



ความสัมพันธ์ของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ
กับข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษ

การลงทุนจากต่างประเทศ นับได้ว่ามีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศกำลังพัฒนาเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความต้องการที่จะพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติและอุตสาหกรรมต่าง ๆ รวมทั้งโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งไม่อาจปฏิเสธความจริงได้ว่า ประเทศกำลังพัฒนาขาดเงินทุนจำนวนมากและไม่มีความชำนาญ โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ ทั้งยังขาดเทคโนโลยีที่จำเป็นสำหรับการนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ สิ่งเหล่านี้ก่อให้เกิดสัญญาสัมปทานระหว่างประเทศและสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศขึ้นอย่างแพร่หลาย ซึ่งการที่จะพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศอย่างรวดเร็วนั้น สามารถกระทำได้โดยนโยบายของประเทศที่จะทำการชักจูงการลงทุนจากต่างประเทศ ด้วยการเข้าทำความตกลงในรูปแบบของสัญญากับเอกชนต่างประเทศ¹ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น มีบทบาทอย่างมากต่อความสัมพันธ์ของเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อการไหลเวียนของเงินทุนและการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ การปฏิบัติตามสัญญาบนพื้นฐานของหลักสุจริตจะนำมาซึ่งผลประโยชน์อันร่วมกันของกลุ่มสัญญา² นั้นเอง

¹ Rouhollah K. Ramazani, "Choice of Law Problems and International Oil Contracts : a Case Study," ICLQ (1962) : 503.

² Martin Domke, "Foreign Nationalization," AJIL (1961) : 598.

ลักษณะของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ หมายถึง ข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งเป็นตัวกระทำกรหรือผู้ทรงสิทธิ (subject) ในกฎหมายระหว่างประเทศกับเอกชนต่างประเทศซึ่งถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายภายใน คำว่า รัฐในแง่ของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศรวมถึง ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ * (โดยรัฐมนตรีหรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจหรือผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ หรือที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้บริหารรัฐวิสาหกิจดังกล่าว เป็นผู้ลงนามในสัญญา) ซึ่งกระทำกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมกับบริษัทเตรตันออยส์, สัญญาโครงการระบบทางด่วนระหว่างทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัททางด่วนกรุงเทพ (Bangkok Expressway Company Limited หรือ BECL ซึ่งบริษัทถูกมาไก ภูมิ ของประเทศญี่ปุ่นถือหุ้นอยู่) เอกชน

* คำนิยามของรัฐวิสาหกิจ ในพระราชบัญญัติพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ มาตรา 4 คือ

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล หรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และหมายความรวมถึงหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง/หรือ กรม และหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ หรือ

(3) บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง/หรือ กรม และหรือรัฐวิสาหกิจ (1) และ หรือ (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

ต่างประเทศที่เป็นคู่สัญญานั้น ได้แก่ บรรดาเอกชนต่างประเทศ บริษัทเอกชนต่างประเทศ
 บรรษัทระหว่างประเทศ บริษัทเอกชนต่างประเทศนั้น เป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งตามบทบัญญัติกฎหมาย
 ของรัฐที่นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติ บรรษัทระหว่างประเทศ (transnational corporations)
 หมายถึง การร่วมดำเนินการธุรกิจใดโดยบริษัทต่าง ๆ ซึ่งจะมีสถานภาพแตกต่างกัน
 แต่ละบริษัทเหล่านี้จะเข้าร่วมดำเนินการธุรกิจร่วมกันและอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรกลาง
 แม้ว่าบริษัทที่เป็นศูนย์ควบคุมการดำเนินการและบริษัทสาขาเหล่านี้จะร่วมดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์
 ประสงค์ต่าง ๆ กันซึ่งบริษัทต่าง ๆ ที่เข้ามาร่วมกันเป็นบรรษัทระหว่างประเทศมีสถานภาพ
 เป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกัน โดยหลักการแล้ว บรรษัทระหว่างประเทศมีสถานภาพตาม
 บทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง เมื่อบรรษัทระหว่างประเทศเหล่านี้ประกอบธุรกิจใน
 ต่างประเทศ การดำเนินการของบริษัทสาขาจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศ
 เจ้าบ้าน และโดยบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศโดยทางอ้อม³ ส่วนบริษัทเอกชนต่าง
 ประเทศจะมีการก่อตั้งบริษัทสาขาหรือบริษัทตัวแทนในประเทศต่าง ๆ อาจจะมีบริษัทใหญ่อยู่
 เพียงประเทศเดียวที่สามารถจะควบคุมและกำกับในด้านนโยบายกับบริษัทสาขาหรือบริษัทตัวแทน
 ในประเทศต่าง ๆ ทั้งนี้ เอกชนต่างประเทศที่เข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐนั้น มักเป็นบริษัทเอกชน
 ต่างประเทศที่มีสาขากิจการค้าอยู่หลายแห่งในโลก เป็นบริษัทที่ก่อตั้งและมีสำนักงานใหญ่อยู่ใน
 ประเทศอุตสาหกรรม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศในเครือตลาดร่วมยุโรป

³ Peter Fischer, "Transnational Enterprises," in Encyclopedia of Public International Law, Vol. 7 P.518. อ้างโดย พรรัตน์
 วานิชสรรพ, หน้า 40.

ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น⁴ บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกชนต่างประเทศที่เข้ามาเป็นคู่สัญญา มักได้แก่ เรื่องสัญญาติของเอกชนต่างประเทศในทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ในสัญญาได้มีการยอมรับว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นนิติบุคคลเหล่านี้ มีสัญชาติของรัฐต่างประเทศที่นิติบุคคลมีสัญชาติได้ ในการกำหนดสัญชาติของเอกชนต่างประเทศนั้นมีผลกระทบที่ตามมาคือ จะทำให้เอกชนต่างประเทศนั้น เปรียบเสมือนเป็นคนชาติของรัฐที่เป็นคู่สัญญาหรือของรัฐอื่น ซึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศ การมีสัญชาติของรัฐใด ทำให้รัฐนั้นมีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตน นอกจากนั้น การมีสัญชาติของรัฐใด เอกชนต่างประเทศนั้นย่อมสามารถถือเอาประโยชน์จากสนธิสัญญาต่าง ๆ ซึ่งประเทศเจ้าของสัญชาติได้ทำไว้กับนานาประเทศอีกด้วย โดยเฉพาะสนธิสัญญาทางพาณิชย์ไมตรีนั้นจะกำหนดถึงสิทธิของคนชาติแต่ละฝ่าย และมีข้อกำหนดรวมถึงนิติบุคคลแห่งประเทศภาคีด้วย

ประเภทของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ อาจจะมีการเรียกชื่อกันในรูปแบบต่าง ๆ กันก็ตาม แต่หากได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเนื้อหาของสัญญาแล้ว อาจแบ่งรูปแบบของสัญญาได้ออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้ คือ

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

⁴ ชุมพร บัจจสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกาน สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," วารสารกฎหมาย 1 (2527) : 76.

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

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อนั้นเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ หมายถึง สัญญาเกี่ยวกับการซื้อพัสดุทุกชนิด ทั้งที่มีการติดตั้ง ทดลอง และบริการที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ สำหรับส่วนราชการกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ ในประเทศต่าง ๆ ก็อาจจะมีระเบียบหรือกฎเกณฑ์ภายในของตนเพื่อบังคับเข้ากับการจัดซื้อพัสดุของส่วนราชการ สำหรับประเทศไทยในการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อของส่วนราชการ * ต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของสัญญา เช่น ข้อตกลงซื้อขาย การส่งมอบ การตรวจรับ การชำระเงิน การรับประกันความชำรุดบกพร่อง หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา การบอกเลิกสัญญา ค่าปรับ ความรับผิดชอบของผู้ซื้อและผู้ขาย ฯลฯ ต้องสอดคล้องกับระเบียบดังกล่าว ทั้งนี้รูปแบบของสัญญานั้นคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดรูปแบบของสัญญาไว้เพื่อให้ส่วนราชการถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติเหมือน ๆ กัน ⁵ ถ้าหากการทำสัญญารายใดจำเป็นต้องมีความหรือรายการแตกต่างไปจากตัวอย่างสัญญาซื้อ หรือไม่อาจทำสัญญาตามตัวอย่างสัญญาซื้อที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดไว้และจำเป็นต้องร่างสัญญาซื้อขึ้นมาใหม่ ก็ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน ⁶

* ส่วนราชการ หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม สำนักงานหรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะ เป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

⁵ หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี, ที่ นร (กวพ) 1202/ว116 ลงวันที่ 1 เมษายน 2535

⁶ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 132

สัญญาเกี่ยวกับการว่าจ้าง หมายถึง การจ้างทำของ การรับขน การจ้างเหมาบริการ การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการกับเอกชนต่างประเทศ หรือบริษัทเอกชนต่างประเทศ ซึ่งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของสัญญาต้องสอดคล้องกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ส่วนรูปแบบของสัญญา เช่น สัญญาจ้าง (agreement for civil works) สัญญาจ้างที่ปรึกษา (agreement for engagement of consultant) ก็จะมีกำหนดรูปแบบของสัญญาไว้โดยคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ เช่นเดียวกับสัญญาจัดซื้อ (agreement for procurement of goods)

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้างของรัฐวิสาหกิจนั้น รูปแบบของสัญญาเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญา เป็นไปตามระเบียบของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ แต่ละแห่งมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการบริหารรัฐวิสาหกิจหรือผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ สามารถวางระเบียบต่าง ๆ ในการกระทำการกิจการภายในขอบวัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งรวมถึง อำนาจในการจัดซื้อ ว่าจ้าง แต่อย่างไรก็ตาม รัฐวิสาหกิจใดจะนำหลักการตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ ไปใช้โดยอนุโลมก็ได้ สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้างของรัฐวิสาหกิจเหล่านี้ แม้ว่ารูปแบบของสัญญาเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาจะเป็นไปตามระเบียบของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งก็ตาม แต่เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเหล่านี้ จะมีรูปแบบอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และข้อกำหนดกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาจะเป็นบทบัญญัติกฎหมายไทย (ในทางปฏิบัติแม้จะไม่มีระเบียบหรือกฎหมายที่ว่าจะต้องนำบทบัญญัติกฎหมายไทยมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าว แต่ในการทำสัญญากับบริษัทต่างประเทศในสัญญาประเภทต่าง ๆ เหล่านี้ คู่สัญญาฝ่ายไทยจะเสนอให้กฎหมายไทยมาบังคับใช้กับสัญญาเสมอ) รูปแบบของสัญญาเช่นนี้ หลักการที่สำคัญเกี่ยวกับเงื่อนไข ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาจึงเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้างของส่วนราชการกับเอกชนต่างประเทศ ยกเว้นแต่รายละเอียดบางประการที่อาจจะแตกต่างกันบ้าง

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ การว่าจ้างนั้น เป็นสัญญาที่รัฐเข้าเกี่ยวพันในเชิงพาณิชย์ โดยปฏิบัติแก่เอกชน (acta jure gestionis) ซึ่งรัฐเป็นคู่สัญญาธรรมดาฝ่ายหนึ่งเท่า

นั้น ในการทำนิติกรรมทางแพ่ง อันถือว่าเป็นการกระทำอย่างเอกชน (private acts) หรือเป็นการปฏิบัติเชิงพาณิชย์ (commercial acts) ในฐานะที่เป็นคู่สัญญาธรรมดา ซึ่งเนื้อหาของสัญญาไม่ได้เกี่ยวข้องกับทำให้สัมปทานหรือการพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐแต่อย่างใด เช่นเดียวกันกับสัญญาเงินกู้

2. สัญญาเงินกู้ (Loan Agreements)

สัญญาเงินกู้เป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ โดยเป็นการกู้เงินของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจจากแหล่งเงินกู้จากต่างประเทศ ทั้งที่รัฐบาลค้ำประกันและไม่ค้ำประกันรวมถึงการก่อหนี้ด้วยการเช่าซื้อและการใช้สินเชื่อดำเนินการผ่อนชำระสำหรับประเทศไทย สัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ กระทรวงการคลังโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจทำสัญญาเงินกู้ในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ ในการก่อหนี้ของภาครัฐบาลกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ ได้มีพระราชบัญญัติและระเบียบเกี่ยวกับการก่อหนี้ของภาครัฐบาลไว้ดังนี้ คือ

1. พระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศ พ.ศ. 2519
2. พระราชบัญญัติกู้เงินเพื่อป้องกันประเทศ พ.ศ. 2519
3. พระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้ำประกัน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2519
4. ระเบียบการก่อหนี้ของประเทศไทย พ.ศ. 2528

การทำสัญญาเงินกู้ระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ * นั้นเป็นการทำสัญญาเงินกู้โดยกระทรวงการคลัง ในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับแหล่งเงินกู้ของเอกชนในต่างประเทศ⁷ หรือในกรณีรัฐวิสาหกิจอาจเป็นการทำสัญญาเงินกู้ระหว่างรัฐวิสาหกิจกับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศโดยมีกระทรวงการคลังทำสัญญาค้ำประกันเงินกู้ให้กับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ⁸ โดยเป็นการค้ำประกันจากกระทรวงการคลังในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย สัญญาค้ำประกันเงินกู้⁹ นี้ อาจจะเป็นการทำสัญญาค้ำประกันเงินกู้แยกออกไปต่างหากจาก

* รัฐวิสาหกิจตามที่กำหนดไว้ในระเบียบการก่อหนี้กับต่างประเทศ พ.ศ. 2528 หมายถึง รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ยกเว้นรัฐวิสาหกิจที่เป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์

รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ คือ

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

⁷ ดูพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศ พ.ศ. 2519 มาตรา 3

⁸ ดูพระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้ำประกัน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2519 มาตรา 4

สัญญาเงินกู้ หรือสัญญาเงินกู้และการค้ำประกันเงินกู้โดยกระทรวงการคลังในสัญญาเงินกู้ฉบับเดียวกันนั้น การทำสัญญาเงินกู้ของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

สัญญาเงินกู้ดังกล่าวเหล่านี้ อาจจะเป็นการทำสัญญาเงินกู้โดยทั่วไป หรือการก่อหนี้ของภาครัฐบาลด้วยการเข้าซื้อและการใช้สินเชื่อดำเนินการผ่อนชำระ จากทางปฏิบัติในการทำสัญญาเงินกู้ของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ กับธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศเงื่อนไขในสัญญา จะเป็นการเสนอเงื่อนไขจากธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ ซึ่งกระทรวงการคลังจะพิจารณาเงื่อนไขและเสนอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ⁹ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างประเทศเช่นนี้จะมีรูปแบบที่เป็นสากลอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป นอกจากรายละเอียดปลีกย่อยบางประการที่มีความเกี่ยวเนื่องกับภาวะการณ์ของคู่สัญญาอันมีผลทำให้เงื่อนไขบางประการแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละสัญญา เช่น รูปแบบเครดิต (credit facility), การกู้ยืม (borrowing), ค่าธรรมเนียมการเตรียมเงินกู้ (commitment fee) การชำระคืน (repayment) ดอกเบี้ย (interest) เงินตราสกุลอื่น ๆ (alternate currencies) คำรับรองที่ผู้กู้จะต้องกระทำ (representations and warranties) เงื่อนไขบังคับก่อน (condition precedents) คำมั่นที่จะปฏิบัติ (covenants) กรณีใดบ้างที่ถือว่าผิดสัญญา (events of default) การชดเชยค่าทดแทนในกรณีที่มีการเพิ่มค่าใช้จ่าย, ภาษี (taxes) เกี่ยวกับการชำระของผู้กู้, เบ็ดเตล็ดอื่น ๆ (miscellaneous) ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่าย ค่าธรรมเนียม การใช้สิทธิ ภาษา การลงนาม กฎหมายที่นำมาบังคับใช้โดยมากมักจะเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่ผู้ยืมเพื่อนำมาใช้ในการตีความการหาความสมบูรณ์ของสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา¹⁰ เป็นต้น

⁹ ดูพระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการกู้เงินกับต่างประเทศ พ.ศ. 2519 มาตรา 3,5 และ ระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ. 2528 ข้อ 16.

¹⁰ ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," วารสารกฎหมาย 2 (2527) : 74.

สัญญาเงินกู้ของรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ถือว่าเป็นการกระทำการเชิงพาณิชย์ที่รัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้กู้และไม่ได้เกี่ยวข้องกับอธิปไตยของรัฐแต่อย่างใด สัญญาเงินกู้จึงเป็นสัญญาที่รัฐไม่ได้ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญา (acta jure gestionis) ซึ่งแตกต่างจากสัญญาสัมปทานและสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ

3. สัญญาสัมปทาน (Concession Agreements)

สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ ซึ่งหมายถึง ความผูกพันในทางสัญญาระหว่างรัฐผู้ให้สัมปทานฝ่ายหนึ่งกับเอกชนผู้ได้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่ง โดยทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ต่อกัน ซึ่งเป็นไปในลักษณะการอนุมัติให้สัมปทานจากฝ่ายรัฐโดยรัฐเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติจะมอบสิทธิให้เอกชนผู้รับสัมปทานไปดำเนินการสำรวจ ผลิต หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาสัมปทานจึงเป็นการได้รับมาเกี่ยวกับผลประโยชน์ในดินแดนของรัฐซึ่งไม่อาจได้รับมาฝ่ายเดียวโดยปราศจากข้อผูกพันที่จะต้องให้ค่าตอบแทนแก่รัฐ โดยสัญญาสัมปทานจะกำหนดสิทธิและหน้าที่จะต้องกระทำตอบแทน (reciprocal) ระหว่างคู่สัญญา¹¹ และเป็นสัญญาที่ต้องใช้ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญายาวนาน (long-term relationship) จึงจำเป็นต้องอาศัยความเชื่อถือนและร่วมมือกันของคู่สัญญา รัฐคู่สัญญามักจะเสนอสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ แก่ผู้รับสัมปทาน เช่น สิทธิพิเศษในการนำเข้าและส่งออก สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตรา สิทธิพิเศษเกี่ยวกับภาษีอากร เป็นต้น เอกชนผู้รับสัมปทานก็ต้องเสียค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปค่าภาคหลวง ภาษีและผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษอย่างอื่นตามที่ระบุไว้ในสัมปทาน เช่น เงินโบนัส ทุนการศึกษาและดูงาน การฝึกอาชีพ การกระตุ้นกิจกรรมทางเศรษฐกิจอื่น ๆ ทั้งนี้โดยผลของการเจรจาตกลงระหว่างคู่สัญญา สัญญาสัมปทานจึง

¹¹ Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization," *AJIL* (1985) : 260.

เป็นสัญญาที่มีลักษณะร่วมกันของหลักการในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน¹² กล่าวคือสัมปทานเป็นทั้งสัญญาตามกฎหมายเอกชนและเป็นทั้งใบอนุญาตให้ประกอบกิจการตามกฎหมายมหาชน การอนุมัติให้สัมปทานนั้นเป็นการให้สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติของรัฐแก่ผู้รับสัมปทาน การอนุมัติให้สิทธิเช่นนี้กระทำโดยบทบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะของรัฐหรือในบางประเทศจะต้องได้รับการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร เช่น สัมปทานป่าไม้ สัมปทานปิโตรเลียม หรือประทานบัตรเหมืองแร่ เป็นต้น สำหรับประเทศไทย ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการให้สัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งมีพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ให้สิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมในรูปของสัมปทาน โดยเอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะทำการสำรวจผลิต เก็บรักษา ขนส่ง ขายหรือจำหน่ายปิโตรเลียม สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมจะต้องกระทำตามรูปแบบที่กำหนดโดยกฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 เช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมกับบริษัท Triton Oil, กับบริษัท Esso Exploration ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตาม แบบของสัมปทานมีช่องว่างให้กรอกข้อความเฉพาะกรณีไป ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้กรณีสามารถจะเจรจาหาความตกลงกันได้ เช่น ในเรื่องระยะเวลาสำรวจปิโตรเลียม ข้อผูกพันเกี่ยวกับปริมาณงานและปริมาณเงินที่จะลงในแต่ละช่วง ผลประโยชน์พิเศษที่ผู้รับสัมปทานตกลงจะให้แก่รัฐ เป็นต้น การที่ได้มาซึ่งสัมปทานปิโตรเลียมจะกระทำโดยการเปิดประมูลทั่วไปตามระเบียบของกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้ให้สัมปทาน คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้ที่จะได้รับเลือกเป็นผู้รับสัมปทานในพื้นที่ที่เปิดประมูลแปลงใดแปลงหนึ่งนั้น จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติทางเทคนิคและการเงิน และมีแผนการดำเนินงานที่เหมาะสมที่สุด นอกเหนือจากผลประโยชน์พิเศษที่จะให้แก่รัฐดังกล่าว

¹² Georg Schwarzenberger, "The Protection of British Property Abroad," Current Legal Problems (1952) : 312.

สัญญาสัมปทานโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัมปทานปิโตรเลียมเป็นกิจการที่จะต้องใช้จ่ายต้นทุนสูง และเป็นการลงทุนที่เสี่ยงภัยสูง (heavy risks) เพราะในการสำรวจปิโตรเลียมอาจจะไม่พบร่องรอยของปิโตรเลียมเลยก็ได้ เช่น บริษัทน้ำมัน 4 บริษัท ที่ร่วมลงทุนในแถบตะวันออกเฉียงเหนือของแอฟริกา ต้องหยุดกิจการลง หลังจากสูญเสียเงินไปจำนวน 35 ล้านดอลลาร์ต่อการสำรวจพบแต่หลุมเปล่า นอกจากนี้ยังต้องใช้จ่ายเงินไปถึง 100 ล้านดอลลาร์กับการสำรวจน้ำมันในประเทศปาปัวนิวกินีซึ่งได้รับผลตอบแทนเพียงเล็กน้อยกลับคืนและสูญเสียเงินไป 30 ล้านดอลลาร์ ในคิวบาแต่ได้รับเพียงผลผลิตของน้ำมันดิบเพียง 600 บาเรลต่อวัน 13 ดังนั้น สัมปทานปิโตรเลียมจึงเป็นกิจการที่ต้องใช้จ่ายเงินอย่างมากและมีความเสี่ยงสูงประเทศต่าง ๆ พยายามดึงดูดการลงทุนโดยการสร้างกฎหมายปิโตรเลียมของตนให้อำนวยประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานที่สุด การอนุมัติให้สัมปทานนั้นเป็นการอนุมัติให้สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติของรัฐแก่ผู้รับสัมปทานซึ่งแหล่งน้ำมัน ป่าไม้หรือแหล่งแร่ อันเป็นทรัพยากรของชาติที่รัฐทำหน้าที่เป็นผู้แทนของปวงชนในชาติเพื่อการมอบสิทธิให้แก่ผู้รับสัมปทานนำไปหาประโยชน์โดยให้ค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปของค่าภาคหลวง ภาษีและผลประโยชน์พิเศษอย่างอื่น ลักษณะของการให้สิทธิในการสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติจากรัฐแก่ผู้รับสัมปทานในรูปแบบของสัญญาสัมปทาน ถือว่าเป็นสัญญาที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญา (contrat jure imperii) ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐนอกจากจะมีฐานะเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาแล้ว ก็ยังมีฐานะเป็นรัฐผู้ทรงสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศผู้มีอำนาจอธิปไตยที่จะให้สิทธิในการสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติภายในดินแดนของตน การปฏิบัติตามสัญญาย่อมกระทำในดินแดนของรัฐ เอกชนผู้รับสัมปทานจึงพยายามหามาตรการเพื่อให้เกิดความมั่นคงในการบริโภคสิทธิ

13 Harold M. Fleming, State, Contracts and Progress : Dynamics of International Wealth, (New York : Oceana Publications, Inc., 1960), P.32.

ตามสัญญาของตน เช่น การระบุว่ามีข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง (Stabilization Clause) สิทธิพิเศษ (preferential rights) ต่าง ๆ ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) ไว้ในสัญญา เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ รัฐคู่สัญญาก็มักจะเสนอให้คู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นในบรรยากาศการลงทุนและเพื่อใช้เป็นมาตรการจูงใจการลงทุน อย่างหนึ่งอีกด้วย

4. สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Economic Development Agreements)

สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศโดยเริ่มมีการเรียกชื่อนี้กันอย่างแพร่หลายในช่วงเวลาของศตวรรษที่ 19 ซึ่งในข้อตกลงของสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจมักจะระบุถึงความสัมพันธ์และเงื่อนไขในลักษณะทางเศรษฐกิจมากกว่าในลักษณะทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายได้ให้คำจำกัดความของสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจไว้ว่า เป็นข้อตกลงเพื่อการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐและเป็นข้อตกลงเพื่อการพัฒนากิจการอันเป็นสาธารณูปโภคของรัฐ (การก่อสร้างถนนหนทาง การสร้างและดำเนินกิจการเกี่ยวกับระบบขนส่งมวลชน ระบบโทรคมนาคม การผลิตไฟฟ้า การประปา เป็นต้น) และรวมถึงข้อตกลงเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐในด้านอื่น ๆ ของรัฐ ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้นเพื่อเป็นการสร้างเงื่อนไขทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อการลงทุนที่ยาวนานจากต่างประเทศให้เกิดในประเทศกำลังพัฒนา¹⁴ สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้นมีความสำคัญยิ่งต่อประเทศกำลังพัฒนาซึ่งจะต้องมีนโยบายในการให้เอกชนต่างประเทศเข้ามาลงทุนและดำเนินกิจการบางอย่างที่ต้องใช้จ่ายเงินเป็นจำนวนมหาศาลและเทคโนโลยีที่ทันสมัย

¹⁴ Rainer Geiger, "the Unilateral Change of Economic Development Agreements," *ICLQ* (1974) : 74.

กิจการเหล่านี้มักจะเป็นกิจการโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจ (infra-structure) เช่น กิจการเกี่ยวกับสร้างระบบทางด่วน กิจการเกี่ยวกับการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรคมนาคม (telecommunication) กิจการเกี่ยวกับการผลิตไฟฟ้า เป็นต้น สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น การให้เอกชนเข้าร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐในรูปแบบของสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้น หมายถึง การที่หน่วยงานของรัฐร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าด้วยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทานหรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดในกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือส่วนราชการท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย * หรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้น รูปแบบของสัญญาอาจจะกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย หรือโดยผลของการเจรจาตกลงระหว่างคู่กรณีฝ่ายรัฐและเอกชน เช่น สัญญาเกี่ยวกับการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรศัพท์ สัญญาโครงการระบบทางด่วน สัญญาโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับ เป็นต้น แต่ไม่ว่ารูปแบบของสัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมายหรือโดยผลของการเจรจาตกลงก็ตาม สัญญาเหล่านี้จะมีลักษณะเป็นทั้งสัญญาตามกฎหมาย เอกชนที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และขณะเดียวกันสัญญาก็มีลักษณะขององค์ประกอบในกฎหมายมหาชนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้สิทธิหรืออนุมัติสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการประกอบกิจการที่รัฐอนุญาต

สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้นมีความหมายครอบคลุมถึงสัญญาที่รัฐอนุมัติสิทธิให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวและสัญญาร่วมลงทุน (joint ventures) กับเอกชน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาสัมปทานก็อยู่ในความหมายของสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจอันหนึ่งได้ แต่ที่ผู้เขียน

* ยกตัวอย่างเช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ข้อ 2 (2) บัญญัติว่า การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีวัตถุประสงค์จัดดำเนินการหรือควบคุมธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งโดยรถรางเดียวและรถไฟฟ้าใต้ดิน

ได้แยกประเภทออกมาเพื่อป้องกันการเกิดความสับสนและเพื่อความชัดเจน เนื่องจากคำว่า สัญญาสัมปทานนั้น หมายความว่าในของแต่ละประเทศให้ความหมายไว้แตกต่างกัน สัญญาที่ฝ่ายรัฐ ให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐบาง อันอาจจะไม่อยู่ในความหมายของ สัญญาสัมปทานได้ เช่น สัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในโครงการระบบทางด่วนของรัฐ สัญญาที่ เอกชนร่วมลงทุนในโครงการระบบโทรคมนาคมของรัฐ สัญญาเหล่านี้อาจจะไม่ได้มีลักษณะ เป็น สัญญาสัมปทานตามกฎหมายของบางประเทศ แต่สัญญาเหล่านี้ถือว่าเป็นสัญญาพัฒนาทาง เศรษฐกิจ (economic development agreements) ซึ่งหากได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ระหว่างประเทศแล้ว สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยรัฐใช้อำนาจอธิปไตยของ รัฐในการทำสัญญา (concluded jure imperii) เช่นเดียวกับกับสัญญาสัมปทาน ซึ่งรัฐคู่ สัญญาอยู่ในฐานะทั้งเป็นคู่สัญญาและมีฐานะเป็นรัฐผู้มีอำนาจอธิปไตยในการอนุมัติสิทธิให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจมีการเจรจาตกลงกัน อย่างรอบคอบทุก ๆ ข้อกำหนดในสัญญาและมีการให้การรับรองหรือสัตยาบันจากฝ่ายบริหารหรือ ฝ่ายนิติบัญญัติ อาทิเช่น ในทางปฏิบัติของประเทศไทยนั้น มีขั้นตอนในการทำสัญญาพัฒนาทาง เศรษฐกิจอันพอสรุปได้ดังนี้ เริ่มจากให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่ประสงค์จะให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการใด เสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการโดยละเอียด ต่อกระทรวงเจ้าสังกัด จากนั้นให้กระทรวงเจ้าสังกัดเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณา หากสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเห็นด้วยกับโครงการให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา ให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในโครงการใด แล้วให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวน (terms of reference) เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการและร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญา ร่วมงานหรือดำเนินการ ประกอบกับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมา คณะหนึ่งเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไข สำคัญที่จะต้องมีในสัญญา พร้อมทั้งพิจารณาคัดเลือกเอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการจากนั้นให้ คณะกรรมการนำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ

ร่างสัญญาและเอกสารทั้งหมดเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติจากนั้นก็เป็นขั้นตอนการลงนามในสัญญา¹⁵

สัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจนั้น การปฏิบัติตามสัญญาย่อมกระทำในรัฐที่เป็นคู่สัญญานั้นเอง และเป็นกิจการที่ต้องใช้ทุนสูง ทั้งการปฏิบัติตามสัญญามีระยะเวลายาวนาน อันจะต้องอาศัยความเชื่อถือและร่วมมือกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยปกติต้องการได้รับผลตอบแทนกลับคืนจากการลงทุนให้มากที่สุด และต้องการได้รับหลักประกันการลงทุนให้มากที่สุด เพื่อให้การลงทุนเกิดความมั่นคงจากการเข้าแทรกแซงของรัฐ ฝ่ายรัฐคู่สัญญาก็ต้องการให้เกิดการลงทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศก็มักจะยินยอมเสนอหลักประกันการลงทุน (guarantee the security of the investment) โดยเสนอข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและมักเสนอสิทธิพิเศษต่าง ๆ อาทิ สิทธิพิเศษด้านภาษีอากร สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการโอนเงินและสิทธิพิเศษเกี่ยวกับระเบียบการค้าอื่น ๆ¹⁶ เพื่อเป็นการจูงใจการลงทุน

15 ปรดศึกษา เงื่อนไขและรายละเอียดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และในกฎกระทรวง (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

16 Rainer Geiger, ICLQ, P.76.

ลักษณะของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง (Stabilization Clause) ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น หมายถึง ข้อกำหนดที่ระบุไว้เพื่อให้ความมั่นคงหรือเสถียรภาพแก่ข้อกำหนดต่าง ๆ ที่สำคัญในสัญญา โดยจำกัดห้ามในการที่รัฐคู่สัญญาจะนำบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่เกิดขึ้นในเวลาภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญามายังบังคับใช้กับสัญญา (any subsequent legislative) เพื่อมีผลเป็นการเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญา หรือมีผลเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญา รวมทั้งเป็นข้อกำหนดที่ระบุไว้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐด้วยมาตรการทางบริหาร (administrative measure) เพื่อให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสัญญา ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ระบุไว้เพื่อให้การเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาต้องได้รับความยินยอมอันร่วมกันของคู่สัญญา (the mutual consent of the parties)¹⁷ ข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลงนี้มักจะถูกระบุไว้ร่วมกับข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง แต่ในบางสัญญาก็ระบุแยกกันไว้คนละข้อกำหนดไปเลย เช่น ในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระบุไว้ในข้อ 25.1 มีความว่า "การเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขสัญญานี้จะมีผลผูกพันต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและลงนามโดยตัวแทนผู้มีอำนาจของแต่ละฝ่าย" แต่บางสัญญาก็จะระบุรวมกันไว้ในข้อกำหนดเดียวกันใน ความหมายของข้อกำหนดเพื่อให้ความมั่นคงแก่สัญญา ซึ่งในแต่ละสัญญาจะมีถ้อยคำหรือภาษาที่ใช้แตกต่างกันออกไป อาทิ "บทบัญญัติที่มีผลบังคับใช้ของข้อตกลงนี้ไม่สามารถถูกเพิกถอนหรือแก้ไข

¹⁷ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty," *BYIL*, 323.

เปลี่ยนแปลง เว้นแต่โดยความยินยอมร่วมกันของคู่สัญญา บทกฎหมายใด ๆ ที่ขัดแย้งกับข้อตกลงนี้จะไม่ถูกนำมาบังคับใช้" ในบางสัญญาข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงก็จะระบุไว้เพียงถ้อยคำที่รวบรัด เช่น ในสัญญาสัมปทานของประเทศอียิปต์ ระบุว่า "สิทธิและหน้าที่ของ EGPC (The Egyptian State Enterprise) และคู่สัญญาภายใต้เงื่อนไขของข้อตกลงนี้ จะมีผลบังคับใช้ตามที่ตกลงกันไว้และสามารถแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงได้โดยความยินยอมอันร่วมกันของคู่สัญญา" ¹⁸ ในสัญญาสัมปทานของอิหร่าน ได้ระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงไว้ในมาตรา 41 (b) ว่า "จะไม่มีกรำใช้มาตรการทางบริหารโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะ หรือการำใช้มาตรการใด ๆ ... เพื่อเพิกถอนข้อตกลง, แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา หรือเพื่อเป็นการกีดกันหรือให้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา การเพิกถอน แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลง เช่นว่านั้นจะไม่เกิดขึ้นยกเว้นแต่โดยข้อตกลงอันร่วมกันของคู่สัญญา" ¹⁹ เป็นต้น

สิทธิพิเศษ (Preferential Rights) ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ นั้น หมายถึง ข้อกำหนดที่มุ่งคุ้มครองสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ เช่น สิทธิพิเศษทางภาษีอากร สิทธิพิเศษในการเข้าเมืองและการทำงาน สิทธิพิเศษในการโอนเงินตรา เป็นต้น สิทธิพิเศษนี้ไม่ได้มีความหมายเป็นข้อห้ามโดยธรรมชาติ แต่เป็นข้อตกลงที่รัฐได้หยิบยื่นผลประโยชน์บางสิ่งบางอย่างให้แก่เอกชนต่างประเทศ สิทธิพิเศษนั้นถือว่าเป็นข้อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยเป็นการที่รัฐยอมยกเว้นจากการบังคับใช้กฎหมายภายในของตนในบางเรื่อง อาทิกฎหมายว่าด้วยภาษีอากร กฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว ฯลฯ

¹⁸ A.Z. El Chiati, "Contractual Protection of Investment Autonomy of the Will versus Sovereignty of the State," RCADI (1987) : 119.

¹⁹ Wall, "The Iranian-Italian Oil Agreement of 1957," ICLQ (1958) : 736.

วัตถุประสงค์ของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการบังคับใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังให้มามีผลเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง สัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันรัฐจากการใช้อำนาจอธิปไตยด้วย มาตรการทางกฎหมาย เพื่อให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขสัญญาตามที่ได้ตกลงกันไว้ โดยประสงค์จะให้เกิดความมั่นคงและเสถียรภาพต่อข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญา เป็นการที่รัฐ จำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนเพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนสัญญา ภายในระยะเวลาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงจึงเป็นการยืนยันการเปลี่ยน รูปไม่ได้ของสัญญา (the immutability of the contract) ²⁰ ทั้งนี้ ในการที่รัฐตกลง ให้มีการระบุข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงนั้นมีจุดมุ่งหมายไม่เพียงแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ แต่ยังเป็นข้อพิจารณาต่อความเสี่ยงทางเศรษฐกิจ ซึ่งเอกชนต่างประเทศ ใช้ตัดสินใจในการลงทุน ²¹ นักกฎหมายชื่อ Samuel K.B. Asante ได้กล่าวว่า ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงแก่ข้อกำหนดที่สำคัญต่าง ๆ ในสัญญา โดยการห้ามการกระทำใด ๆ ของรัฐไม่ว่าด้วยมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการทางบริหาร ซึ่งจะก่อให้เกิดการ เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาหรือกฎหมายต่าง ๆ ที่ นำมาใช้บังคับกับกิจการ โดยข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงจะเป็นการคัดค้านโดยตรงต่อการกระทำ ของรัฐในรูปแบบต่าง ๆ อาทิเช่น

²⁰ A.Z. El Chiati, RCADI, P.99.

²¹ Timothy B.Hansen, "The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements," Virginia Journal of Internaitonal Law 28 (1988) : 1016.

1. การขึ้นอัตราภาษีที่แตกต่างไปจากอัตราภาษีเดิมที่กำหนดไว้ ณ สัญญา หรือในขณะที่มีการทำสัญญา
2. การตราบทกฎหมายที่เป็นการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในทางการเงินหรือการกระทำด้วยประการใดเกี่ยวกับการอุตสาหกรรมหรือการพาณิชย์ ซึ่งส่งผลให้ข้อกำหนดทางการเงินดังกล่าวมีภาระผูกพันสูงกว่า ข้อกำหนดทางการเงินที่ได้ทำความตกลงกันไว้แล้ว ณ สัญญา
3. การแก้ไขเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ดังเช่น กฎหมายเกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท ภาษีอากร ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติกฎหมายเดิมที่มีอำนาจบังคับในขณะที่มีการทำสัญญา
4. การเวนคืนทรัพย์สิน การโอนเป็นของชาติและการดำเนินมาตรการในรูปแบบต่าง ๆ อันเป็นการแทรกแซงหรือก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบกิจการของเอกชนต่าง ประเทศคู่สัญญา ²²

ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงนั้นเป็นการที่รัฐคู่สัญญาตกลงที่จะจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนให้มีผลเป็นการแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญา ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยมักจะระบุไว้ในสัญญาประเภทที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญา (concluded jure imperii) อันเป็นสัญญาที่ใช้ระยะเวลาในการปฏิบัติยาวนาน และการปฏิบัติตามสัญญาที่ต้องกระทำในดินแดนของรัฐที่เป็นคู่สัญญานั้นเอง กล่าวคือ สัญญาสัมปทาน (concession agreements) และสัญญาพัฒนาทางเศรษฐกิจ (economic development agreements) ทั้งนี้เนื่องจาก คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาประเภทดังกล่าวนอกจากจะอยู่ในฐานะคู่สัญญาที่มีสิทธิหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในสัญญายังอยู่ในฐานะรัฐผู้มีอำนาจอธิปไตยในการที่จะกระทำการใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายในดินแดนของตน ดังเช่น การตราบทบัญญัติกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา การ

²² Samuel K.B. Asante, "Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process," *ICLQ* 28 (1979) : 409.

วางระเบียบ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีผลบังคับแก่บุคคลและทรัพย์สินภายในดินแดนของรัฐ การไร้อำนาจดังกล่าวนี้อาจจะมีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ ตามสัญญา ที่ได้ทำไว้กับเอกชนต่างประเทศ จึงเป็นมูลเหตุให้มีการให้หลักประกันของรัฐคู่สัญญาในรูปแบบของข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงดังกล่าว

สิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างประเทศ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเสนอสิทธิพิเศษในด้านต่าง ๆ ให้แก่เอกชนต่างประเทศผู้ลงทุนในกิจการที่รัฐเห็นว่า สำคัญจะจำเป็นต้องเศรษฐกิจของประเทศเพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐในการจูงใจให้เกิดการลงทุน เพื่อใช้เป็นปัจจัยในการคำนวณกำไรของการลงทุนแก่เอกชนต่างประเทศ เพื่อให้เอกชนต่างประเทศผู้ลงทุนได้รับความสะดวกในการลงทุน ทั้งนี้การที่รัฐคู่สัญญาเสนอสิทธิพิเศษในรูปแบบต่าง ๆ ให้แก่เอกชนต่างประเทศคู่สัญญานั้น เป็นการที่รัฐยอมยกเว้นหรือจำกัดจากการใช้กฎหมายหรือระเบียบภายในของรัฐในบางเรื่องบังคับแก่เอกชนคู่สัญญา อาทิ กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายเกี่ยวกับการเข้าเมือง กฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว เป็นต้น ซึ่งเมื่อเป็นการยกเว้นหรือจำกัดการใช้กฎหมายหรือระเบียบภายในของรัฐ ย่อมต้องมีการให้การรับรองหรือสัตยาบันจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเพื่ออนุมัติให้สิทธิพิเศษแก่เอกชนคู่สัญญาเป็นราย ๆ ไป สำหรับประเทศไทยนั้น การทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐกับเอกชนให้ดำเนินการในโครงการหนึ่งโครงการใด ฝ่ายรัฐมักจะเสนอให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับสิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนไว้ในประกาศเชิญชวน (terms of reference)* จากนั้นเมื่อได้คัดเลือก

* ในที่นี้ขอยกตัวอย่างประกาศเชิญชวนของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย สำหรับโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ซึ่งในส่วนของเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับรัฐบาล และการทางฯ ในข้อ 1.5 ระบุว่า "รัฐบาลจะให้ผู้รับสัมปทานได้รับสิทธิและประโยชน์ต่าง ๆ ในเกณฑ์สูงสุดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (โดยผู้ลงทุนจะต้องปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องด้วย)"

เอกชนที่จะมาเป็นคู่สัญญาแล้ว ก็จะนำเนื้อความในประกาศเชิญชวนซึ่งข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิพิเศษก็ได้ถูกระบุอยู่ด้วย นำมาใส่ไว้ในร่างสัญญาแล้วก็นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ ในทางปฏิบัติของประเทศไทยโดยหลักการแล้วจะไม่แยกสิทธิพิเศษออกเป็นประเภทต่าง ๆ เพื่อนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติ แต่จะนำเสนอรวมกันทางหนึ่งที่ว่าให้เอกชนคู่สัญญาได้รับสิทธิพิเศษตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน เพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นชอบ