

## บทที่ 5

### แนวทางในการแก้ปัญหา

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 และ 4 ว่าปัญหาอย่างหนึ่งของการทำธุรกรรมระหว่างประเทศก็คือการที่รัฐมีระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา (EXCHANGE CONTROL REGULATIONS) และรัฐที่กำหนดระเบียบควบคุมฯ ดังกล่าวก็มีทั้งรัฐที่เป็นสมาชิกกองทุนฯ และรัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ ดังนั้นในการศึกษาหาแนวทางในการแก้ปัญหา ดังกล่าวก็ควรที่จะมีการแบ่งแยกให้ชัดเจน

#### 5.1 การทำธุรกรรมกับประเทศภาคีกองทุนฯ

เมื่อประเทศไทยเป็นรัฐสมาชิกรัฐหนึ่งของกองทุนฯ ปัญหาที่เกิดจากการทำธุรกรรมระหว่างกันก็ควรที่จะพิจารณาจากข้อตกลงกองทุนฯ ซึ่งได้ประมวลข้อกำหนดที่รัฐสมาชิกพึงปฏิบัติเอาไว้ และพอสรุปแนวทางในการแก้ปัญหาได้ตามพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) ดังนี้

หลักการสำคัญของพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) คือ รัฐสมาชิกต้องยอมรับระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของรัฐสมาชิกอื่น ถ้าระเบียบควบคุมฯ นั้นสอดคล้องกับข้อตกลงกองทุนฯ และพันธะดังกล่าวผูกพันเจ้าพนักงานของรัฐสมาชิกทั้งทางด้านตุลาการและนิติบัญญัติ โดยเมื่อสัญญาแลกเปลี่ยนเกี่ยวข้องกับสกุลเงินของรัฐสมาชิกที่กำหนดระเบียบควบคุมฯ ดังกล่าว และขัดต่อระเบียบควบคุมฯ นั้นด้วย เจ้าพนักงานเหล่านั้นจะต้องไม่ยอมรับบังคับให้ตามสัญญา หรือต้องไม่ตัดสินใจให้มีการชดเชยค่าเสียหายกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา แม้ระเบียบควบคุมฯ จะขัดต่อ "นโยบายของรัฐ" หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา จะมีใช้กฎหมายเดียวกันกับกฎหมายที่ใช้ในการออกระเบียบควบคุมฯ ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็ตาม (ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2)

เมื่อเกิดปัญหาในการทำธุรกรรมระหว่างคนชาติรัฐสมาชิกเกี่ยวกับการที่รัฐมีระเบียบควบคุมฯ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ต้องการให้สัญญามีผลบังคับได้ เพื่อจะได้ไม่ต้องชำระหนี้

ตามสัญญา มักจะอ้างพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) แต่อย่างไรก็ตาม ในการใช้พันธะดังกล่าว ก็ควรพิจารณาถึงหลักการ ขอบเขตและความหมายของพันธะนั้นด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

จากการศึกษาในบทที่ 2 และ 3 พอจะสรุปแนวทางในการแก้ปัญหาเป็นขั้นตอนได้ดังนี้

(1) เมื่อมีคดีมาสู่ศาล ศาลควรจะพิจารณาว่าสัญญาที่คู่ความใช้อ้างในการฟ้องร้อง เป็นสัญญาแลกเปลี่ยนตามความเห็นของศาลและนักกฎหมายส่วนใหญ่หรือไม่ โดยใช้หลักที่ว่าสัญญาดังกล่าวจะต้องมีผลกระทบต่อทุนสำรองระหว่างประเทศของรัฐที่กำหนดระเบียบควบคุมฯ นั้น

(2) สัญญาแลกเปลี่ยนนั้น เกี่ยวข้องกับสกุลเงินของรัฐที่กำหนดระเบียบควบคุมฯ หรือไม่ โดยหลักที่ใช้ในการพิจารณาคือ ถ้าการชำระหนี้ตามสัญญานั้นมีผลกระทบต่อทุนสำรองระหว่างประเทศของรัฐใดก็ถือว่า เกี่ยวข้องกับสกุลเงินของรัฐนั้นแล้ว และควรที่จะพิจารณาประกอบกับหลักเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ด้วยที่ว่า ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติใด การชำระหนี้ตามสัญญาก็มีผลกระทบต่อทุนสำรองระหว่างประเทศของรัฐเจ้าของสัญชาตินั้นแล้ว

(3) สมาชิกภาพของกองทุนฯ ของรัฐที่กำหนดระเบียบควบคุมฯ จะต้องคงอยู่ระหว่างที่ทำสัญญาจนถึงวันที่มีการพิพากษาบังคับ

(4) ระเบียบควบคุมฯ จะต้องเป็นกฎหมายที่ควบคุมโดยตรงต่อการชำระและการโอนเงินระหว่างประเทศ ซึ่งไม่รวมถึงข้อจำกัดทางการค้า *cours legal* และ *cours force*

(5) ระเบียบควบคุมฯ ที่ศาลจะยอมรับต้องพิจารณาจากทั้งวันที่ทำสัญญาและวันที่มีการปฏิบัติตามสัญญาว่า ในช่วงเวลาดังกล่าว ระเบียบควบคุมฯ นั้นยังมีผลบังคับได้หรือได้ถูกยกเลิกไปแล้ว

(6) ระเบียบควบคุมฯ นั้นจะต้องใช้หรือตราขึ้นมาสอดคล้องกับข้อตกลงกองทุนฯ

(7) หลักที่ศาลใช้ในการพิจารณาถึงการไม่มีผลบังคับของสัญญา ต้องพิจารณาทั้งจากเวลาขณะทำสัญญาและเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาว่า สัญญาขัดต่อระเบียบควบคุมฯ ของรัฐหรือไม่

(8) เมื่อสัญญาขัดต่อระเบียบควบคุมฯ ของรัฐ การไม่มีผลบังคับของสัญญามีผลเพียงแต่สัญญามิได้บังคับไม่ได้ทางศาล แต่ยังคงมีความผูกพันทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาอยู่ ส่วนในเรื่องการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการไม่มีผลบังคับของสัญญา จะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลแต่ละรัฐ ซึ่งจะพิจารณาโดยอาศัยหลักทั่วไปของกฎหมาย

หากกรณีข้อหาที่เกิดขึ้นไม่เข้าข่ายองค์ประกอบตามขั้นตอนข้างต้นข้อใดข้อหนึ่ง ผลก็คือจะไม่นำพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) มาใช้ ศาลก็จะพิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแพ่งคดีบุคคล ซึ่งอาจมีผลทำให้สัญญามีผลบังคับได้ แม้สัญญาจะขัดต่อระเบียบควบคุมฯ ของรัฐอื่นก็ตาม นั่นก็คือหากระเบียบควบคุมฯ จำกัดหรือควบคุมการชำระหรือโอนเงินเพื่อธุรกรรมตามสัญญาที่คู่ความฟ้องร้อง การจำกัดหรือการควบคุมดังกล่าวก็จะไม่มีผลต่อสัญญานั้นแต่อย่างใด

หลักการตามพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) ถือเป็นหน้าที่ประการหนึ่งที่ผูกพันรัฐสมาชิก หากรัฐสมาชิกไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว รัฐสมาชิคนั้นอาจตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อ 26 มาตรา 2 ซึ่งมีหลักการดังนี้

ข้อ 26 มาตรา 2\* การถูกบังคับให้ลาออก

แปลโดยผู้เขียนเอง ข้อความเดิมคือ

\*Section 2 Compulsory withdrawal

(a) If a member fails to fulfill any of its obligations under this Agreement, the Fund may declare the member ineligible to use the general resources of the Fund. Nothing in this

(ก) ถ้ารัฐสมาชิกไม่สามารถปฏิบัติตามพันธะใดของตนตามข้อตกลงนี้ กองทุนฯ อาจจะประกาศว่ารัฐสมาชิกนั้นไม่มีสิทธิใช้ทรัพยากรทั่วไปของกองทุนฯ และมีให้ถือว่าข้อความใดในมาตราที่จำกัดบทบัญญัติแห่งข้อ 5 มาตรา 5 หรือข้อ 6 มาตรา 1 (การไม่มีสิทธิใช้ทรัพยากรทั่วไปของกองทุนฯ)

(ข) หากสิ้นกำหนดระยะเวลาตามสมควร ถ้ารัฐสมาชิกยืนยันที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธะของตนตามข้อตกลงนี้ รัฐสมาชิกนั้นอาจถูกร้องขอให้ถอนตัวออกจากการเป็นสมาชิกกองทุนฯ โดยคำตัดสินของสภาผู้ว่าการด้วยคะแนนเสียงข้างมากแปดสิบห้าเปอร์เซ็นต์ของคะแนนเสียงทั้งหมด

---

(ต่อ)

Section shall be deemed to limit the provisions of Article V, Section 5 or Article VI, Section 1

(b) If, after the expiration of a reasonable period the member persists in its failure to fulfill any of its obligations under this Agreement, that member may be required to withdraw from membership in the Fund by a decision of the Board of Governors carried by a majority of the Governors having eighty-five percent of the total voting power

(c) Regulations shall be adopted to ensure that before action is taken against any member under (a) or (b) above, the member shall be informed in reasonable time of the complaint against it and given an adequate opportunity for stating its case, both orally and in writing

(ค) ก่อนที่จะมีการปฏิบัติต่อรัฐสมาชิกตามหลักเกณฑ์ (ก) หรือ (ข) ข้างต้น จะต้องมีการแจ้งไปยังรัฐสมาชิกนั้นเป็นระยะเวลาพอสมควรเกี่ยวกับการที่มีการกล่าวหาว่ารัฐสมาชิกนั้น และให้โอกาสแก่รัฐสมาชิกตามสมควรในการชี้แจงทั้งด้วยวาจาและลายลักษณ์อักษร

วิธีการตามพันธะข้อ 26 มาตรา 2 โดยเฉพาะ (ก) มีความสำคัญอย่างยิ่งในการบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามพันธะของตน เนื่องจากรัฐสมาชิกส่วนใหญ่ต้องอาศัยความช่วยเหลือจากทรัพยากรทั่วไปของกองทุนฯ ภายใต้โครงการเงินกู้ (FACILITY) หลายชนิด ตามลักษณะปัญหาดุลการชำระเงินแต่ละกรณี\* เพื่อนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศหรือแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจ

เพื่อให้หลักการที่กำหนดโดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศดำเนินไปด้วยดี กองทุนฯ ควรมีอำนาจในการควบคุม ซึ่งพอสรุปออกได้เป็นสองแนวทางคือ

- การให้ข้อสนเทศ
- การปรึกษาหารือ

ในการให้ข้อสนเทศ กองทุนฯ จะรวบรวมข้อมูลหรือข้อสนเทศต่าง ๆ ของบรรดารัฐสมาชิก\*\* แล้วทำรายงานเสนอต่อคณะกรรมการบริหารเพื่อทำการอภิปรายถกเถียง โดยอาจเชิญตัวแทนของรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องมาเป็นผู้สังเกตการณ์ด้วย

ส่วนการให้คำปรึกษาหารือร่วมกับกองทุนฯ ตามพันธะข้อ 4 มาตรา 3 และข้อ 8 มาตรา 6 เป็นหน้าที่ที่รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ ตามพันธะข้อ 1 ซึ่งถือว่าเป็นการควบคุมอย่างหนึ่งของกองทุนฯ

---

\*ปัญหาดุลการชำระเงินอันเกิดจากกรณีต่าง ๆ เช่น วิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจ อันเนื่องมาจากโครงสร้างทางการผลิตและการค้าระหว่างประเทศ การส่งออกตกต่ำ ชั่วคราว ฯลฯ

\*\*พันธะข้อ 8 มาตรา 5

ถ้าหากการควบคุมของกองทุนฯ ไม่ได้ผล จะมีมาตรการลงโทษ โดยมีการพิมพ์รายงานพิเศษ แสดงผลของการไม่เคารพในคำตัดสินของคณะกรรมการบริหาร หรือจำกัดสิทธิบางอย่างในฐานะรัฐสมาชิก อาทิเช่น ไม่ให้สิทธิในการใช้ทรัพยากรทั่วไปของกองทุนฯ หรือหากรัฐสมาชิกปฏิบัติขัดต่อพันธัญญ์กองทุนฯ ก็อาจมีการลดความช่วยเหลือทางด้านการเงิน<sup>1</sup>

## 5.2 การทำธุรกรรมกับประเทศที่มีโซ่ภาคีกองทุนฯ

เมื่อประเทศไทยจะไปทำธุรกรรมกับรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ แนวทางในการแก้ปัญหา มี 2 กรณีคือ

- 5.2.1 รัฐที่มีได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ ซึ่งเป็นคู่สัญญาที่ประชุมแต่งตั้งตามข้อตกลงพิเศษเกี่ยวกับการบริวรรตเงินตรา (Special Exchange Agreement)
- 5.2.2 รัฐที่มีได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ และมีได้เป็นคู่สัญญาที่ประชุมแต่งตั้งตามข้อตกลงพิเศษเกี่ยวกับการบริวรรตเงินตรา

---

<sup>1</sup> ชุมพร บัจจุสานนท์, สถาบันระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ, เอกสารการสอนชุดวิชาสถาบันระหว่างประเทศ, หน่วยที่ 6, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528, หน้า 410.

### 5.2.1 รัฐมิได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ ซึ่งเป็นคู่สัญญากับที่ประชุมแต่งตั้งตามข้อตกลงพิเศษเกี่ยวกับการบริหารเงินตรา

กองทุนฯ มีความร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับที่ประชุมแต่งตั้งในการกำหนดรูปแบบของข้อตกลงพิเศษฯ ดังนั้นข้อตกลงพิเศษฯ จึงได้รวบรวมเนื้อหาทั้งหมดของข้อกำหนดอันพึงปฏิบัติ (code of good conduct) ตามข้อตกลงกองทุนฯ เอาไว้ ทำให้คู่สัญญาของข้อตกลงพิเศษฯ มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามแบบระเบียบการเงินในข้อตกลงพิเศษฯ เสมือนหนึ่งว่าเข้าเป็นสมาชิกของกองทุนฯ เสียทีเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 7(3) ของข้อตกลงพิเศษฯ ได้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เช่นเดียวกับที่กองทุนฯ กำหนดหน้าที่รัฐสมาชิกไว้ตามพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) ของข้อตกลงกองทุนฯ กรณีการยอมรับถึงการมีผลบังคับของระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของรัฐภาคีแต่งตั้งอื่น

เพราะฉะนั้น หากประเทศไทยไปทำธุรกรรมกับรัฐมิได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ ซึ่งเป็นคู่สัญญากับที่ประชุมแต่งตั้งตามข้อตกลงพิเศษฯ แล้วประสบปัญหาซึ่งเกิดจากการที่รัฐดังกล่าวมีระเบียบควบคุมฯ แนวทางในการแก้ปัญหาควรจะใช้หลักการเดียวกับการที่รัฐสมาชิกกองทุนฯ มีระเบียบควบคุมฯ ดังเช่นที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 5.1

### 5.2.2 รัฐมิได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ และมีได้เป็นคู่สัญญากับที่ประชุมแต่งตั้งตามข้อตกลงพิเศษเกี่ยวกับการบริหารเงินตรา

เมื่อรัฐมิได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ จึงมิได้มีความผูกพันใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติตามพันธะในข้อตกลงกองทุนฯ ดังนั้นหากประเทศไทยทำธุรกรรมกับรัฐเหล่านี้ แล้วประสบปัญหาซึ่งเกิดจากการที่รัฐมีระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา แนวทางในการแก้ปัญหาจึงควรพิจารณาจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศดังนี้

- หลักว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ (State Responsibility)
- หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ (Abuse of Right)
- การกระทำรีทอร์ชัน (Retorsion)

- หลักว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

รัฐในฐานะที่เป็นสมาชิกในสังคมระหว่างประเทศ เป็นองค์กรสังคมทางการเมือง อันมีสภาพนิติบุคคล (JURISTIC ENTITY) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ และในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ในสังคมอื่น ๆ เมื่อมีการล่วงล้ำผลประโยชน์ในทางกฎหมาย (LEGAL INTEREST) ของบุคคลหนึ่งโดยอีกบุคคลหนึ่งย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบ ซึ่งการล่วงล้ำดังกล่าวเกิดจากการที่รัฐกระทำการ (ACT) หรืองดเว้นกระทำการ (OMISSION) ที่เป็นการฝ่าฝืน (VIOLATION) กฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นการกระทำของรัฐที่สามารถกล่าวโทษได้ (EXCUSABLE) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม และการกระทำรวมทั้งการงดเว้นกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น<sup>2</sup>

เมื่อพิจารณาจากหลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แม้การที่รัฐกำหนดระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของรัฐหรือคนชาติของรัฐอื่น เพราะอาจประสบปัญหาในการโอนเงินออกจากรัฐที่กำหนดระเบียบควบคุมฯ นั้น แต่การที่รัฐกำหนดระเบียบควบคุมฯ มิใช่การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีอำนาจอธิปไตย (SOVEREIGNTY) ในการดำเนินการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามนโยบายของตนเองตามดุลพินิจของตน การกำหนดระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราก็เป็นดำเนินการภายในประเทศและถือเป็นนโยบายทางการเงินของรัฐอย่างหนึ่ง ดังนั้นรัฐจึงไม่ต้องมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายของรัฐอื่น ซึ่งเกิดจากการกำหนดระเบียบควบคุมฯ ของตนแต่อย่างใด

---

<sup>2</sup> จันทรลักษณ์ โชติรัตนติก, ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ, วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, ปีที่ 15 ฉบับที่ 3, หน้า 132-133 และ 137.



- หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ

หลักความรับผิดชอบของรัฐที่นำเสนอมาข้างต้นเป็นแนวความคิดดั้งเดิม แต่ในแนวความคิดสมัยใหม่ เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและความสลับซับซ้อนของสังคม จะพบว่าบางกรณีรัฐได้กระทำการตามสิทธิของตนตามที่กฎหมายรับรองไว้ แต่ผลของการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น อาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ\* เช่น การปล่อยควันเสียให้ผ่านเข้าไปในดินแดนของรัฐข้างเคียง โดยรัฐที่ก่อมลภาวะมิได้ดำเนินการป้องกันหรือควบคุม\*\* หรือการเปลี่ยนเส้นทางของกระแสน้ำในรัฐของตนโดยการสร้างเขื่อนกั้นจนเป็นเหตุให้รัฐอื่นไม่สามารถใช้ประโยชน์จากแม่น้ำนั้นได้อย่างเคย\*\*\*

หากจะนำหลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ มาปรับใช้กับการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐ ตามความเห็นของ Enrique Genez-Pinzo<sup>3</sup> ควรจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังนี้

---

\* เป็นหลักการที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาชาติประเทศ

\*\*TRAIL SMELTER CASE (UNITED STATES V. CANADA)

\*\*\*LAKE LANOUX CASE (SPAIN V. FRANCE)

<sup>3</sup>ENRIQUE GOMEZ-PINZON, STATE RESPONSIBILITY FOR EXTERNAL CONSEQUENCES OF DOMESTIC ECONOMIC-RELATED ACTS, 1986, p.81-82.

(1) "หลักทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย" (HARMFUL ALTERNATIVE) : ถ้ารัฐมีทางเลือกที่ได้ประโยชน์เท่ากันในการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจ รัฐจะต้องไม่เลือกทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นหากมิได้สร้างปัญหาให้แก่รัฐนั้นเอง ถ้ารัฐปฏิบัติไปในทางตรงกันข้าม รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนตามหลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ

หลักนี้เป็นที่ยอมรับทั้งในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเยอรมัน อาทิเช่น มาตรา 94 ประมวลกฎหมายหนี้ โมรอกโค และมาตรา 103 ประมวลกฎหมายหนี้ตุนิเซียได้กล่าวไว้ว่า "ความรับผิดชอบไม่เกิดขึ้นจากการกระทำในสิ่งที่ตนมีสิทธิกระทำถ้าไม่มีเจตนาก่อให้เกิดความเสียหาย อย่างไรก็ตามในกรณีที่ใช้สิทธิก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแก่ผู้อื่น และความเสียหายนั้นอาจป้องกันหรือหลีกเลี่ยงได้โดยไม่ก่อความไม่สะดวกที่มากมายแก่ผู้ทรงสิทธิ ความรับผิดชอบไม่เกิดขึ้นในกรณีละเลยไม่ทำการอันจำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายหรือทำให้ความเสียหายนั้นยุติลง" หรือตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ถือว่าการใช้สิทธิ โดยมีทางเลือกแห่งอันตรายอยู่ย่อมเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตอย่างชัดแจ้ง หรือโดยมิชอบอย่างหนึ่ง<sup>4</sup>

(2) "หลักความไม่ได้สัดส่วนอย่างแจ้งชัดระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น" (FLAGRANT DISPROPORTION BETWEEN DAMAGE AND PROFIT) : หากรัฐใช้สิทธิในการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจ แต่ประโยชน์ที่รัฐได้รับไม่มีหรือมีน้อยจนไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรัฐอื่น ก็ถือว่ารัฐได้ใช้สิทธิโดยมิชอบแล้ว ซึ่งหลักนี้เป็นที่ยอมรับของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายฝรั่งเศส และประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายเยอรมัน อาทิเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งของอียิปต์ (มาตรา 5) ลิเบีย

<sup>4</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, การใช้สิทธิโดยมิชอบ, วารสารนิติศาสตร์  
 ธรรมศาสตร์, ปีที่ 16 ฉบับที่ 13, หน้า 105-106.

(มาตรา 5) ซีเรีย (มาตรา 6) และประมวลกฎหมายหนี้ของโมร็อกโก (มาตรา 94) ตูนิเซีย (มาตรา 103) ได้บัญญัติหลักเรื่องนี้ไว้แจ้งชัด และประมวลกฎหมายแพ่งของ เอธิโอเปีย มาตรา 2032 ก็บัญญัติว่า "บุคคลจะต้องรับผิดชอบในกรณี ได้รับถึงพฤติการณ์.... ได้ทำความเสียหายแก่ผู้อื่นในการมุ่งหมายให้ได้ประโยชน์ของตน ซึ่งไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น"<sup>5</sup>

ดังนั้น เมื่อประสบปัญหาในการโอนเงินซึ่งเกิดจากการทำธุรกรรม กับรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ อันเนื่องมาจากรัฐมีระเบียบควบคุมฯ แนวทางในการแก้ปัญหาคือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากระเบียบควบคุมฯ นั้นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารัฐกระทำการ ตามหลักเกณฑ์ (1) หรือ (2) เพื่อให้รัฐดังกล่าวรับผิดชอบตามหลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ

#### - การกระทำรีทอร์ชัน

รีทอร์ชัน หมายถึง การกระทำที่ไม่เป็นมิตรแต่ถูกต้องตามกฎหมาย ที่ได้กระทำลงไปเพื่อตอบโต้ต่อการกระทำที่ไม่เป็นมิตรแต่ถูกต้องตามกฎหมายในลักษณะที่ เท่าเทียมกัน ในบรรดาสาเหตุที่ทำให้มีการทำรีทอร์ชันที่มีการอ้างถึงกันบ่อย ๆ ในตำรา กฎหมายระหว่างประเทศ คือการกำหนดอัตราภาษีที่เลือกปฏิบัติ การปฏิบัติต่อบุคคลต่างด้าว อย่างเลือกปฏิบัติ และการกระทำอย่างอื่นทำนองเดียวกัน โดยทั่วไปรีทอร์ชันคือการตอบโต้ ในลักษณะที่ว่าถ้ารัฐ ก. ถอนสิทธิพิเศษของคนสัญชาติรัฐ ข. ที่อาศัยอยู่ในรัฐ ก. รัฐ ข. ก็จะใช้วิธีการอย่างเดียวกันต่อคนสัญชาติรัฐ ก. ที่อาศัยอยู่ในรัฐ ข.

ดังนั้นหากรัฐกำหนดระเบียบควบคุมฯ (ตามสิทธิที่ตนมี) อย่าง เลือกปฏิบัติต่อประเทศไทย เราก็อาจใช้วิธีการอย่างเดียวกันต่อรัฐดังกล่าวได้ตามหลัก รีทอร์ชัน อย่างไรก็ตามก็ควรคำนึงถึงหลักการตามพันธะข้อ 11 ซึ่งห้ามมิให้รัฐสมาชิกหรือ ตัวแทนทางการเงินทำธุรกรรมกับรัฐหรือคนในดินแดนของรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ ไป ในทางที่ขัดต่อข้อตกลงหรือวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ ด้วย

<sup>5</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, การใช้สิทธิโดยมิชอบ, อ้างแล้ว, หน้า 106-107.

### 5.3 การทำธุรกรรมกับประเทศภาคีกองทุนฯ และประเทศมิใช่ภาคีกองทุนฯ

แนวทางในการแก้ปัญหาที่นำเสนอมาข้างต้น เป็นการแก้ปัญหาเมื่อมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาตามธุรกรรมระหว่างประเทศ ซึ่งอาจสร้างความลำบากให้แก่คู่สัญญาในการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบทางด้านกฎหมายทั้งตามข้อตกลงกองทุนฯ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบกับในทางปฏิบัตินักธุรกิจไม่ค่อยชอบที่จะมีข้อพิพาทระหว่างกัน จึงควรมีการแก้ไขปัญหาที่คาดว่าจะเกิดขึ้นไว้ล่วงหน้า ซึ่งสามารถนำมาใช้ในการแก้ปัญหาได้ในการทำธุรกรรมทั้งกับประเทศภาคีกองทุนฯ และประเทศมิใช่ภาคีกองทุนฯ ดังนี้

5.3.1 การระบุข้อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติตาม

5.3.2 การทำความตกลงแบบทวิภาคี (BILATERAL AGREEMENT)

5.3.3 การเข้าเป็นภาคีในองค์การประกันการลงทุนพหุภาคี (MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY) หรือ MIGA

5.3.1 การระบุข้อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติตาม

ในการทำสัญญาระหว่างประเทศ ข้อกำหนดที่จะพบได้บ่อยคือ

(1) ระบุในสัญญาให้คู่สัญญาผู้ค้าประกันจากต่างประเทศ<sup>6</sup> :

กรณีมีความเป็นไปได้ที่รัฐของคู่สัญญานั้นอาจมีการกำหนดระเบียบควบคุมฯ ที่เป็นปัญหาต่อการทำธุรกรรมนั้นเมื่อใดก็ได้ จึงระบุในสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่าความผูกพันของผู้ค้าประกันตามสัญญาจะต้องมิได้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐคู่สัญญานั้น มิฉะนั้นก็ยังคงต้องประสบปัญหาในการบังคับตามสัญญาผู้ค้าประกัน เพราะผู้ค้าประกันอาจอ้างได้ว่าความผูกพันและการชำระหนี้ตามสัญญาผู้ค้าประกันจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของรัฐคู่สัญญาดังกล่าว ซึ่งจะมีผลทำให้มิได้มีการคุ้มครองความเสี่ยงแต่อย่างใด

<sup>6</sup>Georges R. Delaume, Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing, *ibid.*, p.304.

(2) ระบุ "Transfer clause"<sup>7</sup> หรือข้อกำหนดให้คู่สัญญาขอความยินยอมหรือคำรับรองจากเจ้าพนักงานทางการเงินว่า

- เจ้าพนักงานทางการเงินรับประกันว่าจะจัดเตรียมเงินตราต่างประเทศให้เพียงพอที่จะใช้ในการชำระหนี้ตามสัญญา
- เจ้าพนักงานทางการเงินจะยอมขายเงินตราต่างประเทศให้แก่คู่สัญญา เพื่อใช้ในการชำระหนี้
- เจ้าพนักงานทางการเงินจะไม่จำกัดการชำระหรือการโอนเงินตราต่างประเทศเพื่อประโยชน์ของสัญญา

ดังเช่นในหนังสือชี้ชวน (prospectus) ให้ซื้อหุ้นกู้ของบริษัทหนึ่งในนอร์เวย์ (บริษัท City of Oslo) ซึ่งมาชี้ชวนในประเทศสหรัฐอเมริกา ระบุข้อความซึ่งมีใจความว่า

"ธนาคารแห่งนอร์เวย์ขอรับรองว่า จะให้บริษัทชื้อเงินตราต่างประเทศเป็นสกุลดอลลาร์สหรัฐอเมริกาด้วยอัตราแลกเปลี่ยนในขณะซื้อ เพื่อชำระคืนเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยตามที่กำหนดไว้ในหุ้นกู้ ไม่ว่าจะกรณีใดและจะมีระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราในปัจจุบันหรือในภายหน้าหรือไม่ การรับรองนี้เพิกถอนไม่ได้และให้ไว้แก่บริษัทชื้อเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นกู้"\*

---

<sup>7</sup>Ibid, p.305 และ Philipp Wood, Law and Practise of International Finance, ibid, p.142.

\*แปลโดยผู้เขียนเอง ข้อความเดิมคู่ได้จาก Georges R. Delaume, Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing, p.305.

หรือตามหนังสือชี้ชวนให้ซื้อพันธบัตรของบริษัทหนึ่งในออสเตรเลีย ซึ่ง มาชี้ชวนในประเทศเนเธอร์แลนด์ ที่ระบุว่า

"เจ้าพนักงานทางการเงินของออสเตรเลียรับรองว่า

(1) จะส่งเงินให้แก่ธนาคารอัมสเตอร์ดัม (Amsterdamsche Bank N.V. of Amsterdam) อย่างทันทีกำหนด ด้วยเงินสกุลเนเธอร์แลนด์ (Dutch guilders) ในทุกจำนวนเพื่อชำระค่าไถ่ถอนพันธบัตร และจะจัดหาซึ่งเงินสกุลเนเธอร์แลนด์ให้ เพียงพอเมื่อวันถึงกำหนด โดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดในการโอนที่อาจจะมีภายหน้าหรือข้อตกลง ทวิภาคี พหุภาคี เกี่ยวกับการชำระเงินใด ๆ ซึ่งอาจจะมีในเวลาที่มีการชำระเงิน

(2) จะจัดให้มีการชำระเงินค่าไถ่ถอนพันธบัตรให้แก่ผู้ถือพันธบัตรทุกคน โดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดใด ๆ ที่ใช้อยู่ในเวลานั้น และไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สัญชาติ หรือภูมิฐานะของผู้ถือพันธบัตร และจะไม่เรียกร้องให้มีการทำลายลักษณะอักษรหรือแบบพิชิตใด ๆ เลย\*

ในบางกรณีแทนที่จะกำหนดให้คู่สัญญาขอความยินยอมหรือคำรับรองจาก เจ้าพนักงานทางการเงิน อาจกำหนดให้คู่สัญญาไปทำความตกลงซึ่งมีรายละเอียดตาม "Transfer Clause" กับเจ้าพนักงานทางการเงินโดยตรงที่เรียกว่า "specific currency transfer agreement" ซึ่งหากเจ้าพนักงานทางการเงินไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง อาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>8</sup>

\* แปลโดยผู้เขียนเอง ข้อความเดิมดูได้จาก Ibid, p.308.

<sup>8</sup> Philipp Wood, Law and Practise of International Finance, p.142.

### 5.3.2 การทำความตกลงแบบทวิภาคี

ความตกลงระหว่างประเทศเป็นกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างหนึ่งที่จะประสานผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เดิมความตกลงจะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นหลัก แต่หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองแล้วได้เกิดการพัฒนาอุตสาหกรรมขึ้นในประเทศต่าง ๆ แม้ว่าความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในรูปของการค้ายังคงอยู่ แต่ความสัมพันธ์ในรูปของการลงทุนก็ได้เพิ่มขึ้น มีการเคลื่อนย้ายเงินทุน แรงงาน การผลิต เทคโนโลยีจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง ความตกลงระหว่างประเทศจึงได้ขยายมาให้ความคุ้มครองการลงทุน ซึ่งสาระสำคัญของความตกลงที่ควรได้รับการพิจารณา อาทิเช่น การนำเงินและผลตอบแทนออกนอกประเทศ การโอนกิจการและทรัพย์สินเป็นของรัฐ<sup>9</sup>

การกำหนดในความตกลงเกี่ยวกับการนำเงินและผลตอบแทนออกนอกประเทศเป็นเรื่องสำคัญ เพราะเป้าหมายหลักของการทำธุรกรรมไม่ว่าจะเป็นด้านการค้าหรือการลงทุนคือการหารายได้และกำไร และสุดท้ายก็ย่อมหวังที่จะนำรายได้หรือกำไรนั้นกลับสู่ประเทศตน ดังนั้นหากประเทศไทยเกรงว่าอาจประสบปัญหาในการทำธุรกรรมกับรัฐอื่นเนื่องมาจากการที่รัฐนั้นมีระเบียบควบคุมๆ ก็ควรที่จะไปทำความตกลงกับรัฐนั้น เพื่อเอกชนผู้ทำธุรกรรมจะสามารถได้รับประโยชน์และความคุ้มครองตามความตกลงดังกล่าว เพราะความตกลงแบบทวิภาคีเป็นความตกลงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและผลประโยชน์ร่วมกัน และความตกลงเป็นกลไกของกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศ

---

<sup>9</sup> โกลด์ มันธิกุล, ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน : ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ, วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, ปีที่ 15 ฉบับที่ 2, หน้า 9 และ 11

ภาคีสัญญาให้ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทำไว้ หากภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตาม ความตกลงนั้นก็จะเป็นการละเมิดหรือผิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง

แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐที่เราจะไปทำความตกลงด้วยเป็นรัฐที่ยังมีความไม่แน่นอนทางการเมือง มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลบ่อยครั้ง จนไม่อาจทราบได้ว่า รัฐบาลใหม่จะยอมรับความผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลเดิมทำไว้หรือไม่ เช่น กัมพูชา เวียดนาม หรือรัฐต่าง ๆ ที่แยกตัวออกมาจากอดีตสหภาพโซเวียต ดังนั้นแนวทางการทำความตกลงทวิภาคีเพื่อให้ผู้ลงทุนเกิดความมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครอง เกี่ยวกับการนำเงินและผลตอบแทนออกนอกประเทศดังกล่าว มี 2 วิธี

ก. จัดตั้งคณะกรรมการร่วม (JOINT COMMISSION) ประกอบด้วยผู้แทนจากทั้งสองฝ่ายระดับที่มีอำนาจในการควบคุมนโยบายมาเจรจาและพิจารณาเพื่อทำความตกลงร่วมกัน

ข. การทำความตกลงเป็นกรณี ๆ ไป ตามข้อเสนอของแต่ละรัฐ

ซึ่งรัฐจะทำความตกลงแบบวิธีใดขึ้นอยู่กับพิจารณาของผู้แทนแต่ละฝ่าย สำหรับประเทศไทยความตกลงทวิภาคีที่ได้ทำกับรัฐดังกล่าวข้างต้นก็แตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริง กล่าวคือ ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่วมระหว่างไทย-เวียดนาม\* และ ไทย-ลาว\*\* ไปแล้วที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกันในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งการคุ้มครองในเรื่องข้างต้นอาจมีการเสริมเข้าไปในรายละเอียดหรือจะมีการจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อ

\* ตามความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งคณะกรรมการร่วมว่าด้วยความร่วมมือระหว่าง รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศเวียดนามเมื่อวันที่ 18 กันยายน 2534

\*\* ตามความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งคณะกรรมการร่วมว่าด้วยความร่วมมือ ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2534



พิจารณาโดยเฉพาะก็ได้ ส่วนกรณีที่มีรัฐต่าง ๆ แยกตัวออกมาจากอดีตสหภาพโซเวียต แม้สหพันธ์รัสเซียจะได้แจ้งมายังกระทรวงต่างประเทศของไทยว่าขอสืบสิทธิของสหภาพโซเวียตทั้งหมด ซึ่งหมายความรวมถึง ความผูกพันตามข้อตกลงทุกฉบับของโซเวียตกับไทย สิทธิของโซเวียตในสถานทูตประจำประเทศไทย และหนี้สินของโซเวียต ยกเว้น localized debt\* แต่ประเทศไทยก็จะติดต่อไปยังรัฐต่าง ๆ ของอดีตสหภาพโซเวียตเพื่อทำความตกลงทวิภาคีในเรื่องต่าง ๆ เป็นกรณี ๆ ไป เนื่องจากเขาอยู่ในฐานะรัฐเอกราช โดยจะทำการติดต่อก่อนหลังนั้นขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์และผลประโยชน์ที่มีระหว่างกัน ซึ่งในขณะที่ยังมิได้มีความตกลงใหม่ระหว่างกันก็จะใช้ความตกลงเดิมที่เคยใช้กับโซเวียตไปก่อน

### 5.3.3 การเข้าเป็นภาคีในองค์การประกันการลงทุนพหุภาคีหรือ MIGA

การลงทุนจากต่างประเทศในประเทศกำลังพัฒนา เอื้อประโยชน์แก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการลงทุน ผู้ลงทุนสามารถขยายตลาดสินค้าและบริการ ลดต้นทุนการผลิตเนื่องจากอยู่ใกล้แหล่งทรัพยากร แรงงานราคาถูก ภาวะการแข่งขันและประสิทธิภาพในการลงทุนดีขึ้น รายได้และผลกำไรจากการขายสินค้าทุน เทคโนโลยี การบริการ ค่าธรรมเนียมค่าใช้สิทธิ ฯลฯ เมื่อผู้ลงทุนโอนกลับประเทศก็มีผลทำให้ดุลในบัญชีเดินสะพัดของประเทศดีขึ้นด้วย ทางฝ่ายประเทศกำลังพัฒนาก็คาดหวังว่าการไหลเข้าของเงินทุน ก่อให้เกิดการจ้างงาน การเพิ่มรายได้ประชาชาติ เงินตราต่างประเทศ การถ่ายทอดเทคโนโลยี พัฒนาอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออกหรือทดแทนการนำเข้า ฯลฯ ด้วยเหตุนี้ นับแต่ปี 1960 เป็นต้นมา ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากต่างก็แข่งขันกันดึงดูดและส่งเสริมให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ โดยเสนอให้สิทธิประโยชน์และหลักประกันตามกฎหมายสำหรับการลงทุนในภาคเศรษฐกิจที่รัฐต้องการส่งเสริม แต่ขณะเดียวกันประเทศผู้รับการ

---

\* localized debt : เงินกู้ที่โซเวียตนำไปพัฒนาส่วนหนึ่งส่วนใดของประเทศ หรือนำหลักทรัพย์บางอย่างมาค้ำประกันหนี้ ในกรณีเช่นนี้พื้นที่ที่ได้รับผลประโยชน์จากเงินกู้ขึ้น หรือพื้นที่ที่หลักทรัพย์นั้นตั้งอยู่จะต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินดังกล่าว

ลงทุนอาจดำเนินมาตรการกำกับควบคุมกิจการของผู้ลงทุนเพื่อป้องกันมิให้ผู้ลงทุนกอบโกยผลประโยชน์แต่ฝ่ายเดียว การควบคุมจะเคร่งครัดเพียงไรขึ้นอยู่กับความจำเป็นที่ประเทศนั้น ๆ จะต้องการพึ่งพาทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศมากหรือน้อย

การประสานผลประโยชน์และจุดประสงค์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการลงทุนจากต่างประเทศ ตลอดจนการเสริมสร้างบรรยากาศที่ดี ความมั่นใจและเสถียรภาพของผู้ลงทุนสามารถกระทำได้หลายวิธี หลายรูปแบบ ในระดับระหว่างประเทศ คือการทำความตกลงทวิภาคี ส่วนในระดับภายในประเทศ ได้แก่ กฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ ระบบประกันภัยหรือประกันการลงทุน (INVESTMENT INSURANCE/GUARANTEE) ก็เป็นอีกวิธีที่ประเทศผู้ส่งออกทุนนิยมใช้ควบคู่กันไปกับความตกลงทวิภาคี รัฐบาลของประเทศผู้ส่งออกทุนได้ตั้งองค์กรขึ้นในประเทศเพื่อรับประกันความสูญเสียจากความเสี่ยงที่มีไม่ใช่อันตรายเชิงพาณิชย์ (NON-COMMERCIAL RISKS) ที่เกิดขึ้นแก่การลงทุนของคนชาติ (บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) ในประเทศกำลังพัฒนา เช่น ผู้ลงทุนไม่สามารถแลกเปลี่ยนเงินตราเพื่อโอนกลับประเทศตน รัฐผู้รับการลงทุนโอนกิจการเป็นของรัฐ เป็นต้น หลักพื้นฐานของการประกันการลงทุนคือ ผู้ลงทุนจะได้รับค่าสินไหมทดแทนจากองค์กรที่รับประกันความสูญเสียที่เกิดจากภัยที่ตนเอาประกันไว้ หลังจากนั้นผู้รับประกันจะรับช่วงสิทธิเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนคืนจากรัฐผู้รับการลงทุน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วจะพบว่า ระบบประกันการลงทุนของรัฐมีข้อบกพร่องและข้อจำกัดหลายประการในการให้ความคุ้มครองผู้ลงทุน เช่น จำกัดประเภทหรือระยะเวลาของการลงทุนที่ขอเอาประกัน ผู้รับประกันไม่สามารถเรียกเงินค่าสินไหมทดแทนกลับคืน เนื่องจากรัฐผู้รับประกันปฏิเสธการรับช่วงสิทธิ บางระบบก็ไม่ให้โอกาสแก่รัฐผู้รับมีส่วนในการพิจารณาคัดเลือกโครงการลงทุนหรือความเสี่ยงที่ให้เอาประกันได้ ฯลฯ MIGA จึงก่อกำเนิดขึ้นมา โดยมีหลักและการทำงานที่สามารถแก้ไขข้อบกพร่องและจุดอ่อนของระบบประกันของรัฐ และมีบทบาทในการผลักดันให้เกิดการลงทุนในลักษณะที่ตอบ

สนองความต้องการของประเทศกำลังพัฒนาได้<sup>10</sup>

MIGA เป็นสถาบันทางการเงินและการพัฒนาระหว่างประเทศซึ่งเปิดให้รัฐที่เป็นสมาชิกของธนาคารโลกและสวิตเซอร์แลนด์ที่ได้ลงนามและให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติตราสารก่อตั้ง (มีผลใช้บังคับวันที่ 12 เมษายน 1988) เข้าเป็นภาคีและจ่ายเงินอุดหนุนโดยการซื้อหุ้นในปริมาณขั้นต่ำตามจำนวนขั้นต่ำที่กำหนดไว้ใน Schedule A ซึ่งจัดสรรให้แก่แต่ละรัฐตามสัดส่วนของเงินอุดหนุนซึ่งแต่ละรัฐจ่ายให้แก่ธนาคารโลก ตามอารัมภบทและมาตรา 2 ของ MIGA Convention วัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง MIGA คือลดความเสี่ยงภัยที่มีโซ่ความเสี่ยงภัยเชิงพาณิชย์ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการลงทุนและการไหลของเทคโนโลยีไปยังประเทศกำลังพัฒนามากขึ้นโดยคำนึงถึงความต้องการและผลกระทบต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนเป็นสำคัญ และบนพื้นฐานของมาตรฐานการปฏิบัติต่อหุ้นต่างประเทศที่เป็นธรรมตลอดจนเกื้อหนุนให้เกิดความร่วมมือกันมากขึ้นในระดับไตรภาคีระหว่างประเทศผู้ส่งออกทุน ผู้ลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุน

ความเสี่ยงภัยที่ MIGA รับประกันกำหนดไว้ตามมาตรา 11 ของ MIGA Convention และ MIGA Reg. Section IV มี 4 ประการ แต่ที่สามารถนำมาใช้ในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐมีระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา คือ Currency Transfer Risk เป็นกรณีที่ผู้ลงทุนสามารถเอาประกันสำหรับความสูญเสียที่เกิดจากความเสี่ยงจากการที่รัฐบาลผู้รับการลงทุนดำเนินมาตรการจำกัด หรือปฏิเสธการแลกเปลี่ยนผลกำไรและรายได้เป็นสกุลต่างประเทศ เพื่อส่งออกกลับสู่ประเทศของผู้ลงทุน รวมทั้งความสูญเสียอันเป็นผลจากการดำเนินงานล่าช้า (เกิน 90 วัน หลังจากผู้ลงทุนทำคำร้องขอแลกเปลี่ยนเงินตรา)

---

<sup>10</sup> พิรุณา ดิงศภัทย์, MIGA กับการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อการพัฒนา, วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, ปีที่ 19 ฉบับที่ 2, หน้า 33-35.

MIGA เป็นองค์การที่ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยวิธีการประกันการลงทุนในระดับพหุภาคี วัตถุประสงค์หลักคือส่งเสริมให้มีการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนามากขึ้น และเสริมสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนโดยการรับประกันความเสี่ยงทางการเงินและการสูญเสียที่เกิดจากการกระทำบางอย่างของรัฐ ซึ่งผู้ลงทุนที่เอาประกันไว้กับ MIGA จะได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับการสูญเสียดังกล่าว ข้อได้เปรียบของ MIGA คือไม่จำกัดว่าผู้ลงทุนที่ขอประกันได้ต้องมาจากประเทศพัฒนาแล้วเท่านั้น ผู้ลงทุนจากประเทศกำลังพัฒนาแต่มีศักยภาพหรือลู่อู่ทางการลงทุนในประเทศตนเองหรือในประเทศที่พัฒนาน้อยกว่าก็สามารถเอาประกันกับ MIGA ได้เช่นกัน ดังนั้นหากประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิก MIGA ก็จะทำให้ประเทศไทยและนักลงทุนไทยมีหลักประกันความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการที่รัฐผู้รับการลงทุนมีระเบียบควบคุมฯ นอกเหนือไปจากหลักประกันตามกฎหมายภายในของประเทศผู้รับและความตกลงทวิภาคีที่มีอยู่แล้วหรือที่กำลังจะมีขึ้นในอนาคตระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ

อย่างไรก็ตามในการเข้าเป็นภาคี MIGA นั้น การเอาประกันความเสี่ยงจากการที่รัฐบาลผู้รับการลงทุนดำเนินมาตรการที่เป็นการจำกัดการนำเงินและผลตอบแทนออกนอกประเทศจะคุ้มครองได้เฉพาะการลงทุนระหว่างรัฐสมาชิก MIGA เท่านั้น ดังนั้นหากประเทศไทยต้องการประกันความเสี่ยงจากการลงทุนในรัฐอื่นที่มีใช้สมาชิก MIGA ก็ควรที่จะใช้การทำความตกลงแบบทวิภาคี ซึ่งเมื่อเป็นการตกลงที่ประสานผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างภาคีสัญญาก็อาจทำให้ง่ายต่อการเจรจาเช่นกัน

## สรุปและข้อเสนอแนะ

### สรุป

ในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ นอกจากข้อมูลทางด้านธุรกิจและการตลาด แล้วสิ่งที่นักธุรกิจต้องคำนึงถึงอยู่เสมอคือ ระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งอาจสร้างปัญหาและอุปสรรคในการนำเงินและผลตอบแทนกลับสู่ประเทศตน ระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราหมายถึง กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อควบคุมการเคลื่อนไหวของเงินตรา ซึ่งรวมถึงข้อจำกัดทางการเงินและกฎหมายที่ควบคุมเงินทุนด้วย และรัฐทุกรัฐต่างก็ใช้ระเบียบควบคุมฯ เป็นกลไกในการควบคุมมิให้มีการไหลเข้า-ออกเงินตราในลักษณะที่จะกระทบต่อเสถียรภาพของฐานะการเงินระหว่างประเทศของตน ซึ่งจากการศึกษาที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดพอจะสรุปปัญหาและแนวทางในการแก้ปัญหาได้ดังนี้

- ปัญหาซึ่งเกิดจากระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของต่างประเทศ และแนวทางในการแก้ปัญหา
- ปัญหาซึ่งเกิดจากระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของประเทศไทย และแนวทางในการแก้ปัญหา

**ปัญหาซึ่งเกิดจากระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของต่างประเทศและแนวทางในการแก้ปัญหา**

ประเทศไทยมีความสัมพันธ์ทางการค้า การลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ในโลกมากมายหลายประเทศ การที่ประเทศเหล่านี้จะมีระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราที่เป็น การจำกัดหรือควบคุมทางด้านเงินตราเข้มงวดมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศนั้นเป็นสำคัญ ระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราบางประเภทสร้างปัญหา และอุปสรรคโดยตรงต่อการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ เช่น การห้ามมิให้คนชาติชำระเงินตราต่างประเทศแก่คนต่างด้าวเพื่อธุรกรรมระหว่างประเทศ หรืออนุญาตให้ชำระด้วยเงินตราต่างประเทศได้แต่ห้ามมิให้คนต่างด้าวนำเงินดังกล่าวออกนอกประเทศ เป็นต้น

แต่ระเบียบควบคุมฯ บางประเภทก็เป็นกลไกที่ทางการใช้ในการตรวจสอบติดตามความเคลื่อนไหวของเงินตราเท่านั้น มิได้สร้างปัญหาและอุปสรรคโดยตรงต่อการทำธุรกรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด อาทิเช่น รัฐกำหนดวงเงินที่จะใช้ในการชำระหรือโอนเพื่อธุรกรรมระหว่างประเทศ ถ้าเกินกว่านั้นต้องขออนุญาตจากเจ้าพนักงานทางการเงิน หรือการกำหนดให้นำเงินตราต่างประเทศที่ได้จากการทำธุรกรรมมาแลกเปลี่ยนเป็นเงินสกุลท้องถิ่นภายในระยะเวลาที่กำหนด เป็นต้น

ประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศไทยทำธุรกรรมด้วย มีทั้งประเทศที่เป็นสมาชิกกองทุนการเงินระหว่างประเทศ และประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ หากประเทศไทยประสบปัญหาในการทำธุรกรรมกับประเทศเหล่านี้ ซึ่งเกิดจากระเบียบควบคุมฯ ของประเทศนั้น ๆ แนวทางในการแก้ปัญหาที่มีดังนี้

- การทำธุรกรรมกับประเทศภาคีกองทุนฯ
- การทำธุรกรรมกับประเทศที่มีใช้ภาคีกองทุนฯ

#### การทำธุรกรรมกับประเทศภาคีของกองทุนฯ

เมื่อรัฐเข้าเป็นสมาชิกกองทุนฯ รัฐต้องยอมรับที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงของกองทุนฯ ดังนั้นการทำธุรกรรมระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกันก็ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงกองทุนฯ ดังกล่าว ซึ่งข้อตกลงกองทุนฯ ที่เกี่ยวข้องกับการที่รัฐมีระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราคือพันธะข้อ 8 มาตรา 2 โดยมาตรา 2(ก) กำหนดมิให้รัฐสมาชิกตั้งข้อจำกัดในการชำระและการโอนเงินเพื่อธุรกรรมเดินสะพัดระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากกองทุนฯ ส่วนมาตรา 2(ข) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ผูกพันเอกชนของรัฐสมาชิก กำหนดให้รัฐสมาชิกยอมรับระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของรัฐสมาชิกอื่นที่สอดคล้องกับข้อตกลงกองทุนฯ และหากมีการฟ้องร้องบังคับตามสัญญาแลกเปลี่ยนซึ่งขัดต่อระเบียบควบคุมฯ นั้น ศาลของรัฐสมาชิกจะต้องตัดสินให้สัญญาดังกล่าวไม่มีผลบังคับ ความเกี่ยวพันของพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ก) กับพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) คือข้อจำกัดทางการเงินที่ได้รับความเห็นชอบจากกองทุนฯ ตามมาตรา 2(ก) ถือว่าเป็นระเบียบควบคุมฯ อย่างหนึ่ง ดังนั้นเอกชนผู้ทำธุรกรรมระหว่าง

ประเทศอาจจะประสบปัญหาจากการที่รัฐมีระเบียบควบคุมฯ โดยเฉพาะถ้าสัญญาจัดต่อระเบียบควบคุมฯ ดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ต้องการปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้ตามสัญญามักจะอ้างพันธะข้อ 8 มาตรา 2(๗) เพื่อให้สัญญาไม่มีผลบังคับ นอกจากนี้รัฐสมาชิกยังมีความผูกพันที่จะต้องยอมรับถึงกฎหมายที่จำกัดหรือควบคุมเงินทุน (CAPITAL RESTRICTION OR CONTROL) ด้วย เนื่องจากตามพันธะข้อ 6 มาตรา 3 รัฐสมาชิกมีอำนาจในการควบคุมการเคลื่อนไหวของเงินทุน และถือว่ากฎหมายดังกล่าวมีความสอดคล้องกับข้อตกลงกองทุนฯ เนื่องจากออกมาโดยอาศัยอำนาจตามข้อตกลงกองทุนฯ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ต้องการปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้ตามสัญญาก็อาจอ้างถึงกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้ศาลของรัฐสมาชิกยอมรับได้เช่นกัน

แนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าวคือ หากกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่เข้าองค์ประกอบของขอบเขตและความหมายของพันธะข้อ 8 มาตรา 2(๗) คู่สัญญาจะไม่สามารถอ้างพันธะดังกล่าวเพื่อให้สัญญาไม่มีผลบังคับ การพิจารณาก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลซึ่งอาจมีผลทำให้สัญญามีผลบังคับได้ โดยหลักใหญ่ที่ใช้ในการพิจารณาคือ

- (1) สัญญาที่คู่สัญญาฟ้องร้องต้องเป็นสัญญาแลกเปลี่ยน
- (2) สัญญาแลกเปลี่ยนนั้นต้องเกี่ยวข้องกับสกุลเงินของรัฐที่กำหนดระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา
- (3) ระเบียบควบคุมฯ จะต้องใช้หรือตราขึ้นสอดคล้องกับข้อตกลงกองทุนฯ
- (4) การไม่มีผลบังคับของสัญญามีผลเพียงแค่ว่าสัญญาบังคับไม่ได้ทางศาลเท่านั้น แต่ยังคงมีความผูกพันทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญา

#### การทำธุรกรรมกับประเทศที่มีใช้ภาคีกองทุนฯ

ตามหลักเมื่อรัฐมิได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ บทบัญญัติของข้อตกลงกองทุนฯ ก็ไม่ควรที่จะมีผลต่อรัฐเหล่านั้น แต่เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างแอกต์กับกองทุนฯ ในการสนับสนุนระบบการค้าและการเงินเสรี กองทุนฯ จึงมีความร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับที่ประชุมแอกต์ โดยเฉพาะการกำหนดรูปแบบของข้อตกลงพิเศษเกี่ยวกับการบริหารเงินตราซึ่งกำหนดให้รัฐที่มีได้

เป็นสมาชิกกองทุนฯ ทำข้อตกลงพิเศษฯ กับที่ประชุมแกตต์นั้น ที่ประชุมแกตต์ได้รวบรวมเนื้อหาทั้งหมดของข้อกำหนดอันพึงปฏิบัติตามข้อตกลงกองทุนฯ เอาไว้ในข้อตกลงพิเศษฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 7(3) ของข้อตกลงพิเศษฯ ได้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เช่นเดียวกับที่กองทุนฯ กำหนดหน้าที่รัฐสมาชิกไว้ตามพันธะข้อ 8 มาตรา 2(ข) ของข้อตกลงกองทุนฯ ซึ่งผลทำให้คู่สัญญาของข้อตกลงพิเศษฯ มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามแบบแผนของระเบียบการเงิน เสมือนหนึ่งว่าเป็นสมาชิกกองทุนฯ เลยกี่เดียว

ดังนั้นหากประเทศไทยไปทำธุรกรรมกับรัฐที่มีใช่สมาชิกกองทุนฯ ซึ่งเป็นคู่สัญญากับที่ประชุมแกตต์ตามข้อตกลงพิเศษฯ แล้วประสบปัญหาซึ่งเกิดจากการที่รัฐดังกล่าวมีระเบียบควบคุมฯ แนวทางในการแก้ปัญหาควรจะใช้หลักการเดียวกับการที่รัฐสมาชิกกองทุนฯ มีระเบียบควบคุมฯ

แต่หากประเทศไทยประสบปัญหาในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศจากการมีระเบียบควบคุมฯ ของรัฐที่ได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ และมีได้เป็นคู่สัญญากับที่ประชุมแกตต์ตามข้อตกลงพิเศษฯ ด้วย แนวทางในการแก้ปัญหาควรพิจารณาจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

(1) หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการปรับใช้กับการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐดังนี้

: "หลักทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย" กล่าวคือ ถ้ารัฐมีทางเลือกที่ได้ประโยชน์เท่ากันในการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจ รัฐจะต้องไม่เลือกทางเลือกให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น หากมิได้สร้างปัญหาให้แก่รัฐนั่นเอง

: "หลักความไม่ได้สัดส่วนอย่างแท้จริงระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น" กล่าวคือ หากรัฐใช้สิทธิในการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจ แต่ประโยชน์ที่รัฐได้รับไม่มีหรือมีน้อยจนไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ถือว่ารัฐได้ใช้สิทธิโดยมิชอบ

หากผู้ประสบปัญหาจากการที่รัฐมีระเบียบควบคุมฯ พิสูจน์ได้ว่ารัฐกระทำการตาม (1) หรือ (2) ก็อาจเรียกร้องให้รัฐดังกล่าวรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้



(2) การกระทำที่รื้อฟื้น เป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตรแต่ถูกต้องตามกฎหมาย ที่ได้กระทำลงไปเพื่อตอบโต้การกระทำที่ไม่เป็นมิตรแต่ถูกต้องตามกฎหมายในลักษณะที่เท่าเทียมกัน ดังนั้นหากรัฐอื่นกำหนดระเบียบควบคุมฯ ในลักษณะที่ไม่เป็นมิตรต่อประเทศไทย เราก็อาจใช้วิธีการเดียวกันเพื่อตอบโต้รัฐดังกล่าวได้ แต่ต้องคำนึงถึงหลักการตามพันธะข้อ 11 ซึ่งห้ามมิให้รัฐสมาชิกหรือตัวแทนทางการเงินทำธุรกรรมกับรัฐหรือคนในดินแดนของรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกกองทุนฯ ไปในทางที่ขัดต่อข้อตกลงหรือวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ

แนวทางในการแก้ปัญหาข้างต้นเป็นการแก้ปัญหาเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ตามธุรกรรมระหว่างประเทศ ยังมีแนวทางในการแก้ปัญหาซึ่งใช้ได้ในการทำธุรกรรมทั้งกับรัฐสมาชิกกองทุนฯ และรัฐที่มีใช้สมาชิกกองทุนฯ ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาที่คาดว่าจะเกิดขึ้นได้ล่วงหน้าคือ

- (1) การระบุข้อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติตาม
  - ให้คู่สัญญาหาผู้ค้ำประกันจากต่างประเทศ
  - "Transfer Clause" หรือข้อกำหนดให้คู่สัญญาขอความยินยอมหรือคำรับรองจากเจ้าพนักงานทางการเงินของรัฐตน
  - การทำ "Specific Currency Transfer Agreement" กับเจ้าพนักงานทางการเงิน ซึ่งมีรายละเอียดตาม "Transfer Clause"
- (2) การทำความตกลงแบบทวิภาคีกับรัฐที่มีระเบียบควบคุมฯ
- (3) การเข้าเป็นภาคีในองค์การประกันการลงทุนพหุภาคีหรือ MIGA

ปัญหาซึ่งเกิดจากระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของประเทศไทยและ  
แนวทางในการแก้ปัญหา

เมื่อประเทศไทยประกาศรับพันธะข้อ 8 แห่งข้อตกลงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ประกอบกับการประกาศผ่อนคลายนโยบายควบคุมแลกเปลี่ยนเงินตราเป็นระยะ ๆ ที่ผ่านมา เท่ากับว่าประเทศไทยพร้อมที่จะให้ระบบการชำระและโอนเงินระหว่างประเทศ

เป็นไปอย่างเสรี ปราศจากข้อจำกัดทางด้านปริวรรตเงินตรา ซึ่งเป็นผลดีต่อการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ ทำให้ผู้ที่ทำธุรกรรมกับประเทศไทยมีความมั่นใจว่าจะสามารถนำเงินทุนและผลตอบแทนที่เกิดจากการทำธุรกรรมกลับไปประเทศตนได้ ซึ่งเป็นสิ่งจูงใจอย่างหนึ่งที่จะทำให้มีการนำเงินทุนจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น ก่อให้เกิดการจ้างงาน เพิ่มรายได้ที่เป็นเงินตราต่างประเทศ และเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจส่วนรวม

จากการศึกษาที่ผ่านมาพบว่า กฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของประเทศไทยมิได้มีส่วนใดที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดทางการเงินเพื่อธุรกรรมระหว่างประเทศ เป็นแต่เพียงการควบคุมทางการเงินตรา (เช่น การยื่นรายงานหรือยื่นคำขอแบบ ธ.ต. การกำหนดวงเงินที่ใช้ในการทำธุรกรรมที่ใช้ในการทำธุรกรรมซึ่งหากเกินกว่าวงเงิน ก็ทำได้ถ้าได้รับอนุญาตจากทางการ หรือการกำหนดให้นำเงินตราต่างประเทศที่ได้จากการทำธุรกรรมมาแลกเปลี่ยนเป็นเงินบาทหรือฝากในบัญชีเงินตราต่างประเทศภายในระยะเวลาที่กำหนด) จึงมิได้สร้างปัญหาหรืออุปสรรคโดยตรงต่อการทำธุรกรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด

### ข้อเสนอแนะ

การประกาศรับพันธะข้อ 8 แห่งข้อตกลงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ และการประกาศผ่อนคลายกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราเป็นสองในหลายมาตรการของทางการที่จะทำให้ระบบการเงินไทยมีลักษณะที่เปิดกว้างเสรี (LIBERALIZATION) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความยืดหยุ่นให้แก่ระบบการเงินไทย ลดปัญหาและอุปสรรคในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ ธุรกิจและสถาบันการเงินไทยจะจะสามารถแข่งขันกับนานาประเทศได้มากขึ้น เนื่องจากสถานะเศรษฐกิจโลกในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงทิศทางไปมุ่งสู่การเปิดเสรีในทุก ๆ ด้าน ซึ่งจากการศึกษาที่ผ่านมาในบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 พบว่า กฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนฯ ของประเทศไทยที่ใช้ในปัจจุบันหลังการผ่อนคลายมิได้มีส่วนใดที่ขัดต่อหลักการของพันธะข้อ 8 และมีได้เป็นอุปสรรคหรือปัญหาต่อการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ จึงอาจเป็นสิ่งจูงใจอย่างหนึ่งให้นานาประเทศหันมาทำธุรกรรมกับประเทศไทยมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยอาจประสบปัญหาในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ

ซึ่งเกิดจากการที่รัฐผู้สัญญาามีกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราที่จำกัดหรือควบคุมการชำระหรือโอนเงินเพื่อธุรกรรมนั้นได้ ซึ่งได้เสนอแนวทางในการแก้ปัญหาไปแล้วด้วยกลไกของกฎหมายทั้งตามพันธะข้อ 8 มาตรา 2 (ข) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

การประกาศรับพันธะข้อ 8 และการผ่อนคลายการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา แต่เพียงสองประการมิได้ทำให้ทางการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นได้ ดังนั้นควรมีการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ต่อไปเพื่อเป็นปัจจัยเกื้อหนุนต่อระบบการเงินเสรี ดังนี้

(1) ให้ความรู้ความเข้าใจแก่นักธุรกิจเกี่ยวกับการใช้กลไกของพันธะข้อ 8 มาตรา 2 (ข) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหาในการทำธุรกรรมซึ่งเกิดจากการที่รัฐมีระเบียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราที่จำกัดหรือควบคุมการชำระหรือโอนเงินเพื่อธุรกรรมดังกล่าว ตามที่นำมาเสนอมาแล้วทั้งหมด

(2) ผ่อนคลายการควบคุมทางด้านปริวรรตเงินตราให้มากขึ้น

- กำหนดวงเงินเพิ่มขึ้น ให้เหมาะสมกับการทำธุรกรรมแต่ละประเภท โดยเฉพาะการใช้เงินบาทเพื่อการค้าชายแดน เนื่องจากปัจจุบันการค้าชายแดนแต่ละครั้งจำเป็นต้องใช้เงินอย่างมาก ควรมีการเพิ่มวงเงินเพื่อกระตุ้นให้มีการค้าชายแดนเพิ่มขึ้น แต่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อระบบการเงินของประเทศเพื่อนบ้านด้วย เพราะหากเงินบาทไปกระจายในประเทศเพื่อนบ้านมากเกินไป อาจเกิดปัญหาแก่ประเทศเพื่อนบ้านเกี่ยวกับการควบคุมปริมาณเงินได้ นอกจากนี้ยังควรเพิ่มวงเงินที่จะส่งไปลงทุนยังต่างประเทศด้วย และให้เงินบาทเข้าไปอยู่ในเกณฑ์เดียวกับเงินตราต่างประเทศคือให้ส่งเงินบาทไปลงทุนในลักษณะเดียวกันได้ เพราะการลงทุนในต่างประเทศจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจไทยอย่างมาก ในการสร้างฐานการผลิต ฐานวัตถุดิบและฐานการค้า ซึ่งเป็นวิธีการที่ประเทศส่วนใหญ่ใช้ เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ไต้หวัน ฮองกง สิงคโปร์ และยุโรป และท้ายที่สุดเงินทุนและผลกำไรก็จะกลับเข้าประเทศ

- แก้ไขระบบราชการเกี่ยวกับพิธีการทางเอกสาร เพื่อลดขั้นตอนและประหยัดเวลา กำลังคนแก่ผู้ประกอบการ เนื่องจากแม้กฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของประเทศไทยจะได้สร้างปัญหาหรืออุปสรรคโดยตรงต่อการทำธุรกรรมระหว่าง

ประเทศ แต่ยังมีปัญหาเกี่ยวกับพิธีการทางเอกสารที่อาจพิจารณาได้ว่าก่อให้เกิดความล่าช้า ยุ่งยาก และเป็นอุปสรรคในการชำระหรือโอนเงินเพื่อธุรกรรมระหว่างประเทศ

(3) รักษาเสถียรภาพทางการเงินของประเทศไทย ปัจจุบันความมั่นคงทางการเงินของเมืองมีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ ต่อการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อแนวโน้มนโยบายที่ต้องการยกระดับประเทศไทยให้เป็นศูนย์กลางการเงินและการค้าที่สำคัญในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ถึงแม้ว่าการเปลี่ยนแปลงทางการเงินจะไม่ได้ส่งผลกระทบต่อแนวความคิดด้านการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจ แต่ก็มีผลพอสมควรต่อความเชื่อมั่นทางธุรกิจและการไหลเข้าออกของเงินตรา ดังเช่นเมื่อเหตุการณ์ "พฤษภาทมิฬ" ที่ผ่านมามีเอกชนหลายรายที่ยื่นขอเปิดบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศที่ธนาคารพาณิชย์ไทยในต่างประเทศ เนื่องจากไม่มั่นใจในสถานการณ์ทางการเมือง ดังนั้นการพัฒนาระบบการเงินเมืองให้มีเสถียรภาพมากขึ้น โดยให้มีการถ่ายเทอำนาจบริหารตามขบวนการที่เป็นสากลมากขึ้น จะมีความจำเป็นมากขึ้นต่อความเชื่อมั่นทางธุรกิจทั้งภายในและภายนอกประเทศ ในทางตรงกันข้าม ถ้าระบบการเงินภายในประเทศยังไม่สามารถพัฒนาได้ ภาวะความไม่แน่นอนทางการเงินอาจทำให้ความเชื่อมั่นทางธุรกิจลดลง และอาจส่งผลให้มีการไหลเข้าออกเงินตราอย่างรุนแรงจนก่อให้เกิดปัญหาต่อเสถียรภาพทางการเงินของประเทศไทยในที่สุด

(4) เร่งพัฒนาตราสารทางการเงินและเครื่องมือทางการเงินให้มากรูปแบบขึ้น โดยคำนึงถึงความต้องการของตลาดเงินด้วย เพื่อเป็นเครื่องมือในการระดมทุนของสถาบันการเงินและธุรกิจ เพื่อให้สถาบันการเงินมีความคล่องตัวในการบริหารสินทรัพย์และหนี้สินมากขึ้น และธุรกิจสามารถลดต้นทุนในการกู้ยืม มีแหล่งเงินราคาถูกลง ซึ่งทำให้มีความพร้อมมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะแข่งขันกับนานาประเทศได้ อาทิเช่น EXIM BANK\* นอกจากนั้น

---

\*สถาบันการเงินที่ให้บริการทางการเงินระยะยาวเกินกว่า 6 เดือน แก่ธุรกิจส่งออกหรือนำเข้าวัตถุดิบเพื่อผลิตส่งออก

ควรที่จะมีการจัดตั้ง DISCOUNT HOUSE\* หรือสถาบันซื้อขายตราสารเปลี่ยนมือ เพื่อเป็นการเสริมสภาพคล่องให้กับตลาดเงิน โดยจะเป็นตลาดรองในการรับซื้อตราสารที่จะเกิดผลดีต่อทุกฝ่ายที่ถือตราสารอยู่ในมือ เพราะจะเกิดความคล่องตัวในการแปรรูปสินทรัพย์จากตราสารชนิดหนึ่งไปสู่อีกชนิดหนึ่ง หรือเปลี่ยนเป็นเงินสดที่จะนำมาหมุนเวียนได้ เช่น กรณีที่มีเงินเหลือมือในช่วงสั้น ๆ ก็สามารถนำเงินนั้นมาลงทุนในตราสารผ่าน DISCOUNT HOUSE ได้ โดยทำสัญญาขายคืนไว้ในช่วงเวลาที่เหมาะสมหรือในช่วงเวลาที่ต้องการใช้เงิน ซึ่งจะทำให้มีรายได้เพิ่มขึ้นจากเงินที่มีอยู่ในมือในช่วงสั้น ๆ นั้น ในทำนองเดียวกัน เมื่อผู้ถือตราสารเกิดความต้องการใช้เงินก็สามารถนำตราสารที่มีอยู่นั้นมาเสนอขายใน DISCOUNT HOUSE ได้ โดยไม่ต้องเสียเวลาในการสืบหาผู้ซื้อหรือผู้ให้กู้ ราคาที่ตกลงซื้อขายกันก็จะ เป็นราคาที่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายพอใจ เพราะถูกกำหนดขึ้นจากอุปสงค์และอุปทานจริงในตลาด ไม่มีการผูกขาดโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ DISCOUNT HOUSE จะทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของตราสารอันเป็นการจำกัดการปลอมแปลงและยังทำหน้าที่คัดเลือกตราสารที่มีความมั่นคงน่าเชื่อถือเข้ามาหมุนเวียนในตลาดอีกด้วย ซึ่งจะเป็นผลให้ประชาชนเกิดความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในตราสาร เป็นการส่งเสริมให้เกิดการออมในประเทศอีกทางหนึ่ง ซึ่งจะเป็นการลดบทบาทของการลงทุนและการออมในตลาดนอกระบบ

---

\* เป็นสถาบันการเงินประเภทหนึ่ง ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางและตัวกลางในการซื้อขายตราสารในตลาดเงินตลอดจนซื้อขายลด ขายลด และการซื้อโดยมีสัญญาขายคืน นอกจากนี้ยังทำหน้าที่เป็น MARKET MAKER ถือเป็นตัวเสริมให้เกิดความคล่องตัวในตลาดตราสาร โดยอาจรับซื้อเองเมื่อมีการเสนอขายเพียงด้านเดียว โดยไม่มีผู้อื่นเสนอซื้อและในทำนองเดียวกันก็จะขายตราสารของตนเมื่อผู้เสนอซื้อแต่ไม่มีผู้อื่นเสนอขาย ทั้งนี้ DISCOUNT HOUSE จะต้องมีความพร้อมตลอดเวลาในการตอบสนองความต้องการของตลาด : ข้อมูลจากฝ่ายวิชาการธนาคารกสิกรไทย

และเป็นการเสริมสร้างให้เกิดวินัยทางการเงินด้วย และเพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจในการลงทุนมากขึ้น ควรจัดให้มีสถาบันจัดอันดับความเชื่อถือ (CREDIT RATING\* AGENCY) ที่ทำหน้าที่ให้ข้อมูลในการตัดสินใจแก่ผู้ลงทุนทางด้านตราสาร

- (5) ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจการเงิน ซึ่งเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพแก่ระบบการเงินไทย
- กฎหมายเพื่อรองรับการพัฒนาตราสารทางการเงินใหม่ ๆ ในอนาคต
  - กฎหมายเพื่อรองรับเครื่องมือทางการเงินใหม่ ๆ อาทิ EXIM BANK หรือ DISCOUNT HOUSE
  - กฎหมายเพื่อรองรับการขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงิน อาทิ Financial Services Act, Trust Indenture Act

นอกจากนั้น จากการที่ทางการได้ดำเนินการ 2 ประการ เพื่อให้สอดคล้องต่อการเปิดเสรีทางการเงิน คือ

ก. การตราพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2535 แก้ไขบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ และเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่เพื่อขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ โดยให้ธนาคารพาณิชย์สามารถออกบัตรเงินฝากชนิดเปลี่ยนเมื่อในการรับเงินฝากได้ เพื่อให้เกิดตราสารทางการเงินที่มีความคล่องตัว นอกจากนี้ได้ปรับปรุงข้อกำหนดในเรื่องเงินกองทุนของธนาคารพาณิชย์

---

\* CREDIT RATING หรือการจัดอันดับเครดิต คือการจัดอันดับความสามารถในการก่อหนี้ของหน่วยธุรกิจ (หรือประเทศ) โดยเปรียบเทียบกับหน่วยธุรกิจอื่น ๆ (หรือประเทศอื่น) โดยพิจารณาจากฐานะทางการเงิน

เพื่อให้เป็นไปตามแนวทางสากล ตามข้อเสนอของ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ช่วยพัฒนาและกำกับสถาบันการเงินที่ดำเนินกิจการในตลาดต่างประเทศให้มีความมั่นคงเป็นมาตรฐานเดียวกัน

ข. คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบตามข้อเสนอของกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทย ให้มีการจัดตั้งกิจการวิเทศธนกิจ\* (International Banking Facilities : IBFs) ขึ้นในประเทศไทย เพื่อให้สอดคล้องกันกับนโยบายของทางการในการพัฒนาประเทศไทยให้เป็นศูนย์กลางทางการเงินในภูมิภาค ช่วยอำนวยความสะดวกและลดค่าใช้จ่ายของนักธุรกิจไทยที่กู้เงินจากต่างประเทศ และเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการชดเชยการขาดดุลบัญชีเดินสะพัด นอกจากนี้ยังช่วยให้ระบบการเงินในภูมิภาคนี้มีความเชื่อมโยงกันมากขึ้นด้วย

จึงควรที่จะมีการศึกษาต่อไปถึง ผลจากการที่ทางการปฏิบัติตามข้อกำหนดเรื่องเงินกองทุนของธนาคารพาณิชย์ เพื่อให้เป็นไปตามแนวทางสากลตามข้อเสนอของ BIS และผลจากการที่ทางการอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์จัดตั้งกิจการวิเทศธนกิจ : IBFs ขึ้นในประเทศไทยต่อการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ

---

\*สถาบันการเงินที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจวิเทศธนกิจ สามารถรับฝากเงินหรือกู้ยืมเงินจากต่างประเทศเป็นเงินตราต่างประเทศ ให้กู้ยืมเงินเป็นเงินตราต่างประเทศในประเทศไทยและต่างประเทศ ซื้อขายปริวรรตเงินตราต่างประเทศที่ไม่ใช่เงินบาท อาวัลรับรองหรือค้ำประกันหนี้ที่เป็นเงินตราต่างประเทศกับบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศ ทำธุรกรรมทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ เฉพาะกรณีผู้ซื้อและผู้ขายเป็นบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศ จัดหาเงินกู้ที่มีแหล่งที่มาจากต่างประเทศหรือเป็นผู้จัดการในการจัดกู้ และยังสามารถประกอบธุรกิจอื่นได้เพิ่มเติมตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยอนุญาต