



การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาในรอบของ  
สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน

โดย

นางสาววริยาภรณ์ ธนไวทย์โกเศศ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาในกรอบของ  
สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน

โดย

นางสาววริยาภรณ์ ธนไวยโกเศศ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



DIPLOMATIC PROTECTION UNDER INTERNATIONAL LAW: STUDY  
OF THE EXERCISE OF DIPLOMATIC PROTECTION  
FOR THAI INVESTORS IN CHINA

BY

MISS VARIYAPORN THANAWAIGOSES

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

INTERNATIONAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาววิยาภรณ์ ธนไวยโกเศส

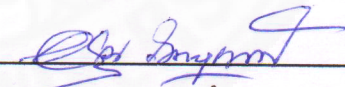
เรื่อง

การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาในกรอบของสิทธิใน  
การให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน

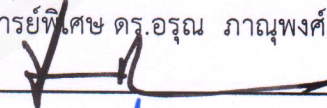
ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

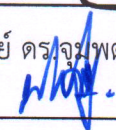
ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
\_\_\_\_\_  
(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์)

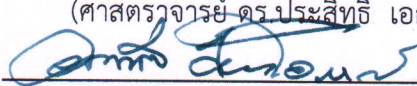
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

  
\_\_\_\_\_  
(ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร)

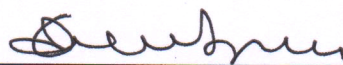
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

  
\_\_\_\_\_  
(ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
\_\_\_\_\_  
(รองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทรโอภากร)

คณบดี

  
\_\_\_\_\_  
(ศาสตราจารย์ ดร. อดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาในกรอบของสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน
ชื่อผู้เขียน	นางสาววริยาภรณ์ ธนไวยโกเศศ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ร่วม	ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร
ปีการศึกษา	2558

### บทคัดย่อ

การคุ้มครองทางทูตเป็นแนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ที่ยึดถือกันมาเป็นเวลาช้านานจนเป็นที่ยอมรับกันในระดับสากลว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยปกติรัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตก็ต่อเมื่อคนสัญชาติของตนที่อยู่ในดินแดนของอีกรัฐหนึ่งได้รับความเสียหายจากการปฏิเสธความยุติธรรม ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น หรือไม่ได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศสำหรับการคุ้มครองคนต่างชาติในดินแดนของรัฐนั้น เช่น การไม่ยอมรับแจ้งความร้องทุกข์ ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่ละเมิดสิทธิของคนชาติของรัฐอื่น หรือไม่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน จนหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศนั้นแล้ว เจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายย่อมมีสิทธิจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนได้ โดยการใช้การเจรจาทางการทูตหรือฟ้องร้องคดีต่อศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ได้ เพื่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหาย

อย่างไรก็ดี การให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติ<sup>1</sup> โดยรัฐเจ้าของสัญชาติ ซึ่งต้องพิจารณาถึงเงื่อนไข 3 ประการที่สำคัญ ได้แก่ 1) มีความเสียหายอันเกิดจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น 2) ผู้เสียหายต้องมีความสัมพันธ์ทาง

<sup>1</sup> คนชาติ หมายถึง บุคคลที่ถือสัญชาติของผู้ที่ให้ความคุ้มครองทางทูต ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ก็ตาม

กฎหมายกับรัฐผู้ใช้สิทธิเรียกร้อง และ 3) ผู้เสียหายต้องหมดยกเว้นความเสียหายภายในประเทศแล้ว ทั้งนี้การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตถือเป็นดุลยพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายที่จะให้หรือไม่ก็ได้ การคุ้มครองทางทูตจึงเป็นสิทธิของรัฐ มิใช่หน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติแต่อย่างใด

นอกจากนี้ การให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันมีหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทางทูตที่ชัดเจนกว่าเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางทูตในอดีตโดยมีการประมวลแนวปฏิบัติของการให้ความคุ้มครองทางทูตในรูปแบบร่างบทความตรา (Draft Articles) ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) โดยบัญญัติไว้ในรูปแบบร่างบทความตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 (Draft Articles on Diplomatic Protections 2006) ซึ่งแม้จะเป็นเพียงร่างบทความตรามิใช่สนธิสัญญา และสมัชชาสหประชาชาติยังมิได้มีข้อมติใด ๆ ในเรื่องนี้ เพียงแต่รับร่างบทความตราดังกล่าวไว้พิจารณาเท่านั้น แต่ในแง่สถานะทางกฎหมายของร่างบทความตรา ก็ต้องถือว่ามีผลกระทบกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้มาเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว คงเหลือแต่เพียงขั้นตอนของการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐต่าง ๆ ในการยอมรับร่างบทความตราเป็นข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติว่ามีเจตนาต้องตรงกันในเรื่องของการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรืออาจนำไปสู่การจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองทางทูตก็เป็นได้เช่นกัน

ในการศึกษาของวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงกรอบของเงื่อนไขที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามร่างบทความตรา ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อคุ้มครองนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในประเทศจีน เนื่องจากมีกรณีพิพาทที่นักลงทุนไทยในจีนเงินไม่ได้รับค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดของนักลงทุนจีน แม้ว่าศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้นักลงทุนไทยได้รับค่าชดเชยความเสียหายแล้ว แต่ก็ถูกปฏิเสธจากเจ้าหน้าที่รัฐของจีนที่จะบังคับคดีให้ แม้ว่าประเทศไทยกับประเทศจีนจะมีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ค.ศ. 1985 แต่สนธิสัญญาดังกล่าวก็มิได้มีข้อบ่งชี้ถึงการให้ความคุ้มครองทางทูต เพราะถือว่าเป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนไทย-จีน ตามสนธิสัญญาดังกล่าวจึงเป็นเรื่องของการคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) โดยทั่ว ๆ ไปตามหลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Law) เท่านั้น มิใช่เรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic Protection) แต่อย่างใด

โดยที่การคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในประเทศจีนจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น รัฐบาลไทยจึงมีสิทธิที่จะให้ความ

คุ้มครองทางทูตหรือไม่ก็ได้ แม้ว่าไทยจะยังไม่เคยใช้สิทธิดังกล่าวนี้มาก่อนเลยก็ตาม แต่ทว่าในอนาคตหากเกิดกรณีที่คนชาติของไทยได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่นจนหมดหนทางเยียวยาตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นแล้ว การคุ้มครองทางทูตก็น่าจะเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่ประเทศไทยนำมาใช้เพื่อเรียกร้องความยุติธรรมและเยียวยาความเสียหาย

**คำสำคัญ:** การคุ้มครองทางทูต, การหมดหนทางการเยียวยาความเสียหาย, ร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต



Thesis Title	DIPLOMATIC PROTECTION UNDER INTERNATIONAL LAW: STUDY OF THE EXERCISE OF DIPLOMATIC PROTECTION FOR THAI INVESTORS IN CHINA
Author	Miss Variyaporn Thanawaigoses
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Jumpod Saisuntorn, Ph.D.
Co – Thesis Advisor	Professor Prasit Aekabuttra, Ph.D.
Academic Years	2015

### **ABSTRACT**

The Diplomatic Protection as a state practice is an activity performed by states to protect their national abroad and secure their interest, holding for a long time and being internationally well respected as the International Customary Law. The state may typically accord its diplomatic protection when its national residing in a territory of another state has been diminished its right by denial of justice under the domestic law of that state, or not been treated in accordance with the International Minimum Standard of Treatment in protection for foreigners in the territory of that state, for example, the discrimination on the denial of foreign complainants' acceptable requests for domestic legal justice against local offenders diminishing the rights of the nationals of other states, or having no protection of foreigners' fundamental rights under the Human Rights Law leading to exhaustion of local remedies. The state offering nationality to the victim shall therefore have a degree of right to accord its diplomatic protection to its nationals by using diplomatic negotiation or other means of peaceful settlement, or to provide



appropriate prosecution under either International Court of Justice (ICJ) or the International Arbitration in order to remedy the damage of its nationals.

However, the diplomatic protection of the state is entitled to protect its subjects or legal persons. Therefore, the national state of nationals<sup>1</sup> shall consider different aspects of three important conditions occurred: 1) the victim of a violation of international law arising from international wrongful act, 2) the victim has its right of legal relationship with the state filing a claim against domestic party, and 3) the victim is legally powerless to heal its damage inside that country (Exhaustion of Local Remedies). In adoption of diplomatic protection rights, the state must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted and when it will cease. The state has right to accord diplomatic protection to its nationals because there is no obligation to extend diplomatic protection all the time.

Moreover, the current rules of providing for diplomatic protection under International Law have become more distinct in adoption than the previous diplomatic protection with the codification of state practice for diplomatic protection specified the details in the Draft Articles of the 2006 International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protections. Even though some details of these rules are appeared only Draft Articles, not Treaty and the United Nations General Assembly also has not accepted any decision in this regard yet, and they are only some articles under consideration, but in terms of their legal condition, it must be considered that the codification of international customary law has already been written. It can be assumed that only states' expression of intent of different views should be simultaneous agreed that the Draft Articles are as the resolution of the United Nations General Assembly in terms of the regulation of International Customary Law. Furthermore, this may lead to the preparation of United Nation Convention of Diplomatic Protection in the future.

---

<sup>1</sup> Nationals means: A person who has nationality of the relevant state exercising diplomatic protection. In this regard a national can be either a natural person or juristic person.

In this study, the author focused on the important condition of diplomatic protection under the Draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the International Law Commission in order to protect Thai investors in China because they had been confronted with domestic legal dispute with local investors in Shenzhen City. They had not been paid back their compensation for losses or damages caused by the wrongful act of Chinese investors, although the Chinese court's final judgment ordered that the Chinese investors should pay back the compensation to the Thai investors for the damages occurred. However, the Chinese government officers still stayed the judgment execution, although the 1985 Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investment has been established already. However, the Agreement does not contain any provisions of diplomatic protection because it is considered as a part of the International Law. Moreover, the legal protection for Thai-Chinese investors under the Agreement is only regarded as an ordinary matter of Investment Protection in accordance with general principles and rules of the International Investment Law, not Diplomatic Protection in any way.

Therefore, the diplomatic protection for Thai investors in China may be possible only when consistent with regulations of the International Customary Law. Therefore, the government of Thailand has right whether to accord diplomatic protection to its nationals or not. Even though Thailand has never used this right before, but in the future, if a national of Thailand has an injury caused by an internationally wrongful act with exhaustion of local remedies, the diplomatic protection offering may be an appropriate approach adopted by Thailand to claim for its nationals' equitable rights and legal remedies for relevant damages.

**Keywords:** Diplomatic Protection, Exhaustion of Local Remedies, Draft Article on Diplomatic Protection.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ย่อมมีอาจสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีหากปราศจากความอนุเคราะห์และความช่วยเหลือจากบุคคลต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นผู้มีพระคุณแก่ข้าพเจ้า ได้แก่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ ที่ให้เกียรติเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ฉบับนี้ และ รองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร ที่ให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านอาจารย์ที่ข้าพเจ้าตระหนักถึงพระคุณของท่านในการให้คำปรึกษา ชี้แนะแก้ไข ทุกขั้นตอนที่ข้าพเจ้าได้เริ่มลงมือทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี คือ ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร และ ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร ซึ่งท่านทั้งสองได้ให้ความกรุณาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ข้าพเจ้า คำชี้แนะของท่านอาจารย์เป็นคุณประโยชน์ต่อกระบวนการคิด และการตัดสินใจของข้าพเจ้าโดยตลอด ข้าพเจ้าซาบซึ้งและยกย่องในความปรารถนาดีของท่านเสมอ โดยจะน้อมรับเอาคำชี้แนะของท่านอาจารย์ไปใช้ในการชีวิตการทำงานของข้าพเจ้า พระคุณของท่านอาจารย์ที่มีให้แก่ข้าพเจ้าในครั้งนี้จะสถิตยในดวงใจของข้าพเจ้าตลอดไป และข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านที่ถ่ายทอดซึ่งความรู้ให้แก่ข้าพเจ้าตั้งแต่เล็กจนเติบโตเป็นผู้ใหญ่ แม้จะมีได้เอ่ยนาม แต่ข้าพเจ้าจะจดจำคำสั่งสอนของท่านทั้งหลายตลอดไป

ขอขอบพระคุณ เจ้าหน้าที่หอสมุดปรีดี พนมยงค์ หอสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ และเจ้าหน้าที่ ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศเจ้าหน้าที่ข้อมูลเกี่ยวกับจีน สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (สกท.) : Board of Investment (BOI) ที่ให้คำแนะนำในการค้นคว้าหาข้อมูลที่เป็นประโยชน์ สำหรับข้าพเจ้าในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณ เพื่อน ๆ น้อง ๆ สาขากฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เป็นกัลยาณมิตรที่ดีทุกท่านที่คอยให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา คำแนะนำดี ๆ ในหลายเรื่องที่ข้าพเจ้าไม่มีความรู้ความเข้าใจ ตลอดจนช่วยเป็นกำลังใจในการศึกษาที่ดี แม้จะมีได้เอ่ยนาม ณ ที่นี้ แต่ความดีของท่านก็จะตราตรึงใจข้าพเจ้าตลอดไปเช่นกัน ทั้งนี้ข้าพเจ้ายังมีมิตรสหายจากที่อื่นที่คอยให้กำลังใจช่วยเหลือ ในยามที่ข้าพเจ้าเกิดความกังวลใจในการทำวิทยานิพนธ์ โดยทุกท่านคอยส่งกำลังใจให้ข้าพเจ้าจนประสบความสำเร็จ ข้าพเจ้าต้องขอขอบคุณมา ณ ที่นี้ด้วย

สุดท้ายนี้ บุคคลที่เป็นกำลังใจสำคัญ และเป็นแรงบันดาลใจของข้าพเจ้า ในการศึกษา ระดับปริญญาโทครั้งนี้ ได้แก่ บิดา มารดา และ สมาชิกทุกคนในครอบครัวของข้าพเจ้า ซึ่งการอบรมสั่งสอนและเลี้ยงดูจากบิดามารดาทำให้ข้าพเจ้ามีความมุ่งมั่นในการศึกษา ค้นคว้าหาความรู้ตลอดมา

ซึ่งท่านให้การสนับสนุนและเป็นกำลังใจแก่ข้าพเจ้ามาโดยตลอดจนทำให้ข้าพเจ้าประสบความสำเร็จ  
ในครั้งนี้

คุณประโยชน์ใด ๆ ที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ข้าพเจ้าขอมอบเป็นกุศลให้แก่ผู้มี  
พระคุณทั้งหลายที่เอ่ยนาม และมีได้เอ่ยนาม หากแม้มีข้อผิดพลาดประการใดข้าพเจ้าขอน้อมรับ  
เพื่อปรับปรุง แก้ไขในการศึกษาครั้งต่อไป

นางสาววิภาภรณ์ ธนไวยโกเศศ



## สารบัญ

หน้า	
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
รายการสัญลักษณ์และคำย่อ	(12)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความหมาย ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 ขอบเขตของการศึกษา	8
1.3 สมมุติฐานการศึกษา	8
1.4 วัตถุประสงค์ในการศึกษา	8
1.5 ระเบียบวิธีในการศึกษา	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	9
บทที่ 2 วิวัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูต	11
2.1 การก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูต	11
2.1.1 แนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ	11
2.1.2 ความเชื่อมั่นของรัฐว่าทางปฏิบัตินั้นเป็นกฎหมาย ( <i>opinio juris</i> )	12
2.2 เจือปนใจในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	17
2.2.1 ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย	17
2.2.2 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับผู้รับความคุ้มครองทางทูต	19

	(10)
2.2.3 การหมตหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศ	21
2.3 การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐ	23
2.3.1 การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นดุลยพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติ ผู้เสียหายมีใช้สิทธิของผู้เสียหาย	24
2.3.2 วิธีการให้ความคุ้มครองทางทูต	25
2.3.2.1 การเจรจาทางการทูต	26
2.3.2.2 การเสนอข้อพิพาทต่อศาลระหว่างประเทศ หรือ อนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศ	27
บทที่ 3 สิทธิในการคุ้มครองทางทูตตามที่ปรากฏอยู่ในร่างบทมาตราของคณะกรรมการ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006	30
3.1 นิยามและขอบเขตของการให้ความคุ้มครองทางทูตตามที่ปรากฏในร่างบทมาตรา	30
3.2 สิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามมาตรา 2 ของร่างบทมาตรา	34
3.3 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองกับผู้เรียกร้องความ คุ้มครองทางทูต	37
3.3.1 กรณีบุคคลธรรมดา	37
3.3.2 กรณีนิติบุคคล	52
3.3.3 กรณีผู้ถือหุ้	59
3.4 เงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางทูตภายใต้ร่างบทมาตรา	64
3.4.1 การหมตหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน	64
3.4.2 การใช้สิทธิเรียกร้องของผู้ได้รับความเสียหาย	76
3.4.3 การใช้ดุลยพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต	78
บทที่ 4 การนำร่างบทมาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต มาปรับใช้กับการคุ้มครองทางทูต แก่นักลงทุนไทยในจีน	81
4.1 เงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่มีการประมวลไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในร่างบทมาตรา	81

4.1.1	เกิดความเสียหายจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายใน ประเทศผู้ต้อนรับการลงทุน	81
4.1.2	การหมกหมนทางการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศผู้ต้อนรับการลงทุน	83
4.1.3	ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของนักลงทุนกับรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน	84
4.2	วิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทย หากเกิดกรณีที่นักลงทุนไทย ถูกปฏิเสธความยุติธรรมและหมกหมนทางเยียวยาความเสียหายในประเทศจีน	86
4.2.1	การพิจารณาข้อร้องเรียนของนักลงทุนไทยผู้ได้รับความเสียหาย	87
4.2.2	การพิจารณาพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งเสริมการลงทุนไทย-จีน	91
4.2.3	แนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองทางทูตของไทย	94
บทที่ 5	สรุปและข้อเสนอแนะ	97
5.1	บทสรุป	97
5.2	ข้อเสนอแนะ	99
บรรณานุกรม		104
ภาคผนวก		114
	ภาคผนวก ก. TEXT OF THE DRAFT ARTICLES ON DIPLOMATIC PROTECTION, 2006	114
	ภาคผนวก ข. AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA AND THE GOVERNMENT OF THE KINGDOM OF THAILAND FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS	120
	ภาคผนวก ค. คำแปลความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและ รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน	133
ประวัติผู้เขียน		142

## รายการสัญลักษณ์และคำย่อ

สัญลักษณ์/คำย่อ	คำเต็ม/คำจำกัดความ
ACIA	ASEAN Comprehensive Investment Agreement
AEC	ASEAN Economic Community
BIT	Bi-lateral Investment Treaty
BOI	Board of Investment
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
HRC	Human Rights Committee (UN)
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ILC	International Law Commission
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
NAFTA	North American Free Trade Agreement
UN	United Nations Organization



## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 ความหมาย ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การคุ้มครองทางทูตเป็นแนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ที่ยึดถือกันมาเป็นเวลาช้านานจนเป็นที่ยอมรับกันในระดับสากลว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยปกติรัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตก็ต่อเมื่อคนสัญชาติของตนที่อยู่ในดินแดนของรัฐหนึ่งได้รับความเสียหายจากการปฏิเสธความยุติธรรม ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น หรือไม่ได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศสำหรับการคุ้มครองคนต่างชาติในดินแดนของรัฐนั้น เช่น การไม่ยอมรับแจ้งความร้องทุกข์ ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่ละเมิดสิทธิของคนชาติของรัฐอื่น หรือไม่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน จนหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศนั้นแล้ว เจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายย่อมมีสิทธิจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนได้ โดยการใช้การเจรจาทางการทูตหรือฟ้องร้องคดีต่อศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ได้ เพื่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหาย

โดยความหมายของความคุ้มครองทางทูตตามที่ปรากฏในพจนานุกรมศัพท์ของสหประชาชาตินั้นหมายถึง กิจกรรมของรัฐที่มีขึ้นใน 3 ลักษณะเพื่อปกป้องคนชาติของตน โดยประกอบด้วย

ประการแรก ความคุ้มครองทางทูต หมายถึง “กิจกรรมของรัฐที่มีขึ้นเพื่อปกป้องคนชาติที่อยู่ต่างประเทศ และเพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงของทรัพย์สินและผลประโยชน์ของคนชาติที่อยู่ต่างประเทศ”

ประการที่สอง ความคุ้มครองทางทูต หมายถึง “กิจกรรมของรัฐภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติ โดยรัฐที่เป็นกลางในระหว่างสงคราม”

ประการที่สาม ความคุ้มครองทางทูต หมายถึง “เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างประเทศที่มีการใช้กำลังโดยการใช้กำลังนั้น นำมาอ้างว่าเป็นเรื่องของการให้ความคุ้มครองทางทูต หรือการอ้าง

ให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีที่ผู้เสียหายมิใช่เป็นคณะผู้แทนทางทูตแต่เป็นเพียงเอกชนคนชาติของรัฐอื่น<sup>1</sup>

โดยที่ผ่านมา แม้จะยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เฉพาะเจาะจงในเรื่องความคุ้มครองทางทูต เว้นแต่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961<sup>2</sup> ซึ่งกล่าวถึงเรื่องความคุ้มครองทางทูตไว้ว่า “สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายระหว่างประเทศ” และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 5 หน้าที่ทางกงสุลประกอบด้วย “(ก) คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและของชนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในรัฐผู้รับภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาต”

นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 1915 Bocharad นักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ให้ความหมายแก่ความคุ้มครองทางทูต ดังนี้

---

<sup>1</sup> “Diplomatic Protection : An activity performed by states to protect their nationals abroad and secure their interests: subject to international conventions aimed at providing nationals with diplomatic protection by neutral states during wars; also an issue of international conflicts when it is applied to armed forces or persons not accredited diplomats but private nationals of alien states”. In Encyclopedia of the United Nations and International Agreement, 1985, p. 203.

<sup>2</sup> อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต มาตรา 3

1. นอกจากประการอื่นแล้ว การหน้าที่ของคณะผู้แทนทางทูตประกอบด้วย
  - (ก) เป็นผู้แทนรัฐผู้ส่งในรัฐผู้รับ
  - (ข) คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและของชนชาติของรัฐผู้ส่ง ในรัฐผู้รับ ภายในขีดที่จำกัดที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้
    - (ค) เจรจากับรัฐบาลของรัฐผู้รับ
    - (ง) สืบเสาะให้แน่ด้วยวิถีทางทั้งหมดอันชอบด้วยกฎหมาย ถึงสภาวะ และพัฒนาการในรัฐผู้รับและรายงานไปยังรัฐบาลของรัฐผู้ส่ง
    - (จ) ส่งเสริมความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับ และ พัฒนาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ ของรัฐผู้ส่งและ รัฐผู้รับ
2. ไม่มีข้อความในอนุสัญญานี้ที่จะแปลความได้ว่าเป็นการห้ามคณะผู้แทน ทางทูต ปฏิบัติการหน้าที่ทางกงสุล

“ความคุ้มครองทางทูตคือกระบวนการตามกฎหมายระหว่างประเทศ บัญญัติว่า การร้องขอของคนชาติต่อรัฐเพื่อให้รัฐแสดงออกถึงความผูกพันของบุคคลหนึ่งต่อรัฐ เพื่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติ ” ทั้งนี้ความคุ้มครองทางทูตเป็นเสมือนการกำหนดกระบวนการเพื่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐผู้ถูกกล่าวหา เพื่อให้รับผิดชอบต่อผลที่ได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ อันเป็นเหตุให้บุคคลและทรัพย์สินของคนชาติของรัฐได้รับความเสียหาย<sup>3</sup>

โดยที่ผ่านมารณคดีระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ศาลได้กล่าวถึงความคุ้มครองทางทูตไว้ ดังนี้ ในคดี Mavrommatis Palestine Concessions ได้กล่าวถึงความคุ้มครองทางทูตไว้ว่า รัฐเจ้าของสัญชาติย่อมมีสิทธิในการปกป้องคนชาติของตนโดยศาลคดี Mavrommatis<sup>4</sup> ได้กล่าวดังนี้

“การที่รัฐบาลกรีซได้เข้ามาดำเนินการในคดีแทนคนชาติของตนนั้นเป็นการยกระดับข้อพิพาทนั้นให้กลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้รัฐมีสิทธิปกป้องคนชาติของตนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำ มิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ของรัฐอื่น ประกอบกับผู้เสียหายได้หมดหนทางเยียวยาความเสียหายแล้ว การที่รัฐได้ตัดสินใจเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นจึงเป็นการยืนยันสิทธิของรัฐในการเรียกร้องต่อรัฐอื่น”<sup>5</sup>

ต่อมา คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้มีการจัดทำเป็นร่างบหมตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ.2006 ( Draft Articles on Diplomatic Protection 2006) ขึ้น เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองทางทูตออกมาในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษรในมาตรา 1 ซึ่งเป็นการให้คำนิยามและขอบเขตของความคุ้มครองทางทูต ดังนี้

<sup>3</sup>Chittharanjan,Amerasinghe Felix,Diplomatic Protection,(Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 24.

<sup>4</sup>*Ibid.*, p.23.

<sup>5</sup>“It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from when they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights-the right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.”

“การให้ความคุ้มครองทางทูตคือการร้องขอโดยรัฐผ่านกระบวนการทางการทูตหรือวิธีการอื่นใดโดยสันติวิธี ในความรับผิดชอบของรัฐอื่น ต่อการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐเพื่อเรียกร้องความรับผิดชอบเช่นว่านั้น”<sup>6</sup>

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้ความหมายจากนักวิชาการด้านกฎหมาย จากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ผ่านมา การให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นก็มีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ซึ่ง ที่มาของการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นสืบเนื่องมาจากรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวต้องการคุ้มครองคนชาติของตนที่อยู่ต่างประเทศ ภายหลังจากเกิดการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายจากการกระทำของรัฐเจ้าของดินแดน และผู้เสียหายได้มีการดำเนินการเรียกร้องตามกระบวนการเยียวยาความเสียหายในประเทศนั้น ๆ จนถึงที่สุดแล้ว และไม่มีวิธีการเยียวยาอื่นใดที่จะทำให้ได้รับความเป็นธรรมได้อีก ทั้งนี้ รัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวเป็นผู้มีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูต หากแต่เป็น ดุลยพินิจว่า รัฐควรจะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติหรือไม่ เนื่องด้วยกฎหมายภายในไม่ได้กำหนดว่าความคุ้มครองทางทูตต้องเป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้อง

โดยเมื่อนักลงทุน ผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ทาง สัญชาติกับรัฐของตน ก็สามารถนำเรื่องความคุ้มครองทางทูต มาใช้เพื่อเรียกร้องให้ได้รับความคุ้มครองทางทูตได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเรื่องอำนาจรัฐเหนือตัวบุคคล โดยหลักความคุ้มครองทางทูตนี้ได้นำมาใช้เพื่อคุ้มครองคนชาติอย่างแพร่หลาย ในทางระหว่างประเทศ โดยรัฐต่าง ๆ สามารถใช้อำนาจสิทธิในการให้การคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนหากคนชาติได้รับความเสียหายในทางระหว่างประเทศจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยสภาพปัญหาที่จะได้นำเสนอในวิทยานิพนธ์นี้ คือ เนื่องจากการที่นักลงทุนไทยได้เดินทางไปประกอบกิจการต่าง ๆ ในต่างแดน โดยเฉพาะในประเทศจีนที่เป็นประเทศที่มีการเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจอย่างมาก ซึ่งเป็นโอกาสในการเข้าไปลงทุนเพื่อสร้างรายได้มหาศาลให้แก่นักลงทุนทั่วโลก

---

<sup>6</sup>United Nations, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries 2006.

Article1 : For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.

รวมทั้งนักลงทุนจากไทยด้วย<sup>7</sup> ทั้งนี้เมื่อมีการลงทุนเพิ่มขึ้น ย่อมเป็นความเสี่ยงในการเกิดความขัดแย้งทางการลงทุนหรือการดำเนินชีวิตในประเทศจีนได้ ทั้งนี้แนวทางในการคุ้มครองคนชาตินั้น ให้

---

<sup>7</sup> จากประวัติการเข้าไปลงทุนของประเทศไทยในจีน โดยไทยเข้าไปลงทุนในจีนตั้งแต่ปี 2522 ในกลุ่มบริษัทเจริญโภคภัณฑ์หรือเจียไต๋ และบริษัทต่าง ๆ อีกมากมาย เช่น กลุ่มกาญจนพาณิชย์ ธนาคารกรุงเทพ สหพัฒนพิบูลย์ เป็นต้น ไทยนับเป็นประเทศแรกๆ ที่ได้เข้าไปลงทุนในประเทศจีน และเป็นประเทศผู้ลงทุนสูงสุด 10 ประเทศแรกก่อนการเกิดวิกฤตทางการเงิน ปี 2540 และขณะที่นักธุรกิจจีนในไทยก็มีจำนวนโครงการและมูลค่าการลงทุนเพิ่มสูงมากขึ้นตั้งแต่ปี 2522 เช่นเดียวกัน

ข้อมูลการลงทุนโดยกระทรวงพาณิชย์จีน พบว่าในปี 2557 จำนวนโครงการที่ลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติในจีนมีทั้งสิ้น 23,778 โครงการ เพิ่มขึ้นร้อยละ 4.4 จากปี 2556 คิดเป็นมูลค่าการลงทุนรวม 119,560 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยเพิ่มขึ้นประมาณร้อยละ 1.7 จากปี 2556 มีประเทศที่มีการลงทุนในจีนมากที่สุด 10 ลำดับแรก ได้แก่ ฮองกง สิงคโปร์ ไต้หวัน ญี่ปุ่น ฯลฯ สำหรับไทยมีการลงทุนในจีนเน้นการลงทุนในจีนเพื่อเจาะตลาดในประเทศจีนมากกว่าการลงทุนเพื่อผลิตและส่งออกไปจำหน่ายในตลาดโลก จากข้อมูลการลงทุนล่าสุดของไทยในจีนพบว่า มูลค่าการลงทุนของไทยเพิ่มขึ้นมากจาก 77.72 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในปี 2555 เป็น 483.05 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในปี 2556 อย่างไรก็ตามสัดส่วนการลงทุนของไทยในจีนเมื่อเปรียบเทียบกับมูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศทั้งหมดพบว่าไทยมีมูลค่าการลงทุนในจีน คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 1 ของมูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศทั้งหมดในจีน

ส่วนการลงทุนของจีนในไทย โดย สถิติจาก BOI ในปี 2556 จีนเป็นประเทศคู่ค้าอันดับ 1 ของไทย คิดเป็นร้อยละ 11 ของสินค้าที่ส่งออกทั้งหมด สินค้าที่ไทยส่งออกส่วนใหญ่เป็นผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เช่น ชิ้นส่วนอุปกรณ์ไฟฟ้าและแผงวงจรไฟฟ้าตลอดจนภาคบริการเช่นการเงินการธนาคาร นวดแผนไทย ร้านอาหารไทย และด้านการท่องเที่ยว<sup>7</sup>

ข้อมูลการลงทุนจีนในไทย ตั้งแต่ปี 2551-2557 ไทยได้รับเงินลงทุนจากจีนทั้งสิ้น 95,854.90 ล้านบาท ยกตัวอย่าง ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร จำนวน 36 โครงการ อุตสาหกรรมโลหะและเครื่องจักรกล จำนวน 61 โครงการ อุตสาหกรรมเคมีภัณฑ์และกระดาษ จำนวน 43 โครงการ อุตสาหกรรมเหมืองแร่และเซรามิกส์ 7 โครงการ ผลิตภัณฑ์เครื่องนุ่งห่ม 22 โครงการ เป็นต้น ข้อมูลจาก : สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานรัฐมนตรี คู่มือการลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน(สุมนพัลลิ่ง กรุงเทพฯ 2558)

พิจารณาถึงกฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน ว่ามีหลักการให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวหรือไม่ เช่น มีมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศหรือไม่ โดยมีหลักอยู่ว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐยินยอมให้คนต่างชาติเข้ามาในดินแดนของตนแล้ว รัฐนั้นก็มีความจำเป็นต้องปฏิบัติต่อคนต่างชาติไม่น้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหากไม่ให้ความเป็นธรรมแก่คนต่างชาติที่เข้ามาอาศัยหรือเข้ามาลงทุน รัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างชาติก็มีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการให้ความคุ้มครองทางทูตแม้จะมีความเป็นไปได้น้อยที่จะนำมาใช้เพื่อคุ้มครองนักลงทุน หากแต่การศึกษาถึงร่างบทมาตราเพื่อเป็นแนวทางในการนำมาใช้คุ้มครองนักลงทุนไทยในอนาคต

สถิติสำคัญระหว่างไทย-จีน (ปี 2558) รวบรวมจาก ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยจีน

มูลค่าการค้ารวมไทยจีนและอันดับ - USD 64,223 ล้าน ครองสัดส่วน 15.56% (จีนเป็นประเทศคู่ค้าอันดับ 1 ของไทย)

มูลค่าการค้าที่ไทยส่งออกไปจีน - USD 23,311 ล้าน ครองสัดส่วน 11.06% (อันดับ 2 รองจากสหรัฐอเมริกา ที่ 11.23%)

สินค้าที่ไทยส่งออกไปจีน - เคมีภัณฑ์อินทรีย์, พลาสติกและผลิตภัณฑ์, ยางพาราและผลิตภัณฑ์, เครื่องจักรกลและอิเล็กทรอนิกส์, แผงวงจรไฟฟ้า, น้ำมันสำเร็จรูป, ผลิตภัณฑ์มันสำปะหลัง, ไม้

มูลค่าการค้าที่ไทยนำเข้าจากจีน- USD 40,912 ล้าน ครองสัดส่วน 20.26% (อันดับ 1)

สินค้าที่ไทยนำเข้าจากจีน - อิเล็กทรอนิกส์ เครื่องจักรไฟฟ้าและส่วนประกอบ, เครื่องจักรและส่วนประกอบ, เหล็ก เหล็กกล้าและผลิตภัณฑ์, พลาสติก, ยานยนต์และอุปกรณ์ประกอบ, เคมีภัณฑ์, อลูมิเนียม, เพอร์นิเจอร์และเครื่องนอน

นักท่องเที่ยวจีนเดินทางมาเที่ยวไทย - จำนวน 7,934,791 คน +71.14% (อันดับ 1, ครองสัดส่วน 27% ของนักท่องเที่ยวต่างชาติทั้งหมด)

(ข้อมูลจาก : ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนัก

นายกรัฐมนตรี, “สถิติการลงทุนไทยในจีน” สืบค้นเมื่อ 21 เมษายน 2559 จาก

<http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/about-china/relation.php>)

ความสำคัญของปัญหาที่นำมาศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เนื่องด้วยการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนไทยที่ไปลงทุนประกอบกิจการในประเทศจีนนั้น โดยการคุ้มครองทางทูตถือเป็นกระบวนการในการที่รัฐที่มีอำนาจ ได้ดำเนินการเรียกร้องแทนคนชาติ โดยจากกรณีที่นักลงทุนไทยเคยประสบปัญหาการไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกรณีคดีเกี่ยวกับนักลงทุนไทยกับนักลงทุนจีน หากแต่เมื่อคดีถึงที่สุดและนักลงทุนไทยเป็นฝ่ายชนะคดีในชั้นศาลฎีกาแล้ว โดยศาลมีคำพิพากษาให้ นักลงทุนจีนต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ นักลงทุนไทย แต่ก็ไม่สามารถบังคับคดีกับ นักลงทุนจีนได้อันเนื่องจากกระบวนการบังคับคดีของจีนมิได้ดำเนินการให้แต่อย่างใด ต่อมา นักลงทุนไทยได้ขอให้รัฐบาลไทยให้ความคุ้มครองทางทูตแต่รัฐบาลไทยในขณะนั้น มิได้ดำเนินการช่วยเหลือ ให้ นักลงทุนไทย เพื่อให้ได้รับชดเชยค่าเสียหายที่เป็นธรรมจากนักลงทุนจีน โดยในอนาคตอาจเกิดกรณีพิพาทขึ้น อีกและนักลงทุนไทยไม่ได้รับความเป็นธรรม แม้จะได้ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมจนหมดหนทาง การเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว จึงสมควรจะมึการศึกษาถึงแนวทางปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพกว่าการที่ให้นักลงทุนไทยที่ไปลงทุนต่างประเทศเกิดความเสียหายในต่างแดน แม้จะสามารถขอความคุ้มครองทางทูตได้ แต่รัฐบาลก็มิได้ดำเนินการเรียกร้องทางทูตแก่นักลงทุนเสมอไป เนื่องจากเป็นดุลยพินิจของรัฐบาลไทย ต่อมา นักลงทุนไทยต้องประสบปัญหาล้มละลายในที่สุด ซึ่งสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีเงิน เป็นเรื่องที่ต้องทำการศึกษาหาวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองนักลงทุนต่อไป เนื่องจากมีความเสี่ยงในการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ แม้จะมีการทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนสองฝ่ายก็ตาม

โดยจากสภาพปัญหาที่ผ่านมาจึงนำมาสู่การศึกษาเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูต ในกรอบของเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีนโดยทั้งนี้จะได้ นำเอาร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตที่คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศได้ร่างไว้เมื่อปีค.ศ. 2006 มาปรับใช้ หากมีเงื่อนไขในร่างบทบัญญัติที่ทำให้เกิดประโยชน์ในการคุ้มครองทางทูตแก่คนไทยในจีนได้มี ประสิทธิภาพขึ้นแต่หากมีบทบัญญัติใดที่ไม่เหมาะสมกับการนำมาใช้กับการคุ้มครองแก่นักลงทุนไทยก็จะได้เสนอแนะความคิดเห็น ที่เหมาะสมกับ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสัญชาติ ไทยต่อไป อันจะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในประเทศจีน หรือประเทศอื่น ๆ ในอนาคต โดยทั้งนี้ควรจะเป็นแนวทางที่รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายนำมาใช้พิจารณาหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางทูตโดยเป็นวิธีการที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศน้อยที่สุด เพื่อรัฐจะได้ใช้ดุลยพินิจในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้เสียหายต่อไปในอนาคต

## 1.2 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาในเรื่อง การก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูต และเงื่อนไขที่สำคัญในเรื่อง ความคุ้มครองทางทูตตามร่างบท มาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ค.ศ. 2006 โดยได้นำ ร่างบทมาตราฯ มาปรับใช้กับการคุ้มครองแก่นักลงทุนไทยในกรณีที่นักลงทุนไทยเกิดความเสียหายจากการกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้จะได้นำร่างบทมาตราดังกล่าว มาใช้พิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทย ในกรณีหากไม่สามารถใช้ สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย – จีนได้เพื่อนำมาซึ่งบทสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนไทยในการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศต่อไป

## 1.3 สมมติฐานการศึกษา

สมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีนจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางทูตซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยพิจารณาถึงบทมาตราของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 ในฐานะที่เป็นตราสารระหว่างประเทศที่ประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้มาประมวลไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่การพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน ซึ่งอาจจะให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ทางปฏิบัติในการใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตของไทย นอกจากจะต้องพิจารณาเงื่อนไขตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไทย - จีน ประกอบด้วย จนกว่าจะหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในของจีนแล้ว รัฐบาลไทยจึงจะพิจารณาใช้ดุลพินิจว่าสมควรจะใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่

## 1.4 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

เพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุน โดยศึกษาตามร่างบท มาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะศึกษาถึงแนวทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวนี้ จากคดีตัวอย่างที่ผ่านมา ตลอดจนศึกษาถึง



พัฒนาการที่ก้าวหน้าบางประการของหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูต ซึ่งก่อให้เกิดการพัฒนาหลักความคุ้มครองทางทูตให้สามารถใช้คุ้มครองแก่นักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศ หลักความคุ้มครองทางทูตนี้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยังไม่เป็นที่แพร่หลายในการนำมาปรับใช้เนื่องจากยังมีข้อจำกัดในหลาย ๆ เรื่อง หากได้รับการศึกษาให้เป็นที่เข้าใจเป็นการทั่วไปแล้ว อันจะทำให้ให้นักลงทุนได้รับความรู้ความเข้าใจและเป็นช่องทางในการนำมาซึ่งความยุติธรรมแก่นักลงทุนในการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในอนาคตเพื่อเรียกร้องการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐต่างชาติให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

### 1.5 ระเบียบวิธีในการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Document Research) โดยจะศึกษาจากร่างบหมตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 (Draft Articles on Diplomatic Protection 2006) ของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) โดยศึกษาจากกฎหมายภายในของไทย ตำรา บทความ วารสาร รายงานการประชุม ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เอกสารอิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนและเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยจะนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาอย่างเป็นระบบประกอบการวิเคราะห์ เพื่อนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ผลการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คาดว่าจะก่อให้เกิดองค์ความรู้ในหลักการสำคัญ ๆ ดังนี้

- 1) ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูต
- 2) ทำให้ทราบถึง เงื่อนไขการคุ้มครองทางทูตตามที่ปรากฏอยู่ในร่างบหมตราของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006
- 3) ทำให้ทราบถึง การนำร่างบหมตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต มาปรับใช้กับการคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน

4) ทำให้ทราบแนวทาง และข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ ในการศึกษาการใช้สิทธิให้ ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเป็น การคุ้มครอง แก่นักลงทุนไทย-จีน ซึ่งจะส่งผลดีต่อรัฐที่ประสงค์จะให้ ความคุ้มครองทางทูตได้ประเมินสถานการณ์ในการนำหลักเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้



## บทที่ 2

### วิวัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูต

การศึกษาในเรื่องการคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น ก่อนอื่นจะได้นำเสนอถึงหลักการพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองทางทูต ซึ่งเป็นการนำไปสู่ความเข้าใจอันดีในการศึกษาหัวข้อดังกล่าว โดยในส่วนแรกจะเป็นการอธิบาย การก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูต และส่วนที่สองจะเป็นเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

#### 2.1 การก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูต

การก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทางทูตนี้ โดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นตามมาตรา 38 วรรค 2 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเองก็ได้นิยามไว้ว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ การปฏิบัติหรือข้อปฏิบัติทางกฎหมายซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายและด้วยเหตุนี้เองจึงก่อให้เกิดเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ<sup>1</sup>

ต่อไปจะได้อธิบายถึงสององค์ประกอบที่ทำให้เกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

##### 2.1.1 แนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ

กรณีองค์ประกอบแรกเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการปฏิบัติของรัฐอย่างสม่ำเสมอในการยอมรับให้การปฏิบัตินั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งองค์ประกอบแรกจะเป็น

<sup>1</sup> STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Article 38 :

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

องค์ประกอบทางกายภาพ ซึ่งหมายถึงในทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ อันเกิดจากการปฏิบัติสืบทอดกันของรัฐทั้งหลายในแนวทางเดียวกันมาซึ่งต้องปฏิบัติกันมาเป็นเวลาช้านานพอที่จะทำให้เห็นว่าในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นรัฐจะถือปฏิบัติกันอย่างไร โดยรัฐต่าง ๆ มุ่งที่จะยึดถือกรณีดังกล่าวเป็นแนวปฏิบัติต่อรัฐอื่น ๆ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และมีการยอมรับการปฏิบัติของรัฐอื่น ๆ ต่อตนในการทำงานเดียวกันด้วย หากแต่นักนิติศาสตร์บางท่านให้ความเห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีต้องได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นทางการจากรัฐบาลโลก หากแต่ต้องได้รับการยอมรับจากรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือรัฐที่มีส่วนได้เสียโดยตรงก็เพียงพอที่จะทำให้มีผลใช้บังคับได้เป็นการทั่วไปแล้ว<sup>2</sup> ทั้งนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวในคดี Right of Passage over Indian Territory ว่า “การที่อังกฤษและอินเดียได้รับเอกราชจากอังกฤษต่างก็ยอมรับอำนาจอธิปไตยในข้อเท็จจริง และโดยปริยาย ของโปรตุเกส และการผ่านไปมาอย่างดินแดนปิดล้อม ทั้งสองแห่งของโปรตุเกสโดยไม่มีการโต้แย้งแต่ประการใดเป็นเวลายาวนานถึง 125 ปี ย่อมแสดงให้เห็นว่าการถือปฏิบัติระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องเป็นเวลายาวนานและต่อเนื่องนั้นเพียงพอที่จะก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีซึ่งกันและกันตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว<sup>3</sup> ซึ่งเมื่อจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานาน จนมีการยอมรับการกระทำนั้นว่าเป็นกฎหมาย แต่ทั้งนี้จะต้อเกิดขึ้นพร้อมกันองค์ประกอบทางด้านจิตใจด้วย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปดังนี้

### 2.1.2 ความเชื่อมั่นของรัฐว่าทางปฏิบัตินั้นเป็นกฎหมาย (*opinio juris*)

โดยกรณีองค์ประกอบต่อมาของกฎหมายจารีตประเพณี คือ องค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุด กล่าวคือ การมีความเชื่อมั่นของรัฐว่าจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันมาเป็นกฎหมาย รัฐปฏิบัติตามจารีตประเพณีเพราะเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ต้องปฏิบัติ และเป็นกฎหมายที่ถูกต้อง มิใช่ปฏิบัติไปเพียงเพราะมีความสะดวก หรือเพื่อประโยชน์ของตนเท่านั้น โดยการถือปฏิบัติใดก็ตามที่รัฐไม่เห็นว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่ตนจะต้องยอมรับว่าเป็นกฎหมายอันก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ การถือปฏิบัตินั้นก็ขาดองค์ประกอบที่จะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ คงเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติ หรือเป็นการทำเพื่อศีลธรรมหรือ

<sup>2</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. แก้ไขเพิ่มเติม.

(กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.102.

<sup>3</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.59.

มนุษยธรรม<sup>4</sup> โดยรัฐเห็นว่าไม่ถึงขนาดต้องยกระดับการกระทำนั้นจนเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ต้องปฏิบัติ หากไม่ปฏิบัติแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดกฎหมาย

ดังนั้นเมื่อเป็นความเชื่อถือว่าสิ่งที่รัฐได้กระทำอยู่เป็นกฎหมายและมีความจำเป็นที่ต้องกระทำ อันเป็นการแสดงออกให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติและกฎหมาย โดยถือเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเหตุที่ว่า การปฏิบัติของรัฐแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้รัฐต่าง ๆ ต้องปฏิบัติไปโดยมีความเชื่อมั่นว่าหลักการที่ได้กระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมาย หรือกฎหมายอนุญาตหรือบังคับให้ทำเช่นนั้น ดังนั้น หากรัฐปฏิบัติโดยอหิยาศัยไมตรีหรือเป็นการปฏิบัติเพราะความสะดวกเหมาะสมโดยปราศจากความเชื่อมั่นในพันธกรณีตามกฎหมายแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>5</sup>

โดยกฎหมายจารีตประเพณีมีความสำคัญมาก โดยเฉพาะในเรื่องความสัมพันธ์ทางการทูต โดยข้อดีคือกฎหมายจารีตประเพณีได้สะท้อนให้เห็นถึงความเป็นจริงในสังคมและมีความยืดหยุ่นตามวิวัฒนาการของสังคม ในขณะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษร มีความหมายตายตัวมากกว่าจึงไม่อาจสนองความต้องการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และการบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีความเคร่งครัดกว่ากฎหมายจารีตประเพณีอย่างแน่นอน แต่ข้อเสียของกฎหมายจารีตประเพณีคือไม่มีความชัดเจนของเนื้อหาเพราะขาดซึ่งหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร โดยหากรัฐใดมีความเชื่อในสิ่งที่พึงปฏิบัติกันมาเป็นเวลาช้านาน และรัฐนั้นก็เชื่อในสิ่งที่เกิดขึ้นว่าเป็นกฎหมาย แต่อีกรัฐไม่เห็นด้วยก็อาจเป็นความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างรัฐได้ ซึ่งเมื่อมีการนำหลักกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งปรากฏขึ้นในหลาย ๆ เรื่อง เช่น กฎหมายทะเล เอกสิทธิ์ และความคุ้มครองทางทูต เป็นต้น แม้จะได้มีการทำประมวลกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่จารีตประเพณีก็มีได้หายหรือถูกยกเลิกแต่อย่างไร แต่ยังคงมีผลผูกพันรัฐต่าง ๆ อยู่ อันเป็นความเชื่อมั่นของนานาประเทศที่ยอมรับในหลักกฎหมายจารีตประเพณีนั้นให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยจากความหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นำเข้าสู่การพิจารณาความคุ้มครองทางทูตว่ามีการก่อตัวขึ้นอย่างไรก่อนจะนำมาเพื่อคุ้มครองคนชาติของรัฐ แม้มีการปฏิบัติในการคุ้มครองคนชาติมาช้านาน หากแต่ก็มีได้เป็นการยืนยันว่าเป็นเรื่องการคุ้มครองทางทูต ซึ่งเมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ในอดีตกาล ไม่พบหลักฐานว่ามีรัฐใดได้ใช้วิธีในการให้ความ

<sup>4</sup> จุมพต สายสุนทร, เพิ่งอ้าง, น.63.

<sup>5</sup> ภัทระ ลิ้มปิติระ. “พัฒนาการของบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศ : การให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมในสถานการณ์ภัยพิบัติธรรมชาติ”. ตุลพาท. เล่มที่ 3 ปีที่ 58 หน้า 29-30.

คุ้มครองทางทูตแก่พลเมืองของรัฐตน ถึงแม้ว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวจะมีการกล่าวถึงแนวคิดในการให้ความคุ้มครองคนชาติแล้วก็ตาม อาจจะเป็นเพราะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนชาติเป็นบทบาทใหม่ที่เพิ่งจะเริ่มต้นขึ้นโดยจากแนวคิดที่ว่าการอยู่รวมกันของคนในสังคมที่มากขึ้น และธรรมชาติของการรักพวกพ้องของคนเหล่านั้น ซึ่งเมื่อคนชาติถูกทำร้าย ก็เสมือนการทำร้ายรัฐเองด้วย อันเป็นแนวคิดที่มาจาก Vattel ผู้เป็นนักกฎหมายคนแรกที่ทำให้ความสนใจเรื่องความคุ้มครองคนต่างด้าวและผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนถึงความคุ้มครองทางทูตที่ดูเหมือนจะเป็นรูปธรรมและเนื่องจาก Vattel ได้วางพื้นฐานในทางหลักการของความคุ้มครองทางทูต ซึ่ง Vattel ยังได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาผู้ก่อให้เกิดแนวคิดในเรื่องความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย<sup>6</sup>

ช่วงศตวรรษที่ 19 เริ่มจะเห็นถึงการพัฒนากฎหมายที่เข้ามาคุ้มครองและปฏิบัติต่อคนต่างชาตินานาชาติ โดยมีการเริ่มที่จะมีการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว และการให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเยียวยาความเสียหายในกรณีเกิดข้อพิพาทขึ้น ซึ่งสิ่งสำคัญที่ช่วยพัฒนาให้การส่งเสริมให้เกิดความคุ้มครองทางทูตในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็คือ การค้าขายระหว่างประเทศ และรวมถึงการติดต่อสื่อสารที่ทันสมัย มีเทคโนโลยีมาก การคมนาคมที่ดีขึ้น ซึ่งส่งผลให้บุคคลเดินทางไปยังประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเพื่อแสวงหาวัตถุดิบและเพื่อค้าขายสินค้าที่ตนผลิตไปยังต่างแดนให้ได้ผลกำไรที่มากขึ้น เช่น ประเทศพัฒนาแล้วได้เดินทางไปเสนอเทคโนโลยีที่ทันสมัยให้แก่ประเทศที่กำลังพัฒนา เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงทำคนต่างชาติจำนวนมากเดินทางเข้ามาทำธุรกิจและอยู่อาศัยในต่างชาตินานาชาติเป็นลำดับ เมื่อเกิดการติดต่อค้าขายกันมากขึ้นมีการขยายความเจริญออกไปทั่วโลกดังกล่าว อาจนำมาซึ่งความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ทั้งในเรื่องการดำเนินชีวิตของคนต่างด้าว และการประกอบการในเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ อันจะส่งผลต่อคนต่างด้าวในประเทศนั้น ๆ แม้จะมีการค้าและการลงทุนระหว่างกันก็ต้องอาศัยกฎหมายจารีตประเพณีในการเข้ามาให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของรัฐนั้น

นอกจากนี้ในส่วนของความคิดในเรื่องเสรีภาพของบุคคล ความล่วงละเมิดมิได้ในทรัพย์สินส่วนบุคคลก็มีการให้ความสำคัญและเริ่มตระหนักถึงการให้ความคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามมี

---

<sup>6</sup> In 1758 the Swiss jurist Emmerich Vattel expounded the fundamental principle of diplomatic protection when he wrote that "Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen."

(E. Vattel, *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law, Classics of International Law*, Book II, Chapter VI at 136 (ed. C. Fenwick transl. 1916) สืบค้นเมื่อ 21 มกราคม 2559 จาก [https://en.m.wikipedia.org/wiki/diplomatic\\_protection](https://en.m.wikipedia.org/wiki/diplomatic_protection)

ข้อสังเกตว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวอาณานิคมในเอเชียและแอฟริกาไม่ถูกถือรวมเข้าเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศในสังคมของรัฐแต่อย่างใด ประเทศในยุโรปมีการเดินทางเพื่อไปแสวงหาประโยชน์ในประเทศแถบเอเชียและแอฟริกา หากแต่ยุโรปอ้างว่ารัฐต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่มีระบบกฎหมายของตนเอง เนื่องจากยังเป็นรัฐเกิดใหม่ จึงต้องนำหลักกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อให้การคุ้มครองคนชาติจากยุโรปที่เดินทางไปยังประเทศต่าง ๆ ซึ่งยังมีการกล่าวอ้างว่าหากไปลงทุนในดินแดนที่ไม่มีกฎหมายดังเช่นในประเทศตะวันตก ก็อาจเกิดการปฏิบัติต่อคนต่างชาติที่เข้าไปยังดินแดนนั้นอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งชาติยุโรปยังคงอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ ทำให้ต้องใช้แนวทางการคุ้มครองโดยอาศัยจารีตประเพณี ในเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้ เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศในการเรียกร้องให้คนชาติได้รับการคุ้มครองทั้งชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของคนชาติในดินแดนของรัฐภาคีที่เข้าไปลงทุน

โดยในช่วงนั้นความคุ้มครองทางทูตกลายเป็นจารีตประเพณีเพื่อก่อให้เกิดการเรียกร้องในฐานะที่เป็นการกล่าวอ้างสิทธิในทางกฎหมายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นทางปฏิบัติซึ่งได้รับการสนับสนุนจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่เรียกร้องให้มีการคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของคนชาติในดินแดนของรัฐภาคีคู่สัญญา ต่อมาในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 รัฐบาลของรัฐต่าง ๆ เริ่มที่จะจัดการปัญหาในการคุ้มครองคนชาติในต่างประเทศในฐานะที่เป็นปัญหากฎหมายซึ่งมีเหตุผลอันสมควรในการเข้าแทรกแซง โดยการร้องเรียนไปตามกระบวนการของกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเหตุนี้การระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้จึงกลายเป็นวิธีการในทางกฎหมายและก่อให้เกิดความคุ้มครองทางทูตเพื่อจุดประสงค์ในทางปฏิบัติที่เป็นธรรมแก่คนต่างชาติที่เป็นชาติพัฒนาแล้วทั้งหลายเนื่องจากชาติพัฒนาไม่ไว้วางใจในการเข้ามาลงทุนในประเทศด้อยพัฒนา

ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นยุคแห่งการขยายอำนาจ จึงทำให้รัฐเล็กๆ ต่างเกรงว่าการร้องเรียนเกี่ยวกับการไม่คุ้มครองผลประโยชน์ของคนต่างชาตินั้นอาจถูกใช้เป็นข้ออ้างในการเข้ายึดครองดินแดนจากรัฐมหาอำนาจได้ ซึ่งมีการคัดค้านในทางปฏิบัติของเรื่องความคุ้มครองทางทูตในลาตินอเมริกาขึ้น กล่าวว่าจะจำกัดขอบเขตการให้ความคุ้มครองทางทูตให้น้อยลงมาตามความเหมาะสม ทั้งนี้เพื่อไม่ให้รัฐมหาอำนาจใช้ความคุ้มครองทางทูตเป็นโอกาสในการเข้าแทรกแซงดินแดนของรัฐอื่น

ทั้งนี้ในช่วงเวลาที่กล่าวนี้ การที่รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตมีบทบาทสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนชาติเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มของรัฐที่มีอำนาจมากฝ่ายหนึ่งกับรัฐเล็กหรือรัฐที่เกิดขึ้นใหม่อีกฝ่ายหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากในลาตินอเมริกาที่มีการเรียกร้องค่าชดเชยเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคนต่างชาติเป็นจำนวนมาก ซึ่งการเรียกร้องดังกล่าวนั้นบ่อยครั้งที่ถูกใช้เป็นเพียงข้ออ้างในการกดดันรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างอื่น

ตามที่ต้องการ ซึ่งรวมไปถึงการเข้าแทรกแซงทางทหาร หรือแม้แต่ความต้องการทรัพยากรของรัฐที่  
ด้อยกว่าด้วย

ถึงแม้ว่าจะเกิดความไม่พอใจในประสิทธิภาพของการดำเนินการให้ความคุ้มครอง  
ทางทูตก็ตาม แต่ความคุ้มครองทางทูตก็ยังคงได้รับการยอมรับจากรัฐในสังคมระหว่างประเทศว่าเป็น  
วิธีการที่เป็นประโยชน์ ซึ่งแม้ว่าจะถูกใช้เป็นวิธีสุดท้ายหรือเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งก็ตาม อันทำให้รัฐ  
กำลังพัฒนาเห็นว่า การให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องต่อรัฐอื่นนั้นไม่เพียงแต่เป็นวิธีการที่ช่วย  
คนชาติของรัฐตนได้แล้ว แต่ความคุ้มครองทางทูตยังเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับรัฐอีกด้วย

ในศตวรรษที่ 20 นี้เองที่เมื่อชาติต่าง ๆ ที่เคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของ  
มหาอำนาจได้รับอิสรภาพ ในช่วงเวลานี้เองที่ความคุ้มครองทางทูตถูกมองว่ากลายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้อง  
กับการต่อสู้กันระหว่างรัฐที่พัฒนาแล้วกับรัฐที่กำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา นอกจากนี้ข้อพิพาทในการ  
ลงทุนระหว่างประเทศ แต่เดิมก่อนยุคเฟื่องฟูของการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศ อันส่งผล  
ต่อเนื่องกับการเพิ่มจำนวนของข้อพิพาทระหว่างประเทศขึ้นซึ่งข้อพิพาทส่วนใหญ่จะเกิดขึ้น 2 ลักษณะ  
คือ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ และข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งเป็นลักษณะข้อพิพาทที่เกิด  
ในสถานะเดียวกันของคู่พิพาท แต่เมื่อถึงยุคการค้าที่เฟื่องฟู จึงมีการเข้ามาลงทุนของเอกชนในรัฐต่าง  
ๆ มากขึ้น จึงปรากฏข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่  
เกี่ยวข้องกับการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศของนักลงทุนจากชาติที่พัฒนาแล้ว โดยที่ผ่านมามีการอ้าง  
การให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นการใช้ของประเทศที่พัฒนาแล้วหรือประเทศใหญ่ อัน เป็น เรื่อง ที่  
นานาประเทศไม่เห็นด้วย ประกอบกับการที่รัฐต่าง ๆ โดยทั่วไปนั้นก็ยังคงเห็นว่าความคุ้มครองทางทูต  
เป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้ประโยชน์แก่รัฐของตนในการระงับข้อพิพาทด้วยเช่นกัน ถึงแม้ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติ  
จะมีดุลยพินิจอย่างไรก็ตาม ทั้งนี้หลักความคุ้มครองทางทูตยังเป็นหลักกฎหมายที่มีแนวโน้มจะนำมาใช้  
ได้ในอนาคต

โดยเมื่อทราบถึงการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และการ  
นำความคุ้มครองทางทูตมาใช้เพื่อคุ้มครองคนชาติของรัฐในสถานะที่ความคุ้มครองทางทูตเป็น  
กฎหมายจารีตประเพณีที่รัฐต่างๆ ได้ถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลายาวนาน โดยเฉพาะประเทศพัฒนาแล้ว  
โดยรัฐต่างๆ ก็มีความเชื่อว่าการให้ความคุ้มครองคนต่างด้าวในดินแดนของรัฐอื่นนั้นเป็นแนวปฏิบัติที่  
ทุกรัฐเชื่อว่าควรจะทำและถือว่าการที่คนชาติถูกกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเมื่อมี  
ผลต่อผู้เสียหายอย่างไร รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายก็ได้รับความเสียหายทางอ้อมเช่นกัน



## 2.2 เจื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอการให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลของรัฐเจ้าของสัญชาติในต่างประเทศ รัฐและผู้เรียกร้องจะต้องพิจารณาถึงเจื่อนไขต่าง ๆ ก่อนจะนำมาซึ่งการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตได้ โดยต้องพิจารณาถึง 3 เจื่อนไขที่สำคัญดังรายละเอียดต่อไปนี้

### 2.2.1 ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย

รัฐต่าง ๆ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งพันธกรณีที่นำมาสู่การให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นจะต้องเกี่ยวกับการประตบัติต่อคนต่างด้าวและทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นสำคัญ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับการลงทุนหรือรัฐเจ้าของดินแดนที่คนต่างด้าวพำนักอยู่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ในทางกลับกันหากเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นตัวแทนรัฐทั้งทางฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการได้ฝ่าฝืนพันธกรณีที่รัฐผูกพันโดยการกระทำหรือละเว้นการกระทำไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาทก็ตามย่อมส่งผลให้เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดีความเสียหายจากการกระทำมีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอาจแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรกคือ การที่รัฐละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคนต่างด้าวได้ เนื่องจากการที่รัฐลงนามเป็นภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงโดยยอมเป็นการสร้างพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าว อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 2 วรรค 1 a ได้ให้คำนิยามของสนธิสัญญาไว้ดังนี้

“ความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะกระทำในรูปเอกสารฉบับเดียวหรือ สองฉบับ หรือหลายฉบับและไม่ว่าจะมีชื่อเรียกเฉพาะเป็นอย่างไรก็ตาม”<sup>7</sup>

โดยสนธิสัญญาทุกฉบับนั้นมีพันธกรณีที่ทุกรัฐต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ในสนธิสัญญาเรื่องการลงทุน หากรัฐหนึ่งได้กระทำละเมิดสนธิสัญญาการลงทุน เช่น การละเมิดกฎหมายในเรื่องการโอนกิจการเป็นของรัฐ โดยไม่ได้รับค่าชดเชยที่เป็นธรรม หรือ ฝ่าฝืนหลักกฎหมายในเรื่องการประตบัติ

<sup>7</sup> มาตรา 2(1)(9) ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)

อย่างเป็นทางการและเที่ยงธรรม เป็นต้น โดยผลของการละเมิดสนธิสัญญาย่อมทำให้รัฐภาคีที่เสียหายมีสิทธิเรียกร้องในทางระหว่างประเทศต่อรัฐที่ละเมิดได้ในฐานะที่เป็นผู้เสียหาย ในทางกลับกันหากเป็นการละเมิดสนธิสัญญาในสาระที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคนชาติหรือ ต่อนิติบุคคลของรัฐภาคี โดยเมื่อเกิดกรณีดังกล่าว ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตได้ หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขทุกข้อแล้ว

กรณีที่สองคือ การละเมิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติ จารีตประเพณีนี้จะถูกนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่มีสนธิสัญญาที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมายเช่นกัน รัฐผู้รับการลงทุนก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งก็หมายรวมถึงการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ เช่น การโอนกิจการหรือทรัพย์สินเป็นของรัฐและเมื่อไม่ชดใช้ค่าเสียหายตามสมควร หรือมีการปฏิเสธความยุติธรรมที่คนต่างด้าวเรียกร้องในรัฐเจ้าของดินแดน เป็นต้น ดังนั้นจึงถือเป็นการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นกัน ซึ่งส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าวจากกรณีดังกล่าว

อย่างไรก็ดี การให้ความคุ้มครองทางทูต ผู้เสียหายต้องใช้สิทธิอย่างสุจริตในการร้องขอให้รัฐให้ความคุ้มครอง ผู้เสียหายจะต้องไม่เป็นผู้กระทำผิดกฎหมายเอง เพราะถ้าหากผู้เสียหายเป็นผู้กระทำผิดเองก็ไม่อาจเรียกร้องเพื่อให้ได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดของรัฐเจ้าของดินแดน ทั้งนี้ความผิดที่คนต่างด้าวกระทำอาจจะเป็นการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการเมืองภายใน การกระทำผิดกฎหมายภายใน เช่น การค้าของเถื่อนหรือการหนีภาษี ซึ่งอาจทำให้คนต่างด้าวถูกลงโทษตามกฎหมายของรัฐต่างชาตินั้นเอง เป็นต้น

ทั้งนี้ไม่ว่าการเรียกร้องให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลได้รับความคุ้มครองทางทูต เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำความผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งการฝ่าฝืนสนธิสัญญาหรือการฝ่าฝืนกฎหมายจารีตประเพณีก็ตาม ทั้งนี้เมื่อผู้เรียกร้องเป็นฝ่ายที่มีได้กระทำความผิดเสียเองอีกทั้งการเรียกร้องก็อยู่บนพื้นฐานของหลักความสุจริตไม่ได้มีเจตนาจะเรียกร้องเพื่อผลประโยชน์ที่ทับซ้อนของผู้ใด เช่น เป็นการเข้ามาเรียกร้องโดยเล็งเห็นถึงความน่าเกรงขามของรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะทำการเรียกร้องให้ความคุ้มครองทางทูตโดยการเข้าไปแทรกแซงกิจการภายในของรัฐที่เล็กและด้อย

พัฒนามากว่า เพื่อให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งเป็นการใช้ความคุ้มครองทางทูตที่ไม่ถูกต้อง อันจะส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงและความเชื่อถือของรัฐต่างชาติรัฐอื่นด้วย<sup>8</sup>

โดยตัวอย่างคดีที่เคยตัดสินโดยศาลอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 1855 คดี The Brig Lawrence โดยเป็นกรณีที่เรือถูกโจมตีโดยสหรัฐฯ ซึ่งเรือดังกล่าวเป็นเรือที่มีการค้าหาสมิทกฎหมาย ดังนั้นเจ้าของเรือ Lawrence ไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐสัญชาติเรือคืออังกฤษให้ความคุ้มครองทางทูตได้ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>9</sup>

ทั้งนี้เมื่อเกิดความเสียหายจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น ผู้เสียหายก็มีเหตุในการนำกรณีดังกล่าวขึ้นเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติให้คุ้มครองทางทูตต่อไป อย่างไรก็ตาม รัฐจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐกับผู้เสียหายควบคู่ไปด้วยจึงจะให้สิทธิแก่คนชาติได้ ดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

## 2.2.2 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับผู้รับ

### ความคุ้มครองทางทูต

รัฐทุกรัฐมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนได้ “Every nation has the right to accord diplomatic protection to its nationals”<sup>10</sup>

กฎหมายว่าด้วยสัญชาติของรัฐจะมีความเด็ดขาด และชัดเจน ในการกำหนดว่าบุคคลผู้ใดสมควรจะได้สัญชาติของรัฐ เพราะการมีสัญชาติของรัฐก็คือการยอมรับบุคคลนั้นในฐานะพลเมืองของรัฐและสิทธิในการร่วมปกครองรัฐนั้นกับพลเมืองอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สัญชาติจึงเป็นเครื่องชี้ความสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างบุคคลและรัฐ ทั้งกรณีบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ดังนั้นความสัมพันธ์ของรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะให้ความคุ้มครองกับบุคคลผู้รับความคุ้มครองเรื่องสัญชาติจึงเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ของผู้เสียหายที่ขอรับความคุ้มครองทางทูต เพราะสัญชาติเป็น

<sup>8</sup> Amerasinghe, Chittharanjan Felix. Diplomatic Protection. (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp.212-221.

<sup>9</sup> Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Ibid*, p.217.

<sup>10</sup> American Institute of International Law in 1925 for adoption by the American Republics recorded in Article III. Joseph, Cuthbert. Nationality and Diplomatic Protection : The Commonwealth of Nations. (Leyden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, N.V., 1969), p.8.

เครื่องแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนชาติของตน และความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงให้รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายระหว่างประเทศได้

นอกจากสัญชาติแล้ว การเชื่อมโยงของสัญชาติก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับรัฐสัญชาติของผู้เสียหาย โดย มีหลักเกณฑ์ที่พอสรุปได้ในกรณีการเชื่อมโยงของสัญชาติ ดังนี้

การเชื่อมโยงของสัญชาติต้องเกิดขึ้นในขณะที่เกิดความเสียหายแม้แต่ก่อนเกิดเหตุหรือก่อนการเยียวยาความเสียหายจากท้องถิ่น อันเกิดจากการถูกปฏิบัติความยุติธรรม

การเชื่อมโยงของสัญชาติจะต้องมาจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอาจเกิดขึ้นภายใต้กฎหมาย โดยการฝ่าฝืนสนธิสัญญาของบุคคลหรือภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี เมื่อมีการปฏิบัติความยุติธรรมเกิดขึ้น

โดยนักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่า วันที่ในขณะที่เกิดการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศควรจะถูกกำหนดโดยยึดถือหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการผิดพันธสัญญา<sup>11</sup>

เงื่อนไขประการหนึ่งที่สำคัญในการที่รัฐจะให้ความคุ้มครองคนชาติของตนที่พำนักอยู่ในดินแดนรัฐอื่น รวมทั้งการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นิติบุคคลคือ บุคคลผู้นั้นหรือนิติบุคคลนั้นจะต้องมีสัญชาติเดียวกับรัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูต หากคนดังกล่าวมิได้เป็นคนชาติของรัฐนั้นแล้ว รัฐนั้นจะให้ความคุ้มครองทางการทูตมิได้ ในคดี Nottebohm คณะกรรมาธิการ Admissioner Newsen วินิจฉัยว่า “สัญชาติเป็นสิ่งที่จะต้องพิสูจน์อธิบายได้ กฎหมายระหว่างประเทศสำหรับการแทรกแซงของรัฐบาลนี้ รัฐบาลใดในอันที่จะพิทักษ์ปกป้องบุคคลและทรัพย์สินในอีกประเทศหนึ่ง” การให้ความคุ้มครองคนชาติของตนที่อาศัยในดินแดนของรัฐนั้นถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองระดับระหว่างประเทศ อันมีผลต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ดังนั้นรัฐจึงมีสิทธิคุ้มครองทางการทูตแก่พลเมืองหรือบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นเท่านั้น คนต่างด้าวที่มีได้มีสัญชาติเดียวกับรัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตจะร้องขอให้คุ้มครองตนเองมิได้<sup>12</sup>

ทั้งนี้ความสัมพันธ์ทางสัญชาติของรัฐและบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจึงเป็นเสมือนการขอความช่วยเหลือจากรัฐสัญชาติของตนเองในการให้ความคุ้มครองทางทูต มิใช่เป็นการอาศัยรัฐสัญชาติอื่นซึ่งอาจจะมีได้รับความเอาใจใส่ในการให้ความคุ้มครองเท่ารัฐเจ้าของสัญชาติที่แท้จริงเช่นในกรณีบุคคลผู้ไร้รัฐ หรือผู้ลี้ภัย ซึ่งเป็นการพัฒนาที่ก้าวไกลของกฎหมายในเรื่องความ

<sup>11</sup> Ibid., p.25.

<sup>12</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.97.

คุ้มครองทางทูตในการให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนชั้นแม้จะไม่มีสัญชาติก็สามารถขอความคุ้มครองทางทูตได้

ในเงื่อนไขต่อไปจะได้กล่าวถึงเงื่อนไขที่สามที่รัฐต้องนำมาพิจารณาก่อนการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติ อันได้แก่การหมกหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน

### 2.2.3 การหมกหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศ

ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอถึงเงื่อนไขที่สำคัญประการสุดท้ายในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต ในกรณีที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต้องการเรียกร้องต่อการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ บุคคลผู้นั้นจะนำกรณีของตนได้รับความเสียหายมาสู่รัฐเจ้าของสัญชาติเพื่อให้การคุ้มครองทางทูตเลยมิได้ ทั้งนี้จะต้องผ่านขั้นตอนในการนำกรณีดังกล่าวขึ้นสู่กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศเสียก่อน โดยผู้เสียหายได้ใช้การเรียกร้องทุกวิถีทางจนหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว แต่ยังไม่ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดน ผู้เสียหายนั้นก็ชอบที่จะใช้สิทธิของตน โดยการเรียกร้องจากรัฐเจ้าของสัญชาติของตน เพื่อให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อดำเนินการเรียกร้องให้ได้รับการเยียวยาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศต่อไป กล่าวคือตามกระบวนการยุติธรรม บุคคลผู้เสียหายและรัฐเจ้าของสัญชาติได้ให้โอกาสแก่รัฐที่กระทำผิดกฎหมายนั้นได้มีโอกาสแก้ไขความผิดตามวิถีทางภายใต้ระบบกฎหมายภายในของรัฐตนเองก่อน<sup>13</sup> โดยรัฐไม่เข้าไปแทรกแซงกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐผู้กระทำผิด หากไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือถูกปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือไม่ว่าจะในขั้นตอนใดของหน่วยงานรัฐ หรือแม้แต่การเข้าสู่กระบวนการทางศาลแล้วแต่การพิจารณาคดีที่ไม่มีประสิทธิภาพ ล่าช้าเกินสมควร หรือการถูกกลั่นแกล้งจากบุคคลต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นเงื่อนไขในเรื่องการหมกหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว ดังนั้นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการเรียกร้องต่อรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตต่อไปได้ เพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ยุติธรรมกว่าที่ได้รับจากการพิจารณาจากศาลภายในประเทศของรัฐผู้ต้องรับผิดชอบอันเป็นวิธีการสุดท้ายที่เพิ่มโอกาสที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

ในคดีตัวอย่าง *Ambatielos* ค.ศ. 1956 ซึ่งตัดสินไว้ว่า การที่ผู้เสียหายได้แสดงพยานหลักฐานทั้งหมดที่จำเป็นแก่การชนะคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา

<sup>13</sup> *Interhandel Case*, (1959) Reports of the International Court of Justice 6, at 27, p. 1289.

ก็ตาม แต่หากผู้เสียหายยังมิได้รับการเยียวยาความเสียหายตามสมควร ถือว่าเป็นกรณีการหมัดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศแล้ว<sup>14</sup>

โดยวิธีการจะพิสูจน์ว่ารัฐได้หมัดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้วหรือยังนั้นเป็นภาระการพิสูจน์ของรัฐผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด โดยทั้งนี้ในการตัดสินว่ารัฐนั้นได้หมัดหนทางเยียวยาความเสียหายหรือไม่รัฐผู้เรียกร้องต้องแสดงความบริสุทธิ์ใจว่าไม่รู้ถึงกระบวนการที่เยียวยาความเสียหายนั้น ๆ จริงหรือแม้จะได้ขึ้นสู่กระบวนการยุติธรรมจนถึงขั้นสูงสุดของศาลภายในแล้วก็ยังคงพิสูจน์ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควรจะได้ เช่น การที่หน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลสูงสุด เป็นต้น

ในคำตัดสินของศาล ในคดี The British Mexican Claims Commission in the Mexican Union Railway (Ltd.) Case, 1930 ศาลได้กล่าวไว้ว่า

“ทั้งนี้การหมัดหนทางการเยียวยาความเสียหายเป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่ทราบกันดีแล้วว่า รัฐผู้รับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สามารถอ้างได้ว่าบุคคลนั้นได้ดำเนินตามกระบวนการยุติธรรมเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เปิดให้แก่พวกเขาภายใต้กฎหมายภายในของรัฐที่ถูกเรียกร้องแล้วหรือไม่”<sup>15</sup> โดยศาลเล็งเห็นถึงการที่ผู้เสียหายต้องดำเนินการเรียกร้องภายในประเทศจนหมัดหนทางการเยียวยาความเสียหายก่อนนำข้อเรียกร้องขึ้นสู่การเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต

นักกฎหมายระหว่างประเทศ Borchard ได้ให้เหตุผลสนับสนุนการนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้ใน 5 ข้อ<sup>16</sup> คือ

- 1) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองว่าด้วยเรื่องอำนาจรัฐเหนือดินแดน กำหนดให้คนต่างด้าวต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและกระบวนการภายในตามที่รัฐนั้นกำหนดไว้เสียก่อน
- 2) รัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง จึงไม่อาจถูกแทรกแซงจากรัฐอื่นตราบที่รัฐนั้นยังสามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้อยู่

<sup>14</sup> Ambatielos Arbitration, “International Law Reports”, 1956, p.338.

<sup>15</sup> Cuthbert Joseph. Nationality and Diplomatic Protection. (The Commonwealth of Nations, Leyden: A.W. Sijthoff, 1969), p.7

<sup>16</sup> Borchard, Diplomatic Protection of Citizens Abroad (New York : Kraus Reprint Co, 1970). See also Chittharanjan, Amerasinghe F, The Exhaustion of Procedural Remedies (1963).

3) รัฐที่เรียกร้องต้องเปิดโอกาสให้แก่รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายอำนวยความสะดวกตามกระบวนการที่รัฐนั้น ๆ มี

4) หากความเสียหายเกิดจากการกระทำของเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อย หลักการสิ้นสุดการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐนั้นจะต้องนำมาใช้เพื่อพิสูจน์ว่าความเสียหายนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจของรัฐหรือไม่

5) ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจของรัฐและผู้เสียหายหมดหนทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐบ่งชี้ว่ารัฐไม่ตั้งใจที่จะเยียวยาความเสียหายเกิดขึ้น

เงื่อนไขในเรื่องการหมดหนทางเยียวยาความเสียหาย ดูเหมือนจะเป็นเงื่อนไขที่ให้โอกาสแก่รัฐผู้ถูกกล่าวหาในการใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศ โดยไม่ต้องทำให้เกิดการแทรกแซงในกระบวนการยุติธรรมภายใน และไม่ต้องทำให้เกิดเป็นประเด็นการนำคดีขึ้นสู่ระดับระหว่างประเทศ จึงเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการนำคดีที่เกิดแก่คนชาติและรัฐผู้ถูกกล่าวหาได้มีการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมเท่าที่มีในประเทศก่อน หากต่อมาผู้เสียหายยังคงเรียกร้องให้คุ้มครองทางทูตโดยอ้างถึงการหมดหนทางเยียวยาความเสียหาย ทั้ง ๆ ที่ยังมีการเยียวยาความเสียหายอื่น ๆ อยู่ ดังนี้ ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องพิสูจน์ให้ผู้เสียหายเห็นว่ายังมีวิธีการอื่นในการเรียกร้องความยุติธรรมภายในประเทศ ทั้งนี้หากเป็นวิธีการที่ไม่มีประสิทธิภาพ หรือไม่ใช่วิธีการเยียวยาความเสียหายไปก็ไม่เกิดประโยชน์ ในการได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น รัฐเจ้าของสัญชาติก็สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นในการนำเงื่อนไขดังกล่าวมาใช้ได้ เมื่อเป็นเหตุยกเว้น รัฐจึงมีภาระการพิสูจน์ว่าเป็นวิธีการเยียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่เป็นธรรมอย่างไร เพื่อความชอบธรรมในการยกเหตุดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้าง

### 2.3 การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐ

ทั้งนี้การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตถือเป็นดุลยพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายที่จะให้หรือไม่ก็ได้ การคุ้มครองทางทูตจึงเป็นสิทธิของรัฐ มิใช่หน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติแต่อย่างใด รัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายเป็นผู้เข้าใจสถานะการณ์ในการนำหลักการคุ้มครองทางทูตมาใช้ จากการประเมินสถานะการณ์ต่าง ๆ ว่าหากมีผลกระทบอย่างมากต่อความสัมพันธ์หรือผลประโยชน์อื่นใดของรัฐ หรือหากได้ดำเนินการคุ้มครองทางทูตต่อไปก็ไม่เกิดประโยชน์แต่อย่างใด ทั้งนี้การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตจึงเป็นดุลยพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายมิใช่สิทธิของผู้เสียหาย อันนำไปสู่การใช้วิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐในวิธีการต่าง ๆ โดยจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

### 2.3.1 การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นดุลยพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติ

#### ผู้เสียหาย

ในกรณีที่ผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม เมื่อได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจนทำให้เกิดความเสียหาย เมื่อหมดหนทางการเยียวยาความเสียหาย และได้มีการนำกรณีความเสียหายขึ้นสู่การเรียกร้องให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ตนเอง ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติจะใช้ดุลยพินิจว่าควรจะให้ ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ ทั้งนี้ความคุ้มครองทางทูตมีแนวคำพิพากษาในอดีตที่ให้เห็นในเรื่องสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตดังต่อไปนี้

<sup>17</sup> จากคำพิพากษาในคดี Barcelona Traction ศาลได้กล่าวไว้ว่า “รัฐมีสิทธิที่จะ ให้ความคุ้มครองทางการทูตในนามของคนชาติตนเอง ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้มีใช้หน้าที่ที่สร้างพันธกรณี ให้แก่รัฐแต่อย่างใด หากแต่เป็นเป็นดุลยพินิจของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองหรือไม่ เพียงใด ก็ได้” หาก รัฐเล็งเห็นว่าเป็นหนทางที่เหมาะสม รัฐย่อมดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองคนชาติของตนได้ทันที ในทางกลับกันหากรัฐเห็นว่าการยกระดับให้ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นไม่ เหมาะสมแก่สถานการณ์ กล่าวคือมีช่องทางอื่นใดที่เหมาะสมกว่าการให้ความคุ้มครองคนชาติด้วยวิธีนี้ รัฐก็อาจปฏิเสธการให้ความคุ้มครองทางการทูตได้เช่นกัน หรือบางกรณีหากรัฐได้เริ่มให้ความคุ้มครอง ทางทูตแก่คนชาติของตนแล้วรัฐย่อมมีสิทธิยุติการให้ความคุ้มครองเช่นว่าได้ กรณีหลังนี้ได้เกิดขึ้นใน ข้อเท็จจริงของคดี Barcelona Traction ซึ่งแคนาดานั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติ บริษัท Barcelona Traction และได้เคยให้ความคุ้มครองทางทูตต่อบริษัทดังกล่าว แต่ภายหลัง แคนาดา ก็ได้ใช้สิทธิยุติการให้ความคุ้มครองด้วยเหตุผลที่ว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นสมควรถูกระงับข้อพิพาท ด้วยวิธีการเจรจามากกว่า

ดังนั้นการที่ศาลได้ระบุไว้เช่นนี้จึงเป็นหลักการที่สำคัญที่กำหนด “สิทธิ” ให้แก่ “รัฐ” เท่านั้น มิใช่สิทธิที่คนชาติที่ได้รับความเสียหายจะมาเรียกร้อง<sup>18</sup> การที่รัฐจะตัดสินใจเข้ามาให้ ความช่วยเหลือในการดำเนินข้อเรียกร้องแทนคนชาตินั้น รัฐต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ ว่า จะใช้สิทธินั้นดีหรือไม่ จะมีประโยชน์หรือมีโทษต่อรัฐส่วนร่วมหรือไม่ทั้งในด้านศักดิ์ศรีทางการเมือง

<sup>17</sup> Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase) (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports 1970.

<sup>18</sup> ปริญญา ลาภอนันต์. “การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น : ศึกษา คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 1970-2010”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.122.



หรือความสำคัญทางเศรษฐกิจ และหากตัดสินใจเข้าไปให้ความคุ้มครองทางทูตแล้ว ควรจะใช้วิธีการใดในการคุ้มครองทางทูตซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นดุลยพินิจของรัฐทั้งสิ้น รวมทั้งการยุติบทบาทการดำเนินการคุ้มครองทางทูตในระหว่างที่ได้เรียกร้องไปแล้วก็ย่อมกระทำได้เช่นเดียวกับศาลในคดี Barcelona ไว้ นอกจากนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Borhard ได้พูดถึงประเด็นการใช้สิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติในการให้ความคุ้มครองทางทูตว่า “...หากการคุ้มครองทางทูตเป็นหน้าที่ก็เป็นหน้าที่ในทางศีลธรรมจรรยาเท่านั้น ไม่ใช่หน้าที่ในทางกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีวิธีในการบังคับให้รัฐต้องกระทำให้ประสบผลสำเร็จ ดังนั้นรัฐจึงใช้ดุลยพินิจก่อนว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีผลรุนแรงเพียงพอที่จะนำข้อเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่”<sup>19</sup>

โดยเมื่อพิจารณาถึงการใช้ดุลยพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตจึงเป็นความไม่แน่นอนของผู้เสียหายในการจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นเพียงแนวทางที่ผู้เสียหายนำมาเป็นทางออกสุดท้ายในการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ แม้จะไม่แน่นอนในการคุ้มครองหากแต่ก็เป็นความชอบธรรมที่รัฐที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่นำมาคุ้มครองแก่คนชาติของตนในการเรียกร้องเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมให้มากที่สุด

### 2.3.2 วิธีการในการให้ความคุ้มครองทางทูต

วิธีการในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น มีแนวปฏิบัติของรัฐที่ผ่านมาในการให้ความคุ้มครองทางทูต จากคำตัดสินของศาลคดี Barcelona Traction ที่เคยกล่าวไว้ในเรื่องวิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตดังนี้

“..รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางทูตโดยวิธีการใดก็ได้ที่เห็นสมควรเพื่ออ้างสิทธิของรัฐนั้น ๆ หากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่รัฐได้ดำเนินการแทนนั้นเห็นว่าตนไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสม บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ทว่าบุคคลดังกล่าวสามารถใช้กระบวนการตามกฎหมายภายในเพื่อให้ได้รับการเยียวยา ... เนื่องจากรัฐเป็นผู้ตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียวว่าจะให้ความคุ้มครองหรือไม่ จะให้ความคุ้มครองเพียงใด และจะสิ้นสุดการให้ความคุ้มครองเมื่อใด โดยรัฐจะต้องพิจารณาจากปัจจัยทางการเมืองและปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย”<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Edwin M. Borhard, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims (New York: Kraus Reprint Co., 1970), p. 29.

<sup>20</sup> “A State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should

โดยทั้งนี้การนำวิธีการใดมาใช้ในการเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของแต่ละประเทศในขณะที่เกิดข้อพิพาท ทั้งนี้ยังเป็นดุลยพินิจของรัฐในการเลือกวิธีการที่เหมาะสมและมีผลกระทบในทางระหว่างประเทศน้อยที่สุดก่อน หากไม่สามารถใช้วิธีการนั้น ให้เกิดประสิทธิผลแล้ว ก็จะต้องเพิ่มระดับความรุนแรงในการคุ้มครองทางทูตขึ้นไปทีละขั้นจนกว่าจะ ได้รับความยุติธรรมจากรัฐผู้ถูกร้อง โดยจะขอกกล่าวถึงวิธีการคุ้มครองทางทูตที่เป็นวิธีที่ใช้กัน แพร่หลายที่สุด 2 วิธี ดังต่อไปนี้

### 2.3.2.1 การเจรจาทางการทูต

การเจรจาทางการทูตมีมูลฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศ ในทุกสถานการณ์การเจรจาเป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐที่พิพาทกันโดยไม่จำเป็นต้องมีการระบุไว้ใน ตัวบทใดเกิดขึ้นมาตั้งแต่ยุคโบราณกาล<sup>21</sup> การเจรจาเกิดขึ้นแบบทวิภาคีหรือพหุภาคีก็ได้ โดยมี วัตถุประสงค์ที่ไม่เฉพาะการระงับข้อพิพาทแต่อาจรวมไปถึงการป้องกันหรือการปลดชนวนสถานการณ์ ที่อาจพัฒนากลายเป็นข้อพิพาทได้ ทั้งนี้การเจรจาเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถตอบสนองได้ อย่างรวดเร็วและยืดหยุ่นต่อข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยคู่พิพาทมีอำนาจเต็มที่ในการเจรจา โดยไม่ ต้องตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ ใดๆ โดยผู้ที่ทำหน้าที่ในการเจรจານี้ ต้องมีคุณลักษณะได้ หลากหลายโดยอาจมาจาก ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือเป็นผู้แทนในการทำหน้าที่เป็นกรณี พิเศษ นักการทูต และในบางสถานการณ์อาจจำเป็นต้องอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐอื่นที่มีฝ่าย คู่พิพาทให้เป็นบุคคลที่สามเพื่อทำการเจรจากันอันเนื่องจากการทำให้ลดความตึงเครียดในการเจรจาลง มิ ให้คู่กรณีอยู่ในสถานการณ์ที่กดดันซึ่งกันและกัน โดยมีรัฐคนกลางในการเจรจาให้การเจรจาราบรื่นขึ้น

ทั้งนี้ภายหลังจากการเจรจาสำเร็จแล้ว ก็จะได้มีการทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจเป็นรูปคำแถลงร่วมหนังสือแลกเปลี่ยน หรือในรูปสนธิสัญญา เป็นต้น โดยวิธีการเจรจาเป็นวิธีการที่คู่กรณีนำเสนอข้อเรียกร้องและหาเหตุผลมาสนับสนุนข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของตนทั้ง โดยวาจาและโดยลายลักษณ์อักษร และหาทางปรับข้อเรียกร้องของทั้งสองฝ่ายให้สมดุลกันและนำไปสู่

---

the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequate protected, they have no remedy in international law. All they can do is to resort to municipal law, if mean are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress”.

<sup>21</sup> โดยการเจรจาได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนในคดี Mavrommatis Palestine Concessions กล่าวว่่าก่อนที่จะนำคดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลได้นั้น คู่กรณีจะต้องทำการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจา

การเจรจาทางทูตแม้จะเป็นวิธีการโดยสันติวิธี ที่ถือว่ามีประสิทธิภาพมากที่สุด เนื่องจากการเจรจาระหว่างคู่กรณีนอกจากจะทำให้ได้ข้อยุติแล้ว ยังไม่ทำให้เกิดความขัดแย้งที่รุนแรงระหว่างกัน หากการเจรจาที่ประสบความสำเร็จจะนำไปสู่ความตกลงระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำผิด แม้จะต้องมีการเจรจาหลายครั้งเนื่องจากอาจยังไม่มีลักษณะเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาท แต่ก็มีแนวโน้มที่ดีว่าการใช้วิธีการอื่นในการคุ้มครองทางทูต

รูปแบบขั้นตอนในการให้ความคุ้มครองทางทูต มีความสัมพันธ์กับธรรมเนียมปฏิบัติทางพิธีการทูต กรณีศาลในคดี Daillo กล่าวไว้ว่า ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ความคุ้มครองทางทูตประกอบด้วย การร้องขอโดยรัฐผ่านการกระทำทางทูต หรือวิธีอื่นในการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ให้อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐนั้น ต่อบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นคนชาติของรัฐที่ร้องขอ เพื่อที่จะดำเนินการตามความรับผิดชอบเช่นนั้น ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อมีการกระทำอันรัฐสัญชาติเห็นว่าเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจนทำให้รัฐเกิดความเสียหาย อันเนื่องจากคนชาติของรัฐได้รับความเสียหายนั่นเอง โดยจะทำการติดต่อแจ้งให้รัฐที่กระทำผิดนั้นทราบ โดยผ่านทางตัวแทนทางทูตหรือกงสุล โดยสันติวิธี ซึ่งหากไม่ได้รับการสนองตอบ ต่อการแก้ไขในการกระทำผิดนั้น ๆ รัฐสัญชาติก็อาจทำการเรียกร้องอย่างเป็นทางการ โดยแจ้งโดยตรงไปยังรัฐบาลของรัฐที่กระทำผิด เพื่อหาทางออกของปัญหาร่วมกันเพื่อให้เกิดการชดเชยค่าเสียหายตามมูลค่าความเสียหายที่คนชาติพึงได้รับ โดยการที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเข้าเรียกร้องให้รัฐดำเนินการคุ้มครองทางทูตเป็นวิธีการในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งมีแนวทางที่รัฐสามารถดำเนินการได้

ในทางปฏิบัติเมื่อรัฐเข้ามามีบทบาทในการเรียกร้องแทนคนชาติ หรือการให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐโดยการเริ่มต้นด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางการทูต หากแต่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเหมือนดังวิธีทางศาล เนื่องจากรัฐต่าง ๆ ต้องการทำให้บรรยากาศในการเจรจาเป็นไปด้วยสันติวิธี

### 2.3.2.2 การเสนอข้อพิพาทต่อศาลระหว่างประเทศ หรือ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การเสนอข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น มีการทำหน้าที่ที่แตกต่างกัน โดยจะได้แยกอธิบายเป็น 2 วิธีการดังนี้

1) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เรียกกันทั่วไปว่า ศาลโลก มีฐานะเป็นองค์หนึ่งของสหประชาชาติ ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น รวมทั้งมีหน้าที่ในการวินิจฉัยตีความและให้คำปรึกษาประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย แก่บรรดารัฐ และองค์การระหว่างประเทศที่ให้ความยอมรับอำนาจการตัดสินของศาลโลก โดยวิธีการที่มีลักษณะตุลาการคือการใช้

กฎหมายระหว่างประเทศเป็นพื้นฐานในการทำคำวินิจฉัย (Decision) หรือคำตัดสิน (Award)<sup>22</sup> ขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี ทั้งนี้คำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดของศาลมีผลผูกพันคู่พิพาท สำหรับคดีที่จะนำขึ้นสู่ศาลโลกนั้น ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐเท่านั้น โดยรัฐอาจให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าว่าศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ ในส่วนข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้ส่งออกการลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนก็สามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลโลกได้ ถ้าหากข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนก็ไม่สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เลย แต่หากเอกชนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ ต่อเมื่อไม่ได้รับความยุติธรรมจากการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐที่รับการลงทุน จึงเป็นกรณีที่รัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตจะนำคดีที่เกิดขึ้นสู่กระบวนการทางศาลระหว่างประเทศ โดยใช้สิทธิในนามของรัฐเองมิใช่ในนามของผู้เสียหายที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

โดยกฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ได้แก่ อนุสัญญาระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับโดยชัดแจ้งโดยรัฐที่กล่าวอ้าง, จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแห่งการถือปฏิบัติโดยทั่วไป, หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งอารยประเทศยอมรับ และ คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิของประเทศ ต่าง ๆ ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือเป็นที่สุด และมีผลบังคับตามกฎหมายต่อรัฐคู่พิพาทในการปฏิบัติตามคำพิพากษา

2) อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ก็เป็นอีกวิธีการที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองทางทูตได้เช่นกัน โดย โครงสร้างของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คือ เป็นคณะอนุญาโตตุลาการที่คัดเลือกจากนักนิติศาสตร์หรือนักการทูต หรือผู้พิพากษา โดยอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดจากข้อตกลงแห่งอนุญาโตตุลาการซึ่งศาลอนุญาโตตุลาการในฐานะที่มีอำนาจในการกำหนดเขตอำนาจขององค์กรเพื่อตัดสินปัญหา วิธีการพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการคือ เป็นไปตามที่รัฐฝ่ายที่พิพาทกันตกลงกันในข้อตกลงแห่งอนุญาโตตุลาการหรือสนธิสัญญาอื่นใดที่ผูกพันรัฐที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ข้อแตกต่างของวิธีการที่ใช้กับศาลภายใน โดยเฉพาะการพิจารณาของอนุญาโตเป็นความลับ เว้นแต่ฝ่ายที่พิพาทกันจะตกลงเป็นอย่างอื่น โดยคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ โดยในปัจจุบันรัฐฝ่ายที่พิพาทกันมักจะกำหนดให้ต้องมีการแสดงผลไว้ด้วย คำชี้ขาดมีผลบังคับและผูกพันฝ่ายที่พิพาทซึ่งต้องออกมาตรการภายในทั้งปวงที่จำเป็นในการปฏิบัติตามคำชี้ขาด ส่วนการไม่เคารพ

<sup>22</sup> สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มติชน, 2548), น.190-191.

ผลคำชี้ขาดย่อมก่อให้เกิดความรำคาญใจของรัฐที่ฝ่าฝืน ทั้งนี้โดยทั่วไปคำชี้ขาดมักได้รับการปฏิบัติตาม เนื่องจากมีความกดดันของประชาคมระหว่างประเทศซึ่งมีต่อรัฐที่เกี่ยวข้อง



### บทที่ 3

## สิทธิในการคุ้มครองทางทูตตามที่ปรากฏอยู่ในร่างบทมาตราของคณะกรรมการการ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006

การใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันมีหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตที่ชัดเจนกว่าเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางทูตในอดีตโดยมีการประมวลแนวปฏิบัติของการให้ความคุ้มครองทางทูตในรูปแบบร่างบทมาตรา (Draft Articles) ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC Draft Articles on Diplomatic Protection 2006) ซึ่งแม้จะเป็นเพียงร่างบทมาตรามีใช้สนธิสัญญา และสมัชชาสหประชาชาติยังมิได้มีข้อมติใด ๆ ในเรื่องนี้ เพียงแต่รับร่างบทมาตราดังกล่าวไว้พิจารณาเท่านั้น แต่ในแง่สถานะทางกฎหมายของร่างบทมาตรา ก็ต้องถือว่ามีผลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้มาเสียแล้วเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว คงเหลือแต่เพียงขั้นตอนของการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐต่าง ๆ ในการยอมรับร่างบทมาตราเป็นข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติว่ามีเจตนาต้องตรงกันในแง่ของการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรืออาจนำไปสู่การจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองทางทูตก็เป็นได้เช่นกัน

### 3.1 นิยามและขอบเขตของการให้ความคุ้มครองทางทูตตามที่ปรากฏในร่างบทมาตรา

บทบัญญัติภายในร่างบทมาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้ มีทั้งสิ้น 19 มาตรา ที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในหัวข้อแรกจะได้อธิบายถึงบทบัญญัติทั่วไป ซึ่งประกอบด้วย นิยามและขอบเขตของการให้ความคุ้มครองทางทูต ดังนี้

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดแก่คนต่างด้าวจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐอื่น โดยความคุ้มครองทางทูตเป็นกระบวนการที่รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายใช้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายในการเรียกร้องซึ่งการเยียวยาความเสียหายที่เป็นธรรม โดยคนชาติได้ดำเนินการตามกระบวนการเยียวยาความเสียหายที่มีทั้งหมดแล้วก่อนจะมาเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติ

โดย นิยาม ของความคุ้มครองทางทูต ภายในร่างบทมาตรา มาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า “การให้ความคุ้มครองทางทูตคือการร้องขอโดยรัฐผ่านกระบวนการทางการทูตหรือวิธีการอื่นใดโดย

สันติวิธี ด้วยเหตุที่ให้อีกรัฐหนึ่งต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐผู้เรียกร้อง”<sup>1</sup>

จากกรณีของคำนิยามในมาตรา 1 มิได้ปรารถนาที่จะบัญญัติให้คำจำกัดความของความคุ้มครองทางทูตให้เฉพาะเจาะจง เหมือนดังเช่นใน พจนานุกรมศัพท์ของสหประชาชาตินั้นที่ได้กล่าวไว้ อย่างชัดเจนว่าคือกิจกรรมของรัฐที่มีขึ้นใน 3 ลักษณะเพื่อปกป้องคนชาติของตนในกรณีใดบ้าง หากแต่ มาตรา 1 ต้องการอธิบายถึงความหมายที่เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าการคุ้มครองคนชาติโดยรัฐโดย การใช้กระบวนการเจรจา หรือสันติวิธี ในการใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่าง ประเทศ โดยรัฐผู้กระทำผิดมีความรับผิดชอบต่อกันต่างตัวผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำมีขอบ ด้วยกฎหมาย ความคุ้มครองทางทูตเป็นกระบวนการที่ใช้เพื่อให้รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายได้ให้ การช่วยเหลือในการคุ้มครองคนชาติเพื่อให้ได้รับการชดเชยความเสียหายที่เป็นธรรม แม้จะไม่อาจ ยืนยันได้ถึงการได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากผู้กระทำผิดกฎหมาย โดยความคุ้มครองทางทูตเป็น กฎหมายจารีตประเพณีที่รัฐที่พัฒนาแล้วนำมาใช้ ซึ่งรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตนี้จะมีสิทธิของตนเอง เพราะความเสียหายที่เกิดกับคนชาตินั้นเสมือนจะเป็นความเสียหายที่เกิดกับรัฐเองทางอ้อมด้วย

ก่อนจะมาเป็นร่างบทมาตราฯ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้นำเอาคดี Mavrommatis มาเป็นแนวทางในการทำร่างบทมาตราฯ โดยศาลในคดีดังกล่าว ได้ให้ความเห็นว่า

“รัฐบาลกรีซได้รับข้อเรียกร้องจากคนชาติของตนตามแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการ ปกป้องคุ้มครองคนชาติของตนในต่างแดนโดยเอกชนจะแจ้งมายังรัฐบาลเพื่อขอให้รัฐบาลเข้ามา แทรกแซงและหากรัฐบาลพบว่าคดีมีมูลก็จะพยายามหาหนทางทางการทูตเพื่อดำเนินการแก้ไขข้อ ขัดแย้ง แต่หากไม่สำเร็จรัฐบาลก็สามารถยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลเพื่อหาความยุติธรรม”<sup>2</sup>

จากแนวคำพิพากษาของคดี Mavrommatis พบว่าคำตัดสินของศาลนั้นล้วนแล้วมีอยู่ใน หลักเกณฑ์ภายในร่างบทมาตราฯของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็น เรื่องสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตคนชาติ หรือในเรื่องผู้เสียหายได้หมดหนทางเยียวยา ความเสียหายแล้วจึงสามารถนำเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้ได้ โดยถือว่ามีแนวปฏิบัติของรัฐใน ต่างประเทศจากอดีตจนถึงในยุคที่การนำกฎเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในร่างฉบับนี้ ซึ่งถือว่าเป็น

<sup>1</sup> United Nations, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries 2006, p.24.

<sup>2</sup> ปริญญา ลาภอนันต์. “การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลและผู้ถือหุ้น : ศึกษา คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 1970-2010”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.6-7.

หลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้ความคุ้มครองทางทูตแม้จะไม่เคยมีกฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรมาก่อน แต่ก็เป็นไปได้ในแนวทางเดียวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มครองทางทูตที่ผ่านมา

นอกจากนี้ ภายใต้ร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต มาตรา 1 ได้ให้ความสนใจเพียงวิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตไว้ กล่าวคือ ต้องกระทำโดยถูกกฎหมาย และใช้วิธีการทางทูต โดยสันติวิธี หากแต่มีได้อธิบายถึงการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐต่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ดังนั้นเมื่อรัฐจะนำหลักเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้ในกรณีที่เกิดการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐผู้ถูกร้อง จึงต้องนำหลักเกณฑ์การพิจารณาจากร่างบทมาตรว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ในมาตรา 2 และมาตรา 3 ที่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศไว้ ดังนี้<sup>3</sup>

“องค์ประกอบของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐ ได้แก่ การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐเมื่อกระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดย

- 1) เป็นรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ
- 2) ก่อให้เกิดการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ

มาตรา 3 ลักษณะของการกระทำฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ คือการกระทำของรัฐที่มีลักษณะเสมือนเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ โดยถูกปกครองโดยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยลักษณะดังกล่าวไม่กระทบต่อการกระทำเช่นเดียวกันในทางกฎหมายภายใน<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts:

Article 2. Elements of an internationally wrongful act of a State. There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) is attributable to the State under international law; and
- (b) constitutes a breach of an international obligation of the State

<sup>4</sup> *Ibid.*, p.35.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

Article 3. Characterization of an act of a State as internationally wrongful.

The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.



เมื่อนำหลักการตามร่างบทมาตรารว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมาปรับใช้ทำให้ผู้เสียหายมีความเข้าใจที่ชัดเจนว่าเหตุใดที่ทำให้เกิดกรณีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่สามารถยกเอาหลักความคุ้มครองทางทูตขึ้นมากล่าวอ้างกับรัฐที่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งหากมีการกระทำที่ยังมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน โดยอาจไม่ถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้น การที่รัฐสัญชาติของผู้เสียหายนำสิทธิการให้ความคุ้มครองทางทูตมาใช้ก็อาจจะไม่ชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ใน Commentaries ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นในบทบัญญัติมาตรา 1 ว่า ความคุ้มครองทางทูตให้รวมกระบวนการยุติธรรม หรือภายใต้การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี โดยการกระทำทางการทูต ที่เป็นกระบวนการที่ถูกกฎหมายเพื่อจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองโดยการเจรจาต่อรองกับรัฐอื่น โดยเป็นการระงับข้อพิพาท โดยใช้วิธีการต่าง ๆ ที่สันติ เช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมโดยอนุญาโตตุลาการหรือ การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาล หากแต่จะไม่ใช้กำลังเข้าคุ้มครองทางทูต เนื่องจากเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย โดยในกฎบัตรของสหประชาชาติ มาตรา 2 (4) ได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 2 (4) ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นจากการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขตหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของสหประชาชาติ”<sup>5</sup>

นอกจากนี้ คณะกรรมการการได้กล่าวเพิ่มเติมว่า ความคุ้มครองทางทูตไม่รวมถึงวิธีการใด ๆ หรือการกระทำทางการทูตอื่นใด ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องตามกฎหมายให้รัฐอื่นต้องรับผิดชอบ เช่น การแจ้งข้อเรียกร้องอย่างไม่เป็นทางการเพื่อให้มีการปฏิบัติการแก้ไขเยียวยา เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมการอาจมองว่าการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศควรจะได้ทำในรูปแบบที่เป็นทางการมากกว่าเพียงแค่บอกกล่าวกันธรรมดา เพื่อเป็นการแก้ปัญหาความเข้าใจคลาดเคลื่อนต่อกัน หรือการให้เกิดหลักฐานในการพิจารณาข้อเรียกร้องในรูปแบบที่เป็นทางการ ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เนื่องจากการเรียกร้องระหว่างประเทศควรมีการให้ความสำคัญเนื่องจากมีรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นหลายฝ่าย ถือว่าเป็นบุคคลระดับระหว่างประเทศซึ่งหากมีเพียงการบอกกล่าวกันธรรมดาที่ไม่ใช่เป็นการใช้ความคุ้มครองทางทูตอย่างถูกต้อง เพราะในที่สุดผู้เสียหายก็อาจไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายเลยเนื่องจากไม่มีความเป็นมาตรฐาน และไม่น่าเชื่อถือ ในการใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐเลย

<sup>5</sup> United Nations, supra note 1, p.27.

ส่วนในกรณีขอบเขตการนำความคุ้มครองทางทูตมาใช้ นั้น มาตรา 1 ไม่ได้แยกเรื่องของความคุ้มครองทางทูตกับการให้ความช่วยเหลือทางกงสุลไว้ ซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญและมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง เนื่องจากเป็นการให้ความคุ้มครองคนชาติทั้งสองเรื่อง ซึ่งเหตุการณ์ในแต่ละกรณีต้องมีการพิจารณาจากรัฐและผู้เสียหายว่าจะเข้าหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มครองทางทูต หรือการให้ความช่วยเหลือทางกงสุล โดยคณะกรรมการฯ ได้แจ้งในประเด็นนี้ว่า หากเป็นการกระทำโดยรัฐเพื่อให้ความคุ้มครองทางทูตคนชาติ และไม่ใช่ว่าเป็นการพยายามให้ความคุ้มครองตัวแทนโดยองค์การระหว่างประเทศ โดยความคุ้มครองทางทูตโดยหลักคือการคุ้มครองเพียงคนชาติไม่รวมไปถึงหน่วยงานของรัฐหรือตัวแทนที่กระทำการในนามรัฐ เนื่องจากหน่วยงานต่าง ๆ ได้รับการคุ้มครองโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศใน อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 และ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แล้ว ตัวอย่างในกรณีที่กิจการของรัฐในต่างประเทศได้รับความเสียหายจากการโอนกิจการเป็นของรัฐ และไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างเป็นธรรม ซึ่งก็นำอนุสัญญาทั้งสองมาใช้ในการเรียกร้องต่อรัฐผู้กระทำผิดต่อไป เพราะเป็นเรื่องที่กระทบต่อรัฐโดยตรง<sup>6</sup>

### 3.2 สิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามมาตรา 2 ของร่างบทความ

ภายใต้ร่างบทความว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ตามมาตรา 2 ได้กำหนดถึงสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐไว้ดังนี้ “รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตตามร่างบทความนี้”<sup>7</sup> มาตรา 2 ได้กล่าวถึงสิทธิที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตไว้อย่างกว้าง ๆ โดยการที่รัฐมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตในนามของรัฐแทนคนชาตินั้น หากแต่ไม่ใช่เป็นหน้าที่ที่รัฐต้องมีพันธผูกพันในการให้ความคุ้มครองทางทูต ทั้งนี้กฎหมายภายในอาจมีการให้สิทธิแก่รัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับการบัญญัติกฎหมายของแต่ละรัฐว่าจะมีมาตรการในการคุ้มครองคนชาติโดยวิธีใดบ้าง หากแต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่พบบัญญัติที่นำเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้บังคับแก่รัฐให้ต้องปฏิบัติการคุ้มครองทางทูตเมื่อได้รับการเรียกร้อง โดย รัฐเป็นผู้มีสิทธิแต่ทั้งนี้ก็เป็นดุลยพินิจของรัฐด้วยว่าจะให้ความคุ้มครองหรือไม่ก็ได้ ในประเด็นนี้คณะกรรมการกฎหมายระหว่าง

<sup>6</sup> United Nations, *Ibid.*, p.28.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p.28.

Draft Articles on Diplomatic Protection: Article 2 : A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles.

ประเทศ ได้ให้ความเห็นว่า การที่ร่างบทมาตราดังกล่าวระบุไว้ดังนั้นก็เนื่องมาจากการได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>8</sup> โดยมีการนำคำตัดสินในคดีสำคัญ คดี Barcelona Traction ที่ศาลได้ตัดสินไว้มาเป็นบรรทัดฐาน โดยศาลได้กล่าวว่า

“...รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางทูตโดยวิธีการใดก็ได้ที่เห็นสมควรเพื่ออ้างสิทธิของรัฐนั้น ๆ หากแต่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่รัฐได้ดำเนินการเรียกร้องสิทธิแทนนั้น เล็งเห็นว่าตนไม่ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสม บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลผู้นั้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่บุคคลเหล่านั้น สามารถใช้กระบวนการตามกฎหมายภายในเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหาย”<sup>9</sup> เนื่องจากรัฐเป็นผู้ตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียวในการใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ เพียงใด และจะยกเลิกการให้ความคุ้มครองเมื่อใด โดยรัฐจะต้องพิจารณาจากปัจจัยทางการเมืองและปัจจัยอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการนี้ เพื่อประกอบการพิจารณา โดยแนวการปฏิบัติของรัฐที่ผ่านมาคือการที่รัฐได้ดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐได้นำเสนอความเห็นและความกังวลใจให้แก่อีกรัฐหนึ่งที่กระทำละเมิดกฎหมายหรือมีการกระทำใดๆที่ขัดแย้งกัน เพื่อเป็นการขอความร่วมมือจากรัฐนั้น รวมทั้งเสนอข้อคัดค้านในบางประเด็นที่มีข้อพิพาทกันอยู่ หรือแม้แต่การร้องขอให้ไต่สวนคดีหรือเจรจาระหว่างผู้เสียหายกับรัฐ เพื่อหาทางออกร่วมกัน

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า การที่รัฐจะสามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติที่ได้รับความเสียหายในทางระหว่างประเทศได้นั้น เป็นสิทธิของรัฐสัญชาติของผู้เสียหายที่จะดำเนินการเรียกร้องหรือไม่ก็ได้ หากแต่ในบทบัญญัตินี้ก็มีได้อธิบายถึงภาระผูกพันที่รัฐผู้ถูกร้องจะต้องให้ความสำคัญกับเรื่องความคุ้มครองทางทูตว่ามีมากนักน้อยเพียงใด ซึ่งยังคงเป็นบทบัญญัติที่มีได้ให้ความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าว ทั้งนี้เป็นเพียงแนวทางในการใช้สิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตเท่านั้น

โดยผู้เขียนเห็นว่า ยังเป็นบทบัญญัติที่มีความหมายกว้าง และมีได้ให้ความเห็นว่า ผู้เสียหายควรกระทำอย่างไรเมื่อรัฐไม่ให้ความคุ้มครองทางทูต มีหน่วยงานหรือองค์กรใดที่สามารถนำข้อเรียกร้องมาเสนอได้หรือไม่ หากไม่มีผู้เสียหายต้องยอมรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้นหรือ ซึ่งดู

<sup>8</sup> *Ibid.*, p.29.

<sup>9</sup> “Within the limits prescribed by international law, a state may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the state is asserting. Should the natural or legal person on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law.”

เหมือนจะมีทางออกอื่น ๆ ที่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเสนอแนะเพิ่มเติมในกรณีการใช้สิทธิของรัฐซึ่งยังคงเป็นบทบัญญัติที่มีได้ให้ความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าว จึงควรมีการระบุเนื้อหาที่เฉพาะเจาะจง และมีบทยกเว้นที่รัฐผู้ถูกเรียกร้องนำมาอ้างการใช้สิทธิของรัฐสัญชาติของผู้เสียหายได้ เช่น ในเรื่องสิทธิที่ได้มาขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งจากความเห็นของคณะกรรมการการได้กล่าวถึง มาตรา 19 ของร่างบทมาตรา ว่าสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นควรจะใช้สิทธิในการนำความคุ้มครองทางทูตมาใช้ได้ โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดความเสียหายที่มีนัยสำคัญ อันเป็นการใช้ความคุ้มครองทางทูตโดยพิจารณาอย่างรอบคอบก่อนนำมาใช้ ซึ่งทั้งนี้รัฐไม่ควรนำมาใช้ในกรณีที่ไม่สำคัญหรือเป็นเรื่องส่วนบุคคลเล็กน้อยๆ เนื่องจากเป็นเรื่องในทางระหว่างประเทศที่มีเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยมิใช่เป็นเพียงการเรียกร้องเพื่อเอกชน หรือนิติบุคคลที่ได้รับความเสียหายเท่านั้น แต่เป็นเรื่องผลประโยชน์โดยอ้อมของรัฐเองซึ่งผู้เรียกร้องควรมีเจตนาบริสุทธิ์ในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตมิฉะนั้นอาจเป็นผู้กระทำผิดเอง เพราะมิได้ทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้

สิทธิในการให้ความคุ้มครองตามร่างบทมาตรา ซึ่งเป้นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้มาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะสำหรับการที่นักลงทุนต่างชาติจะดำเนินคดี เรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ดังเช่นคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Mavrommatis (1924) ในปี ค.ศ. 1921 รัฐบาลของกรีกได้นำ 3 คดีขึ้นต่อผู้ กับรัฐบาลสหราชอาณาจักรในนามของรัฐบาลกรีก โดย ในคดีนี้เป็นสัญชาติกรีกได้รับการอนุมัติสัมปทานในการสร้างสาธารณูปโภคให้แก่ปาเลสไตน์ โดยในเวลาต่อมาได้ถูกยกเลิกสัมปทาน โดยการประเมินจากกรณีคัดค้านดังกล่าว ศาลกำหนดให้เป็นหลักในเรื่องความคุ้มครองทางทูตดังนี้

“ศาลได้วางบรรทัดฐานในคดีนี้เป็น 3 ข้อในเรื่องความคุ้มครองทางทูต ข้อแรกคือ ความคุ้มครองทางทูตเป็นเรื่องของกฎหมายที่เกี่ยวกับการได้รับความเสียหายของบุคคลของรัฐ ข้อสอง ความคุ้มครองทางทูตเป็นการเรียกร้องในการใช้สิทธิของรัฐตามกระบวนการที่รัฐกระทำได้ ข้อสามคือ ความคุ้มครองทางทูต ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งบุคคลนั้นไม่มีสถานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ”

ความคุ้มครองทางทูตไม่ใช่เป็นการคุ้มกันทางทูต ที่จะมีขึ้นได้ทุกวัน โดยการคุ้มกันทางทูตไม่ได้เรียกร้องในทางระหว่างประเทศแทนบุคคล แต่เรียกร้องในนามรัฐบาลโดยกฎหมายภายในของรัฐที่สิทธิส่วนบุคคลถูกละเมิด นอกจากนี้ ความคุ้มครองทางทูต ไม่ได้เป็นการทำงานขององค์การระหว่างประเทศแต่เป็นการใช้สิทธิโดยรัฐเจ้าของสัญชาติในการให้ความคุ้มครองทางทูตในนามของ

บุคคลผู้เสียหายในการเรียกร้องให้ดำเนินการพิจารณาคดีในทางระหว่างประเทศ<sup>10</sup> โดย ความคุ้มครองทางทูตนั้น ให้สิทธิเฉพาะรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายในการเรียกร้องต่อรัฐผู้กระทำละเมิด ประการสองคือ กรณียกเว้นที่สถานการณ์ที่ไม่ได้กล่าวไว้ข้างต้น บุคคลต้องหมดยกเว้นการเยียวยา ความเสียหายที่มีอยู่ภายในประเทศ โดยจุดประสงค์ทั่วไปของการคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องให้ บุคคลได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นคนของรัฐเสมือนเป็นการเรียกร้องที่ยุติธรรม ประการที่ สาม กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศต้องเป็นการถูกละเมิด โดยเมื่อครบตามเงื่อนไขรัฐก็มีสิทธิ ให้ความคุ้มครองแก่คนชาติได้

ในหัวข้อต่อไปจะได้นำเสนอถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติกับ ผู้เสียหาย โดยจะได้กล่าวในรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 3.3 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองกับผู้เรียกร้องความคุ้มครองทาง ทูต

ในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตของรัฐ จะได้พิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนด สัญชาติของบุคคลที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองทางทูตเป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้

#### 3.3.1 กรณีบุคคลธรรมดา

ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองกับผู้เรียกร้องกรณีบุคคล ธรรมดา เนื่องจากบทบัญญัติในร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตได้ร่างกฎหมายในเรื่อง บุคคลธรรมดาไว้แยกออกมาจากนิติบุคคลกับผู้ถือหุ้น แต่ทั้งนี้จะได้นำผู้ไร้รัฐ และผู้ลี้ภัยมารวมไว้ใน หัวข้อนี้ด้วย

##### 3.3.1.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญชาติ

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศจะรับรองให้รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือ ดินแดนแล้ว การให้สัญชาติของบุคคลนั้นเป็นอำนาจภายในของรัฐแต่ละรัฐในการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขการพิจารณาให้สัญชาติโดยรัฐเจ้าของดินแดนด้วย โดยความสำคัญทางกฎหมายของสัญชาติ

<sup>10</sup> “Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach David Leys”. สืบค้นเมื่อ 20 กุมภาพันธ์ 2559, จาก [www.harvardilj.org/wp-content/uploads/January-2016\\_Vol-57\\_Leys1.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/January-2016_Vol-57_Leys1.pdf)

ของบุคคล นั้น กล่าวคือ สัญชาติเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนทั้ง บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล โดยสัญชาติเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการให้ความคุ้มครองทางทูต

ในอนุสัญญากรุงเฮก ว่าด้วยสัญชาติ ค.ศ. 1896 ได้ให้คำจำกัดความเรื่องนี้ไว้ชัดเจนว่า ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ การคุ้มครองบุคคลของรัฐนั้นควรจะยอมรับว่าทุกคนควรมีสัญชาติ ซึ่งมาตรา 1 ระบุให้แต่ละรัฐเป็นผู้กำหนดสัญชาติของคนชาติภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น<sup>11</sup>

ทั้งนี้ในคำกล่าวของตุลาการระหว่างประเทศ เคยกล่าวไว้ว่า

“สัญชาติเป็นความผูกพันทางกฎหมายที่มีพื้นฐานจากความเป็นจริงทางสังคม ว่ามีความผูกพันแนบแน่น เป็นความเชื่อมโยงที่แท้จริงของความเป็นอยู่ ผลประโยชน์ และความผูกพันทางจิตใจ ตลอดจนความมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ต่างตอบแทน จนอาจกล่าวได้ว่าสัญชาติเป็นสิ่งที่แสดงออกทางกฎหมายของข้อเท็จจริงว่า บุคคลที่ได้สัญชาติของรัฐนั้น ไม่ว่าจะ เป็นโดยผลทางกฎหมายโดยตรง หรือ โดยผลของการกระทำขององค์กรของรัฐย่อมเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับพลเมืองของรัฐที่ให้สัญชาติ มากกว่ากับพลเมืองของรัฐอื่นใด”<sup>12</sup>

สัญชาติจึงเป็นสิ่งสำคัญที่เป็นเหมือนตัวเชื่อมโยงระหว่างคนชาติของรัฐกับรัฐสัญชาติโดยเฉพาะในเรื่องผลประโยชน์และพันธะผูกพันที่มีต่อกัน รวมถึงผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศด้วย โดยความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติ รัฐจะพิจารณาให้สัญชาติกับบุคคลผู้ใดนั้นเป็นไปตามความพึงประสงค์ของรัฐเอง ภายใต้กฎหมายภายในที่กำหนดกฎเกณฑ์การให้สัญชาติแก่พลเมืองของรัฐไว้<sup>13</sup>

ความสำคัญของสัญชาติต่อการเกิดสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูต มีคำตัดสินของตุลาการระหว่างประเทศ ได้แก่ Nottebohm Case โดยเป็นความผูกพันทางสัญชาติในลักษณะที่จะได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศ ในเรื่องสัญชาติที่มีประสิทธิภาพและมีความ

<sup>11</sup> The 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law: Article 1 : It is for each State to determine under its own law who are its nationals. Supra note 4, p.32.

<sup>12</sup> United Nations, supra note 1, p.32.

<sup>13</sup> Shaw, Malcolm N, International Law. 7th ed, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), p.588.

เชื่อมโยงอย่างแท้จริงในกรณีที่คุณคนมีหลายสัญชาติ ซึ่งจะทำให้รัฐได้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>14</sup>

การให้สัญชาติกรณีบุคคลธรรมดา ที่ร่างบทมาตรา มาตรา 4 นั้น ใจความว่า “เพื่อจุดประสงค์ในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดา รัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลธรรมดา หมายถึง สัญชาติที่คุณคนได้สิทธิมาโดยกฎหมายของรัฐ จาก การเกิด การสืบสายเลือด การแปลงสัญชาติ ผู้สืบมรดก หรือ โดยวิธีการอื่นที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>15</sup> สัญชาติในมาตรา 4 มิได้ระบุถึงบุคคลที่สมรสไว้ ทั้งนี้ มีการเรียกร้องให้เพิ่มระยะเวลาในการพำนักอาศัยเพื่อเป็นการยืนยันการเกิดของสัญชาติ<sup>16</sup>

โดยคณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นในเรื่องสัญชาติของคุณคนว่าปัจจุบัน สนธิสัญญาต่าง ๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน เสนอให้รัฐรวมมาตรฐานสากลที่ได้ให้ประโยชน์แก่บุคคลในทางระหว่างประเทศ โดยใน มาตรา 9 สนธิสัญญาการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี กล่าวว่า “รัฐภาคีควรให้สิทธิแก่สตรีเท่าเทียมกับบุรุษเพื่อให้ได้รับสิทธิในการเปลี่ยนหรือยังคงสัญชาติเดิม เพื่อให้เชื่อมั่นใจว่าการสมรสกับคนต่างด้าวจะไม่ถูกเปลี่ยนสัญชาติไปตามสามีโดยอัตโนมัติ ทำให้พวกเขาไร้สัญชาติหรือถูกบังคับให้เปลี่ยนสัญชาติตามสามี”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> United Nations, *supra* note 1, pp.32-33.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.31.

Article 4 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection :  
State of nationality of a natural person

For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States, or in any other manner, not inconsistent with international law.

<sup>16</sup> *supra* note 1, p.32.

<sup>17</sup> Article 9, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women provides that:

“States parties shall grant women equal rights to men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure in particular that neither marriage to an alien nor change of nationality by the husband during marriage shall automatically

ในร่างบทมาตราฯ ได้กำหนดสัญชาติให้แก่บุคคลธรรมดาที่ต้องการเรียกร้องให้รัฐสัญชาติเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต โดยเกณฑ์ในการพิจารณาสัญชาติของบุคคลธรรมดา อาจแบ่งได้เป็นการให้สัญชาติโดยการเกิด<sup>18</sup> และการให้สัญชาติภายหลังการเกิด<sup>19</sup> สัญชาติโดยการแปลงสัญชาติ หรือ โดยการสืบทิตี<sup>20</sup>

มาตรา 4 ของร่างบทมาตราฯ เป็นเสมือนกฎเกณฑ์สำหรับบุคคลธรรมดาที่จะขอให้รัฐสัญชาติให้ความคุ้มครองทางทูต โดยเมื่อรัฐให้สัญชาติกับบุคคลใดแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายตามมาโดยที่สำคัญ การให้สัญชาติแก่บุคคลย่อมเป็นประโยชน์ในการได้รับสิทธิ

change the nationality of the wife, render her stateless or force upon her the nationality of the husband.

<sup>18</sup> การให้สัญชาติโดยการเกิด ได้แก่ การที่บุคคลได้สัญชาติมาจากการเกิด ซึ่ง อาศัยหลักสืบสายโลหิต กล่าวคือ เป็นสัญชาติที่ได้มาโดยอาศัยความเกี่ยวพันกับบุพพการี ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กจะเกิดในดินแดนใดก็ตาม กล่าวคือเด็กเกิดดินแดนของรัฐใดก็มีสัญชาติของรัฐนั้นแม้ว่าบิดามารดาจะเป็นคนชาติของรัฐดังกล่าว ซึ่งในกรณีนิติบุคคลจะไม่มีหลักการนี้เพราะนิติบุคคลไม่มีตัวตน

<sup>19</sup> การให้สัญชาติภายหลังการเกิด ได้แก่ การที่บุคคลอาจได้สัญชาติที่ไม่เหมือนกับเมื่อตอนเกิด ซึ่งเกิดได้หลายกรณี เช่น การแปลงสัญชาติ หรือการให้สัญชาติของรัฐแก่บุคคลที่มีได้มีสัญชาติของรัฐตั้งแต่เกิด ซึ่งสืบเนื่องจากได้สมรสกับคนชาติของรัฐนั้น หรือการเข้ารับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของพ่อแม่ที่เป็นคนชาติ หรือการได้รับแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น เป็นต้น รวมทั้ง การได้สัญชาติกลับคืน เป็นกรณีที่บุคคลสูญเสียสัญชาติที่ได้มาดั้งเดิมไปโดยการแปลงสัญชาติเป็นรัฐอื่น ต่อมาบุคคลดังกล่าวได้สัญชาติเดิมกลับคืนมาโดยได้ร้องขอต่อรัฐสัญชาติเดิม และ หากมีการผนวกรวมดินแดนหรือการยอมยกดินแดนให้กัน ผู้อยู่อาศัยในดินแดนที่ถูกผนวกรวมก็จะได้รับสัญชาติของรัฐที่ได้ดินแดนดังกล่าวไป

<sup>20</sup> ประสทธิ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2554), น. 99.

“กรณีการสืบทิตี ในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างผู้สืบทิตีกับปัจเจกชน ตามร่างตัวบทเกี่ยวกับสัญชาติของบุคคลธรรมดาในความสัมพันธ์กับการสืบทิตีของรัฐ ค.ศ. 1997 กล่าวว่า ควรยอมรับหลักการให้คุ้มครองบุคคลธรรมดาที่ถือสัญชาติของรัฐเดิมก่อนการสืบทิตีไม่ว่าบุคคลนั้นจะได้สัญชาติมาโดยวิธีใดก็ตาม บุคคลนั้นย่อมได้สัญชาติของรัฐผู้สืบทิตีไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้ที่อาศัยอยู่บนดินแดนที่มีการสืบทิตินั้น โดยรัฐผู้สืบทิตีจะกระทำการใด ๆ ในการลิดรอนในเรื่องสัญชาติของผู้ที่อาศัยอยู่บนดินแดนที่มีการสืบทิตินั้นมิได้”



คุ้มครองคนชาติในต่างแดนทั้งประโยชน์ต่อร่างกาย และประโยชน์ของทรัพย์สินของบุคคลผู้นั้น ซึ่งถือว่าสัญชาติมีความสำคัญต่อการได้รับความช่วยเหลือและให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายอีกทางหนึ่งด้วย<sup>21</sup> คณะกรรมาธิการยังคงให้ความสำคัญกับการให้สัญชาติบุคคลธรรมดา อันเนื่องจากหลาย ๆ กระบวนการที่จะให้สัญชาติโดยรัฐเจ้าของดินแดน เมื่อมิได้ระบุชัดเจนในกรณีบุคคลที่สมรสแล้ว คณะกรรมาธิการก็เล็งเห็นถึงความเสมอภาคของบุคคลไม่ว่าหญิงหรือชายที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติในกรณีที่หญิงที่สมรสควรมีสถานะในการเลือกสัญชาติตนเองได้ เป็นต้น ซึ่งร่างบทมาตรา 4 ยังคงไม่ชัดเจนในเรื่องการกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดา ยังมีบางกรณีที่ควรจะบัญญัติไว้เช่น สิทธิของสตรีที่สมรสแล้วในการถือสัญชาติ เป็นต้น

### 3.3.1.2 หลักความต่อเนื่องในการถือสัญชาติ

กรณีที่เป็นบุคคลธรรมดา ผู้ที่จะได้รับความคุ้มครองทางทูตจะต้องเป็นผู้ที่ได้สัญชาติโดยมีสายสัมพันธ์ที่แท้จริงกับรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติ หากผู้เสียหายไม่มีสายสัมพันธ์ที่แท้จริงกับรัฐที่ให้สัญชาติการให้ความคุ้มครองทางทูตอาจถูกปฏิเสธจากรัฐที่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้<sup>22</sup> แต่ทั้งนี้ก็ยังไม่มีการยืนยันถึงหลักสายสัมพันธ์ที่แท้จริง เพราะยังมีความเห็นต่างในประเด็นดังกล่าว เพราะถือเป็นเรื่องสิทธิของบุคคลในการถือสัญชาติ อย่างไรก็ตาม โดยคดีพิพาทระหว่างรัฐหลายคดีที่นำขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศมักจะนำเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคล เพื่อเรียกร้องต่อรัฐคู่พิพาทที่ทำให้คนชาติของตนได้รับความเสียหาย ซึ่งมีการหยิบยกประเด็นความเชื่อมโยงอย่างแท้จริงของบุคคลกับสัญชาติของบุคคลไว้ด้วย

ในร่างบทมาตราฯ ได้บัญญัติหลักความต่อเนื่องของสัญชาติของบุคคลธรรมดาไว้ดังนี้

มาตรา 5 หลักความต่อเนื่องของสัญชาติของบุคคลธรรมดา<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Crawford, James, 8th ed, Brownlie's Principles of Public International Law, (Oxford University Press, United Kingdom, 2008), p.517.

<sup>22</sup> Shaw, Malcolm N, supra note 13, p.591.

<sup>23</sup> United Nations, supra note 1, p.35.

Article 5 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection

Continuous nationality of a natural person

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who was a national of that State continuously from the date of injury to the date of

(1) ความสัมพันธ์ด้านสัญชาติต้องมีอยู่ในวันที่เกิดความเสียหายซึ่งเป็นต้นเหตุของข้อเรียกร้อง จนถึงวันที่เสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ โดยผู้เสียหายต้องมีการถือสัญชาติอย่างต่อเนื่องในช่วงเวลาดังกล่าว

มาตรา 5 (1) เป็นการให้ความสำคัญกับวันเวลาในการถือสัญชาติหากผู้เสียหายมิได้มีสัญชาติของรัฐที่อ้างให้ความคุ้มครองทางทูตในวันที่ความเสียหายเกิด รัฐนั้นก็ไม่มีอำนาจจะอ้างสิทธิเรียกร้องในกรณีที่เกิดความเสียหายได้ เว้นแต่จะมีความตกลงไว้เป็นอย่างอื่น หลักสำคัญคือในระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหายต้องมีสัญชาติของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตในวันที่เกิดความเสียหายต่อเนื่องไม่ขาดสายจนถึงวันที่ดำเนินข้อเรียกร้องระหว่างประเทศ หากมีการเปลี่ยนแปลงสัญชาติในระหว่างเวลาดังกล่าว ย่อมทำให้รัฐสัญชาติไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูต แม้จะมีการกลับมาใช้สัญชาติเดิมก็ถือว่าเป็นการขาดความต่อเนื่องแล้ว

(2) จาก (1) รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐระหว่างวันที่เสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ แต่ไม่ได้ถือสัญชาติในวันที่เกิดความเสียหาย เนื่องจากบุคคลมีสัญชาติของรัฐที่ได้แปลงสัญชาติหรือบุคคลนั้นได้สูญเสียสัญชาติเดิมไป และได้สัญชาติมาใหม่

---

the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.

2. Notwithstanding paragraph 1, a State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is its national at the date of the official presentation of the claim but was not a national at the date of injury, provided that the person had the nationality of a predecessor State or lost his or her previous nationality and acquired, for a reason unrelated to the bringing of the claim, the nationality of the former State in a manner not inconsistent with international law.

3. Diplomatic protection shall not be exercised by the present State of nationality in respect of a person against a former State of nationality of that person for an injury caused when that person was a national of the former State of nationality and not of the present State of nationality.

4. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the date of the official presentation of the claim.

ซึ่งการเปลี่ยนสัญชาติไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำข้อเสนอชื่อเรียกก่อตั้งกล่าว ดังนั้นรัฐสัญชาติเดิมของบุคคลจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูต

ในกรณี มาตรา 5 (2) เป็นกรณียกเว้นของ (1) ซึ่งหากในการถือสัญชาติของผู้เสียหายในวันที่เกิดความเสียหายกับวันที่เสนอชื่อเรียกก่อตั้งตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อมีเหตุทำให้บุคคลผู้นั้นต้องสูญเสียสัญชาติเดิม ไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม เมื่อถึงเวลาที่ต้องเสนอชื่อเรียกก่อตั้งหากบุคคลนั้นได้มาซึ่งสัญชาติใหม่ย่อมสามารถเรียกก่อตั้งทางทูตได้ อย่างไรก็ตาม รัฐสัญชาติใหม่จะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเกิดความเสียหายของบุคคลนั้น เช่น มิใช่รัฐที่กระทำการละเมิดกฎหมายเสียเอง

(3) ความคุ้มครองทางทูตนั้นจะไม่นำมาใช้คุ้มครองทางทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติปัจจุบันของผู้เสียหายในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อรัฐที่บุคคลเคยมีสัญชาติในวันที่เกิดความเสียหาย แต่ไม่ใช่รัฐสัญชาติปัจจุบัน

ในกรณีมาตรา 5 (3) รัฐปัจจุบันที่บุคคลผู้นั้นถือสัญชาติ ไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลที่เกิดความเสียหายจากรัฐสัญชาติเดิม ทั้งนี้เป็นกรณีที่บุคคลเคยมีสัญชาติของรัฐผู้กระทำความผิด ดังนั้น เมื่อบุคคลผู้นั้นเปลี่ยนสัญชาติ จะใช้สิทธิสัญชาติใหม่เพื่อให้ความคุ้มครองทางทูตมิได้ อันเนื่องมาจากการให้ความคุ้มครองทางทูตต้องเป็นการให้ความคุ้มครองในวันที่เกิดความเสียหายนั้นบุคคลต้องมีสัญชาติของรัฐผู้เรียกร้อง หากกรณีรัฐผู้เรียกร้องกระทำความผิด บุคคลก็ไม่มีสิทธิในการใช้ความคุ้มครองทางทูต อาจต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องแทน เพื่อเรียกร้องจากรัฐเดิมของตนในการชดเชยความเสียหาย แต่รัฐสัญชาติปัจจุบันจะกระทำมิได้ โดยบทบัญญัตินี้ถือเป็นการให้ความสำคัญแก่สัญชาติบุคคล แม้จะเป็นสัญชาติที่กระทำความผิด บุคคลก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องเพื่อใช้ความคุ้มครองทางทูตกับสัญชาติตนเอง

(4) รัฐไม่มีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลผู้ที่ได้สัญชาติมาภายหลังจากการเสนอชื่อเรียกก่อตั้งอย่างเป็นทางการ

ในกรณี มาตรา 5 (4) เป็นกรณีที่ผู้เสียหายได้สัญชาติมาภายหลังจากมีการเสนอชื่อเรียกก่อตั้งอย่างเป็นทางการทั้งนี้ บุคคลอาจจะมีสัญชาติอื่นในวันที่เกิดความเสียหาย อาจจะมีการเปลี่ยนแปลงสัญชาติของบุคคลตามที่ได้กล่าวมา ทำให้บุคคลมีสัญชาติที่แตกต่างจากสัญชาติแรก ดังนั้นเมื่อบุคคลมีสัญชาติใหม่ และมีการนำชื่อเรียกก่อตั้งเสนอในทางระหว่างประเทศไปแล้ว หากต่อมาจะขอให้สัญชาติใหม่ให้ความคุ้มครองทางทูตกฎหมายไม่อนุญาต เนื่องจากการป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่ชอบของบุคคล หากบุคคลสามารถเปลี่ยนสัญชาติได้ตามอำเภอใจ และใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จะทำให้รัฐผู้ถูกเรียกร้องมีความไม่เป็นธรรมหากกรณีรัฐที่มาใช้สิทธิเป็นรัฐที่มีอำนาจในการเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายจากรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายเอง ซึ่งหากมีกรณีที่รัฐที่สามได้เข้ามาเป็น

รัฐสัญชาติของผู้เสียหายหลังจากเกิดความเสียหายแล้ว รัฐที่สามนี้ก็จะยุติการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตในกรณีดังกล่าว<sup>24</sup>

โดยร่างบทมาตรา ๓ มาตรา 5 มีประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ด้านสัญชาติต้องมีอยู่อย่างต่อเนื่อง นับแต่วันที่ความเสียหายเกิดกระทั่งวันที่เสนอข้อเรียกร้อง กล่าวคือ “ผู้เสียหายต้องมีสัญชาติของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตในวันที่เกิดความเสียหายต่อเนื่องไม่ขาดสาย จนถึงวันที่ดำเนินข้อเรียกร้องระหว่างประเทศ หากมีการเปลี่ยนแปลงสัญชาติในระหว่างเวลาดังกล่าว ย่อมทำให้รัฐสัญชาติไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแม้จะกลับมาสัญชาติเดิมอีกก็ตาม” หลักการข้อนี้ทำให้บุคคลที่แปลงสัญชาติในระหว่างวันเวลาที่เกิดความเสียหาย หมดหนทางที่จะขอให้รัฐใดให้ความคุ้มครองทางทูตได้ จะช่วยป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลใช้ความคุ้มครองทางทูตในทางที่ผิด เพื่อใช้มากัดดันให้รัฐต่าง ๆ ต้องยอมเนื่องจากตนได้แปลงเป็นสัญชาติของมหาอำนาจเป็นต้น

ในความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นความต่อเนื่องในการถือสัญชาติของผู้เสียหายนั้นเป็นการยากที่จะพิสูจน์ แต่ก็สามารถกระทำได้ โดยสิ่งแรกคือ บุคคลผู้เสียหายต้องมีสัญชาติของรัฐในวันที่เกิดความเสียหาย สิ่งต่อมาในการพิสูจน์สิทธิของผู้เสียหายต้องมีสัญชาติของรัฐในวันที่เสนอข้อเรียกร้อง โดยปัญหาคือ วันที่เสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการคือ เมื่อไหร่ เนื่องจากมีการกำหนดวันดังกล่าวที่แตกต่างกันไป หนึ่งเวลาที่เสนอข้อเรียกร้องอาจมีหลายช่วงเวลา เช่น หมายถึงวันที่มีการส่งตัวแทนทางทูตอย่างไม่เป็นทางการเพื่อเริ่มต้นเรียกร้องให้แก่คนชาติ หรือหมายถึงเวลาที่รัฐดำเนินข้อเรียกร้องระหว่างประเทศ หรือหมายถึงเวลาที่ทำข้อตกลงแต่งตั้งตุลาการพิจารณาข้อเรียกร้องหรือเวลาที่ให้สัตยาบันข้อตกลงดังกล่าว หรือหมายถึงวันที่มีคำตัดสินหรือวันที่บังคับคดี<sup>25</sup>

ทั้งนี้ในคำว่า การเรียกร้องอย่างเป็นทางการตาม มาตรา 5 หัวข้อย่อยที่ 1,2 และ 4 ให้รวมถึงวิธีการเรียกร้องความเสียหายก่อนที่จะถึงวันที่มีการพิจารณาคดี การเรียกร้องดังกล่าวอาจมีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐผู้รับผิดชอบ กระทำการยุติการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และเรียกร้องให้ดำเนินการเยียวยาความเสียหาย

ดังนั้น หากบุคคลสามารถเลือกที่จะเปลี่ยนสัญชาติของตนเพื่อจุดประสงค์ในการขอความคุ้มครองทางทูตจะทำให้มีการนำความคุ้มครองทางทูตมาใช้ในทางที่ไม่สุจริตเพราะบุคคลที่มีเจตนาเปลี่ยนสัญชาติไปเป็นรัฐที่มีอิทธิพลมากเพื่อให้รับรองและให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีที่เกิดข้อพิพาทกับรัฐที่ไม่มีอำนาจในการต่อรองกับรัฐที่บุคคลได้สัญชาติมาใหม่

<sup>24</sup> United Nations, supra note 1, p.40.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp.37-38.

ดังนั้น กรณีสัญชาติกับบุคคลธรรมดา มีคดีสำคัญที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้เป็นแนวในการพิจารณาคดีในทางระหว่างประเทศ ได้แก่ คดี Nottebohm<sup>26</sup> ซึ่งกล่าวได้

<sup>26</sup> ข้อเท็จจริงคดี Nottebohm มีดังนี้ Friedrich Nottebohm เป็นชาวเมืองแฮมเบอร์โดยกำเนิดและมีสัญชาติเยอรมนี ในปี ค.ศ. 1905 Nottebohm ได้เดินทางไปประเทศกัวเตมาลาและมีถิ่นที่อยู่ในประเทศกัวเตมาลา ทั้งยังมีสำนักงานใหญ่ประกอบธุรกิจในประเทศกัวเตมาลาอีกด้วย โดยมีการเดินทางไปประเทศเยอรมนีเป็นครั้งคราว รวมทั้งมีการเดินทางไปประเทศลิกเตนสไตน์ตั้งแต่ ค.ศ. 1931 เพื่อเยี่ยมเยียนพี่น้อง

Nottebohm ได้ขอแปลงสัญชาติ(Naturalization)เป็นลิกเตนสไตน์ ซึ่งการแปลงสัญชาติดังกล่าวเริ่มตั้งแต่เดือนตุลาคม ค.ศ. 1939 อันเป็นเวลาที่ยังเป็นรัฐที่เป็นกลางอยู่ หากพิจารณาตามกฎหมายสัญชาติของลิกเตนสไตน์ ค.ศ. 1934 นั้น การแปลงสัญชาติเป็นลิกเตนสไตน์คนต่างด้าวจำเป็นต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายรวมทั้งข้อกำหนดที่ว่าจะต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศลิกเตนสไตน์เป็นเวลาอย่างน้อย 3 ปี เว้นแต่ได้รับการยกเว้นข้อกำหนดดังกล่าวหากมีพฤติการณ์พิเศษซึ่งไม่ปรากฏมีบทบัญญัติใดออกมารองรับพฤติการณ์พิเศษเช่นว่านั้น

อย่างไรก็ตาม Nottebohm ก็ได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในการมีถิ่นที่อยู่ 3 ปี แลกเปลี่ยนกับการที่ Nottebohm จ่ายเงินจำนวน 25,000 ฟรังก์สวิสแก่คอมมูน Mauren ซึ่งเป็นสถานที่ที่ Nottebohm ขอสมัครเพื่อให้ได้รับอนุญาตให้อยู่ใน Home Corporation และจ่ายเงินจำนวน 12,500 ฟรังก์สวิส แก่เทศบาล ในวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1939 มีพระบรมราชโองการประกาศว่า Nottebohm ได้รับอนุญาตให้แปลงสัญชาติเป็นลิกเตนสไตน์ โดยได้รับหนังสือรับรองการแปลงสัญชาติโดยพระบรมราชโองการ(Supreme Resolution of the Reigning Prince) ในวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1939 ซึ่งตามกฎหมายสัญชาติเยอรมนี Nottebohm จะเสียสัญชาติเยอรมนีในทันที

หลังจากนั้น Nottebohm ได้ถือหนังสือเดินทางของประเทศลิกเตนสไตน์และได้ขอวีซ่า (ลงตรา)เข้าประเทศกัวเตมาลาประจำเมือง Zurich ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และในปี ค.ศ. 1940 ได้เดินทางกลับมาประเทศกัวเตมาลาและดำเนินธุรกิจของตนต่อไป

เมื่อ ค.ศ. 1941 ประเทศกัวเตมาลาได้เข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 2 ร่วมกับประเทศเยอรมนี ซึ่งปี ค.ศ. 1943 Nottebohm ถูกทางการกัวเตมาลาจับในฐานะเป็นคนชาติศัตรู ทั้งมีการส่งตัวและกักตัวที่ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยทางการกัวเตมาลาได้ยึดทรัพย์สินของ Nottebohm ไว้ในฐานะคนชาติของศัตรูด้วย ในปี ค.ศ. 1946 Nottebohm ได้รับการปลดปล่อยและเดินทางกลับมายังประเทศลิกเตนสไตน์หลังจากที่ทางการประเทศกัวเตมาลาปฏิเสธที่จะชดใช้และคืนทรัพย์สินให้ อันเป็นไปตามพระราชบัญญัติการยึดทรัพย์สินของประเทศกัวเตมาลา ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1935 ต่อมา

ว่า คดี Nottebohm เป็นอีกคดีที่เกี่ยวกับเรื่องการพิจารณาการให้สัญชาติแก่บุคคลธรรมดา และเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดาได้อย่างไร ซึ่งจะมีเรื่องความสัมพันธ์อันแท้จริง (genuine link) ที่จะนำมาพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลธรรมดา โดยในคดีนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

“คดีนี้ พบว่า Nottebohm มีความเกี่ยวข้องกับกัวเตมาลามาก ดังจะเห็นได้จากการดำเนินกิจการ การประกอบธุรกิจตลอดจนผลประโยชน์ต่าง ๆ ก็ล้วนอยู่ในกัวเตมาลาทั้งสิ้น แต่ในขณะที่ความเกี่ยวข้องของ Nottebohm กับลีกเตเนสไตน์นั้นเบาบางมาก เพราะนอกจากการเสียค่าธรรมเนียมในการแปลงสัญชาติแล้วก็ไม่ปรากฏว่า Nottebohm มีความเกี่ยวข้องอื่นใดอีกกับลีกเตเนสไตน์ ไม่ว่าจะเป็นที่อยู่อาศัยหรือสถานที่ทำงานหรือประกอบธุรกิจหรือมีครอบครัวอยู่ในลีกเตเนสไตน์แต่อย่างใด ดังนั้น การแปลงสัญชาติดังกล่าวจึงไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของความเกี่ยวข้องที่แท้จริงกับลีกเตเนสไตน์ และเป็นการให้สัญชาติโดยไม่คำนึงถึงแนวคิดในเรื่องสัญชาติอันเป็นที่ยอมรับกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอีกด้วย”

“ประเทศลีกเตเนสไตน์ในฐานะที่เป็นรัฐอธิปไตยย่อมสามารถออกกฎหมายสัญชาติและให้สัญชาติลีกเตเนสไตน์แก่คนต่างด้าวตามกฎหมายของตนได้ และสัญชาตินั้นจะมีผลสำคัญที่สุดก็เฉพาะแก่บุคคลที่อยู่ในระบบกฎหมายแห่งรัฐที่ให้สัญชาติเท่านั้น ดังนั้น การให้สัญชาติ นาย Nottebohm โดยประเทศลีกเตเนสไตน์นั้นจึงเป็นเพียงการใช้เขตอำนาจภายในของลีกเตเนสไตน์เท่านั้น ส่วนประเด็นที่ประเทศลีกเตเนสไตน์จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้หรือไม่นั้นเป็นประเด็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยประเด็นดังกล่าวศาลได้กล่าวถึงแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศในกรณีที่มีบุคคลมีสองสัญชาติว่าจะพิจารณาให้เฉพาะสัญชาติที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้นมากที่สุด (effective nationality) ในกรณีของการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น ศาลสรุปว่าสัญชาติของบุคคลต้องสอดคล้องกับพฤติกรรมและข้อเท็จจริงเพื่อที่จะใช้กล่าวอ้างกับรัฐอื่นได้”

โดยสัญชาตินั้น “เป็นสิ่งเชื่อมโยงทางกฎหมายโดยมีพื้นฐานมาจากข้อเท็จจริงทางสังคมในการยึดเหนี่ยว เป็นความเกี่ยวข้องอันแท้จริง (genuine link) แห่งการมีอยู่ ประโยชน์และความรู้สึกพร้อมทั้งการมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน” ในกรณีของ Nottebohm ศาลเห็นว่า มิได้มีความผูกพันอย่างใกล้ชิดไม่ว่าโดยขนบธรรมเนียม ถิ่นที่อยู่ ผลประโยชน์ กิจกรรม ความผูกพันทางครอบครัวหรือแม้แต่ความตั้งใจในอนาคตอันใกล้กับประเทศลีกเตเนสไตน์มากไปกว่า

---

รัฐบาลประเทศลีกเตเนสไตน์ โดยคำขอลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1951 ได้เสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ)

สืบค้นเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2559, จาก <http://learners.in.th/blog/jeab-jeab/275333>

ประเทศอื่นใดเลย ความสัมพันธ์ที่ Nottebohm มีต่อประเทศลิกเตนสไตน์ก็เป็นเพียงผิวเผิน เท่านั้น ดังนั้น ศาลจึงปฏิเสธสิทธิของประเทศลิกเตนสไตน์ที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นาย Nottebohm และยกคำขอของประเทศลิกเตนสไตน์เสีย”

อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศในการร่างบท มาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้นมีความเห็นในคดี Nottebohm ดังนี้ “ในคดี Nottebohm นั้น มีปัจจัยบางอย่างที่ทำให้สมควรจำกัดไว้ใช้กับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเท่านั้นโดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่าความผูกพันระหว่าง Nottebohm กับลิกเตนสไตน์นั้นเบาบางมากเมื่อเทียบกับความผูกพันใกล้ชิดของ Nottebohm กับกัวเตมาลา ซึ่งเป็นเวลามากกว่า 34 ปี จึงเป็นเหตุให้ศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศยืนยันว่าลิกเตนสไตน์ไม่สามารถให้ความคุ้มครอง Nottebohm ต่อกัวเตมาลาได้ ซึ่งในกรณีนี้ ศาลไม่ได้เจตนาจะให้ใช้เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับทุกรัฐ แต่ให้เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ใช้กับรัฐที่ตกอยู่ใน สถานการณ์เดียวกับลิกเตนสไตน์ซึ่งถูกเรียกร้องให้แสดงความเกี่ยวโยงอันแท้จริงระหว่างลิกเตนสไตน์ กับ Nottebohm เพื่อที่จะยอมให้กล่าวอ้างสิทธิต่อกัวเตมาลาซึ่งเป็นชาติที่มีความผูกพันมากกว่า”

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ร่างบทมาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ได้เรียกร้องให้มีการพิสูจน์ในเรื่องสัญชาติที่แท้จริง ระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐในฐานะที่เป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมในการให้ความคุ้มครองทางทูต ตามแนวทาง ที่กล่าวไว้ในคดี Nottebohm ถึงแม้ว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นจะเป็นกรณีที่คนชาติมีสัญชาติ เดียวกันก็ตาม<sup>27</sup>

ยังมีกรณีความเห็นแย้งของผู้พิพากษาบางท่านในคดี Nottebohm ที่เห็น ว่าการที่ศาลวินิจฉัยไม่ให้ลิกเตนสไตน์ให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ Nottebohm เหตุเพราะไม่มีความ เกี่ยวโยงอันแท้จริงต่อกัน นั้น หากมีกรณีที่บุคคลธรรมดาที่มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางทูตซึ่ง เป็นความคุ้มครองเดียวที่มีที่ทำให้รัฐสามารถเสนอข้อเรียกร้องต่อรัฐที่ทำให้เกิดความเสียหายได้ ซึ่ง หากสิทธิในการคุ้มครองถูกยกเลิกแล้ว ก็เป็นไปได้ที่จะพิจารณาเนื้อหาของข้อเรียกร้องที่กล่าวอ้าง ว่าละเมิดกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ และถ้าไม่มีรัฐใดที่อยู่ในฐานะที่จะให้ความคุ้มครอง ทางทูตได้เช่นเดียวกับคดี Nottebohm แล้ว ข้อเรียกร้องที่เสนอในนามตัวบุคคลผู้ซึ่งสัญชาติของเขา ถูกโต้แย้งหรือถือว่าไม่มีผลบังคับในระดับระหว่างประเทศและบุคคลนั้นก็ไม่มีสัญชาติของรัฐอื่นอีกก็ อาจจะต้องถูกละทิ้ง ด้วยเหตุนี้ผู้พิพากษา M.Guggenheim จึงเห็นว่า กรณีดังกล่าวอาจขัดกับ หลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 (1) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ว่า “ทุกคนมี สิทธิในการถือสัญชาติ” นอกจากนี้การปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองนั้นไม่สอดคล้องกับความพยายามที่

<sup>27</sup> United Nations, supra note 1, p.48.

จะป้องกันการเพิ่มขึ้นของจำนวนกรณีคนไร้สัญชาติและให้ความคุ้มครองต่อการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ ทั้งนี้โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องสัญชาติ ศาสนา และเชื้อชาติ<sup>28</sup>

โดยกรณีประเทศไทยก็มีการกล่าวถึงหลักความสัมพันธ์อันแท้จริงกับบุคคล เช่นว่านั้น โดยหลักสืบสายโลหิต หลักดินแดนหรือทั้งสองหลักก็ตามซึ่งตาม พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 10 ก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์การแปลงสัญชาติเป็นสัญชาติไทยของคนต่างด้าวไว้ด้วย<sup>29</sup> กล่าวได้ว่าตามกฎหมายสัญชาติของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยึดถือกันสืบมา โดยมีการพิจารณาการให้สัญชาติไทยแก่คนต่างด้าวโดยยึดถือความสัมพันธ์อันแท้จริง(genuine link) ที่บุคคลต่างด้าวมุ่งต่อประเทศไทยเช่นกัน

### 3.3.1.3 หลักบุคคลหลายสัญชาติ

กรณีบุคคลที่ถือหลายสัญชาติซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ในการดำรงอยู่ของบุคคลในปัจจุบัน อันเนื่องจากการได้สัญชาติมาไม่พร้อมกัน และพร้อมกัน เช่น กรณีคนต่างด้าวได้สัญชาติมาโดยการเกิด และปรากฏว่าบุคคลนั้นได้สัญชาติอื่นอีกซึ่งได้มาภายหลังการเกิด เช่น การสมรส หรือในกรณีบุคคลได้สัญชาติมาพร้อมกัน คือ การได้สัญชาติมาจากการสืบสายโลหิตของบิดามารดา และในขณะเดียวกันบุคคลนั้นก็เกิดในต่างประเทศซึ่งยอมรับหลักดินแดน บุคคลนั้นก็จะเป็นคนสองสัญชาติ<sup>30</sup> ซึ่งเมื่อมีหลายสัญชาติก็ย่อมเกิดกรณีความสับสนในการใช้สิทธิในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากบุคคลผู้นั้นก็มีสิทธิมากกว่าบุคคลที่มีสัญชาติเดียว แล้วสัญชาติใดจะสามารถคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้ ร่างบทมาตรา มาตรา 6 ได้บัญญัติกฎเกณฑ์ในกรณีบุคคลหลายสัญชาติไว้ดังนี้

“มาตรา 6 บุคคลหลายสัญชาติและการเรียกร้องสิทธิต่อรัฐที่สาม

<sup>28</sup> *Ibid.*, p.49.

<sup>29</sup> พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 10 คนต่างด้าวซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนดังต่อไปนี้ อาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทยได้

(1)บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายไทยและกฎหมายที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ (2) มีความประพฤติดี (3) มีอาชีพเป็นหลักฐาน (4) มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยต่อเนื่องมาจนถึงวันที่ยื่นคำขอแปลงสัญชาติเป็นไทยเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี (5) มีความรู้ภาษาไทยตามที่กฎกระทรวงกำหนด

สืบค้นเมื่อ 23 เมษายน 2559 จาก <http://learners.in.th/blog/jeab-jeab/275333>

<sup>30</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 157.



1) รัฐใดซึ่งบุคคลถือสองหรือหลายสัญชาติเป็นคนสัญชาติของรัฐตน ก็อาจเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตต่อรัฐอื่นซึ่งไม่ใช่รัฐสัญชาติของบุคคลได้

2) รัฐทั้งสองหรือหลายรัฐอาจร่วมกันให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีบุคคลถือสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติก็ได้<sup>31</sup>

ในกรณีบุคคลสามารถถือสัญชาติได้มากกว่าหนึ่งสัญชาตินั้น กฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1930 ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 3 ดังนี้

“...บุคคลผู้ถือสองหรือหลายสัญชาติอาจอ้างสัญชาติของตนตามรัฐที่ตนถือสัญชาติได้”<sup>32</sup>

ในความเห็นของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวว่าการถือบุคคลถือสองหรือหลายสัญชาติ ตามมาตรา 6 นั้นมีสิทธิในการเลือกสัญชาติในการขอความคุ้มครองทางทูตได้หากแต่ยังมีข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐหนึ่งรัฐใด หรือทุกรัฐที่บุคคลผู้เสียหายถือสัญชาติ โดยการเรียกร้องดังกล่าวต้องเรียกร้องจากรัฐที่มีสัญชาติของบุคคลนั้น โดยในมาตรา 6(1) นั้นให้รัฐเจ้าของสัญชาติใช้สิทธิในการคุ้มครองทางทูตได้โดยถือว่าเป็นคนชาติของตนแม้ว่าบุคคลผู้นั้นมีสัญชาติเดียวหรือมีสัญชาติอื่นร่วมด้วยก็ตาม เหมือนในมาตรา 4 ของร่างบทมาตราฯ ที่มีได้เรียกร้องให้มีความเชื่อมโยงอย่างแท้จริงระหว่างคนชาติกับรัฐสัญชาติของผู้เสียหายในการให้ความคุ้มครองทางทูต แม้ว่าจะมีเสียงสนับสนุนเรียกร้องให้มีความเชื่อมโยงอันแท้จริง ระหว่างบุคคลกับรัฐเจ้าของสัญชาติ ซึ่งบุคคลมีหลายสัญชาติในกรณีที่เรียกร้องกับสัญชาติที่ตนมีความผูกพันที่น้อยกว่า ซึ่งรัฐที่บุคคลมีความเชื่อมโยงที่โดดเด่นกว่าจะเป็นสัญชาติที่มีประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองทางทูต ในคดี Salem อียิปต์ไม่สามารถยกข้อเท็จจริงในเรื่องความเสียหายของบุคคลที่มี

<sup>31</sup> United Nations, supra note 1, p.41.

Draft article on Diplomatic Protection : Article 6

Multiple nationality and claim against a third State

1. Any State of which a dual or multiple national is a national may exercise diplomatic protection in respect of that national against a State of which that person is not a national.

2. Two or more States of nationality may jointly exercise diplomatic protection in respect of a dual or multiple national.

<sup>32</sup> United Nations, supra note 1, p.41.

สัญชาติเปอร์เซียเป็นสัญชาติที่มีประสิทธิผลเพื่อเรียกร้องต่อสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นสัญชาติอื่นได้ กล่าวคือศาลมิได้ให้ความสำคัญกับเรื่องความมีประสิทธิผลและความเชื่อมโยงอันแท้จริงสัญชาติ ดังนั้นกรณีดังกล่าวจึงอาจไม่มีความจำเป็นที่จะนำหลักเรื่องความสัมพันธ์ของสัญชาติอย่างแท้จริงและการเชื่อมโยงสัญชาติมาใช้ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลผู้ถือหลายสัญชาติ<sup>33</sup>

ในทางระหว่างประเทศเมื่อบุคคลผู้เสียหายมีหลายสัญชาติและเป็นความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของรัฐที่สามซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญชาติด้วยแล้ว รัฐใดก็ตามที่มีความสัมพันธ์ทางสัญชาติกับผู้เสียหาย รัฐนั้นก็สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวเพื่อเรียกร้องต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันจากร่างบทมาตรารว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 6(1) “รัฐใดซึ่งคนสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติเป็นคนชาติของรัฐตนก็อาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติดังกล่าวได้เพื่อเรียกร้องต่อรัฐซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่ได้เป็นคนชาติ” ในวรรคสองของมาตรา 6(2) ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมว่า “รัฐเจ้าของสัญชาติเหล่านั้นอาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวร่วมกันก็ได้” ซึ่งเป็นกรณีที่เพิ่มความคุ้มครองให้แก่คนชาติของรัฐแม้ว่าจะมีสัญชาติใดก็สามารถให้ความช่วยเหลือกันได้ จะได้ไม่มีปัญหาในการเกี่ยวกันคุ้มครองว่าใครควรจะทำหน้าที่มากกว่ากัน เพราะทั้งสองรัฐสามารถร่วมกันทำหน้าที่ได้เท่า ๆ กัน ไม่ว่าจะได้สัญชาติมาโดยวิธีใดก็ตาม

นอกจากประเด็นที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับผู้รับความคุ้มครองทางทูตซึ่งเป็นบุคคลหลายสัญชาติจะต้องมีความสัมพันธ์ทางสัญชาติต่อกันอย่างแท้จริงหรืออย่างมีประสิทธิผลหรือไม่นั้น ในประเด็นดังกล่าวนี้มีอำนาจผูกมัดสำหรับความเห็นว่าการที่สัญชาติที่มีประสิทธิผลนั้นจะไม่นำมาใช้กับกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลสองสัญชาติต้องการที่จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าวเพื่อเรียกร้องต่อรัฐที่สาม

ในกรณีหากมีการเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่ง โดยปกติแล้วหลักในทางระหว่างประเทศนั้น รัฐเจ้าของสัญชาติไม่อาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่สัญชาติเพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของตนอีกรัฐหนึ่งได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก non-responsibility ซึ่งหลักการนี้ได้รับการกล่าวยืนยันไว้ในมาตรา 4 ของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1930<sup>34</sup>

<sup>33</sup> United Nations, *supra* note 1, pp.41-42.

<sup>34</sup> Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws. 1930,

หากแต่ยังมีอีกแนวทางหนึ่งให้เห็นแตกต่างไปจากหลักการดังกล่าวข้างต้น โดยเห็นว่า รัฐเจ้าของสัญชาติอาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐนั้นเพื่อเรียกร้องต่อรัฐอีกรัฐหนึ่งที่ตนมีสัญชาติอยู่ด้วยได้ แต่รัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีนี้ต้องเป็นรัฐสัญชาติที่มีประสิทธิภาพ หรือสัญชาติที่มีลักษณะเด่นเฉพาะ ซึ่งแนวทางนี้เป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักในมาตรา 5 ของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1930<sup>35</sup> กล่าวคือ กฎหมายที่จะนำมาใช้กับบุคคลที่มีสองสัญชาติหรือกว่านั้นขึ้นไปก็คือกฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติวิสัยและเป็นแหล่งสำคัญ หรือกฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นในพฤติการณ์เช่นนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดมากที่สุด<sup>36</sup>

แนวทางดังกล่าวยังสอดคล้องกับร่างบทมาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐเจ้าของสัญชาติไม่อาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลเพื่อเรียกร้องต่อรัฐซึ่งบุคคลนั้นเป็นคนชาติของรัฐนั้นเช่นกัน ถ้าสัญชาติของรัฐแรกไม่ได้โดดเด่นกว่า ทั้งในเวลาที่มีความเสียหายเกิดขึ้นและในเวลาที่เสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ” จากการบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า การให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีนี้รัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูต กับ รัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐที่ถูกเรียกร้อง แต่ทั้งนี้จะสังเกตได้ว่าร่างบทมาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตฉบับนี้ไม่ได้กำหนดว่าอะไรบ้างเป็นปัจจัยในการพิจารณาว่าสัญชาติใดจะโดดเด่นกว่ากัน ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมหลาย ๆ เรื่อง รวมด้วย เช่น ถิ่นที่อยู่อาศัย สถานที่

---

Article 4 : A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p.2.

Article 5 : Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognise exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected.

<sup>36</sup> United Nations, *supra* note 1, p.42.

ทำงาน ระยะเวลาที่อยู่อาศัยในรัฐเจ้าของสัญชาติแต่ละรัฐ วันที่แปลงสัญชาติ สถานศึกษา การเงิน การเสียภาษี การถือหนังสือเดินทาง การเข้าเป็นทหาร เป็นต้น<sup>37</sup>

### 3.3.2 กรณีนิติบุคคล

นอกจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีต่อบุคคลธรรมดาที่บ่งชี้ถึงสัญชาติในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตแล้ว ทั้งนิติบุคคลในทางกฎหมายยังมีนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นซึ่งกฎหมายสมมติขึ้นมาให้สามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เสมือนเป็นบุคคลธรรมดา ดังนั้นนิติบุคคลย่อมมีสัญชาติได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ โดยนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิได้รับความคุ้มครองทางทูตเช่นเดียวกัน เนื่องจากมีการเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองทางทูตแก่นิติบุคคล แม้จะไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนเหมือนการกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดา แต่ก็มีกฎเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลอยู่ ดังนี้

#### 3.3.2.1 เกณฑ์การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล

การให้ความคุ้มครองทางทูตต่อบริษัทหรือนิติบุคคล ไม่ต่างจากการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อบุคคลธรรมดา กฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ จะกำหนดสภาพบุคคล ไม่ว่าจะ เป็นหน่วยงานของรัฐ เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานเอกชน เช่น บริษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด สมาคม หรือมูลนิธิ แยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาเพื่อให้สามารถมีและใช้สิทธิตามกฎหมาย เนื่องจากนิติบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต ดังนั้น จึงไม่อาจใช้ “หลักสืบสายโลหิต” และ “หลักดินแดน” กับนิติบุคคลได้ เพราะที่ทั้งสองหลักใช้เรื่องการเกิดจากครรภ์มารดา เป็นองค์ประกอบสำคัญ<sup>38</sup>

ดังนั้นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลจึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์การให้สัญชาตินิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ สองกรณีใหญ่ คือ ยามสันติ (in time of peace) กับ ยามสงคราม (in time of war)<sup>39</sup>

<sup>37</sup> *Ibid.*, p.42.

<sup>38</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น.37.

<sup>39</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เพิ่งอ่าง, น.38.

“ยามสันติ กฎหมายภาคพื้นยุโรป ส่วนใหญ่ใช้หลักเกณฑ์ที่ตั้งบัญญัติราชการ เป็นเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล โดยสัญชาตินิติบุคคลให้เป็นไปตามถิ่นที่นิติบุคคลมีการประชุมของผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้น หรือเป็นสถานที่ที่มีการสั่งการหรือกำหนดโดยบាយโดยกรรมการผู้จัดการของบริษัท

“การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลดังกล่าว มีความสำคัญในเรื่องของการใช้เขตอำนาจโดยทั่วๆ ไปของรัฐเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว ยังมีความสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นิติบุคคลเหล่านั้นโดยรัฐเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคลนั้นอีกด้วย ในเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นิติบุคคลที่เป็นบริษัทนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักในคดี Barcelona Traction ระหว่างเบลเยียม กับสเปน มีความว่า

“หากบริษัทยังมีตัวตนอยู่ รัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทนั้นเท่านั้นที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บริษัทได้ และรัฐดังกล่าวจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ซึ่งมีสัญชาติของตนได้ก็ต่อเมื่อบริษัทนั้นสิ้นสภาพบุคคลลงแล้ว หรือรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่่นั้นเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทนั้นเองหรือรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทไม่มีความสามารถที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บริษัทได้”<sup>40</sup>

ตัวอย่างการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไทย ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักเกณฑ์การให้สัญชาตินิติบุคคลโดยตรง มีแต่กฎหมายเฉพาะที่กล่าวถึงนิติบุคคลไทยและนิติบุคคลต่างด้าวซึ่งจะใช้เฉพาะในบริบทของกฎหมายนั้น ๆ ตัวอย่างเช่น ในพระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ.2481 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทย... ถ้าเป็นนิติบุคคลต้องจัดตั้งตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานใหญ่อยู่ในราชอาณาจักรไทย”

ส่วนยามสงคราม กฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ต่างยอมรับหลัก “การควบคุม” เป็นเกณฑ์ในการชี้ว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ หรือเป็นนิติบุคคลที่เป็นชนชาติศัตรูกับประเทศตนหรือไม่”

<sup>40</sup> ข้อเท็จจริง คดี Barcelona มีใจความว่า บริษัท Barcelona Traction Light and Power เป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นมาในปี 1911 ตามกฎหมายของประเทศแคนาดา มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมืองโตรอนโต ประเทศแคนาดา ผู้ถือหุ้น 88 % ของบริษัทถือสัญชาติเบลเยียม บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการด้านการพัฒนาระบบไฟฟ้าในประเทศสเปน โดยบริษัทมีสำนักงานสาขาอยู่ที่ประเทศสเปน ในปี ค.ศ. 1948 รัฐบาลสเปนได้โอนกิจการของบริษัทดังกล่าวเป็นของประเทศสเปน จึงทำให้เกิดประเด็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) ว่าประเทศแคนาดา หรือประเทศเบลเยียม จะเป็นผู้ให้ความคุ้มครองดังกล่าว ซึ่งหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติของเอกชนผู้เสียหายเป็นผู้ให้ความคุ้มครอง โดยเอกชนผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไขความเสียหายภายใต้กระบวนการยุติธรรมของรัฐที่ก่อความเสียหาย (Exhaustion of Local Remedies) ซึ่งคดีนี้ ประเทศเบลเยียมอ้าง Diplomatic Protection เพื่อให้ความคุ้มครอง

คำพิพากษาของศาลในคดี Barcelona เป็นบรรทัดฐานในเรื่องความคุ้มครองทางทูตแก่นิติบุคคล เช่น ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ศาลกล่าวไว้ว่า “กฎหมายระหว่างประเทศได้ให้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่รัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและมีสำนักงานจดทะเบียนภายในอาณาเขตของรัฐนั้น”

จากคำกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าศาลคดี Barcelona Traction กำหนดเงื่อนไขการพิจารณาว่ารัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตไว้ 2 ประการ ได้แก่

- (1) บริษัทจะต้องก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายภายในของรัฐ และ
- (2) บริษัทนั้นต้องมีสำนักงานจดทะเบียนอยู่ในรัฐที่ได้ก่อตั้งบริษัทขึ้น

แนวทางที่ศาลคดี Barcelona Traction กล่าวก็สอดคล้องกับกฎหมายของรัฐส่วนใหญ่ที่กำหนดให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของตนมีสำนักงานจดทะเบียนอยู่ในรัฐนั้น ๆ ด้วย เช่น การกำหนดนิยามของบริษัทในความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยและฮ่องกง<sup>41</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลก็ไม่ได้จำกัดสัญชาติของนิติบุคคลไว้เพียงการก่อตั้งเพียง

คนชาติของตนซึ่งถือหุ่นข้างมากในบริษัท แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาประเด็นนี้ว่าเบลเยียมไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Barcelona Traction Light and Power ได้ เพราะเบลเยียมไม่มี Jus Standi (Recognized right, right of standing) เพราะบริษัทมีสัญชาติแคนาดา เนื่องจากบริษัทได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศแคนาดา มีที่ตั้งสำนักงานใหญ่อยู่ที่ประเทศแคนาดา อีกทั้งการจัดการระบบบัญชี การจดทะเบียนผู้ถือหุ้นก็เป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายแคนาดา นอกจากนั้นในการประชุมใหญ่กรรมการบริหาร และการเสียภาษีเงินได้ก็ทำที่ประเทศแคนาดาด้วย ดังนั้นบริษัทจึงเป็นนิติบุคคลสัญชาติแคนาดา และเป็นผู้เสียหายโดยตรงอันเนื่องมาจากที่รัฐบาลสเปนใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อโอนกิจการของบริษัทดังกล่าวเป็นของรัฐบาลสเปน” สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2559, จาก

[http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/0811/14APPENDIX\\_A.pdf](http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/0811/14APPENDIX_A.pdf)

<sup>41</sup> ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับเขตบริหารพิเศษฮ่องกง กำหนดนิยาม ของนิติบุคคลดังนี้

นิติบุคคลไทย คือ นิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในเขตราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะมีความรับผิดชอบจำกัดหรือไม่ว่าจะเพื่อผลกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท”

นิติบุคคลฮ่องกง คือ บริษัท ห้างหุ้นส่วน หรือสมาคมซึ่งก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่มีใช้บังคับในเขตบริหารพิเศษฮ่องกง ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท”

อย่างเดียวกันนั้น แต่ศาลกลับเห็นว่าจะต้องมีความสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้นถาวร หรือ “permanent and close connection” ระหว่างรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางการทูตกับบริษัทอีกด้วย ซึ่งในคดี Barcelona ได้ถูกยกมาเป็นคดีบรรทัดฐานที่ใช้อ้างสิทธิในการคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลและผู้ถือหุ้น ศาลกล่าวเช่นนี้ก็ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัท การบริหารจัดการ การเลิกกิจการ หรือแม้กระทั่งสิทธิของผู้ถือหุ้น และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท โดยต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายภายในประกอบกับการพิจารณาว่ากรณีใดที่รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท หรือผู้ถือหุ้นได้บ้าง ซึ่งแต่ละกรณีก็อาจมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไปไม่สามารถมาปรับใช้กับคดีนี้ได้ทุกกรณี ดังนั้นคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในหัวข้อดังกล่าวเพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อร่างบทมาตราในเรื่องรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัท ซึ่งเป็นการจัดทำร่างเป็นหัวข้อที่เฉพาะในการพิจารณาเกณฑ์ต่าง ๆ ในการนำหลักความคุ้มครองทางการทูตมาปรับใช้ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันซึ่งที่ผ่านมามีเพียงการนำคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ใน คดี Barcelona Traction โดยยึดหลักสัญชาติเป็นหลักสำคัญซึ่งการให้สัญชาติแก่นิติบุคคลนั้นอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังที่ศาลในคดี Barcelona Traction ได้เคยกล่าวไว้

นอกจากนี้ ร่างบทมาตรา มาตรา 9 ว่าด้วยเรื่องรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท ความว่า

“ตามวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล รัฐเจ้าของสัญชาติ หมายถึง รัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทขึ้นตามกฎหมายของรัฐนั้น อย่างไรก็ตามหากบริษัทถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐอื่นขึ้นตามกฎหมายของรัฐนั้น และไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท และสถานที่ในการบริหารจัดการรวมถึงการควบคุมทางการเงินของบริษัทดำเนินอยู่ในอีกรัฐหนึ่งรัฐดังกล่าวถือเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติ”<sup>42</sup>

<sup>42</sup> United Nations, supra note 1, p.34.

Article 9 A State of nationality of a corporation:

“For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat

ร่างบทมาตราฯ มาตรา 9 แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่าการให้ความคุ้มครองทางการทูตมิได้จำกัดอยู่แต่เพียงบุคคลธรรมดา แต่บริษัทก็สามารถได้รับความคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ตระหนักถึงความเป็นไปได้ที่อาจเกิดกรณีในการลงทุนระหว่างประเทศที่รัฐอาจเข้าไปจดทะเบียนภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง เพียงเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจบางประการซึ่งแท้จริงเพียงต้องการหาผลประโยชน์ ด้วยเหตุนี้ภายในร่างบทมาตราฯ มาตรา 9 จึงมีการกล่าวถึงกรณีที่ไม่ปรากฏความสัมพันธ์อันแน่นแฟ้นระหว่างรัฐที่รับจดทะเบียนกับบริษัท หากแต่บริษัทกลับมีความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญกับรัฐอื่น มีนัยสำคัญในที่นี้ในร่างบทมาตรามีได้กล่าวไว้คืออย่างไร ถ้านำมาจะเทียบเคียงได้ว่าเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลในรัฐที่ต้องดำเนินธุรกิจทำให้การจัดตั้งนิติบุคคลในที่นั้นสำคัญกว่าที่อื่น ๆ อันจะนำมาซึ่งสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทต่อไป ดีกว่าเป็นการให้สิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นของรัฐใดรัฐหนึ่งที่มีความสัมพันธ์กับบริษัทดังกล่าวเพียงน้อยนิดเท่านั้น เพราะความสัมพันธ์ที่ไม่แน่นแฟ้นอาจส่งผลให้รัฐนั้นไม่เห็นคุณค่าของการที่ผู้เสียหายได้ร้องขอให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บริษัทนั้น ๆ ทั้งนี้ สถานะที่ในการบริหารจัดการ และควบคุมทางการเงินซึ่ง ตั้งอยู่ภายในรัฐนั้น เป็นสิ่งสำคัญในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น รัฐดังกล่าวสมควรถือเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติที่มีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูต เพราะมีผลต่อผลประโยชน์ กำไร ขาดทุน ที่จะได้จากการดำเนินธุรกิจนั้น ๆ

ทว่าข้อสังเกตจากร่างนี้ ไม่มีการกล่าวถึงรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวทางของศาลคดี Barcelona Traction ที่ตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่าภายในบริษัทหนึ่งย่อมมีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก หากเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมาใช้สิทธิศาลเห็นว่าอาจก่อให้เกิดการดำเนินการที่ซับซ้อนยุ่งยาก และก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ ร่างบทมาตราฯ มาตรา 9 จึงระบุชัดเจนว่ารัฐใดควรเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทมากที่สุด ซึ่งก็ไม่มีเรื่องรัฐผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด

ในความเห็นของคณะกรรมาธิการฯ ในเรื่องของสัญชาติของบริษัทนั้น ได้กล่าวว่า การให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นิติบุคคลนั้นก็เหมือนการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลธรรมดา ใน มาตรา 4 แต่ได้ระบุหลักเกณฑ์เฉพาะที่ชัดเจนขึ้น เพื่อให้นิติบุคคลได้ทราบถึงสถานะที่แท้จริงของบริษัทในการกำหนดสัญชาติเพื่อใช้สิทธิเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตได้ ในกรณีร่างบทมาตรานี้ได้ให้ความสำคัญในการให้ความคุ้มครองทางทูตแต่เฉพาะนิติบุคคลที่เป็นบริษัท เนื่องจากเป็นเรื่องของ

---

of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.”



ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ หากแต่นิติบุคคลประเภทอื่น ในมาตรา 13 มิได้มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์มากมายในเรื่องเศรษฐกิจดังกล่าว จึงไม่ได้กำหนดกรณีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลประเภทอื่นไว้ในร่างบทมาตรานี้<sup>43</sup>

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การนำร่างบทมาตรา ในเรื่องการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ประเภทบริษัท เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน และเป็นประโยชน์ในการที่นานาประเทศจะยึดเป็นเกณฑ์ โดยในอนาคตการเจริญเติบโตของการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ เมื่อบริษัทต่างชาติมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งอาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างประเทศมากขึ้น การให้ความคุ้มครองทางทูตจึงเป็นอีกวิธีการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศที่นอกจากบุคคลธรรมดาจะใช้สิทธิเรียกร้องจากรัฐเจ้าของสัญชาติแล้ว บริษัทต่าง ๆ ก็สามารถร้องขอให้รัฐที่ตนถือสัญชาติอยู่ใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ต้องพิสูจน์ว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติใด และต้องพิสูจน์เรื่องการหมกหมนทาง การเยียวความเสียหายด้วย

### 3.3.2.2 หลักความต่อเนื่องในการถือสัญชาติของนิติบุคคล

หลักความต่อเนื่องในการถือสัญชาติของนิติบุคคลมีรายละเอียดที่แบ่งออกเป็น 3 ข้อย่อยที่คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศให้ความสำคัญในการจัดหมวดหมู่ในเรื่องดังกล่าวแยกออกมาจากกรณีบุคคลธรรมดาใน มาตรา 5 ซึ่งนิติบุคคลจะมีความสัมพันธ์กับรัฐเจ้าของสัญชาติในกฎเกณฑ์ที่คล้ายและแตกต่างกับบุคคลธรรมดาอยู่บ้าง โดยจะอธิบายรายละเอียดของมาตรา 10 ดังนี้

ร่างบทมาตรา มาตรา 10 เรื่องความต่อเนื่องในการถือสัญชาติของนิติบุคคล

1. รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นหรือรัฐก่อนหน้าตั้งแต่วันที่ความเสียหายเกิดจนถึงวันที่มีการเสนอข้อเรียกร้องและความสัมพันธ์ด้านสัญชาตินั้นมีอยู่อย่างต่อเนื่องระหว่างช่วงเวลาทั้งสอง
2. รัฐไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท หากบริษัทถือสัญชาติของรัฐดังกล่าวภายหลังจากวันเสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ
3. อย่างไรก็ตาม ตาม วรรค 1 รัฐยังคงมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นตั้งแต่วันที่ได้รับความเสียหายและบริษัทได้สิ้นสุดตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้รับการก่อตั้งขึ้น ด้วยเหตุแห่งความเสียหายนั้น<sup>44</sup>

<sup>43</sup> United Nations, supra note 1, p.52.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p.55.

ทั้งนี้จากการศึกษาร่างบทมาตรา มาตรา 10 ถึงความสัมพันธ์ในทาง สัญชาติของนิติบุคคลกับรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคล ซึ่งได้กล่าวไว้ใน มาตรา 5 เช่นกัน ซึ่งจากความเห็นของคณะกรรมการ กล่าวไว้ว่า ในประเด็นเรื่องความต่อเนื่องในการถือสัญชาติของนิติบุคคลนั้นจะไม่ค่อยพบปัญหาเหมือนดังเช่นบุคคลธรรมดา เนื่องจากบุคคลธรรมดาที่ต้องการจะเปลี่ยนสัญชาตินั้นทำได้ค่อนข้างง่ายและไม่ยุ่งยากนัก ซึ่งบุคคลธรรมดาอาจเปลี่ยนโดยการแต่งงาน การรับบุตรบุญธรรม หรือการสืบทอดของรัฐ<sup>45</sup> เป็นต้น หากแต่การเปลี่ยนสัญชาติของนิติบุคคลนั้นต้องยกเลิกกิจการและปรับปรุงเปลี่ยนแปลงคณะกรรมการในบริษัท หรือการกลับมารวมตัวกันใหม่ของบริษัท โดยส่วนมากแล้วการเปลี่ยนแปลงสัญชาตินิติบุคคลอาจเปลี่ยนแปลงไปตามกฎหมายบุคคลธรรมดา เช่น ในเรื่องการสืบทอดของรัฐ<sup>46</sup> เนื่องจากเมื่อรัฐสิ้นสุดลง และตกอยู่ในการควบคุมของรัฐอื่น รัฐใหม่ก็ต้องเป็นรัฐสัญชาติของนิติบุคคลเช่นกัน

ตามร่างบทมาตรา มาตรา 10 (A) ยืนยันถึงหลักการพื้นฐานของรัฐในการคุ้มครองทางทูตแก่นิติบุคคลซึ่งนิติบุคคลมีสัญชาติของรัฐที่ให้ความคุ้มครองตั้งแต่วันที่เกิดความเสียหายจนถึงวันที่เสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ ซึ่งยังคงเสนอให้มีหลักความต่อเนื่องในการถือ

---

Draft Articles on Diplomatic Protection :

Article 10 Continuous nationality of a corporation ;

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation that was a national of that State, or its predecessor State, continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.

2. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation that acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the presentation of the claim.

3. Notwithstanding paragraph 1, a State continues to be entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation which was its national at the date of injury and which, as the result of the injury, has ceased to exist according to the law of the State of incorporation.

<sup>45</sup> การสืบทอดของรัฐ คือ การที่รัฐที่ตนถือสัญชาตินั้นสิ้นสุดลงหรือตกอยู่ในการควบคุมของรัฐอื่นและไม่มีรัฐใหม่มาสืบทอดต่อ ตัวอย่าง สหภาพโซเวียตและยูโกสลาเวียล่มสลาย

<sup>46</sup> United Nations, supra note 1, pp.55-56.

สัญญาที่อยู่เช่นกรณีบุคคลธรรมดา ใน มาตรา 5 ความเห็นของคณะกรรมการในเรื่องการเรียกร้อง คือ ในการเสนอเรื่องพิจารณาคดี ซึ่งเป็นการเรียกร้องในการควบคุมที่เฉพาะที่ให้ผู้กระทำผิดควรจะ ยุติการกระทำละเมิดกฎหมายนั้น และควรจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่บุคคลผู้เสียหาย

อย่างไรก็ดี ตามร่างบทมาตราฯ มาตรา 10 นี้ ได้ให้ความเป็นธรรมแก่ บริษัทสัญญาผู้เรียกร้องแม้ในขณะที่บริษัทได้ล้มเลิกกิจการไปแล้ว ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 10 (3) ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นเพราะเมื่อบริษัทที่ต้องถูกปิดลงไปเมื่อไม่มีตัวบุคคลที่จะมาอ้างสิทธิ เมื่อบริษัทเกิดความเสียหายขึ้นในขณะที่ยังดำเนินกิจการอยู่ แต่ต่อมาเมื่อเวลาผ่านไป การจะนำเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาเรียกร้องให้ผู้กระทำผิดชดใช้ ย่อมกระทำมิได้ หากแต่ มาตรา 10 (3) ได้กำหนดสิทธิไว้ให้แม้บริษัทจะถูกยกเลิกกิจการไปแล้วก็ตามก็ยังสามารุใช้ความ คุ้มครองทางทูตได้ ซึ่งในกรณีนี้น่าจะเกิดขึ้นจำนวนไม่น้อยเนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจส่งผล ต่อนิติบุคคลในการดำเนินธุรกิจต่อไปไม่ได้เนื่องจากไม่มีเงินทุน เป็นต้น

### 3.3.3 กรณีผู้ถือหุ้น

ในกรณีที่นิติบุคคลสามารถได้รับความคุ้มครองทางทูตตามที่ได้กล่าวมาแล้ว หากแต่ในความเป็นจริงเมื่อบริษัทต้องการระดมทุนเพื่อจะดำเนินธุรกิจ โดยต้องอาศัยบุคคลภายนอก เข้าร่วมลงทุนเพื่อซื้อหุ้นของบริษัทและนำกำไรจากการดำเนินธุรกิจของบริษัทมาแบ่งสรรระหว่างผู้ถือ หุ้นตามสัดส่วนหุ้นที่ถือ เนื่องจากการลงทุนในปัจจุบัน มักไม่ได้อยู่ในรูปแบบของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เปนเจ้าของบริษัท แต่เป็นรูปแบบการถือหุ้น นอกจากนี้ โดยทั่วไป ในความตกลงฯ มักกำหนดให้การ ลงทุนในหุ้นเป็นการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครอง<sup>47</sup>

<sup>47</sup> ใน NAFTA Article 1117 เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีในนามบริษัทได้ อนึ่ง Article 1135(2) ระบุว่า ค่าเสียหายที่ได้รับตกแก่บริษัททั้งหมด โดยผู้ถือหุ้นจะแบ่งสวนค่าเสียหายได้ เฉพาะในสวนที่ตนถือหุ้นในภายหลังเท่านั้น นอกจากนี้ NAFTA ยังกำหนดให้เฉพาะผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจ ควบคุมบริษัท (Controlling Shareholders) สามารถฟ้องคดีในนามบริษัทได้ โดยหากผู้ถือหุ้นฟ้อง คดีในนามบริษัทแล้ว บริษัทก็ไม่สามารถ นำคดีมาฟ้องได้อีก จึงเป็นการป้องกันการเกิด Double Recovery อนึ่ง แม้จะมีการกำหนดไว้เช่นนี้ในความตกลงฯ อนุญาโตตุลาการในคดี Pope & Talbot vs. Canada ยังพิจารณาขอพิพาทของนักลงทุนในฐานะผู้ถือหุ้น

แม้ความเสียหายทั้งหมดเป็นของผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ ในคดี GAMI vs. Mexico ยังอนุญาต ให้ผู้ถือหุ้นสวนน้อย (Minority Shareholder) สามารถฟ้องคดีได้ อันแสดงให้เห็นว่า Article 1117 ยัง ไม่ชัดเจนเพียงพอ (2) การระบุพันธกรณี เช่น Waiver Clause หรือ Fork in the Road ไว้ในความตกลง

อย่างไรก็ดี ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เกิดความเสียหายควรได้รับความคุ้มครองทางทูต และควรจะให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องในนามของบริษัทได้หรือไม่นั้น แม้ผู้ถือหุ้นจะเป็นองค์ประกอบสำคัญในการระดมเงินทุนเพื่อดำเนินธุรกิจ แต่ยังเป็นปัญหาในทางระหว่างประเทศที่การเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตของผู้ถือหุ้นนั้นจะกระทำได้เพียงใด ซึ่งยังมีความไม่ชัดเจนที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้นที่ถือสัญชาติได้หรือไม่ ซึ่งในคดี Barcelona ศาลก็ไม่เห็นด้วยกับการที่ผู้ถือหุ้นจะมาเรียกร้องให้รัฐสัญชาติผู้ถือหุ้นมาใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากสถานะของผู้ถือหุ้นกับสถานะของบริษัทนั้นแยกจากกัน โดยหากบริษัทเกิดความเสียหาย รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทจะเป็นผู้ดำเนินการมิใช่รัฐผู้ถือหุ้น โดยศาลเห็นว่าการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยตรงเท่านั้นจึงจะส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้นได้ เช่น กรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองทางทูต หรือบริษัทได้ให้รัฐสัญชาติเริ่มให้ความคุ้มครองทางทูตแต่กระทำไปไม่สำเร็จ เป็นต้น<sup>48</sup>

แม้จะมีการกำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นไว้เพียงเป็นผู้มีส่วนในการควบคุมกิจการของบริษัทโดยการระดมเงินทุน มีสิทธิได้รับเงินปันผล หรือมีสิทธิในการเข้าร่วมประชุม และลงคะแนนในการประชุม หรือสิทธิในการจำหน่าย จ่าย โอนหุ้น เป็นต้น หากแต่อาจไม่มีส่วนในการบริหารจัดการในบริษัทในลักษณะการควบคุมกิจการเหมือนคณะกรรมการภายในบริษัท เมื่อเกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นทั้งหลายแน่นอนย่อมได้รับผลกระทบ ซึ่งกฎหมายในหลายประเทศได้ให้สิทธิแก่กรรมการบริษัทในการเรียกร้องความเสียหายแทนผู้ถือหุ้น เช่น สาธารณรัฐเกาหลี แต่ก็มีบางกรณีที่รัฐให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายได้ โดยทั้งนี้ เป็นผลมาจากผู้ถือหุ้นไม่สามารถได้รับประโยชน์ที่ควรจะได้จึงนำคดีขึ้นเรียกร้องต่อรัฐผู้เสียหายเอง

โดยในร่างบทมาตรารว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตได้เปิดช่องทางสำหรับการให้ความคุ้มครองทางทูต โดยการแทนที่ไว้ ซึ่งเป็นกรณีการกำหนดหลักเกณฑ์ของสิทธิผู้ถือหุ้นในการให้ความคุ้มครองทางทูตไว้ โดยร่างบทมาตรา มาตรา 11<sup>49</sup> ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

---

ลงฯ อย่างไรก็ตามก็ดี พันธกรณีเหล่านี้ใช้ได้กับผู้เสียหายคนเดียวกันเท่านั้น หากต่างคนต่างฟ้อง อนุญาโตตุลาการก็ยังมีอำนาจรับข้อพิพาทไว้พิจารณา, สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2559, จาก <http://www.mfa.go.th/business/contents/files/cooperation-20151001-171427-236584.pdf>

<sup>48</sup> ปริญญา ลาภอนันต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น.54.

<sup>49</sup> United Nations, supra note 6, p.58.

“รัฐสัญชาติของผู้ถือหุ้นในบริษัทอาจไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้นในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นกับบริษัท เว้นแต่

(A) ความเป็นบริษัทได้สิ้นสุดตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้น ด้วยเหตุผลที่มีได้เกี่ยวข้องกับ ความเสียหาย หรือ

(B) ในวันที่เกิดความเสียหาย บริษัทถือสัญชาติของรัฐที่เป็นผู้ก่อความเสียหาย และการก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นเป็นเงื่อนไขในการดำเนินธุรกิจภายในรัฐแห่งนั้น”

สำหรับกรณีผู้ถือหุ้นที่จะมีสิทธิได้รับความคุ้มครองทางทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติในการแทนที่บริษัทได้ นั้น ศาลในคดี Barcelona Traction ได้จำกัดสิทธิในสองสถานการณ์ ได้แก่

ประการแรก บริษัทต้องสิ้นสุดลงแล้ว หมายถึง สถานการณ์ที่บริษัทไร้ความสามารถในการดำเนินการในฐานะบริษัท หรืออีกนัยคือความเป็นนิติบุคคลของบริษัทได้สิ้นสุดลงซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของบริษัทที่ก่อตั้งขึ้น

ประการสอง กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางทูตต่อผู้ถือหุ้นได้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า รัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตต่อบริษัทได้<sup>50</sup>

จากบทบัญญัติมาตรา 11 นี้ ผู้ถือหุ้นจะไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองทางทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นเว้นแต่กรณีที่บริษัทนั้นได้ยกเลิกกิจการ หรือบริษัทนั้นได้กระทำความผิดเสียเอง ผู้ถือหุ้นจึงจะมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐเจ้าของสัญชาติเข้ามาให้ความคุ้มครองทางทูตได้ โดยทั่วไปสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทนั้นได้ก่อตั้งขึ้น แต่หากรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทขึ้นนั้นกลับเป็นรัฐที่ก่อความเสียหายเอง

Article 11 Protection of shareholders ;

The State of nationality of shareholders in a corporation shall not be entitled to exercise diplomatic protection in respect of such shareholders in the case of an injury to the corporation unless:

(a) The corporation has ceased to exist according to the law of the State of incorporation for a reason unrelated to the injury; or

(b) The corporation had, at the date of injury, the nationality of the State alleged to be responsible for causing the injury, and incorporation in that State was required by it as a precondition for doing business there.

<sup>50</sup> Barcelona Traction (1970), supra note 24, para 64.

ในกรณีดังกล่าวยังมีการศึกษาในหลายตำราได้แก่ “หากบริษัทยังมีตัวตนอยู่ รัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทเท่านั้นที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้ รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทนั้นไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ตัวบริษัทได้ และรัฐดังกล่าวจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ซึ่งมีสัญชาติของตนได้ก็ต่อเมื่อบริษัทได้สิ้นสภาพบุคคลลงแล้ว หรือรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทนั่นเองหรือรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทไม่มีความสามารถที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บริษัทได้”<sup>51</sup>

รวมทั้งปรากฏในคำพิพากษาคดี Barcelona Traction โดยศาลได้กล่าวว่า ในกรณี ข้อยกเว้นของหลักการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บริษัทโดยรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทก็อาจเป็นไปได้ เช่น ในกรณีที่บริษัทได้สิ้นสภาพบุคคลไปแล้วหรือในกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทไม่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้ รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถให้ความคุ้มครองทางทูตได้ แต่ในคดีนี้ศาลไม่พบว่าเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวเพราะไม่ปรากฏว่ารัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทคือแคนาดา ไม่มีความสามารถที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บริษัท Barcelona Traction แต่ประการใด<sup>52</sup>

ศาลเห็นว่า คำร้องของเบลเยียมนั้นมิได้กระทำแทนบริษัท แต่เป็นคำร้องที่ทำแทนบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่อ้างว่าเป็นคนชาติเบลเยียมและเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัท Barcelona Traction เท่านั้น ดังนั้น ศาลวินิจฉัยสิทธิของเบลเยียมที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนชาติของตนนั้น ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำที่กระทำต่อบริษัทสัญชาติแคนาดา แต่มิใช่กระทำต่อผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนชาติของเบลเยียมโดยตรง ศาลปฏิเสธการให้ความคุ้มครองทางทูตของเบลเยียมแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท Barcelona Traction<sup>53</sup>

ทั้งนี้แม้จะมีคำพิพากษาจำกัดสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้น หากแต่ในร่างบทมาตรา ได้บัญญัติกฎหมายกรณีผู้ถือหุ้นเกิดความเสียหายโดยตรง ไว้ในร่างบทมาตรา 12 ความว่า “การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น ซึ่งแยกต่างหากจากสิทธิของบริษัท รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตน” โดยทั่วไปสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทนั้นได้ก่อตั้งขึ้น แต่หากรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทขึ้นนั้นกลับเป็น

<sup>51</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่ม 1, กรุงเทพมหานคร, (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.7.

<sup>52</sup> เพ็งอ้วง, น.280.

<sup>53</sup> เพ็งอ้วง, น.282.

รัฐที่ก่อความเสียหายเอง ต้องนำหลักทั่วไปของกฎหมายบริษัทมาบังคับใช้เพื่อพิจารณาสิทธิของผู้ถือหุ้นต่างชาติที่ถูกเลือกปฏิบัติเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมเช่นกัน<sup>54</sup>

ทั้งนี้ มาตรา 12 มิได้ระบุว่ารัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทจะต้องเป็นผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้น อนึ่งการที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นให้ความคุ้มครองเองจะเป็นความเชื่อถือของผู้ถือหุ้นต่างชาติว่าจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากรัฐเจ้าของสัญชาติตน ซึ่งผู้ถือหุ้นที่มีในบริษัทหนึ่งอาจมีจำนวนมากและมีหลายสัญชาติ แม้จะถือหุ้นในบริษัทเดียวกัน ซึ่งกรณีนี้ทำให้ศาลในคดี Barcelona ให้ความเห็นไว้อย่างชัดเจนว่าจะเกิดความยุ่งยากในการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการยุติธรรม ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นจะนำความคุ้มครองทางทูตมาเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม คำตัดสินของศาลในคดีก่อนหน้าที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นโดยสรุปว่าไม่มีข้อยกเว้นใดที่สนับสนุนให้รัฐของสัญชาติผู้ถือหุ้นให้ความคุ้มครองทางทูตต่อบริษัทได้ โดยที่ไม่กล่าวถึงช่องทางที่ศาลในคดี Barcelona Traction กล่าวไว้ เรื่องเพื่อความเสมอภาค รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตเมื่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท ซึ่งคดีนี้เปิดช่องทางให้แก่รัฐสัญชาติผู้ถือหุ้นในการเรียกร้องหากแต่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้กำหนดข้อยกเว้นดังกล่าว ใน มาตรา 11(B) “รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีเกิดความเสียหายแก่บริษัท เว้นแต่ (B) ในวันที่เกิดความเสียหาย บริษัทถือสัญชาติของรัฐที่เป็นผู้ก่อความเสียหาย และการก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นเป็นเงื่อนไขแห่งการดำเนินธุรกิจภายในรัฐดังกล่าว” ดังนั้นเมื่อเข้าข้อยกเว้นแล้ว ผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธินำข้อเรียกร้องให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นให้ความคุ้มครองทางทูตได้ต่อไป

ทั้งนี้ ในคดี Diallo ได้ยอมรับร่างบทมาตรา 11<sup>55</sup> รวมถึงข้อยกเว้นทั้งสองประการดังกล่าว ซึ่งถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดย คณะกรรมการ

<sup>54</sup> United Nations, supra note 1, p.66.

Article 12 Direct injury to shareholders

To the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals.

<sup>55</sup> Ahmadou Sadio Diallo., (2010) para. 93.

“The Court concludes on the fact before it that the companies, Africom-Zaire and Africontainers-Zaire were not incorporated in such a ways that they would

กฎหมายระหว่างประเทศได้ร่างบทมาตรานี้มาจากแนวปฏิบัติของรัฐและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในคดี Diallo ได้สร้างความชัดเจนและเป็นตัวอย่างของสิทธิที่จำกัดของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเพื่อเรียกร้องในการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยการแทนที่กรณีรัฐสัญชาตินิติบุคคลไม่ดำเนินการ แม้วิธีการระงับข้อพิพาทในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะให้อนุญาโตตุลาการที่เอกชนสามารถเรียกร้องได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องอาศัยรัฐหากแต่อาศัยตามช่องทางของความตกลงต่าง ๆ ที่จัดทำขึ้นระหว่างกัน แต่การให้ความคุ้มครองทางทูตโดยการแทนที่นั้นก็ยังเป็นหนทางหนึ่งสำหรับรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนที่จะใช้เพื่อเรียกร้องสิทธิต่อศาลภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดไว้ได้ โดยการที่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์และข้อยกเว้นดังกล่าวไว้เพื่อพิจารณาการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้น อันเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้ลงทุนคนหนึ่งไม่ต้องตกอยู่ในสภาวะเสี่ยงต่อการไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายเมื่อเกิดการกระทำผิดจนทำให้บริษัทที่ตนถือหุ้นได้รับความเสียหาย เป็นต้น แม้จะเคยมีคำพิพากษาที่ไม่อนุญาตให้รัฐคุ้มครองผู้ถือหุ้น ก็ตาม

### 3.4 เงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางทูตภายใต้ร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต

การให้ความคุ้มครองทางทูตย่อมเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ผ่านเงื่อนไขที่สำคัญทั้ง 3 ประการ โดยในบทก่อนได้อธิบายเงื่อนไขต่าง ๆ ในกรณีที่เป็นเงื่อนไขภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้แล้ว ต่อมาคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้จัดทำร่างบทมาตรา ที่มีกฎเกณฑ์และเงื่อนไขที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเมื่อมีความเสียหายเกิดแก่ผู้เสียหายแล้วการนำร่างบทมาตรานี้ ซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องต่าง ๆ เช่น การหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน และข้อยกเว้นในการใช้หลักการหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน อีกทั้ง การใช้สิทธิเรียกร้องของผู้ได้รับความเสียหาย หากต้องการนำมาซึ่งสิทธิของรัฐในการได้รับความคุ้มครองทางทูตและการใช้ดุลยพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต จะเป็นเนื้อหาที่นำมาอธิบายในส่วนนี้ต่อไป

#### 3.4.1 การหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน

บทบัญญัติของร่างบทมาตรานี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการหมดหนทางการเยียวยาไว้อย่างชัดเจน โดยต่อไปจะได้อธิบายความหมายของกรณีการหมดหนทางการเยียวยาความ

---

fall within the scope of protection by substitution in the sense of Article 11, paragraph (b) of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection referred to by Guinea. Therefore, the question of whether or not this paragraph of Article reflects customary international law does not arise in this case,”



เสียหาย ซึ่งเป็นกรณีที่แม้จะได้มีการเยียวยาความเสียหายแล้ว หากแต่เป็นเงื่อนไขสำคัญก่อนที่จะนำข้อเรียกร้องเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางทูตต่อไป

#### 3.4.1.1 ความหมายของหลักการหมดหนทางเยียวยาความเสียหาย

โดยความหมายของหลักการหมดหนทางเยียวยาความเสียหาย ตามร่างบทมาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตโดยคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ปรากฏใน มาตรา 14 บัญญัติไว้ดังนี้

“1. รัฐมีอาจยกข้อเรียกร้องระหว่างประเทศด้วยเหตุแห่งความเสียหายต่อคนชาติหรือบุคคลอื่นใดตามที่กำหนดในมาตรา 8 ก่อนที่บุคคลเช่นว่าได้หมดหนทางในการเยียวยาความเสียหายภายในทั้งปวงตามที่กำหนดในมาตรา 15

2. การเยียวยาภายใน” หมายถึง การเยียวยาทางกฎหมายที่เปิดช่องทางให้แก่บุคคลผู้เสียหายทั้งทางศาล หรือศาลปกครองหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องอื่นใดของรัฐที่มีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ก่อขึ้นไม่ว่ากรณีทั่วไปหรือกรณีพิเศษก็ตาม

3. การเยียวยาภายในจะต้องถูกดำเนินการจนสิ้นสุดก่อนการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ หรือการร้องขอต่อศาลเกี่ยวกับข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายของคนชาติหรือบุคคลอื่น ๆ ใดตามมาตรา 8”<sup>56</sup>

ร่างบทมาตราฯ มาตรา 14 ได้กล่าวถึงสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณีจะบังเกิดขึ้นได้เมื่อผู้เสียหายได้หมดหนทางในการเยียวยาความเสียหายภายในเสียก่อน หลักการนี้เป็นหลักการสำคัญที่ให้สิทธิแก่รัฐและผู้เสียหายต้องดำเนินการ

<sup>56</sup> United Nations, supra note 1, p.70.

Draft Article on Diplomatic Protection : Article 14:

1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.

2. “Local remedies” means legal remedies which are open to the injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.

3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgment related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.”

เรียกร้องจนหมดหนทางทางกาย ซึ่งหน้าที่ของรัฐผู้ถูกกล่าวหาต้องกระทำการเยียวยาความเสียหายภายในก่อน เนื่องจากหลักการนี้เคารพสิทธิของรัฐเจ้าของดินแดนโดยรัฐอื่นจะไม่เข้าไปแทรกแซงกระบวนการยุติธรรมภายในใด ๆ จึงกำหนดให้รัฐที่ก่อความเสียหายมีโอกาสดำเนินการเยียวยาตามวิธีการและตามกรอบกฎหมายภายในของตน โดยผู้เสียหาย ซึ่งมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือผู้ถือหุ้นที่ถูกละเมิดสิทธิต้องดำเนินการทุกวิถีทางเพื่อหาทางเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายภายในของรัฐที่กระทำละเมิดกฎหมายจนทำให้เกิดความเสียหาย แม้ว่ากระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในของแต่ละรัฐอาจแตกต่างกันไป ผู้เสียหายก็ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทั้งหมดก่อน จึงจะสามารถให้รัฐเจ้าของสัญชาติของตนเข้ามาให้ความคุ้มครองทางทูตได้ มิฉะนั้นรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายก็อาจดำเนินการให้ความคุ้มครองทางทูตได้ แม้จะมีการพิสูจน์จากผู้เสียหายว่าหมดหนทางเยียวยาความเสียหายแล้ว หากรัฐผู้ถูกกล่าวหา ยืนยันถึงกระบวนการเยียวยาของรัฐว่ายังไม่สิ้นสุดก็ไม่สามารถคุ้มครองทางทูตได้

โดยมาตรา 14 วรรค 2 มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายถึงการเยียวยาทางกฎหมายที่เปิดช่องทางภายในรัฐผู้กระทำผิด โดยกำหนดให้ผู้เสียหายต้องหมดหนทางเยียวยาความเสียหายที่มีไม่ว่าเป็นกระบวนการทางศาล ทั้งศาลปกครอง ศาลพิเศษต่าง ๆ ที่กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดนได้เปิดช่องทางต่าง ๆ ไว้ให้ รวมทั้งวิธีการทุกอย่างที่รัฐกำหนดไว้ให้ผู้เสียหายนำมาเยียวยาความเสียหาย เช่น การร้องเรียนต่อหน่วยงานใด ๆ ที่รับผิดชอบ เป็นต้น รวมทั้งหากมีการให้อุทธรณ์หรือฎีกา เพื่อให้ได้มาซึ่งคำพิพากษาสูงสุดก็ต้องใช้สิทธิของตนในดำเนินการเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรม จนคดีถึงที่สุดแม้จะต้องใช้เวลาที่เนิ่นนานก็ตาม ถือเป็นขั้นตอนที่รัฐผู้กระทำผิดต้องดำเนินการ โดยที่กระบวนการต่าง ๆ ต้องกระทำโดยมีประสิทธิภาพ และมีเจตนาที่บริสุทธิ์และมุ่งมั่นในการสืบหาความยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหาย มิฉะนั้นแล้วจะเข้าข้อยกเว้น ตาม มาตรา 5 ของร่างบทมาตรานี้

นอกจากนี้ใน มาตรา 14 วรรค 3 กำหนดว่าหลักการหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในจะนำมาใช้ในกรณีที่ผู้เสียหายโดยตรงเป็นคนชาติของรัฐสัญชาติของผู้เรียกร้องเท่านั้น กล่าวคือ ร่างบทมาตรานี้จะไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีที่รัฐผู้เรียกร้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการละเมิดที่อีกรัฐหนึ่งก่อขึ้น เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติ จะพิจารณาว่าข้อเรียกร้องนั้นเป็นข้อเรียกร้องที่เกิดความเสียหายโดยตรงของรัฐหรือโดยตรงต่อคนชาติของรัฐ โดยหากเป็นความเสียหายในกรณีเกิดกับทรัพย์สินของรัฐ หรือตัวแทนของรัฐ เช่นเจ้าหน้าที่ทูต รัฐจึงมีสิทธิเรียกร้องโดยตรง โดยใช้หลักความคุ้มกันทางทูต หรือความช่วยเหลือทางกงสุล แต่หากความเสียหายเกิดแก่คนชาติของรัฐทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งเป็นความเสียหายโดยอ้อมของรัฐ รัฐมีสิทธิเข้าเรียกร้องได้ในนามของรัฐแทนคนชาติ

ดังนั้นร่างบทมาตรา มาตรา 14 จึงเป็นการกำหนดให้คนชาติของรัฐผู้ได้รับความเสียหายต้องหมดสิ้นหนทาง การเยียวยาความเสียหายภายในที่มีอยู่ก่อน โดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงกระบวนการทางกฎหมายภายในของรัฐผู้กระทำผิดได้เลย เนื่องจากเป็นอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ หากมีการแทรกแซงกระบวนการยุติธรรมภายในแล้ว ผู้เสียหายก็อาจถูกปฏิเสธการได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยสิ้นเชิง เนื่องจากเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐต่างชาติมีอาจไปก้าวล่วงซึ่งกฎหมายภายในของแต่ละรัฐได้

หลักการหมดยุทธการเยียวยาความเสียหายภายใน นั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศในการร่างบทมาตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตได้ให้คำจำกัดความ คำดังกล่าวไว้ว่า หมายถึง “วิธีการเยียวยาทางกฎหมายซึ่งเปิดให้แก่บุคคลผู้เสียหายเข้าสู่การพิจารณาโดยศาลหรือองค์กรของศาล หรือทางปกครองของรัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม” ดังนั้นจากคำจำกัดความนี้ การเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง จึงหมายถึง การที่บุคคลผู้เสียหายได้ใช้วิธีการเยียวยาทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งรัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบนั้นได้เปิดไว้สำหรับคนต่างชาติผู้เสียหายได้เข้าสู่กระบวนการทางศาลหรือเข้าสู่กระบวนการทางปกครองของรัฐที่ถูกเรียกร้อง เพื่อให้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงกระบวนการดังกล่าวได้จนกว่าจะสิ้นสุดกระบวนการทั้งหมดของรัฐผู้ถูกเรียกร้อง

ยกตัวอย่างในคดี Ambatielos ได้กล่าวถึงการหมดยุทธการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในรัฐที่ถูกเรียกร้องด้วยเช่นกัน โดยกล่าวว่า “กฎเกณฑ์ที่เรียกร้องว่าช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นต้องสิ้นสุดก่อนนำไปสู่การกระทำในทางระหว่างประเทศซึ่งช่องทางเยียวยาความเสียหายเหล่านี้ไม่เพียงแต่หมายถึงกระบวนการทางศาลเท่านั้น แต่ยังหมายถึงรวมถึงการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกตามกระบวนการซึ่งกฎหมายภายในมีให้แก่คู่กรณีอีกด้วย”<sup>57</sup>

โดยเมื่อทราบถึงความหมายของคำว่าหมดยุทธการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องตามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วนั้น ต่อไปจะได้กล่าวถึงลักษณะและสถานะทางกฎหมายของหลักการหมดยุทธการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องว่ามีลักษณะอย่างไร ดังต่อไปนี้

#### 3.4.1.2 ลักษณะและสถานะทางกฎหมายของหลักการหมดยุทธการเยียวยา

<sup>57</sup> Ambatielos Arbitration, I.L.R., 1956, cited by D.J. Harris, Cases and Materials on International Law, 6<sup>th</sup> ed, (London: Sweet & Maxwell, 2004), p. 647.

หากกล่าวถึงลักษณะและสถานะของหลักการหมตหนทางเยียวยานั้นรัฐยัง  
ไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ตราบที่ยังไม่ได้ดำเนินการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย  
ภายในจนคดีถึงที่สุด<sup>58</sup> อย่างไรก็ตาม มีความเห็นในทางระหว่างประเทศในเรื่องลักษณะและสถานะ  
ทางกฎหมายของหลักการหมตหนทางเยียวยาไว้ 3 ฝ่ายดังนี้<sup>59</sup>

ประการแรก หลักการหมตหนทางการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายใน  
รัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ การกระทำในทางระหว่างประเทศ  
ของรัฐที่กระทำผิดนั้นยังไม่สมบูรณ์จนกระทั่งได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูก  
เรียกร้องจนสิ้นสุดลงแล้ว ความเห็นฝ่ายแรกนั้น การหมตหนทางการเยียวยาความเสียหายไม่เป็น  
เงื่อนไขการยอมรับข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ แต่กลับเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีคุณลักษณะ  
เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศเท่านั้น ซึ่งจะนำไปสู่ความรับผิดชอบ  
ของรัฐผู้กระทำผิดในกรณีที่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศก็มีการกล่าวอ้างเรื่องการดำเนินการ  
เยียวยาความเสียหายภายในประเทศที่กระทำผิด

ประการต่อมาคือ หลักการหมตหนทางเยียววยาความเสียหายที่มีอยู่ภายใน  
รัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ กล่าวคือ ความรับผิดชอบของรัฐถูก  
ผูกพันจะสมบูรณ์ตั้งแต่เวลาที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว ส่วนการหมตหนทางการเยียวยาความ  
เสียหายนั้นเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินการซึ่งจะต้องกระทำก่อนที่การเรียกร้องในทางระหว่าง  
ประเทศจะเกิดขึ้น ซึ่งผู้เสียหายได้เข้าสู่กระบวนการระหว่างประเทศแล้ว แม้จะยังไม่ได้รับการเยียวยา  
ความเสียหายก็ตาม

ความเห็นสุดท้าย คือ หลักการหมตหนทางเยียววยาความเสียหายที่มีอยู่  
ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นอาจมีคุณลักษณะเป็นได้ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณา  
ความโดยทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความแตกต่างของประเภทความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าวว่า  
เป็นความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็น  
ความเห็นที่สอดคล้องกับเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งสองกรณี ไม่ควรกำหนดว่าเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง

โดยสรุปได้ว่า ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการละเมิดกฎหมายภายใน  
นั้น หลักการหมตหนทางการเยียวยาความเสียหายก็จะมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ แต่หาก

<sup>58</sup> Gerhard von Glahn, *Law Among Nation*, (New York: Macmillian Publishing Co.,1986), p. 231.

<sup>59</sup> ศิวรัตน์ เล้าประเสริฐ. “ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ลงทุนต่างชาติภายใต้กฎหมาย  
ระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.54.

เป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการหมัดหนทางการเยียวยาความเสียหายก็จะมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ อย่างไรก็ตาม หลักการหมัดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในกับหลักความรับผิดชอบของรัฐเนื่องจากการปฏิบัติการปฏิเสธความยุติธรรมจากการไม่ได้รับการเยียวยานั้น มีความแตกต่างกัน เพราะกระบวนการยุติธรรมภายในของแต่ละประเทศอาจมีมาตรฐานไม่เหมือนกันซึ่งรัฐต่างชาติอาจอ้างว่าการกระทำบางอย่างเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมไม่เป็นไปตามมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศ แต่หลักการเยียวยาความเสียหายภายในเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐที่กระทำผิดได้ดำเนินการเยียวยาความเสียหายเพื่อแก้ไขความผิดตามกระบวนการยุติธรรมของตนเอง

### 3.4.1.3 ข้อยกเว้นของหลักการหมัดหนทางเยียวยาความเสียหาย

แม้ว่าเงื่อนไขประการสำคัญในการให้ความคุ้มครองทางทูต จะต้องเป็นเรื่องหลักการหมัดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน แต่หลักดังกล่าวอาจได้รับการยกเว้น โดยมีคำกล่าวของผู้พิพากษา Lauterpacht กล่าวในคดี Norwegian Loans Case ว่า กฎเกณฑ์การหมัดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศเป็นกฎเกณฑ์ที่คณะตุลาการต้องพิจารณาอย่างมีความยืดหยุ่นมิใช่เป็นการพิจารณาที่เคร่งครัดเกินไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตุลาการต้องไม่ยึดติดกับหลักการนี้”<sup>60</sup> ดังนั้นหากเกิดปัจจัยภายนอกที่ไม่สามารถนำมาซึ่งการเยียวยาความเสียหายได้อย่างยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้กำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ในร่างบทมาตรา มาตรา 15 ดังนี้

“หลักการหมัดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในไม่ต้องนำมาบังคับใช้เมื่อ

(a) ไม่มีหนทางเยียวยาภายในใดที่มีประสิทธิภาพหรือไม่มีหนทางใดเลยที่สามารถเยียวยาความเสียหายได้

(b) กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในของรัฐที่มีความรับผิดชอบล่าช้าเกินสมควร

(c) บุคคลที่ได้รับความเสียหายไม่มีความสัมพันธ์กับรัฐที่ต้องรับผิดชอบในวันที่เกิดความเสียหายเกิด

<sup>60</sup> Norwegian Loans Case, (France V. Norway), 1957 Reports of the International Court of Justice 9, Cases & Materials on International Law, ed. By Martin Dixon and Robert MaCorquodale, (Lancaster: Billing & Sons Ltd., 1991), p. 423.

(d) บุคคลที่ได้รับความเสียหายถูกขัดขวางไม่ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในอย่างชัดเจน หรือ

(e) รัฐที่ต้องรับผิดชอบได้สละข้อกำหนดว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายภายใน”<sup>61</sup>

โดยจะอธิบายในแต่ละข้อยกเว้นในรายงานต่อไปนี้

(a) ไม่มีหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีประสิทธิภาพ

โดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่ไม่มีประสิทธิภาพอาจเทียบได้กับ 3 กรณี ได้แก่ ประการแรก การเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นไม่เป็นประโยชน์อย่างเห็นได้ชัด ประการที่สอง การเยียวยาความเสียหายนั้นไม่ปรากฏโอกาสที่จะสำเร็จได้อย่างเหมาะสม และประการสุดท้ายคือ การเยียวยาความเสียหายนั้นไม่ให้ความเป็นไปได้ในการชดเชยที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสม ทั้งนี้การตรวจสอบความไม่มีประสิทธิภาพของการเยียวยาความเสียหายนั้นยังต้องพิจารณาถึงศาลภายในของรัฐนั้น ๆ ว่าขาดความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีหรือมีบรรทัดฐานที่ปฏิบัติมาของรัฐนั้นก่อให้เกิดการพิจารณาที่ส่งผลร้ายต่อนักลงทุนต่างชาติด้วยหรือไม่ เป็นต้น<sup>62</sup> จาก (a) ความเป็นไปได้ในการที่จะประสบความสำเร็จในการเยียวยาความเสียหายในประเทศนั้นมีน้อยมากหรือการอุทธรณ์ในคดีนี้เกิดได้ยากและมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไป ซึ่งหากผู้มีอำนาจในการกำหนดมาตรการเยียวยาความเสียหายในประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญของ

<sup>61</sup> United Nations, *supra* note 1, p.76.

Draft Articles on Diplomatic Protection: Article 15

(a) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress;

(b) There is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible;

(c) There was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;

(d) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies;

or

(e) The State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.”

<sup>62</sup> *Ibid.*, p.77.

กระบวนการยุติธรรมภายในแล้ว ก็ไม่ต้องกังวลว่าจะถูกนำข้อยกเว้นนี้มาใช้อ้างในการให้ความคุ้มครองทางทูต ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของแต่ละข้อพิพาทว่าจะเป็นเรื่องอะไรเรื่องใหญ่หรือเรื่องเล็ก หากเป็นเรื่องการโอนกิจการเป็นของรัฐ เป็นกฎหมายที่ทุกประเทศให้ความสำคัญ จึงควรจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการชดเชยความเสียหายให้เกิดประสิทธิภาพ เมื่อกิจการถูกเวนคืน เป็นต้น

(b) กระบวนการเยียวยาความเสียหายล่าช้าเกินสมควร

ในกรณี ข้อ (บ) กระบวนการเยียวยาที่ล่าช้าเกินไป เป็นกรณีที่น่าจะเกิดขึ้นได้กับทุกกรณีที่มีการพิจารณาคดีในศาล หากแต่ต้องมีเหตุผลที่สมควรในการกระทำที่ล่าช้าดังกล่าว โดยการพิจารณาระยะเวลาในการเยียวยาเพียงใดถึงจะควรเรียกว่าเป็นการล่าช้าเกินสมควร โดยมีคดีตัวอย่าง 2 คดีที่ตัดสินว่าคดีใดที่เรียกว่าล่าช้าเกินสมควร ได้แก่ คดี EL Oro Mining and Railway Co Case ที่ถือว่าการที่ศาลพิจารณาคดีเป็นเวลาถึง 9 ปี นั้นเพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นการเยียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพ และยาวนานเกินสมควร แต่ในขณะที่ในคดี Interhandel นั้น ถึงแม้จะดำเนินคดีผ่านไปแล้ว 10 ปี นับแต่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น ศาลก็ไม่ถือว่าการดำเนินคดีที่ล่าช้าเกินสมควรแต่อย่างใด<sup>63</sup> โดยทั้งนี้การจะพิจารณาว่าคดีใด ล่าช้าเกินสมควรหรือไม่ จึงเป็นการนำแต่ละคดีมาพิจารณาถึงสถานการณ์แวดล้อมของคดีนั้น ๆ เพราะในแง่ของการสืบหาพยานหลักฐาน ก็มีส่วนทำให้แต่ละคดีใช้เวลาที่แตกต่างกัน โดยการจะคาดหวังให้ศาลต้องพิจารณาในระยะเวลาที่รวดเร็วขึ้นเป็นการยาก โดยเฉพาะคดีที่เป็นเรื่องที่มีผู้เกี่ยวข้องมาก เป็นคดีที่ซับซ้อนต้องใช้ความรู้มากก็ย่อมใช้เวลาในการพิจารณาคดีที่นาน อย่างไรก็ตามกว่าคดีจะถึงที่สุดในการดำเนินคดีนั้นคงจะหนีไม่พ้นเรื่องระยะเวลาที่ยาวนาน ซึ่งหากพิสูจน์ได้ว่าการดำเนินคดีที่ยาวนานเกินสมควร ผู้เสียหายก็ยกขึ้นเป็นกรณียกเว้นได้ หากแต่ต้องพิสูจน์ให้ไม่มีข้อโต้แย้ง มิฉะนั้นก็อาจถูกคู่พิพาทคัดค้านได้

(c) ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับความเสียหายกับรัฐที่รับผิดชอบ

ในข้อจำกัดนี้ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ได้รับความเสียหายกับรัฐที่ต้องรับผิดชอบในวันที่ความเสียหายเกิด โดยหากรัฐที่กระทำผิดมิได้เกี่ยวข้องกับกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายนั้น ทั้งสองก็ไม่มีสัมพันธ์ที่จะนำคดีมาเรียกร้องค่าเสียหาย แต่เป็นกรณีที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยครั้งเนื่องจากการจะนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยทั่วไปแล้วคดีส่วนใหญ่มักจะมีความเกี่ยวข้องอย่างสมครใจ กับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่คนต่างด้าวได้ใช้สิทธิในการร้องขอการเยียวยาความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นการพำนักอาศัย การประกอบธุรกิจ หรือการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือเกี่ยวข้องกับหน่วยงานใดในรัฐนั้น แต่ทั้งนี้การกำหนดหลักการนี้เพื่อรองรับสถานการณ์เสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหากมีกรณีที่บุคคลผู้เสียหายไม่อาจพิสูจน์ความสัมพันธ์กับรัฐที่รับผิดชอบได้ในวันที่เกิดความเสียหายโดย

<sup>63</sup> *Ibid.*, p.80.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศให้ความเห็นในข้อยกเว้นนี้ว่า เนื่องจากในอดีตความคุ้มครองทางทูตมักเกิดกับผู้เสียหายที่อาศัยอยู่และดำเนินกิจการในรัฐอื่น และได้รับการกระทำความเสียหายในรัฐนั้น ซึ่งรัฐที่กระทำผิดย่อมต้องรับผิดชอบในการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำนั้น หากแต่ปัจจุบันบุคคลอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐต่างชาติในดินแดนของรัฐนั้นหรือจากการกระทำภายในดินแดนของรัฐนั้นในสถานการณ์ที่บุคคลนั้นไม่มีความเชื่อมโยงกับหลักดินแดนที่ใด ตัวอย่าง ในกรณีการระเบิดโรงงานนิวเคลียร์เชอร์โนบิลซึ่งก่อให้เกิดกัมมันตภาพรังสีจำนวนมาก ส่งผลให้มีผู้ได้รับความเสียหายอีกทั้งมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในหลาย ๆ รัฐ ซึ่งกรณีเช่นนี้รัฐต่าง ๆ ก็ไม่สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดในดินแดนอื่น<sup>64</sup>

(d) ผู้ได้รับความเสียหายถูกขัดขวางไม่ให้ได้รับการเยียวยา

ข้อ (d) เป็นกรณีที่ผู้เสียหายถูกขัดขวางไม่ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในอย่างชัดเจน โดยคณะกรรมการระหว่างประเทศได้สังเกตเห็นถึงความเป็นไปได้ที่ระบบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐอาจมีการนำวิธีการที่ไม่สมควรมาใช้ในการกีดกันการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นการขัดขวางที่การพิจารณาคดี อีกทั้งขัดขวางไม่ให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรม ทั้งนี้เมื่อเป็นลักษณะการกระทำที่ชัดเจน อย่างไรก็ตามผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์ว่าการกระทำอย่างไรที่รัฐที่ถูกเรียกร้องกระทำจนเป็นลักษณะการขัดขวางอย่างชัดเจน โดยคณะกรรมการได้ให้ความเห็นใน commentaries ว่า สถานการณ์ที่เข้าข่ายว่าเป็นการขัดขวางอย่างชัดเจนได้แก่สถานการณ์ที่บุคคลผู้เสียหายถูกห้ามโดยรัฐที่ถูกเรียกร้องในการเข้าสู่ดินแดนของรัฐดังกล่าว ไม่ว่าจะห้ามโดยกฎหมายหรือทำการข่มขู่ที่จะเกิดอันตรายต่อความปลอดภัยในชีวิตของบุคคลก็ตาม และสถานการณ์ที่เป็นการปฏิเสธโอกาสในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมภายในรัฐนั้น และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีต่าง ๆ ที่สูงเกินความจำเป็นก็เป็นการขัดขวางที่ชัดเจนจากรัฐผู้ถูกร้อง เพราะกฎหมายภายในควรจะต้องมีมาตรการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่เหมาะสมกับทุกบุคคลที่ใช้กระบวนการยุติธรรมของรัฐ หากเกิดกรณีค่าใช้จ่ายสูงกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือสูงกว่าบรรทัดฐานที่รัฐใ้ช้อยู่ ผู้เสียหายก็สามารถเรียกร้องให้ยกเว้นหลักการหมัดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในได้ ซึ่งเป็นอีกข้อยกเว้นที่ผู้เสียหายควรคำนึงถึงเป็นพิเศษ เนื่องจากหากต้องเรียกร้องการเยียวยาความเสียหายแต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากไปก่อนจะได้รับการชดเชยความเสียหายก็เป็นเรื่องความไม่ถูกต้อง<sup>65</sup>

<sup>64</sup> *Ibid.*, p.81.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p.83.



(e) รัฐที่รับผิดชอบได้สละข้อกำหนดว่าด้วยการเยียวยาความเสียหาย

กรณีสุดท้ายในข้อ (e) รัฐที่ต้องรับผิดชอบได้สละข้อกำหนดว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายภายในอันเนื่องมาจากการที่รัฐผู้ถูกเรียกร้องได้สละข้อกำหนดเรื่องการเยียวยาความเสียหายภายในนั้นเป็นหลักความยินยอมที่รัฐไม่ปรารถนาจะนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาภายในซึ่งเป็นการสละซึ่งโอกาสในการนำกระบวนการยุติธรรมของประเทศมาใช้ในการพิสูจน์ความจริงเสมือนการสละผลประโยชน์ของรัฐที่ถูกกล่าวหา แต่ก็เป็นการลดภาระในการพิสูจน์ว่าบุคคลผู้เสียหายได้ดำเนินการจนหมดหนทางในการเยียวยาความเสียหายหรือไม่ โดยหากสละซึ่งการนำหลักการหมดหนทางเยียวยามาใช้ รัฐผู้กระทำผิดอาจพิเคราะห์แล้วว่าไม่สามารถพิสูจน์หลักการนี้ได้ ทั้งนี้การยกเลิกอาจเกิดได้ในหลายรูปแบบที่ต่างกัน เช่น ในสนธิสัญญาทวิภาคี และสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งได้ทำขึ้นก่อนหรือหลังเกิดข้อพิพาทขึ้น หรือ การสละโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือโดยการอนุমানเอาจากการกระทำของรัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบอันเปรียบเสมือนเป็นกฎหมายปิดปาก ตัวอย่างบทมาตรา ที่สละสิทธิโดยชัดแจ้งได้แก่ มาตรา 26 ของอนุสัญญาาระงับข้อพิพาทในการลงทุน (ICSID) ความว่า

“เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น ความยินยอมของคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการตามความในอนุสัญญานี้ ให้ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมต่อการอนุญาโตตุลาการ โดยจะไม่มีการใช้วิธีการเยียวยาอื่น รัฐภาคีอาจกำหนดให้มีการดำเนินการเยียวยาในทางปกครองหรือในทางศาลของท้องถิ่นจนหมดสิ้นก่อนเพื่อเป็นเงื่อนไขของการให้ความยินยอมในการอนุญาโตตุลาการตามในอนุสัญญานี้ก็ได้”

แม้จะมีช่องทางที่รัฐผู้กระทำผิดหยิบยื่นให้กระทำแต่เมื่อเข้าเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ผู้เสียหายก็นำมาเป็นข้อยกเว้นในเรื่องหลักการหมดหนทางเยียวยา โดยผู้เสียหายก็สามารถดำเนินการเรียกร้องให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้การคุ้มครองทางทูตได้ต่อไป

ตัวอย่างคดี ในเรื่องการหมดหนทางในการเยียวยาความเสียหายภายใน โดยในคดี *Interhandel (Switzerland v. United States of America)* ศาลวินิจฉัยว่า

“หลักการเยียวยาความเสียหายภายในจะต้องดำเนินการจนหมดหนทางในการเยียวยาความเสียหายภายในก่อนที่จะมีการดำเนินการตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยหลักการนี้รัฐที่ความเสียหายอันเกิดแก่คนชาติของตน จากการถูกรกระทำละเมิดสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่ในการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศนั้น รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องให้ความร่วมมือในการ

พยายามหาวิธีเยียวยาความเสียหายตามที่มิในกฎหมายภายในประเทศให้แก่รัฐผู้เสียหายได้รับการเยียวยา”<sup>66</sup>

ในคดีล่าสุดที่ศาลได้วินิจฉัยเรื่องหลักการหมัดหนทางการเยียวยาความเสียหายไว้คือ คดี Diallo<sup>67</sup> ในประเด็นเรื่องการหมัดหนทางเยียวยาความเสียหายหรือไม่

---

<sup>66</sup> The Interhandel case., p.27

“the rule local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in case in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law. Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system.”

<sup>67</sup> ข้อเท็จจริงในคดี Diallo นาย Almadou Sadio Diallo ชาวกินีพำนักอยู่ในประเทศคองโกตั้งแต่ปีค.ศ. 1964 ต่อมาได้จัดตั้งบริษัทนำเข้าส่งออกที่ชื่อ บริษัท Africom-Zaire จำกัด ซึ่งมีสถานะเป็นบริษัทเอกชนจำกัด (Private Limited Liability Company) ภายใต้กฎหมายซาอีร์ (Zaire) และจดทะเบียนการค้าที่เมืองคินชาซา (Kinshasa) โดยมีนาย Diallo มีสถานะเป็นผู้จัดการของบริษัท ต่อมาในปี ค.ศ. 1979 Diallo ได้ขยายกิจการโดยร่วมกับหุ้นส่วนอีก 2 คน และร่วมกันตั้งบริษัท Africontainers-Zaire ซึ่งอีกหนึ่งปีถัดมาหุ้นส่วนทั้งสองคนก็จะถอนหุ้นออกจากบริษัท จึงส่งผลให้สัดส่วนของหุ้นดังกล่าวเปลี่ยนเป็นบริษัท Africon-Zaire ถือหุ้น 60% Diallo ถือหุ้น 40% ส่งผลให้นาย Diallo กลายเป็นผู้จัดการของบริษัท Africontainers-Zaire อีกด้วย

ในปีค.ศ.1988 นายDiallo ถูกจับกุมและถูกกักขังในเรือนจำด้วยข้อหาที่ว่ากระทำความผิดของ Diallo ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ก็ได้รับการปล่อยตัวในปีถัดมา ทว่าในปี ค.ศ. 1995 นายกรัฐมนตรีคองโกได้ออกคำสั่งขับไล่ นาย Diallo โดยให้เหตุผลว่านาย Diallo ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยของประชาชนในซาอีร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางเศรษฐกิจ การเงิน จนกระทั่ง 31 มกราคม 1996 นาย Diallo จึงถูกจับกุมอีกครั้งเพื่อถูกนำตัวส่งกลับประเทศกินีโดยมีการออกหนังสือแจ้งการปฏิเสธไม่ให้เข้าดินแดนคองโก ด้วยเหตุนี้รัฐบาลกินีจึงได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยมีคำร้องของฝ่ายกินี และข้อคัดค้านของรัฐบาลคองโก ทั้งนี้มีคำร้องของฝ่ายกินีที่ต้องการคองโกต้องชดใช้ความเสียหายเต็มจำนวนด้วยเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อคนชาติกินี ค่าเสียหาย

ศาลในคดีนี้เห็นว่า “การขับไล่” เป็นคนละสิ่งกับ “การปฏิเสธการเข้าเมือง”

แต่ตามข้อเท็จจริงดังกล่าว ตามประกาศขับไล่ ลงวันที่ 31 มกราคม 1996 ออกโดยกรมการตรวจคนเข้าเมือง ของรัฐ Zaire แสดงให้เห็นว่าคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองไม่สามารถอุทธรณ์ได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ได้มีคำสั่งตาม มาตรา 13 No.83-033 ลงวันที่ 12 กันยายน 1983 ว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมืองบัญญัติว่า “การปฏิเสธการเข้าเมืองมีอายุยกขึ้นอุทธรณ์ได้” และแม้การขับไล่และไม่ใช่การปฏิเสธการเข้าเมืองตามที่คองโกได้กล่าวไว้ แต่คองโกก็ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามีวิธีการอื่นใดตามกฎหมายภายในของตนที่เปิดช่องให้มีการอุทธรณ์คำสั่งขับไล่ดังกล่าวได้。”

ดังนั้นศาลจึงยกข้อคัดค้านของคองโกที่ว่า การเยียวยาความเสียหายภายในรัฐยังไม่สิ้นสุดด้วยเหตุที่ยังไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งขับไล่ออกนอกประเทศดังกล่าว ประกอบกับคองโกไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายภายในคองโกมีกระบวนการที่มีประสิทธิภาพและอนุญาตให้นาย Diallo อุทธรณ์ได้อย่างไร ด้วยเหตุนี้ศาลจึงยอมรับข้อเรียกร้องของกีนีในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อ นาย Diallo ในฐานะบุคคลธรรมดา โดยศาลได้พิจารณาต่อมาในปี ค.ศ. 2010 ว่าการกระทำของคองโกไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิด Vienna Convention on Consular Relations มาตรา 36 วรรค 1(บี) และนาย Diallo ก็ถูกละเมิดสิทธิในทรัพย์สินตามที่ African Charter มาตรา 14 ได้รับรองไว้ การกระทำของคองโกจึงเข้าข่ายการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อ นาย Diallo โดยกฎหมายภายในของคองโกมิได้พยายามให้ความยุติธรรมแก่ Diallo ในการแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายได้อย่างเต็มที่ กีนีจึงมีสิทธิในการให้ความช่วยเหลือในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นาย Diallo ในฐานะที่เขาเป็นชนชาติของกีนีและหมัดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในคองโกแล้ว<sup>68</sup>

จากกรณีข้อยกเว้นในเรื่องหลักการหมัดหนทางเยียวยาความเสียหาย จะเห็นว่ารัฐต่างๆ ไม่ต้องกังวลถึงกระบวนการยุติธรรมของรัฐที่กระทำผิด แม้จะไม่สามารถเข้าไป

---

ให้รวมทั้งดอกเบี้ยด้วย ต่อมาคองโกในฐานะรัฐที่ถูกกล่าวหาได้คัดค้านประเด็นเรื่อง กีนีไม่มีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางทูตเนื่องจากข้อเรียกร้องทางฝ่ายกีนีมีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิของบริษัทซึ่งมิใช่บริษัทกีนี และนาย Diallo ยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐซาอีร์

Ahmadou Sadio Diallo, (2007) para 11, อ้างใน ปริญญา ลากอนันต์ เชิงอรุณที่ 2 , น. 85-90.

<sup>68</sup> ปริญญา ลากอนันต์, อ้างแล้ว เชิงอรุณที่ 2, น.55.

แทรกแซง เนื่องจากมีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่รัฐผู้เสียหายในการพิจารณาถึงหลักการภายในของรัฐ ผู้กระทำผิดว่าเป็นหลักการที่มีความเป็นธรรมให้แก่ทั้งฝ่ายผู้ร้องและฝ่ายผู้ถูกร้องหรือไม่ ซึ่ง คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ร่างกฎหมายที่เห็นถึงความสำคัญของกระบวนการ ยุติธรรมภายในที่ผู้เสียหายไม่สามารถคาดเดาความยุติธรรมได้ โดยการกำหนดช้อยกเว้นดังกล่าวช่วยให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองทางทูตได้แม้จะยังไม่หมดหนทางในการเยียวยาความเสียหาย ภายในก็ตาม

### 3.4.2 การใช้สิทธิเรียกร้องของผู้ได้รับความเสียหาย

#### 3.4.2.1 บุคคลผู้มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหาย

การเกิดสิทธิเรียกร้องของผู้ได้รับความเสียหายนั้นเกิดจาก บุคคลที่เป็น ผู้เสียหาย และเป็นคนสัญชาติของรัฐที่เกิดความเสียหายย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายตาม กระบวนการยุติธรรมของศาลภายใน ทั้งนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบในการเยียวยาความเสียหายต้องให้ สิทธิโดยไม่เลือกปฏิบัติว่าเป็นคนต่างชาติเพราะเป็นหน้าที่ที่รัฐต้องอำนวยความสะดวกในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีให้แก่ผู้เสียหายจนถึงที่สุด หากไม่สามารถกระทำได้ผู้เสียหายก็มีสิทธินำข้อพิพาท เข้าร้องขอความช่วยเหลือจากรัฐเจ้าของสัญชาติให้ได้รับความคุ้มครองทางทูตต่อไป โดยเงื่อนไขสำคัญ ที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการเรียกร้องต่อรัฐเพื่อให้ความ คุ้มครองทางทูต ได้แก่ บุคคลผู้นั้นเป็นคนสัญชาติของรัฐที่เรียกร้อง หากเป็นนิติบุคคลก็เป็นบริษัทที่ ก่อตั้งในรัฐที่ให้ความคุ้มครอง ทั้งนี้บุคคลและนิติบุคคล อาจมีกรณีมีหลายสัญชาติ ซึ่งเป็นช่องทางการ เยียวยาผู้เสียหายได้จากหลายรัฐ เนื่องจากเป็นสิทธิของผู้เสียหายว่าจะให้รัฐใดเป็นผู้ใช้สิทธิเรียกร้อง หรือจะให้ทั้งสองรัฐคุ้มครองก็ย่อมได้ ทั้งนี้เป็นดุลยพินิจของรัฐต่าง ๆ ที่จะให้ความช่วยเหลือให้ความ คุ้มครองทางทูตร่วมกันหรือไม่ก็ได้ โดยมีความเป็นไปได้ที่รัฐทั้งสองจะดำเนินข้อเรียกร้องแต่บุคคล ธรรมดา หรือนิติบุคคลในลักษณะแยกกันดำเนินการเนื่องจากเป็นปัญหาที่ยุ้งยากสับสนหากต้องให้ทั้ง สองรัฐกระทำการเรียกร้องไปพร้อมกัน เนื่องจากเป็นปัญหาระหว่างประเทศที่ละเอียดอ่อนดังนั้น ผู้เสียหายจึงควรพิจารณาให้รอบคอบว่าจะร้องขอให้รัฐใดให้ความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากผลที่จะ ได้รับจากรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตอาจจะไม่เหมือนกัน รัฐหนึ่งอาจจะมีอำนาจการต่อรองที่ดีกว่า และมีดุลยพินิจในการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติได้สะดวกขึ้น อีกรัฐอาจจะไม่มีความเข้มแข็งเท่ารัฐ แรก ซึ่งอาจจะใช้ดุลยพินิจไม่ให้ความคุ้มครองก็ได้ จึงควรปรึกษาหารือกับรัฐสัญชาติให้แน่ใจก่อนจะ เลือกรัฐใดเป็นผู้ให้ความคุ้มครองทูต ป้องกันการอ้างความไม่รับผิดชอบของรัฐผู้กระทำผิด อัน เนื่องจากการมีหลายสัญชาติและการใช้สิทธิเรียกร้องที่มีขอบของผู้เสียหาย

#### 3.4.2.2 วิธีการเยียวยาความเสียหาย

จากรายละเอียดในบทก่อน ๆ จะมีการอธิบายเรื่องวิธีการเยียวยาความเสียหายไว้ หากแต่ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ว่าหากเกิดจากการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศ แบบใด เนื่องจากผู้เสียหายต้องการวิธีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพที่สุด เพราะเป็นวิธีการที่ได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างคุ้มค่าในการเรียกร้อง โดยวิธีการที่สามารถเยียวยาความเสียหายในระหว่างที่ได้เรียกร้องการคุ้มครองทางทูตไปแล้ว ได้แก่ วิธีการทุกวิถีทางที่มีอยู่ตามกฎหมายภายในท้องถิ่น<sup>69</sup> ซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 ประเภทที่สำคัญคือ ประเภทที่มีกฎหมายบังคับ และประเภทที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิหรือเพียงแต่เปิดช่องให้ผู้เสียหายใช้ดุลพินิจเอง ซึ่งในประเด็นที่จะเลือกวิธีใดนั้น นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ความสำคัญอยู่ที่วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีกฎหมายบังคับเท่านั้นที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จเสร็จสิ้น เว้นแต่วิธีการที่กฎหมายบังคับนั้น จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือไม่มีมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ ในทางกลับกันวิธีที่กฎหมายเพียงเปิดช่องให้ใช้นั้น การที่จะพิจารณาว่ามีความจำเป็นมากน้อยในการดำเนินการดังกล่าวให้เสร็จสิ้นเสียก่อน ให้พิจารณาว่าเป็นวิธีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพหรือไม่หากเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพก็ให้ดำเนินการต่อไปจนสิ้นสุด แต่ถ้าดำเนินการไปแล้วไม่เกิดประโยชน์อะไรที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ อีกทั้งมีการเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้นด้วย และมีการดำเนินการที่ยาวนานเกินสมควร ผู้เสียหายก็อาจไม่เลือกที่จะใช้วิธีการเยียวยาใด ๆ เลย ซึ่งก็เป็นทางเลือกหนึ่งเท่านั้น โดยปกติแล้วผู้เสียหายคงต้องพึงพากฎหมายภายในให้ได้รับความเป็นธรรมที่สุด มากกว่าพึ่งพาในวิธีการเยียวยาที่ไม่แน่นอนดังกล่าว โดยการที่ผู้เสียหายเลือกที่จะใช้วิธีการเยียวยาแบบใด เมื่อไม่อาจได้รับความยุติธรรมในการเรียกร้องให้ได้รับการชดเชยความเสียหาย ก็สามารถเรียกร้องในวิธีการอื่น ๆ จนกว่าจะหมดหนทางการเยียวยาความเสียหาย และเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการนำหลักเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้ได้ต่อไป

### 3.4.2.3 แนวปฏิบัติในกรณีผู้เสียหายไม่ได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากรัฐ

เมื่อเกิดกรณีที่ผู้เสียหายไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำผิดชดเชยความเสียหายได้นั้น เป็นการนำมาซึ่งการเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติในการเรียกร้องให้บุคคลผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐผู้กระทำผิด แม้จะเป็นการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นส่วนบุคคลมาใช้ในกรณีเรียกร้องจากรัฐเพื่อให้เกิดการกระทำอย่างใด อย่างหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นธรรมที่สุด เนื่องจากการที่รัฐกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อผู้เสียหายที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และมีการตัดสินจากศาลสูงแล้วว่าจะต้องชดใช้ค่าเสียหายต่าง ๆ ให้แก่

<sup>69</sup> ศิวรัตน์ เล่าประเสริฐ, อ้างแล้ว เชนเจอร์นที่ 59, น.66.

ผู้เสียหาย หากกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างบุคคลกับบุคคล ผู้เสียหายก็อาจนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาภายในประเทศจนถึงกระบวนการบังคับคดีเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งศาล แต่หากเป็นกรณีที่มีการประนีประนอมกันระหว่างคู่กรณีแล้วมิได้รับการชดเชยอีก ดังนั้นต้องเข้าสู่กระบวนการบังคับคดีเพื่อให้ นำทรัพย์สินของผู้กระทำผิดมาขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าเสียหายต่อไป หากแต่ในกรณีที่นักลงทุนเข้าไปลงทุนในต่างแดนหากเกิดกรณีข้อพิพาทกับรัฐแล้วไม่ได้รับค่าชดเชยเช่นในเรื่อง การโอนกิจการเป็นของรัฐ เป็นกรณีที่ผู้เสียหายควรนำสิทธิในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตมาดำเนินการกับรัฐผู้กระทำผิดเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายต่อไป แม้จะเป็นกรณีที่ยุ่งยากกว่าการนำคดีขึ้นสู่ศาลอนุญาโตตุลาการที่ทำการเจรจาระหว่าง 2 ฝ่าย หากแต่เมื่อมีความจำเป็นจนถึงที่สุดแล้ว การใช้กระบวนการของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตน่าจะเป็นวิธีที่ดีและมีประสิทธิภาพกว่าการเรียกร้องจากบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงในการเรียกร้องจากรัฐผู้กระทำผิด ทั้งนี้มาตรการต่อรองย่อมมีไม่มากเท่าการเรียกร้องจากรัฐ

### 3.4.3 การใช้ดุลยพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต

การใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูต เป็นดุลยพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายที่จะให้หรือไม่ จะให้เพียงใดก็ได้ ทั้งนี้การให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นสิทธิของรัฐ มิใช่เป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องปฏิบัติแต่อย่างใด โดยการใช้อดุลยพินิจของรัฐนั้น เป็นกรณีที่รัฐต่าง ๆ จะเข้าใจถึงความเป็นไปได้ในการได้รับความเป็นธรรมจากการที่รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติ โดยทุกรัฐมีการประเมินสถานการณ์ที่แตกต่างกันออกไป หากรัฐได้นำหลักเกณฑ์ภายใต้ร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตมาปรับใช้ กับสถานการณ์ของรัฐในขณะนั้น และมีการวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต เช่น การพิจารณาถึงหลักการหมดยุทธการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศของรัฐผู้กระทำผิด ทั้งนี้หากไม่เข้าข้อยกเว้นแล้วการที่ยังไม่หมดยุทธการเยียวยาความเสียหายภายใน โดยรัฐสัญชาติได้ดำเนินการให้ความคุ้มครองทางทูตไปก็อาจส่งผลกระทบต่อความชอบธรรมในการใช้สิทธิดังกล่าว เนื่องจากรัฐผู้ถูกกล่าวหาอาจอ้างว่ายังไม่หมดยุทธการเยียวยาความเสียหายภายใน เป็นต้น

โดยการใช้อดุลยพินิจในการประเมินว่าจะใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาตินั้น รัฐควรประเมินทั้งก่อนและหลังการใช้สิทธิ เนื่องจากวิธีการที่จะนำความคุ้มครองทางทูตมาใช้ได้นั้นมีด้วยกันหลายวิธี โดยเมื่อรัฐพิจารณาว่าควรให้ความคุ้มครองทางทูตเนื่องจากครบเงื่อนไขในการเรียกร้องการคุ้มครองทางทูตแล้ว ทั้งนี้รัฐยังควรพิจารณาถึงวิธีการที่ใช้ในการคุ้มครองทางทูตด้วย ซึ่งการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นการกระทำโดยสันติวิธี โดยส่วนใหญ่แล้วแนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ จะนำวิธีการเจรจาทางทูตมาใช้เพื่อเรียกร้องต่อรัฐผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งการเจรจาทางทูตเป็นวิธีการที่ดี

และมีความยืดหยุ่นในการให้ความคุ้มครองทางทูตที่สุด ทั้งนี้เป็นการนำมาซึ่งการหาทางออกร่วมกัน  
 ดังนี้รัฐต่าง ๆ จึงประสงค์จะนำการเจรจาทางทูตมาใช้คุ้มครองแก่คนชาติของตนมากกว่าการใช้  
 มาตรการอื่น ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยการที่รัฐใช้ดุลยพินิจในการ  
 เลือกวิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตในเบื้องต้นโดยวิธีการเจรจาทางทูตหากแต่ไม่ประสบผลสำเร็จ รัฐ  
 อาจต้องพิจารณานำวิธีการอื่น ๆ มาใช้คุ้มครองทางทูต ซึ่งจะช่วยให้เพิ่มความเข้มข้นในการเรียกร้อง  
 เช่น การใช้มาตรการคว่ำบาตรทางการค้า หรือการลดความสัมพันธ์ทางการทูต เป็นต้น เพื่อรัฐ  
 ผู้กระทำผิดให้กระทำการหรือยกเว้นกระทำการตามที่เรียกร้อง และให้ทำการเยียวยาความเสียหาย  
 ให้แก่ผู้เสียหายต่อไป โดยทุกวิธีการที่กล่าวมาล้วนเป็นการใช้ดุลยพินิจของรัฐทั้งสิ้น ผู้เสียหายไม่มีสิทธิ  
 จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการใด ๆ ตามที่ตนปรารถนาได้ ทั้งนี้เมื่อรัฐเล็งเห็นถึงผลที่เกิดขึ้นจากการใช้  
 มาตรการต่าง ๆ และส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศ หรือวิธีการต่าง ๆ ไม่เกิด  
 ประโยชน์ในการกระทำต่อไป รัฐก็อาจยุติในการให้ความคุ้มครองทางทูตเมื่อใดก็ได้ โดยผู้เสียหายไม่  
 อาจกล่าวอ้างว่าการยุติการให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐในกรณีนั้น เป็นการกระทำที่มีชอบของรัฐ  
 เจ้าของสัญชาติของผู้เสียหาย หรือแม้แต่การที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายจะอ้างสิทธิในการเข้า  
 เรียกร้องให้รัฐผู้กระทำผิดชดใช้ความเสียหาย และรัฐได้รับการชดใช้ความเสียหายแล้ว รัฐก็มีดุลยพินิจ  
 ที่จะคืนเงินค่าชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายที่แท้จริงหรือไม่ก็ได้ โดยในกรณีนี้ร่างบทมาตราได้  
 กล่าวในมาตรา 19 ว 3 ว่ารัฐควรจะคืนเงินที่ได้รับการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้  
 เป็นเพียงบทบัญญัติที่เสนอแนะให้รัฐกระทำ หากแต่มิใช่เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้รัฐต้องคืนเงิน  
 ดังกล่าวแก่ผู้เสียหาย

การใช้ดุลยพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตจึงเป็นความจำเป็นและเป็น  
 สิ่งสำคัญที่สุด เนื่องจากแม้จะเข้าใจทั้งหมดในการให้ความคุ้มครองทางทูตแล้ว การที่เกิดกรณีที่  
 บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลได้รับความเสียหายดังกล่าว และได้มีการเสนอข้อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของ  
 สัญชาติ เพื่อใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจในการคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติที่ได้รับ ความเสียหายดีหรือไม่  
 นั้น เมื่อมีการทำเป็นร่างบทมาตราฯ ดังกล่าวย่อมส่งผลดีในการสร้างความเข้าใจในพื้นฐานทาง  
 กฎหมายของกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องความคุ้มครองทางทูต และวิธีการที่ใช้ในการคุ้มครองทาง  
 ทูต แม้แต่ข้อเสนอแนะจากคณะกรรมการในการใช้สิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตที่  
 เหมาะสมทำให้เกิดความรอบคอบก่อนตัดสินใจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติ เช่น ในกรณีที่การ  
 ให้ความคุ้มครองทางทูตมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ ก็อาจนำความ  
 คุ้มครองทางทูตมาใช้เพื่อคุ้มครองคนชาติได้ หรือไม่นำความคุ้มครองทางทูตมาใช้ในกรณีที่มีกฎหมาย  
 ระหว่างประเทศพิเศษอื่นที่เป็นกฎหมายสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน เป็นต้น โดยในบท

ต่อไปจะได้นำเสนอถึงการคุ้มครองทางทูต โดยเป็นดุลยพินิจของรัฐบาลไทยในการคุ้มครองนักลงทุนไทยในจีนว่าจะกระทำได้น้อยเพียงใด





## บทที่ 4

### การนำร่างบหมตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต มาปรับใช้กับการคุ้มครองทางทูต แก่นักลงทุนไทยในจีน

#### 4.1 เจื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางทูตตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีการ ประมวลไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในร่างบหมตราฯ

เจื่อนไขที่สำคัญของการนำหลักความคุ้มครองทางทูตมาใช้ของนักลงทุนไทย จะต้องผ่านการพิจารณาเจื่อนไขที่สำคัญตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีการประมวลไว้ในร่างบหมตราฯ ทั้งนี้ นักลงทุนไทยจะเรียกร้องให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางทูตได้ เพื่อป้องกันการโต้แย้งถึงสิทธิในการนำข้อเรียกร้องดังกล่าวมาใช้ ทั้งนี้เจื่อนไขต่าง ๆ ภายใต้ร่างบหมตราฯ จะมีความสัมพันธ์กับนักลงทุนที่เป็นผู้เสียหายอย่างไรจะได้อกล่าวต่อไป

##### 4.1.1 เกิดความเสียหายจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายใน ประเทศผู้ต้อนรับการลงทุน

เจื่อนไขประการแรก ได้แก่ การเกิดความเสียหายอันเกิดจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายในประเทศผู้ต้อนรับการลงทุน เจื่อนไขนี้เป็นเจื่อนไขที่จะนำไปสู่การให้ความคุ้มครองทางทูต ซึ่งเป็นการกระทำผิดของรัฐเจ้าของดินแดน มิใช่ ความผิดของนักลงทุนไทยเอง ในกรณีนี้นักลงทุนไทยมีข้อพิพาทซึ่งเป็นการกระทำผิดของรัฐเจ้าของดินแดน ทำให้นักลงทุนไทยเกิดความเสียหายจากการกระทำมีขอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานของจีน รัฐบาลจีน หรืออาจเป็นตัวแทนของรัฐบาลจีน อันเกิดจากการปฏิเสธความยุติธรรม ซึ่งความหมายของการปฏิเสธความยุติธรรม ในกรณีนักลงทุนไทยในจีน เช่น การกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแก่คนต่างด้าว การไม่ปฏิบัติต่อคนต่างด้าวอย่างเหมาะสม หรือการไม่เยียวยาความเสียหายที่เพียงพอ หรือการไม่ให้ความคุ้มครองในการบริหารความยุติธรรม หรือความบกพร่องในการจับกุมตัวผู้กระทำผิดต่อคนต่างด้าวมาลงโทษ<sup>1</sup> ทั้งนี้บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของจีนเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย แม้จะเป็นตัวเจ้าหน้าที่กระทำผิด หากแต่รัฐบาลจีนก็ต้องเข้ามาให้ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คนชาติไทย เช่น การที่เจ้าหน้าที่ของจีน ปฏิเสธการให้ความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายที่เป็นคนต่างด้าวหรือผู้ลงทุนจาก

<sup>1</sup> James R. Fox, *Dictionary of International & Comparative Law*, (U.S.A. : Oceana Publications, Inc., 1992), p.105.

ต่างชาติ เช่น การไม่รับแจ้งความหรือดำเนินคดีกับผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหาย เมื่อผู้เสียหายได้นำเรื่องขึ้นร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น หรือการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กระทำการบังคับคดีให้แก่ผู้เสียหาย ในกรณีที่มีคำตัดสินจากศาลสูงแล้ว แต่หากเป็นการกระทำในกิจการส่วนตัวอันไม่มีความสัมพันธ์กับการใช้อำนาจในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐ หรือกระทำโดยผลของการของบุคคล หรือองค์กร รัฐก็มิต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าวแต่ประการใด<sup>2</sup>

โดยหากวิเคราะห์จากเงื่อนไขประการแรกโดยนำความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน โดยบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองการลงทุนนั้นมีด้วยกันหลายมาตราที่หากเกิดกรณีการละเมิดความตกลงดังกล่าว ก็ถือเป็นการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย เช่น ในมาตรา 4 ในกรณีที่มีได้มีการปฏิบัติที่เที่ยงธรรม หรือในมาตราเดียวกัน แต่เป็นการปฏิบัติของรัฐบาลจีนที่ฝ่าฝืนหลักการอนุเคราะห์ไม่ด้อยกว่าที่คนชาติและบริษัทของรัฐที่สามใด ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการ การใช้ การอุปโภค หรือการจำหน่ายจ่ายโอนการลงทุนของคนชาติและบริษัทของภาคีสัญญาอีกฝ่าย ซึ่งการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติดังกล่าว เป็นเหตุให้เกิดกรณีการละเมิดพันธกรณีที่มีในความตกลงขึ้นแล้ว ดังนั้นจึงเข้าเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่นักลงทุนสามารถหยิบยกขึ้นเพื่อขอความคุ้มครองจากรัฐบาลไทยได้ นอกจากนี้การละเมิดพันธกรณีใน มาตรา 5 เรื่องการเวนคืน หรือโอนกิจการเป็นของรัฐ และ มาตรา 6 สิทธิในการโอนเงินลงทุนและผลตอบแทนจากการลงทุนออกนอกประเทศ โดยเสรี หรือ มาตรา 7 ในเรื่องการรับช่วงสิทธิที่ไม่เป็นไปตามพันธกรณีที่ตกลงไว้ เป็นต้น ทั้งนี้การจะนำกรณีการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวเพื่อให้รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตได้ นักลงทุนที่ได้รับความเสียหายต้องดำเนินการ

---

<sup>2</sup> ประเทศจีนได้ตรากฎหมายด้วยการชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ เมื่อ วันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1994 มาตรา กำหนดไว้ว่า หากเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจหน้าที่จนเป็นเหตุละเมิดสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของบุคคล นิติบุคคล หรือองค์กรต่าง ๆ ผู้ที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐได้

มาตรา 33 กำหนดไว้ว่า บุคคลต่างชาติ วิสาหกิจต่างชาติ หรือองค์กรต่างชาติที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่รัฐ ให้บังคับตามกฎหมายฉบับนี้ เช่นเดียวกับชาวจีน วิสาหกิจจีน หรือองค์กรที่จัดตั้งตามกฎหมายจีน หากประเทศของบุคคลต่างชาติ วิสาหกิจต่างชาติ หรือองค์กรต่างชาติมิได้มีกฎหมายให้สิทธิแก่ชาวจีน วิสาหกิจจีน หรือองค์กรที่จัดตั้งตามกฎหมายจีนในการเรียกร้องในหน่วยงานของรัฐของประเทศดังกล่าวชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐของประเทศนั้นแล้ว ประเทศจีนก็จะใช้หลักการบนมาตรฐานเดียวกัน ในการปฏิบัติต่อคนของประเทศนั้น ๆ

ตามกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไทย-จีน เสียก่อน หากหมดสิ้นหนทางเยียวยาความเสียหายแล้ว จึงสามารถยกกรณีดังกล่าวขึ้นเรียกร้องให้รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตได้ต่อไป

#### 4.1.2 การหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศผู้ต้อนรับการลงทุน

เงื่อนไขประการที่สองในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยก็คือ ในเรื่องการหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศ โดยหลักการดังกล่าวมีอยู่ในมาตรา 15 ของร่างบทมาตราฯ โดย ในเงื่อนไขเรื่องการเยียวยาความเสียหายภายใน ที่เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการนำมาประกอบการพิจารณาเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูต โดยกรณีหากยังไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐนั้นจนถึงที่สุด ก็ยังไม่สามารถเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติได้ หากหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในจึงจะนำกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นมาเรียกร้องให้รัฐนำหลักความคุ้มครองทางทูตมาเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายได้ต่อไป

ในความตกลงระหว่างไทย จีน มีการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดจากการละเมิดพันธสัญญา หรือการตีความการใช้ความตกลงฯ โดยการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เป็นคนกลางมาเจรจา ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยปรึกษาหารือ และพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว โดยอยู่ในมาตรา 9 ของความตกลงฯ<sup>3</sup> โดยทั้งนี้ยังเป็นขั้นตอนที่คู่พิพาทสามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การเจรจา หรือการดำเนินการตาม

---

<sup>3</sup> ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

##### มาตรา 9

- 1) ถ้าเป็นไปได้ การระงับข้อพิพาทระหว่างภาคีคู่สัญญาเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้ความตกลงนี้ให้กระทำโดยการปรึกษาหารือหรือการเจรจากัน
- 2) ถ้าข้อพิพาทระหว่างภาคีคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ไม่อาจระงับลงได้ด้วยการปรึกษาหารือหรือเจรจากันดังกล่าวภายในเวลา 6 เดือน เมื่อภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอจะต้องเสนอข้อพิพาทนั้นไปยังคณะอนุญาโตตุลาการ
- 3) ...

กระบวนการยุติธรรมต่าง ๆ ภายใต้ BIT จนหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายแล้ว ดังนั้นจึงเข้าใจเงื่อนไขที่นักลงทุนจะเรียกร้องให้รัฐให้ความคุ้มครองทางทูต โดยหากกรณีที่เข้าข่ายกเว้นตามร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตในเรื่องการหมดหนทางเยียวยาความเสียหาย เช่น กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ไม่มีประสิทธิภาพ หรือ การถูกขัดขวางมิให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างชัดเจน หรือการเยียวยาที่มีความล่าช้าเกินสมควร เป็นต้น ซึ่งกรณีของนักลงทุนไทยในคดีเช่นเงินเองก็ได้ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมของศาลภายในจีนแล้ว และมีคำพิพากษาถึงศาลสูงสุดของจีนก็ยังมีได้รับการเยียวยาความเสียหาย เนื่องจากไม่มีการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลจีน นักลงทุนไทยจึงสามารถนำกรณีดังกล่าวขึ้นสู่กระบวนการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตจากรัฐบาลไทยได้

#### 4.1.3 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของนักลงทุนกับรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน

เงื่อนไขประการที่สาม เป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางกฎหมายของรัฐผู้ให้ความคุ้มครองและผู้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้การให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทย ซึ่งนักลงทุนผู้นั้นไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาต้องมีความเป็นไทย คือ มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะป็นสัญชาติที่ได้มาจากการสืบเชื้อสายบิดา มารดา หรือได้มาภายหลังการเกิดคือ การสมรสกับคนไทย ก็ตาม ซึ่งตามความตกลงระหว่างไทย จีน ฉบับดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐภาคีโดยการบัญญัติไว้ใน มาตรา 1<sup>4</sup> การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญชาติของบุคคลและนิติบุคคลใน BIT เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนในการกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

<sup>4</sup> ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

มาตรา 1 เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งความตกลงนี้

1 คำว่า คนชาติ ให้หมายถึงบุคคลใดซึ่งถือสัญชาติของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐภาคีสัญญานั้น ๆ

2 คำว่า บริษัท ให้หมายถึงนิติบุคคลซึ่งได้ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นในอาณาเขตของรัฐภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐภาคีสัญญานั้น ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดชอบหรือเพื่อกำไรที่เป็นเงินหรือไม่ก็ตาม

3 ...

โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องการกำหนดสัญชาติ ดังได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนโดยรัฐไทยเท่านั้นที่มีสิทธิในการให้สัญชาติแก่คนไทย โดย ประเด็นที่อาจนำมาวิเคราะห์เรื่องสัญชาติได้คือสัญชาติของนิติบุคคลซึ่งจากร่างบทมาตราฯ กำหนดให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะใช้สิทธิเรียกร้องต่อรัฐเพื่อให้ความคุ้มครองทางทูตได้ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต้องมีสัญชาติของรัฐตั้งแต่วันที่เกิดความเสียหายจนถึงวันที่นำเสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการนั้น เป็นกรณีที่ต้องมีการพิสูจน์กันเพื่อมิให้รัฐผู้ถูกกล่าวหา นำประเด็นความสัมพันธ์ในการถือสัญชาติและเรื่องความต่อเนื่องในการถือสัญชาติมาอ้างความรับผิดชอบต่อบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้น อีกทั้งหลักเรื่องความผูกพันแนบแน่น หรือความเชื่อมโยงที่แท้จริงของความเป็นอยู่ ผลประโยชน์ และความผูกพันทางจิตใจ ตลอดจนความมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ต่างตอบแทนของนิติบุคคล ซึ่งในความเป็นจริงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลผู้ที่จะเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตเมื่อเกิดกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นกับสัญชาติไทยไม่ใช่ความสัมพันธ์ที่แท้จริง อาจจะได้สัญชาติมาเนื่องจากการหวังให้ตนได้รับความคุ้มครองทางทูต ซึ่งในประเด็นนี้เป็นความจำเป็นที่รัฐบาลไทยควรจะใช้ดุลยพินิจว่าการได้สัญชาติของนักลงทุนผู้นั้นเป็นแบบใด หากไม่มีความเชื่อมโยงอย่างแท้จริงหรือไม่มีความโดดเด่นในการถือสัญชาติไทย รัฐบาลก็ไม่ควรจะให้ความคุ้มครองทางทูตเนื่องจากเป็นประเด็นระหว่างประเทศที่ต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาเป็นอย่างมากที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสักคนเนื่องจากมีผลต่อความสัมพันธ์ ทั้งทางด้าน สังคม เศรษฐกิจ การเมือง ในระดับระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ในประเด็นที่บุคคลถือสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง กรณีที่บุคคลถือสองสัญชาติ “ให้ศาลใช้กฎหมายสัญชาติล่าสุดของผู้นั้นบังคับ” หากได้สัญชาติมาพร้อมกัน มาตรา 6 วรรคสอง “ให้ศาลใช้กฎหมายสัญชาติที่บุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่” แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ดูเหมือนจะแตกต่างจากร่างบทมาตราฯในการให้บุคคลสามารถเลือกสัญชาติในกรณีที่มีหลายสัญชาติได้ว่าจะให้สัญชาติใดคุ้มครองตนหรือจะให้ทั้งสองสัญชาติร่วมกันคุ้มครองก็ได้ มีประเด็นที่น่าสนใจคือ หากคนไทยที่ไปสมรสกับคนจีนและมีบุตร บุตรผู้นั้นจะใช้สัญชาติใดในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากบิดาเป็นจีน มารดาเป็นไทย และได้ไปลงทุนในจีน ซึ่งหากเกิดกรณีพิพาทกับรัฐบาลจีน นักลงทุนควรจะใช้สัญชาติใด ซึ่งภูมิลำเนาของเขาก็อยู่ทั้งสองประเทศ ในความคิดของผู้เขียน เห็นว่าควรจะนำเรื่องผลประโยชน์ที่ได้รับมากกว่ามาใช้ในการพิจารณาว่าจะใช้สัญชาติใด ซึ่งหากกรณีที่รัฐบาลจีนฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ และมีได้เยียวยาความเสียหายให้แก่การลงทุนผู้นั้น หากยังยึดติดกับการมีสัญชาติจีนก็จะเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตไม่ได้ จึงควรจะนำข้อพิพาทให้รัฐบาลไทยเป็นผู้ให้ความคุ้มครองทางทูต ในฐานะที่ตนก็มีสัญชาติที่ได้มาโดยการเกิดจากมารดาคนไทย

โดย ตัวอย่างในคดีเซินเจิ้น หจก.เจริญกิจคาเลนเดอร์ประเทศไทย เป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย เนื่องจากการจดทะเบียนในประเทศไทย โดย “สัญชาติของบริษัทถือตามสถานที่ที่บริษัทนั้นก่อตั้งขึ้น” ตามมาตรา 9 ของร่างบทมาตราฯ ซึ่งแม้จะเป็นนิติบุคคลที่เข้าไปลงทุนในจีน หากแต่ หจก.เจริญกิจคาเลนเดอร์ประเทศไทย ได้มีการจดทะเบียนและมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่เมืองไทย อีกทั้งผู้บริหาร ผู้ควบคุมการเงิน และผู้ดำเนินงานต่าง ๆ ก็เป็นคนสัญชาติไทย ส่วนในกรณีหลักความต่อเนื่องในการถือสัญชาตินั้น หจก.เจริญกิจคาเลนเดอร์ก็มีความสัมพันธ์กับสัญชาติกับรัฐไทยโดยวันที่เกิดความเสียหายจนถึงวันที่เรียกร้องขอให้รัฐคุ้มครองทางทูตนั้น นักลงทุนยังมีสัญชาติไทยไม่ขาดสาย โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงสัญชาติหรือการถูกยกเลิกสัญชาติแต่อย่างใด กล่าวคือความสัมพันธ์ของสัญชาติผู้เสียหายมีอยู่ต่อเนื่องไม่ขาดสายจากรัฐเจ้าของสัญชาตินั้นเอง โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นกรณีที่ชี้ชัดว่านิติบุคคล หรือ หจก.เจริญกิจคาเลนเดอร์ประเทศไทย เป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งการที่นักลงทุนไทยผู้จะนำข้อพิพาทมาเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติ ต้องพิจารณาตามเกณฑ์ที่มีในร่างบทมาตราฯ ทั้งกรณีบุคคลธรรมดา นิติบุคคล และกรณีผู้ถือหุ้น ที่ร่างบทมาตราฯ ได้บัญญัติถึงสิทธิของบุคคลทั้งหมดนี้ว่ามีสิทธิในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตได้แค่ไหนอย่างไร ซึ่งถือเป็นการพัฒนากฎหมายที่ก้าวไกล โดยมีการให้ความใส่ใจในบุคคลทุกระดับเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลในระดับระหว่างประเทศ

โดยเมื่อรัฐบาลไทยใช้ดุลยพินิจในการให้ความคุ้มครองทางทูตก็ต้องคำนึงถึงหลักการต่าง ๆ ที่มีในร่างบทมาตราฯ เป็นพื้นฐานเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองทางทูต ซึ่งจะเกิดประโยชน์ในการนำมาใช้คุ้มครองคนชาติที่ไปลงทุนในต่างประเทศต่อไป

#### 4.2 วิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทย หากเกิดกรณีที่นักลงทุนไทยถูกปฏิเสธความยุติธรรมและหมดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศจีน

หัวข้อต่อไปนี้จะได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยอาศัยวิธีการที่กฎหมายให้สิทธิแก่รัฐไว้โดยในส่วนแรกจะได้อธิบายถึงการพิจารณาข้อเรียกร้องของนักลงทุนไทยผู้ได้รับความเสียหาย ประกอบกับหัวข้อต่อไปคือการพิจารณาถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในการนำหลักความคุ้มครองทางทูตมาปรับใช้เมื่อไม่สามารถใช้สนธิสัญญาฯดังกล่าวได้ โดยในหัวข้อสุดท้ายจะได้อธิบายถึงแนวปฏิบัติในการใช้ดุลยพินิจของรัฐบาลไทยในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทย

#### 4.2.1 การพิจารณาข้อร้องเรียนของนักลงทุนไทยผู้ได้รับความเสียหาย

ในกรณีความเสียหายด้านการลงทุนที่เกิดขึ้นกับนักลงทุนไทย ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล หากจะพิจารณาถึงความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ โดยในการร้องขอของผู้เสียหายต่อรัฐบาลเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางทูตนั้น ในกรณีใดที่รัฐบาลควรจะได้รับเรื่องร้องเรียนดังกล่าวมาพิจารณา ทั้งนี้ยังไม่มีกรณีใดที่คนไทยนำเรื่องกรณีพิพาทในการลงทุนระหว่างคนไทยกับคู่พิพาทที่เป็นต่างชาติมาเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต มีเพียงกรณีของนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในจีน ซึ่งเป็นการที่นักลงทุนไทยได้ร้องขอให้รัฐบาลไทยในขณะนั้นให้ความคุ้มครองทางทูตโดยผ่านกระทรวงการต่างประเทศ แต่ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทการลงทุนในกรณีอื่น ๆ นั้น ยังมีวิธีการเยียวยาความเสียหายอื่นที่คนไทยสามารถใช้เพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมได้ เช่น กระบวนการทางศาล หรือ การใช้หน่วยงานของรัฐที่ให้การช่วยเหลือสนับสนุนการลงทุน เช่น BOI ในการเข้าช่วยเหลือและการใช้อินเตอร์เนชันนัลในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทการลงทุนที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน โดยนักลงทุนส่วนใหญ่ไม่ใช้สิทธิในการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูต ทั้งนี้การนำหลักความคุ้มครองทางทูตมาใช้ถือเป็นหลักการที่มีมานาน จนเป็นกฎหมายจารีตประเพณี หากแต่ในความรู้ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวยังเป็นการใช้สิทธิของนักลงทุนไทยที่ยังไม่ได้รับความเข้าใจที่เพียงพอ หรืออาจจะเป็นเพราะรัฐบาลไม่สนับสนุนวิธีการให้ความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากเป็นเรื่องการยกข้อพิพาทเอกชนขึ้นเป็นระดับระหว่างประเทศ จึงไม่มีการให้ความรู้แก่นักลงทุนไทยอย่างแพร่หลาย ซึ่งหากในอนาคตร่างบทมาตราฯ ได้ถูกตราเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐบาลไทยเมื่อต้องอนุวัติการกฎหมายภายใน ในการตรากฎหมายในเรื่องความคุ้มครองทางทูตก็จะทำให้นักลงทุนไทยได้รับความเข้าใจในเรื่องความคุ้มครองทางทูตมากขึ้น และอาจมีการนำหลักการนี้มาใช้เพื่อคุ้มครองนักลงทุนไทยในต่างแดนให้ได้รับความเป็นธรรมกว่าในอดีตที่คนไทยไม่เคยได้รับการคุ้มครองทางทูตมาก่อน โดยทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพิจารณาของรัฐบาลไทยเป็นสำคัญ

##### 4.2.1.1 ข้อพิจารณาในเรื่องการเยียวยาความเสียหายภายใน

ตามร่างบทมาตราฯ มาตรา 14 เรื่องหลักหมุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน และมาตรา 15 ซ้อยกเว้นในการนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาใช้ โดยในร่างบทมาตราฯ ดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับหลักการเยียวยาความเสียหายเพราะถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะนำหลักความคุ้มครองทางทูตมาใช้ได้ก่อนที่จะมีการยื่นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งหน้าที่ของรัฐผู้ถูกกล่าวหา คือต้องเยียวยาความเสียหายที่ตนก่อความเสียหายขึ้น เนื่องจากหลักการนี้เคารพสิทธิของรัฐเจ้าของดินแดน จึงกำหนดให้รัฐที่ก่อความเสียหายมีโอกาสดำเนินการเยียวยาตามวิธีการและตามกรอบกฎหมายภายในของตน โดยนักลงทุนผู้เสียหาย ซึ่งมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือผู้ถือหุ้นที่ถูกละเมิดสิทธิต้องดำเนินการทุกวิถีทางเพื่อหาทางเยียวยาความเสียหายตาม

กฎหมายภายในของรัฐที่กระทำการมิชอบด้วยกฎหมาย จนหมดสิ้นหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว

ทั้งนี้ข้อยกเว้นในเรื่องหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน ตามร่างบทมาตรา มาตรา 15 ทั้ง 5 ข้อ หากนำมาวิเคราะห์ในบริบทของนักลงทุนไทยที่จะนำมาใช้ในการอ้างสิทธิไม่นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายใน อันเนื่องมาจากการเยียวยาความเสียหายในนั้นไม่มีประสิทธิภาพ โดยในประเด็นเรื่องความไม่มีประสิทธิภาพในกระบวนการยุติธรรมภายในเป็นเรื่องที่ต้องได้รับการพิสูจน์จากผู้เสียหายว่าเป็นอย่างไร เช่น พิสูจน์ว่าหากดำเนินการเพื่อให้ได้รับการเยียวยาไปก็ไม่มียผลเปลี่ยนแปลงหรือมีผลไม่เป็นไปดังที่ควรจะเป็น หรือศาลไม่ให้ความร่วมมือ ในการตัดสินคดีให้ได้รับการชดเชยความเสียหายที่เป็นธรรม หรือกระบวนการพิจารณาคดีที่ล่าช้าเกินสมควร กรณีอย่างไรถึงจะเรียกว่าล่าช้าเกินสมควร ทั้งนี้ตามแนวคำพิพากษาเองไม่ได้วางหลักที่แน่นอนว่าอย่างไรถึงจะล่าช้าเกินสมควร

ดังนั้นจึงควรพิจารณาในแต่ละคดีว่ามีระยะเวลาที่ยาวนานเพียงใด หรือเทียบเคียงกับคดีที่เหมือนหรือใกล้เคียง ว่าได้รับการพิจารณาคดีนานเหมือนดังที่คดีเราหรือไม่ ทั้งนี้เป็นการยากที่จะพิสูจน์หลักการนี้ เนื่องจากโดยทั่วไปการพิจารณาคดีของศาลในแต่ละชั้นก็ใช้เวลาอย่างน้อย 1-3 ปี หากมีหลายศาลคดีก็จะใช้เวลาเป็น 10 ปีก็มี ดังนั้นจึงอาจเป็นดุลยพินิจของรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตว่าคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมีการเยียวยาความเสียหายภายในที่ล่าช้าหรือไม่ นอกจากนี้ข้อยกเว้นที่น่าสนใจอีกข้อหนึ่งคือการที่นักลงทุนไม่สามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการเยียวยาความเสียหาย เนื่องจากบุคคลที่ได้รับการเยียวยาถูกขัดขวางไม่ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในอย่างชัดเจน ทั้งนี้การออกกฎหมายภายในประเทศโดยรัฐผู้กระทำผิด มีลักษณะเป็นการกีดกันหรือขัดขวางการดำเนินการมิให้บุคคลผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหาย เช่น ห้ามมิให้เดินทางเข้าประเทศเนื่องจากสาเหตุที่ไม่สมเหตุสมผลอ้างว่ามีเจตนาหลบหนีเข้าเมือง เป็นต้น ซึ่งหากนักลงทุนสามารถพิสูจน์ได้ว่าหลักเกณฑ์ หรือวิธีการต่าง ๆ ที่กระทำกับนักลงทุนเป็นการกระทำที่ขัดขวางการให้เข้าสู่กระบวนการเยียวยาความเสียหาย นักลงทุนไทยก็สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นในการเข้าสู่กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในได้

ตัวอย่างคดี โดยเมื่อนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา ได้รับความเสียหายจากรัฐที่กระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจากคดีเซินเจิ้น นักลงทุนไทยต้องมีภาระการพิสูจน์ว่าได้ดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาลและได้ดำเนินการตามกระบวนการทางกฎหมายต่าง ๆ จนมาถึงการพิจารณาของศาลชั้นต้น และศาลสูงสุดของจีนแล้ว โดยศาลเองก็มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่า บริษัทเอกชนเงินและบริษัทฮองกง ต้องชดเชยค่าเสียหายในการฟ้องคดีที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนเงินถึง 660,110 หยวน หากแต่นักลงทุนไทยก็ไม่ได้มีการชดเชยเงินจำนวนดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ถือว่านัก



ลงทุนไทยได้นำคำตัดสินสุดท้ายของศาลจีนมาเป็นหลักฐานว่าได้ดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมของศาลภายในจนหมดสิ้นหนทางการเยียวยาแล้ว จึงนำกรณีพิพาทมาร้องขอให้รัฐบาลไทยให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในนามรัฐบาลไทย เพื่อเรียกร้องต่อรัฐบาลจีน

หากแต่ปัญหาเรื่องการพิสูจน์หลักการหมตหนทางการเยียวยาภายในถือเป็นข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งนักลงทุนต้องพิสูจน์ว่าได้ดำเนินการตามหลักการต่าง ๆ จนหมดหนทางการเยียวยาความเสียหาย ทั้งวิธีเยียวยาความเสียหายโดยศาล หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบ ภายในของรัฐ ซึ่งหากนักลงทุนไทยไม่ได้เรียนรู้ถึงกระบวนการของศาล หรือหน่วยงานต่าง ๆ ภายในของรัฐนั้น ไม่ว่าจะเกิดจากอุปสรรคในเรื่องภาษา หรือ อุปสรรคจากการถูกกีดกันไม่ให้ได้รับความยุติธรรม หรือจากสภาวะแวดล้อมต่าง ๆ ซึ่งทำให้การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประเทศล่าช้าเกินสมควร และไม่มีประสิทธิภาพตามมาตรฐานที่ควรเป็น จนทำให้ขาดอายุความในการฟ้องร้องคดี หรือทำให้ถูกปฏิเสธความยุติธรรม โดยนักลงทุนไทยเมื่อร้องขอให้รัฐเข้ามาให้ความคุ้มครองทางทูต ก็อาจเกิดข้อโต้แย้งจากกระบวนการเยียวยาของประเทศผู้รับการลงทุนว่าไม่ได้ดำเนินการจนจบจนกระทั่งที่สุดแล้ว ซึ่งอาจจะทำให้นักลงทุนผู้นั้นไม่ได้รับความเป็นธรรมในเวลาที่กำหนดเมื่อต้องกลับไปทำตามกระบวนการต่าง ๆ ที่รัฐนั้นกล่าวอ้าง ซึ่งประเด็นปัญหานี้ควรได้รับการแก้ไขโดยรัฐผู้รับการลงทุน โดยแสดงความบริสุทธิ์ใจในการให้ความช่วยเหลือแก่คนต่างชาติ ทั้งนี้ควรจัดให้มีหน่วยงานที่ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายแก่นักลงทุนต่างชาติในกรณีที่เกิดปัญหาระหว่างการเข้ามาลงทุนในประเทศตน ยกตัวอย่างในจีน หน่วยงาน BOI ของจีน ควรให้การส่งเสริมและคุ้มครองนักลงทุนจากต่างชาติให้ได้รับความเป็นธรรมอย่างเต็มที่มิให้เกิดกรณีถูกหน่วยงานรัฐอื่นๆ กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแต่ไม่ได้รับความสนใจจากหน่วยงานที่ดูแลนักลงทุนต่างชาติ หน่วยงานนั้น ๆ กลับไม่มีบทบาทในการเข้าให้ความช่วยเหลือแต่อย่างใด

ซึ่งจากการพิจารณาถึงข้อยกเว้นดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่ไม่ต้องดำเนินตามกระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในจนถึงที่สุด เนื่องจากแม้จะได้ดำเนินการไปก็ไม่เกิดประโยชน์ซึ่งไม่สามารถทำให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ร่างบทมาตราฯได้พัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ โดยได้นำข้อยกเว้นมาบัญญัติไว้เพื่อมิให้รัฐที่ถูกกล่าวหาอ้างกระบวนการยุติธรรมภายในของตนที่ไม่มีประสิทธิภาพได้ อีกทั้งรัฐผู้ถูกกล่าวหายังสามารถสละสิทธิในการพิสูจน์ข้อกำหนดเรื่องการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งเป็นความปรารถนาของรัฐเอง ซึ่งเมื่อเข้าข้อยกเว้นต่าง ๆ ข้างต้น ผู้เสียหายก็สามารถนำข้อเรียกร้องเสนอให้รัฐเจ้าของสัญชาติพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตได้ต่อไป

#### 4.2.1.2 ข้อพิจารณาในเรื่องการบังคับการตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดหากต้องการให้มีการรับรองและการบังคับการตามกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น ต้องเป็นคำพิพากษาที่โดยสภาพจะต้องมีการบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลที่ได้ทำคำพิพากษาไว้แล้ว ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องด้วยหนี้เหนือบุคคล หรือที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์สิน ซึ่งโดยทั่วไปอาจเกิดหนี้นี้จากการผิดสัญญา หรือเกิดจากมูลละเมิด เป็นต้น เช่น มีคำพิพากษากรณีที่จำเลยต้องชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดสัญญาของจำเลย หรือกรณีที่ศาลกำหนดให้จำเลยต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ อันอาจจะก่อให้เกิดความเสียหาย เป็นต้น

ในกรณีคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลในต่างประเทศ บุคคลซึ่งอาจเป็นนักลงทุนที่ร้องขอให้ศาลต่างประเทศได้รับคำพิพากษาถึงที่สุดและต้องการให้บังคับคดีให้ตามคำพิพากษาของศาลนั้น บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีและต้องการที่จะให้บังคับตามคำพิพากษาเพื่อให้ตนได้รับการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งผู้ที่จะร้องขอจากศาลให้บังคับคดีต้องเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากคดีนั้น อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลแห่งรัฐหนึ่งก็อาจมีผลบังคับได้ในอีกรัฐหนึ่ง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจของศาลแห่งรัฐที่ได้รับคำร้องขอ อันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางตุลาการของรัฐซึ่งได้รับคำร้องขอ โดยจะเห็นว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น จึงส่งผลให้เป็นอำนาจของแต่ละรัฐในการควบคุมการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

หากแต่กรณีที่ผู้เสียหายเป็นคนต่างชาติดังกล่าวต้องการจะนำคำพิพากษามาเพื่อบังคับให้รัฐผู้กระทำผิดปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลฎีกา เพื่อเข้าสู่กระบวนการเยียวยาความเสียหายตามที่ผู้เสียหายได้ร้องขอจากศาลไว้ แต่ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีเพียงคำพิพากษาแต่ไม่สามารถนำคำพิพากษาที่เป็นที่สุดมาบังคับคดีได้ตามคำตัดสินของศาล ซึ่งเป็นเรื่องของสภาพบังคับของกฎหมายภายในรัฐผู้กระทำผิดว่าไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เนื่องจากคำพิพากษาดังกล่าวไม่ตอบสนองแก่ผู้เสียหายได้ครบถ้วน คงตอบสนองได้บางส่วนเท่านั้น เพราะในท้ายที่สุดผู้เสียหายก็ไม่ได้มีการชดเชยความเสียหายที่เสียไปจริง ๆ และอาจมีค่าใช้จ่ายเพิ่มกับการนำคำพิพากษามาเพื่อเรียกร้องใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นกรมบังคับคดีหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ ก็ตาม ซึ่งผลตอบแทนที่ได้รับกลับไม่เป็นไปตามที่ผู้เสียหายต้องการ จนทำให้ผู้เสียหายต้องล้มเลิกกับการดำเนินการเรียกร้องต่อไป ซึ่งทั้งหมดนี้ถือเป็นความไม่ศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายของรัฐนั้นก็ว่าได้ ซึ่งผู้เสียหายที่เป็นคนต่างชาติเมื่อต้องประสบกับปัญหาสภาพบังคับของกฎหมายภายในของรัฐที่ไปลงทุน จึงเป็นเหตุให้ต้องนำข้อพิพาทมาเรียกร้องยังรัฐเจ้าของสัญชาติเพื่อให้การคุ้มครองทางทูต โดยวิธีการที่รัฐพิจารณาแล้วว่าจะทำให้ผู้เสียหายที่เป็นคนชาติได้รับการชดเชยความเสียหาย โดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหาย

ดำเนินการเรียกร้องแทนคนชาติในนามรัฐ โดยยกเป็นกรณีที่รัฐผู้กระทำผิดได้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้นำข้อพิพาทมาสู่การให้ความคุ้มครองทางทูตต่อไป

#### 4.2.2 การพิจารณาพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งเสริมการลงทุนไทย-จีน

ไทยและจีน ได้มีการทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-จีน ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุน โดยได้กำหนดถึงมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งถือเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนระหว่างรัฐภาคีทั้งสอง โดยการคุ้มครองการลงทุนนั้นอาจทำได้หลายวิธี นอกจากใช้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เรื่องความคุ้มครองทางทูตแล้ว ยังมีการทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน<sup>5</sup> ในทางตรงข้ามในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาทวิภาคีหรือ สนธิสัญญาพหุภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐคู่พิพาท เช่น ความตกลงด้านการลงทุน อาเซียน-จีน (ASEAN-China Investment Agreement) หรือแม้มีแต่ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ จึงนำมาสู่ทฤษฎีการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติ โดยนักลงทุนอาจเรียกร้องขอให้รัฐให้ความคุ้มครองทางทูต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้<sup>6</sup>

โดยหลักการพื้นฐานที่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาเพื่อเป็นหลักประกันถึงการได้รับความเป็นธรรมในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุน โดยได้กล่าว

<sup>5</sup> โดยในทางปฏิบัติของไทยมีการทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty) กับหลายประเทศ ซึ่งประกอบด้วยประเทศพัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนา โดยประเทศไทยได้เริ่มเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ.1960 และได้ลงนามความตกลงดังกล่าวกับเยอรมนีเป็นประเทศแรกในปี 1961 (มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ.1966) ปัจจุบันประเทศไทยมีความตกลงฯ ที่ลงนามแล้วจำนวน 42 ฉบับ ขณะนี้การจัดทำความตกลงฯ มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นทั่วโลก ปี2551 มีการเจรจาทำความตกลงไปทั้งหมด 59 ฉบับ สรุปลงข้อมูลจาก เอกสารแนบกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

<sup>6</sup> Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties, (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers), 1994.

ไว้ในวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ในส่วนอารัมภบท (Preamble) <sup>7</sup> โดยหลักการพื้นฐานของสนธิสัญญาฯ ได้แก่ การส่งเสริมและการเอื้ออำนวยการลงทุนแก่กันและกัน, การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่ได้เข้ามาในราชอาณาจักรแล้ว, การปฏิบัติที่เป็นธรรม เท่าเทียมกัน และให้การคุ้มครองอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ, การคุ้มครองการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน, การชดเชยความสูญเสียจากเหตุการณ์รุนแรงที่เกิดในประเทศที่ลงทุน, การโอนเงินลงทุนและผลตอบแทนโดยเสรี, การรับช่วงสิทธิตามความตกลงฯ, การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน และระหว่างรัฐกับรัฐ และพัฒนาการการเจรจาในกรอบความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

แม้ว่าประเทศไทยกับประเทศจีนจะมีสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ค.ศ. 1985 แต่สนธิสัญญาดังกล่าวก็มิได้มีข้อบ่งชี้ถึงการใช้ความคุ้มครองทางทูต เพราะถือว่าเป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศ และการให้ความคุ้มครอง แก่นักลงทุนไทย-จีน ตามสนธิสัญญา

---

<sup>7</sup> “อารัมภบท ของความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลจีนเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน “ด้วยความปรารถนาที่จะสร้างสรรค์เงื่อนไขที่เป็นการอนุเคราะห์เพื่อให้มีความร่วมมือทางเศรษฐกิจกันมากยิ่งขึ้นระหว่างทั้งสอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อให้มีการลงทุนโดยคนชาติและบริษัทของรัฐหนึ่งในอาณาเขตของอีกรัฐหนึ่ง บนพื้นฐานของหลักแห่งความเสมอภาคและผลประโยชน์ร่วมกัน.”

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมุ่งประสงค์เพื่อส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันจะคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนไทยซึ่งไปลงทุนในประเทศคู่ภาคีความตกลงฯ เช่นกัน ความตกลงฯ ไม่มีสาระในส่วนของการเปิดเสรีการลงทุน ซึ่งต่างกับความตกลงการค้าเสรี โดยความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมุ่งให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ได้เข้ามาอยู่ในประเทศแล้ว แต่ก็ถือเป็นความตกลงทางเศรษฐกิจที่อาจมีนัยเข้าข่ายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรค 2 เพราะอาจเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมอย่างกว้างขวาง และผูกพันการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ จึงควรเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบกรอบการเจรจาก่อน

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นความตกลงแบบฉบับที่ใช้ร่างมาตรฐานในการเจรจา และสาระในการเจรจากับแต่ละประเทศจะคล้ายคลึงกัน เพราะใช้มาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับกันระหว่างประเทศ กรอบการเจรจาจึงควรเป็นกรอบเดียวที่สามารถใช้ในการเจรจากับทุกประเทศคู่เจรจา โดยในการเจรจาอาจปรับเปลี่ยนถ้อยคำ และสาระ รวมถึงมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการลงทุนของประเทศนั้นๆ

ฉบับนี้ ว่าเป็นเรื่องของการคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) โดยทั่ว ๆ ไปตามหลักการ และกฎเกณฑ์ของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Law) เท่านั้น มิใช่เรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic Protection) แต่อย่างใด

โดยสนธิสัญญาฯ มีเพียงวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยคู่ภาคี เป็นการที่คู่ภาคีทำการระงับข้อพิพาทระหว่างกันเอง ซึ่งอาจเป็นการตกลงกันโดยตรง และไม่มีบุคคลที่สามมาร่วมด้วย ตามมาตรา 9 (1) ของสนธิสัญญาฯ บัญญัติว่า “ถ้าเป็นไปได้ การระงับข้อพิพาทระหว่างภาคีคู่สัญญาเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้ความตกลงนี้ให้กระทำโดยการปรึกษาหารือหรือการเจรจา” ซึ่งถือเป็นขั้นตอนการระงับข้อพิพาทที่ไม่ซับซ้อน รวดเร็ว เสริมสร้างความสัมพันธ์และความเข้าใจอันดีระหว่างคู่พิพาท ไม่เป็นการบังคับให้ปฏิบัติ แต่ให้ความสำคัญในการปรึกษาหารือซึ่งกันและกัน อันเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพความขัดแย้งให้กลายเป็นความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี หากเกิดกรณีพิพาทที่รุนแรงขึ้น จนไม่สามารถใช้การเจรจาระหว่างกันได้นั้น การปรึกษาหารืออาจต้องอาศัยบุคคลที่สามเข้ามาช่วยในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งบุคคลที่สามนั้นอาจมาในฐานะของ ผู้ประนอม<sup>8</sup> หรือ ผู้ไกล่เกลี่ย<sup>9</sup> ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้ ไม่มีลักษณะทางตุลาการ กล่าวคือ เป็นการไม่อาศัยพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ และจะไม่มีข้อเสนอแนะหรือข้อวินิจฉัยที่ผูกพันคู่พิพาท ซึ่งแตกต่างจากกรณีระงับข้อพิพาทโดยตุลาการที่ต้องทำคำชี้ขาด และคำชี้ขาดเช่นนั้นย่อมมีผลผูกพันคู่พิพาท

---

<sup>8</sup> การประนอม (Conciliation) นั้นจะมีบุคคลที่สามที่เรียกว่า ผู้ประนอม ซึ่งอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ มีบทบาทและหน้าที่ในการเข้าร่วมในการเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทด้วย โดยจะทำหน้าที่สืบสวนหาข้อเท็จจริงและทำรายงานพร้อมทั้งข้อเสนอเพื่อให้คู่พิพาทพิจารณา ทั้งนี้ รายงานและข้อเสนอของผู้ประนอมเช่นนั้น จะไม่ถือเป็นคำตัดสินหรือมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ประการใด คู่พิพาทยังมีเสรีภาพที่จะใช้ดุลยพินิจว่าจะยอมรับรายงานหรือข้อเสนอของผู้ประนอมหรือไม่

<sup>9</sup> การไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอีกวิธีหนึ่งโดยมีบุคคลที่สามเข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาระงับข้อพิพาท ซึ่งจะมียบทบาทหน้าที่มากกว่าการเป็นเพียงผู้ชักชวนให้คู่พิพาทเข้าเจรจาระงับข้อพิพาทกัน (Good Offices) โดยผู้ไกล่เกลี่ยนั้น ต้องเข้าร่วมในการเจรจาระหว่างคู่พิพาทด้วยการทำข้อเสนอเพื่อนำไปสู่การระงับข้อพิพาท แต่ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ย ย่อมไม่ผูกพันคู่พิพาท คู่พิพาทจะเห็นด้วยหรือไม่ ย่อมอยู่ในดุลยพินิจของคู่พิพาท และหน้าที่ในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะสิ้นสุดลงเมื่อคู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ หรือเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยถอนตัว

ในกรณีที่การระงับข้อพิพาทระหว่างไทยและจีนยังไม่ประสบความสำเร็จจากทุกๆ ขั้นตอนที่มี ไม่ว่าจะเป็นการเจรจา การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย ต่าง ๆ แล้ว แม้แต่มีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินข้อพิพาทแล้ว แต่ข้อพิพาทยังคงไม่ได้รับการเยียวยาหรือไม่ได้รับความเป็นธรรม ดังนั้นจึงต้องนำหลักความคุ้มครองทางทูตมาปรับใช้ อันเนื่องมาจากไม่สามารถใช้กระบวนการดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ ไม่ว่าจะเป็นสาเหตุจากการถูกปฏิเสธความยุติธรรม หรือการถูกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมจากหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบ ทั้งนี้การให้ความคุ้มครองทางทูตอาจนำมาซึ่งผลสรุปในการเยียวยาความเสียหายแก่นักลงทุนไทยต่อไปแม้จะเป็นเพียงแนวทางสุดท้ายในการคุ้มครองนักลงทุนในต่างแดนที่ปราศนาให้ได้รับความเป็นธรรมมากขึ้นกว่าการถูกปฏิเสธซึ่งกระบวนการยุติธรรมต่าง ๆ ที่ผ่านมา

#### 4.2.3 แนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองทางทูตของไทย

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขสำคัญข้างต้นโดยเฉพาะในเรื่องการหมิ่นหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน นักลงทุนไทยจึงสามารถเรียกร้องขอความคุ้มครองทางทูตจากรัฐบาลไทยได้ รัฐคู่พิพาทย่อมไม่สามารถโต้แย้งในประเด็นการให้ความคุ้มครองทางทูตได้ เพราะได้ทำตามเงื่อนไขทั้งหมดแล้ว ปัญหาต่อมาของนักลงทุนในการทำให้รัฐบาลไทยให้ความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากเป็นดุลพินิจของรัฐบาลไทยว่าจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนผู้นี้หรือไม่ โดยที่ผ่านมา แนวปฏิบัติของรัฐบาลไทยนั้นก็พึงตระหนักถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นหลัก ก่อนที่จะดำเนินการอย่างไร ทั้งนี้รัฐบาลไทยยังไม่เห็นความจำเป็นถึงขั้นสูงสุดในการเข้ามาใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคล ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม หากรัฐบาลไทยมีดุลพินิจที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตในอนาคต โดยมีการปรับเอาร่างบทมาตราฯ มาประกอบการพิจารณาก็จะเกิดประโยชน์แก่นักลงทุนไทยไม่มากนัก โดยวิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นรัฐบาลไทยโดยกระทรวงการต่างประเทศจะดำเนินการในนามตัวแทนจากรัฐบาลไทย โดยจะทำการเจรจาทางการทูตกับรัฐบาลจีนโดยอาจเป็นการเจรจาในระดับกงสุลประจำประเทศจีนก่อน ทั้งนี้เพื่อขอให้รัฐบาลจีนดำเนินการใด ๆ เช่น บังคับคดีที่ศาลสูงมีคำพิพากษาแล้ว เพื่อชดใช้ค่าเสียหายตามที่นักลงทุนได้รับความเสียหาย โดยทั้งนี้เป็นการเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตในนามรัฐบาลไทยซึ่งเป็นผู้เสียหายทางอ้อมในคดีนี้ หากเกิดกรณีที่รัฐบาลจีนไม่ได้ให้ความร่วมมือ รัฐบาลไทยก็จะดำเนินการโดยร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต่อไป โดยเป็นการยกระดับข้อพิพาทเอกชนสู่ศาลสูงระหว่างประเทศต่อไป โดยหากรัฐบาลไทยได้รับชัยชนะและได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากรัฐบาลจีนปัญหาต่อมานักลงทุนไทยต้องประสบก็คือ การเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลเจ้าของสัญชาติที่ได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากรัฐผู้กระทำผิดเรียบร้อยแล้ว ตามร่างข้อบทฯ มาตรา 19 (c) ของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ บัญญัติว่าเป็นกรณี

รัฐควรจะ (should) โดยไม่เป็นบทบัญญัติที่มีมาตรการบังคับให้รัฐต้องคืนเงิน กล่าวคือ “รัฐที่มีสิทธิใช้ความคุ้มครองทางทูตควรจะต้องโอนเงินค่าเสียหายต่าง ๆ ที่รัฐได้รับจากรัฐผู้กระทำผิดคืนให้แก่นักลงทุนผู้เสียหายที่แท้จริง โดยรัฐอาจหักลดหย่อนได้บางส่วน” ซึ่งกรณีนี้เป็นเพียงดุลยพินิจของรัฐหากรัฐเห็นว่าเกิดความยุ่งยากและมีค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้ในการเรียกร้องการคุ้มครองทางทูตจนไม่อาจคืนเงินจำนวนดังกล่าวได้ โดยจากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐสามารถหักค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวได้ หรือหากเวลาเนิ่นนานในการเรียกร้อง จนรัฐบาลไทยไม่อาจคืนเงินแก่นักลงทุนเลยก็เป็นได้ ทั้งนี้ นักลงทุนผู้เสียหายจึงไม่ได้รับความเป็นธรรมหากรัฐไม่คืนเงินให้ ดังนั้นจึงต้องศึกษาหาแนวทางที่จะเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายดังกล่าวของตนจากรัฐบาลเจ้าของสัญชาติคืนมา ซึ่งเป็นช่องว่างที่ยังไม่มีกฎหมายใดรองรับในกรณีดังกล่าวเลย

โดยแนวทางที่นักลงทุนต้องดำเนินการต่อไปคือ โดยเรียกร้องจากศาลปกครอง โดยอาศัยกฎหมายภายในที่มีอยู่ทั้งนี้กฎหมายภายในด้านการส่งเสริมและคุ้มครองนักลงทุนของไทย หรือสัญญาการลงทุนที่ไทยทำขึ้นกับต่างชาติ ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อนำประเด็นปัญหานี้เข้าสู่กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ เพื่อทำการไกล่เกลี่ยระหว่างเอกชนกับรัฐเนื่องจากเป็นปัญหาที่ต้องอาศัยคนกลางในการเจรจา โดยนำความเดือดร้อนที่บุคคลได้รับเข้าขอความเป็นธรรมจากคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อขอให้รัฐบาลที่ถูกเรียกร้องพิจารณาให้ได้รับเงินคืนต่อไป หรือการนำคดีขึ้นสู่ศาลคดีนี้เป็นคดีที่เกิดระหว่างรัฐกับบุคคลธรรมดา โดยต้องใช้กระบวนการทางศาลปกครองเพราะเป็นการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐ มิใช่เป็นการฟ้องร้องกับเอกชนหรือบุคคลธรรมดา ซึ่งหากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นจริงก็จะเป็นกรณีศึกษาที่บุคคลธรรมดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลผู้ให้ความช่วยเหลือให้ความคุ้มครองทางทูตโดยเป็นคดีที่นักลงทุนจะได้รับความยุติธรรมหรือไม่นั้นเป็นกรณีที่ใช้เวลายาวนานมากจนอาจจะไม่คุ้มกับค่าเสียหายที่จะได้รับกลับมาก็เป็นได้ เพราะมีค่าใช้จ่ายสูงจากการใช้ระยะเวลาการฟ้องร้องที่ยาวนานตั้งแต่เกิดกรณีพิพาทกับเงินจนกระทั่งเงินชดใช้ค่าเสียหาย และต่อมาเป็นกรณีเรียกร้องค่าเสียหายคืนจากรัฐบาลไทยอีกครั้งหนึ่ง จึงเป็นกรณีที่ซับซ้อนมากพอสมควรว่าที่นักลงทุนจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย

การคุ้มครองนักลงทุนไทยในจีน อาจกล่าวได้ว่าเป็นปัญหาที่นักลงทุนเอกชนยังไม่สามารถใช้ช่องทางความคุ้มครองทางทูตได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากรัฐบาลไทยในอดีตจนถึงปัจจุบันยังมีความกังวลกับปัญหาต่าง ๆ ที่อาจตามมาในกรณีการยกระดับความขัดแย้งในระดับบุคคล เป็นความขัดแย้งในระดับรัฐ ซึ่งสิ่งที่นักลงทุนไทยในจีนจะกระทำได้อีกก็โดยเรียกร้องช่องทางคุ้มครองตามกฎหมายภายในของประเทศจีน และอาศัยข้อตกลงทางการลงทุนระหว่างไทย - จีน โดยอาศัยหลักปฏิบัติที่เที่ยงธรรม และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง เพราะอย่างน้อยที่สุดก็ยังเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติในกรณีที่ต้องเกิดข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการ

ลงทุน อย่างไรก็ตามการคุ้มครองนักลงทุนในต่างแดนควรต้องมีการพัฒนากฎหมายในการคุ้มครองนักลงทุนให้มีประสิทธิภาพโดยการให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศได้นำมาใช้คุ้มครองคนชาติของตน ทั้งนี้จึงเป็นสิทธิของรัฐบาลไทยที่จะใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่เสียและที่จะได้มาในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนสัญชาติไทยที่ไปลงทุนในจีนต่อไป การให้ความคุ้มครองทางทูตนอกจากจะเป็นหนทางที่น่าจะเป็นเหมือนทางออกหนึ่งสำหรับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทั้งหลายที่ต้องดำเนินการเพื่อเรียกร้องซึ่งความยุติธรรมที่แม้จะไม่อาจได้รับความคุ้มครองทางทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติแต่หากไม่ปฏิบัติในทางใดเลยในเมื่อหมดหนทางการเยียวยาในทางระหว่างประเทศแล้ว การให้ความคุ้มครองทางทูตที่ตนสามารถใช้สิทธินั้นได้ก็สมควรที่จะนำมาใช้แม้จะยังไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ต้องการให้เป็น แต่อย่างน้อยก็ให้รัฐต่างชาติได้เข้าใจถึงสถานะที่ตนมิได้โดดเดี่ยวในสังคมระหว่างประเทศ หากเกิดการกระทำที่ไม่ถูกต้องก็ยังมีรัฐเจ้าของสัญชาติที่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตได้ โดยรัฐต่าง ๆ ก็เห็นความสำคัญของการคุ้มครองทางทูตมากขึ้น



## บทที่ 5

### สรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

การนำหลักความคุ้มครองทางทูตมาใช้ คุ้มครอง นักลงทุนไทย ที่ไปลงทุนในประเทศจีน นั้นโดยหากปรับใช้ตามเงื่อนไขต่าง ๆ ตามร่างบทมาตรานี้ เป็นไปได้แม้จะมีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไทยไม่เคยนำมาใช้กับประเทศจีนในเรื่องความคุ้มครองทางทูต แต่หากในอนาคตเกิดกรณีพิพาทขึ้นโดยที่การคุ้มครองทางทูตคือวิธีสุดท้ายที่นักลงทุนไทยอาจต้องนำมาใช้เพื่อเรียกร้องความยุติธรรมให้แก่ตนเอง ซึ่งวิธีการเรียกร้องในกรณีรัฐให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นมีหลายวิธี หากแต่กรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างไทย จีนนั้น ควรจะเป็นวิธีการที่มีลักษณะรัฐบาลไทยใช้วิธีเจรจาทางการทูตกับรัฐบาลจีนโดยใช้การเจรจาอย่างมีศิลปะ ทั้งนี้เพื่อเป็นการสร้างความเข้าใจที่ดีระหว่างกัน โดยการเจรจาเริ่มจากอธิบายเหตุผลที่ต้องนำเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้ในกรณีนั้น ๆ เพื่อขอความเห็นใจ มากกว่าการใช้พันธกรณีในการดำเนินการ หรือมาตรการบีบบังคับ หรือมาตรการที่ไม่เป็นมิตร กัดดันให้รัฐบาลจีนต้องกระทำการใด ๆ เพื่อให้เป็นการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งการเจรจาต่อกันนั้นเป็นการรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีระหว่างกันแม้จะมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นก็ส่งผลให้บรรยากาศการนำหลักการคุ้มครองทางทูตมาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

แม้ร่างบทมาตรา ที่ยกร่างนี้จะได้เปิดให้รัฐลงนามอย่างเป็นทางการ จึงยังไม่มีผลผูกพันกับรัฐต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยตรง แต่เนื่องจากเนื้อหาของร่างมีการนำเอาประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้ อันจะส่งผลบังคับใช้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว ส่วนกฎเกณฑ์ที่เพิ่มเติมมาในร่างบทมาตราฯ แม้จะยังไม่มีผลบังคับ ในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็แสดงให้เห็นว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีแนวโน้มจะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป โดยการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ได้ร่างบทมาตรานี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตขึ้นมาเพราะเล็งเห็นถึงความสำคัญของหลักการคุ้มครองทางทูต หากได้บัญญัติเป็นกฎหมายในอนาคตแล้วก็จะประโยชน์ต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการเข้าไปดำเนินชีวิต การลงทุน หรือการศึกษา ในต่างแดน จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ เพราะต่างก็สามารถเรียกร้องให้ได้รับการคุ้มครองทางทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติได้ โดยคณะกรรมการฯ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่สำคัญครอบคลุมไว้ในร่างบทมาตรานี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตทั้งในเรื่องหลักสัญชาติ ของบุคคลธรรมดา นิติบุคคล ผู้ถือหุ้น อีกทั้งการกำหนดหลักเกณฑ์พิเศษต่าง ๆ ในเรื่องความคุ้มครองทางทูต เช่น เรื่อง

การคืนเงินค่าเสียหายที่รัฐได้รับแก่ผู้เสียหายที่แท้จริง, เรื่องการไม่นำร่างบทมาตราดังกล่าวมาใช้เพื่อเป็นการยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่มีอยู่แล้ว เป็นต้น

โดยเมื่อมีการนำร่างบทมาตราดังกล่าวด้วยความคุ้มครองทางทูตมาใช้ ทำให้หลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มครองทางทูตมีความชัดเจนมากขึ้น ทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติ รวมทั้งรัฐบาลไทย สามารถประเมินสถานะของตนเองได้ล่วงหน้าว่าจะใช้สิทธิเรียกร้อง ในเรื่องความคุ้มครองทางทูต หรือไม่ เพียงใด ภายใต้เงื่อนไขใด มีภาระการพิสูจน์ในเรื่องใดบ้าง เช่น เรื่องสัญชาติของบุคคล การหมุดหนทางเหยี่ยวา โดยเมื่อมีความชัดเจนในหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อการที่รัฐเจ้าของสัญชาติจะนำความคุ้มครองทางทูตมาใช้คุ้มครองคนชาติ การใช้ดุลยพินิจของรัฐก็จะได้รับความรู้ความเข้าใจในหลักการนั้น ๆ รัฐสามารถคาดการณ์ได้ถึงการใช้สิทธิเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตนี้ จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อรัฐ และควรจะดำเนินการต่อไปหรือควรยุติการเรียกร้องในฐานะที่เป็นรัฐผู้มีสิทธิในการนำความคุ้มครองทางทูตมาใช้หรือไม่ก็ได้

อย่างไรก็ดี นักลงทุนไทยผู้เสียหายเมื่อขอให้รัฐบาลไทยให้ความคุ้มครองทางทูต ก็ไม่แน่ว่าเสมอไปว่าจะได้รับการชดเชยความเสียหายตามที่เรียกร้อง เพราะจะเป็นการเรียกร้องกันระหว่างรัฐกับรัฐ โดยเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งบุคคล หรือนิติบุคคลจะไม่ได้เข้าร่วมกับการเรียกร้องของรัฐแต่อย่างใด เมื่อมีการชดเชยค่าเสียหายก็ไม่มีกฎหมายใดที่จะพิสูจน์ หรือบังคับให้รัฐต้องชดเชยให้ผู้เสียหายเท่าไร อย่างไรก็ตาม โดยนักลงทุนที่เป็นผู้เสียหายต้องดำเนินการเรียกร้องเงินค่าเสียหายที่รัฐได้รับจากรัฐบาลอีกครั้งหนึ่งโดยอาศัยกฎหมายส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีอยู่ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่นักลงทุนไทยอาจได้รับความเสี่ยงว่าจะได้รับเงินคืนหรือไม่ มากน้อยเพียงใด เพราะการเรียกร้องที่รัฐกระทำไปถือเป็นการเรียกร้องในนามของรัฐเองมิใช่ในนามตัวแทนของนักลงทุนผู้เสียหายแต่อย่างใด การที่รัฐอ้างสิทธิในเงินหรือสิ่งตอบแทนจากค่าชดเชยความเสียหายจึงชอบแล้ว ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วจึงเห็นว่าไทยควรพิจารณาจากเงื่อนไขการใช้สิทธิคุ้มครองทางทูต 3 ประการ ได้แก่ 1) มีความเสียหายจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่ 2) มีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับนักลงทุนไทยในเงินหรือไม่ และ 3) หมุดหนทางเหยี่ยวาความเสียหายภายในประเทศจีนหรือไม่ หากพบว่าเข้าเงื่อนไขครบทุกข้อแล้วประเทศไทยก็สามารถที่จะใช้สิทธิคุ้มครองทางทูตได้ เพราะหากไม่ใช้สิทธิคุ้มครองทางทูตเสียเลยก็อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนไทยในจีนและอาจสูญเสียความเชื่อถือในการให้ความคุ้มครองคนชาติของไทย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อรัฐบาลไทยพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยย่อมกระทำได้ โดยผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1) กรณีการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทย ประเภทใดบ้าง นั้น ให้พิจารณาทั้งนักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล อีกทั้งผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทย เนื่องจากในกรณีการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ ไม่สามารถเลือกสถานะของนักลงทุนได้ เนื่องจากมีธุรกิจที่จะเข้าไปลงทุนทั้งระดับ SME และระดับ บริษัทใหญ่ ซึ่งนักลงทุนไทยที่มีสัญชาติไทย ทั้งโดยการเกิดหรือภายหลังการเกิดก็ตาม ต้องพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ตามร่างบทมาตรานี้ ว่าให้สิทธิแก่บุคคลแต่ละประเภทในการขอความคุ้มครองทางทูตได้อย่างไร เช่น กรณีคนไทยที่เป็นนิติบุคคล หรือบริษัท จะได้สัญชาติไทยโดยกฎเกณฑ์ในร่างมาตราฯ มาตรา 4, มาตรา 9 เป็นต้น โดยได้บัญญัติไว้ชัดเจน ซึ่งในอดีตมีเพียงการนำหลักกฎหมายภายในประเทศมาใช้ในการพิจารณาสัญชาติของบุคคลซึ่งกฎหมายแต่ละรัฐก็อาจจะเหมือนและแตกต่างกัน แม้ร่างนี้จะไม่ได้ให้รายละเอียดในทุกๆ ประเภทของการกำหนดสัญชาติของบุคคล และนิติบุคคลไว้ หากแต่เป็นลักษณะการให้คำจำกัดความที่กว้างแต่ทำให้เข้าใจตรงกันในทางระหว่างประเทศ ที่แต่ละรัฐจะนำมาปรับใช้กับสัญชาติของคนชาติตนเองได้ โดยในร่างบทมาตราฯ ยังได้เน้นย้ำถึงหลักความต่อเนื่องในการถือสัญชาติซึ่งเป็นหลักที่สำคัญคล้าย ๆ กับเรื่องความเชื่อมโยงอย่างแท้จริงของสัญชาติ แต่มีได้ระบุว่าต้องมีความเชื่อมโยงอย่างแท้จริงเหมือนเช่นคดี Nottebohm และกรณีน่าสนใจคือผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเองก็มีสิทธิได้รับการคุ้มครองทางทูตได้เช่นกัน หากเกิดกรณีเจ้าของสัญชาติของบริษัทที่ได้ลงทุนมิได้ให้ความคุ้มครองทางทูต ทั้งนี้เป็นไปตามร่างบทมาตราฯ มาตรา 11 ได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้นไว้เช่นกัน

2) นักลงทุนไทยจะเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตได้ในกรณีอย่างไรบ้าง ทั้งนี้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นักลงทุนไทยต้องตระหนักถึงการได้รับการปฏิบัติจากรัฐที่ไปลงทุนว่ามีมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศเพียงใด ทั้งนี้การถูกละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการถูกละเมิดพันธกรณีในส่วนของความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและการลงทุน (BIT) การค้าระหว่างประเทศ การละเมิดสัญญาการลงทุน หรือการถูกปฏิเสธความยุติธรรม ก็ล้วนแล้วแต่เป็นเหตุที่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตได้ทั้งสิ้น โดยนักลงทุนไทยเองต้องศึกษาถึงสิทธิที่จะเรียกร้องจากรัฐว่าสามารถร้องขอความคุ้มครองทางทูตเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองจากรัฐบาลไทยอย่างไร โดยมีให้รัฐผู้กระทำความผิดกล่าวอ้างถึงความไม่ชอบธรรมในการใช้สิทธิได้ ทั้งนี้ นักลงทุนไทย สามารถนำร่างบทมาตรามาเป็นแนวทางในการพิสูจน์ถึงความถูกต้องในการนำเรื่องความคุ้มครองทางทูตมาใช้กับกรณีที่เกิดการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายจนทำให้นักลงทุนได้รับความเสียหายเช่น ใน มาตรา 1 เรื่อง

นิยามความหมายของความคุ้มครองทางทูตที่จะรัฐให้ความคุ้มครองทางทูตกรณีที่คุณคนผู้เสียหายถูกละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐผู้กระทำผิดต้องรับผิดชอบในการเยียวยาความเสียหาย เป็นต้น

3) นักลงทุนไทยจะเรียกร้องความคุ้มครองทางทูตภายหลังจากได้หมดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศจีน จะพิสูจน์หลักการนี้ และนำร่างมาใช้ได้อย่างไร ทั้งนี้เงื่อนไขเรื่องหลักการหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศ เป็นหลักที่สำคัญที่นักลงทุนไทยต้องดำเนินการก่อนการนำสิทธิการคุ้มครองทางทูตมาใช้ เนื่องจากหลักการนี้ตั้งแต่อดีตแม้จะไม่เคยระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาก่อน แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาเรื่องสิทธิในการคุ้มครองทางทูต ยกตัวอย่างในคดี Interhandel Case ที่ศาลยอมรับว่าหลักการหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญ โดยทุกคดีต้องนำหลักการนี้มาใช้ โดยในอดีตเป็นการเทียบเคียงว่าแบบไหนที่ผู้เสียหายถือว่าหมดหนทางการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งยังขาดความชัดเจนว่า วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีของแต่ละรัฐถูกต้องและมีประสิทธิภาพหรือไม่ หากไม่มีประสิทธิภาพ เพราะอย่างไร โดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เมื่อคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้จัดทำร่างบทมาตราฯ พร้อมทั้งกำหนดถึงเรื่องการเยียวยาความเสียหาย คืออะไร แบบไหนคือการหมดหนทางการเยียวยา และกรณีข้อยกเว้นมีต้องนำหลักการเยียวยาความเสียหายมาใช้ เช่น กระบวนการยุติธรรมไม่มีประสิทธิภาพ ล่าช้า เป็นต้น ซึ่งเมื่อมีหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในร่างบทมาตราฯ ทำให้นักลงทุนสามารถนำกฎเกณฑ์ต่างๆ และข้อยกเว้นต่าง ๆ มาเป็นการพิสูจน์เรื่องการหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายมาใช้เพื่อให้ได้รับความยุติธรรมที่รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพกว่าเดิม ถึงแม้ว่าการพิสูจน์จะตกอยู่กับผู้เสียหายในกรณีว่าหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายแล้วหรือไม่ หรือการเยียวยาความเสียหายไม่มีประสิทธิภาพอย่างไร ทั้งนี้เป็นขั้นตอนที่ทั้งผู้เสียหายและรัฐสัญชาติควรให้ความร่วมมือในการพิสูจน์ความจริงเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมที่สุด

4) นักลงทุนไทยกับรัฐบาลไทยจะร่วมมือกันเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางทูตได้อย่างไร การใช้สิทธิโดยสุจริตของรัฐบาลไทยจะทำให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างไรหรือไม่

รัฐบาลต้องสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุนไทยหากเกิดกรณีที่ต้องใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตขึ้น ทั้งนี้รัฐบาลได้ใช้สิทธิโดยสุจริตแล้ว โดยรัฐบาลไทยต้องให้ความสนใจในการก่อตั้งบริษัทของคนไทยว่าได้ทำถูกต้องหรือไม่ และเป็นบริษัทที่ได้ควบคุมโดยคนไทยหรือคนจีน และมีกิจการอันมีนัยสำคัญหรือไม่ มีสถานที่ในการบริหารจัดการและควบคุมทางการเงินอยู่ที่ใด เมื่อมีกรณีพิพาทที่เกิดขึ้น รัฐบาลไทยหรือหน่วยงานของไทยมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดหรือไม่ หากมีส่วนเกี่ยวข้องจะไม่สามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อปกป้องคนชาติได้ ดังนั้น ทั้งรัฐบาล

ไทยและนักลงทุนไทยต้องมีการสร้างความร่วมมือระหว่างกันในระดับหนึ่ง ร่วมกันดำเนินการค้นหาความจริงเนื่องจากภาระการพิสูจน์ในบางเรื่องนั้นต้องได้รับความช่วยเหลือจากรัฐบาลไทยเช่นกัน ทั้งในนำบทมาตราฯ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศมีบทบัญญัติที่ให้การเสนอแนะเพิ่มเติมในการนำหลักความคุ้มครองทางทูต มาบัญญัติไว้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้คุ้มครองทั้งคนชาติ และคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน ทั้งระดับทวิภาคีและพหุภาคี และสนธิสัญญาต่าง ๆ เพื่อใช้คุ้มครองแก่ความปลอดภัยของบุคคลในทางระหว่างประเทศ และการได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำมิชอบในทางระหว่างประเทศ โดยบทบัญญัติที่เป็นบทเสนอแนะได้แก่ มาตรา 16, มาตรา 17, และ มาตรา 19 ดังนี้

มาตรา 16 “สิทธิของรัฐ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือองค์ภาวะอื่น ในการใช้มาตรการตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อทำการหรือดำเนินการอย่างอื่นนอกเหนือจากความคุ้มครองทางทูตเพื่อให้ได้มาซึ่งการเยียวยาความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้น ไม่ได้รับผลกระทบจากร่างบทมาตรานี้”<sup>1</sup> โดยร่างบทมาตรานี้ ไม่นำไปใช้กับกฎเกณฑ์เฉพาะในกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเองไม่ต้องการให้นำร่างบทมาตรานี้กระทบต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ทั้งสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุน หรือสนธิสัญญาในเรื่องสิทธิมนุษยชน<sup>2</sup> เนื่องจากในสนธิสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองการลงทุนก็มีบทบัญญัติที่นำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทการลงทุนได้เช่นกัน และบางกรณีจะนำมาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพกว่าใช้ความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากไม่ต้องผ่านเงื่อนไขเฉพาะในเรื่องการหมุดหนทางการเยียวยาความเสียหาย เหมือนเรื่องความคุ้มครองทางทูต ซึ่งการระงับข้อพิพาทการลงทุนใน BIT จะมีคณะอนุญาโตตุลาการ หรือศาลเฉพาะกิจ ในการให้ระงับข้อพิพาท ระหว่างรัฐ ซึ่งหากนำ BIT มาใช้

<sup>1</sup>United Nations, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries 2006, p.86.

<sup>2</sup>ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอาจให้ความคุ้มครองแก่คนชาติหรือบุคคลที่ไม่ใช่คนชาติต่อรัฐที่กระทำละเมิดต่อบุคคลธรรมดาหรือกระทำต่อบุคคลที่ 3 ภายใต้กฎหมายต่าง ๆ เช่น The International Covenant on Civil and Political Rights, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the European Convention on Human Rights, the American Convention on Human Rights, and the African Charter on Human and People’s Rights. ซึ่งกฎหมายต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ไม่ให้นำหลักความคุ้มครองทางทูตมาใช้, United Nations, supra note 1, p.87.

ระงับข้อพิพาทการลงทุนจะเป็นประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติมากกว่าการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูต โดยมีต้องพึงดุลยพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากอาจสร้างความไม่แน่นอนในการร้องขอของนักลงทุน<sup>3</sup>

ในกรณี ร่างบหมตรา มาตรา 17<sup>4</sup> เป็นกรณี กฎหมายพิเศษในทางระหว่างประเทศที่จะ ไม่นำร่างบหมตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตมาใช้บังคับ

“ร่างบหมตรานี้จะไม่นำมาใช้กับหลักการพิเศษในกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ บทบัญญัติในสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน ในกรณีที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกัน”

เป็นอีกมาตราที่ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญของกฎหมายพิเศษในเรื่องการคุ้มครองการลงทุน ที่ยังมีอยู่ มิให้นำร่างบหมตรามาใช้ให้เกิดความ สับสน โดยการระงับข้อพิพาทที่นำสนธิสัญญาการลงทุนมาใช้เพื่อเป็นการลดความเข้มงวดของหลัก ความคุ้มครองทางทูตเช่น หลักเรื่องสัญชาติ กับหลักการหมตหนทางการเยียวยาความเสียหายมาใช้ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อเสนอนี้เพราะทำให้นักลงทุนได้รับการคุ้มครองทางทูตที่รวดเร็วขึ้นโดยไม่ต้อง อาศัยเงื่อนไขที่ยุ้งยาก เป็นต้น

ข้อเสนอแนะที่น่าสนใจของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ คือเรื่องที่รัฐควร โอนค่าเสียหายจากรัฐที่ต้องรับผิดชอบให้แก่บุคคลผู้เสียหายข้อเสนอแนะพิเศษของคณะกรรมาธิการภายใต้ ร่างบหมตรา มาตรา 19(3) กล่าวไว้ว่า “รัฐควร (should) คืนเงินค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในกรณี ที่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐที่รับผิดชอบแล้ว โดยรัฐเจ้าของสัญชาติสามารถหักส่วนที่เป็น ค่าใช้จ่ายได้” ทั้งนี้เมื่อปรากฏเป็นกรณีที่ ILC เล็งเห็นถึงผลประโยชน์ที่ผู้ได้รับความเสียหายควรจะได้ มากกว่าจะเป็นรัฐผู้เรียกร้อง แม้จะเป็นดุลยพินิจของรัฐในการจะคืนหรือไม่คืนเงินดังกล่าวให้แก่ ผู้เสียหายก็ได้ เนื่องจากในร่างบหมตราใช้คำว่า ควรจะ (should) ซึ่งไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่ บังคับรัฐ แต่มีเนื้อหาสาระเป็นเพียงคำแนะนำประกอบ การใช้ดุลยพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต เท่านั้น แต่หากรัฐได้รับการชดเชยความเสียหายแล้ว รัฐสัญชาติมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการต่าง ๆ อาจจะเป็นจำนวนเงินที่มากหรือน้อยขึ้นอยู่กับข้อพิพาทในแต่ละกรณี ซึ่งใน ความเห็นของ คณะกรรมาธิการนั้น เมื่อเป็นจำนวนเงินที่หักค่าใช้จ่ายแล้วควรจะคืนให้แก่ผู้เสียหายที่แท้จริง แต่หาก

<sup>3</sup>United Nations, supra note 1, pp. 89-94

<sup>4</sup>*Ibid.*, p.89.

Article 17 Special rules of international law “The present draft articles do not apply to the extent that they are inconsistent with special rules of international law, such as treaty provisions for the protection of investments.”

เป็นจำนวนเงินที่ไม่มาก เมื่อหักค่าดำเนินการแล้วมีไม่เพียงพอหรือมีเหลือนิดเดียว ผู้เสียหายก็ควรจะยอมรับในความจำเป็นที่ต้องสูญเสียเงินจำนวนดังกล่าว แต่หากเป็นจำนวนเงินที่มากพอสมควร หากมีผลต่อการดำรงชีพและการดำเนินธุรกิจของนักลงทุน รัฐจึงควรจะคืนเงินนั้นให้แก่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดกรณีที่รัฐไม่ยอมคืนเงินที่รัฐเรียกร้องแทนคนชาติมาได้ ให้แก่นักลงทุน ยกตัวอย่างในกรณีคดี เซ็นเจิ้น ผู้เสียหายต้องดำเนินการอย่างไรนั้น เป็นกรณีที่ยังไม่มีการศึกษาแนวทางไว้ แต่ผู้เขียนเห็นว่า ผู้เสียหายควรจะดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในที่เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้เสียหายในการขอเงินค่าชดเชยความเสียหายที่รัฐได้รับจากความคุ้มครองนักลงทุน เช่น จากหน่วยงาน BOI หรือหลักกฎหมายทั่วไป ที่รัฐต้องให้การคุ้มครองผลประโยชน์ของคนชาติเมื่อมีกรณีต้องสูญเสียซึ่งผลประโยชน์ของคนชาติจากการลงทุน เช่น ใน มาตรา 5 พ.ร.บ. ว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางกงสุล ทั้งนี้รัฐควรจะทำให้ความเป็นธรรมในการรับข้อร้องเรียนและดำเนินการคืนเงินให้แก่นักลงทุน มิฉะนั้นแล้วความเชื่อมั่นในการอยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนก็จะสูญสิ้นไป และอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนอันอาจกระทบต่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ รวมทั้งอาจกระทบต่อภาพลักษณ์และความน่าเชื่อถือในการให้ความคุ้มครองคนชาติของไทย

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

เดชอุดม ไกรฤทธิ. คำอธิบายกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ. โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่3. แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

\_\_\_\_\_. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556

ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ : รัฐ. พิมพ์ครั้งที่8. แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

\_\_\_\_\_. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่4, กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2551.

วิบูลย์ ตั้งกิตติภากรณ์. โครงการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายการค้าการลงทุนของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน, สำนักงานปลัดกระทรวง, กระทรวงพาณิชย์. 2550.



สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน. สำนักพิมพ์บรรณกิจ 1991. กรุงเทพมหานคร, 2549.

อภิญา เลื่อนฉวี. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2548.

### วิทยานิพนธ์

กฤษณศักดิ์ ศรีเบญจโชติ. “การใช้มาตรการตอบโต้โดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้เสียหายตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

โชติรส เพศประเสริฐ. “สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

ปรียาภา ลากอนันต์. “การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น : ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 1970-2010.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

วริษฐา บุญยเศรษฐ. “เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ศึกษากรณีร่างข้อบ่งชี้ด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการ

กฎหมายระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ศิริรัตน์ เล้าประเสริฐ. “ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ลงทุนต่างชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

### บทความ

ประสิทธิ์ เอกบุตร. “ความรับผิดชอบของรัฐ”, ใน อาจารย์บัญชาศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์. น. 77-102. จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปทุมธานี : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ศูนย์รังสิต, 2550.

ภัทรระ ลิมป์ศิริระ. “พัฒนาการของบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศ : การให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมในสถานกักขังพิตธิธรรมชาติ”. ตุลพาท. เล่มที่ 3 ปีที่ 58 หน้า 29-30.

สำนักปลัดกระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, “การศึกษากลไกการระงับข้อพิพาท ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรี”. ศูนย์บริหารวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2553.

### เอกสารอื่น ๆ

คู่มือการลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน ประจำปี 2557, จัดพิมพ์โดย สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักนายกรัฐมนตรีเอกสารส่งเสริมการลงทุน

คู่มือการส่งออกสินค้าอาหารไทยสู่แดนมังกร, จัดทำโดยธนาคารกสิกรไทย 2554.

คำแปลคำพิพากษาของหน่วยการปกครองของศาลประชาชนสูงสุดแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน  
หมวดอักษรสิ่งจงจื่อ (1997) หมายเลข 18

ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย – กัมพูชา

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย – จีน

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

เกรียงศักดิ์ กิตติชัยเสรี “กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองคนชาติ” วารสารสารานุกรม  
ฉบับที่ระลึกครบรอบปีที่ 55 (กุมภาพันธ์ 2541). สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กันยายน 2558.  
จาก<http://www.mfa.go.th/internet/document/834.pdf>

กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน  
2559 สืบค้นจาก :  
[http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-  
100942-243117.pdf](http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf)

เนติมา คงแคล้ว, ความมุ่งหวัง เบื้องหลังหลักความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection).  
สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2559 สืบค้นจาก :  
<https://www.l3nr.org/posts/484537>

ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2559 สืบค้นจาก,  
<http://www.mfa.go.th/business/contents/files/cooperation-20151001-171427-236584.pdf>

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติ  
 คำมั่นด้านสิทธิมนุษยชนของไทย, และกระบวนการ UPR ฉบับประชาชน, สืบค้นเมื่อวันที่  
 30 เมษายน 2559 สืบค้นจาก [www.mfa.go.th/humanrights](http://www.mfa.go.th/humanrights)

ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน. “เกร็ดความรู้ในการลงนามสัญญาในจีนและการจัดตั้งบริษัทต่างชาติใน  
 จีน” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มีนาคม 2559 สืบค้นจาก:  
[http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/business-warning/detail.php?SECTION\\_ID=487&ID=11818](http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/business-warning/detail.php?SECTION_ID=487&ID=11818)

## Books

Amerasinghe, Chittharanjan Felix. Diplomatic Protection. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Borchard, Edwin M. Diplomatic Protection of Citizens Abroad. New York Kraus Reprint Co, 1970.

Crawford, James. State Responsibility : The General Part, Cambridge University Press. United Kingdom, 2013.

Cuthbert Joseph. Nationality and Diplomatic Protection. The Commonwealth of Nations, Leyden: A.W. Sijthoff, 1969.

E. Vattel, The Law of Nations, or the Principles of Natural Law, Classics of International Law, Book II, Chapter VI at 136 (ed. C. Fenwich transl. 1916.

Henry Capmpbell Black. Black's Law Dictionary, 6<sup>th</sup> edition, St. Paul : West Publishing, 1990, p. 595.

Joseph, Cuthbert. Nationality and Diplomatic Protection : The Commonwealth of Nations. Leyden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, N.V., 1969

Kluwer, Wolters. Chinese Commercial Law : A Practical Guide. Kluwer Law International. Great Britain, 2010.

Michael Akehurst: A Modern Introduction to International Law, London: George Allen & Unwin, 1984.

Parlett, Kate. The Individual in the International Legal System : Continuity and Change in International Law. Cambridge University Press, USA. 2011.

Shaw, Malcolm N. International Law. 7<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment. Cambridge University Press, USA. 1994.

Subedi, Surya p. International Investment law : Reconciling Policy and Principle. Hart Publishing. USA, 2012.

## Official Documents

Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of People's of Republic of China for the Promotion and Protection of Investments

Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007, I.C.J. Reports (2007).

Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase) (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports 1970.

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States.

Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law 1930

Convention Relating to the Stateless Persons of 1954.

Convention Relating to the Status of Refugees of 1951.

Draft Articles on Diplomatic Protection, with Commentaries 2006.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.

Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws,  
1930

Interhandel Case, (Preliminary Objections) (Switzerland v. United States of America) ,  
I.C.J. Report 1959.

Nottebohm, Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports (1953) 111-125 ; Second  
Phase, Judgment, I.C.J.Reports (1955) 4-65; I.C.J. Pleadings, Nottebohm.

Norwegian Loans Case, (France V. Norway), 1957 Reports of the International Court of  
Justice 9, Cases & Materials on International Law, ed. By Martin Dixon and  
Robert MaCorquodale, Lancaster: Billing & Sons Ltd., 1991, p. 423.

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Vienna Convention on the Diplomatic Relation 1961

Vienna Convention on the Consular Relation 1963

The World Bank Convention of Settlement of Investment Disputes between State and  
National of Other States 1965

United Nations, Report of the International Law Commission, fifty-eighth session, UN  
Document A/61/10; Yearbook of the International Law Commission,  
2006.,Chapter IV, para, 43

## Journals

Anna Maria Helena Vermeer-Künzli “The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. geboren te Middelstum in 1979”. 2007. A.M.H. Vermeer-Künzli.

Boustani, Elnaz and Fard, Ali Shojaei. “The stand of diplomatic protection of legal person in the international judicial precedent”. Journal of Scientific Research and Development 2(2)1-4, 2015.

Craig Forcese. “The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the ‘War on Terror.’” The European Journal of International Law Vol. 17 no.2 © EJIL 2006.

Diplomatic Protection : An activity performed by States to protect their national abroad and secure their interest...” Encyclopedia of the United Nations and International Agreement, 1985.

Endre Ustor, “Most-Favoured-Nation Clause”, Encyclopedia of Public International Law. (1985) P.411.

Edwin Borchard. “Minimum Standard of the Treatment of Aliens”. Yale Law School Legal Scholarship Repository.

Frederick Sherwood Dunn, “The Protection of Nationals : A Study in the application of international law Baltimore” The Johns Hopkins Press, 1932, p. 46.



Gabrielle Kaufmann-Kohler “Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection” \_\_\_\_\_.

H.F. Van Panhuys, “The Role of Nationality in International Law” An Outline Netherlands: Leyden, A.W. Sythoff, 1959.

J.H. Glazer, Affaire Nottebohm (Liechtenstein v.Guatemala), A Critique, Georgetown Law Journal, vol.44 (1955-56), 313-325

John R, Dugard., First report on diplomatic protection: Document A/CN. 4/506, Yearbook of the International Law Commission, 2000.,

Oliver J. Lissitzyn, “The Meaning of The Term Denial of Justice in international Law”. The American Journal of International Law, pp.632-646

Stephen Verosta, “Denial of Justice,” in Encyclopedia of Public International Law (1987).

Tolga Yalkin . “The International Minimum Standard and Investment Law” The Proof is in the Pudding Published on August 3, 2009.

Wilhelm Karl Geck, “Diplomatic Protection,” Encyclopedia of Public International Law. Vol. 10., p. 100. 1987.

ภาคผนวก



## ภาคผนวก ก

### 2006 DRAFT ARTICLES ON DIPLOMATIC PROTECTION

Text adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, 2881st meeting in Geneva, Switzerland on 30 May 2006

#### PART ONE GENERAL PROVISIONS

##### ARTICLE 1 DEFINITION AND SCOPE

For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.

##### ARTICLE 2 RIGHT TO EXERCISE DIPLOMATIC PROTECTION

A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles.

#### PART TWO NATIONALITY

##### Chapter I General Principles

##### ARTICLE 3 PROTECTION BY THE STATE OF NATIONALITY

1. The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality.
2. Notwithstanding paragraph 1, diplomatic protection may be exercised by a State in respect of a person that is not its national in accordance with draft article 8.

##### Chapter II Natural Persons

ARTICLE 4 STATE OF NATIONALITY OF A NATURAL PERSON

States concerned shall cooperate in good faith and, as necessary, seek the assistance of one or more competent international organizations in preventing significant transboundary harm or at any event in minimizing the risk thereof.

ARTICLE 5 CONTINUOUS NATIONALITY OF A NATURAL PERSON

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who was a national of that State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.

2. Notwithstanding paragraph 1, a State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is its national at the date of the official presentation of the claim but was not a national at the date of injury, provided that the person had the nationality of a predecessor State or lost his or her previous nationality and acquired, for a reason unrelated to the bringing of the claim, the nationality of the former State in a manner not inconsistent with international law.

3. Diplomatic protection shall not be exercised by the present State of nationality in respect of a person against a former State of nationality of that person for an injury caused when that person was a national of the former State of nationality and not of the present State of nationality.

4. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the date of the official presentation of the claim.

ARTICLE 6 MULTIPLE NATIONALITY AND CLAIM AGAINST A THIRD STATE

1. Any State of which a dual or multiple national is a national may exercise diplomatic protection in respect of that national against a State of which that person is not a national.

2. Two or more States of nationality may jointly exercise diplomatic protection in respect of a dual or multiple national.

ARTICLE 7 MULTIPLE NATIONALITY AND CLAIM AGAINST A STATE OF NATIONALITY

Any decision in respect of the authorization of an activity within the scope of the present articles shall, in particular, be based on an assessment of the possible trans boundary harm caused by that activity, including any environmental impact assessment.

ARTICLE 8 STATELESS PERSONS AND REFUGEES

1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.

2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.

3. Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee.

Chapter III Legal Persons

ARTICLE 9 STATE OF NATIONALITY OF A CORPORATION

For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.

#### ARTICLE 10 CONTINUOUS NATIONALITY OF A CORPORATION

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation that was a national of that State, or its predecessor State, continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.

2. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation that acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the presentation of the claim.

3. Notwithstanding paragraph 1, a State continues to be entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation which was its national at the date of injury and which, as the result of the injury, has ceased to exist according to the law of the State of incorporation.

#### ARTICLE 11 PROTECTION OF SHAREHOLDERS

A State of nationality of shareholders in a corporation shall not be entitled to exercise diplomatic protection in respect of such shareholders in the case of an injury to the corporation unless:

(a) the corporation has ceased to exist according to the law of the State of incorporation for a reason unrelated to the injury; or

(b) the corporation had, at the date of injury, the nationality of the State alleged to be responsible for causing the injury, and incorporation in that State was required by it as a precondition for doing business there.

#### ARTICLE 12 DIRECT INJURIES TO SHAREHOLDERS

To the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals.

### ARTICLE 13 OTHER LEGAL PERSONS

The principles contained in this chapter shall be applicable, as appropriate, to the diplomatic protection of legal persons other than corporations.

### PART THREE LOCAL REMEDIES

#### ARTICLE 14 EXHAUSTION OF LOCAL REMEDIES

1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.

2. "Local remedies" means legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.

3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgement related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.

#### ARTICLE 15 EXCEPTIONS TO THE LOCAL REMEDIES RULE

Local remedies do not need to be exhausted where:

(a) there are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress;

(b) there is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible;

(c) there was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;

(d) the injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or

(e) the State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.

#### ARTICLE 16 ACTIONS OR PROCEDURES OTHER THAN DIPLOMATIC PROTECTION

The rights of States, natural persons, legal persons or other entities to resort under international law to actions or procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act, are not affected by the present draft articles.

#### ARTICLE 17 SPECIAL RULES OF INTERNATIONAL LAW

The present draft articles do not apply to the extent that they are inconsistent with special rules of international law, such as treaty provisions for the protection of investments.

#### ARTICLE 18 PROTECTION OF SHIPS' CREW

The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act.

#### ARTICLE 19 RECOMMENDED PRACTICE

A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:

(a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred;

(b) take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and

(c) transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions



**ภาคผนวก ข**  
**AGREEMENT**  
**BETWEEN**  
**THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA**  
**AND**  
**THE GOVERNMENT OF THE KINGDOM OF THAILAND**  
**FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS**

The Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Thailand;

Desiring to create favourable conditions for greater economic cooperation between both States and, in particular, for the investments by nationals and companies of one State in the territory of the other State based on the principles of equality and mutual benefit;

Recognizing that the encouragement of such investments and the reciprocal protection of investments under international agreement will be conducive to the stimulation of business initiative of investors and will increase prosperity in both States; Have agreed as follows:

Article 1

For the purpose of this Agreement:

(1) The term "national" shall mean any natural person who possesses nationality of either Contracting Party in accordance with the laws in force in that

Contracting Party;

(2) The term "companies" shall mean juridical persons incorporated or constituted in the territory of either Contracting Party in accordance with the laws in force in that Contracting Party whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit;

(3) The term "investments" shall mean every kind of assets as permitted by each Contracting Party in accordance with its laws and regulations and shall include, in particular, but not exclusively:

(a) Movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges;

(b) Shares, stock and debentures of companies or interests in the property of such companies;

(c) Claims to money or to any performance under contract having a financial value;

(d) Intellectual property rights and goodwill;

(e) Business concessions conferred by law or under contract, if permitted by law, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources;

(4) The term "returns" shall mean the amounts yielded by an investment and, in particular, though not exclusively, shall include profits, interests, capital gains, dividends, royalties or fees.

## Article 2

(1) The benefits of this Agreement shall apply only in cases where investments of the nationals and companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party have been specifically approved in writing by the competent authority of the latter Contracting Party.

(2) Nationals and companies of either Contracting Party shall be free to apply for such approval in respect of any investment whether made before or after the entry into force of this Agreement.

(3) When granting approval in respect of any investment the approving Contracting Party shall be free to lay down appropriate conditions.

### Article 3

(1) Each Contracting Party shall, having regard to its plans and policies, encourage and facilitate investments in its territory by the nationals and companies of the other Contracting Party.

(2) Investments of nationals and companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall enjoy the most constant protection and security under the laws of the latter Contracting Party.

### Article 4

(1) (a) Investments of nationals and companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and also the returns therefrom, shall receive treatment which is equitable and not less favourable than that received in respect of the investments and returns by the nationals and companies of any third State.

(b) Each Contracting Party shall, in its territory, accord to nationals and companies of the other Contracting Party as regards the management, use, enjoyment or disposal of their investments, treatment which is equitable and not less favourable than that it accords to the nationals and companies of any third State.

(2) Each Contracting Party shall observe any commitment, additional to those specified in this Agreement, entered into with nationals and companies of the other Contracting Party as regards their investments in accordance with its laws. If there is

any change in such laws of one Contracting Party, nationals and companies of the other Contracting Party shall observe the new laws, but the former Contracting Party shall make reasonable arrangements for the appropriate interest of the said nationals and companies.

#### Article 5

(1) (a) Only for the public interest and against compensation, may either Contracting Party expropriate, nationalize or take similar measures against investments of nationals or companies of the other Contracting Party in its territory. Such compensation shall be equivalent to the appropriate value of the expropriated investments, shall be effectively realisable, shall be made without undue delay and shall, subject to the provisions of paragraph (2) of Article 6, be freely transferable.

(b) The legality of any expropriation, nationalization or similar measures mentioned above shall be subject to review by the competent court of the Contracting Party taking the expropriatory measures.

(c) In any event, for the purpose of determining the appropriate value of the expropriated investments mentioned in this Article, the investments of the nationals or companies of either Contracting Party shall receive treatment not less favourable than that accorded by the other Contracting Party to similar investments of the nationals or companies of any third State

(2) Where a Contracting Party expropriates the investments of a company which is incorporated or constituted under the laws in force in any part of its territory, and in which a national or company of the other Contracting Party owns shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to guarantee the compensation as specified therein

to such national or company of the other Contracting Party who is the owner of those shares.

(3) Where investments of a national or company of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party suffer loss owing to war or other armed conflict, a state of national emergency, revolt or riot in the territory of the other Contracting Party, the national or company concerned shall be accorded treatment, as regards the relevant assistance which may be adopted by the other Contracting Party, not less favourable than that [which] would be accorded in the same circumstances to a national or company of any third State.

(4) Without prejudice to the foregoing provisions of this Article, the nationals and companies of one Contracting Party shall, in respect of any matter dealt with therein, be accorded in the territory of the other Contracting Party treatment not less favourable than that accorded to the nationals and companies of any third State.

#### Article 6

(1) Each Contracting Party shall guarantee the nationals or companies of the other Contracting Party the free transfer of their investments and their returns therefrom held in the territory of the former Contracting Party, including:

- (a) Profits, dividends, interests and other legitimate income;
- (b) Amounts from liquidation of investments;
- (c) Repayments made pursuant to a loan agreement in connection with investments;
- (d) Licence fees in Article 1 (3) (d);
- (e) Payments of technical assistance or technical service and management fees;
- (f) Normal earnings of nationals of the other Contracting Party in connection

with an investment in the territory of the former Contracting Party;

(g) Payments for the amount of compensation of the expropriation under Article 5.

(2) In case where large amounts of compensation have been paid by one Contracting Party in pursuance of Article 5, the Contracting Party concerned may require the transfer thereof to be made in reasonable installments.

(3) The free transfer mentioned in paragraph (1) of this Article shall be made at the official (selling) exchange rate prevailing in the Contracting Party accepting the investments on the date of transfer in freely transferable currency.

#### Article 7

(1) If either Contracting Party or an agency designated by it makes payment to its national or company under a policy of insurance covering non-commercial risks, which it has given in respect of any investment of that national or company or any part thereof in the territory of the other Contracting Party, the latter Contracting Party shall recognize:

(a) The assignment, whether under law or pursuant to a legal transaction, of any right or claim from such national or company to the former Contracting Party or its designated agency; and

(b) That the former Contracting Party or its designated agency is entitled by virtue of subrogation to exercise the rights and enforce the claims of its predecessor in title to the same extent that it may have insured.

(2) If the former Contracting Party acquires amounts in the lawful currency of the other Contracting Party or credits thereof by virtue of an assignment under subparagraph (a) of paragraph (1) of this Article, such amounts and credits shall be freely available to the former Contracting Party for the purpose of meeting its

expenditure in the territory of the latter Contracting Party. The transfer outside the territory of the amounts and credits shall be subject to the provisions of paragraph (2) of Article 6.

#### Article 8

The treatment not less favourable than that accorded to the nationals and companies of any third State mentioned in this Agreement shall be accorded unconditionally and without undue delay, but shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the nationals and companies of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege which may be extended by the former Contracting Party by virtue of:

(a) The formation or extension of a customs union or a free trade area or a common external tariff area or a monetary union or a regional association for economic cooperation; or

(b) The adoption of an agreement designed to lead to the formation or extension of such a union or area within a reasonable length of time; or

(c) Any arrangement with a third country or countries in the same geographical region designed to promote regional cooperation in the economic, social, labour, industrial or monetary fields within the framework or specific projects; or

(d) The grant to a particular person or company of the status of a "promoted person" under the laws of the Kingdom of Thailand on the promotion of investment; or

(e) The grant to a particular person or company of the status of a "favoured person" under the laws of the People's Republic of China on the promotion of investment; or

(f) Any international agreement or arrangement, or any domestic legislation, relative wholly or mainly to taxation.

#### Article 9

(1) Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, if possible, be settled through consultation or negotiation.

(2) If a dispute between the Contracting Parties cannot thus be settled within six months, it shall, at the request of either Contracting Party, be submitted to an arbitral tribunal.

(3) Such arbitral tribunal shall be constituted for each individual case as follows:

(a) Each Contracting Party shall appoint one member, and these two members shall then select a national of a third State which has diplomatic relations with both Contracting Parties, who, on approval by the two Contracting Parties, shall be appointed Chairman of the tribunal;

(b) The said members shall be appointed within two months, and the Chairman within four months, from the date on which either Contracting Party has informed the other Contracting Party that it proposes to submit the dispute to an arbitral tribunal.

(4) If, within the periods specified in paragraph (3) of this Article, the necessary appointments have not been made, either Contracting Party may, in the absence of any other relevant agreement, invite the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-president shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he, too, is prevented from discharging the said function, the member of the International Court of Justice next in seniority, who is not a national of either Contracting Party, shall be invited to make the necessary appointments.



(5) (a) The arbitral tribunal shall reach its decision by a majority of votes.

Such decision shall be binding on both Parties.

(b) The cost of its own member and of its representation in the arbitral proceedings shall be borne by each Contracting Party and the cost of the Chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the two Contracting Parties.

(c) In all respects other than those specified in subparagraphs (a) and (b) of this paragraph, the arbitral tribunal shall determine its own procedure.

(d) The arbitral tribunal shall give the explanation of the basis of its award.

#### Article 10

The Agreement shall enter into force thirty days after the date on which both Contracting Parties have notified each other that they have fulfilled their respective internal legal procedures and shall remain in force for an initial period of ten years. It shall thereafter continue in force indefinitely, subject to the right of either Contracting Party to terminate it by twelve months prior notice in writing to the other Contracting Party, which may be given at any time after the expiry of the ninth year. However, with respect to an investment approved while the Agreement is in force, its provisions shall continue to have effect for a period of ten years from the date of its termination.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, duly authorised thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

DONE in duplicate at Bangkok, this Twelfth Day of March, in the One

Thousand Nine Hundred and Eighty-Five Year of the Christian era, corresponding to the Two Thousand Five Hundred and Twenty-Eight Year of the Buddhist era, in the Chinese, Thai and English languages, all texts being equally authentic.

In case of divergency of interpretation the English text shall prevail.

For the Government of  
the Kingdom of Thailand

For the Government of People's the  
Republic of China

[Signed — Signé] 1

[Signed — Signé]2



## PROTOCOL

On signing the Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, the duly authorized representatives of both Parties have agreed upon the following provisions which constitute an integral part of this Agreement:

1. (a) As regards the free transfer mentioned in Article 6(1) and (3) of this Agreement, in relation to the People's Republic of China, the free transfer shall be effected in accordance with the foreign exchange control laws and regulations of the People's Republic of China, from the foreign exchange deposit account of the nationals and companies of the Kingdom of Thailand or of the enterprises in which the nationals and companies of the Kingdom of Thailand have invested either solely or jointly in the territory of the People's Republic of China.

(b) In case the foreign exchange deposit account mentioned above does not have sufficient foreign exchange for the transfer, the competent authority of the Government of the People's Republic of China shall, under the following conditions, provide the foreign exchange needed for the conversion of local currency into freely convertible currency so as to effectuate the transfer abroad:

(i) The amount mentioned in Article 6 (1) (b) (d) (f) and (g) of this Agreement;

(ii) The amount mentioned in Article 6 (1) (c) of this Agreement, which has been guaranteed by the Bank of China;

(iii) The amount mentioned in Article 6 (1) (a) and (e) of this Agreement derived from the enterprises in which the nationals and companies of the Kingdom of Thailand have invested either solely or jointly in the territory of the People's Republic of China, which have been given specific approval by the competent

authority of the Government of the People's Republic of China to sell their products or to provide services mainly in the territory of the People's Republic of China.

(c) As regards the transfer of the amount mentioned in Article 6 (1) (a), (c) and (e) of this Agreement, if the laws and regulations of the People's Republic of China provide more favourable treatment than that specified above, such more favourable treatment shall apply to the nationals and companies of the Kingdom of Thailand, who have invested in the People's Republic of China.

(d) If there is any difficulty in transferring the amount mentioned in Article 6 (1) (a), (c) and (e) of this Agreement, the nationals and companies of the Kingdom of Thailand, who have invested in the People's Republic of China, may make an application to the competent authority of the Government of the People's Republic of China; such authority will give the most sympathetic consideration and provide possible assistance.

2. (a) As regards the free transfer mentioned in Article 6 (1) and (3) of this Agreement, in relation to the Kingdom of Thailand, the free transfer shall be effected in accordance with the laws and regulations of the Kingdom of Thailand and consistent with rights and obligations of the Kingdom of Thailand as a member to the International Monetary Fund (IMF);

(b) The transfer referred to in paragraph 2 (a) above shall, subject to the consideration of the competent authority of the Kingdom of Thailand, be effected on the basis of reciprocity and the competent authority of the Kingdom of Thailand will give the most sympathetic consideration to every transfer requested by the nationals and companies of the People's Republic of China in order to render favourable treatment.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, duly authorised thereto by their

respective Governments, have signed this Protocol.

DONE in Duplicate at Bangkok, this Twelfth Day of March, in the One

Thousand Nine Hundred and Eighty-Five Year of the Christian era, corresponding to the Two Thousand Five Hundred and Twenty-Eight Year of the Buddhist era, in the Chinese, Thai and English languages, all texts being equally authentic.

In case of divergence of interpretation the English text shall prevail.

For the Government of  
the Kingdom of Thailand

For the Government of the  
People's Republic of China

[Signed — Signé] 1

[Signed — Signé]2



**ภาคผนวก ค**  
**ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย**  
**และ**  
**รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน**  
**เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน**

รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

ด้วยความปรารถนาที่จะสร้างสรรค์เงื่อนไขที่เป็นการอนุเคราะห์เพื่อให้มีความร่วมมือทางเศรษฐกิจกันมากยิ่งขึ้นระหว่างรัฐทั้งสอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อให้มีการลงทุนโดยคนชาติและบริษัทของรัฐหนึ่งในอาณาเขตของอีกรัฐหนึ่ง บนพื้นฐานของหลักแห่งความเสมอภาคและผลประโยชน์ร่วมกัน

โดยยอมรับว่า การสนับสนุนการลงทุนเช่นว่านั้น และการถ่ายเทที่ถ่ายคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศจะนำมาซึ่งการเร่งรัดการริเริ่มในทางธุรกิจของนักลงทุนและเพิ่มพูนความไว้วางใจกันในรัฐทั้งสอง

ได้ตกลงกันดังต่อไปนี้

มาตรา 1

เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งความตกลงนี้

1. คำว่า “คนชาติ” ให้หมายถึงบุคคลใดซึ่งถือสัญชาติของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐภาคีสัญญานั้น ๆ
2. คำว่า “บริษัท” ให้หมายถึงนิติบุคคลซึ่งได้ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นในอาณาเขตของรัฐภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐภาคีสัญญานั้น ไม่ว่าจำกัดความรับผิดชอบและเพื่อกำไรที่เป็นเงินหรือไม่ก็ตาม
3. คำว่า “การลงทุน” ให้หมายถึงทรัพย์สินทุกชนิดที่ได้รับอนุญาตโดยภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายตามกฎหมายและข้อบังคับใช้ภายในรัฐภาคีสัญญาฝ่ายนั้น และให้รวมถึงแต่มิใช่เพียงเฉพาะฝ่ายตามกฎหมายและข้อบังคับใช้ภายในรัฐภาคีสัญญาฝ่ายนั้น และให้รวมถึงแต่มิใช่เพียงเฉพาะ

(ก) สั่งห้ามทรัพย์สินและอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในทรัพย์สินอื่นใด เช่น จำนอง สิทธิยึด หน่วง หรือจำนำ

(ข) หุ่น สต็อกและหุ้นกู้ของบริษัท หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินของบริษัทเช่นว่านั้น

(ค) สิทธิเรียกร้องให้ชำระเงินหรือให้ปฏิบัติตามสัญญาใด ๆ ซึ่งมีมูลค่าทางการเงิน

(ง) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและค่าความนิยม (กู๊ดวิลล์)

(จ) สัมปทานเกี่ยวกับธุรกิจซึ่งได้รับตามกฎหมายหรือสัญญา ซึ่งได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย รวมทั้งสัมปทานเพื่อการค้นหา เพาะปลูก ขุด หรือแสวงหาประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินกรรมธรรมชาติ

4. คำว่า “ผลตอบแทน” ให้นำหมายถึงจำนวนเงินที่ได้รับจากการลงทุน และแม้มิใช่เพียงเฉพาะให้รวมถึงกำไร ดอกเบี้ย ผลได้จากทุน เงินปันผล ค่าสิทธิ หรือค่าธรรมเนียม

## มาตรา 2

1. คุณสมบัติของบุคคลที่ตกลงนี้ จะใช้เฉพาะในกรณีซึ่งการลงทุนของคนชาติและบริษัทของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเห็นชอบเป็นการเฉพาะ เป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของภาคีสัญญาฝ่ายหลังเท่านั้น

2. คนชาติและบริษัทของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จะขอความเห็นชอบเช่นว่านั้น เกี่ยวกับการลงทุนใด ๆ ไม่ว่าจะได้กระทำก่อนหรือหลังจากที่ความตกลงนี้เริ่มใช้บังคับได้ โดยเสรี

3. ในการให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการลงทุนใด ๆ ภาคีสัญญาที่ให้ความเห็นชอบจะกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมได้โดยเสรี

## มาตรา 3

1. โดยคำนึงถึงโครงการและนโยบายของตน ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะสนับสนุน และอำนวยความสะดวกแก่การลงทุนในอาณาเขตของตนโดยคนชาติและบริษัทของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

2. การลงทุนของคนชาติและบริษัทของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่ง ในอาณาเขตของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จะได้อุปโภคซึ่งการคุ้มครองและความมั่นคงเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

#### มาตรา 4

1. (ก) การลงทุนของคนชาติ และบริษัทของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และผลตอบแทนจากการลงทุนนั้นจะได้รับผลประติบัติที่เที่ยงธรรมและเป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยกว่าที่คนชาติและบริษัทของรัฐที่สามใด ๆ ได้รับเกี่ยวกับการลงทุนและผลตอบแทน

(ข) ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะประสาทแก่คนชาติ และบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของตน ซึ่งผลประติบัติที่เที่ยงธรรมและเป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยกว่าที่ตนได้ประสาทให้แก่คนชาติและบริษัทของรัฐที่สามใด ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการ การใช้ การอุปโภค หรือการจำหน่ายจ่ายโอนการลงทุนของคนชาติและบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น

2. ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะปฏิบัติตามข้อผูกพันใด ๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในความตกลงนี้ ซึ่งได้กระทำกับคนชาติและบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกี่ยวกับการลงทุนของคนชาติและบริษัทนั้นตามกฎหมายของตน ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในกฎหมายของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เช่นว่านั้น คนชาติและบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติตามกฎหมายใหม่ แต่ภาคีคู่สัญญาฝ่ายแรกจะต้องดำเนินการอันควรเพื่อผลประโยชน์ที่เหมาะสมของคนชาติและบริษัทเช่นว่านั้น

#### มาตรา 5

1. (ก) เพียงเพื่อประโยชน์สาธารณะ และโดยมีการจ่ายค่าทดแทนเท่านั้นที่ภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจเวนคืน โอนเป็นของรัฐ หรือดำเนินมาตรการที่คล้ายคลึงกันต่อการลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของตน ค่าตอบแทนเช่นว่านั้นจะต้องเท่ากับมูลค่าที่เหมาะสมของการลงทุนที่ถูกเวนคืน จะต้องบังเกิดผลอย่างแท้จริง จะต้องชำระให้โดยไม่ชักช้าและโดยบังคับแห่งบทบัญญัติของ วรรค (2) ของมาตรา 6 จะต้องโอนได้โดยเสรี

(ข) การทบทวนความถูกต้องตามกฎหมายของการเวนคืน การโดนเป็นของรัฐหรือมาตรการที่คล้ายกันใด ๆ ดังกล่าวข้างต้นให้ทำโดยศาลที่มีอำนาจของภาคีคู่สัญญาซึ่งดำเนินมาตรการเวนคืนนั้น

(ค) ในกรณีใดก็ตาม เพื่อความมุ่งประสงค์ในการกำหนดมูลค่าที่เหมาะสมของการลงทุนซึ่งถูกเวนคืนที่กล่าวถึงในข้อนี้ การลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จะได้รับผลประติบัติที่เป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยกว่าที่ภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ได้ประสาทแก่การลงทุนที่คล้ายกันของคนชาติหรือบริษัทของรัฐที่สามใด ๆ

2. ในกรณีที่ภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเวนคืนการลงทุนของบริษัท ซึ่งได้ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในส่วนใด ๆ ของอาณาเขตของตนและซึ่งคนชาติหรือบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของหุ้นอยู่ ภาคีคู่สัญญาฝ่ายนั้นยืนยันว่าจะใช้บทบัญญัติในวรรคหนึ่งของ



ข้อนี้เท่าที่จำเป็นในอันที่จะให้มีการประกันการจ่ายค่าทดแทนตามที่ระบุไว้ในข้อนี้แก่คนชาติหรือบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเจ้าของหุ้นนั้น ๆ

3. ในกรณีที่มีการลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ได้รับความสูญเสียในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากสงครามหรือการขัดกันทางอาวุธอย่างอื่น ภาวะฉุกเฉินของชาติ การจลาจล หรือการก่อความวุ่นวายในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คนชาติหรือบริษัทที่เกี่ยวข้องจะได้รับผลประติบัติเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องใด ๆ ซึ่งภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจกำหนดขึ้น ที่เป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยกว่าที่คนชาติหรือบริษัทของรัฐที่สามใด ๆ จะได้รับในสภาพการณ์อย่างเดียวกัน

4. โดยไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อบทบัญญัติข้างต้นของข้อนี้ คนชาติและบริษัทของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะได้รับผลประติบัติในเรื่องใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อนี้ในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยกว่าที่ได้ประสพแก่คนชาติและรัฐที่สามใด ๆ

#### มาตรา 6

1. ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะประกันให้ชาติ และบริษัทของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำการโอนการลงทุน และผลตอบแทนจากการลงทุนของตนที่มีอยู่ในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาฝ่ายแรกได้โดยเสรี รวมทั้ง

- ก) กำไร เงินปันผล ดอกเบี้ย และเงินได้ที่ชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ
- ข) จำนวนเงินที่ได้จากการเลิกกิจการลงทุน
- ค) การชำระคืนตามสัญญาเงินกู้ที่เกี่ยวกับการลงทุน
- จ) ค่าสิทธิใน ข้อ 1 (3) (ง)

#### มาตรา 7

1. ถ้าภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือตัวแทนที่ภาคีคู่สัญญาฝ่ายนั้นตั้งขึ้นได้ชำระเงินให้แก่คนชาติหรือบริษัทของตน ตามกรมธรรม์ประกันภัยที่คุ้มครองการเสี่ยงภัยอันมิใช่ในทางพาณิชย์ซึ่งภาคีคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ให้ไว้สำหรับการลงทุนใด ๆ หรือส่วนใด ๆ ของการลงทุนนั้นของคนชาติหรือบริษัทนั้นในอาณาเขตของรัฐภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ภาคีคู่สัญญาฝ่ายหลังจะยอมรับรอง

ก) การเวนสิทธิหรือข้อเรียกร้องใด ๆ ไม่ว่าจะโดยกฎหมายหรือโดยธุรกรรมทางกฎหมายจากคนชาติหรือบริษัทเช่นว่านั้นให้แก่ภาคีคู่สัญญาฝ่ายแรก หรือตัวแทนที่ภาคีคู่สัญญาฝ่ายนั้นตั้งขึ้น และ

ข) ว่าภาคีสัญญาฝ่ายแรกหรือตัวแทนที่ภาคีสัญญาฝ่ายนั้นตั้งขึ้น มีสิทธิโดยอาศัย การสรวมติที่จะใช้สิทธิ และที่จะบังคับให้เป็นไปตามข้อเรียกร้องของผู้ทรงสิทธิคนก่อนเท่าที่ผู้ทรง สิทธิคนก่อนนั้นได้ประกันไว้”

2. ถ้าภาคีสัญญาฝ่ายแรกได้มา ซึ่งจำนวนเงินที่เป็นเงินตราอันชอบด้วยกฎหมายของ ภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือเป็นสินเชื่อของเงินตราเช่นว่านั้น โดยอาศัยการเวนสิทธิตามอนุวรรค (ก) ของวรรค 1 ของมาตรานี้ จำนวนเงินและสินเชื่อเช่นว่านั้นจะต้องมีไว้ให้ภาคีสัญญาฝ่ายแรก ได้ใช้ เป็นค่าใช้จ่ายในอาณาเขตของภาคีสัญญาฝ่ายหลังโดยเสรี การโอนเงินและสินเชื่อออกนอกอาณาเขต จะต้องอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติของวรรค 2 ของมาตรา 6”

### มาตรา 8

ผลประติบัติอันเป็นการอนุเคราะห์ไม่ด้อยกว่าที่ได้ประสาทให้แก่คนชาติและบริษัทของ รัฐที่สามใด ๆ ที่กล่าวถึงในความตกลงนี้จะต้องประสาทให้โดยไม่มีเงื่อนไขและไม่ชักช้า แต่จะไม่ แปรผลความเป็นการผูกพันภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งให้ต้องประสาทแก่คนชาติ และบริษัทของภาคีสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งคุณประโยชน์จากผลประติบัติ บุริมสิทธิ หรือเอกสิทธิ์ใด ๆ ซึ่งภาคีสัญญาฝ่ายแรกอาจ ให้โดยอาศัย

(ก) การก่อตั้งหรือการขยายสหภาพศุลกากร หรือเขตการค้าเสรี หรือเขตที่ใช้พิกัด ภายนอกพร้อมกัน หรือสหภาพทางการเงิน หรือสมาคมส่วนภูมิภาค เพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจหรือ

(ข) การรับเอาความตกลงซึ่งมุ่งหมายที่จะนำไปสู่การก่อตั้ง หรือการขยายสหภาพ หรือ เขตเช่นว่านั้นภายในระยะเวลาอันสมควร หรือ

(ค) ข้อความตกลงใด ๆ กับประเทศที่สามหรือหลายประเทศ ซึ่งอยู่ในภูมิภาคทาง ภูมิภาคเดียวกัน ซึ่งมุ่งหมายที่จะส่งเสริมความร่วมมือส่วนภูมิภาคในด้านเศรษฐกิจ สังคม แรงงาน อุตุสาหกรรม หรือการเงินภายในกรอบของโครงการจำเพาะต่าง ๆ หรือ

(ง) การให้สถานะภาพเป็น “บุคคลผู้ได้รับการส่งเสริม” แก่บุคคลหรือบริษัทใด โดยเฉพาะตามกฎหมายของประเทศไทยว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือ

(จ) การให้สถานะภาพเป็น “บุคคลผู้ได้รับการอนุเคราะห์” แก่บุคคลหรือบริษัทใด โดยเฉพาะตามกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือ

(ฉ) ความตกลงหรือข้อตกลงระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในใด ๆ ซึ่งเกี่ยวกับการ เก็บภาษีอากรทั้งหมดหรือเป็นส่วนใหญ่

### มาตรา 9

1. ถ้าเป็นไปได้ การระงับข้อพิพาทระหว่างภาคีสัญญาเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้ความตกลงนี้ให้กระทำโดยการปรึกษาหารือหรือการเจรจา
2. ถ้าข้อพิพาทระหว่างภาคีสัญญาทั้งสอง ไม่อาจระงับลงได้ด้วยการปรึกษาหารือหรือการเจรจากันดังกล่าวภายในเวลา 6 เดือน เมื่อภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอจะต้องเสนอข้อพิพาทนั้นไปยังคณะอนุญาโตตุลาการ
3. คณะอนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้น ให้ตั้งขึ้นสำหรับแต่ละกรณีดังต่อไปนี้
  - ก. ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งสมาชิกละหนึ่งคน และสมาชิกทั้งสองนี้จะเลือกคนชาติของรัฐที่สามซึ่งมีความสัมพันธ์ทางการทูตกับภาคีสัญญาทั้งสอง ซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการโดยความเห็นชอบของภาคีสัญญาทั้งสอง
  - ข. ให้มีการแต่งตั้งสมาชิกทั้งสองดังกล่าวภายในสองเดือน และประธานภายในสี่เดือนนับจากวันที่ภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ได้แจ้งให้ภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่าตนประสงค์ที่จะเสนอข้อพิพาทนั้นไปยังคณะอนุญาโตตุลาการ
4. ถ้ายังไม่มีการแต่งตั้งที่จำเป็นภายในกำหนดระยะเวลาที่ระบุในวรรค 3 ของมาตรานี้ ภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อาจเชิญประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ทำการแต่งตั้งที่จำเป็นนั้นได้ถ้าไม่มีความตกลงอื่นใดเกี่ยวกับเรื่องนี้ ถ้าประธานเป็นคนชาติของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ ให้เชิญรองประธานทำการแต่งตั้งที่จำเป็นต่อไป
5. (ก) คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการตัดสินโดยคะแนนเสียงข้างมาก คำตัดสินเช่นนั้นจะผูกพันภาคีสองฝ่าย
  - (ข) ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายสำหรับสมาชิก และค่าใช้จ่ายในการดำเนินการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของตนเองและค่าใช้จ่ายสำหรับประธาน ตลอดจนค่าใช้จ่ายใด ๆ นอกจากนั้นให้ภาคีสัญญาทั้ง 2 ฝ่าย เป็นผู้ออกเป็นส่วนเท่า ๆ กัน
  - (ค) ในการทั้งปวงที่นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในอนุวรรค (ก) และ (ข) ของ วรรคนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจะกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง
  - (ง) คณะอนุญาโตตุลาการจะให้คำอธิบายสำหรับคำตัดสินชี้ขาดของตน

### มาตรา 10

ความตกลงนี้จะเริ่มใช้บังคับเมื่อครบสามสิบวัน หลังจากวันที่ภาคีสัญญาทั้งสองฝ่ายได้แจ้งให้ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายทราบว่า ทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการตามกระบวนการทางกฎหมายภายในของแต่ละฝ่ายเสร็จสิ้นแล้ว และจะมีผลใช้บังคับในระยะแรกเป็นเวลา 10 ปี และหลังจากนั้นก็จะมีผล

ใช้บังคับต่อไปโดยไม่มีกำหนดเวลา โดยภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิที่จะเลิกความตกลงได้โดยการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังภาคีอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้าเป็นเวลา 12 เดือน ซึ่งอาจกระทำในเวลาใดก็ได้หลังจากสิ้นปีที่ 9 แล้ว อย่างไรก็ตาม การลงทุนใด ๆ ที่ได้รับความเห็นชอบแล้วในขณะที่ความตกลงมีผลใช้บังคับ บทบัญญัติของความตกลงจะคงมีผลใช้บังคับแก่การลงทุนนั้นต่อไปเป็นระยะเวลา 10 ปี นับตั้งแต่วันที่เลิกความตกลง

เพื่อเป็นพยานแก่การนี้ ผู้มีนามข้างท้ายซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องจากรัฐบาลของตนตามลำดับ ได้ลงนามความตกลงนี้

ทำคู่กันเป็น 2 ฉบับ ที่กรุงเทพฯ ในวันที่ 12 เดือนมีนาคม พุทธศักราชสองพันห้าร้อยยี่สิบแปด ตรงกับคริสต์ศักราชหนึ่งพันเก้าร้อยแปดสิบห้า เป็นภาษาไทย จีน และอังกฤษ ตัวบททั้งหมดใช้เป็นหลักฐานได้เท่าเทียมกัน

ในกรณีที่มีความแตกต่างกันในการตีความให้ถือตัวบทภาษาอังกฤษเป็นสำคัญ

สำหรับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย

สำหรับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

พลอากาศเอกสิทธิ เสวตศิลา

(สิทธิ เสวตศิลา)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ

### พิธีสาร

ในการลงนามความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย และรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ผู้แทนซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องของภาคีสัญญาทั้งสองได้ตกลงกันในข้อบทต่อไปนี้ ซึ่งถือว่าเป็นส่วนเดียวกันกับความตกลงนี้

1.(ก) สำหรับการโอนโดยเสรีที่ระบุไว้ในมาตรา 6 (1) และ (3) ของความตกลงนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับสาธารณรัฐประชาชนจีน การโอนโดยเสรีจะเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยการควบคุมการปริวรรคเงินตราของสาธารณรัฐประชาชนจีน จากบัญชีเงินฝากซึ่งเป็นเงินตราต่างประเทศของบุคคลและบริษัทของราชอาณาจักรไทย หรือของวิสาหกิจซึ่งคนชาติของบริษัทของราชอาณาจักรไทยได้ลงทุนไว้แต่เพียงผู้เดียวหรือร่วมกันในอาณาเขตของสาธารณรัฐประชาชนจีน

(ข) ในกรณีที่บัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศที่กล่าวถึงข้างต้น ไม่มีเงินตราต่างประเทศเพียงพอสำหรับการโอน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของสาธารณรัฐประชาชนจีนจะจัดหาเงินตราต่างประเทศที่ต้องการให้เพื่อการแลกเปลี่ยนเงินตราท้องถิ่น เป็นเงินตราสกุลที่สามารถแลกเปลี่ยนได้โดยเสรีเพื่อให้สามารถโอนเงินไปต่างประเทศได้ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) จำนวนเงินที่กล่าวถึงในมาตรา 6 (1) (ข) (ง) (ฉ) และ (ช) ของความตกลงนี้

(2) จำนวนเงินที่กล่าวถึงในมาตรา 6 (1) (ค) ของความตกลงนี้ ซึ่งได้รับการประกันโดยธนาคารแห่งประเทศไทย

(3) จำนวนเงินที่ระบุในมาตรา 6 (1) (ก) และ (จ) ของความตกลงนี้ซึ่งได้มาจากวิสาหกิจซึ่งคนชาติและบริษัทของราชอาณาจักรไทยได้ลงทุน ไม่ว่าจะแต่เพียงผู้เดียวหรือร่วมกันในอาณาเขตของสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งได้รับความเห็นชอบเป็นการเฉพาะ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนให้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ หรือให้บริการในอาณาเขตของสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นส่วนใหญ่

(ค) สำหรับการโอนเงินที่ระบุในมาตรา 6 (1) (ก) (ค) และ (จ) ของความตกลงนี้ถ้ากฎหมายและข้อบังคับของสาธารณรัฐประชาชนจีน ให้ผลประติบัติที่เป็นการอนุเคราะห์ยิ่งกว่าประติบัติที่ระบุไว้ข้างต้น ผลประติบัติที่เป็นการอนุเคราะห์ยิ่งกว่าเช่นนั้นจะใช้กับคนชาติและบริษัทของราชอาณาจักรไทยซึ่งได้ลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีนด้วย

(ง) ถ้ามีอุปสรรคใด ๆ ในการโอนเงินในข้อ 6 (1) (ก) (ค) และ (จ) ของข้อนี้ คนชาติและบริษัทของราชอาณาจักรไทยซึ่งได้ลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน อาจยื่นคำร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐบาลสาธารณรัฐประชาชนจีน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเช่นนั้นจะให้การพิจารณาด้วยความเห็นอกเห็นใจยิ่ง และจะให้ความช่วยเหลือเท่าที่เป็นไปได้แก่คนชาติและบริษัทนั้นๆ

2. (ก) ในส่วนที่เกี่ยวกับราชอาณาจักรไทย สำหรับมาตรา 6 (1) และ (3) ของ ความตกลงนี้ การโอนโดยเสรีจะเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับของราชอาณาจักรไทย และโดยสอดคล้องกับ สิทธิและข้อผูกพันของราชอาณาจักรไทยในฐานะสมาชิกของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ

(ข) การโอนที่อ้างถึงวรรค 2 (ก) ข้างต้น โดยขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของราชอาณาจักรไทย จะกระทำบนพื้นฐานของการถ้อยที่ถ้อยประติบัติ และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของราชอาณาจักรไทย จะให้การพิจารณาด้วยความเห็นอกเห็นใจยิ่งแก่การโอนเงินทุกรายที่คน ชาติและบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีนร้องขอ เพื่อเป็นการให้ผลประติบัติที่เป็น การอนุเคราะห์

เพื่อเป็นพยานในการนี้ ผู้มีนามข้างท้ายนี้ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐบาลของแต่ละฝ่าย ได้ลงนามในพิธีสารนี้

ทำคู่กันเป็น 2 ฉบับ ที่กรุงเทพฯ ในวันที่ 12 เดือนมีนาคม ปีคริสตศักราชที่หนึ่งพันเก้า ร้อยแปดสิบห้า ซึ่งตรงกับพุทธศักราชที่สองพันห้าร้อยยี่สิบแปด เป็นภาษาไทย จีน และอังกฤษ ตัวบท ทุกฉบับใช้เป็นหลักฐานได้เท่าเทียมกัน

ในกรณีที่มีการแตกต่างกันในการตีความ ให้ถือตัวบทภาษาอังกฤษเป็นสำคัญ

สำหรับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย

สำหรับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

พลอากาศเอกสิทธิ เสวตศิลา

(สิทธิ เสวตศิลา)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาววริยาภรณ์ ธนไวทย์โกเศส
วันเดือนปีเกิด	20 พฤษภาคม 2515
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2537 บริหารธุรกิจบัณฑิต (การจัดการ) สถาบันเทคโนโลยีราชมงคล ปีการศึกษา 2542 Master of International Business Curtin University of Technology, Australia. ปีการศึกษา 2554 นิติศาสตรบัณฑิต (ภาคบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผลงานทางวิชาการ	วริยาภรณ์ ธนไวทย์โกเศส. “การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษาในกรอบของสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
ประสบการณ์ทำงาน	2542 - ปัจจุบัน ผู้จัดการ บริษัท พิมพ์กนก จำกัด