฎหมายทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยชาติทั้งหลาย

การใช้หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนต่างชาตินั้น ในคดี Losinger and Company Case (1963) รัฐบาลสวิสได้ยื่นบันทึกต่อศาล

⁸⁰ ดู <http://www.th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2>

⁸¹ F.V.Garcia Amador, “State Responsibility” *Yearbook of the International Law Commission* 1959 Volume II (1960): 26.

ประจักษ์ธรรมเนียมระหว่างประเทศว่าหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจะนำไปใช้บังคับไม่เพียงแต่โดยความตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ใช้บังคับกับความตกลงระหว่างรัฐกับคนต่างชาติด้วยการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐหนึ่งที่อีกรัฐหนึ่งสันนิษฐานได้ว่าเป็นประโยชน์ต่อคนชาติของตน รัฐนั้นไม่สามารถอ้างข้อบัญญัติใดๆ ตามกฎหมายเอกชนของรัฐ หรือกฎหมายมหาชนของรัฐ เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามข้อผูกพันที่สมบูรณ์ตามสัญญาได้ การยอมรับข้อโต้แย้งจะนำไปสู่สาระสำคัญในโอกาสที่มีอยู่ในสัญญาทั้งหมดที่ทำโดยรัฐกับคนต่างชาติ เนื่องจากรัฐมีอำนาจที่จะไม่ยอมรับข้อผูกพันของตนโดยวิธีทางกฎหมายพิเศษได้ โดยหลักการเทียบเคียง (analogy) ระหว่างสนธิสัญญาและสัญญา หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาใช้ได้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และสามารถใช้กับสัญญาต่างๆ ที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ด้วย และหลักนี้สามารถใช้ได้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับกันโดยนานาอารยประเทศทั้งหลายหลักหนึ่งด้วย ในคดี *Losinger and Company* อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยถือว่าหลักกฎหมายยุโรปก็เหมือนกับกฎหมายของประเทศยุโรปอื่นๆ ซึ่งมีหลักที่จะต้องเคารพข้อผูกพันตามสัญญา ดังนั้น หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาของกฎหมายโรมันโบราณยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่⁸²

ในกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่าหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาใช้ได้กับข้อผูกพันของรัฐที่มีต่อรัฐอื่น หรือคนชาติของรัฐอื่น การยึดทรัพย์สินของเอกชนเป็นการละเมิดสัญญาของรัฐ (State Contract) เป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อสงวนใดๆ เพราะฉะนั้นจึงเป็นการปฏิเสธสิทธิของรัฐที่จะบอกเลิกสัญญาหรือสัมปทานก่อนสิ้นสุดระยะเวลาในสัญญานั้น แต่มีบางท่านได้เสนอความเห็นว่า รัฐอาจจะบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยกำหนดว่า รัฐจะต้องชำระค่าทดแทนให้แก่คนชาติรัฐอื่นอย่างเพียงพอทันทีทันใด และอย่างเป็นผล อีกประการหนึ่งจะยอมรับได้ว่าไม่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศถ้าการกระทำของรัฐเช่นนั้นได้ให้เหตุผล เพราะการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมอย่างสำคัญ เช่น เพราะเหตุสุดวิสัยหรือภายใต้หลักการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์นำไปสู่การแก้ไขสัญญา (Clausula rebus sic stantibus) อีกประการหนึ่งถือกันว่า เมื่อสัมปทานได้มาซึ่งสถานะระหว่างประเทศบางประการ โดยข้อบัญญัติของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือโดยการทำความตกลงโดยกำหนดเงื่อนไขครอบคลุมโอกาสทางธุรกิจ รวมถึงข้อตกลงใหม่ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (Umbrella agreement) เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สัมปทาน การไม่ปฏิบัติตามข้อบัญญัติเหล่านั้นทำให้เกิดการละเมิดระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศก่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ในการเข้า

⁸² F.V.Garcia Amador, Ibid, p.30.

ทำสัญญาของรัฐและการเคารพต่อสิทธิที่ได้มาที่คนชาติรัฐอื่นได้มาซึ่งคู่สัญญาระหว่างรัฐและคนชาติรัฐอื่นผูกพันที่จะปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสุจริต การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นการผิดสัญญาที่จะต้องบรรเทาความเสียหายอย่างเหมาะสม

สำหรับการพิจารณาหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญานั้น มีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการที่ต้องพิจารณา คือ การไม่ปฏิบัติตามสัญญา และ ผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1 การไม่ปฏิบัติตามสัญญา (Non-Performance)

การไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติที่สืบเนื่องกันมา การไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดการรับผิดของรัฐ ถ้าการกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้ มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐว่า เป็นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำโดยพลการ (Arbitrary) หรือ เป็นผลที่เกิดจากการปฏิเสธความยุติธรรม หรือ เป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ เป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่มีลักษณะเป็นการริบทรัพย์ (Confiscatory) หรือการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory) หรือ การบุกรุกที่เป็นการละเมิดเฉพาะที่ไม่มีการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น

ในการศึกษาหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา เพื่อพิจารณาถึงความรับผิดของรัฐตามสัญญานั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า สัญญาหรือความสัมพันธ์ตามสัญญาสามารถบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้โดยตรง หรือโดยกฎหมายอื่น นอกเหนือจากกฎหมายภายในของประเทศหนึ่งประเทศใดโดยเฉพาะ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าข้อผูกพันที่กำหนดในเอกสารมีลักษณะระหว่างประเทศจริงหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริง หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาสามารถใช้ได้โดยเทียบเคียงสนธิสัญญาและอนุสัญญาระหว่างรัฐ ด้วยหลักเกณฑ์นี้ ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและคนต่างชาติดังกล่าวแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มที่สำคัญ คือ

กลุ่มแรก ความสัมพันธ์ตามสัญญาประกอบด้วยแบบแผนที่สืบเนื่องกันมานาน โดยไม่มีการกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าเอกสารทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วนจะบังคับโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีดังกล่าวจะได้รับการสันนิษฐานว่ามีลักษณะเป็นเรื่องภายในรัฐ เนื่องจากเอกชนที่เข้าทำสัญญากับรัฐบาลต่างชาติดกลงที่จะผูกพันโดยกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายภายในรัฐกับผลของสัญญาทั้งหมด ดังนั้น หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาสามารถใช้ได้กับข้อผูกพันลักษณะนี้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายหนึ่งของกฎหมายภายในรัฐและสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐที่ทำสัญญา โดยหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับโดย

นานาชาติ อย่างไรก็ตาม หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาไม่ว่าจะใช้กับความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ หากปรากฏว่าการใช้อำนาจอธิปไตยกระทบสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไม่ว่าลักษณะของสิทธิหรือสัญชาติของเจ้าของทรัพย์สินจะเป็นเช่นใดก็ตาม รวมทั้งสิทธิที่จะเพิกถอนสัญญาก่อนสิ้นสุดสัญญาความสัมพันธ์ตามสัญญาที่รัฐอาจเข้าทำกับเอกชนได้ รวมถึงการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ (Arbitrary) ด้วย

กลุ่มที่สอง ความสัมพันธ์ตามสัญญาประกอบด้วยสถานะที่มีความซับซ้อนมาก ส่วนใหญ่เนื่องจากข้อบทที่มีอยู่ในเอกสารจำนวนมากมีความแตกต่างกัน เอกสารเหล่านี้โดยทั่วไปมี 2 แบบ คือ (1) เอกสารที่มีข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า เอกสารทั้งหมดหรือบางส่วนจะบังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองตามหลักกฎหมายทั่วไป (the general principle of law) ในฐานะเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ และ (2) เอกสารที่มีข้อบทอนุญาโตตุลาการซึ่งพิจารณาถึงการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือโดยวิธีการอื่น

เอกสารประเภทแรก มีข้อเท็จจริงกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่า กฎหมายสารบัญญัติพิเศษจำเป็นต้องนำมาใช้ หมายถึงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาจะยกเว้นสัญญาหรือบางส่วนของสัญญาจากการใช้กฎหมายท้องถิ่นนี้ เป็นผลมาจากความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างประเทศ โดยทำให้มันอยู่ภายใต้กลุ่มกฎหมาย หรือหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งมีระเบียบมากกว่ากฎหมายท้องถิ่นของรัฐ ในขณะที่ข้อผูกพันต่างๆ จะมีลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาสามารถนำมาใช้ได้เหมาะสมเพียงเท่าที่สัญญายังบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยตรง เช่นเดียวกับกรณีการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเนื่องมาจากรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ วัตถุประสงค์ของการทำให้ความสัมพันธ์ความสัญญาเป็นเรื่องระหว่างประเทศเป็นการปล่อยความสัมพันธ์จากกฎหมายท้องถิ่น ดังนั้น เท่ากับเป็นการยกเว้นในการที่รัฐจะอ้างกฎหมายท้องถิ่นเพื่อให้เหตุผลในการที่ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันกับเอกชนต่างชาติ

เอกสารประเภทที่สอง มีสถานะเป็นอย่างเดียวกันกับเอกสารประเภทแรก เพียงแต่ว่ารัฐตกลงกับเอกชนต่างชาติที่จะใช้รูปแบบการตกลงระหว่างประเทศ (international mode of settlement) ทำให้สัญญานั้นเคลื่อนออกจากกฎหมายภายในรัฐ หากข้อผูกพันมีลักษณะระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามข้อบทอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐได้โดยตรง เท่าที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะถูกนำมาใช้โดยอนุญาโตตุลาการ ในกรณีไม่

มีข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ต้องสันนิษฐานว่าเจตนารมณ์ของคู่สัญญาจะถูกตีความและการใช้สัญญาจะถูกบังคับตามกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายภายในรัฐ เนื่องจากการกำหนดลักษณะและขอบเขตอำนาจของรัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิที่เป็นมรดก (patrimonial right) ไม่ว่าลักษณะหรือสัญชาติของเจ้าของเป็นเช่นไร สาระสำคัญของความสัมพันธ์ตามสัญญาสามารถบังคับตามกฎหมายอื่นได้นอกจากกฎหมายท้องถิ่นของรัฐ ทั้งนี้จะต้องมีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งสำหรับผลเช่นนั้น หรืออย่างน้อยรัฐได้ให้ความยินยอมนั้นโดยปริยายแล้ว

ความสัมพันธ์ดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถโต้แย้งได้ตามหลักที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมา เพราะเอกชนไม่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิและหน้าที่เกิดจากสัญญาระหว่างรัฐ และเอกชนไม่สามารถถือได้ว่าเป็นเรื่องระหว่างประเทศ Jessup ได้กล่าวไว้ว่า ไม่มีสิ่งใดเกี่ยวกับลักษณะของคู่สัญญาหรือเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของศาลเพื่อยกเว้นการใช้กฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายภายใน ถึงแม้ว่ามันคือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง Schwarzenberger ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนมากกว่า ว่าประมุขของรัฐหรือหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจในการวินิจฉัยที่จะยอมรับนิติบุคคลว่าเป็นบุคคลระหว่างประเทศและเข้าทำความสัมพันธ์ด้วยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้ากฎหมายระหว่างประเทศได้รับการประกาศว่าเป็นกฎหมายที่สามารถใช้ได้กับสัมปทาน สถานะอันนี้ค่อนข้างจะคล้ายคลึงกันสำหรับวัตถุประสงค์ของการตีความและการขอสัมปทานรัฐผู้อนุญาตตกลงที่จะปฏิบัติต่อเอกชนผู้ได้รับอนุญาตราวกับว่าเป็นบุคคลระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาอื่นๆ บุคคลระหว่างประเทศและความสามารถของแต่ละบุคคลขึ้นอยู่กับ การยอมรับที่รัฐอนุญาตให้ในความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างรัฐกับบุคคลนั้น ความตกลงซึ่งกำหนดรูปแบบอย่างหนึ่งหรืออย่างอื่นในการใช้ระบบกฎหมายหนึ่ง หรือการใช้หลักคนต่างชาติดกับกฎหมายท้องถิ่น หรือการใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทที่บังคับตามกฎหมายท้องถิ่นในความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนที่ยกขึ้นในระดับระหว่างประเทศ ดังนั้น จำเป็นที่จะให้ระดับบุคคลและความสามารถระหว่างประเทศแก่บุคคลนั้น⁸³

2.2.2 ผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

การที่รัฐไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันตามสัญญา หรือความตกลงสัมปทานเป็นการละเมิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยตรง และในทันทีทันใด การไม่ปฏิบัติตามสัญญาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย และการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ

⁸³ F.V.Garcia Amador, Ibid, pp.30-32.

1) การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย (“unlawful” non-performance) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเวนคืน (expropriation) โดยทั่วไป การไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นการผิดกฎหมายเฉพาะการละเมิดข้อผูกพันตามสนธิสัญญาเท่านั้น โดยเหตุที่การพิจารณาลิทธิตามสัญญาว่า ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและคนชาติรัฐอื่นก่อให้เกิดข้อผูกพันที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับสนธิสัญญา เมื่อสัญญาหรือสัมปทานบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือโดยหลักระหว่างประเทศหรือกำหนดแบบของการระงับข้อพิพาทในลักษณะระหว่างประเทศ ลิทธิของคนชาติรัฐอื่นที่ได้มาจากกฎหมายระหว่างประเทศ และหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเรื่องระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นการไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐโดยตรงและในทันทีทันใด⁸⁴

2) การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ (“arbitrary” non-performance) หลักที่จะใช้กำหนดองค์ประกอบสำคัญของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการมีดังนี้

1. การไม่ให้เหตุผลทางด้านสาธารณะประโยชน์ หรือเกี่ยวแก่ความจำเป็นของรัฐในทางเศรษฐกิจ
2. การเลือกปฏิบัติ (discrimination) ระหว่างคนชาติรัฐและคนชาติรัฐอื่นที่เป็นความเสียหายต่อคนชาติรัฐอื่น
3. การปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) เกิดขึ้นเมื่อศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจไม่อนุญาตให้คนชาติรัฐอื่นใช้สิทธิร้องขอต่อศาลยุติธรรมหรือองค์กรที่มีอำนาจเพื่อบรรเทาความเสียหาย และการพิจารณาใช้ค่าเสียหายอย่างเพียงพอและเป็นผลจากการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้น⁸⁵

2.3 หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานมาแล้วแต่มีได้อยู่ในรูปของสนธิสัญญาแต่เป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ โดยเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับรัฐในแบบดั้งเดิมนั้น จะมีองค์ประกอบความผิดอยู่ด้วยไม่ว่าความผิดนั้นจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม⁸⁶ นอกจากนี้แล้วกฎเกณฑ์

⁸⁴ F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.33-34.

⁸⁵ F.V. Garcia Amador, “State Responsibility” *Yearbook of the International Law Commission* 1957 Volume II (1958): 108-113.

⁸⁶ Francioni and Scovazzi, ed. *International Responsibility for Environmental Harm*. Great Britain: Graham and Trotman, 1991 p.16.

เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในยุคแรกๆ นั้น มักจะเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของคนต่างชาติที่เข้าไปอยู่ในดินแดนของรัฐอื่น โดยเฉพาะในกรณีที่คนต่างชาติได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากกรณีสงครามกลางเมือง การกบฏ การโอนกิจการของคนต่างชาติเป็นของรัฐ หรือ กรณีอื่นๆ ก็ตาม ต่อมาเมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่สอง แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเริ่มที่จะขยายขอบเขตเนื้อหาเพิ่มมากขึ้น มิได้จำกัดเพียงเฉพาะกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คนต่างชาติเท่านั้น แต่มีเนื้อหาขยายไปถึงกรณีการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือการกระทำที่เป็นการละเมิดสันติภาพของมวลมนุษยชาติด้วย อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็ยังคงเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับข้อเรียกร้องเพื่อให้รัฐรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้มีวิวัฒนาการมาเป็นลำดับแปรเปลี่ยนไปตามสภาพแวดล้อม โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงของประชาคมระหว่างประเทศ

2.3.1 การกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่ง การกระทำของรัฐอาจแสดงออกโดยผ่านการกระทำของบุคคลธรรมดา ซึ่งกฎหมายรับรองว่ามีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งผูกพันรัฐหรือกระทำในนามของรัฐได้ องค์การที่ว่ามี ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

ฝ่ายนิติบัญญัติ มีหน้าที่ออกกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือไม่บัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือไม่บัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐและอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือ การงดเว้นการบัญญัติกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น กล่าวอ้างได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำของรัฐ⁸⁷

ฝ่ายบริหาร การกระทำของฝ่ายบริหารนั้นมีขอบเขตกว้าง แต่ก็แบ่งออกได้ 2 ส่วน คือ การกระทำของรัฐบาล เช่น การทำสนธิสัญญา การสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต เป็นต้น และ การกระทำทางปกครอง เช่น การออกกฎ การออกคำสั่งทางปกครอง บางกรณีก็เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะด้วย โดยปกติการกระทำของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่ฝ่ายปกครองมิได้จัดหามาตรการความปลอดภัยแก่คนต่างชาติ

⁸⁷ Amerasinhe, *Studies in International Law*. Colombo: Ceylon, 1969 p.206.

อย่างเพียงพอ หรืออาจเกิดจากกรณีที่ฝ่ายปกครองปราบปรามผู้ก่อการร้ายหรือพวกกบฏแล้วเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของคนต่างชาติ

ฝ่ายตุลาการ มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย การกระทำของฝ่ายตุลาการอาจจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้ ส่วนใหญ่มาจากกรณี “การปฏิเสธความยุติธรรม” ซึ่งเกิดจากความล้มเหลวของศาลในอันที่จะปกป้องสิทธิประโยชน์ต่างๆ ของคนต่างชาติที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐอื่น การที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศบัญญัติมิให้ฝ่ายตุลาการต้องรับผิดชอบในคำพิพากษาที่ตัดสินนั้น ก็ยังถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ส่วนปัญหาที่ว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การกระทำของฝ่ายตุลาการดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่

อย่างไรก็ตาม โดยปกติการกระทำที่มีไว้เป็นการกระทำของรัฐ เช่น การกระทำของปัจเจกชน รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น โดยหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตน ในกรณีนี้จึงไม่มีประเด็นข้อเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบในระดับระหว่างประเทศแต่อย่างใด ยกเว้นหากปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐได้แต่ละเลยที่จะป้องกันและปราบปรามผู้ที่ได้กระทำความผิดหรือปฏิเสธที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดโดยปราศจากเหตุผล สำหรับกรณีที่เป็นการกระทำของฝ่ายกบฏ ซึ่งไม่สามารถล้มล้างรัฐบาลได้สำเร็จ รัฐไม่ต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐที่บกพร่อง แม้ว่าในเรื่องนี้จะมีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่าน เช่น Fauchille และ Eagleton ให้ความเห็นว่ารัฐควรจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของตนทุกกรณีก็ตาม

กล่าวโดยสรุปแล้ว ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในแนวดั้งเดิมแบ่งความรับผิดชอบออกเป็นสองกรณีหลัก ๆ⁸⁸ คือ ความรับผิดชอบของรัฐโดยตรง (directly responsible) ซึ่งเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ส่วนความรับผิดชอบของรัฐโดยอ้อม (indirectly responsible) นั้น เกิดจากการกระทำของบุคคลธรรมดาที่มีใจเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น เกิดจากประชาชน หรือ พวกกบฏ โดยเจ้าหน้าที่รัฐขาดการใช้ความระมัดระวังในการปกป้อง รักษา

⁸⁸ การแบ่งความรับผิดชอบของรัฐออกเป็นความรับผิดชอบโดยตรงและโดยอ้อม เป็นแนวคิดของ ศาสตราจารย์ Bin Cheng โปรดดูรายละเอียดใน Cheng, *Studies in International Law*. Great Britain: Clarendon Press, 1997 p.605.

ความปลอดภัยจนเกิดความเสียหายแก่คนต่างชาติดังกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า ได้มีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐได้

2.3.2 ปัญหาองค์ประกอบเรื่องความรับผิดชอบของการกระทำของรัฐ

ปัญหาหนึ่งที่สร้างข้อถกเถียงเป็นอันมากในเรื่องการกระทำของรัฐ คือ ปัญหาที่ว่า การกระทำของรัฐโดยผ่านบุคคลธรรมดาที่เรียกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำไปด้วยความผิดไม่ว่าความผิดนั้นจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่

ในเรื่องนี้แนวความคิดดั้งเดิมเห็นว่า ความรับผิดชอบของรัฐที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานข้อความคิดเรื่องความผิดหรือแนวความคิดที่สามารถดำเนินรัฐได้ (liability for fault) หมายความว่า รัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนต่อเมื่อการกระทำของรัฐประกอบด้วยความผิด โดยความผิดที่ว่านี้อาจเกิดจากความจงใจ (willfully) หรือความประมาทเลินเล่อ (negligence) ก็ได้ ดังนั้นการกระทำของรัฐใดๆ ที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่ามีความชอบธรรมที่จะกระทำได้ แม้เกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม รัฐผู้เสียหายก็ไม่อาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบได้

อย่างไรก็ตาม การยอมรับแนวความคิดแบบ liability for fault นั้น ได้รับการคัดค้านจากนักกฎหมายระหว่างประเทศอีกกลุ่มหนึ่ง โดยให้เหตุผลการคัดค้านว่า การยอมรับองค์ประกอบ “ความผิด” จะก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติที่ตามมา คือ ภาระการพิสูจน์ความผิด (burden of proof) ซึ่งในทางความเป็นจริงแล้วการพิสูจน์ว่าการกระทำของรัฐได้กระทำไปด้วยความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ยากเพราะอยู่ในใจผู้กระทำ นักกฎหมายหลายท่านจึงเห็นว่า องค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นกรณีของจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มิใช่เป็นสาระสำคัญสำหรับความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐ⁸⁹ หากรัฐได้ทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นแล้วรัฐนั้นจะต้องรับผิดชอบทั้งสิ้น

สำหรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในปัจจุบันนี้เป็นที่ยอมรับว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อเมื่อได้กระทำไปด้วยความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อ หลักกฎหมายเช่นนี้ได้ถูกกล่าวถึงในคดี The Corfu Channel case (1949) อันเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศอังกฤษกับแอลเบเนีย⁹⁰ ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินให้แอลเบเนียต้องรับผิดชอบต่อประเทศอังกฤษ โดยเหตุผลว่า มิได้แจ้งคำเตือนให้ประเทศอังกฤษได้ทราบว่าได้มีการวางทุ่นระเบิดในช่องแคบคอร์ฟู เป็นเหตุให้ประเทศอังกฤษได้รับความเสียหายโดยอังกฤษได้สูญเสียเรือสองลำพร้อมกับการเสียชีวิตและบาดเจ็บของลูกเรืออีก

⁸⁹ Strake, *Introduction to International Law*. London: Butterworth, 1984 p.301.

⁹⁰ ดู The Corfu Channel Case (Merits), I.C.J. Report (1949), pp.4-38.

หลายคน แม้ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีได้ตัดสินว่าการกระทำของแอลเบเนียกระทำด้วยความจงใจหรือประมาเลห์อย่างแจ้งชัดก็ตาม

2.3.3 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

เมื่อมีการกระทำของรัฐเกิดขึ้นและการกระทำของรัฐเช่นว่านั้นเป็นเหตุให้มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น และส่งผลให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้นั้น ในเบื้องต้นต้องเข้าใจ คำว่า “พันธกรณีระหว่างประเทศ”

(international obligation) ว่ามีความหมายอย่างไรก่อน

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ หมายถึง การไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งตกเป็นภาระหน้าที่แก่รัฐนั้น⁹¹ โดยกรณีระหว่างประเทศที่ว่านี้อาจเกิดจากสนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่จะให้รัฐต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและหากรัฐได้ฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามโดยปราศจากเหตุผลหรือข้อปลดปล่อยในความผิดแล้ว ถือว่ารัฐนั้นละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ

ตัวอย่างของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น อาจปรากฏในหลายรูปแบบ เช่น การไม่ตรากฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา การตรากฎหมายภายในอนุวัติการที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญา การปฏิเสธความยุติธรรม การกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสันติภาพระหว่างประเทศ การโอนกิจการของคนต่างชาติเป็นของรัฐ

ขอบเขตของพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เดิมเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจำกัดอยู่แต่เฉพาะสิทธิในร่างกายและทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อาศัยอยู่ในรัฐเท่านั้น เนื่องจากในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ประเทศมหาอำนาจทางอุตสาหกรรมได้เข้าไปลงทุนเป็นจำนวนมากในประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะกลุ่มประเทศตะวันออกกลาง (กิจการขุดเจาะและกลั่นน้ำมันปิโตรเลียม) และกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา ดังนั้น กลุ่มประเทศมหาอำนาจจึงเรียกร้องให้กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาให้หลักประกันที่จะปฏิบัติต่อคนต่างชาติอย่างเป็นธรรมโดยเฉพาะการโอนกิจการเป็นของรัฐว่าจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยอย่างเป็นธรรมและด้วยความรวดเร็ว ด้วยเหตุนี้เนื้อหาสาระของเรื่องความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในร่างกายและทรัพย์สินของคนต่างชาติเป็นสำคัญ แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เป็นต้น

⁹¹ Ago, Second Report on State Responsibility, Document A/CN. 4/233, Y.I.L.C., 1970, vol II, p.187.

มา กฎหมายระหว่างประเทศได้ปรับบทบาทของตนโดยได้ขยายขอบเขตอำนาจหน้าที่ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในด้านความมั่นคงระหว่างประเทศ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งเป็นการขยายไปถึงการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศให้มีเสถียรภาพมากขึ้นในทุกๆ ด้าน รวมถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เรียกว่า “international crime”

อนึ่ง สำหรับประเด็นในเรื่อง การชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของรัฐด้วยกันนั้น ผู้วิจัยจะขอนำไปอธิบายในหัวข้อที่ 2.11 ต่อไป

2.4 หลักการเคารพสิทธิได้มา (The Principle of Respect for Acquired Rights)

หลักการเคารพสิทธิได้มา คือ การเคารพสิทธิของเอกชนที่มีลักษณะเป็นสิทธิทางมรดก (Patrimonial Nature) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศหลักหนึ่งที่ใช้บังคับกับการปฏิบัติต่อกันต่างชาติ⁹²

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศการได้มาซึ่งสิทธิทางมรดกของเอกชนบังคับตามกฎหมายท้องถิ่นทั้งสิ้น แต่ก็ไม่ใช่ว่าคนต่างชาติจะไม่มีโอกาสได้สิทธิลักษณะนั้นมาโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ถ้าไม่มีหลักจารีตประเพณีในเรื่องนี้ก็จะพิจารณาสิทธิที่ได้มานี้โดยทางสัญญาโดยเฉพาะในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และสิทธิอื่นๆ ในทรัพย์สิน หลักกฎหมายเรื่องที่ตั้งของทรัพย์สิน (Lex rei sitae) สามารถใช้ได้โดยลำพัง ถึงแม้ในทางปฏิบัติจะกระทำไม่บ่อยนัก เช่น รัฐหนึ่งอาจไม่ยินยอมให้คนต่างชาติได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในดินแดนของรัฐนั้น หลักนี้เป็นที่ยืนยันหลักอธิปไตยโดยสมบูรณ์ (exclusive sovereignty) ของรัฐในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งใน มาตรา 116 ของ Inter American Convention on Private International Law (Bustamante Code)

แต่ในทางตรงกันข้ามใน American Declaration of Rights and Duties of Man (Bogota, 1948) และ Universal Declaration of Human Rights (Paris, 1948) ยอมรับว่า ทุกคนมีสิทธิในทรัพย์สินของตนเอง วัตถุประสงค์ของข้อความนี้ไม่สามารถปฏิเสธได้ถึงการกำหนดให้บุคคลมีความสามารถตามสิทธิที่มีลักษณะเป็นมรดกตกทอดมา ซึ่งวัตถุประสงค์สำคัญคือการยอมรับและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และแม้แต่ในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนก็ยังให้ความสำคัญคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนที่ได้มาเช่นเดียวกัน โดยคัดค้านการกระทำโดยพลการของรัฐ

⁹² F.V. Garcia Amador, *supra* note 85, p.2.

การได้สิทธิโดยทางสัญญา เช่น กรณีในสนธิสัญญาหรือความตกลงที่ให้หรือยอมรับว่าคนชาติของรัฐคู่สัญญามีความสามารถที่จะได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีลักษณะเป็นมรดกตกทอดมา เช่น ในสนธิสัญญาพาณิชย์และการเดินเรือระหว่างออสเตรียและสหราชอาณาจักร (Treaty of Commerce and Navigation between Austria and Great Britain 1924) ในข้อบทของชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (most favoured nation clause) ดังนี้

“คนในบังคับหรือประชาชนของภาคีสัญญาในอาณาเขตของอีกฝ่ายหนึ่งจะมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ในการได้มาและเป็นเจ้าของทรัพย์สินทุกประเภท ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกฎหมายของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งอนุญาตหรือจะอนุญาตให้คนในบังคับหรือประชาชนต่างประเทศอื่นที่จะได้มาหรือเป็นเจ้าของได้”

และตามมาตรา 10 ของร่างอนุสัญญาที่จัดเตรียมขึ้นโดยคณะกรรมการเศรษฐกิจของสันนิบาตชาติ ในการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ซึ่งประชุมที่กรุงปารีส 1929 ก็มีข้อความที่คล้ายคลึง หรือใน European Convention ก็ได้กำหนดไว้เช่นเดียวกัน⁹³

2.4.1 ลักษณะและเนื้อหาของสิทธิได้มา (Acquired Rights)

ในระบบกฎหมายทุกระบบ สิทธิทั้งหลายแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ สิทธิที่เป็นมรดกตกทอดมาและที่เป็นสิทธิส่วนบุคคล สิทธิอันแรกมีเนื้อหาในทางเศรษฐกิจและมีคุณค่าเป็นเงิน แต่สิทธิประการที่สองมีลักษณะทางศีลธรรมและการเมือง สิทธิที่มีลักษณะเป็นมรดกไม่เพียงแต่รวมถึงสิทธิในสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในสินค้าที่จับต้องได้เท่านั้น ยังรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ และสิทธิตามสัญญาซึ่งมีเนื้อหาสาระในทางเศรษฐกิจด้วย

สนธิสัญญาสันติภาพบางฉบับซึ่งลงนามเมื่อสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและสงครามโลกครั้งที่สอง มีบทบัญญัติที่จะคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนซึ่งครอบคลุมไม่เพียงแต่สินค้าที่จับต้องเคลื่อนที่ได้และเคลื่อนที่ไม่ได้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงสิทธิและประโยชน์ทุกชนิด รวมทั้งสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินอุตสาหกรรม วรรณกรรมและศิลปกรรมด้วย ในการตีความอย่างกว้างๆ ของคำว่า “ทรัพย์สิน” พบได้ในความตกลงบางฉบับเกี่ยวกับค่าทดแทนที่จะจ่ายให้แก่คนต่างชาติ เมื่อทรัพย์สิน สิทธิ และประโยชน์ได้โอนเป็นของชาติ ปัญหาที่สำคัญที่สุด คือ ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ควรที่จะรวมถึงสิทธิตามสัญญาด้วยหรือไม่ ซึ่งกล่าวได้ว่าสิทธิต่างๆ ที่คนต่างชาติได้ตามสัญญาหรือความสัมพันธ์ตามสัญญาอื่น (สัมปทาน หนี้สาธารณะ เป็นต้น) ที่ทำกับรัฐนั้น สิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) หรือ สิทธิทางมรดก (patrimonial rights) ตามธรรมดาแล้วจัดว่าเป็น

⁹³ F.V. Garcia Amador, ibid pp.3-4.

สิทธิของเอกชน อย่างไรก็ตามปัญหาเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายที่แท้จริงเกิดขึ้นทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ เพราะว่าสิทธิบางอย่างความจริงแล้วมีลักษณะผสมของสิทธิเอกชน และสิทธิมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหานี้ได้มีการพิจารณาในกรณีสิทธิที่ได้มาตามสัมปทานที่รัฐอนุญาตให้แก่คนต่างชาติ และลักษณะผสมของสิทธินี้ได้รับการยอมรับโดยชัดแจ้งในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไป ในกรณีสัมปทานสิทธินี้มีลักษณะสองประการ คืออยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ปัญหาเรื่องนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี German Settler in Poland Case (1923) และในรายงานของ Transval Concessions Commission เป็นต้น

นักวิชาการบางท่านยังมีความเห็นว่าสัมปทานมีลักษณะเป็นสิทธิมหาชน ด้วย ผลในทางกฎหมายที่แบ่งสิทธิเช่นนี้มีผลกระทบต่อขอบเขตข้อผูกพันของรัฐที่มีต่อสิทธิของคนต่างชาติหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ Kaeckenbeeck ยืนยันว่าตามที่สัมปทานมีลักษณะเป็นสิทธิของเอกชน และสิทธิของมหาชนเช่นนี้มีความสำคัญในการให้เหตุผลสำหรับการใช้หรือการปฏิเสธสิทธิของเอกชน ปัจจุบันแทบไม่มีข้อสงสัยเลยว่าความคิดเกี่ยวกับข้อผูกพันที่จะเคารพสัมปทานนั้นมีความสำคัญ แต่ในความคิดเกี่ยวกับความสำคัญของมหาชนในสัมปทานบางอย่างนั้นหลักเคารพต่อสิทธิที่ให้แก่ (vested right) ความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนไม่มีความสำคัญมากกว่าความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด ในบางเหตุการณ์ลักษณะที่เป็นสิทธิผสมของสัมปทานเช่นนี้มีผลกระทบต่อขอบเขตความผูกพันของรัฐอย่างไม่อาจปฏิเสธได้⁹⁴

2.4.2 สถานะพิเศษที่ไม่รวมถึงสิทธิได้มา

ในทางปฏิบัติบางครั้งจำเป็นที่จะต้องตัดสินว่าประโยชน์บางประการ และสถานะพิเศษอื่นๆ ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองระหว่างประเทศ Herz ได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายแพ่งของประเทศหนึ่ง หลักกฎหมายพิเศษเกือบทั้งหมดของรัฐ กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง ได้สร้างสถานะที่ต่อเนื่อง ซึ่งเอกชนอาจจะได้รับประโยชน์ สถานะเหล่านี้อาจถูกเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ หรือแม้แต่การปฏิบัติของฝ่ายบริหาร ดังนั้น การให้สิทธิแก่คนต่างชาติที่ขัดต่อการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ ทำให้คนต่างชาติเหล่านี้คัดค้านการเปลี่ยนแปลงทุกอย่างที่อาจเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของพวกเขา การแบ่งระหว่างสิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) และสิทธิอื่นๆ นั้น แม้ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีวิธีการแก้ปัญหาที่ชัดเจน สถานะบางประการเหล่านี้ได้มีการแก้ไขกันในทางปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น ประโยชน์จากสถานะทางการพาณิชย์หรือทางอุตสาหกรรมโดยเฉพาะเป็น

⁹⁴ F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.9-10.

ปัญหาหนึ่งที่ได้มีการพิจารณาโดยศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ และปัญหานี้ได้รับการตัดสินในทางปฏิเสธ การเรียกร้องไปยังการเป็นเจ้าของสิทธิที่ได้มา โดยคำนึงถึงทรัพย์สินของลูกค้า และความเป็นไปได้ในการทำกำไรในธุรกิจที่สร้างขึ้นโดยคนชาติของรัฐที่เรียกร้อง ในเรื่องนี้ Sir Cecil Hurst เห็นว่าเป็นการถูกต้องที่จะกล่าวว่าสิทธิที่ได้มาถูกละเมิดแล้ว ถ้ารัฐบาลเบลเยียมห้ามไม่ให้มีการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่ง Chinn ได้ทำไว้กับบุคคลที่สาม ศาลอนุญาโตตุลาการในคดี Upper Silersia ถือว่า “ตามหลักทั่วไป” เสรีภาพเกี่ยวกับการจ้างแรงงานและกิจการที่มีกำไร ซึ่งขึ้นอยู่กับเสรีภาพทั่วไปในทางอุตสาหกรรมและการค้า ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับสิทธิที่ได้มา(acquired rights) เพราะสิทธิที่ได้มาจะต้องขึ้นอยู่กับสิทธิพิเศษในการได้มาที่กฎหมายจะต้องถือว่าเป็นสิทธิพิเศษ

2.5 หลักการคุ้มครองระหว่างประเทศซึ่งสิทธิที่ได้มา (The International Protection of Acquired Rights)

ในกฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดพันธกรณีให้รัฐเคารพสิทธิที่ได้มาของเอกชนต่างชาติ อย่างไรก็ตาม หลักการเคารพสิทธิที่ได้มาไม่ได้หมายความว่า เป็นข้อผูกพันที่สมบูรณ์และไม่มีเงื่อนไข ตามหลักกฎหมายบริสุทธิไม่มีสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานอันใดของมนุษย์ที่ไม่ใช่สิทธิในชีวิต และความปลอดภัยของบุคคลไม่สามารถละเมิดได้อย่างแท้จริง ข้อสนับสนุนนี้ได้รับการยอมรับในเอกสารระหว่างประเทศก่อนสงครามโลก และการคุ้มครองขยายไปถึงสิทธิที่เป็นมรดก ซึ่งเป็นสิทธิสัมพัทธ์โดยเฉพาะ

กฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถละเลยต่อแนวคิดทั่วไปนี้ได้ ในคำตัดสินของศาลอนุญาโตตุลาการว่ากฎหมายระหว่างประเทศต้องการที่จะเคารพต่อทรัพย์สินของเอกชน แต่การยอมรับว่ารัฐมีสิทธิที่จะละเลยหลักนี้ได้ก็ต่อเมื่อผลประโยชน์ของรัฐซึ่งต้องมีความสำคัญเป็นอย่างมาก

เพราะฉะนั้น การศึกษาเพื่อพิจารณาถึงขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับสิทธิของคนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองหรือกล่าวอีกอย่างหนึ่ง สำคัญและขอบเขตจำกัดของข้อผูกพันที่รัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิเหล่านั้น จะทำให้ทราบถึงสาระสำคัญของความรับผิดชอบระหว่างประเทศในพฤติกรรมที่แตกต่างกันซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ ขอบเขตของความคุ้มครองระหว่างประเทศในแต่ละกรณีขึ้นอยู่กับสิทธิที่ได้รับมาและขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและพฤติกรรมซึ่งเป็นการกระทำหรือยกเว้นการกระทำของรัฐ อย่างไรก็ตามการจะอ้างถึงมาตรฐานเพื่อใช้เป็นหลักในการพิจารณาสาระสำคัญของความรับผิดชอบ ประการแรกควรจะเข้าใจว่ามีการให้เหตุผลที่แท้จริงสำหรับคำวิจารณ์และการคัดค้านหลักการเคารพสิทธิที่ได้มาเองหรือไม่ก่อนในฐานะที่เป็นหลักทั่วไป คำวิจารณ์และการคัดค้านแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่มีเหตุผลในลักษณะทางสังคมและการเมือง และกลุ่มที่สนับสนุน โดยการโต้แย้งในทางกฎหมายบริสุทธิ

กลุ่มแรกคือ Friedman มีความเห็นว่าแนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมา (acquired right) ไม่เพียงแต่เคลือบคลุม กำกวม และไม่แน่นอน แต่ยังพบด้วยว่าไม่มีการสนับสนุนในการตัดสินใจของศาลระหว่างประเทศ และในทางปฏิบัติได้รับการปฏิเสธจากรัฐต่างๆ ในระหว่างการเตรียมงานเพื่อการประชุม Codification Conference (1930) และเพราะฉะนั้น จึงไม่สามารถยกผู้หลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ Kaeckebeek กล่าวว่า ในฐานะที่เป็นวิธีการหนึ่งในการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิรูปสังคมที่สำคัญ (การโอนเป็นของชาติ) ทฤษฎีเรื่องสิทธิที่ได้มาได้พิสูจน์แล้วว่าไม่เพียงพอและไม่เป็นผลทั้งหมด Foighel กล่าวว่าหลักนิติปรัชญาระหว่างประเทศสะท้อนให้เห็นว่าในอดีตที่ผ่านมา ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมได้รับการยอมรับอย่างมากในประเทศที่เป็นระบอบเสรีนิยมและเห็นว่าปัจจุบันนี้ในความเห็นเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขและพฤติกรรมซึ่งเป็นไปตามหลักการเคารพสิทธิที่ได้มานี้ไม่มีความสำคัญอีกต่อไป ในการพิจารณาถึงมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐผูกพันที่จะปฏิบัติตามความสัมพันธ์กับคนต่างชาติโดยไม่มีเงื่อนไข⁹⁵ เมื่อคำนึงถึงฐานะที่ยอมรับกันโดยรัฐบาลต่างๆ ใน The Hague Codification Conference (1930) ไม่มีคำตอบใดเลยที่คณะกรรมการเตรียมการได้รับการปฏิเสธข้อผูกพันของรัฐที่จะเคารพต่อสิทธิที่ได้มาของคนต่างชาติ ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐมีเอกราชในการบริหาร และในทางนิติบัญญัติในเรื่องนี้ การศึกษาคำตอบเหล่านี้แท้จริงแล้วแสดงว่ารัฐบาลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องยอมรับว่าเสรีภาพที่จะเป็นผลร้ายสิทธิของคนต่างชาติอยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ ที่สำคัญข้อสรุปที่เหมือนกันนี้ พบได้จากการสำรวจความคิดเห็นที่รัฐสมาชิกของสหประชาชาติแสดงความเห็นในการอภิปรายในสหประชาชาติเกี่ยวกับปัญหาการเวนคืนและการโอนเป็นของชาติ

กลุ่มที่สองที่มีการวิจารณ์และการคัดค้านหลักการเคารพสิทธิที่ได้มา เชื่อในการโต้แย้งทางวิชาการกฎหมาย นักวิชาการบางคนได้แสดงข้อสงสัยบางประการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ในทางปฏิบัติว่าเป็นหลักดังกล่าวใช้ได้โดยทั่วไปหรือไม่ มีการแนะนำว่าสิทธิที่แตกต่างกันตามหลักความคุ้มครองระหว่างประเทศ ควรจะได้รับการพิจารณาแต่ละสิทธิโดยแยกกัน เช่น Cavaglieri ยืนยันว่าวิธีที่ถูกต้องจะต้องพิจารณาในแต่ละกรณีไม่ว่ามาตรการนี้รัฐจะยอมรับได้หรือไม่ เกี่ยวกับทรัพย์สินของคนต่างชาติที่สอดคล้องกับสิทธิขั้นต่ำ (minimum right) ซึ่งเขายอมรับว่ามีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ Guggenheim แนะนำว่าอาจจะเป็นการชอบมากกว่าที่จะยกเลิกวิธีที่สืบเนื่องกันมา ซึ่งปัญหาเรื่องการคุ้มครองสิทธิที่ได้มา ควรได้รับการพิจารณาเฉพาะคำว่าสิทธิที่ได้รับมา (acquired right) แทนที่จะศึกษาแต่ละกลุ่มเป็นการเฉพาะ (สิทธิในทรัพย์สิน, สัมปทาน เป็นต้น) ซึ่งแสดงถึงทางปฏิบัติในการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

⁹⁵ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.6.

อย่างไรก็ตาม จะต้องมีการตรวจสอบแต่ละสถานะหรือกลุ่มของสถานะโดยแยกจากกันหลักการเคารพสิทธิที่ได้มาเป็นหลักหนึ่งที่มีลักษณะทั่วไป จากความเห็นในทางปฏิบัติและทางวิชาการหลักการดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีของรัฐขึ้นในความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ถ้าเพิ่มเติมด้วยหลักลัทธิมิควรรได้ หลักนี้สามารถกำหนดหลักกฎหมายที่จำเป็นเกี่ยวกับค่าทดแทนต่อไปได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบระหว่างประเทศ⁹⁶

2.6 หลักละเมิด (Wrongful Acts)

การกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นละเมิดเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐตามข้อผูกพันที่รัฐยอมรับจะเคารพสิทธิของบุคคลต่างชาติดังที่มาจากข้อผูกพันเหล่านี้ซึ่งกำหนดมาตรฐานเฉพาะในการปฏิบัตินั้น อาจเป็นสนธิสัญญากับรัฐที่คนต่างชาติมีสัญชาติซึ่งในกรณีหลักกำหนดว่าข้อผูกพันมีลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ผลในทางกฎหมายของการไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันเช่นนั้นเป็นการละเมิดอย่างแท้จริง ซึ่งขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่เพียงแต่รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบเท่านั้น ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ชดเชยด้วย ซึ่งกล่าวได้ว่า การชดเชยความเสียหายจะต้องกระทำในรูปของการกลับคืนสู่สถานะเดิม (Restitution) หรือถ้าการกลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นไปไม่ได้ หรือการชดเชยค่าเสียหายไม่เพียงพอกับความเสียหาย การชดเชยความเสียหายจะต้องกระทำในรูปของค่าเสียหายที่เป็นเงิน (pecuniary damages) ในทางปฏิบัติที่สืบเนื่องกันมา ข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดการกระทำหรือการละเว้นการกระทำเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก แต่สถานะเช่นนี้ได้เปลี่ยนไปแล้ว และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและคนต่างชาติก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ซึ่งเป็นความสำคัญอันยิ่งใหญ่ในการพัฒนาและการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ⁹⁷

2.7 หลักลัทธิมิควรรได้ (The Doctrine of Unjust Enrichment)

ในการตัดสินของศาลระหว่างประเทศ รวมทั้งศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ หลักลัทธิมิควรรได้ใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาปริมาณการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในการพิจารณาองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดชอบระหว่างประเทศในหลายกรณี ถึงแม้หลักลัทธิมิควรรได้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันมานานในประเทศทั้งหลาย แต่หลักดังกล่าวก็ยังไม่เข้าไปอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามหลักลัทธิมิควรรได้นี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นมูลเหตุของการฟ้องร้องคดีที่ถูกต้องตามกฎหมาย ตามระบบกฎหมายต่างๆ รวมทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพราะลัทธิมิควรรได้เป็นมูลเหตุของการฟ้องร้องคดี เช่น เป็นที่มาของข้อผูกพันถึงสัญญา (Quasi-

⁹⁶ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.7.

⁹⁷ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.7.

contractual obligation) ระหว่างรัฐและคนต่างชาติ การไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันอาจทำให้รัฐ
รับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักลาภมิควรได้สัมพันธ์กับหลักการเคารพสิทธิที่ได้มา
(The principle of respect for acquired rights)

นอกจากนั้น ความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างหลักกฎหมายสองหลักสามารถ
มองเห็นได้ไม่เพียงแต่ที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับความรับผิดชอบ แต่ยังรวมอยู่ในระบบความคุ้มครอง
สิทธิที่ได้มาระหว่างประเทศด้วย ตัวอย่างเช่น เกี่ยวกับค่าทดแทนสำหรับการเวนคืนเพื่อสาธารณะ
ประโยชน์ (Public interest) คือ ความคิดที่ว่ารัฐ (สังคม) จะต้องไม่ได้รับประโยชน์อย่างเหมาะสม
ด้วยค่าใช้จ่ายของเอกชน อีกประการหนึ่งเอกชนไม่มีสิทธิที่จะหวังในค่าทดแทนซึ่งได้รับแทน
ทรัพย์สินซึ่งเป็นที่มาของลาภมิควรได้ นี่คือเหตุผลว่าทำไมจึงกล่าวว่าทฤษฎีเรื่องค่าทดแทน
(Theory of Compensation) ขึ้นอยู่กับลาภมิควรได้ยิ่งย่อนมากกว่าขึ้นอยู่กับหลักการเคารพ
ทรัพย์สินของเอกชน (The principle of respect for private property) ซึ่งยินยอมให้พิจารณาถึงความ
ยุติธรรมที่ให้เอกชนรวมทั้งสังคมด้วย⁹⁸

2.8 สิทธิในการเวนคืน (The Right of Expropriation)

สิทธิของเอกชนอาจได้รับความกระทบกระเทือน โดยรัฐไม่เพียงแต่โดยการ
กระทำการเวนคืนเท่านั้นแต่ยังรวมถึงวิธีการอื่นๆ ด้วยเหตุผลและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ตามที่
เข้าใจกันในความหมายทางนิติศาสตร์ และความหมายในทางกฎหมาย หรือความหมายอื่นบาง
ประการ การกระทำที่กระทบกระเทือนทรัพย์สินรวมถึงมาตรการทุกอย่าง ซึ่งมีผลโดยตรงหรือโดย
อ้อม หรือการตัดสิทธิบางส่วนในสิทธิของเอกชน ไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวร ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

2.8.1 การยอมรับสิทธิในการเวนคืนระหว่างประเทศ (Recognition of the Right)

สิทธิในการเวนคืน ในความหมายอย่างกว้างที่สุดที่ได้รับการยอมรับใน
กฎหมายระหว่างประเทศ การยอมรับระหว่างประเทศนี้ได้รับการยืนยันในหลายโอกาสในทาง
ปฏิบัติทางการทูต และในการตัดสินของศาลและอนุญาโตตุลาการต่างๆ และในคำประกาศของ
องค์การ และการประชุมระหว่างประเทศ ในทางจารีตประเพณี สิทธินี้ได้รับการถือว่าเป็นอำนาจ
อธิปไตยและอำนาจของรัฐซึ่งรัฐใช้สิทธิเหนือบุคคลทุกคน และทรัพย์สินที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐ
หรือที่เรียกว่าสิทธิในการคุ้มครองตนเองของรัฐ (self-preservation) ซึ่งยอมให้รัฐส่งเสริมสวัสดิภาพ
และความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประชาชนของรัฐได้

⁹⁸ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.5.

2.8.2 แบบของการใช้สิทธิเกี่ยวกับการเวนคืน (*The Various Forms which the Exercise of the Right of “Expropriation” may assume*)

การริบทรัพย์สิน การกำหนดค่าปรับ และมาตรการอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการปรับโดยทั่วๆ ไปแล้วอยู่ในกลุ่มนี้ ในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ มีคดีตัวอย่างซึ่งแสดงไว้อย่างสมบูรณ์ที่สุดคล้อยกับมาตรการตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนี้ที่บังคับต่อการปฏิบัติของคนต่างชาติ ความถูกต้องตามกฎหมายของมาตรการเหล่านี้ไม่ได้ยกเว้นความเป็นไปได้ในการยอมรับ หรือในการใช้หลักการปฏิเสธความยุติธรรมแต่อย่างใด และการกระทำหรือยกเว้นการกระทำที่เกี่ยวข้องที่เป็นผลให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ แต่ความเป็นไปได้ของรัฐที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อรัฐทำลายทรัพย์สินที่เป็นของคนต่างชาติ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความอยู่ดีกินดีของมหาชน โดยข้อกำหนดที่ว่าพฤติกรรมต่างๆ ในเรื่องเหตุสุดวิสัยหรือภาวะความจำเป็นได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ ในการยกเว้นจากความรับผิดชอบตามหลักนิติปรัชญาระหว่างประเทศยังขึ้นอยู่กับอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในของรัฐด้วย⁹⁹

ถึงแม้มีการโต้แย้งว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่วางข้อกำหนดต่ออำนาจรัฐที่จะกำหนดอัตราภาษีและค่าธรรมเนียมอื่นเหนือทรัพย์สิน สิทธิ หรือประโยชน์อื่นของคนต่างชาติ โดยเฉพาะเมื่อมาตรการที่กระทำนั้นเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ความถูกต้องตามกฎหมายพื้นฐานสำหรับมาตรการต่างๆ ในเรื่องระหว่างประเทศ หากมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่คำนึงถึงลักษณะหรือขอบเขตก็มักจะเกิดกรณีพิพาทอยู่เสมอ ความเป็นไปได้ของรัฐที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศสามารถเกิดขึ้นได้ และรัฐจะต้องรับผิดชอบระหว่างประเทศถ้ามาตรการนั้นกับสิทธิของผู้นำเข้าและผู้ส่งออก และเพื่อการห้ามนำเข้าและการส่งออกสินค้าพิเศษไม่ใช่เรื่องทั่วไป แต่เป็นเรื่องส่วนตัวหรือการกระทำโดยพลการและไม่มีข้อกำหนดใดที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิของรัฐที่จะควบคุมอัตราการเปลี่ยนแปลงค่าของเงินตราของรัฐและการลดค่าเงินในคดีหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ถือว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งได้ฝากเงินไว้ที่ธนาคารก่อนการลดค่าเงินตามกฎหมายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าดั้งเดิมของเงินได้

2.8.3 การเวนคืนและการโอนเป็นของชาติ (*Expropriation stricto sensu and Nationalization*)

ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง การเวนคืนตามธรรมดาแล้วกระทำต่อทรัพย์สินของเอกชน แต่หลังจากนั้นรัฐต่างๆ เริ่มปฏิบัติกันทั่วไป ซึ่งได้กระทำกันต่อมาหลัง

⁹⁹ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.11.

สงครามโลกครั้งที่สอง การเวนคืนกระทำอย่างกว้างขวางและไม่เกี่ยวกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยเฉพาะ รูปแบบของการเวนคืนโดยทั่วๆ ไป ได้มีการอ้างว่าเป็นการโอนของชาติ (Nationalization) ด้วย ซึ่งตรงข้ามกับการกระทำการเวนคืนส่วนบุคคล มาตรการโอนเป็นของชาติ สะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ เช่น การปฏิรูปที่ดิน (Land Reforms) การทำให้อุตสาหกรรมเป็นสังคมนิยม (Socialization) หรือ อุตสาหกรรมบางส่วน การจำกัดเงินทุนของเอกชนในเศรษฐกิจของชาติบางสาขา การโอนเป็นของชาติเป็นเครื่องมือเพื่อการเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมแบบดั้งเดิม ถึงแม้ว่ามาตรการเหล่านี้ บางครั้งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ถูกยอมรับและถูกนำไปใช้ตาม บทบัญญัติพิเศษเสมอ ซึ่งกำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการดำเนินการโอนเป็นของชาติและการเวนคืน แต่ความพยายามที่ชี้ให้เห็นแสดงให้เห็นว่าลักษณะหลายอย่างของการเวนคืนสามารถที่จะพบได้และตามข้อเท็จจริงก็จะพบว่าเป็นการโอนเป็นของชาติ เพราะฉะนั้นโดยสรุปยกเว้นเรื่องค่าทดแทน ความแตกต่างอย่างสำคัญที่สามารถสังเกตได้ตามความเห็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว สถานะทางกฎหมายของทั้งการเวนคืนและการโอนเป็นของชาติโดยสาระสำคัญเหมือนกัน¹⁰⁰

2.8.4 การเวนคืนที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (Unlawful Expropriation) และการเวนคืนโดยพลการ (Arbitrary Expropriation)

ประการแรกจะต้องเห็นด้วยกับความหมายของคำว่า “ผิดกฎหมาย” (unlawful) ตามหลักกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไป การเวนคืนไม่ใช่ผิดกฎหมายแม้ว่าเมื่อการกระทำของรัฐขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่เหมือนการกระทำและละเว้นกระทำในลักษณะที่มีองค์ประกอบที่เป็นละเมิด การเวนคืนสามารถกล่าวได้ว่าผิดกฎหมาย เมื่อรัฐไม่ปฏิบัติตาม สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศโดยชัดแจ้ง โดยการเทียบเคียงการกระทำการเวนคืนซึ่งไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในรูปแบบและสาระสำคัญที่กำหนดไว้เอกสารระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในประเภทเดียวกัน ข้อจำกัดนี้เกิดจากความคิดที่ว่า การเวนคืนถูกต้องทั้งตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ได้รับการยืนยันโดยการตัดสินใจของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ และองค์กรทางกฎหมายอื่น ตัวอย่างเช่น ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับ ผลประโยชน์บางประการของเยอรมันใน Polish Upper Silesia (1926 และ 1928) ถือว่าการเวนคืนเป็นการผิดกฎหมายเฉพาะสองกรณีที่กล่าวข้างต้น แต่ในปัจจุบันกรณีถือว่าลักษณะที่ผิดกฎหมายของการเวนคืนนั้น เท่าที่มีอยู่และก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศเทียบได้กับการกระทำหรือ

¹⁰⁰ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.12.

ละเว้นการกระทำซึ่งทำให้รัฐรับผิดชอบโดยตรงและทันทีทันใด หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งในกรณีที่มีการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ความรับผิดชอบเกิดขึ้นและเนื่องมาจากเหตุผลของการกระทำของรัฐ ถึงแม้ว่ามาตรการในการเวนคืนจะสอดคล้องกับเงื่อนไขหรือข้อกำหนด (ของท้องถิ่นระหว่างประเทศ)

ประการที่สอง หลักการนี้คลุมถึงมาตรการการเวนคืนซึ่งไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขและข้อกำหนดระหว่างประเทศ ซึ่งการใช้สิทธิในการเวนคืนเป็นเรื่องซึ่งรวมอยู่ในเรื่องการใช้สิทธิในทางที่ผิด (Abuse of right) แต่อะไรเป็นข้อจำกัดที่กำหนดในการใช้สิทธิในการเวนคืน หรือลักษณะการกระทำโดยพลการมีลักษณะอย่างไร ในการศึกษาทางปฏิบัติทางการทูตและกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศในเรื่องการเวนคืน ไม่ว่าแต่ละกรณีหรือโดยทั่วไปแสดงให้เห็นว่ามีลักษณะสามประการที่จะพิจารณาว่ารัฐกระทำการโดยพลการหรือไม่ คือ

1. มูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ของการเวนคืน (The motives and purpose of expropriation)
2. วิธีการในการเวนคืน (The method or procedure adopted to effect it)
3. ค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืน (The compensation given for the expropriated property)¹⁰¹

2.8.5 มาตรการต่างๆ ในการเวนคืนรวมทั้งการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือความตกลงสัมปทาน (*Measures of Expropriation Involving the Non-observance of Contracts or Concession Agreements*)

มีแนวโน้มอย่างหนึ่งที่ขยายขอบเขตความเห็นเกี่ยวกับการเวนคืนโดยผิดกฎหมายนั้นรวมถึงกรณีที่รัฐและเอกชนผูกพันตามสัญญาด้วย เมื่อความสัมพันธ์เช่นนั้นอยู่ในทางปฏิบัติอาจเกิดสิ่งหนึ่งสิ่งใดในสองสิ่งคือ การเวนคืนอาจกระทบกระเทือน (ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลง) สัญญาหรือความตกลงสัมปทานซึ่งทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน หรืออาจจะไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันพิเศษที่ไม่ใช่การเวนคืนหรือโดยประการอื่นที่กระทบกระเทือนข้อกำหนดที่มีอยู่ในเอกสารนั้น โดยการเทียบเคียงสนธิสัญญา แนวโน้มที่อ้างถึงข้างต้นมาจากความคิดที่ว่า การไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันของรัฐซึ่งมีอยู่ในสัญญาหรือความตกลงสัมปทานเป็นการละเมิดซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยตรงและทันทีทันใด โดยสรุปตามตรรกวิทยาถือว่าหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (*Pacta Sunt Servanda*) นำไปใช้กับสนธิสัญญาและความสัมพันธ์ตามสัญญาอย่างเท่าเทียมกันระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติ

¹⁰¹ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.14.

ตัวอย่างแนวโน้มนี้ที่กล่าวข้างต้น เช่น Lapradelle ได้เสนอร่างต่อ Institute de droit Internationale โดยร่างได้กำหนดว่า “การโอนเป็นของชาติ” เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอธิปไตย จะเคารพข้อผูกพันที่เข้าทำตามกฎหมายไม่ว่าโดยสนธิสัญญาหรือโดยสัญญา ข้อมติในเรื่องนี้ได้รับการยอมรับโดยคณะกรรมการการระหว่างการประชุมที่เมืองโคโลญจน์ (1985) ของ International-Bar Association โดยกำหนดว่ากฎหมายระหว่างประเทศยอมรับหลัก Pacta Sunt Servanda ในสัญญาพิเศษที่รัฐทั้งหลายทำกับคนชาติของรัฐอื่น เพราะฉะนั้นการเวนคืนซึ่งทรัพย์สินของเอกชนซึ่งละเมิดสัญญาพิเศษที่กระทำโดยรัฐขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ เคยกล่าวกันว่าความมีอยู่ของสัญญาที่ไม่มีการเวนคืนก่อให้เกิดข้อผูกพันที่สูงกว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดความรับผิดชอบไม่เพียงแต่การจ่ายค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนเท่านั้น ยังรวมถึงค่าเสียหายให้แก่คนต่างชาติสำหรับความเสียหายที่เข้าได้รับด้วย

อย่างไรก็ตาม ความเห็นส่วนใหญ่ไม่ได้สนับสนุนความเห็นนี้แต่อย่างใด ในสมัยประชุม Siena Session นั้น Institute de Droit Internationale ปฏิเสธข้อเสนอที่จะทำให้รัฐต่างๆ ผูกพันที่จะเคารพสัญญา ข้อโต้แย้งนี้ได้อ้างสนับสนุนความเห็นโดยเชื่อในลักษณะทางกฎหมายของความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนและตามลักษณะที่ไม่สามารถบอกเลิกได้ซึ่งสิทธิของรัฐบาลในการถือเอาที่ดินภายในประเทศไปทำสาธารณประโยชน์ R.Delson กล่าวในการประชุมของ International law Association ว่า “สิทธิของรัฐที่จะเอาทรัพย์สินเพื่อสาธารณประโยชน์เป็นสิทธิพื้นฐานไม่สามารถยอมจำนนต่อสัญญาได้ (ถึงแม้ว่าจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสมก็ตาม)”

ลักษณะสุดท้ายของปัญหานี้ คือ ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของรัฐที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นสามารถใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ Schwarzenberger มีความเห็นว่าสัญญาเช่นนี้ได้ข้อสรุปแนวคิดสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามหลักกฎหมายท้องถิ่นของรัฐที่ให้สัมปทานซึ่งกฎหมายนั้นมีอยู่แล้วในเวลาที่ทำให้สัมปทานและว่าสัญญาเหล่านั้นสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยเทียบเคียงกับสนธิสัญญา ยกเว้นด้วยเหตุผลตามบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน นอกจากปัญหานี้แนวการให้เหตุผลเกิดขึ้นเมื่อคำนึงถึงความยินยอมที่ทำให้เสียไปตามกฎหมายแล้ว สามารถใช้ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้หรือไม่ ซึ่งในสาระสำคัญแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) สามารถใช้ความสัมพันธ์เช่นนี้ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่

ตามหลักในการพิจารณาซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ประการแรกจะต้องแยกระหว่างสัญญาและความตกลงสัมปทานซึ่งบังคับตามกฎหมายท้องถิ่นฝ่ายหนึ่ง และเอกสาร

สมัยใหม่ซึ่งบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือระบบกฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายท้องถิ่นอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีแรกผลประโยชน์ของรัฐและแนวคิดเรื่องสาธารณประโยชน์ (Public Utility) ซึ่งขึ้นอยู่กับสิทธิในการเวนคืนจะต้องมีอยู่ต่อไปเหนือผลประโยชน์ของเอกชน ไม่มีเอกชนคนใดไม่ว่าคนชาติรัฐหรือคนชาติรัฐอื่นสามารถจะละเลยบทกฎหมายอันเป็นสากลนี้ได้ และเอกชนทั้งหมดนั้นมีสิทธิเพียงได้รับค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนนั้น ในประการที่สอง ฐานะของเอกสารแตกต่างออกไปโดยกำหนดว่า เอกสารนั้นมีความสัมพันธ์ตามสัญญาลักษณะระหว่างประเทศ (internationalization) สำหรับขอบเขตเช่นนั้นรัฐไม่มีสิทธิที่จะอ้างหลักกฎหมายภายในใด ๆ ได้¹⁰²

2.8.6 มูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ในการเวนคืน (Motives and purposes of expropriation)

ความแตกต่างระหว่างการเวนคืนและการกระทำในรูปแบบอื่นของรัฐที่กระทบกระเทือนทรัพย์สินของเอกชน มูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ในการกระทำของรัฐเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของการเวนคืน ปัญหาที่จะพิจารณาในขณะนี้คือ ขอบเขตซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดลักษณะของการเวนคืนนี้ นักวิชาการบางคนมีความเห็นว่า ถึงแม้ในกรณีรุนแรงซึ่งรัฐยึดเอาทรัพย์สินของคนต่างชาติโดยไม่ให้เห็นผลหรือมูลเหตุในการกระทำของรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่มีหลักเกณฑ์พิเศษแต่อย่างใดเกี่ยวกับกรณีเช่นนั้นในแนวทางที่แตกต่างจากการเวนคืนธรรมดาเพื่อสาธารณประโยชน์

อีกประการหนึ่ง มีการโต้แย้งกันว่าอำนาจในการเวนคืนตามหลักกฎหมายเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนหรือสวัสดิภาพทั่วไปของสังคม และแม้ว่าสวัสดิภาพของประชาชนได้รับการพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศว่ามีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งจะทำให้หลักการเคารพสิทธิของเอกชนเสียไป โดยขึ้นอยู่กับเงื่อนไขความจำเป็นเพื่อประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ การตัดสินใจของศาลระหว่างประเทศจำนวนมากสนับสนุนความเห็นนี้ ข้อกำหนดที่ว่า การเวนคืนจะต้องมีการให้เหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์นั้นมิอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก¹⁰³

ตามหลักการแล้ว การพิสูจน์ถึงการกระทำโดยพลการ (arbitrariness) สามารถใช้ได้กับมูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ของการเวนคืน ถ้ากฎหมายระหว่างประเทศยอมรับอำนาจอันกว้างขวางของรัฐที่จะเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามเหตุผลที่ว่าผลประโยชน์ของ

¹⁰² F.V. Garcia Amador, Ibid, p.15.

¹⁰³ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.15.

เอกชนจะต้องยอมยกให้แก่ผลประโยชน์ทั่วไปและสวัสดิภาพของประชาชนเช่นเดียวกับกฎหมายภายใน ซึ่งการใช้อำนาจเช่นนี้ของรัฐจะต้องให้เหตุผลอย่างชัดเจนเพื่อสาธารณประโยชน์ สำหรับการกระทำโดยพลการกรณีการเวนคืนในพฤติการณ์บางอย่างอาจคิดว่าเหมาะสมที่จะยกเว้นให้รัฐเพื่อปฏิบัติให้บรรลุผลสำเร็จตามข้อกำหนดซึ่งปรากฏว่าเป็นข้อจำเป็นอย่างหนึ่งด้วย แต่ในกรณีเช่นนี้การยกเว้นจะขึ้นอยู่กับเหตุผลที่ดีอย่างไรก็ตาม ถ้าไม่ใช่พฤติการณ์ในการยึดเอาทรัพย์สินของรัฐโดยพลการหรือด้วยเหตุผลอื่นไม่ใช่เพื่อสาธารณประโยชน์ที่ถือว่าสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ คำกล่าวนี้นี้ไม่แตกต่างจากความเห็นที่นักวิชาการทั้งหลายที่ได้อ้างเหตุผลว่า อำนาจที่กำหนดภายในของรัฐในเรื่องนี้ในทางปฏิบัติแล้วมีขอบเขตไม่จำกัด ความเห็นดังกล่าวนี้เป็นที่เข้าใจกันว่าหมายความว่าเพียงว่าเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้กฎหมายท้องถิ่นและไม่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดในแต่ละกรณีเกี่ยวกับคำว่า “สาธารณประโยชน์” หรือมูลเหตุจูงใจอื่น หรือวัตถุประสงค์เพื่อให้เหตุผลในการเวนคืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันเมื่อระบบทรัพย์สินเอกชนแตกต่างกันอย่างมาก ไม่จำเป็นที่จะพยายามทำให้ระบบทรัพย์สินเอกชนเป็นลักษณะระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับรัฐซึ่งได้ยอมรับอีกระบบหนึ่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐนั่นเอง เพราะฉะนั้นเป็นการเพียงพอที่กำหนดว่ารัฐทั้งหมดจะปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือข้อกำหนดซึ่งเหมือนกันทั้งหมด กล่าวคือว่าการใช้อำนาจเวนคืนเป็นสิ่งจำเป็นและให้เหตุผลเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับสาธารณะ ถ้าไม่มีเหตุผลเช่นนี้ การเวนคืนก็จะเป็นการกระทำโดยพลการ เพราะฉะนั้นรัฐจึงมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ¹⁰⁴

2.8.7 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืน (*Questions Concerning the Method of Expropriation*)

กฎหมายระหว่างประเทศยอมให้รัฐมีเสรีภาพมากในการดำเนินการเวนคืนมากกว่าที่จะคำนึงถึงมูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ในการเวนคืน ตัวอย่างเช่น ระบบการเวนคืนเป็นผลมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง หรือกรณีการโอนเป็นของชาติตามกฎหมายพิเศษเป็นเรื่องเดียวกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ตามที่ยอมรับกันโดยนักวิชาการทั้งหลายที่ยืนยันถึงความเป็นเอกของกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องการเวนคืน กฎหมายเวนคืนจะต้องแสดงลักษณะที่เหมือนกันกับกฎหมายทั้งหลายที่ตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจของรัฐบาลและจะต้องเป็นผลตามปกติในการปฏิบัติตามกลไกทางการเมืองนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามปกติตามกลไกของรัฐบาล การไม่ปฏิบัติเช่นนี้เท่ากับเป็นการผิดกฎหมาย

¹⁰⁴ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.16.

Schwarzenberger ซึ่งยึดถือตามการตัดสินของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงตัวอย่างของการเวนคืนว่าถ้าการเวนคืนขัดกันมาตรฐานขั้นต่ำ ความไม่ถูกต้องของกฎหมายเวนคืนไม่มีผลแต่อย่างใด ถ้ามีการชำระค่าทดแทนอย่างเพียงพอ ข้อบทประเพณีนี้มีอยู่ในสนธิสัญญาบางฉบับ ดังนั้นสนธิสัญญามิตรไมตรีพาณิชย์และความสัมพันธ์ทางกงสุลระหว่างสหรัฐอเมริกาและเยอรมัน (Treaty of Friendship Commerce and Consular Relations between the United State of America and Germany 1923) ระบุว่าทรัพย์สินจะไม่ถูกยึดไปโดยปราศจากกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม และใน Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1952) กำหนดว่า “ผู้ใดจะเอาไปไม่ได้ซึ่งความเป็นเจ้าของของเขา เว้นแต่เพื่อสาธารณประโยชน์และขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย และโดยหลักกฎหมายทั่วไป (มาตรา 1)”

เพราะฉะนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าการพิสูจน์การกระทำโดยพลการสามารถนำไปใช้กับวิธีการที่ใช้ในการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติเหมือนกับมาตรการอื่นๆ ที่กระทบกระเทือนสิทธิของคนต่างชาติที่ยึดเอาโดยรัฐ การเวนคืนอาจอยู่ในแนวทางการดำเนินการซึ่งทำให้เกิดผลในเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรม ในกรณีเช่นนี้ รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ตัวอย่างที่ชัดเจนมากที่สุด คือ วิธีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนชาติรัฐอื่นโดยไม่สามารถแสดงเหตุผลได้ อย่างไรก็ตามการปฏิเสธความยุติธรรมอาจเป็นผลมาจากความไม่ถูกต้องในวิธีการก็ได้ หรือในความหมายที่กว้างที่สุดอาจกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลอื่นภายใต้ข้อสงวนเหล่านี้ ดูเหมือนว่าไม่สามารถหนีไปจากหลักทั่วไปได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม หลักการพื้นฐานที่บังคับความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ อาจกล่าวได้ว่ารัฐไม่อยู่ภายใต้ข้อผูกพันใดๆ ที่จะยอมรับวิธีการอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายภายใน และรัฐอาจละทิ้งแนวทางและวิธีการตามปกติซึ่งกำหนดว่าในการกระทำเช่นนั้น รัฐไม่เลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติ หรือกระทำการอื่นใดหรือละเว้นการกระทำที่เป็นการกระทำโดยพลการอย่างชัดเจน โดยสรุป เสรีภาพในการกระทำของรัฐเกี่ยวกับแนวทางและวิธีการต่างๆ มีความหมายที่กว้างกว่าที่รัฐได้รับประโยชน์ โดยคำนึงถึงเหตุผลและวัตถุประสงค์ในการเวนคืน¹⁰⁵

2.9 การชดเชยค่าทดแทน (Compensation)

จากความเห็นระหว่างประเทศ ค่าทดแทนเป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับเรื่องการเวนคืนเพื่อสาธารณประโยชน์ ถึงแม้มาตรการในการเวนคืนอาจจะกระทำโดยพลการ เนื่องจากเหตุผลของการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดต่างๆ ที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ค่าทดแทนก็ยังเป็นข้อกำหนด

¹⁰⁵ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.16.

เบื้องต้น แม้ในกรณีการเวนคืนที่มีลักษณะทั่วไปไม่ใช่ส่วนบุคคล ด้วยเหตุผลนี้ ค่าทดแทนถือกันว่าสำคัญในทางปฏิบัติทางการทูตและในทางศาล

2.9.1 ลักษณะทางกฎหมายของการใช้ใช้ค่าทดแทน (*Legal nature of Compensation*)

ก่อนพิจารณาต่อไป ควรที่จะจำกัดคำว่า “การชดใช้ค่าทดแทน” หรือ “compensation” ในเรื่องการเวนคืนเนื่องจากมีคำที่เหมือนกันถูกใช้การกำหนดอีกรูปแบบหนึ่งคือ คำว่า “การชดใช้ค่าเสียหาย” หรือ “reparation” สำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็น การละเมิด หรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย ถึงแม้ว่าการชดใช้ค่าทดแทนและการชดใช้ค่าเสียหายบาง จุดที่เหมือนกัน แต่ความจริงแล้วทั้งสองเรื่องนี้แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายที่ ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในคดี Chorzow Factory Case ว่าความแตกต่างที่เกิด จากลักษณะของการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการชดใช้ค่าทดแทน (compensation) กรณีที่มีการกระทำที่ ผิดกฎหมายรวมทั้งการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ดังที่ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาว่า การชดใช้ค่าทดแทนเป็นรูปแบบหนึ่งของการชดใช้ค่าเสียหายที่ได้รับและอาจจะครอบคลุมถึงไม่ เพียงแต่ความเสียหายโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเสียหายอื่นๆ ที่เกิดจากการกระทำผิด กฎหมาย หรือการละเว้นการกระทำซึ่งจะต้องชดใช้ค่าเสียหายด้วย การชดใช้ค่าทดแทนสำหรับการ เวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมายถูกจำกัดเพียงราคาของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน ในขณะที่ในกรณีการกระทำผิด กฎหมายความรับผิดชอบเกิดขึ้นโดยตรงและในทันทีทันใดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ความรับผิดชอบในการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมายจะขึ้นอยู่กับจำนวนค่า ทดแทนการชำระโดยทันทีทันใดและรูปแบบของค่าทดแทนที่จ่ายเพียงเท่าที่ค่าเสียหายที่มีอยู่ ความ จริงแล้วความรับผิดชอบเกิดจากลักษณะของการชดใช้ค่าทดแทนตามอำเภอใจ (arbitrary) เพราะฉะนั้น ความสำคัญของการศึกษาเพื่อให้รู้ถึงลักษณะทางกฎหมายของการชดใช้ค่าทดแทนในการเวนคืนไม่ เพียงแต่เพื่อพิจารณาว่าเมื่อใดและด้วยเหตุผลอันใดที่ความรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้น แต่ใน ความหมายที่สำคัญยังรวมถึงเพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนที่เกี่ยวกับมาตรฐานที่ใช้เพื่อพิจารณาจำนวน ค่าทดแทนและเวลา และรูปแบบของการชำระค่าทดแทนด้วย

อีกประการหนึ่งที่จะพิจารณาคือว่า การชดใช้ค่าทดแทนเป็นเงื่อนไขที่ จำเป็นของการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ทั้งในทฤษฎีทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ ความเห็นสำคัญถือว่าการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติโดยไม่มีค่าทดแทนคือ การริบทรัพย์สิน (confiscation) หรือไม่ ถึงแม้ว่านักวิชาการหลายคนถือว่าการเวนคืนที่ไม่มีการชดใช้ค่าทดแทน กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าเป็นการริบทรัพย์สินด้วย เกี่ยวกับเรื่องนี้มีปัญหาสองประการที่

จะต้องให้คำตอบ ประการแรกคือ ตามข้อเท็จจริงอยู่ภายใต้ข้อผูกพันที่จะชดเชยให้คนต่างชาติ สำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนหรือไม่ และประการที่สอง สำหรับขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้ากำหนดข้อผูกพันเช่นนั้นต่อรัฐจะถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าทดแทนหรือไม่ ซึ่งจะพิจารณาต่อไป แต่ที่ควรสังเกตคือ ถึงแม้ว่าการชดเชยค่าทดแทนไม่สามารถแยกออกได้จากการเวนคืน การริบทรัพย์สินไม่ควรที่จะทำให้สับสนกับการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ในขณะที่มีลักษณะเป็นการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ซึ่งทำให้ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ และด้วยเหตุนี้ทำให้มีความรับผิดชอบของรัฐโดยตรงและในทันทีทันใด มาตรการต่างๆ ที่มีลักษณะเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่เหมือนกันได้ อย่างไรก็ตามฐานะที่แตกต่างกันเกี่ยวกับสิ่งที่ถูกเรียกขานว่าการเวนคืน “โดยพลการ” นั้น ถึงแม้ว่าถ้าการชดเชยค่าเสียหายเป็นข้อกำหนดที่ไม่สามารถหนีพ้นไปได้ การริบทรัพย์สินมาจากหรือเกิดจากมาตรการซึ่งถูกต้องตามกฎหมายในตัวเองความรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้นเฉพาะจากการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการชดเชยค่าทดแทนเท่านั้น ในปัจจุบันนี้ความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างการเวนคืนและการริบทรัพย์สินมีอยู่ไม่มากในการมีหรือไม่มีค่าทดแทนเท่ากับมูลเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์ของการยึดโดยรัฐ ในความเห็นตามข้อเท็จจริงว่าการเวนคืนที่ไม่มีค่าทดแทนอาจถูกต้องตามกฎหมาย (แม้แต่จากความเห็นระหว่างประเทศ) คำว่า ริบทรัพย์สินจะนำไปใช้เฉพาะกับมาตรการต่างๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษ หรือการยึดทรัพย์สินที่มีเหตุผลทางการเมือง เพราะฉะนั้นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณามาตรการประเภทนี้คือว่าด้วยเหตุผลมีลักษณะเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐ “โดยพลการ” ที่ก่อให้เกิดการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่¹⁰⁶

2.9.2 ข้อผูกพันในการใช้ค่าทดแทนและกฎหมายที่ใช้บังคับ (*The Obligation to indemnity and the law governing it*)

ในการพิจารณาปัญหาค่าทดแทนมีความสำคัญที่จะพิจารณาว่ามันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ที่ว่าการเวนคืนทรัพย์สินของต่างชาติผูกพันให้รัฐชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าของต่างชาติ และถ้าเป็นเช่นนั้นกฎหมายอะไรที่จะใช้บังคับ จะต้องศึกษาให้รู้ว่าขอบเขตของพันธกรณีนั้นมีอย่างไรที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศเองและกฎหมายภายในกำหนดขอบเขตไว้เพียงใด ที่กำหนดจำนวนค่าทดแทน เวลา และแบบของการชำระค่าทดแทน ถึงแม้ว่าอาจจะไม่ชอบด้วยเหตุผลที่แนะนำว่า ข้อผูกพันที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศอาจบังคับโดยหลักกฎหมายอื่น เหตุการณ์เช่นนี้ไม่พบบ่อยนักในการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายท้องถิ่น ความจริงแล้วปัญหาที่ว่า

¹⁰⁶ F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.16.

กำหนดหน้าที่และขอบเขตของการใช้ระบบกฎหมายสองระบบในความสัมพันธ์กับหน้าที่ในการชำระค่าทดแทนเป็นปัญหาที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ

ประการแรก มีความจำเป็นที่จะตรวจสอบปัญหาอันสำคัญ กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่ให้รัฐจ่ายค่าทดแทนแก่คนต่างชาติสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนหรือไม่ ความเห็นของนักวิชาการบางท่านปฏิเสธ เช่น Strupp เห็นว่าไม่มีหลักกฎหมายจารีตประเพณีห้ามไม่ให้รัฐเวนคืนทรัพย์สินของคนชาติรัฐอื่นโดยมีหรือไม่มีค่าทดแทน หรือความไม่เสมอภาคระหว่างคนชาติรัฐเองกับคนต่างชาติ (ในกรณีไม่มีสนธิสัญญาการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับคนชาติ ซึ่งคนต่างชาติต้องการมากที่สุด) และไม่ว่ามาตรการที่มีปัญหานั้น ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไม่บังคับต่อคนต่างชาติโดยทั่วไป Kaackenbeek แสดงความเห็นว่าการยกเลิกโดยกฎหมายซึ่งสิทธิที่ได้รับมา (Acquired Right) ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในเรื่องค่าทดแทน เพราะฉะนั้น จึงจำเป็นที่จะพิสูจน์ให้รู้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่สามารถใช้ในการพิจารณาในกรณีการชำระค่าทดแทนมีความจำเป็นหรือไม่ เขาสรุปว่า หลักเกณฑ์ที่ยอมรับว่ามีผลหรือเป็นมาตรฐาน คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (the principle of non-discrimination) ถึงแม้คนอื่นอาจจะกล่าวในความหมายเดียวกัน แต่จะเห็นได้ว่าความเห็นที่สำคัญถือว่ารัฐอยู่ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่เป็นคนต่างชาติ

ความเห็นในทางปฏิเสธไม่ปรากฏว่าได้รับการสนับสนุนในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ กฎหมายจากคดีที่สืบเนื่องกันมาซึ่งขึ้นอยู่กับหลักการเคารพสิทธิได้มา (Acquired Right) และห้ามการกระทำในลามิควรได้ มีคดีตัวอย่างหลายคดีสนับสนุนความเห็นในเชิงยืนยันในคดี Upton Case (1903) คณะกรรมาธิการผสมถือว่าสิทธิของรัฐที่จะถือเอาทรัพย์สินของเอกชนเพื่อสาธารณประโยชน์ไม่มีปัญหาแต่อย่างใด แต่มักจะสอดคล้องกับพันธกรณีที่จะต้องให้ค่าทดแทนแก่เจ้าของทรัพย์สินนั้น ในคดี de Sabla Case (1933) คณะกรรมาธิการได้ตรวจสอบปัญหานี้โดยตรงจากปัญหาเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ “เป็นความจริงโดยไม่ต้องพิสูจน์ว่ากฎหมายต่างๆ ของรัฐบาลถือเอาทรัพย์สินของคนต่างชาติโดยปราศจากค่าทดแทนนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ” อีกคดีหนึ่ง ถือว่าสิทธิในการเวนคืน “ไม่มีอยู่เป็นสิทธิที่จะแยกต่างหากจากพันธกรณีที่ทำการชดใช้ค่าทดแทน” ในคดี Chorzow Factory Case ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศประกาศว่า การจ่ายค่าทดแทนที่ยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้การเวนคืนถูกต้องตามกฎหมาย คดีตัวอย่างเหล่านี้และคดีอื่นๆ จะมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมกรณีอยู่ในยามสงครามหรือในภาวะฉุกเฉินของชาติ

กลุ่มของกฎหมายจากคดี (case-law) มีรากฐานมาจากแนวความคิดเรื่องทรัพย์สินของเอกชน ซึ่งมีลักษณะสำคัญกว่าในกฎหมายท้องถิ่นจนกระทั่งสงครามโลกครั้งที่ 1

เนื่องจากสมัยนั้นมีแนวโน้มที่แตกต่างกัน บางคดีมีความสำคัญมากซึ่งพบได้ในกฎหมายเปรียบเทียบและระบบกฎหมายท้องถิ่นในยุคเดียวกันถูกแทนที่ด้วยความเห็นสามกลุ่ม คือ กลุ่มแรกคือรัฐทั้งหลายยังคงดำเนินต่อไปตามหลักเศรษฐกิจเสรีนิยม การเวนคืนเพื่อสาธารณประโยชน์เป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายเฉพาะเมื่อมีการชำระค่าทดแทนเท่านั้น กลุ่มนี้ยังคงมีเสียงส่วนใหญ่ของรัฐทั้งหลายอยู่ รัฐในกลุ่มที่สองเป็นผลมาจากการเน้นในเรื่องหน้าที่ของทรัพย์สินในทางสังคม (social function of property) การชดเชยค่าทดแทนไม่ได้รับการพิจารณาอีกต่อไปว่าเป็นสาระสำคัญของการเวนคืน ในกลุ่มที่สาม ประกอบด้วยรัฐที่มีระบบเศรษฐกิจสังคมนิยม ซึ่งกรรมสิทธิ์ในวิธีการผลิตได้โอนไปเป็นของรัฐ และทรัพย์สินของเอกชนลดลงเป็นจำนวนน้อย การชดเชยค่าทดแทนซึ่งมีลักษณะบังคับแต่ดั้งเดิมนั้นสูญเสียไปและขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์และวิจารณ์ของรัฐโดยสิ้นเชิง

ที่กล่าวมาข้างต้น จะต้องไม่เป็นที่เข้าใจว่า ผลของกฎหมายท้องถิ่นที่แตกต่างกันนี้ตัดหลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับข้อผูกพันระหว่างประเทศของรัฐในการจ่ายค่าทดแทนให้คนต่างชาติสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนเพื่อสาธารณประโยชน์ หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันโดยอารยชาติทั้งหลาย (The principle of law recognized by civilized nations) ปัจจุบันนี้ได้กลายเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศจารีตประเพณีไปแล้ว เหมือนกับหลักกฎหมายอื่นๆ พันธกรณีระหว่างประเทศในการจ่ายค่าทดแทนอาจได้รับการเปลี่ยนแปลงหรือแม้แต่การยกเลิกไว้ต่างหากด้วย ถ้าไม่สอดคล้องกับความจำเป็นและประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศดังเช่นที่ได้เกิดขึ้นแล้วในกรณีของบางหลัก แต่กรณีนี้ไม่ใช่หลักการเคารพสิทธิได้มาของคนต่างชาติที่กำหนดค่าทดแทนในการเวนคืน ไม่ว่าเอกชนหรือส่วนรวมด้วยเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์ดังเช่นในกรณีของพันธกรณีระหว่างประเทศ รัฐไม่อาจอ้างการปกป้องตามกฎหมายท้องถิ่นได้

อย่างไรก็ตาม การไม่มีอคติต่อความสมบูรณ์และความมีผลสืบเนื่องกันมาของหลักนี้ ข้อยกเว้นต่างๆ อาจมีการยอมรับได้ ข้อยกเว้นหนึ่งซึ่งดูเหมือนได้ให้เหตุผลทั้งหมดไว้ ถือว่าการเวนคืนทรัพย์สินที่ได้มาตามระบบกฎหมายท้องถิ่นซึ่งไม่ได้มีการพิจารณาค่าทดแทนหรือปล่อยให้ค่าทดแทนอยู่ในดุลยพินิจของรัฐ คนต่างชาติที่ทำการลงทุนในพฤติกรรมเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายภายในและยอมรับว่าสมบูรณ์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งการกระทำใดๆ ที่กระทำโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจตามบทบัญญัติเหล่านั้น สถานะนี้แตกต่างโดยสิ้นเชิง จากสถานะของคนต่างชาติซึ่งอยู่ภายใต้มาตรการในการเวนคืนซึ่งละเมิดกฎหมายที่ใช้บังคับในเวลาที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินของเขาหรือมาตรการที่กระทำภายใต้กฎหมายใหม่ ซึ่งยกเลิกหรือแก้ไขให้มีผลย้อนหลัง (Retroactive Effect) ซึ่งกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ก่อนนั้น

สถานะเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องเหมือนกับเมื่อรัฐเชื่อเชิญหรือส่งเสริมโดยการโฆษณา ชักชวน หรือวิธีการอื่นสำหรับเงินทุนต่างประเทศเพื่อลงทุนในอุตสาหกรรมที่จำเป็นเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

ได้มีการโต้แย้งว่า ในกรณีเช่นนี้การใช้หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppels) หรือ Venire Contra Proprium ทำให้การเวนคืนไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทน แต่ถึงแม้การเชื่อเชิญของรัฐจะยอมรับอย่างชัดเจนว่าจะไม่ทำการเวนคืนโดยไม่ชดใช้ค่าทดแทนซึ่งเป็นการยากที่จะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้าใจว่าสามารถที่จะได้สิทธิการชดใช้ค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนได้อย่างไร ถ้าการเชื่อเชิญไม่ชัดเจนในเรื่องนี้ คนต่างชาติที่เกี่ยวข้องก็ไม่สามารถได้สิทธิมากกว่าสิทธิที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายท้องถิ่นที่ใช้บังคับในเวลาทำการลงทุนนั้น

ในประการที่สอง ขอบเขตสำหรับข้อผูกพันในการชำระค่าทดแทนถูกบังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศเอง และในขอบเขตสำหรับกฎหมายภายในที่จะกำหนดจำนวนค่าทดแทนและในเวลาและแบบของการชำระเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นทางปฏิบัติในระยะเวลาเดียวกันมีอยู่เสมอเฉพาะปัญหาที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากจริงๆ ในกรณีไม่มีสนธิสัญญาซึ่งใช้พิจารณาว่าการชดใช้ค่าทดแทนทำได้เมื่อใด และจำนวนเท่าใด การยอมรับหลักที่ว่ารัฐอยู่ภายใต้ข้อผูกพันระหว่างประเทศเพื่อชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินต่างชาติไม่เป็นการเพียงพอในตัวของมันเอง หลักนี้ไม่สามารถใช้ได้ด้วยตัวเองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งบังคับเกี่ยวกับจำนวนการชำระทันทีทันใด และแบบของการชดใช้ค่าทดแทน เพราะฉะนั้นหลักนี้ซึ่งรัฐบาลรัฐได้สนับสนุนมานาน และมีความเห็นเชิงเปรียบเทียบในหนังสือกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งไม่เพียงแต่กำหนดข้อผูกพันในการชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น แต่ยังกำหนดค่าทดแทนจะต้องยุติธรรม (just) พอเพียง (adequate) ชดใช้ทันทีทันใด (prompt) และอย่างเป็นผล (effective) เพื่อให้สมบูรณ์ระหว่างประเทศด้วย

ปัญหาว่าหลักนี้สะท้อนให้เห็นทางปฏิบัติระหว่างประเทศในระยะเวลาเดียวกันหรือไม่ หรือสอดคล้องกับกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้ตรวจสอบต่อไป ในตอนแรกนี้อาจจะเป็นประโยชน์ที่จะพิจารณาปัญหาอันสำคัญว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าตอบแทนในกรณีเวนคืนทรัพย์สินเอกชนเป็นกรณีเดียวกันกับการโอนเป็นของชาติหรือไม่ ระบบตามรัฐธรรมนูญซึ่งยังกำหนดการชำระทันทีทันใด ยุติธรรม และการชดใช้ค่าทดแทนอย่างเป็นผลเกี่ยวกับการเวนคืนแบบปกติธรรมดาได้รับการสนับสนุนโดยข้อเท็จจริงที่แม้แต่ในประเทศที่

กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดการชดเชยค่าทดแทนประเภทนี้ระบบที่แตกต่างอีกระบบหนึ่งซึ่งตามปกติถูกแนะนำเมื่อมาตรการในการเวนคืนได้รับการปฏิบัติให้บรรลุผล¹⁰⁷

2.9.3 จำนวนค่าทดแทนมาตรฐานในการประเมินราคาทรัพย์สินที่เวนคืน

(Amount of compensation and criterion for valuation of the property expropriated)

เกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทน แนวโน้มทั่วไปในการเวนคืนทรัพย์สินเอกชนยังคงให้ชำระค่าทดแทนอย่างยุติธรรม หรือชำระอย่างพอเพียง คำกล่าวนี้เกิดจากกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ อย่างน้อยในทางปฏิบัติตามจารีตประเพณี ในคดี Delagoa Ray Railway Case (1900) ใน Compromis ปี 1891 ศาลอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดที่เห็นว่ายุติธรรมที่สุดเกี่ยวกับจำนวนการชดเชยค่าทดแทนที่จ่ายโดยโปรตุเกส ในคดี Norwegian Claims Case (1922) ศาลประจำอนุญาโตตุลาการถือว่าผู้อ้างสิทธิมีสิทธิในค่าทดแทนที่ยุติธรรมตามกฎหมายท้องถิ่นของสหรัฐ เช่นเดียวกับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในคดี Chorzow Factory Case ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ค่าทดแทนที่ยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้การเวนคืนถูกต้องตามกฎหมาย

คำว่า ค่าทดแทนอย่างพอเพียง (adequate) หรือข้อความที่คล้ายคลึงกันปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาจำนวนมากซึ่งส่วนมากที่สหรัฐเป็นคู่ภาคี ตามหลักทั่วไปสนธิสัญญาเหล่านี้ถูกกำหนดตามความเห็นที่ยอมรับกันว่าเป็นความเห็นที่ดีที่สุดแล้ว โดยกำหนดว่าค่าทดแทนจะต้องจ่ายทันทีทันใด (prompt) และเป็นผล (effective) ตัวอย่างในทางปฏิบัติคือสนธิสัญญามิตรไมตรีพาณิชย์และการเดินเรือกับกรีซในปี 1951 ในมาตรา VII ได้กำหนดให้จ่ายค่าทดแทนที่ยุติธรรมในทันทีทันใดในรูปแบบที่มีประสิทธิผล รวมทั้งตัวอย่างในสนธิสัญญาอื่นๆ อีกเป็นจำนวนมาก

ในความเห็นเกี่ยวกับขอบเขตอันสำคัญสำหรับกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศสนธิสัญญาต่างๆ ที่กล่าวถึงข้างต้น และหลักทั่วไปในเรื่องที่ได้รับอิทธิพลโดยกฎหมายท้องถิ่น การเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจนที่แสดงให้เห็นในรัฐธรรมนูญส่วนมาก โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่ร่างก่อนสงครามโลกครั้งที่สองท้าย และรัฐธรรมนูญที่ยังบังคับใช้อยู่ได้ยังกำหนดให้ชดเชยค่าทดแทนอย่างยุติธรรมอย่างเพียงพอและเต็มจำนวน ในขณะที่รัฐธรรมนูญหลังสงครามมักจะใช้คำว่า มากพอ (fair) ยุติธรรม (equitable) และพอสมควร (reasonable) ในบางคดีอย่างน้อยความแตกต่างเหล่านี้เป็นเรื่องถ้อยคำมากกว่าสะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชนที่ทำให้การประเมินผลแตกต่างกันเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนที่รัฐสามารถจ่ายได้ ที่สำคัญมากกว่าคือข้อเท็จจริงที่รัฐธรรมนูญสมัยใหม่จำนวนมากมักจะพิจารณาว่าค่าทดแทน

¹⁰⁷ F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.17-19.

เป็นสาระสำคัญของการเวนคืนด้วยเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์แต่ไม่มีการอ้างถึงแต่อย่างใด
เกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนที่พิจารณาว่าเหมาะสมหรือให้อำนาจรัฐเพื่อกำหนดจำนวนค่าทดแทน
เมื่อมาตรการในการเวนคืนได้รับการปฏิบัติให้บรรลุผล

ในบางกรณีข้อกำหนดที่ว่าค่าทดแทนควรมีจำนวนเพียงพอหรือยุติธรรมในตัวของมันเองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เพียงพอ เพื่อพิจารณาจำนวนค่าทดแทนที่จะจ่าย ถึงแม้จะไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความ การใช้ข้อความเหล่านี้ก็ยิ่งก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนที่ควรจ่ายอย่างเหมาะสมและทันทีทันใดให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนในกรณีและพฤติการณ์ที่แตกต่างกันที่อาจเกิดขึ้น กล่าวอีกอย่างหนึ่งจำเป็นที่จะต้องทำให้รู้แน่ชัดว่าหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตามในการประเมินค่าทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน และเกี่ยวกับเรื่องนี้จะต้องกล่าวว่า ทั้งๆ ที่ความคล้ายคลึงกันซึ่งไม่สามารถปฏิเสธได้และจุดที่บรรจบกันระหว่างหลักเกณฑ์เหล่านี้เป็นอย่างไร หลักเกณฑ์เหล่านี้ไม่ควรทำให้สับสนกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาจำนวนค่าทดแทนในกรณีความเสียหายเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ผิดกฎหมายของรัฐ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติได้มีการวางมาตรฐานอย่างเป็นระบบซึ่งได้มีการปฏิบัติตามแล้วในทางปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้ฟ้องอยู่เสมอว่าศาลประจำยุติธรรมได้วางมาตรฐานเกี่ยวกับ “ราคา ในขณะที่ทำการริบทรัพย์สินบวกกับดอกเบี้ยจนถึงวันที่จ่ายเงินนั้น”

ถึงแม้ว่าภายใต้หลักเกณฑ์นี้ ความยุ่งยากทั้งหมดไม่ได้รับการแก้ไข ตัวอย่างเช่น ในการประมาณราคาจะต้องให้น้ำหนักสำหรับการเสื่อมราคาของทรัพย์สินหรือของเงินตราที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายนั้น บัญชีสามารถรับได้เพียงใด หรือทรัพย์สินที่จะจับต้องไม่ได้ คำนวณราคาได้อย่างไร ปัญหาเหล่านี้และปัญหาอื่นๆ อีกมาก ซึ่งอาจเกิดขึ้นและได้เกิดขึ้นในทางปฏิบัติไม่ได้รับการแก้ปัญหาด้วยวิธีเดียวกันในทุกคดี หรือไม่ใช่ว่ามันเป็นไปได้ที่จะแก้ปัญหาตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้แล้วหรือได้รับการพิจารณามาก่อน ระดับของความไม่แน่นอนซึ่งมีอยู่เป็นผลจากฐานที่แตกต่างกันสำหรับการเวนคืนที่เกิดขึ้นเนื่องจากทรัพย์สินแตกต่างกันซึ่งอาจจะเป็นเรื่องวัตถุประสงค์ของการเวนคืนและในพฤติการณ์ที่ต่างกัน¹⁰⁸

2.9.4 การชดใช้ค่าทดแทนทันทีทันใดและรูปแบบในการจ่ายค่าทดแทน

(Promptness of Compensation and Form in which Payment is to be Made)

เงื่อนไขอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการชำระค่าทดแทน นั้น
คือค่าทดแทนควรจะจ่ายทันทีทันใด และอย่างเป็นผล ตัวอย่างเช่น ในคดี Norwegian claims case
ศาลได้กล่าวว่า การชดใช้ค่าทดแทนอย่างยุติธรรมในเวลาที่เหมาะสม และในคดี Goldenberg case

¹⁰⁸ F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.19-20.

(เยอรมัน-โรมเนีย 1928) อนุญาโตตุลาการถือว่า ถึงแม้กฎหมายระหว่างประเทศให้อำนาจแก่รัฐ กระทำการยกเว้นหลักการเคารพสิทธิของเอกชนต่างชาติเพื่อสาธารณประโยชน์รัฐทำตามเงื่อนไขที่ จำเป็นซึ่งรัฐจะต้องจ่ายเงินพอสมควรอย่างรวดเร็วเท่าที่จะทำได้สำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนหรือถูก ครอบครอง

เกี่ยวกับคำว่า การจ่ายเงินอย่างเป็นผลนั้น เหตุผลที่ปรากฏไม่สามารถ คาดหวังได้ว่ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติกำหนดรูปแบบในการชำระค่าทดแทนอย่างไร ทางปฏิบัติ ตามปกติคือจะต้องจ่ายค่าทดแทนเป็นเงินสดในระบบเงินตราตามกฎหมายในกฎหมายของยุโรป หลังสงคราม มาตรการในการโอนเป็นของชาติจะต้องปฏิบัติตามนั้น การชำระค่าทดแทนพบได้ เสมอ แม้แต่ในกรณีของประเทศทางตะวันตกบางประเทศ การชำระค่าทดแทนนั้นกระทำในรูปของ พันธบัตรรัฐบาล¹⁰⁹

2.9.5 ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับข้อกำหนดในเรื่องค่าทดแทน (General

Consideration Concerning the Requirement in Regard to Compensation)

ตามที่กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐในการชดเชย ค่าทดแทนให้แก่เจ้าของทรัพย์สินชาวต่างชาติยังไม่มีข้อยุติเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับพันธกรณี จะต้องศึกษาให้รู้ว่าพันธกรณีนั้นมีขอบเขตอย่างไร ถ้าได้รับการสันนิษฐานว่ามีอยู่ตามที่กำหนด โดยกฎหมายระหว่างประเทศและสำหรับกฎหมายภายในที่จะกำหนดจำนวนค่าทดแทน เวลา และ แบบการชำระมีขอบเขตอย่างไร ปัญหาที่สองนี้ตามปกติแล้วในตัวของมันเองก่อให้เกิดความยุ่งยาก เป็นอย่างมาก

ข้อกำหนดในเรื่องค่าทดแทนมีอย่างไร ในกรณีการเวนคืนตามแบบปกติ ธรรมดาเกี่ยวกับเรื่องจำนวน “ค่าทดแทน” หลักทั่วไปตามทางปฏิบัติทางการทูตและของศาล ยุติธรรม และที่ยอมรับกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญภายในประเทศเป็นจำนวนมากถือว่าการค่าทดแทน จะต้องพอเพียงนั้น กล่าวได้ว่าจะต้องครอบคลุมราคาทรัพย์สินที่เวนคืน หลักการนี้อ้างว่าเป็นหลัก ทั่วไปหลักหนึ่ง เพราะอาจจะมีหลายกรณีและหลายสถานะซึ่งค่าทดแทนไม่ครอบคลุมถึงค่าเต็ม ราคาของทรัพย์สินที่เวนคืน จะต้องได้รับการถือว่าสมบูรณ์และมีผลทั้งตามหลักกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ถ้าการลงทุนต่างชาติกระทำในประเทศซึ่งรัฐธรรมนูญ ไม่ได้กำหนดการชำระค่าทดแทนเต็มราคาจะไม่มีเหตุผลเพื่อกำหนดให้รัฐจ่ายค่าทดแทนเท่ากับ ค่าที่แท้จริงของทรัพย์สิน เกี่ยวกับกรณีการลงทุนตามระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้พิจารณา ถึงค่าทดแทนหรือค่าทดแทนทั้งหมดขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของรัฐ สถานะอันนี้โดยสาระสำคัญก็

¹⁰⁹ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.20.

เหมือนกัน และจะต้องได้รับการแก้ไขวิธีเดียวกัน ในกรณีเหล่านี้ไม่มีกรณีใดที่หลักการเคารพสิทธิได้มาจะอ้างได้อย่างเหมาะสม

อีกประการหนึ่ง เป็นการขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้ารัฐที่ทำการเวนคืนเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนต่างชาติซึ่งเป็นผลเสียหายต่อคนต่างชาติ ในการกำหนดจำนวนค่าทดแทน ซึ่งความจริงแล้วสถานะเช่นนี้จะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีการเวนคืนแบบนี้ ซึ่งกระทบกระเทือนต่อคนชาติและเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นคนต่างชาติในทางปฏิบัติเกิดขึ้นได้ยาก Sir John Fischer Williams ได้กำหนดหลักสำคัญในเรื่องนี้ว่า “เมื่อไม่มีสนธิสัญญา หรือข้อผูกพันตามสัญญา หรือกึ่งสัญญา ผูกพันรัฐกับเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นต่างชาติ ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไป บังคับไม่ให้รัฐเวนคืนเว้นแต่ข้อบทในการชำระค่าทดแทนอย่างเพียงพอหรือเต็มราคา” ข้อสรุปนี้ไม่ได้หมายความว่า ในกรณีไม่มีสนธิสัญญาหรือสัญญา รัฐก็เป็นอิสระที่จะเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติและเข้าทำลายทรัพย์สินของคนต่างชาติตามอำเภอใจ ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับการชำระค่าทดแทน ทันทีทันใด และอย่างเป็นผล และในทางปฏิบัติแม้สามารถให้เหตุผลได้น้อยกว่า สำหรับความเห็นที่ว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องมีอยู่ในเรื่องนี้ ถ้าการชำระค่าทดแทนการกระทำภายในระยะเวลา และในรูปแบบที่กำหนดและถ้าการชำระค่าทดแทนไม่ได้กระทำตามอำเภอใจอย่างชัดเจน ปรากฏว่าไม่มีเหตุผลในการกำหนดให้รัฐชำระค่าทดแทนอย่างรวดเร็วหรือในแบบที่เป็นผลมากกว่าอื่นๆ ที่ไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในการกำหนดไว้อย่างเหมาะสมสำหรับลักษณะการชำระค่าทดแทนลักษณะนี้ อย่างไรก็ตามอาจกำหนดว่าคนต่างชาติจะได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างอนุเคราะห์ที่สุด เหมือนกับคนชาติของรัฐที่ทำการเวนคืนจะมีสิทธิในพฤติการณ์ที่เหมือนกัน

ในกรณีการเวนคืนแบบโอนเป็นของชาติทางปฏิบัติยังมีลักษณะแตกต่างกัน 3 สำนัก คือ

ความเห็นของสำนัก Orthodox ถือว่าความแตกต่างระหว่างการเวนคืนสองแบบไม่มีผลในทางกฎหมายเกี่ยวกับ จำนวน เวลา หรือความมีผลของค่าทดแทน เนื่องจากหลักพื้นฐานที่มีอยู่เหมือนกัน บทบัญญัติตามร่างที่เสนอโดย Lapradelle ต่อมา Institute de droit international ถูกคัดค้านโดยกรรมการบางคนของสถาบันด้วยเหตุผลที่ว่า หลักจารีตประเพณีสามารถใช้ได้กับการโอนเป็นของชาติ นักวิชาการคนอื่นๆ ที่มีความเห็นคัดค้านและถือว่าในกรณีการโอนเป็นของชาติ รวมถึงการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศใดประเทศหนึ่ง ปัญหาค่าทดแทนในทุกลักษณะเป็นเรื่องอยู่ภายในดุลยพินิจของรัฐ ดังนั้น เป็นการสะท้อนฐานะที่กระทำโดยบางรัฐบาล กลุ่มที่สามซึ่งมีเสียงข้างมากมีแนวโน้มอย่างแข็งขันในการสนับสนุนการใช้หลักที่ยืดหยุ่นมากกว่า ดังนั้น จึงสอดคล้องกับระบบ Lump-sum Agreement บาง

คนในกลุ่มแรกยืนยันว่า ข้อผูกพันในการชำระค่าทดแทนเต็มราคาในทางปฏิบัติอาจมีผลต่อการดำเนินการปฏิรูปตามโครงการนั้นไม่ได้คือ Lauterpacht ความเห็นเกี่ยวกับความเป็นไปไม่ได้ทางกายภาพ นักวิชาการอื่นๆ ในกลุ่มนี้มีความเห็นเหมือนกัน ถือว่าความสามารถของรัฐที่ทำการโอนเป็นของชาติที่จะชำระค่าทดแทนเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุด ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาในการกำหนดจำนวน เวลา และแบบของการชำระค่าทดแทน

ในการแก้ปัญหาที่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาไม่เพียงแต่การพิจารณาทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังพิจารณาตามหลักยุติธรรม (equity) และการพิจารณาถึงลักษณะการปฏิบัติทางวิชาการและทางการเมืองด้วย การโต้แย้งเกี่ยวกับความเป็นไปไม่ได้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ถ้ามีความประสงค์ที่จะทำให้การเวนคืนถูกต้องตามกฎหมายเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะแย่งเอาอำนาจของรัฐที่ยากจนและด้อยพัฒนาเพื่อการแสวงประโยชน์โดยตรงจากทรัพยากรธรรมชาติและการบริการมหาชน หรืออุตสาหกรรมอื่น หรือการดำเนินการที่ได้กำหนดขึ้นในอาณาเขตของรัฐ ความสามารถในการชำระค่าทดแทนยังมีความสำคัญในการชำระหนี้ที่ทันใดและอย่างเป็นผล รัฐที่เวนคืนถ้าไม่ถูกบังคับให้ชำระหรือยอมรับรูปแบบในการชำระ ในหลายกรณีสามารถชำระค่าทดแทนมากกว่าจำนวนที่เพียงพอสำหรับราคาทรัพย์สินนั้น ในกรณีการโอนเป็นของชาติการชำระค่าทดแทนควรเป็นไปตามข้อกำหนดที่ยืดหยุ่นหรือเงื่อนไขต่างๆ มีความเข้มงวดน้อยกว่าข้อกำหนดซึ่งอาจถูกกำหนดไว้อย่างเหมาะสม ในกรณีการเวนคืนตามแบบปกติธรรมดา ไม่มีการพิจารณาใดๆ ที่กล่าวข้างต้นถือว่ามีความหมายเป็นการยกเลิกหลักที่ว่าไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนต่างชาติ ซึ่งเป็นการเสียหายต่อคนต่างชาติ ซึ่งเป็นการเสียหายต่อคนต่างชาติ ซึ่งจำเป็นต้องใช้ในทุกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่ได้รับมา หรือการพิจารณาเหล่านี้ไม่ได้ให้อำนาจแก่รัฐในการกำหนดค่าทดแทนโดยเหตุผลตามจำนวนหรือเวลา หรือแบบของการชำระค่าทดแทนที่เปลี่ยนรูปการเวนคืนเป็นการริบทรัพย์สิน หรือเป็นเพียงการแย่งทรัพย์สิน (depoliation) ของเอกชนเท่านั้น¹¹⁰

ข้อมติที่ 3281 (xxix) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐทางเศรษฐกิจ (The Charter of Economic Rights and Duties of States (1974) กำหนดว่าการโอนเป็นของชาติ การเวนคืนหรือการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินต่างชาติ ซึ่งจะได้รับชำระค่าทดแทนอย่างเหมาะสมนั้น ลักษณะพื้นฐานของบทบัญญัติที่ยอมรับกัน คือการยอมรับหน้าที่ระหว่างประเทศในการชำระค่าทดแทนการพิจารณาจำนวนค่าทดแทนขึ้นอยู่กับพฤติการณ์เฉพาะของแต่ละคดี ซึ่งขึ้นอยู่กับหลักการพิจารณาอย่างยุติธรรม (equitable consideration) สำหรับความมีอยู่ของบทบัญญัติทุก

¹¹⁰ F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.22-24.

เรื่องขึ้นอยู่กับหลักกลาภมิควรได้ (The principle of unjust enrichment) ความเห็นเกี่ยวกับค่าทดแทนที่เหมาะสมยึดหยุ่นพอที่จะยอมให้ผู้ตัดสินภายในประเทศหรือระหว่างประเทศที่จะทำการพิจารณาสาระสำคัญของหลักกลาภมิควรได้ในเบื้องหลังการลงทุน การพิจารณาว่าภายใต้พฤติการณ์อะไรที่ก่อให้เกิดค่าทดแทนที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่การตีความบทบัญญัติของกฎบัตรซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากนักวิชาการของประเทศอุตสาหกรรม ข้อวิจารณ์ที่สำคัญต่อบทบัญญัตินี้ในกฎบัตรก็คือ ไม่มีการอ้างให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศสำหรับการปฏิบัติตามการลงทุนต่างชาติ ซึ่งอธิบายได้ว่าเป็นการปฏิเสธกฎหมายระหว่างประเทศโดยเด็ดขาดในเรื่องการโอนเป็นของชาติ หรือการเวนคืน ดังนั้น กฎบัตรได้รับการตีความว่าเป็นการประกาศอำนาจเด็ดขาดของรัฐ กฎหมายภายในเองจะอยู่ในมือของรัฐซึ่งวิธีการที่เป็นประโยชน์ทั้งหมดตามข้อผูกพันที่รัฐกำหนด กล่าวได้ว่า เฉพาะข้อผูกพันที่จะต้องให้ค่าทดแทนเช่นนั้น ถ้าค่าทดแทนนั้นมีความเหมาะสมโดยพิจารณาเฉพาะกฎหมายท้องถิ่นและพฤติการณ์ต่างๆ กฎหมายระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องตรงกัน

จะต้องยอมรับว่าผลของการประนีประนอมระหว่างความเห็นที่แตกต่างกันไม่แน่นอนและเคลือบคลุมเพื่อให้การสนับสนุนสำหรับการพิจารณาทบบัญญัตินั้น อย่างไรก็ตามในการพิจารณาเนื้อหาของมาตรานี้ทั้งหมดประกอบกับมาตราอื่นทั้งหมดตามหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนำไปสู่การตีความที่ต่างกัน

ในข้อมติที่ 1803 ในปี 1962 ของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติซึ่งกำหนดว่าในการโอนเป็นของชาติ หรือการเวนคืน เจ้าของควรได้รับการชำระค่าทดแทนที่เหมาะสมตามหลักกฎหมายที่บังคับในประเทศที่ใช้มาตรการเช่นนั้นในการใช้อธิปไตยของรัฐ และตามกฎหมายระหว่างประเทศ การตัดข้อความนี้ออกจากการยืนยันของประเทศที่พัฒนาแล้วในการยืนยันว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้ชดเชยค่าทดแทน อย่างเพียงพอทันทีทันใด และอย่างเป็นผล ก่อให้เกิดความสงสัยในประเทศโลกที่สามว่า ประเทศตะวันตกหวังอะไรจากกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ชัดเจนอีกครั้งหนึ่งว่า หลักกฎหมายจารีตประเพณีที่กล่าวถึงในการชดเชยค่าทดแทนโดยทันทีทันใดอย่างเพียงพอ และอย่างเป็นผล ไม่ได้รับการยอมรับอีกต่อไปโดยเสียงข้างมากของประชาคมระหว่างประเทศ การอ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่มีอยู่อีกต่อไปเป็นการสูญเสียความหมายที่ได้แสดงเจตนาโดยประเทศที่พัฒนาแล้ว

นอกจากนั้นบทบัญญัติของกฎบัตรนี้ได้อ้างถึงการใช้กฎหมายภายในของรัฐที่ทำการเวนคืนและขึ้นอยู่กับความเข้าใจพฤติการณ์ทั้งหมดที่ตรงกับปัญหา การยอมรับการพิจารณานี้ว่าเป็นตัวอย่างแรกที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยสมบูรณ์ เนื่องจากตามหลักการบรรเทา

ความเสียหายในท้องถิ่นตามกฎหมายท้องถิ่น และการบรรเทาความเสียหายในท้องถิ่นจะต้องชดใช้ และชดใช้ให้หมดไป แต่รัฐเจ้าบ้านยังอยู่ภายใต้มาตรา 2 วรรค 2 (A) ยังถูกผูกพันที่จะชำระค่าทดแทนที่อธิบายว่าเป็น ค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) ดังนั้น ถ้ารัฐที่ทำการโอนเป็นของชาติในการใช้กฎหมายของรัฐและในการเข้าใจพฤติกรรมต่างๆ จะต้องเสนอค่าทดแทนซึ่งไม่ใช่พิจารณาโดยรัฐอื่นที่มีประโยชน์ (และไม่ใช้โดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชน) ว่าเป็นค่าทดแทนที่เหมาะสม การพิจารณาด้วยตนเองโดยรัฐเจ้าบ้านไม่ควรถึงที่สุด และ ไม่ควรเป็นการจบสิ้นเรื่องนี้ รัฐสัญญาชาติซึ่งเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนจะมีอำนาจตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ในการติดตามคดีของคนชาติรัฐและทำการเรียกร้องค่าเสียหายในนามของรัฐด้วยเหตุผลที่ว่าหน้าที่ระหว่างประเทศในการชำระค่าทดแทนอย่างเหมาะสมตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามนั้น ในเหตุการณ์นี้การโต้แย้งระหว่างประเทศเกิดขึ้นระหว่างสองรัฐตามที่ยอมรับกัน โดยชัดแจ้งในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจ¹¹¹

2.10 ข้อตกลงชำระเงินทั้งจำนวน (Lump-sum Agreement)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในนั้น เป็นเรื่องทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่อไปนี้เกี่ยวกับการโอนเป็นของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเวนคืนที่ได้มีการปฏิบัติหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของโครงการปฏิรูปเศรษฐกิจสังคมที่กระทำโดยประเทศยุโรปตะวันออกและตะวันตกหลายประเทศที่เกี่ยวกับการเวนคืนทั่วไปและไม่เกี่ยวกับผู้ใด นั้น Lump-sum Agreement กระทำขึ้นระหว่างรัฐที่เวนคืนและรัฐที่คนต่างชาติมีสัญชาติถูกกระทบกระเทือนจากการเวนคืน โดยการเวนคืนได้ตกลงกันเกี่ยวกับค่าทดแทนที่เป็นเงินก้อน (Lump-sum Compensation) เป็นการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนทั้งหมด โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินนั้น ทางปฏิบัติที่จะศึกษาต่อไปเป็นเรื่องความเห็นเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนรวมทั้งขอบเขตบางประการเกี่ยวกับการจ่ายในทันทีทันใด และอย่างเป็นผลด้วย

ความเห็นในเรื่องการชำระค่าทดแทน ข้อเท็จจริงจำนวนมากควรที่จะกล่าวถึงสัมพันธ์กับการโอนเป็นของชาติของยุโรปหลังสงคราม ประการแรกมีข้อกำหนดในทุกกรณีสำหรับการชำระค่าทดแทนทรัพย์สินที่เวนคืนในประเทศยุโรปภาคกลางมีการกำหนดข้อยกเว้นประการหนึ่ง ในกรณีที่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือแก่ข้าศึก หรือได้ปฏิบัติตนไม่รักษาระหว่างสงคราม การไม่ชำระค่าทดแทนคือมาตรการในการรับทรัพย์สินกำหนดเป็นการลงโทษคณะบุคคล

¹¹¹ Eduardo Jimener de Arechaga, *Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property* London: Frances Pinter, New York: Nichols Pub., 1980 pp.224-226. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.131

ในกรณีอื่นๆ ค่าทดแทนไม่ถือหลักมูลค่าทั้งหมดของทรัพย์สิน หรือการจัดการ และบางครั้งน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของราคาที่ประมาณไว้ ในกรณียกเว้นค่าทดแทนสามารถชำระได้ทันทีทันใด ตามปกติการจ่ายค่าทดแทนทำในรูปพันธบัตรของรัฐบาลหรือบางครั้งเป็นหุ้น ในการเวนคืนซึ่งสามารถไถ่ถอนได้ในเวลาที่แตกต่างกัน ในทางปฏิบัติการตรากฎหมายไม่ได้ก่อให้เกิดความแตกต่างตามหลักสัญญาของบุคคลที่ได้รับความกระทบกระเทือนหรือการกำหนดให้มีการปฏิบัติเป็นพิเศษต่อคนต่างชาติซึ่งได้รับความเสียหายจากการโอนเป็นของชาติ

ทางปฏิบัติมีอยู่ในความตกลงต่างๆ ที่ได้กล่าวถึงแล้วว่ามีลักษณะทั่วไปอย่างหนึ่ง ซึ่งควรจะกล่าวถึงก่อนพิจารณาถึงลักษณะต่างๆ โดยตรงเกี่ยวกับค่าทดแทน ในประการแรกไม่เหมือนกับความตกลงที่ได้กระทำเมื่อกำหนดจำนวนรูปแบบ และระยะเวลาในการจ่ายค่าทดแทนที่จะจ่ายในอนาคต ความตกลงเหล่านี้ถูกกระทำเป็น a posteriori และมีการระงับข้อพิพาท หรือการปรับสถานะระหว่างรัฐสองรัฐที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดเช่นนั้น ค่าทดแทนจะต้องเจรจาขึ้น ซึ่งแยกและเป็นอิสระจากค่าทดแทนซึ่งอาจจะกำหนดได้ฝ่ายเดียวภายใต้มาตรการโอนเป็นของชาติ เพราะฉะนั้น ความตกลงที่เป็นหลักมีสูตรประนีประนอม (compromise formulas) ซึ่งแตกต่างกันตามกรณีและพฤติการณ์ต่างๆ ในเรื่องนี้ทางปฏิบัติต่อมาคล้ายคลึงกับที่ได้รับกันในความตกลงอื่นๆ ที่ได้กระทำในอดีต สำหรับวัตถุประสงค์ของการกำหนดจำนวนเงินก้อน (lump sum) เป็นการชดเชยค่าเสียหายอย่างเต็มที่สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คนต่างชาติที่เกิดขึ้นจากการกระทำ หรือละเว้นการกระทำที่เป็นละเมิด ซึ่งเกิดจากรัฐที่ทาสัญญา และตกลงหรือปฏิบัติตามคำเรียกร้องของเอกชนสำหรับการกระทำหรือยกเว้นการกระทำที่เกิดขึ้น ความตกลงที่อยู่ภายใต้การอภิปรายยังมีผลต่อการปฏิบัติตามคำเรียกร้องด้วย ดังนั้น มาตรา 3 ของความตกลงระหว่าง สวิส-ยูโกสลาเวีย กำหนดว่า หลังจากการจ่ายค่าทดแทนที่ตกลงกันแล้ว รัฐบาลสวิสจะพิจารณาคำเรียกร้องทั้งหมดโดยคนชาติของตน ว่าได้ตกลงกันถึงที่สุดแล้ว Lump-sum agreement ประเภทนี้มีลักษณะอื่นแตกต่างกัน ซึ่งไม่ได้สอดคล้องโดยตรงกับวัตถุประสงค์ของการศึกษานี้

แม้ Lump-sum agreement จะมีความน่าสนใจสำหรับแนวคิดในเรื่องการชดเชยค่าทดแทนทันทีทันใด และอย่างเป็นผล เรื่องสำคัญที่น่าสนใจคือเงินก้อนที่ตกลงกันว่าเป็นค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนจากคนชาติของรัฐที่อ้างสิทธิความสัมพันธ์ระหว่างจำนวนเงินและราคาที่แท้จริงของทรัพย์สินหรือจำนวนทั้งหมดตามคำเรียกร้องมีความแตกต่างกันในความตกลงต่างๆ ตัวอย่างเช่น มีการคำนวณว่าค่าทดแทนซึ่งไปแลนด์ตกลงจ่ายให้แก่บริเตนใหญ่จำนวนเท่ากับหนึ่งในสามของราคาการลงทุนของอังกฤษเท่านั้น และค่าทดแทนสัดส่วนเดียวกันนี้ในกรณีความตกลงกับเชโกสโลวะเกียอีกประการหนึ่งพิจารณาว่า ค่าทดแทนจ่ายตามความตกลงกับยูโกสลาเวียครึ่งหนึ่งของค่าลงทุน และซึ่งจ่ายตามความตกลงกับฝรั่งเศสกับผลประโยชน์ของอังกฤษใน

อุตสาหกรรมแก๊สและไฟฟ้า จำนวนเท่ากับ 70 เปอร์เซ็นต์ ของค่าการลงทุน ตัวอย่างเหล่านี้ซึ่งแสดงความสัมพันธ์ระหว่างจำนวนค่าทดแทนได้กำหนดในสนธิสัญญาอื่นๆ และประมาณราคาทรัพย์สินหรือจำนวนค่าเรียกร้องทั้งหมดแสดงว่า Lump-sum agreement ซึ่งห่างไกลจากการชำระค่าทดแทนอย่างยุติธรรมหรืออย่างเพียงพอ โดยการกำหนดการชดเชยค่าเสียหายบางส่วนเป็นจำนวนที่แตกต่างกันมากขึ้นอยู่กับคดีและพฤติการณ์ต่างๆ ในกรณีของ Lump-sum agreement ไม่มีแบบสมบูรณเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การปฏิบัติในการคำนวณราคาทรัพย์สินและพิจารณาจำนวนค่าทดแทนซึ่งสามารถเข้าใจได้ในความเห็นที่ต่างกันเกี่ยวกับสถานะต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการตกลงระหว่างประเทศแบบนี้

เมื่อคำนึงถึงการชำระค่าทดแทนทันทีทันใด ความตกลงเหล่านี้ไม่ได้กำหนดการชำระจำนวนทั้งหมดในทันทีทันใด ความตกลงระหว่างสหรัฐและยูโกสลาฟ เป็นข้อยกเว้นในเรื่องนี้ ส่วนเงินกองทุนที่โอนไปยัง Federal Reserve Bank โดยรัฐบาลยูโกสลาฟในระหว่างการยึดครองของเยอรมันถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์นี้ ความตกลงอื่นๆ กำหนดให้ชำระค่าทดแทนเป็นสองงวดหรือมากกว่ารวมหรือไม่รวมดอกเบี้ย และมีบ่อยๆ ในรูปของหนี้ หรือหุ้นในอุตสาหกรรมหรือการจัดการเวนคืน ตัวอย่างเช่น ความตกลงระหว่างอังกฤษและฝรั่งเศส ใบสำคัญที่เป็นหลักฐานในการจ่าย (credit-vouchers) สามารถจ่ายได้ 7 งวดต่อปี รวมทั้งดอกเบี้ยอัตรา 3 เปอร์เซ็นต์ ในความตกลงที่กระทำกับประเทศต่างๆ ในยุโรปตะวันออก งวดชำระเงินขยายออกไปตามระยะเวลาอันสำคัญ ในบางกรณีมีระยะเวลา 17 ปี ถึงแม้ความตกลงบางฉบับ ค่าทดแทนส่วนสำคัญสามารถจ่ายได้ในงวดแรกที่ชัดเจนว่า ระยะเวลาสำหรับการชำระค่าทดแทนที่ตกลงกันขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในแต่ละคดีและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเวนคืนทรัพย์สินของรัฐและความสามารถที่แท้จริงในการชำระค่าทดแทน แม้แต่ในกรณีค่าทดแทนบางส่วน ในทางปฏิบัติหลายรัฐอยู่ในฐานะทางการเงินและทางเศรษฐกิจที่เข้มแข็งพอที่จะสามารถชำระค่าทดแทนที่ตกลงกันในทันทีทันใดและเต็มจำนวนได้

ในการพิจารณาที่สำคัญยิ่ง การใช้หลักการชำระค่าทดแทนที่เป็นผล ถึงแม้รูปแบบของการชำระแตกต่างกันมาก จากการพิจารณาในความตกลงโดยทั่วไป การชำระค่าทดแทนทำได้โดยการใช้ทรัพย์สินที่ถูกยึดในรัฐที่ทำการเวนคืนในรัฐอื่น หรือโดยการส่งวัตถุดิบที่ระบุไว้เป็นพิเศษหรือสินค้าอื่นๆ ตัวอย่างของการชำระเช่นนี้ เช่น ความตกลงระหว่างโปแลนด์และฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดให้ส่งถ่านหินเป็นปริมาณที่แน่นอนเป็นเวลาหลายปี ความตกลงระหว่างยูโกสลาฟและสหรัฐ ที่ได้กล่าวถึงมาแล้วแต่ต้น และความตกลงระหว่างสวีเดนและโรมาเนีย ซึ่งความตกลง 25 เปอร์เซ็นต์ ของค่าทดแทนที่ตกลงกันจะต้องจ่ายจากเงินกองทุนของโรมาเนียที่ถูก

ยึดในธนาคารสวิส ในความตกลงระหว่างสวิสและฮังการี ค่าทดแทนอีกส่วนหนึ่งจะจ่ายด้วยเงินตราตามกฎหมายของรัฐที่เวนคืน 25 เปอร์เซนต์¹¹²

2.11 การชดใช้ค่าเสียหาย (reparation)

ในการพูดถึงการชดใช้ค่าเสียหายเมื่อมีการตีความกฎหมายในความหมายอย่างแคบ (strict sensu) จำเป็นจะต้องพิจารณาลักษณะและขอบเขตที่แท้จริงที่สัมพันธ์กับรูปแบบของการชดใช้ค่าเสียหายกับการชดใช้ค่าเสียหายเมื่อมีการตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง (lato sensu) ซึ่งหลักนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มราคาสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า หลักที่จำเป็นซึ่งมีอยู่ในความเห็นที่แท้จริงเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมาย เป็นหลักหนึ่งซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยทางปฏิบัติระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะจากการตัดสินใจของศาลอนุญาโตตุลาการที่ว่า การชดใช้ค่าเสียหายจะต้องลบล้างผลจากการกระทำผิดกฎหมายทั้งหมดเท่าที่จะเป็นไปได้และกำหนดสถานะขึ้นอีกครั้งหนึ่งซึ่งได้มีอยู่แล้ว ถ้าไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายเช่นนั้นก็ให้มีการกลับคืนสู่สถานะเดิม หรือถ้าการกลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นไปได้ก็ให้ชำระเป็นจำนวนเงินที่เท่ากับค่าซึ่งการกลับคืนสู่สถานะเดิมที่มีอยู่ ถ้าจำเป็นค่าชี้ขาดในเรื่องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ได้รับเพื่อการกลับคืนสู่สถานะเดิมไม่ครอบคลุมถึงหรือการชำระเงินแทนการกลับคืนสู่สถานะเดิม หลักเช่นนี้จะใช้เพื่อพิจารณาจำนวนค่าทดแทนที่เหมาะสมสำหรับการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลได้ประกาศด้วยว่า “การกระทำผิดสัญญาที่มีข้อผูกพันจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนที่เพียงพอ” ความคิดที่ว่า การชดใช้ค่าเสียหายจะต้องลบล้างผลที่เกิดขึ้นทั้งหมดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย และจะต้องเต็มราคาหรือเพียงพอ ซึ่งได้กล่าวไว้เสมอในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ

แต่หลักที่ว่า การชดใช้ความเสียหายเต็มราคาหรืออย่างเพียงพอสามารถใช้กับความเสียหายในทางปฏิบัติจริงๆ ได้หรือไม่ ในความเห็นที่กล่าวถึงข้างต้น Parker ซึ่งเป็นผู้ชี้ขาดยอมรับว่า “ในคดีทำร้ายร่างกายจำนวนมาก รวมทั้งคดีประทุษร้ายต่อบุคคลและคดีถึงแก่ความตาย เป็นไปไม่ได้อย่างชัดเจนที่จะคำนวณทางเลขคณิต หรือด้วยระดับความถูกต้องใด หรือโดยการใช้สูตรที่ถูกต้องกับความเสียหายที่ได้รับ อย่างไรก็ตามนี้ไม่ใช่การให้เหตุผลว่าทำไมผู้ที่ได้รับความเสียหายไม่ควรได้รับค่าเสียหาย เพราะฉะนั้น จึงวัดโดยหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องโดยประมาณเท่าที่ความเข้าใจของมนุษย์สามารถจะคิดได้” ในปัญหานี้ Personnaz กล่าวว่า เป็นไปไม่ได้ในคดีส่วนมากที่จะกำหนดสถานะที่มีอยู่ก่อนนั้นขึ้นมาอีก ดังนั้น คำว่า “การชดใช้ค่าเสียหาย” ไม่ควรทำให้มีความหมายในความหมายที่เคร่งครัด เช่น ไม่ควรที่จะเข้าใจความหมายที่จะทำให้สมบูรณ์ดังเดิมใน

¹¹² F.V.Garcia Amador, supra note 81, pp.37-39.

สิ่งที่ลบล้างเป็นอดีตไปแล้ว แต่ควรมีความหมายให้ผู้ที่ได้รับเคราะห์ได้รับความพึงพอใจเท่ากับสิ่งที่สูญเสียไป โดยสรุปเป็นการเคร่งครัดการใช้อย่างสมบูรณ์ตามหลักที่อ้างถึงนี้ไม่ใช่เป็นไปได้เสมอในทางปฏิบัติ ถึงแม้ในกรณีเกี่ยวกับความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ซึ่งค่อนข้างจะง่ายกว่าในการประเมินผลของการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ผิดกฎหมายมากกว่าในกรณีของความเสียหายต่อร่างกายและศีลธรรมซึ่งค่อนข้างมีความยุ่งยากมาก

นอกจากการพิจารณาเหล่านี้ วัตถุประสงค์ของการชดเชยค่าเสียหายเพื่อลบล้างผลที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นการผิดกฎหมายทั้งหมด วัตถุประสงค์นี้สามารถที่จะทำให้สำเร็จได้ถ้าการชดเชยค่าเสียหายทำได้สองแบบตามที่ได้อ้างไว้ในการประกาศของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวถึงข้างต้น คือ การกลับคืนสู่สถานะเดิมและค่าเสียหายที่เป็นเงิน ความแตกต่างระหว่างการชดเชยค่าเสียหายสองแบบหรือสองวิธีนี้เขียนไว้ในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศจำนวนมาก และแม้แต่ในบางโอกาสในการปฏิบัติทางทฤษฎี โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีอยู่ในเอกสารระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นโดยศาลอนุญาโตตุลาการและคณะกรรมการต่างๆ ก่อนที่จะกล่าวถึงการชดเชยค่าเสียหายสองรูปแบบนี้ กล่าวได้ว่าการชดเชยค่าเสียหายสองรูปแบบนี้มีส่วนร่วมในวัตถุประสงค์เหมือนกัน ไม่ใช่ว่าการชดเชยค่าเสียหายแบบหนึ่งทำให้อีกแบบหนึ่งหมดโอกาสไป¹¹³

2.11.1 แบบของการกลับคืนสู่สถานะเดิม (Method of restitution)

ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศการกลับคืนสู่สถานะเดิมมีลักษณะที่แน่นอนซึ่งไม่พบในกฎหมายภายใน ถึงแม้สาระสำคัญของลักษณะทางกฎหมายเหมือนกันในสองกรณี ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ การกลับคืนสู่สถานะเดิมแบบนี้ บางครั้งสันนิษฐานว่า แบบหรือการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ซึ่งกำหนดขึ้นตามความจำเป็นโดยลักษณะพิเศษของการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐ

การกลับคืนสู่สถานะเดิมอาจเป็นการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามแบบสาระสำคัญ (material type) หรือการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมาย (legal type) ขึ้นอยู่กับลักษณะความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่จะต้องชดเชยหรือขึ้นอยู่กับการกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย

การกลับคืนสู่สถานะเดิมแบบสาระสำคัญ (material restitution) โดยทั่วไปกระทำกันมากขึ้นในกรณีความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินเป็นของคนต่างชาติ หรือเป็น

¹¹³ F.V. Garcia Amaor, "State Responsibility" *Yearbook of The International Law Commission* 1961 volume II United Nation: New York (1962) p.16.

ของรัฐเอง คดีส่วนมากเป็นผลจากการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย เป็นผลจากการริบทรัพย์สิน หรือจากการยึดเรือ หรือทรัพย์สิน หรือสินค้าอื่นๆ การกลับคืนสู่สถานะเดิมในคดีส่วนมากประกอบด้วยการชำระค่าเสียหายทั้งในทางปฏิบัติทางการทูตและในทางกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ นอกเหนือจากนั้น การกลับคืนสู่สถานะเดิมแบบสาระสำคัญยังสามารถได้รับการพิจารณาในคดีต่างๆ ซึ่งบุคคลถูกหน่วงเหนี่ยว กักขัง ถูกจับกุม ถูกปล่อยตัวด้วย ตัวอย่างการกลับคืนสู่สถานะเดิมสำหรับประโยชน์ของรัฐ คือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ Huber ตั้งให้สเปนจัดหาสถานที่สำหรับกงสุลอังกฤษที่ Tetuan อย่างไรก็ดีตาม จะต้องชี้ให้เห็นว่า ความคิดที่เน้นการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามแบบสาระสำคัญไม่ใช่เป็นการแน่นอนเสมอไปที่ทำการชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายในสาระสำคัญแก่เอกชน ดังนั้น ในการตัดสินของผู้ชี้ขาด Plumley ในคดี *Compagnie generale des asphalts de France case* ซึ่งการยอมรับว่าไม่มีความเสียหายที่แท้จริงเกี่ยวกับภาษีศุลกากรที่ไม่ควร จะได้รับการเก็บรวบรวมครั้งที่สองเพื่อทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม ด้วยเหตุผลที่ว่าภาระของกงสุลเวเนซุเอลาในการกำหนดให้ชำระภาษีที่ตริเนเคดเป็นการละเมิดอธิปไตยเหนือดินแดนของอังกฤษ วัตถุประสงค์ของการตัดสินนี้จะต้องให้ความพึงพอใจแก่รัฐบาลอังกฤษแทนที่จะทำการชดเชยค่าเสียหายซึ่งไม่ใช่เรื่องที่สำคัญจริงๆ

ลักษณะพิเศษของการกลับคืนสู่สถานะเดิมในกฎหมายระหว่างประเทศมีอยู่ในหลักฐานในคดีเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมาย (Legal restitution) เช่น เมื่อการชดเชยค่าเสียหายมีอยู่ในการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติพิเศษของความตกลงระหว่างประเทศ หรือในการยกเลิกมาตรการทางกฎหมาย ทางบริหาร หรือทางศาลยุติธรรม ตัวอย่างแบบแรกคือ การตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งอเมริกากลางที่กำหนดให้นิการากัวใช้วิธีการที่เป็นประโยชน์ทั้งหมดที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และยืนยันสถานะทางกฎหมายที่มีอยู่ระหว่างรัฐที่ฟ้องร้องทั้งหลายก่อนการทำสนธิสัญญา ซึ่งนิการากัวอนุญาตให้สหรัฐสร้างคลองข้ามดินแดนนิการากัวเชื่อมระหว่างมหาสมุทรแอตแลนติกและแปซิฟิก รวมทั้งสิทธิบางอย่างในอ่าว Fonseca การกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมายในแบบที่สองมีคดีย่อยมาก คดีส่วนมากเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมาย และแม้แต่มาตรการตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติพิเศษ ในความตกลงที่พาดพิงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น ในกรณีมาตรการตามพิกัดอัตราภาษีศุลกากรที่ยอมรับโดยเซอร์เบียในการฝ่าฝืนสนธิสัญญาปี 1892 กับจักรวรรดิออสเตรีย-ฮังการี และในกรณีมาตรา 61 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์ (Weimar Constitution) ซึ่งถือว่าไม่สอดคล้องกับข้อผูกพันต่างๆ ที่กำหนดต่อเยอรมันตามมาตรา 80 ของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Treaty of Versailles) ในการเผชิญกับการคัดค้านโดยรัฐบาลญี่ปุ่นและกดดันโดยรัฐบาลสหรัฐ คณะกรรมการการศึกษาแห่งซานฟรานซิสโกได้ยกเลิกมาตรการในการห้ามไม่ให้บุคคลสัญชาติญี่ปุ่นเข้าเรียนในโรงเรียนรัฐบาล ในทาง

ปฏิบัติทางการทูตมีหลายกรณีซึ่งไม่สนใจต่อคำตัดสินหรือการตัดสินของศาลที่สั่งให้มีการชดเชยค่าเสียหาย เช่นในคดี Lueders Case และในคดีที่มีการจับกุมและมีการตัดสินในคดี Bonhomme ซึ่งฝรั่งเศสขอร้องไม่เพียงแต่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องควรได้รับการปล่อยตัวเท่านั้น แต่คำตัดสินไม่ควรได้รับการสนใจด้วย เป็นที่น่าสังเกตว่าในคำตัดสินของ British-Venezuelan Commission ที่กล่าวข้างต้น การกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อให้เกิดความพึงพอใจในความหมายที่แท้จริง

ในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ การกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมายถือเป็นหลักที่ไม่ไปไกลเกินกว่าการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดทางกฎหมายทางฝ่ายบริหาร หรือทางศาลยุติธรรมตามข้อเท็จจริง บางทีอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นในคดี Martini Case (1930) ซึ่งตัดสินโดย Italian-Venezuelan Commission ในคำชี้ขาดกล่าวว่า “ข้อผูกพันเหล่านี้ (ซึ่งกำหนดโดยการตัดสินของศาลยุติธรรมอธิบายว่าไม่ยุติธรรมอย่างชัดเจน) จะต้องถูกยกเลิกไปโดยการกระทำผิดกฎหมายและกระทำต่อไปตามหลักที่ว่า “ผลที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ถูกลบล้างไป” ถึงแม้ไม่มีความเสียหายที่ได้รับจริงๆ เนื่องจากการตัดสินของศาลในเรื่องนี้ไม่เคยตัดสินไว้เลย อนุญาโตตุลาการถือว่าข้อผูกพันในการชำระเงินที่กำหนดให้บริษัท Martini ได้ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมอย่างชัดเจนแก่บริษัท เพราะฉะนั้น “ข้อผูกพันต่างๆ มีอยู่ในกฎหมาย” ถึงแม้ข้อผูกพันเหล่านั้นไม่ได้รับการปฏิบัติก็ตาม เมื่อคำนึงถึงลักษณะหรือผลของการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้ความเสียหายไม่ได้รับจริงๆ แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องกล่าวว่าการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการสั่งให้มีการกระทำผิดกฎหมายได้รับการยกเลิก หรือกระทำให้ไม่เป็นผลและไม่ได้รับการลบล้างผลที่เกิดขึ้นซึ่งยังไม่ได้เกิดขึ้นเพื่อความมั่นใจ เมื่อศาลในคดีที่เพิ่งอ้างถึงกล่าวว่า ข้อผูกพันได้มีอยู่ในกฎหมาย อาจเป็นการคิดถึงข้อสัญญาที่สันนิษฐานได้ ผลที่เกิดขึ้นหรือความเสียหายที่อาจเป็นไปได้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม ถ้าหลักการชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวน (principle of full reparation) ได้รับการตีความตามตัวอักษร นั่นคือตามข้อเท็จจริงหลักนี้จะได้รับการตีความและนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างไร ผลที่เกิดขึ้นซึ่งจะต้องได้รับการลบล้างโดยการชดเชยค่าเสียหายซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วโดยการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐ ไม่ใช่การกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งบางครั้งอาจทำให้เกิดขึ้นโดยรัฐในอนาคต ดังนั้น เป็นการเพียงพอที่จะคิดอย่างบริสุทธิ์ในข้อความเกี่ยวกับการยกเลิกมาตรการซึ่งไม่ถูกต้องตามกฎหมายเนื่องจากนั้นเป็นการเพียงพอที่ทำให้มั่นใจได้ว่า การทำให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์นี้เท่านั้น เพื่อทำให้กรณีนี้เพียงพอที่จะพิจารณาไปนั้นบรรลุผล กล่าวคือ การสถาปนาสถานะเดิมที่มีอยู่ก่อนนั้น¹¹⁴

¹¹⁴ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.17.

2.11.2 ค่าเสียหาย (damages)

เป็นวิธีการชดเชยค่าเสียหายอย่างหนึ่ง เมื่อการกลับคืนสู่สถานะเดิมมีความยุ่งยากในทางปฏิบัติมาก ในคำประกาศของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศที่ได้อ้างถึงมาแล้ว การกลับคืนสู่สถานะเดิมในสิ่งเดียวกันทำให้เกิดความแน่นอนโดยชัดแจ้งว่า เป็นไปได้หรือไม่ที่จะปฏิบัติให้บรรลุผล ในข้อเท็จจริงแล้วการกลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นยากที่จะสามารถปฏิบัติได้ บางครั้งเป็นไปได้ไม่ได้ สำหรับเหตุผลในสาระสำคัญ เช่นในกรณีที่ทรัพย์สินของคนต่างชาติถูกแย่งเอาไปถูกทำลาย ในกรณีอื่นๆ มันเป็นไปได้ด้วยเหตุผลทางกฎหมาย เนื่องจากไม่ใช่เรื่องง่ายตามกฎหมายภายในที่จะบังคับให้รัฐยกเลิกมาตรการทางกฎหมาย หรือไม่สนใจต่อการตัดสินใจโดยศาลภายในรัฐนั้น การพิจารณาอีกประการหนึ่งถือว่าการกลับคืนสู่สถานะเดิม มักจะไม่ใช่ที่พอใจเพื่อลบล้างผลที่เกิดขึ้นทั้งหมดจากการกระทำผิดกฎหมายและการสถาปนาขึ้นอีกเท่าที่เป็นไปได้ทั้งหมด ซึ่งสถานะที่มีอยู่ถ้าไม่มีการกระทำเช่นนั้น ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการเรียกร้องสามารถยอมรับได้ตามหลักการสูญเสียกำไร การกลับคืนสู่สถานะเดิมซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิของคนต่างชาติที่ถูกแย่งไปในเรื่องนี้ไม่เป็นการเพียงพอ

เมื่อการชดเชยค่าเสียหายเป็นไปได้ ด้วยเหตุผลตามกฎหมาย หรือการชดเชยค่าเสียหายไม่เพียงพอที่จะชดเชยผลจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐทั้งหมด การชำระค่าเสียหายพอสมควรแทนการกลับคืนสู่สถานะเดิมอาจจะเป็นประโยชน์มากกว่าการกลับคืนสู่สถานะเดิม ตัวอย่างเช่นในคดี Chorzow Factory Case ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศอธิบายถึงการชำระค่าเสียหายว่า “เป็นแบบการชดเชยค่าเสียหายที่ธรรมดาที่สุด” โดยประกาศว่า “เป็นแบบที่เลือกโดยเยอรมันในคดีนี้และได้รับการยอมรับแบบนี้ ไม่มีการโต้แย้งแต่อย่างใด” ในสถานะหนึ่งสถานะใดที่กล่าวถึงข้างต้น การชดเชยค่าเสียหายที่กระทำในแบบของการจ่ายค่าเสียหายตามกฎหมายภายในและมีลักษณะเป็นเงิน เพราะว่าในข้อความซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีของ Grotius ว่า เงินคือเครื่องวัดที่เหมือนกันของสิ่งที่มีค่า เท่าที่เกิดขึ้นบ่อยๆ ถึงแม้ไม่มีความเสียหายในสาระสำคัญ หรือวัตถุประสงคในการชดเชยค่าเสียหาย(reparation) ไม่ใช่เรื่องของการชำระค่าทดแทน(compensation) การชดเชยค่าเสียหาย(indemnity) ประกอบด้วยเงินจำนวนหนึ่ง

ลักษณะหรือขอบเขตของ “ค่าเสียหาย” (damages) แตกต่างจากการกลับคืนสู่สถานะเดิม (restitution) โดยสิ้นเชิงในขณะที่การกลับคืนสู่สถานะเดิมทำให้ทรัพย์สินของคนต่างชาติในเรื่องที่ถูกแย่งเอาไปกลับคืนดังเดิม ในส่วนค่าเสียหายที่มีเจตนาที่จะชดเชยให้แก่คนต่างชาติสำหรับผลที่เกิดขึ้นกรณีอื่นๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในความหมายนี้ การชดเชยค่าเสียหายไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะ Damnum emergens เท่านั้น แต่การชดเชยค่าเสียหายอาจกระทำได้สำหรับ Lucrum cessans และความ

เสียหายอื่นซึ่งเกิดจากความเสียหายเดิม หรือเกิดจากการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยกำหนดว่าความจำเป็นที่สัมพันธ์กับการก่อให้เกิดความเสียหายนี้สามารถที่จะพิสูจน์การชดเชยค่าเสียหายแบบนี้ และความเสียหายแบบต่างๆ ซึ่งโดยลักษณะไม่สามารถกลับคืนสู่สถานะเดิมได้ เช่น ความเสียหายทางศีลธรรม(moral injury) และความเสียหายอื่นที่เกิดแก่คนต่างชาติ ถ้าตีความอย่างกว้าง สามารถรวมถึงการชำระเงินสำหรับดอกเบี้ย ค่าใช้จ่าย และมูลค่าต่างๆ ว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายหรือว่าเป็นค่าเสียหายเพิ่มเติม ด้วยเพราะเหตุทั้งหมดเหล่านี้ “ค่าเสียหาย” ความจริงแล้วเป็นวิธีชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งทำให้เป็นไปได้ในทุกสถานะที่ยึดถือตามหลักว่า การชดเชยค่าเสียหายเต็มราคา (full reparation) จะต้องกระทำสำหรับความเสียหายใดที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ผลที่ได้รับคือ ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับมาตรฐานที่นำมาใช้ในการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย การจำกัดจำนวนค่าเสียหาย เป็นเรื่องที่สัมพันธ์กับปัญหาการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนแต่ละคน¹¹⁵ การชดเชยค่าเสียหายไม่ว่ารูปแบบใดๆ พิจารณาตามความเหมาะสมของแต่ละกรณีใด เฉพาะที่เกิดขึ้นในกรณีนี้เกี่ยวกับมาตรการในประเภทที่หนึ่ง ในกรณีเกี่ยวกับมาตรการประการที่สอง สามารถมีได้เฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการชำระค่าทดแทน(Compensation) ซึ่งค่าทดแทนสามารถให้ได้อย่างเหมาะสมสำหรับสิทธิของคนต่างชาติ ซึ่งถูกแย่งเอาไป ความแตกต่างอันเดียวกันนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนสิทธิที่ได้มาตามสัญญาหรือสัมปทานในกรณีนี้ด้วย คือมาตรการที่อาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในความหมายที่แท้จริงตามตัวอักษร หรือเป็นเพียงการกระทำโดยพลการซึ่งการบรรเทาความเสียหายคือการชำระค่าทดแทนในแบบและจำนวนที่เหมาะสม

ในการตัดสินในคดี Delagoa Bay Railways Case (1900) คดีนี้ได้รับการยึดถือในคดี The Company General of the Orinoco ทั้งๆ ที่การยอมรับสิทธิของเวเนซุเอลาอย่างเปิดเผยที่จะยกเลิกสัญญา และอ้างถึงหน้าที่ในการชำระค่าทดแทนซึ่งจำนวนเงินที่ให้การชำระค่าทดแทนได้ส่วนสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น และในการประเมินค่าเสียหาย จากมูลค่าสัมปทานรวมโดยประมาณ (1,636,078.17 ฟรังก์) ด้วยจำนวน 25,000 ฟรังก์ สำหรับค่าใช้จ่ายต่างๆ และ 747,485.18 ฟรังก์ สำหรับดอกเบี้ยเป็นเวลา 15 ปี ในระหว่างเวลาที่ผิดสัญญา ในคดี Robert H. May Case ถึงแม้ยอมรับว่าอาจมีเหตุผลที่จำเป็นในการให้เหตุผลเพิกถอนสัมปทาน และเข้ายึดทางรถไฟของรัฐบาล อนุญาตการได้ชี้ขาดให้ทองคำมูลค่า 143,750.73 ดอลลาร์ รวมทั้งเงิน 40,000 ดอลลาร์ โดยวิธีชำระค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไป การเสียเวลา 2 ปี การไม่ได้รับสินเชื่อและกำไรที่ต้องเสียไปในเวลา 2 ปี โดยประมาณ 41,588.83 ดอลลาร์ คล้ายคลึงกับในคดี Shufeldt

¹¹⁵ F.V. Garcia Amador, Ibid, p.18.

(1930) อนุญาโตตุลาการ ถึงแม้การยอมรับสิทธิของรัฐอย่างชัดแจ้งที่กระทำการตามกฎหมายเพื่อยกเลิกสัญญา ถือว่าการกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อคนต่างชาติ รัฐบาลควรชดเชยค่าทดแทนสำหรับความเสียหายและชี้ขาดจำนวนเงิน 225,468.38 ดอลลาร์ รวมทั้งค่าทดแทนการสูญเสียกำไรและดอกเบี้ย 10,935.21 ดอลลาร์ (ในอัตรา 6 เปอร์เซ็นต์)

เพราะฉะนั้น ในการกล่าวถึงมาตรการอย่างเป็นทางการ รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อทรัพย์สินของคนต่างชาติ ประการแรกการพิจารณาลักษณะที่แท้จริงของมาตรการนี้ กล่าวอีกอย่างหนึ่งคือเหตุผลและวัตถุประสงค์ของมาตรการนี้ ถ้าในการใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดการเรียกร้องสิทธิ รัฐซึ่งใช้อำนาจหนึ่งในหลายอำนาจต่อสิทธิที่เป็นมรดกตกทอดมา (patrimonial right) ไม่ว่าลักษณะหรือสัญชาติของเจ้าของจะเป็นอย่างไรคนใดคนหนึ่ง ไม่ควรพูดถึง “การชดเชยค่าเสียหาย” ถึงแม้ว่าคำนี้ตามปกติใช้กันทั้งในทางปฏิบัติและในงานประพันธ์ของนักวิชาการทั้งหลาย ความสับสนนี้ไม่ควรจะมี เพราะผลของมันมีอยู่ชัดเจน ถ้าถือว่ารับผิดชอบระหว่างประเทศเนื่องจากเหตุผลจากมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ไม่ควรถือว่ารับผิดชอบเพื่อทำการชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายนี้ แต่เพียงชำระค่าทดแทนแก่คนต่างชาติสำหรับสิทธิหรือประโยชน์ที่ได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการในเรื่องนี้¹¹⁶

พฤติการณ์ที่ไม่ต้องรับผิดชอบและเหตุเพื่อลดหย่อนค่าทดแทน (Exonerating and Extenuating Circumstances)

1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure)

เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นเหตุยกเว้นเพื่อการรับผิดชอบของรัฐ เช่น การสงครามที่เป็นเหตุให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันในทางการเงินได้ แต่มีบางคดีไม่สามารถอ้างเหตุสุดวิสัยได้คือ Russian Indemnity Case 1912 ศาลประจำอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงเฮกตัดสินว่า การชำระเงิน 6 ล้านฟรังก์ ไม่กระทบกระเทือนต่อฐานะของอาณาจักรออตโตมานแต่อย่างใดระหว่างตุรกีและรัสเซีย คดี Serbian Loans Case (1925) ระหว่างเซอร์เบียและยูโกสลาเวีย ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศอ้างว่าไม่ใช่เพราะสงครามโดยตรงที่กระทบต่อการชำระเงิน รัฐถูกหนี้อ้างเพื่อยกเว้นไม่ชำระเงินไม่ได้ โดยสรุปเหตุสุดวิสัยเป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศ ความสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือการจะยอมรับได้ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่างๆ ซึ่งไม่เคร่งครัดมากหรือน้อยกว่าการบังคับด้วยเหตุสุดวิสัยในกฎหมายท้องถิ่น เงื่อนไขที่สำคัญที่สุดก็คือ การไม่สามารถควบคุมได้และเมื่อเหตุสุดวิสัยไม่สามารถยกเว้นความรับผิดชอบได้ แต่มันก็สมบูรณ์และยอมรับกันเพื่อเป็นเหตุผลสำหรับลดหย่อนจำนวนค่าชดเชยได้

¹¹⁶ F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.39-40.

2) ภาวะความจำเป็น (state of necessity)

เป็นเหตุผลอย่างหนึ่งที่ยอมให้รัฐปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐ หรือลดหย่อนค่าทดแทนได้ ผู้สนับสนุนความเห็นนี้ คือ Basdevat ในกรณีเฉพาะรัฐบาลอาจพิจารณาเห็นว่า รัฐบาลมีเหตุผลในทางการเมืองหรือทางศีลธรรมที่จะแยกการปฏิบัติตามกฎหมายออกไป Anzilotti กล่าวว่า ในขณะที่รัฐได้รับการทำร้ายจากความยุติธรรมอยู่บ่อยๆ รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หลักภาวะความจำเป็นนี้เป็นเพียงข้อเสนอทั่วไปอย่างหนึ่งเท่านั้น

ภาวะการณ์จำเป็นนี้ บางครั้งไม่แตกต่างไปจากเหตุสุดวิสัยแต่อย่างใด บางครั้งภาวะความจำเป็นเชื่อมโยงกับการป้องกันตนเองด้วย Strupp ได้ให้คำจำกัดความของภาวะความจำเป็นว่า เป็นสถานะอย่างหนึ่งซึ่งรัฐได้รับการข่มขู่จากภายนอกที่ทำให้กระทบกระเทือนต่อสถานะทางดินแดนหรือเอกภาพของรัฐบาลหรือรูปแบบการปกครอง หรือลดหรือทำลายเอกราช หรือความสามารถระหว่างประเทศของรัฐที่จะกระทำการยกเว้นการละเมิดผลประโยชน์ของต่างชาติที่รับการคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ

3) การกระทำผิดของคนต่างชาติเอง (Fault on the Part of the Alein)

การกระทำผิดใดๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างชาติ ถ้าผู้ได้รับความเสียหายเป็นผู้กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยหลักกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ อาจใช้เป็นเหตุผลสำหรับการพ้นข้อหาจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศหรือเป็นพฤติการณ์เพื่อลดหย่อนการคำนวณค่าเสียหายด้วย¹¹⁷

พฤติการณ์ทั้งสามกรณีนี้เป็นข้อเสนอของ F.V.Garcia Amador แต่ Roberto Ago ได้เสนอว่าพฤติการณ์ที่การกระทำไม่เป็นความผิดมีดังนี้

ก. ความยินยอมของคู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายเมื่อมีปัญหาที่สันนิษฐานว่าได้ให้ความยินยอม

ข. การบังคับตามกฎหมายต่อผู้ที่ก่อให้เกิดการละเมิดระหว่างประเทศ

ค. การป้องกันตนเอง (Self-defence)

ง. ภาวะความจำเป็น (State of necessity)¹¹⁸

¹¹⁷ F.V. Garcia Amador, Louis B.Sohn, R.R.Baxter, *Recent Condification of the Law of State Responsibility for injuries to Aliens* New York: Oceana, Dobbs Ferry; Leiden: Sijthoff 1974, pp.33-36.

¹¹⁸ Roberto Ago, "State Responsibility" *Yearbook of the International Law Commission* 1967 Volume II (1969): 326.

4) หลัก *Rebus Sic Stantibus*

หมายถึงหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป (the doctrine of changed circumstance) การพิจารณาใช้หลักนี้ทำลายหลักการเคารพสัญญา (the sanctity of contract) หรือหลัก *Pacta Sunt Servanda* ได้ ซึ่งหลัก *Pacta Sunt Servanda* ให้การรับประกันและความมั่นคงแก่สัญญาโดยไม่มีหลักกฎหมายอันใดที่เหมาะสมกว่านี้ แต่ระเบียบกฎหมาย (legal order) ควรให้ความมั่นใจอย่างยุติธรรม (equity) และมีความยุติธรรม (justice) อย่างเท่าเทียมกันด้วย ในกรณีเช่นนี้การที่จะบรรลุผลสำเร็จได้ก็โดยการให้หลัก *Rebus Sic Stantibus* อย่างมีเหตุผล

หลัก *Pacta Sunt Servanda* มีอยู่ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและหลักกฎหมายภายในทั้งหลายของระบบกฎหมายทุกระบบ ซึ่งได้ยกเลิกที่จะคำนึงถึงเสรีภาพอันสมบูรณ์ของสัญญามานานแล้ว ความประสงค์ของสังคม Lauterpacht ได้ชี้ให้เห็นว่ามีสัญญาอยู่สามประเภท ซึ่งกฎหมายห้ามและกฎหมายจะไม่บังคับคือสัญญาที่กฎหมายจะไม่บังคับหลังจากที่ได้มีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นแล้ว เป็นเหตุผลที่จำเป็นในการที่จะทำให้เจตนาที่แท้จริงบังเกิดผล ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่กรณี หรือเพื่อพิทักษ์ผลประโยชน์ของสังคมบางประการเพื่อความอยู่ดีกินดีของมหาชน (Public Good) หลักความคิดนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีอยู่ในหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หลัก *Rebus Sic Stantibus* นี้จะทำให้หลัก *Pacta Sunt Servanda* มีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น เพราะทำให้ความเคร่งครัดของหลัก *Pacta Sunt Servanda* มีความเหมาะสมมากขึ้น ทำให้การใช้หลักนี้ได้คล่องและยุติธรรมมากขึ้นด้วย การเปลี่ยนแปลงสัญญาตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาระยะยาว เช่น ความตกลงพัฒนาแหล่งแร่ นั้น ไม่ใช่เป็นข้อยกเว้นหรือไม่เป็นการขัดแย้งกับหลัก *Pacta Sunt Servanda* แต่หมายถึงว่าสัญญานั้นควรมีอยู่และยังมีผลใช้บังคับจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม หรือหมายความว่าสัญญาไม่สามารถที่จะละเมิดได้ ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้

กฎหมายว่าด้วยสัญญา ก็เหมือนกับกลุ่มกฎหมายอื่นๆ นั่นเอง ตามคำกล่าวของ Lord McMillan ที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ชีวิตที่ปรับตัวเองได้ในทันทีทันใดตามสิ่งแวดล้อม และกฎหมายที่มีอำนาจจะปรับตัวเองได้ในทันทีทันใด เป็นกฎหมายที่มีค่าสูงสุด¹¹⁹

¹¹⁹ Hasan S. Zakariya, *Changed Circumstances and the Continue Validity of Mineral*

2.12 หลักความเที่ยงธรรม (Principle of Equity)¹²⁰

คำว่า “equity” ในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศอาจมีความหมายแตกต่างจากคำว่า “equity” ซึ่งใช้โดยศาลภายในของรัฐ โดยเฉพาะรัฐที่ใช้ระบบ common law คำว่า “equity” ในกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง ความยุติธรรมตามกฎหมายธรรมชาติ (natural law) ซึ่งเทียบกันได้กับคำว่า “ex aequo et bono” ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38(2) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

คำว่า “aequitas” ในระบบกฎหมายโรมันและคำว่า “equity” ในระบบกฎหมาย common law ในแง่หนึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้เพื่อลดความกระด้างของกฎหมายใช้บังคับอยู่ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายในระบบ civil law หรือคำพิพากษาของศาลในระบบ common law ก็ตาม แต่ในอีกแง่หนึ่ง หลัก aequitas และ equity ก็นำมาใช้เพื่อเป็นหลักที่ช่วยในการตีความกฎหมายให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด ทั้งในระบบ common law และระบบ civil law เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านจึงเห็นพ้องต้องกันว่า equity เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมในระบบกฎหมายสมัยใหม่รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย Akehurst กล่าวว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศ คำว่า “equity” ความยุติธรรม และ กฎหมายธรรมชาติ ดูเหมือนจะเป็นคำเดียวกัน

ศาลระหว่างประเทศได้นำหลัก equity มาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี เช่น คดี Diversion of Water from the Meuse (เนเธอร์แลนด์ v. เบลเยียม) ผู้พิพากษา Hudson ได้กล่าวว่า ข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลใช้ “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ” และในการนี้ รัฐมากกว่าหนึ่งรัฐที่ถือว่า equity เป็นหลักกฎหมายหนึ่งในระบบกฎหมายของรัฐนั้น การที่ศาลยอมรับว่าหลัก equity เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือว่าอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยคดีตามหลัก equity ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งให้อำนาจศาลที่จะวินิจฉัยชี้ขาดตามหลัก ex aequo et bono หากคู่พิพาทตกลงตามนั้น

ดังนั้น ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงสรุปว่า ตามข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลมีเสรีภาพที่จะพิจารณาว่า หลัก equity เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลจะต้องนำมาปรับใช้แก่คดี โดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวต่อไปว่า ตามหลัก equity เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างก็มีพันธกรณีอย่างเดียวกันซึ่งกันและกัน คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างต่อเนื่องไม่ควรจะถือประโยชน์จากการไม่ปฏิบัติตาม

¹²⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53, น. 85-86

พันธกรณีอย่างต่อเนื่องของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักคติพจน์ของหลัก equity ในระบบ common law ที่ว่า “ความเสมอภาคคือความยุติธรรม”

3. แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในประเทศต่างๆ

การระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานนั้น ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงเฉพาะแต่ในบางประเทศเท่านั้น โดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน คือ แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน และ ปัญหาที่เกิดจากแนวการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน ดังนี้

3.1 แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานนั้น มีทั้งการระงับข้อพิพาทโดยศาล และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาทโดยทางศาลนั้น อาจมีทั้ง ศาลแพ่งและศาลปกครอง ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็อาจมีทั้ง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) และการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institutional arbitrations)

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองนั้น คู่กรณีพิพาทอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีการดังกล่าวได้ด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน และทำคำชี้ขาดโดยให้ปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีพิพาทอาจตกลงกันใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าวได้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของสถาบันที่สร้างขึ้นเพื่อให้บริการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการก็ได้ สถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่สถาบันร่างขึ้นเองหรือนำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่างประเทศที่ได้รับคามนิยมนมาใช้ เพราะข้อบังคับเหล่านั้นจะมีรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ และทางแก้ไขกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ รายละเอียดของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

สำหรับในประเทศต่างๆ แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานมักกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการ โดยในบางประเทศมีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ เช่น ประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก เช่น ประเทศบัลแกเรีย ประเทศโรมาเนีย ประเทศโครเอเชีย ประเทศอัลเบเนีย ประเทศเซอร์เบีย ประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา และประเทศมาซิโดเนีย เป็นต้น ประเทศเหล่านี้จัดเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (Developing Country) กลุ่มประเทศเหล่านี้ต้องดำเนินนโยบายปฏิรูปประเทศในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป หรือ EU จำเป็นต้องเร่งพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ ตามกรอบที่ EU กำหนดไว้ ทำให้จำเป็นต้องออกกฎหมายในด้านต่างๆ โดยเฉพาะกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เพื่อควบคุมการทำธุรกิจสัมปทาน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มักจะกำหนดให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น

แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน การระงับข้อพิพาทอาจมีความแตกต่างออกไป โดยตามระบบของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันกำหนดห้ามมิให้ทำข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่เป็นเรื่องอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองมิได้อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่กรณีเช่นข้อพิพาทในสัญญาตามระบบกฎหมายเอกชน และยังมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะต้องรักษาเพื่อประชาชนโดยรวมอีกด้วย ดังนั้นจึงควรให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยตัดสินเท่านั้น¹²¹

นอกจากนั้น ประเทศฝรั่งเศสยังกำหนดในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะไว้ด้วยว่า สัญญาทางปกครองเฉพาะข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะต้องขึ้นศาลปกครอง ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว โดยศาลปกครองมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานในเรื่องต่างๆ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ และการจัดทำบริการสาธารณะ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น

3.2 ปัญหาที่เกิดจากแนวการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน

ปัญหาแนวทางการระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเป็นหลัก โดยเฉพาะข้อพิพาททางนโยบายหรือข้อพิพาทสำคัญ (Policy or Major disputes) ข้อพิพาทประเภทนี้ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญเกี่ยวกับความสัมพันธ์พื้นฐานระหว่างรัฐและคนชาติรัฐอื่น เช่น การเวนคืน (expropriation) หรือ การโอนเป็นของชาติ (Nationalization) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสูตรการคำนวณค่าทดแทน (Compensation) สำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนเป็นของชาติ การไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาของคนชาติรัฐอื่นได้ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับปัญหาทาง

¹²¹ อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 13, น.245

เศรษฐกิจ การพิคสัญญารัฐสำหรับหนี้ของธนาคารต่างชาติ เป็นต้น นอกจากนั้นแล้ว ข้อพิพาทประเภทนี้ไม่สามารถตกลงกันได้โดยการเจรจา (Negotiations) ระหว่างคู่สัญญาโดยไม่มีการใช้อำนาจตุลาการที่จะนำไปสู่การตกลงที่ทำการประนีประนอม (Compromise) การปรองดอง (Accommodation) โดยคู่สัญญา

ในอดีตที่ผ่านมา ข้อพิพาทจำนวนมากได้มีการตกลงกันได้โดยการเจรจาระหว่างคู่สัญญาโดยไม่มีการใช้อำนาจตุลาการ การเจรจาลักษณะนี้นำไปสู่การตกลงที่ทำการประนีประนอม การปรองดองโดยคู่สัญญา ซึ่งขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการเมืองมากกว่าขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังเช่นข้อพิพาททางนโยบายหรือข้อพิพาทสำคัญดังกล่าวข้างต้น¹²²

ข้อพิพาททางนโยบายนั้น ทำให้เกิดปัญหากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานในการดำเนินกระบวนการในชั้นอนุญาโตตุลาการหลายประการ โดยเฉพาะปัญหาที่เกี่ยวกับดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทาน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการควรจะใช้กฎหมายภายในประเทศเป็นหลักในการวินิจฉัยชี้ขาด หรือ ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเป็นหลักในการวินิจฉัยซึ่งเป็นเรื่องที่ยังหาข้อยุติไม่ได้¹²³ นอกจากนั้นแล้วก็ยังมีความเห็นที่อนุญาโตตุลาการควรจะต้องใช้ที่เป็นปัญหาในการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน ซึ่งสามารถพบเห็นได้จากคดีสำคัญๆ ในต่างประเทศหลายคดี ทั้งนี้มีคดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติในต่างประเทศหลายคดีที่สะท้อนให้เห็นปัญหาดังกล่าว ดังที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วในตอนต้น เช่น ในคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ให้ใช้กฎหมายภายในประเทศบังคับแก่สัญญาสัมปทาน ได้แก่ คดี Lena Goldfields เป็นต้น สำหรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศบังคับแก่สัญญาสัมปทานก็มีหลายคดีได้แก่ Aramco Arbitration คดี Texaco Arbitration คดี Sapphire Arbitration เป็นต้น

โดยสรุป พบว่าประเด็นปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในต่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่มักเป็นปัญหาในเรื่องของการใช้กฎหมายที่จะนำมาปรับแก้เรื่องที่พิพาท อย่างไรก็ดี ในบางประเทศได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการกำหนดเป็น

¹²² United Nation, Economic and Social Council, Transnational Corporations in World Development, A Re-Examination, Commission on Transnational Corporation, Forth-Session 15-26 May, 1978, pp.120-121.

¹²³ อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.102

หลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาปรับแก้เรื่องที่พิพาท เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดการเยียวยาแก้ไขไว้ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งสูตรในการคำนวณค่าเสียหายไว้โดยชัดเจน ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายของไทยที่ไม่มีเกณฑ์มาตรฐานในการพิจารณา ทำให้เกิดปัญหาเมื่อคดีไปสู่การอนุญาโตตุลาการ¹²⁴



¹²⁴ ชาลิต เสวตสุด, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น.153