

การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น :  
ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 1970 - 2010



นางสาวปริยาภา ลาภอนันต์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556


ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

DIPLOMATIC PROTECTION FOR JURISTIC PERSONS AND THEIR SHAREHOLDERS :  
A STUDY ON THE JUDGMENTS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE  
BETWEEN 1970 - 2010



Miss Pariyapa Lapanant

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น :  
ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี  
ค.ศ. 1970 - 2010

โดย

นางสาวปริยาภา ลากอนันต์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์)

.....กรรมการ

(อาจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล)

ปริยาภา ลาภอนันต์ : การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น : ศึกษา  
คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 1970 - 2010.  
(DIPLOMATIC PROTECTION FOR JURISTIC PERSONS AND THEIR  
SHAREHOLDERS : A STUDY ON THE JUDGMENTS OF THE INTERNATIONAL  
COURT OF JUSTICE BETWEEN 1970 - 2010) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.  
ชุมพร ปัจจุบันนท์, 189 หน้า.

การให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นวิธีการเรียกร้องโดยรัฐแทนคนชาติซึ่งได้รับการ  
ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ บุคคลธรรมดาสามารถได้รับความ  
คุ้มครองทางการทูตอันใด นิติบุคคลและผู้ถือหุ้นก็สมควรได้รับความคุ้มครองทางการทูตอันนั้น  
เท่าที่ประเด็นปัญหาประการแรกคือรัฐใดควรเป็นรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติ  
บุคคล ประการที่สองคือการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นซึ่งเป็น  
กลไกทางการเงินหลักของบริษัท หากเป็นกรณีที่มีสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย รัฐ  
เจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ทันที อย่างไรก็ตามหากสถานการณ์  
เปลี่ยนแปลงไปกล่าวคือเมื่อความเสียหายเกิดแก่บริษัท ความเสียหายเช่นนี้อาจกระทบกระเทือน  
ต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ต่างๆที่ผู้ถือหุ้นพึงมีจึงเกิดคำถามว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น  
รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนในกรณีเช่นนี้  
ได้หรือไม่

ความไม่ชัดเจนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อ  
นิติบุคคลและผู้ถือหุ้นนั้นกระจ่างชัดมากยิ่งขึ้นเมื่อคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ  
จำนวน 3 คดี ได้แก่ คดี Barcelona Traction คดี ELSI และคดี Diallo รวมถึงร่างข้อบทว่าด้วย  
การให้ความคุ้มครองทางการทูตได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการนำหลักกฎหมายมาบังคับใช้  
กับข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นปัญหาดังข้างต้น โดยคำพิพากษาศาลทั้งสามคดีแสดงให้เห็นว่าบุคคล  
ที่ถูกละเมิดสิทธิเท่านั้นย่อมมีสิทธิเรียกร้อง ฉะนั้นในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหาย รัฐเจ้าของ  
สัญชาติบริษัทเท่านั้นที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต แต่ก็มีเงื่อนไขบางประการที่ส่งผลให้รัฐ  
เจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแม้สิทธิที่ถูกละเมิดจะเป็นสิทธิของ  
บริษัทก็ตามที่

เมื่อหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นมีกรอบและเงื่อนไขที่  
ชัดเจน รัฐต่างๆย่อมสามารถประเมินข้อได้เปรียบและข้อเสียเปรียบของตนได้ล่วงหน้าก่อนการ  
อ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อนิติต .....  
.....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก .....

# # 5386012434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: DIPLOMATIC PROTECTION / SHAREHOLDERS / JURISTIC PERSONS /  
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE / BARCELONA TRACTION / ELSI / DIALLO

PARIYAPA LAPANANT: DIPLOMATIC PROTECTION FOR JURISTIC PERSONS  
AND THEIR SHAREHOLDERS : A STUDY ON THE JUDGMENTS OF THE  
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE BETWEEN 1970 - 2010. ADVISOR:  
PROF. CHUMPHORN PACHUSANOND, Ph.D., 189 pp.

Diplomatic Protection, one of the channels of claims by a State on behalf of its nationals, has been accepted as International Customary Law. Juristic persons and their shareholders shall also be diplomatically protected as natural persons. There was, however, no resolution at some points. Firstly, which State would be qualified to protect those injured corporations? Secondly, diplomatic protection by the national State of shareholders when the corporation is directly injured, such injury may also affect the rights and interests of those who hold shares. A question has arisen under 'International law' whether the shareholders' national State can exercise diplomatic protection to its own nationals or not.

After Barcelona Traction Case, ELSI Case and Diallo Case as well as Draft Articles on Diplomatic Protection, rules relating to diplomatic protection to juristic persons and their shareholders have been clarified in details with some newly established legal conditions. The decisions of the courts in these three cases confirm that only violated persons can enjoy the right to claim; therefore, when the corporation is directly injured, only its national State can exercise diplomatic protection by claiming on its behalf according to general rules. Only under certain limited conditions, the national State of shareholders can also exercise diplomatic protection, even though the corporation is directly injured.

When the principles of diplomatic protection for juristic persons and their shareholders have been clarified, States can estimate advantages and disadvantages prior to the exercise of diplomatic protection.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2013

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ย่อมไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีหากปราศจากความอนุเคราะห์และความช่วยเหลือจากบุคคลต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นผู้มีพระคุณแก่ข้าพเจ้า ได้แก่ รองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นสุภฤกษ์ ที่ให้เกียรติเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อาจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล และ อาจารย์ ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล ที่ให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และที่ขาดไม่ได้คือ ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์ ผู้เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ผู้คอยให้คำชี้แนะอันเป็นคุณประโยชน์ต่อกระบวนการคิด และการตัดสินใจของข้าพเจ้าตลอดมา ข้าพเจ้าซาบซึ้งและยกย่องในความปรารถนาดีของท่านเสมอ พระคุณของท่านอาจารย์ที่มีให้ นั้นจะสถิตย์ในดวงใจของข้าพเจ้าตลอดไป ข้าพเจ้าขอน้อมกราบคณาจารย์ทั้งสี่ท่านนี้ และขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านที่ถ่ายทอดความรู้ให้แก่ข้าพเจ้าตั้งแต่เล็กจนโต แม้จะมีได้เอ่ยนาม แต่ข้าพเจ้าจะจดจำคำสั่งสอนของท่านตลอดไป

นอกจากคณาจารย์ทั้งหลายที่ให้ความรู้ทางวิชาการและผลักดันให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ บุคคลที่เป็นกำลังใจสำคัญ และแรงบันดาลใจของข้าพเจ้า คือ นายวันชัย ลาภอนันต์ และนางวิวรรณ ลาภอนันต์ ผู้เป็นบิดาและมารดาของข้าพเจ้า ท่านทั้งสองคือบุคคลที่ให้ชีวิตและเป็นกลไกสำคัญในการใช้ชีวิตของข้าพเจ้าตลอดมาจวบจนปัจจุบัน ข้าพเจ้าขอกราบแทบเท้าท่านทั้งสอง

ข้าพเจ้าขอขอบคุณนางสาวปวรา โพธิพิพิธ ผู้เป็นสหายที่คอยให้ความช่วยเหลือด้านเอกสารในยามที่ข้าพเจ้าไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยตัวเอง อีกทั้งนางสาวพิณทิพย์ ภายธีระพงศ์ และนางสาวพนิดา พยับทอง ซึ่งเป็นมิตรสหายที่คอยอยู่เคียงข้างและเป็นกำลังใจให้เสมอมา และขอขอบคุณมิตรสหายทุกท่านที่แม้ไม่ได้เอ่ยนาม แต่ความดีของท่านก็จะตราตรึงในใจข้าพเจ้าตลอดไปเช่นกัน

คุณประโยชน์ใดๆที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ข้าพเจ้าขอมอบเป็นกุศลให้แก่ผู้มีพระคุณทั้งหลายทั้งที่เอ่ยนาม และมีได้เอ่ยนาม หากแม้มีข้อผิดพลาดประการใดข้าพเจ้าขอน้อมรับแต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย .....	4
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย .....	4
1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย .....	5
บทที่ 2 แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการทูต ต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น 6	
2.1 เงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล .....	8
2.1.1 ความเสียหายจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ.....	8
2.1.2 การใช้สิทธิโดยสุจริตของนิติบุคคลผู้เสียหาย .....	13
2.1.3 การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐเจ้าของดินแดน .....	15
2.1.4 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบริษัทกับรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางการทูต .....	21
2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนด้านเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้น .....	30
2.2.1 สถานะทางกฎหมายของผู้ถือหุ้นในบริษัท.....	31
2.2.2 แนวปฏิบัติของรัฐกับการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้น .....	33
2.2.2.1 กรณีผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติที่ได้รับความเสียหายจากรัฐที่สาม .....	35
2.2.2.2 กรณีรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก่อความเสียหายแก่บริษัท.....	37
บทที่ 3 ข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระหว่างปี ค.ศ. 1970 - 2010 ที่ส่งผลต่อร่างข้อบพว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ในบริบทของนิติบุคคล และผู้ถือหุ้น.....	41
3.1 คดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 1970 .....	42

3.1.1	ข้อเท็จจริง .....	42
3.1.2	คำร้อง คำคัดค้าน .....	43
3.1.3	คำวินิจฉัยของศาล .....	46
3.1.3.1	ประเด็นที่ 1: หากความเสียหายเกิดแก่บริษัท เบลเยียมมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติเบลเยียมในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใน แคนาดาหรือไม่ตามหลักกฎหมายทั่วไป? .....	46
3.1.3.2	ประเด็นที่ 2: มีพฤติการณ์พิเศษใดที่ยกเว้นหลักทั่วไปหรือไม่? .....	50
3.1.3.3	ประเด็นที่ 3: เบลเยียมเรียกร้องแทนคนชาติหรือเรียกร้องในฐานะรัฐ? .....	52
3.1.4	การให้เหตุผลของศาลกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของ สัญชาติผู้ถือหุ้น .....	53
3.1.4.1	สิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นตามหลักกฎหมายทั่วไป .....	54
3.1.4.2	สิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในสถานการณ์พิเศษ .....	55
3.1.4.3	ข้อชี้แนะของศาลกรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท .....	61
3.2	คดี Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) 1989 .....	63
3.2.1	ข้อเท็จจริง .....	63
3.2.2	คำร้อง คำคัดค้าน .....	65
3.2.3	คำวินิจฉัยของศาล .....	67
3.2.3.1	ประเด็นที่ 1: ข้อพิพาทในคดีนี้ต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความ เสียหายมาบังคับใช้หรือไม่? .....	67
3.2.3.2	ประเด็นที่ 2: บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett สิ้นสุดหนทางเยียวยา ความเสียหายภายในอิตาลีแล้วหรือยัง? .....	69
3.2.3.3	ประเด็นที่ 3: อิตาลีได้ละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้าและการเดินเรือ ระหว่างประเทศ (FCN Treaty) ที่ทำขึ้นกับสหรัฐอเมริกาหรือไม่? .....	70
3.2.4	การให้เหตุผลของศาลกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของ สัญชาติผู้ถือหุ้น .....	78
3.2.4.1	การใช้ฐานทางกฎหมายอื่นนอกเหนือจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศใน การให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้น .....	78
3.2.4.2	การสละหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน .....	80



3.2.4.3 การกำหนดภาระการพิสูจน์ประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย ภายใน.....	82
3.3 Ahmadou Sadio Diallo 2007 (Preliminary Objection), 2010 .....	84
3.3.1 ข้อเท็จจริง.....	84
3.3.2 คำร้อง คำคัดค้าน .....	85
3.3.3 คำวินิจฉัยของศาล .....	87
3.3.3.1 ประเด็นที่ 1: กีนีมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะ บุคคลธรรมดาหรือไม่ .....	88
3.3.3.2 ประเด็นที่ 2: กีนีมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะผู้ ถือหุ้นหรือไม่? .....	92
3.3.3.3 ประเด็นที่ 3: กีนีมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแทนที่บริษัท Africom- Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire หรือไม่? .....	100
3.3.4 การให้เหตุผลของศาลกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของ สัญชาติผู้ถือหุ้น.....	103
3.3.4.1 กรณีสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย .....	103
3.3.4.2 กรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท .....	106
3.3.4.3 ภาระการพิสูจน์ประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย .....	109
บทที่ 4 พัฒนาการของหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น ที่ปรากฏในร่าง ข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต .....	121
4.1 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูต .....	121
4.2 เจื่อนไขด้านสัญชาติบริษัทกับการให้ความคุ้มครองทางการทูต.....	123
4.2.1 เกณฑ์การพิจารณาสัญชาติบริษัท .....	123
4.2.2 ความต่อเนื่องของการถือสัญชาติของบริษัท.....	126
4.3 รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นกับสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อความเสียหายเกิดแก่ บริษัท.....	128
4.3.1 กรณีที่บริษัทได้สิ้นสุดความเป็นนิติบุคคล.....	130
4.3.2 กรณีรัฐที่ก่อความเสียหายแก่บริษัทคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท.....	131
4.3.3 กรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายโดยตรง.....	133
4.4 หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน .....	135

4.5	ข้อยกเว้นหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน .....	138
4.6	ข้อยกเว้นหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูต.....	146
บทที่ 5	ผลการศึกษาที่เกี่ยวกับพัฒนาการของ การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น .....	148
5.1	การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล.....	148
5.1.1	บทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคล .....	148
5.1.2	แนวปฏิบัติของรัฐกับแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศ .....	151
5.2	การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้น .....	154
5.2.1	บทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น .....	154
5.2.2	แนวปฏิบัติของรัฐกับแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศ .....	156
5.2.3	ข้อชี้แนะทางกฎหมายกับการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้น .....	163
5.3	การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน .....	166
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	169
6.1	บทสรุป.....	169
6.2	ข้อเสนอแนะ.....	171
	รายการอ้างอิง .....	175
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	178

สารบัญตาราง

หน้า

ตาราง 1 ตารางแสดงพัฒนาการหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล ..... 114

ตาราง 2 ตารางแสดงพัฒนาการหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้น..... 117



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นเป็นหลักกฎหมายหนึ่งในทางระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆถือปฏิบัติมาอย่างช้านาน (State Practice) จนได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลต่อคนชาติของรัฐนั้นได้ด้วยวิธีการอ้างสิทธิเรียกร้องแทนคนชาติในทางระหว่างประเทศ เมื่อคนชาติได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐอื่น แต่กลับไม่สามารถแสวงหาหนทางเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายตามสมควรแล้วไซ้ รัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองคนชาติของตนโดยการเรียกร้องผ่านทาง การให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ หลักกฎหมายว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นจึงเป็นการเผชิญหน้าระหว่างการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction) และการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction)

รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนอันประกอบด้วยอำนาจอธิปไตย บริหาร ตุลาการ เหนือบุคคล เหนือทรัพย์สินและเหนือเหตุการณ์ทั้งหลายที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้นๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือบุคคลที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐดังกล่าว ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่เป็นคนชาติของรัฐนั้นเอง หรือคนต่างชาติที่เดินทางเข้ามาพำนักทั้งถาวรหรือชั่วคราวล้วนต้องอยู่ภายใต้กลไกและกระบวนการทางกฎหมายของรัฐนั้นๆ ในทางกลับกันแม้รัฐดังกล่าวจะมีอำนาจเหนือดินแดนแต่ก็มีหน้าที่ในการคุ้มครองบุคคลและทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อยู่ภายในรัฐของตนโดยไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ามาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>1</sup>

ในทางกลับกันรัฐทุกรัฐก็ย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคล หากคนชาติอยู่ในดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหา เพราะรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ ทว่าหากคนชาติของรัฐนั้นไปพำนักอยู่ในรัฐอื่นและได้รับความเสียหาย ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นคือรัฐเจ้าของสัญชาติจะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนได้ทันทีเลยหรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขใดบ้าง

เมื่อคนชาติของรัฐใดๆ เดินทางเพื่อเข้าไปอยู่ในดินแดนของรัฐอื่นย่อมถูกอำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนนั้นครอบงำ บุคคลดังกล่าวจึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดนโดยละเมิดมิได้ โดยหลักแล้วหากบุคคลต้องการก่อนินดิสัมพันธใดๆภายในดินแดนของรัฐ นิติ

<sup>1</sup> George Schwarzenberger, "The Frontiers of International Law," (1960). P.219.

สัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก็ย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ เช่นเดียวกันกับกรณีพิพาทต่างๆ หากคนต่างด้าวได้รับความเสียหายภายในดินแดนของรัฐ คนต่างด้าวก็ต้องดำเนินการตามกระบวนการวิธีของกฎหมายภายในที่ถูกกำหนดไว้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ รัฐเจ้าของดินแดนจึงมีหน้าที่อำนวยความสะดวก ยุติธรรมเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม ด้วยกลไกของอำนาจรัฐเหนือดินแดนจึงไม่สามารถทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลที่ได้รับความเสียหายอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ทันที

อย่างไรก็ตามแม้รัฐเจ้าของดินแดนจะมีหน้าที่อำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหาย แต่หากรัฐดังกล่าวละเลยหรือกระทำการอันที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจนทำให้คนต่างด้าวที่ตกเป็นผู้เสียหายไม่สามารถหาวิธีอื่นใดภายในรัฐเพื่อที่จะได้รับการเยียวยาได้อย่างเหมาะสม กรณีเช่นนี้รัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคลดำเนินการในทางระหว่างประเทศเพื่อเรียกร้องแทนคนชาติของตนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีแนวคิดสนับสนุนที่ว่าประชาชนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความเป็นรัฐ ฉะนั้นเมื่อประชาชนได้รับความเสียหายก็เท่ากับว่ารัฐได้รับความเสียหายด้วยเช่นกัน

การที่รัฐจะสามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติที่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศโดยรัฐอื่นนั้นจึงต้องประกอบด้วยเงื่อนไขอันเป็นปัจจัยหลักอยู่สองประการ ประการแรก คือ ความสัมพันธ์ระหว่างคนชาติกับรัฐที่จะให้ความคุ้มครอง สิ่งที่สามารถบ่งบอกถึงความสัมพันธ์ที่ดีที่สุดก็คือสัญชาติ ซึ่งสัญชาตินั้นเป็นเงื่อนไขอันเป็นที่ยอมรับในนานาประเทศและสามารถอ้างอิงต่อรัฐอื่นได้ ประการที่สองคือคนชาติที่ได้รับความเสียหายจะต้องดำเนินการจนสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐเจ้าของดินแดนแล้วแต่ยังไม่ได้รับความยุติธรรม เมื่อรัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองนั้นถือสัญชาติของรัฐผู้ร้อง และ บุคคลดังกล่าวสิ้นสุดหนทางที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย รัฐดังกล่าวย่อมอยู่ในสถานะรัฐที่มีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนได้

ทว่ากรณีที่เป็นประเด็นปัญหาคือการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นมีได้จำกัดแต่เฉพาะบุคคลธรรมดา แต่รวมถึงนิติบุคคลด้วย ฉะนั้นประเด็นปัญหาแรกคือรัฐใดควรเป็นรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและจะถือเกณฑ์ใดเป็นเกณฑ์การพิจารณาสัญชาตินิติบุคคลเนื่องจากกฎหมายภายในของรัฐต่างๆมิได้กำหนดสัญชาตินิติบุคคลไว้ชัดเจนซึ่งต่างจากกรณีของบุคคลธรรมดา เบื้องต้นจึงต้องพิจารณาว่ามีหลักเกณฑ์ใดบ้างที่นำมาใช้พิจารณาสัญชาตินิติบุคคลและเกณฑ์ใดบ้างที่ได้รับการยอมรับและเป็นทิศทางที่ชัดเจนในทางระหว่างประเทศสำหรับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล

อย่างไรก็ดีบริษัทย่อมไม่อาจดำเนินการทางธุรกิจได้หากขาดแหล่งเงินทุน ที่สำคัญของบริษัทนั้นเกิดจากการระดมทุนในกลุ่มผู้ถือหุ้นจึงถือได้ว่าผู้ถือหุ้นของบริษัทเป็นบุคคลที่มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจของบริษัทอยู่ไม่น้อย ประเด็นปัญหาต่อมาจึงเกิดขึ้นเมื่อผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย ทั้งกรณีที่เป็นความเสียหายทางตรงและกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายแต่ส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นด้วยนั้น รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิมากน้อยเพียงใดในการให้ความคุ้มครองคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติในสถานการณ์ต่างๆ

หากประเด็นปัญหาเหล่านี้ยังคลุมเครือย่อมไม่ส่งผลดีต่อการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐผู้ร้อง เพราะก่อนการอ้างสิทธินั้นรัฐผู้ร้องย่อมต้องประเมินในเบื้องต้นเสียก่อนว่าตนมีสิทธิเรียกร้องหรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดอะไรบ้าง และมีความเป็นไปได้ที่จะประสบความสำเร็จในการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนมากน้อยเพียงใด หากเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นมีความชัดเจนย่อมส่งผลดีต่อรัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองคนชาติของตนทั้งในด้านการประเมินสถานการณ์ การเตรียมหลักฐานและข้อเรียกร้อง ทั้งนี้ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์ได้สังเกตเห็นความสำคัญของการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น ฉะนั้นจึงประสงค์ที่จะศึกษาในประเด็นปัญหาดังกล่าวและแนวโน้มของกฎหมาย รวมถึงคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระหว่างปี ค.ศ. 1970 - 2010 อันได้แก่ คดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited 1970 คดี Electronica Sicula S.p.A. (ELSI), 1989 และ คดี Ahmadou Sadio Diallo 2007 และ 2010 ซึ่งเป็นคำคัดค้านเบื้องต้นและคำตัดสินตามลำดับ ทั้งนี้ความกระจ่างชัดของหลักกฎหมายว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นย่อมเป็นประโยชน์ต่อรัฐที่ประสงค์จะอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นหากสามารถประเมินแนวทางการตัดสินของศาลได้ล่วงหน้าโดยอาศัยเงื่อนไขที่มีการระบุไว้ชัดเจน

## 1.2 สมมติฐานของการศึกษา

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศขยายความให้รัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลและรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีบทบาทในการให้ความคุ้มครองทางการทูตในบริบทต่างๆ ivo อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

### 1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงพัฒนาการทางกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจำนวนสามคดีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น โดยศึกษาว่ากฎหมาย เจเนอรัลต่างๆ และแนวโน้มของการให้เหตุผลทางกฎหมายของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นไปในทิศทางใด กล่าวคือ แนวทางคำตัดสินนั้นเป็นการเปิดช่องทางให้รัฐสามารถเข้ามาอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลหรือผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายอย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้นหรือเป็นการสร้างข้อจำกัดเพิ่มขึ้น การทราบทิศทางของกฎหมายย่อมส่งผลดีหากรัฐได้ตระหนักถึงข้อได้เปรียบและเสียเปรียบที่เกิดจากเจเนอรัลต่างๆ ก่อนอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต

### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลและผู้ถือหุ้นเพียงเท่านั้น โดยจะแบ่งระดับการศึกษาเป็น 3 ระดับ

1. การศึกษาหลักทั่วไปและเจเนอรัลเบื้องต้นที่ส่งผลให้การอ้างสิทธิของรัฐผู้ร้องเป็นที่ยอมรับและพิจารณาถึงประเด็นปัญหาในกรณีที่บริษัทและกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

2. การศึกษาจากคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited 1970 คดี Electronica Sicula S.p.A. (ELSI), 1989 และ คดี Ahmadou Sadio Diallo 2007 และ 2010 เพื่อพิจารณาถึงแนวโน้มของการให้เหตุผลทางกฎหมายของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

3. การศึกษาอิทธิพลของคำพิพากษา คดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited 1970 คดี Electronica Sicula S.p.A. (ELSI), 1989 ที่มีต่อร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต (Draft Articles on Diplomatic Protection) และศึกษาการนำหลักการภายในร่างข้อบทฯ มาใช้เพื่อตัดสินคดี Ahmadou Sadio Diallo 2007 และ 2010

การศึกษานี้ทั้งสามระดับจะบ่งชี้แนวโน้มของกฎหมายว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

### 1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการวิจัยเอกสารทั้งสิ้น (Documentary Research) โดยศึกษาและรวบรวมข้อมูลจากคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจำนวน 3 คดี ได้แก่ คดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited 1970 คดี Electronica

Sicula S.p.A. (ELSI) 1989 และคดี Ahmadou Sadio Diallo 2007 (Preliminary Objections) และ 2010 (Judgment) และคำอธิบายร่างข้อบ่งชี้ด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นสำคัญ รวมถึงหนังสือ ตำรา วิทยานิพนธ์ บทความ และเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนการสืบค้นข้อมูลสารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

## 1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัยครั้งนี้คือการทราบแนวโน้มของกฎหมายและเงื่อนไขต่างๆ ย่อมส่งผลดีต่อรัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูต ผลดีที่ว่านี้หมายถึงรัฐสามารถประเมินทิศทางของกฎหมายที่ศาลจะนำมาบังคับใช้เพื่อพิจารณาคดีควบคู่ไปกับข้อเท็จจริงและความสามารถในการนำสืบของรัฐนั้นๆ ได้ไม่มากนักน้อย และยังเงื่อนไขทางกฎหมายชัดเจนมากเท่าไร รัฐที่ประสงค์จะอ้างสิทธิก็ยิ่งเห็นผลลัพธ์แห่งการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศได้เท่านั้น

ในกรณีของประเทศไทยนั้นมียุทธศาสตร์กลุ่มนักลงทุนไทยจำนวนมากไปลงทุนยังต่างประเทศ ในปัจจุบัน หากนักลงทุนของไทยได้รับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่มีขอบของรัฐที่เข้าไปลงทุนนั้น นักลงทุนรวมถึงประเทศไทยที่มีสถานะเป็นรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุนย่อมสามารถประเมินสถานการณ์ได้ล่วงหน้าว่าข้อเท็จจริงสอดคล้องตามเงื่อนไขอันเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการให้ความคุ้มครองทางการทูตเพียงใดและทำให้สามารถประเมินท่าทีของการให้เหตุผลของศาลได้ไม่มากนักน้อย

อย่างไรก็ดีนอกจากประเทศไทยจะส่งออกทุนแล้ว ก็ยังมีสถานะเป็นรัฐผู้รับการลงทุนด้วยเช่นเดียวกับอีกหลายประเทศ หากนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย แต่กลับได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ เจ้าของสัญชาติของนักลงทุนดังกล่าวอาจอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองคนชาติของเขา โดยเรียกร้องต่อศาลเพื่อให้ประเทศไทยรับผิดชอบและเยียวยาความเสียหาย กรณีเช่นนี้เมื่อประเทศไทยตกอยู่ในสถานะรัฐที่ถูกเรียกร้องก็ย่อมต้องพยายามนำสืบในประเด็นที่จะนำไปหักล้างข้อกล่าวหาที่เกิดขึ้นได้

ฉะนั้นการรับทราบเงื่อนไขต่างๆของการให้ความคุ้มครองทางการทูต ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีอิทธิพลจนก่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นนั้นย่อมส่งผลดีต่อรัฐที่ประสงค์จะอ้างสิทธิและรัฐที่ถูกกล่าวหาทั้งสองฝ่ายที่จะประเมินสถานการณ์ว่าแต่ละฝ่ายนั้นมีข้อได้เปรียบและเสียเปรียบมากน้อยเพียงใดในการดำเนินการและยกเงื่อนไขต่างๆ ขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติ



## บทที่ 2

### แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการทูต

#### ต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น

การให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) เป็นสิทธิประการหนึ่งซึ่งทุกรัฐมีและได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐนั้นสามารถอ้างสิทธิดังกล่าวในการคุ้มครองคนชาติของตนเมื่อคนชาติได้รับความเสียหาย โดยสหประชาชาติได้ให้คำจำกัดความคำว่า ‘การให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือ Diplomatic Protection’ หมายถึง กิจกรรมของรัฐที่มีขึ้นเพื่อปกป้องคนชาติรวมถึงทรัพย์สินและผลประโยชน์ของคนชาติในต่างแดนอีกด้วย<sup>1</sup> ฉะนั้นความคุ้มครองทางการทูตจึงเป็นกลไกหนึ่งซึ่งส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติสามารถบังคับรัฐอื่นให้รับผิดชอบต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศและกระทบต่อทรัพย์สินของคนชาติตน ส่วนสาเหตุหลักที่ทำให้รัฐต้องเข้ามามีบทบาทในการให้ความคุ้มครองก็สืบเนื่องมาจากเหตุ 2 ประการ ประการแรกคือ ความแตกต่างด้านสถานะระหว่าง บุคคล กับ รัฐ กล่าวคือ “บุคคล” หมายถึงบุคคลตามกฎหมายภายใน ในขณะที่รัฐนั้นเป็นตัวกระทำการตามกฎหมายระหว่างประเทศ ฉะนั้นบุคคลธรรมดาจึงมีอาจฟ้องร้องรัฐที่ก่อความเสียหายได้ด้วยตนเอง และประการที่สองคือ เมื่อบุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหายและไม่สามารถดำเนินการใดเพื่อให้ตนเองได้รับความเป็นธรรมได้อีกต่อไป รัฐเจ้าของสัญชาติย่อมมีสิทธิในการปกป้องคนชาติของตน โดยศาลคดี Mavrommatis ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ว่า

“การที่รัฐบาลกรีซได้เข้ามาดำเนินการในคดีแทนคนชาติของตนนั้นเป็นการยกระดับข้อพิพาทนั้นให้กลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศระหว่างรัฐสองรัฐ โดยหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีสิทธิปกป้องคนชาติของตนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบกับผู้เสียหายได้สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายแล้ว การที่รัฐได้ตัดสินใจเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นจึงเป็นการยืนยันสิทธิของรัฐในการเรียกร้องต่อรัฐอื่น”<sup>2</sup>

นอกจากนี้ศาลยังได้ชี้ให้เห็นหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางการทูตและศาลยังได้สนับสนุนข้อกล่าวอ้างของรัฐบาลกรีซที่ว่า

<sup>1</sup> “Diplomatic Protection: An activity performed by States to protect their national abroad and secure their interest...”. In *Encyclopedia of the United Nations and International Agreement*, 1985. P. 203.

<sup>2</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions*, 12(1924).

“รัฐบาลกรีซได้รับข้อเรียกร้องจากคนชาติของตนตามแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองคนชาติของตนในต่างแดน โดยเอกชนจะแจ้งมายังรัฐบาลเพื่อขอให้รัฐบาลเข้ามาแทรกแซง และหากรัฐบาลพบว่าคดีมีมูลก็จะพยายามหาหนทางทางการทูตเพื่อดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้ง แต่หากไม่สำเร็จรัฐบาลก็สามารถยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลเพื่อหาความยุติธรรม”

ด้วยเหตุนี้จึงแสดงให้เห็นว่าแม้การให้ความคุ้มครองทางการทูตจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของรัฐว่าสมควรให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนที่ได้รับความเสียหายหรือไม่นั้น แต่สิทธิของรัฐจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อครอบงำประกอบเบื้องต้นที่กำหนดให้บุคคลที่ใช้สิทธิของตนโดยสุจริตได้รับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และได้พยายามหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่กระทำความผิดจนสิ้นสุดหนทางเยียวยาแล้ว รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลดังกล่าวจึงจะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลดังกล่าวได้ ทว่าบุคคลที่ตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำของรัฐอื่นมิได้ถูกจำกัดแต่เพียงบุคคลธรรมดา แต่รวมถึงบุคคลตามกฎหมายซึ่งก็คือ “นิติบุคคล” (Juristic Person หรือ Legal Person) หรือบุคคลสมมติที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจกฎหมายภายในของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา โดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย

ทว่าวัตถุประสงค์ของความเป็นนิติบุคคลในแต่ละประเภทย่อมแตกต่างกัน กล่าวคือ บางประเภทจัดตั้งขึ้นโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร ในขณะที่นิติบุคคลบางประเภทมีวัตถุประสงค์หลักคือเข้าหุ้นดำเนินการเพื่อแสวงหากำไร และหากธุรกิจการค้าบางประเภทต้องใช้เงินทุนมาก “บริษัทจำกัด” จึงเป็นรูปแบบนิติบุคคลที่นิยมจัดตั้งมากที่สุด เนื่องจากสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการระดมทุนโดยให้บุคคลภายนอกซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปสามารถเข้าร่วมลงทุนเพื่อถือหุ้นของบริษัทและนำกำไรมาแบ่งกันระหว่างผู้ลงทุนตามสัดส่วนหุ้นที่ถือ บริษัทจำกัดจึงต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายมากกว่าธุรกิจประเภทอื่นด้วยเหตุที่ว่าบุคคลเข้ามาเกี่ยวพันเป็นจำนวนมาก กฎหมายภายในของแต่ละรัฐจึงต้องเข้าไปกำกับดูแลโดยครอบคลุมทั้งด้านการก่อตั้ง โครงสร้างการบริหารจัดการ การเลิกกิจการ การออกหุ้น การโอนหุ้น และเงินทุนขั้นต่ำไว้ด้วยสำหรับธุรกิจบางประเภท

อย่างไรก็ตามบริษัทเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายกำหนดขึ้นจึงไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง บริษัทจึงต้องมี “กรรมการ” ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้แทนในการบริหารจัดการ ดำเนินงานนโยบายทั่วไปของบริษัท และเป็นผู้แสดงความประสงค์ของบริษัทตามที่กฎหมายกำหนด ตามระเบียบข้อบังคับของบริษัท โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น และในกรณีที่กรรมการมีหลายคน กรรมการจะปฏิบัติหน้าที่ในรูปแบบของ

คณะกรรมการบริษัท (Board of Directors) แต่เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่บริหารงาน และเป็นผู้แทนบริษัท กรรมการบริษัทจึงถูกกำหนดว่าต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่สามารถเป็นนิติบุคคลไปได้<sup>3</sup> โดยมีหน้าที่ตามกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทจัดตั้งขึ้น หรือถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีที่บริษัทจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และเมื่อมีการจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทแล้ว บริษัทย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างหากแยกจากผู้ถือหุ้น แม้ว่าหุ้นจะถูกเปลี่ยนมือหรือผู้ถือหุ้นจะถึงแก่กรรมก็ตามก็ไม่กระทบต่อความเป็นนิติบุคคลของบริษัทแต่ประการใด ฉะนั้นต่างฝ่ายจึงต่างมีสิทธิและหน้าที่ รวมไปถึงทรัพย์สินและหนี้สินแยกต่างหากจากกัน ส่งผลให้บริษัทสามารถถือครองทรัพย์สินได้ในนามตนเอง มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเป็นของตนเอง สามารถดำเนินคดี และเสียภาษีในนามของบริษัทได้เอง และประการสำคัญบริษัทย่อมมีสัญชาติและภูมิลำเนาเป็นของตนเอง ฉะนั้นเมื่อนิติบุคคลได้รับความเสียหาย รัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลก็ย่อมมีสิทธิใช้ดุลยพินิจเพื่อให้ความคุ้มครองนิติบุคคลสัญชาติตนเช่นกันตราบเท่าที่เมืองค์ประกอบให้การให้ความคุ้มครองทางการทูตครบถ้วน

## 2.1 เงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล

รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลได้เช่นเดียวกันกับกรณีของบุคคลธรรมดาโดยต้องเมืองค์ประกอบ 4 ประการ<sup>4</sup> ดังนี้

- |              |   |
|--------------|---|
| ประการแรก    | ความเสียหายจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อนิติบุคคลต่างด้าว |
| ประการที่สอง | การใช้สิทธิโดยสุจริตของนิติบุคคลผู้เสียหาย                                |
| ประการที่สาม | การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐเจ้าของดินแดน และ                |
| ประการที่สี่ | ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบริษัทกับรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางการทูต       |

### 2.1.1 ความเสียหายจากการกระทำมีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งพันธกรณีที่น่ามาสู่การให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นจะต้องเกี่ยวกับการประติบัติต่อคนต่างด้าวและทรัพย์สินของคนต่างด้าว

<sup>3</sup> ปาสิรัฐ ศรวิรรณพฤกษ์, "การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามพระราชบัญญัติมหาชน (ใหม่)" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545). หน้า 16.

<sup>4</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, ed. สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2 ed.(2549). หน้า 304.

เป็นสิ่งสำคัญ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับการลงทุนหรือรัฐเจ้าของดินแดนที่คนต่างด้าวพำนักอยู่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ในทางกลับกันหากเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นตัวแทนรัฐทั้งทางฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการได้ฝ่าฝืนพันธกรณีที่รัฐผูกพันโดยการกระทำหรือละเว้นการกระทำไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาทก็ตามย่อมส่งผลให้เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ ดังเช่นที่ศาลและคณะกรรมการตัดสินข้อพิพาทได้เคยกล่าวไว้ดังนี้

#### คดี The Dickson Car Wheel Co.

คณะกรรมการตัดสินข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโกได้กล่าวไว้ว่า

“ตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอันเกิดจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศและสามารถนำมาปรับเป็นความผิดของรัฐ”<sup>5</sup>

#### คดี The International Fisheries Co.

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกล่าวว่า

“รัฐมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ”<sup>6</sup>

นอกจากคำกล่าวของศาลและคณะกรรมการตัดสินข้อพิพาทแล้ว ภายในร่างอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายแก่คนต่างด้าว (The Harvard Draft Convention on the Responsibility of States for injuries to Aliens, 1961) ที่มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดได้จัดทำขึ้นก็ระบุว่า

“รัฐย่อมมีความรับผิดชอบต่อการกระทำและการละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศและก่อความเสียหายแก่คนต่างด้าว”<sup>7</sup>

<sup>5</sup> "Reports of International Arbitral Awards Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) V. United Mexican States," (1931).

<sup>6</sup> "Reports of International Arbitral Awards International Fisheries Company (U.S.A) V. United Mexican States," (1931).

<sup>7</sup> Article I (l) "A State is internationally responsible for an act or omission which, under international law, is wrongful, is attributable to that State, and causes an injury to an alien...."

อย่างไรก็ดี ความเสียหายจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอาจแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1. การละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา และ
2. การละเมิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กรณีแรก : การที่รัฐละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อนิติบุคคลต่างด้าวได้ เนื่องจากการที่รัฐลงนามเป็นภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงโดยอ้อมเป็นการสร้างพันธกรณีให้รัฐนั้นต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างรัฐ หากรัฐหนึ่งรัฐใดละเมิด ผลของการละเมิดสนธิสัญญาย่อมทำให้รัฐภาคีที่เสียหายมีสิทธิเรียกร้องในทางระหว่างประเทศต่อรัฐที่ละเมิดได้ในฐานะที่เป็นผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิตามสนธิสัญญา ในทางกลับกันหากเป็นการละเมิดสนธิสัญญาในสาระที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคนชาติ หรือบริษัทของรัฐภาคี ผู้เสียหายจะต้องสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในเสียก่อน รัฐเจ้าของสัญชาติจึงจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตผ่านทางการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศได้

กรณีที่สอง : การละเมิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ จารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้จะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีสนธิสัญญาใดกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ รัฐผู้รับการลงทุนก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งก็หมายรวมถึงการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ การโอนทรัพย์สินเป็นของรัฐ และการปฏิเสธความยุติธรรม<sup>8</sup>

มาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) คือหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติไม่ให้ด้อยไปกว่ามาตรฐานที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในระหว่างประเทศโดยไม่คำนึงว่าคนชาติของรัฐนั้นจะได้รับการปฏิบัติในลักษณะใด โดยหลักนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>9</sup> จึงเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่นักลงทุนต่างชาติว่าหากเข้าไปลงทุนในรัฐใดๆ จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐผู้รับการลงทุนอย่างเหมาะสม และเท่าเทียมกับนานาประเทศ

อย่างไรก็ดี เนื่องจากรัฐมีอำนาจอธิปไตยในการกำหนดมาตรการภายในของตนเอง ประกอบกับแนวความคิดที่ได้รับอิทธิพลจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือ National Treatment กล่าวคือ แม้รัฐจะมีหน้าที่ปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเฉกเช่นคนชาติของรัฐนั้น หากมาตรฐานการปฏิบัติต่อคนชาติของตนสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ รัฐเช่นว่าก็ต้องประ

<sup>8</sup> ศิวรัตน์ เล้าประเสริฐ, "ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ลงทุนต่างชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538). หน้า 26.

<sup>9</sup> George Schwarzenberger, "The Frontiers of International Law," London: Stevens and Sons Ltd. (1962). p.219.

ติบัติต่อคนต่างด้าวโดยใช้มาตรฐานระดับเดียวกัน แต่ก็เกิดข้อถกเถียงมาตรฐานของรัฐในการปฏิบัติต่อคนชาติต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ รัฐดังกล่าวก็ต้องปฏิบัติต่อคนต่างด้าวด้วยมาตรฐานเดียวกันซึ่งต้องไม่ต้อยไปกว่าคนชาติตามเกณฑ์ข้างต้น โดยแนวคิดนี้เห็นว่าคนต่างด้าวไม่สมควรที่จะได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าคนชาติ แต่ควรเป็นการปฏิบัติในระดับมาตรฐานเดียวกันเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทุกประการ หากรัฐจำต้องให้ความคุ้มครองในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวสูงกว่าคนชาติของตนก็ย่อมเกิดความเหลื่อมล้ำและเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้แก่รัฐเกินควร

จากหลักข้างต้นแสดงให้เห็นว่ารัฐย่อมมีหน้าที่ปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศและต้องไม่ต้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อคนชาติของตนซึ่งก็ถือได้ว่ารัฐได้ปฏิบัติโดยสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

การโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ (Nationalization) หมายถึงการที่รัฐได้ใช้อำนาจของตนโอนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐเพื่อสาธารณประโยชน์ แต่ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาคือการกระทำเช่นนั้นชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ โดยมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับความชอบธรรมของการกระทำดังกล่าว อย่างไรก็ตามการโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายตราบเท่าที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่า

1. การโอนทรัพย์สินเป็นของรัฐต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ
2. การโอนทรัพย์สินเป็นของรัฐต้องได้รับการปฏิบัติที่ทัดเทียมกัน กล่าวคือต้องไม่เลือกปฏิบัติ ระหว่างคนต่างด้าวกับคนชาติ หรือระหว่างคนต่างด้าวด้วยกันเอง
3. รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยหรือทดแทนความเสียหายที่เอกชนได้รับ ซึ่งตามหลัก Hull's Formula ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดไว้ว่าค่าชดเชยนั้นจะต้องเพียงพอ (adequate) มีประสิทธิภาพ (effective) และทันที (prompt)

ฉะนั้นหากรัฐโอนทรัพย์สินของเอกชนต่างชาติมาเป็นของรัฐโดยไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้นก็นับเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนต่างชาติรายนั้นสามารถเข้ามาอ้างสิทธิแทนเอกชนเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้

การปฏิเสธความยุติธรรม หรือ Denial of Justice อาจเกิดขึ้นตั้งแต่การบัญญัติกฎหมาย การใช้สิทธิทางกระบวนการยุติธรรม หรือการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดยร่างประมวลกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างด้าว ค.ศ. 1930 ได้ระบุถึงการกระทำที่ถือเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมไว้ว่า

“การกระทำที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมของรัฐ คือ

1. เมื่อคนต่างด้าวถูกปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อปกป้องสิทธิของตนเอง
2. คำตัดสินของศาลภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐมีอยู่ตามสนธิสัญญาหรือพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น
3. เมื่อกระบวนการพิจารณาล่าช้าเกินสมควร
4. เมื่อคำตัดสินของศาลแสดงออกถึงเจตนาร้ายต่อคนต่างด้าว”<sup>10</sup>

เมื่อคนต่างด้าวได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการอำนวยความสะดวกจากรัฐเจ้าของดินแดนที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่การจะได้รับการอำนวยความสะดวกหรือไม่นั้นยังคงตั้งอยู่บนความเสี่ยง กล่าวคือ บุคคลดังกล่าวที่ เป็นผู้เสียหายอาจได้รับหรือไม่ได้รับการอำนวยความสะดวกความยุติธรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งการเยียวยาตามที่สมควรได้รับ ในกรณีที่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสมและตามสมควรย่อมไม่ก่อให้เกิดข้อพิพาท แต่หากรัฐที่มีหน้าที่ให้การเยียวยากลับหลีกเลี่ยงการให้การเยียวยาความเสียหายก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม ดังเช่นที่ Freeman เคยกล่าวไว้ว่า

“การปฏิเสธความยุติธรรม คือความสัมพันธ์ระหว่างการเยียวยาความเสียหายและหน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวมีความเกี่ยวเนื่องกันอยู่ไม่น้อย”<sup>11</sup>

แม้จะมีการระบุว่า การกระทำลักษณะใดบ้างที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม แต่ในทางกฎหมายกลับไม่ปรากฏคำนิยามที่บ่งชี้ชัดว่าการปฏิเสธความยุติธรรมคืออะไร กฎหมายเพียงแต่กำหนดเกณฑ์กว้างๆว่าการปฏิเสธความยุติธรรมนั้นรวมถึงการดำเนินการอย่างล่าช้าเกินสมควร เช่น

ฝ่ายวิจัยกฎหมายระหว่างประเทศของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ระบุว่า

“การปฏิเสธความยุติธรรมคือกระบวนการการบริหารงานยุติธรรมที่บกพร่องอย่างใหญ่หลวง”<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Stephen Verosta, "Denial of Justice," in *Encyclopedia of Public International Law* (1987).

<sup>11</sup> A.V. Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice*(New York 1970). P.406.

<sup>12</sup> "Responsibility of States ", in *Research in International Law II*(Harvard Law School, 1929). P. 134.

### Amarasinghe ระบุว่า

“การปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่ด้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) การปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการทางศาล (Denial of access to the courts) หรือการกีดกันไม่ให้คนต่างด้าวปรากฏตัวในศาลนับเป็นการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเสรี”<sup>13</sup>

### ศาลคดี Ambatielos ได้กล่าวไว้ว่า

“การที่รัฐขัดขวางคนต่างชาติไม่ให้อำนาจปรากฏตัวต่อหน้าศาล นับเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติประการหนึ่ง”<sup>14</sup>

นอกจากนี้การแทรกแซงกระบวนการทางศาล การไม่เปิดช่องทางเยียวยาความเสียหาย หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมของฝ่ายตุลาการเหล่านี้ล้วนนำมาสู่การตัดสินที่ไม่เป็นธรรมจึงถือเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม

กล่าวโดยสรุปคือหากรัฐเป็นผู้กระทำผิดและก่อให้เกิดความเสียหายระหว่างประเทศ โดยตรงต่อคนต่างด้าวหรือก่อความเสียหายโดยอ้อมแก่คนต่างด้าวในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หรือกระบวนการต่างๆที่รัฐสามารถอำนวยความสะดวกได้แต่กลับกีดกันมิให้คนต่างด้าวได้รับความเป็นธรรม การปฏิเสธกระบวนการเข้าถึงความยุติธรรมในลักษณะนี้ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะเป็นโจทก์หรือจำเลยในคดีก็ตามย่อมส่งผลให้รัฐนั้นมีความรับผิดชอบในฐานะที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 2.1.2 การใช้สิทธิโดยสุจริตของนิติบุคคลผู้เสียหาย

การใช้สิทธิโดยสุจริต หรือ หลัก Clean Hand Doctrine (mains propres) เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (Good faith) ได้ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายของรัฐต่างๆ โดยเป็นหลักหนึ่งของกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะแสวงหาความยุติธรรมจะต้องเป็นผู้บริสุทธิ์ ดังที่ Richard Francis เคยกล่าวไว้ว่า “He that hath committed iniquity, shall not have equity” หรือ “บุคคลที่กระทำผิด ไม่สมควรได้รับความยุติธรรม”<sup>15</sup> หลักกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเสมอภาคและกำหนดให้ผู้เรียกร้องความ

<sup>13</sup> Chittharanjan F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*(2008). P.41.

<sup>14</sup> *The Ambatielos Claim*, 111(6 March 1956).P.111

<sup>15</sup> Richard Francis, *Maxims of Equity* (1727). ‘ex dolo malo non oritur actio’, ‘ex iniuria non oritur ius’, ‘nemo ex suo delicto meliorem conditionem facere potest’, nullus commodum capere potest de sua proprio iniuria’ และ ‘he who comes to equity for relief must come with clean hands’



ยุติธรรมต้องเป็นผู้สุจริต กล่าวคือ ต้องไม่มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย ด้วยเหตุนี้จึงมีเสียงสนับสนุนว่าควรนำหลักนี้มาบังคับใช้กับกรณีการให้ความคุ้มครองทางการทูตเช่นกัน<sup>16</sup>

วัตถุประสงค์ของการนำหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตมาใช้กับหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตก็เพื่อกีดกันรัฐจากการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนหากเข้าลักษณะใดใน 2 ลักษณะต่อไปนี้<sup>17</sup>

**ลักษณะแรก :** เมื่อรัฐกระทำการที่มีชอบด้วยกฎหมายต่อคนชาติของตนเอง เช่น กรณีที่รัฐ A ต้องการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนที่อยู่ในรัฐ B แต่รัฐ A กลับมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายในรัฐ B โดยที่คนชาติของรัฐ A กลับไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในความเสียหายนั้นเลย จึงเกิดคำถามขึ้นว่ากรณีเช่นนี้รัฐ A จะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนที่ได้รับความเสียหายหรือไม่ ในขณะที่รัฐ B จะสามารถยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาอ้างว่ารัฐ A ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจึงไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้หรือไม่

หากยึดถือตามหลักการของ Vattel ที่กำหนดว่าหลักการเบื้องต้นของการให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐเจ้าของสัญชาติในการคุ้มครองคนชาติของตนได้รับความเสียหายเพราะถูกละเมิดจากการกระทำของรัฐอื่น รัฐจึงเป็นผู้มีสิทธิให้ความคุ้มครอง แต่เมื่อรัฐเป็นผู้ก่อความเสียหายเสียเองจึงเท่ากับว่ารัฐกำลังใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ดังนั้นรัฐดังกล่าวย่อมไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนด้วยเหตุแห่งความไม่สุจริตนั้น

**ลักษณะที่สอง :** เมื่อความเสียหายที่คนชาติได้รับเป็นผลสืบเนื่องจากการกระทำของตนเอง นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าสมควรนำหลักนี้มาบังคับใช้กับกรณีการให้ความคุ้มครองทางการทูตแต่หลักการนี้ยังไม่เคยปรากฏในคดีใดที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มีก็แต่เพียงข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น

**คดี The Brig Lawrence** คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า

“การค้าทาสชาวแอฟริกันเป็นสิ่งต้องห้าม ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ (law of nations) และกฎหมายสหรัฐอเมริกา ฉะนั้น

<sup>16</sup> Alexander Shapovalov, "Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate," *American University International Law Review* 20, no. 4 (2005).

<sup>17</sup> Six Report of the International Law Commission on Diplomatic Protection, U.N. International Law Commission, 57<sup>th</sup> Sess., at 2, U.N. Doc. A/CN.4/546 (2005)

เจ้าของเรือ Lawrence จึงไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐบาลเจ้าของสัญชาติเรือให้ความคุ้มครองได้”<sup>18</sup>

**คดี The Friedich and Co** คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวว่า

“บุคคลที่ต้องการแสวงหาความยุติธรรมจะต้องเป็นผู้บริสุทธิ์ ไม่มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย”<sup>19</sup>

**คดี The Chattin** คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า

“รัฐไม่สามารถเรียกร้องแทนคนต่างด้าวที่กระทำการมิชอบด้วยกฎหมายจนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนได้”<sup>20</sup>

จากคดีทั้งสามข้างต้นเห็นได้ว่าเมื่อรัฐหรือบุคคลที่กำลังอ้างสิทธิเรียกร้องกลับเป็นบุคคลที่มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเองย่อมไม่อยู่ในสถานะที่จะสามารถเรียกร้องเพื่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหายได้แต่อย่างใด

แม้การใช้สิทธิโดยสุจริตจะเป็นหลักประการสำคัญสำหรับการเรียกร้องเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายก็ตาม แต่ต่อมาเมื่อมีร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศกลับแสดงความคิดเห็นว่าหลักการนี้ไม่ควรปรากฏอยู่ในบทบัญญัติภายในร่างข้อบท<sup>21</sup> โดยให้เหตุผลว่าหลักนี้ควรเป็นหลักที่คู่พิพาทยกขึ้นมาเมื่อมีการพิจารณาบรรณสาระแห่งคดีเสียมากกว่าการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในบทบัญญัติ

### 2.1.3 การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐเจ้าของดินแดน

การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเป็นหลักหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นคนต่างด้าวมีหน้าที่ต้องดำเนินการภายในดินแดนรัฐที่ก่อความเสียหายเพื่อให้ตนเองได้รับการเยียวยาความเสียหายเสียก่อนแต่หากยังไม่ได้รับความยุติธรรม รัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวดังกล่าวจึงจะสามารถยกข้อพิพาทขึ้นต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ ดังเช่นที่ศาลในคดี **Interhandel** ได้กล่าวไว้ว่า

<sup>18</sup> Amerasinghe, *Diplomatic Protection*. P.217.

<sup>19</sup> *The Friedich and Co* (1905).

<sup>20</sup> *Diplomatic Protection*; *ibid.* P. 218.

<sup>21</sup> International Law Commission, "Diplomatic Protection,"(2005). Para.230.

“การเยียวยาความเสียหายภายในจะต้องดำเนินการจนสิ้นสุด  
หนทางเยียวยา ก่อน กระบวนการทางระหว่างประเทศจึงจะ  
สามารถเริ่มต้นขึ้นได้ หลักการนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลัก  
กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”<sup>22</sup>

นอกจากนี้ Borchard ได้แสดงเหตุผลสนับสนุนการนำหลักการเยียวยาความ  
เสียหายภายในมาบังคับใช้ 5 ประการด้วยกัน<sup>23</sup> คือ

1. ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองว่าด้วยเรื่องอำนาจรัฐ  
เหนือดินแดน หรือ Territorial Jurisdiction ได้กำหนดให้คนต่างด้าวต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมาย  
ภายในและกระบวนการภายในตามที่รัฐนั้นกำหนดไว้เสียก่อน
2. รัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง จึงไม่อาจถูกแทรกแซงจากรัฐอื่นตราบ  
เท่าที่รัฐนั้นยังสามารถอำนวยความสะดวกได้อยู่
3. รัฐที่เรียกร้องต้องเปิดโอกาสให้แก่รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายอำนวยความสะดวก  
ยุติธรรมตามกระบวนการที่รัฐนั้นมี
4. หากความเสียหายเกิดจากการกระทำของเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อย  
หลักการสิ้นสุดการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐนั้นจะต้องนำมาใช้เพื่อพิสูจน์ว่าความเสียหายนั้น  
เป็นการกระทำโดยจงใจของรัฐหรือไม่
5. ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจของรัฐ และผู้เสียหาย  
สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐบ่งชี้ว่ารัฐไม่ตั้งใจที่จะเยียวยาความเสียหายที่  
เกิดขึ้น

จากเหตุผลของ Borchard ข้างต้นชี้ให้เห็นว่าหลักการเยียวยาความเสียหายภายใน  
นั้นเคารพหลักอำนาจรัฐเหนือดินแดน โดยให้รัฐสามารถออกกฎหมายและดำเนินการภายในกรอบ  
กฎหมายและกระบวนการของรัฐนั้นเองเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลใดๆที่อยู่ภายใต้อำนาจ  
รัฐของตน

อย่างไรก็ดีการเยียวยาความเสียหายภายในยังเป็นเครื่องมือชนิดหนึ่งในระบบ  
กฎหมายและสังคมระหว่างประเทศ<sup>24</sup> ที่ถูกนำมาใช้เพื่อแยกประเภทความเสียหาย “ทางตรง”  
(Direct Injury) กับความเสียหาย “ทางอ้อม” (Indirect Injury) ที่เกิดต่อรัฐออกจากกัน ความ  
เสียหายทางตรงกับความเสียหายทางอ้อมนั้นพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดแก่รัฐเป็นหลัก

<sup>22</sup> *The Interhandel Case*, (1959).

<sup>23</sup> Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (New York: Kraus Reprint Co, 1970). See also Chittharanjan F. Amerasinghe, *The Exhaustion of Procedural Remedies* (1963).

<sup>24</sup> Chittharanjan F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1976). P. 170.

กล่าวคือหากการกระทำของรัฐ A กระทบสิทธิของรัฐ B จนได้รับความเสียหาย กรณีเช่นนี้คือความเสียหายทางตรงต่อรัฐ B (Direct Injury)<sup>25</sup> แม้จะมีคนชาติของรัฐ B จะได้รับผลกระทบจากความเสียหายนั้นด้วยก็ตาม แต่บุคคลที่มีสิทธิเรียกร้องได้ทันทีก็คือ “รัฐ B” ในทางกลับกันหากการกระทำของรัฐ A มุ่งละเมิดสิทธิของคนต่างด้าวที่เป็นคนชาติของรัฐ B บุคคลที่ได้รับความเสียหายอย่างแท้จริงก็คือ “คนต่างด้าว” แต่เมื่อบุคคลดังกล่าวไม่ได้รับความยุติธรรมจากกระบวนการภายในรัฐ A ดังนั้น รัฐ B ซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติจึงจะมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐที่ก่อความเสียหายนั้นรับผิดชอบต่อความเสียหายที่คนชาติของตนได้รับ กรณีเช่นนี้คือความเสียหายทางอ้อม (Indirect Injury) ต่อรัฐ B

ความเสียหายสองประเภทนี้ส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างเช่นกัน กล่าวคือ ความเสียหายทางอ้อม (Indirect Injury) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับคนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหาย<sup>26</sup> และนำมาสู่กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายใน อันเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหายและเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่นำมาสู่การให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติคนต่างด้าวนั้นๆ ในทางกลับกันหากเป็นความเสียหายทางตรง (Direct Injury) ต่อรัฐ รัฐที่เสียหายก็สามารถเรียกร้องในทางระหว่างประเทศได้ทันที และสามารถยกขึ้นมาเป็นเหตุที่ทำให้ไม่ต้องการเยียวยาความเสียหายภายในได้ ดังที่เคยปรากฏในคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

#### คดี Interhandel<sup>27</sup>

สวิสเซอร์แลนด์ปฏิเสธข้อโต้แย้งของรัฐคู่กรณีที่ว่ายังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายจากการยึดทรัพย์สินของบริษัท Interhandel และอ้างว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดความตกลงระหว่างประเทศจึงเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรงต่อสวิสเซอร์แลนด์ สวิสเซอร์แลนด์จึงเป็นผู้เสียหาย ดังนั้นจึงไม่สามารถนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาใช้กับคดีนี้ได้

#### คดี Norwegian Loans<sup>28</sup>

ฝรั่งเศสปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่ายังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย และกล่าวว่ากรณีตามคดีนี้ไม่สามารถนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาใช้ได้ เนื่องจากความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากการละเมิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ฝรั่งเศสโดยตรง

<sup>25</sup> Chittharanjan F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2 ed.(2004). P. 151.

<sup>26</sup> Chittharanjan F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*.(1976).

<sup>27</sup> *The Interhandel Case*. (1959)

<sup>28</sup> *Norwegian Loans*.(1957). p. 9.

### คดี Aerial Incident Case

อิสราเอลอ้างว่าการที่บัลแกเรียยิงเครื่องบินอิสราเอลที่รุกล้ำเข้าไปยังดินแดนบัลแกเรียโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น ไม่ได้เป็นความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลธรรมดาที่ได้รับผลกระทบจากการยิงดังกล่าว แต่กลับเป็นความเสียหายทางตรงของรัฐ ซึ่งก็คืออิสราเอล ฉะนั้น อิสราเอลจึงอ้างว่าไม่สามารถนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาใช้บังคับได้

กล่าวโดยสรุป คือ กรณีที่เป็นความเสียหายต่อคนต่างด้าว คนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหายจะต้องเป็นผู้ดำเนินการตามกฎหมายภายในรัฐเพื่อพยายามให้ตนเองได้รับการเยียวยาจนสิ้นสุดกระบวนการภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเสียก่อน อย่างไรก็ตามหาก **นิติบุคคลหรือบริษัท**นั้นตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำมิชอบของรัฐจึงเกิดคำถามว่านิติบุคคลต้องแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐด้วยหรือไม่? โดยหลักแล้วบริษัทเป็นบุคคลตามกฎหมายจึงยังคงต้องดำเนินการเพื่อหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน เพียงแต่สภาพที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้นเป็นเพียงบุคคลสมมติจึงต้องมีผู้ดำเนินการแทนนิติบุคคลซึ่งก็คือบุคคลธรรมดาที่ได้รับการเลือกให้เป็นผู้แทนนิติบุคคล

อย่างไรก็ดีแม้คนต่างด้าวจะต้องดำเนินการเพื่อแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน แต่ทว่าในบางสถานการณ์หลักการเยียวยาความเสียหายภายในกลับไม่สามารถเป็นที่พึ่งให้คนต่างด้าวผู้เสียหายได้ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้เล็งเห็นและยอมรับข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้น 4 ลักษณะที่อาจส่งผลให้ไม่ต้องนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาใช้บังคับ ดังนี้

#### 1. กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐไม่มีประสิทธิภาพ

กรณีที่กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในไม่มีประสิทธิภาพ (ineffective) นั้นได้เคยปรากฏคดีดังต่อไปนี้

คดี The Finnish Ships Arbitration มีข้อเท็จจริงว่าพระราชบัญญัติประกันภัยถือเป็นที่สุด ในขณะที่การอุทธรณ์ต่อศาลสูงนั้นกลับเป็นวิธีการที่ไม่มีประสิทธิภาพและไม่มีวิธีการเยียวยาใดที่เหมาะสม อนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดว่าผู้ร้องซึ่งเป็นคนต่างด้าวไม่มีหน้าที่ต้องอุทธรณ์ต่อศาลอีก หากปรากฏว่าการเยียวยาเปล่าประโยชน์อย่างชัดเจน (obviously futile)<sup>29</sup>

ต่อมาในปี 1955 คดี The Interhandel Case ศาลเห็นว่า บริษัท Swiss Interhandel ยังคงมีวิธีดำเนินการให้ได้รับการชดเชยเยียวยาภายในศาลภายในสหรัฐอเมริกาอยู่ ฉะนั้นบริษัท Swiss Interhandel จึงยังต้องดำเนินการเยียวยาความเสียหายภายในด้วยตนเองเสีย

<sup>29</sup> Chittharanjan F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens.*, p. 192.

ก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ Judge Armond-Ugon มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของคนที่ควรได้รับความยุติธรรมอย่างทันที่ซึ่งได้แสดงความเห็นแย้งว่า

“...แม้ระยะเวลาล่วงเลยไปกว่าสิบปีการเยียวยาความเสียหายภายในก็ยังคงดำเนินไปอย่างช้าๆ ไม่เหมาะสม และไม่มีประสิทธิภาพ...”<sup>30</sup>

ต่อมา คดี The Norwegian Loans มีประเด็นว่าคนชาติฝรั่งเศสสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้วหรือยัง<sup>31</sup> เนื่องจากฝรั่งเศสซึ่งเป็นรัฐผู้ร้องได้อ้างว่าไม่มีหนทางเยียวยาใดที่มีประสิทธิภาพภายในนอร์เวย์ ในขณะที่ Judge Lauterpacht มีความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ว่าฝรั่งเศสยังให้เหตุผลไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าการดำเนินการทางศาลภายในประเทศนอร์เวย์นั้นไม่มีประสิทธิภาพอย่างชัดเจน<sup>32</sup>

คดี The Panevezys-Saldutiskis Railway Case ผู้เสียหายอ้างว่าการนำคดีขึ้นสู่ศาลภายในลิทัวเนียยอมไม่เกิดประโยชน์อันใด เพราะศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำของรัฐ (an Act of state) เนื่องจากเป็นการกระทำของรัฐบาลตามอำนาจของฝ่ายบริหารอันไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิทางแพ่ง (civil rights) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของลิทัวเนีย แต่ศาลสถิตย์ยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice; PCIJ) ตัดสินว่าผู้เสียหายต้องเรียกร้องต่อศาลภายในเสียก่อน ส่วนศาลจะมีอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าวนี้หรือไม่เป็นหน้าที่ของศาลที่ได้รับข้อเรียกร้องในการพิจารณา<sup>33</sup>

อย่างไรก็ตามหากคนต่างด้าวได้พยายามแสวงหาความยุติธรรมและหนทางเยียวยาความเสียหายทุกวิถีทาง ต้องเสียทั้งค่าใช้จ่ายและเวลา แต่รัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายกลับไม่สามารถเยียวยาได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุสุจริตหรือไม่ก็ตามที่ย่อมไม่ยุติธรรมต่อคนต่างด้าว และเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายและคนต่างด้าว ดังนั้นกรณีเช่นนี้จึงควรเป็นเหตุยกเว้นหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

## 2. กระบวนการภายในล่าช้าเกินสมควร

กระบวนการแสวงหาความยุติธรรมภายในที่ล่าช้าเกินสมควรนับเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้การเยียวยาความเสียหายภายในไม่มีประสิทธิภาพและยากลำบากที่จะต้องดำเนินการจนสิ้นสุดหนทางเยียวยาจึงถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมในอีกรูปแบบหนึ่งด้วย อย่างไรก็ตามก็ติระยะ

<sup>30</sup> *The Interhandel Case*. (1959). p.6.

<sup>31</sup> *Norwegian Loans*. (1975) p.10.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp.39.

<sup>33</sup> *Panevezys-Saldutiskis Railway*,(1939).

เวลานานเพียงใดที่จะถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมนั้นยังไม่มีข้อสรุปดังตัวอย่างของ 2 คดีนี้ คือ คดี *El Oro Mining and Railway Co Case*<sup>34</sup> ศาลยอมรับว่ากระบวนการของศาลภายในใช้เวลาถึง “9 ปี” ส่งผลให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดใช้เยียวยาที่มีประสิทธิภาพ แต่ต่อมาในคดี *Interhandel* ศาลกลับเห็นว่ากระบวนการภายในแม้ใช้เวลากว่า “10 ปี” ตั้งแต่เกิดความเสียหาย แต่ไม่ถือเป็นกระบวนการที่ล่าช้าเกินสมควร<sup>35</sup> แต่ Judge Armand-Ugon ก็ได้แสดงความเห็นแย้งว่าระยะเวลาการเยียวยาความเสียหายกว่า 10 ปีตามข้อเท็จจริงในคดีช้าเกินไปและไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการเยียวยาที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพได้<sup>36</sup>

เมื่อพิจารณาจากทั้งสองคดีความแตกต่างในด้านระยะเวลายังคงเป็นประเด็นที่น่าสนใจว่าระยะเวลาเพียงใดควรถือเป็นกระบวนการที่ล่าช้าเกินสมควร เพราะระยะเวลาที่มีการกล่าวอ้างในคดีทั้งสองไม่แตกต่างกันนัก แต่ศาลกลับวินิจฉัยสวนทางกันย่อมชี้ให้เห็นว่าแม้ระยะเวลาจะมีผลต่อการเยียวยาความเสียหายและไม่อาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพได้หากต้องใช้ระยะเวลาเกินควร แต่การจะใช้ระยะเวลานานเพียงใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ของแต่ละคดี ด้วยเหตุนี้จึงไม่สามารถกำหนดระยะเวลาที่สมควรหรือเกินสมควรไว้เป็นตัวเลขที่ชัดเจนได้ ในประเด็นนี้จึงต้องฟังดุลยพินิจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในแต่ละคดีที่จะต้องพิจารณาว่ากระบวนการภายในรัฐนั้นๆ ล่าช้าเกินสมควรหรือไม่

### 3. ความตกลงเพื่อไม่นำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาใช้บังคับ

ความตกลงกันระหว่างรัฐที่จะไม่นำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในขึ้นมาเป็นข้ออ้างและนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทใดๆ อาจเกิดขึ้นจากการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ต้องรับผิดชอบ (Unilateral Act) หรืออาจเกิดจากสนธิสัญญาทวิภาคี หรือพหุภาคีก็ได้โดยยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความยินยอม เช่น

อนุสัญญาก่อตั้ง The US-Mexican General Claims Commission ในปี ค.ศ. 1923 ข้อ 5 ที่ระบุว่าคณะกรรมการจะไม่สามารถอ้างหลักการเยียวยาความเสียหายภายในประเทศเพื่อปฏิเสธข้อเรียกร้องของรัฐภาคีได้<sup>37</sup>

อนุสัญญาสำหรับระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น<sup>38</sup> (The Convention for the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other

<sup>34</sup> *El Oro Mining and Railway Co* (1931). pp.191

<sup>35</sup> *The Interhandel Case*. (1957)

<sup>36</sup> *The Interhandel Case* (1959), Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon, para.3.

<sup>37</sup> "The Us-Mexican General Claims Commission Convention," (1923). Article 2 "the high contracting parties agreed that no claim shall be disallowed or rejected by the Commission by the application of the general principle of international law that the legal remedies must be exhausted as a condition precedent to the validity or allowance of any claim"

States) ข้อ 26 ที่กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุน (Host State) และคนต่างด้าวซึ่งเป็นคนชาติของรัฐคู่ภาคีอนุสัญญายอมรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้ ICSID โดยกำหนดให้คนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องแสวงหาการเยียวยาความเสียหายภายในก่อนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เว้นเสียแต่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นพิเศษดังเช่นที่ศาลคดี The Ambatielos ที่ยอมรับว่าเมื่อรัฐภาคีตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้วก็ไม่ต่อนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาปรับใช้

ฉะนั้นหากรัฐภาคีตกลงกันเพื่อไม่นำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้และระบุไว้อย่างชัดเจนภายในความตกลงย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหา ทว่าหากไม่มีการระบุไว้อย่างชัดเจนในความตกลงย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ ซึ่งศาลในคดี ELSI<sup>39</sup> ได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนดังจะกล่าวในบทต่อไป

#### 2.1.4 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบริษัทกับรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางการทูต

เนื่องจากการให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นผลมาจากการที่บุคคลมีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่ง รัฐเจ้าของสัญชาติจึงมีสิทธิให้ความคุ้มครองคนชาติตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง ฉะนั้นเงื่อนไขด้านความสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางการทูตกับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจึงถือเป็นเงื่อนไขสำคัญ ส่วนปัจจัยที่บ่งชี้ความผูกพันทางกฎหมายระหว่างบุคคลในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐก็คือ “สัญชาติ” ทั้งนี้ Harvard Law Research ได้กำหนดคำจำกัดความของสัญชาติไว้ในร่างอนุสัญญาว่าด้วยสัญชาติ (Draft Convention on Nationality) ว่า สัญชาติคือ

“สถานะของบุคคลธรรมดาที่ผูกพันกับรัฐโดยมีความจงรักภักดีต่อรัฐนั้นๆ”<sup>40</sup>

สัญชาติอยู่ภายในอำนาจของรัฐแต่เพียงผู้เดียวจึงเป็นเขตอำนาจภายในของรัฐอย่างแท้จริง (Domestic Jurisdiction) ฉะนั้นรัฐจึงมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขภายในตามที่รัฐประสงค์ได้ทั้งด้านเงื่อนไขการได้มาซึ่งสัญชาติและการเสียสัญชาติตราบเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเมื่อบุคคลมีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งแล้วย่อมส่งผลให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายภายในในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐนั้นซึ่งต่างจากคนต่างด้าวที่อาจจะไม่มีสิทธิบาง

<sup>38</sup> "The Convention for the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States." Article 26 "Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention."

<sup>39</sup> *Electronica Sicula S.P.A.*, (1989).

<sup>40</sup> "Draft Convention on Nationality." 1929. Part I. Nationality, vol. 23, pp. 13–79. "The status of a natural person who is attached to a state by the tie of allegiance."



ประการในฐานะพลเมือง ในทางกลับกันรัฐก็ย่อมมีหน้าที่ในการปกป้องคนชาติของตน ดังนั้นรัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้นที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนได้

ทว่าสัญชาติก็ได้จำกัดอยู่แต่เพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่นิติบุคคลซึ่งก็คือบุคคลที่ได้รับการสถาปนาขึ้นตามกฎหมายภายในของรัฐซึ่งอยู่ในรูปแบบของบริษัทต่างๆก็ย่อมมีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งได้ ดังนั้นเมื่อบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่น รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก็มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทนั้นได้ ทว่าประเด็นด้านความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ประสงค์จะให้ความสัมพันธ์ทางการทูตกับบริษัทที่จะได้รับการคุ้มครองนั้นกลับก่อให้เกิดปัญหาในการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศอยู่ไม่น้อย เพราะกฎหมายภายในหลายประเทศมีแต่เพียงการกำหนดการจัดตั้งนิติบุคคลในรูปแบบต่างๆ เช่น นิติบุคคลในรูปแบบบริษัท นิติบุคคลในรูปแบบห้างหุ้นส่วน แต่กลับไม่มีการระบุเรื่องการให้สัญชาตินิติบุคคลไว้อย่างชัดเจนซึ่งต่างจากกรณีของสัญชาติบุคคลธรรมดา

ในกรณีของกฎหมายไทยก็เช่นกัน ไม่มีการระบุหลักเกณฑ์การให้สัญชาตินิติบุคคลไว้อย่างชัดเจน มีก็แต่เพียงการแยกแยะว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลไทยเท่านั้น ดังเช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ข้อ 3 ที่มีขึ้นในอดีตกำหนดแต่เพียงว่า “คนต่างด้าว หมายถึง บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลซึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย” ซึ่งก็หมายความว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่ไม่ได้ถือสัญชาติไทยย่อมถูกจัดอยู่ในเกณฑ์ของคนต่างด้าวทั้งสิ้น นอกจากนี้กฎหมายบางฉบับที่ควบคุมการประกอบธุรกิจหรือกิจการของคนต่างด้าวได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะหรือคุณสมบัติของ “นิติบุคคล” ที่จะสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์จากบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนั้นๆได้ ก่อให้เกิดความสับสนในการเข้าใจอยู่ไม่น้อย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 17 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมให้เฉพาะคนชาติไทยเท่านั้นที่จะสามารถประกอบธุรกิจนำเที่ยวในประเทศไทยได้ กฎหมายฉบับนี้จึงสร้างหลักเกณฑ์ว่านิติบุคคลใดบ้างที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยที่สามารถประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้ตามมาตรา 17 ของพระราชบัญญัตินี้ โดยกำหนดให้ ผู้ที่สามารถมาขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้จะต้องมีคุณสมบัติดังนี้

“(ก) เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวกับการท่องเที่ยว ถ้าห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบเป็นผู้มีสัญชาติไทย ถ้าเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ทุนของบริษัทไม่น้อยกว่าห้าสิบล้านต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย และกรรมการของบริษัทเกินกึ่งหนึ่งต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย

(ข) กรรมการหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนนิติบุคคลต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 16”

ส่วนเนื้อหาตามบทบัญญัติมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481  
บัญญัติไว้ดังนี้

“ ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยซึ่งทำการค้าใน น่านน้ำไทยได้ตามมาตรา 47 ต้องมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (2) เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (3) เป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ
- (4) เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยดังต่อไปนี้
  - (ก) ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความ รับผิดชอบทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย และทุนไม่น้อย กว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

(ค) บริษัทจำกัดที่กรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคล ซึ่งมิใช่คนต่างด้าวและไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออก ให้แก่ผู้ถือ

(ง) บริษัทมหาชนจำกัดที่กรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมี สัญชาติไทยและหุ้นอันเป็นทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบ เป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า คนต่าง ด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว”

แนวทางการพิจารณาว่านิติบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นเพียงข้อกำหนดของกฎหมายภายในแต่ละฉบับที่กำหนดคุณลักษณะตามเงื่อนไขในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป นิติบุคคลที่มีคุณลักษณะตามเกณฑ์ย่อมสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายฉบับนั้นๆได้เช่นกัน ทว่าเงื่อนไขที่กฎหมายเหล่านี้กำหนดไว้ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์การให้สัญชาติแก่นิติบุคคลแต่อย่างใด เพราะหากเป็นการให้สัญชาติแก่นิติบุคคล หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จะนำมาใช้บังคับย่อมต้องเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น

นอกจากกฎหมายภายในที่ก่อให้เกิดความสับสนในด้านการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลแล้ว ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆก็ก่อให้เกิดความสับสนไม่น้อยเช่นกัน เนื่องจากภายในความตกลงเหล่านี้มักปรากฏเกณฑ์ต่างๆที่กำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลของรัฐภาคี เช่น

**ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอิสราเอล** กำหนดนิยามว่า<sup>41</sup>

- นิติบุคคลไทย คือ บริษัทซึ่งรวมทั้งบริษัท ห้าง หรือสมาคมที่ได้รับการก่อตั้งหรือรับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย
- นิติบุคคลอิสราเอล คือ บริษัทซึ่งรวมทั้งบริษัท ห้าง หรือสมาคมที่ได้รับการก่อตั้งหรือรับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอิสราเอล

**ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือ** กำหนดนิยามว่า<sup>42</sup>

- นิติบุคคลไทย คือ นิติบุคคลซึ่งได้จัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลหรือตั้งขึ้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิด หรือเพื่อกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม
- นิติบุคคลสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือ คือ บริษัท (รวมถึงบริษัท) ห้างร้าน หรือสมาคมซึ่งได้จัดตั้งเป็นนิติบุคคลหรือได้ตั้งขึ้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในส่วนใดๆของสหราชอาณาจักร หรือในอาณาเขตนั้นตามบทบัญญัติในข้อ 1 วรรค (2)

**ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสาธารณรัฐเกาหลี** กำหนดนิยามว่า<sup>43</sup>

<sup>41</sup> "Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments." Article 1 (3).

<sup>42</sup> "Agreement between the Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Thailand for the Promotion of the Investment of Capital and for the Protection of Investments." Article 2 (2).

- นิติบุคคลไทย คือ นิติบุคคลที่ได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ภายในราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดหรือไม่ก็ตาม เพื่อกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม
- นิติบุคคลเกาหลี คือ นิติบุคคลที่ได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ภายในสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ว่าจะเพื่อกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม โดยสอดคล้องกับกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี

**ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับเขตบริหารพิเศษฮ่องกงกำหนดนิยามว่า<sup>44</sup>**

- นิติบุคคลไทย คือ นิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในเขตราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะมีความรับผิดแบบจำกัดหรือไม่ก็ตาม เพื่อผลกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท”
- นิติบุคคลฮ่องกง คือ บริษัท ห้างหุ้นส่วน หรือสมาคมซึ่งก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่มีใช้บังคับในเขตบริหารพิเศษฮ่องกง ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท”

นอกเหนือจากความตกลงในรูปแบบทวิภาคีแล้ว ความตกลงพหุภาคีก็มีบทบาทสำคัญที่ว่าด้วยเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติของบริษัท เช่น

นิติบุคคลต่างต่างตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement of Trade in Services; GATS) ได้บัญญัติไว้ในข้อ XXVIII (m) และ (n) ดังนี้

**ข้อ XXVIII (m)**

“นิติบุคคลของสมาชิกอื่น หมายถึงนิติบุคคลที่

- (1) ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของรัฐสมาชิก และประกอบธุรกิจในอาณาเขตของรัฐสมาชิกนั้น หรือสมาชิกอื่นใด หรือ
- (2) ในกรณีการให้บริการผ่านการจัดตั้งทางพาณิชย์ ซึ่งเป็นเจ้าของหรือควบคุมโดย

(เอ) บุคคลธรรมดาของสมาชิกนั้น หรือ

<sup>43</sup> “Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of Korea for the Promotion and Protection of Investments.” Article 1(2).

<sup>44</sup> “Agreement between the Government of The Kingdom of Thailand and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China for the Promotion and Protection of Investments.” Article 1 (4).

(ปี) นิติบุคคลของรัฐสมาชิกอื่นตามที่ระบุไว้ใน (1)<sup>45</sup>

เมื่อพิจารณาตามนิยามข้างต้นแสดงให้เห็นว่าเกณฑ์การพิจารณานิติบุคคลของรัฐสมาชิกที่จะสามารถให้สิทธิตามความตกลง GATS ได้นั้นตั้งอยู่บนเงื่อนไขของการก่อตั้ง หรือจัดตั้ง ภายใต้กฎหมายของรัฐสมาชิก และประกอบธุรกิจภายในรัฐสมาชิกนั้นๆ หรือภายในรัฐสมาชิกอื่น บทบัญญัตินี้จึงมุ่งเน้นถึงการจัดตั้งกับสถานที่ประกอบธุรกิจเป็นเกณฑ์ที่บ่งชี้ความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างนิติบุคคลกับรัฐที่นิติบุคคลนั้นได้รับการจัดตั้งขึ้น

### ข้อ XXVIII (n)

“นิติบุคคล ต้อง

(1) เป็นเจ้าของโดยบุคคลของรัฐสมาชิกโดยมีเงินทุน มากกว่า ร้อยละ 50

(2) ถูกควบคุมโดยบุคคลของรัฐสมาชิก หากบุคคลนั้น มีอำนาจในการเสนอซื้อกรรมกรส่วนใหญ่ หรือมีฉะนั้นก็เป็นผู้มีอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายภายในในการกำกับดำเนินการดำเนินงานของบริษัท

(3) อยู่ในเครือกับบุคคลอื่น เมื่อนิติบุคคลนั้นควบคุมหรือถูกควบคุมโดยบุคคลอื่นนั้น หรือเมื่อทั้งสองฝ่ายถูกควบคุมโดยบุคคลคนเดียวกัน”<sup>46</sup>

<sup>45</sup> "General Agreement of Trade in Services; Gats."

“Juridical person of another Member” means a juridical person which is either:

(i) constituted or otherwise organized under the law of that other Member, and is engaged in substantive business operations in the territory of that Member or any other Member; or

(ii) in the case of the supply of a service through commercial presence, owned or controlled by:

1. natural persons of that Member; or

2. juridical persons of that other Member identified under subparagraph (i)”

<sup>46</sup> “a juridical person is:

(i) “owned” by persons of a Member if more than 50 per cent of the equity interest in it is beneficially owned by persons of that Member;

(ii) “controlled” by persons of a Member if such persons have the power to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions;

(iii) “affiliated” with another person when it controls, or is controlled by, that other person; or when it and the other person are both controlled by the same person;”

ภายในข้อ XXVIII (n) นี้ถือเกณฑ์การเป็นเจ้าของ การถูกควบคุม และการอยู่ในเครือเป็นสำคัญ ซึ่งก็หมายความว่าหากนิติบุคคลถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น การที่จะมาพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลของรัฐคู่ภาคีหรือรัฐสมาชิกหรือไม่นั้นต้องดูว่าเงินทุนของนิติบุคคลนั้นผู้ใดเป็นเจ้าของ หากคนชาติของรัฐสมาชิกเป็นผู้ถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ก็ถือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลของรัฐสมาชิกนั้น นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดเงื่อนไขเรื่องการควบคุมไว้ด้วยว่า หากนิติบุคคลถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐสมาชิกที่มีอำนาจเสนอกรรมกรส่วนใหญ่ หรือ กำกับการดำเนินงานของบริษัทย่อมถือว่านิติบุคคลหรือบริษัทนั้นเป็นนิติบุคคลของรัฐสมาชิกนั้นๆ

นอกจากนี้ในความตกลงการค้าเสรีไทย - ญี่ปุ่น (Japan - Thailand Economic Partnership Agreement หรือ JTEPA) ก็ได้กำหนดนิยามนิติบุคคลที่จะสามารถใช้สิทธิตามข้อตกลงนี้ได้ โดยระบุไว้ในข้อ 73(f) (e) ดังนี้

#### ข้อ 73 (f)

“วิสาหกิจของรัฐอีกฝ่าย หมายถึง วิสาหกิจซึ่ง

- (1) ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของภาคีอีกฝ่ายและประกอบธุรกิจอย่างมีสาระสำคัญในภาคีอีกฝ่ายนั้น หรือ
- (2) ในกรณีของการให้บริการผ่านทาง การจัดตั้งทางพาณิชย์ เป็นเจ้าของหรือควบคุมโดย

(เอเอ) บุคคลธรรมดาของรัฐภาคีอีกฝ่าย หรือ

(บีบี) วิสาหกิจของภาคีอีกฝ่ายตามที่ระบุไว้ในข้อ (1)”<sup>47</sup>

#### ข้อ 73 (g)

“วิสาหกิจต้อง

- (1) เป็นเจ้าของโดยบุคคลของรัฐภาคีหรือรัฐที่ไม่ใช่คู่ภาคี หากบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของทุนมากกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นในวิสาหกิจนั้น
- (2) ถูกควบคุมโดยบุคคลของรัฐภาคีหรือรัฐที่ไม่ใช่คู่ภาคี หากบุคคลดังกล่าวมีอำนาจในการเสนอชื่อกรรมการบริหารในจำนวน

<sup>47</sup> Article 73 (f) the term “enterprise of the other Party” means an enterprise which is either:

(i) constituted or otherwise organized under the law of the other Party and is engaged in substantive business operations in that other Party; or

(ii) in the case of the supply of a service through commercial presence, owned or controlled by:

(AA) natural persons of the other Party; or

(BB) enterprises of the other Party identified under subparagraph (i) above;”

ที่เป็นเสียงข้างมาก หรือมิฉะนั้นก็เป็นผู้มีอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายในการกำกับการกระทำของวิสาหกิจนั้น  
(3) อยู่ในเครือทับบุคคลอื่น เมื่อวิสาหกิจนั้นควบคุมหรือถูกควบคุมโดยบุคคลอื่นนั้น หรือเมื่อวิสาหกิจและบุคคลอื่นต่างถูกควบคุมโดยบุคคลเดียวกัน”<sup>48</sup>

จากนิยามข้างต้นนั้นกำหนดให้นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายไทย หรือกฎหมายญี่ปุ่น โดยประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญในประเทศไทยหรือญี่ปุ่น หรือเป็นนิติบุคคลที่มีคนชาติไทยหรือคนชาติญี่ปุ่นถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 หรือถูกควบคุมโดยคนชาติของไทย หรือญี่ปุ่น ซึ่งพิจารณาจากอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการข้างมากหรือมีอำนาจในการกำหนดการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นหรือเป็นบริษัทในเครือเดียวกันจึงจะถือเป็นนิติบุคคลที่สามารถใช้สิทธิประโยชน์ตามความตกลง JTEPA ได้

จากบทบัญญัติข้างต้นอาจก่อให้เกิดความสับสนดังที่กล่าวไว้ในตอนต้น ทว่าบทบัญญัติของความตกลงเหล่านี้มิใช่เกณฑ์การให้สัญชาติแก่นิติบุคคลแต่อย่างใด แต่นิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตามข้อกำหนดย่อมสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ตามความตกลงฉบับนั้นๆได้ เพราะความตกลงซึ่งถือเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศนี้ไม่สามารถและไม่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดสัญชาติแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดผู้ทรงสิทธิตามสนธิสัญญาแต่ละฉบับเพียงเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติและการให้สัญชาตินั้นศาลคดี Nottebohm เคยกล่าวไว้ว่า “รัฐมีอำนาจอธิปไตยกำหนดเกณฑ์การได้มาซึ่งสัญชาติของรัฐนั้นๆได้... โดยไม่ต้องพิจารณาว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดข้อจำกัดไว้แต่ประการใด”<sup>49</sup> แต่กรณีการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศย่อมต้องถือเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาว่ารัฐนั้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือไม่<sup>50</sup> ทั้งนี้ศาลคดี Nottebohm

<sup>48</sup> Article 73 (g) an enterprise is:

(i) “owned” by persons of a Party or a non-Party if more than 50 per cent of the equity interest in it is beneficially owned by such persons;

(ii) “controlled” by persons of a Party or a non-Party if such persons have the power to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions; and

(iii) “affiliated” with another person when it controls, or is controlled by, that other person; or when it and the other person are both controlled by the same person;

<sup>49</sup> *Nottebohm*, (1955). P. 20.

“It is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, ... It is not necessary to determine whether international law impose any limitations on its freedom of decision in this domain.”

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 20-21.

“To exercise protection, to apply to the court, is to place oneself on the plane of international law. It is international law which determines whether a State is entitled to exercise protection and to seize the Court.”

ได้ระบุไว้ว่า “รัฐไม่สามารถอ้างได้ว่าตนมีสิทธิเรียกร้องหากปราศจากความสัมพันธ์ทางสัญชาติระหว่างรัฐกับบุคคลนั้นๆอย่างใกล้ชิด (Genuine Connection)”<sup>51</sup>

ทว่าสาระในคดี Nottebohm นั้นเกี่ยวข้องกับกรณีของบุคคลธรรมดา มิใช่นิติบุคคล แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทเกิดขึ้นแก่นิติบุคคลก็ต้องการอุดช่องว่างทางกฎหมายเพื่อพิจารณาหารัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลเช่นกัน โดยวิธีการพิจารณาหาสัญชาตินิติบุคคลที่นานาประเทศยึดถือนั้นมีอยู่ 4 หลัก คือ การพิจารณาจากสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล ศูนย์กลางการแสวงหาประโยชน์ การควบคุม และการพิจารณาจากสถานที่จดทะเบียนก่อตั้ง โดยแต่ละหลักการมีเหตุผลสนับสนุนดังต่อไปนี้

### 1. การพิจารณาจากสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล (Siege Sociale)

หลักสถานที่ตั้งแห่งใหญ่หรือสำนักงานใหญ่เกิดขึ้นจากกฎหมายฝรั่งเศสและเป็นเกณฑ์ที่นิยมในประเทศภาคพื้นยุโรป ด้วยแนวคิดที่ว่าบริษัทอาจมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในรัฐอื่นนอกเหนือจากรัฐที่จดทะเบียนก่อตั้งบริษัท แต่สถานที่ตั้งแห่งใหญ่หรือสำนักงานใหญ่นั้นยังคงเป็นสถานที่ในการกำหนดนโยบาย และยุทธศาสตร์ของการดำเนินงานของบริษัททั้งหมด ดังนั้นแม้นิติบุคคลดังกล่าวมีสาขาย่อยอยู่ ณ ประเทศอื่นใดก็ยังคงต้องดำเนินการตามนโยบายที่สำนักงานใหญ่กำหนด บริษัทจึงถือสัญชาติตามประเทศที่สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของบริษัทตั้งอยู่

### 2. การพิจารณาจากศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์

ศูนย์กลางของการได้รับประโยชน์นั้นอาจจะเป็นสถานที่เดียวกันกับสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ ในขณะที่เดียวกันสถานที่ในการแสวงหาประโยชน์อาจจะมีหลายแห่งจึงก่อให้เกิดปัญหาในด้านการกำหนดว่าสถานที่ใดควรเป็นศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์อย่างแท้จริง การใช้เกณฑ์นี้เพื่อพิจารณาสัญชาตินิติบุคคลนั้นสร้างความลำบากในการนำไปใช้อยู่ไม่น้อย

### 3. การพิจารณาจากการควบคุม

หลักเรื่องการควบคุมนี้มุ่งไปที่บุคคลผู้ควบคุมนิติบุคคลนั้น หรือที่เรียกว่าการเจาะม่านนิติบุคคลโดยถือว่านิติบุคคลจะมีสัญชาติใดนั้นเป็นไปตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ซึ่งเป็นผู้ที่ควบคุมนิติบุคคล หลักการนี้ยึดถือว่านิติบุคคลคือบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นจึงต้องมีบุคคลธรรมดาควบคุม อย่างไรก็ตามหลักการควบคุมที่ยึดถือเอาตามรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่หรือรัฐสัญชาติผู้บริหารนิติบุคคลนั้นเป็นหลักที่นำมาใช้ในยามสงครามเพื่อหาผู้ที่ได้รับประโยชน์จากกิจการ

<sup>51</sup> Ibid., p. 23.



ของนิติบุคคลนั้น<sup>52</sup> ดังที่เคยปรากฏใน *The Enemy Act* ที่ระบุว่าบริษัทที่ตั้งอยู่ในสหราชอาณาจักร แต่ถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐศัตรูย่อมถือว่าเป็นบริษัทศัตรู<sup>53</sup> ทว่าเมื่อมีการลงทุนในหุ้นมากยิ่งขึ้น หุ้นสามารถเปลี่ยนมือได้โดยผ่านการซื้อขาย ฉะนั้นการพิจารณาโดยอาศัยหลักควบคุมนี้จึงไม่สามารถนำมาใช้เป็นการทั่วไปในการหาสัญชาติของนิติบุคคลเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้แต่อย่างใด

#### 4. การพิจารณาจากสถานที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคล

หลักสถานที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลนี้เป็นอีกหนึ่งหลักที่กำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายของรัฐที่รับจดทะเบียนนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างนิติบุคคล วัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจ รวมถึงสิทธิและความสามารถของนิติบุคคลอีกด้วย แต่ในทางกลับกันบุคคลต่างๆที่ก่อตั้งนิติบุคคลนั้นอาจไม่มีความเกี่ยวพันใดๆกับรัฐที่รับจดทะเบียนนิติบุคคล แต่อาจเป็นเพียงการเข้ามาจดทะเบียนภายในรัฐนั้นเพื่อสิทธิประโยชน์บางประการ

จากทบทวนฎีกาต่างๆข้างต้นแสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการ ได้แก่ การพิจารณาจากสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล การพิจารณาจากศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ การพิจารณาจากการควบคุม และ การพิจารณาจากสถานที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลยังคงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายเพื่อพิจารณาให้รัฐที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับนิติบุคคลมากที่สุด ฉะนั้นในกรณีของการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้น ความกระฉ่างด้านสัญชาติของนิติบุคคลจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่จะบ่งชี้ว่ารัฐนั้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อกับนิติบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายหรือไม่นั่นเอง

## 2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนด้านเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้น

จากการที่บริษัทซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคล (Juristic Person หรือ Legal Person) คือบุคคลสมมติที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจกฎหมายภายในของรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินธุรกิจซึ่งต้องใช้เงินทุนจำนวนมากจึงเกิดการระดมทุนโดยให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมลงทุนเพื่อถือหุ้นของบริษัท และนำกำไรจากการดำเนินธุรกิจของบริษัทมาแบ่งสรรระหว่างผู้ถือหุ้นตามสัดส่วนหุ้นที่ถือ ในขณะที่ผู้ถือหุ้นแต่ละรายย่อมมีความรับผิดชอบจำกัดตามจำนวนหุ้นที่ถือเช่นกัน อย่างไรก็ตามแม้ผู้ถือหุ้นจะเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่เอื้อปัจจัยทางการเงินสำหรับการดำเนินธุรกิจของบริษัท แต่บริษัทก็ต้องดำเนินการเพื่อสนองวัตถุประสงค์ของบริษัทและสร้างประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นด้วย แสดงให้เห็นว่าต่างฝ่ายต่างที่เกี่ยวพันกัน และมีความใกล้ชิดกันอยู่ไม่น้อย ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดความสับสนด้าน

<sup>52</sup> จาตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2547).

<sup>53</sup> Seidl-Hohenveldern, "Corporation in and under International Law," (1987). Also see Watts, McNair and. *Legal Effects of War*. 4th ed. 1966. pp.238-9

ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น และความไม่ชัดเจนว่าเมื่อใดที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นที่ถือสัญชาติตน ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาสถานะของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายเสียก่อนว่ามีความเกี่ยวข้องกับบริษัทอย่างไร

## 2.2.1 สถานะทางกฎหมายของผู้ถือหุ้นในบริษัท

ผู้ถือหุ้นก็เป็นอีกหนึ่งบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในบริษัท เนื่องจากเป็นบุคคลที่ลงทุน โดยการถือหุ้นของบริษัท เพื่อให้บริษัทนำเงินลงทุนจากการขายหุ้นดังกล่าวไปประกอบกิจการจึงถือได้ว่าผู้ถือหุ้นเป็นกลไกทางการเงินที่เอื้อเงินทุนให้แก่บริษัท แต่ผู้ถือหุ้นก็ถูกจำกัดตามกฎหมายภายในที่กำหนดให้บริษัทนั้นเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ด้วยเหตุนี้ทั้งตัวตน สิทธิและหน้าที่ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นก็ย่อมแยกจากกัน ผู้ถือหุ้นจึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งตามโครงสร้างของบริษัทที่มีสิทธิตามกฎหมายภายในรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้น ด้วยเหตุนี้ผู้ถือหุ้นจึงเป็นเพียงเจ้าของหุ้นในบริษัท ไม่ใช่เจ้าของบริษัท เพราะบริษัทมีตัวตนซึ่งเป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก ไม่ใช่ทรัพย์สินที่ผู้ถือหุ้นจะถือกรรมสิทธิครอบครองได้ ฉะนั้นผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธิ ผลประโยชน์ภายในบริษัทเพียงในฐานะผู้ถือหุ้น และมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงค่าหุ้นที่ยังไม่ชำระเท่านั้น

อย่างไรก็ตามบทบาทของผู้ถือหุ้นในการควบคุมกิจการของบริษัทย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นมักถูกกำหนดให้มีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ ผู้สอบบัญชี ผู้ชำระบัญชี ลงมติตัดสินใจในเรื่องสำคัญ กำกับดูแลกิจการจัดการบริษัทเพื่อออกมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้บริษัทดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใดๆ โดยผู้ถือหุ้นทุกรายมีสิทธิต่างๆตามที่กฎหมายกำหนดเท่าเทียมกัน โดยสิทธิของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายไทยได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังต่อไปนี้<sup>54</sup>

- (1) สิทธิที่จะได้รับเงินปันผล (มาตรา 1201 และ มาตรา 1200)
- (2) สิทธิในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท ได้แก่
  - สิทธิที่จะเข้าร่วมประชุมและลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ และสิทธิในการเรียกประชุม (มาตรา 1176)
  - สิทธิที่จะตรวจดูรายงานการประชุมกรรมการและรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น (มาตรา 1207)
  - สิทธิในการฟ้องให้เพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับหรือกฎหมาย (มาตรา 1195)
  - สิทธิฟ้องกรรมการผู้ปฏิบัติงานให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เมื่อบริษัทไม่ยอมฟ้อง (มาตรา 1169)

<sup>54</sup> โสภณ รัตนาร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท(สำนักพิมพ์นิติบรรณการ).

## (3) สิทธิทางทรัพย์สินเกี่ยวกับหุ้น

- สิทธิในการจำหน่าย จ่าย โอนหุ้น (มาตรา 1129)
- สิทธิในการซื้อหุ้นออกใหม่ของบริษัทตามส่วนของการถือหุ้นเดิม (มาตรา 1222)

นอกจากสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นไว้ด้วยเช่นกัน เช่น

- สิทธิที่จะได้รับใบหุ้น โอนหุ้นและขอเปลี่ยนแปลงสภาพหุ้น
- สิทธิที่จะได้รับเงินปันผล
- สิทธิที่จะซื้อหุ้นเพิ่มทุนได้ก่อน
- สิทธิที่จะได้รับคืนทุนเมื่อมีการเลิกบริษัท
- สิทธิในการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด

สิทธิที่ได้กล่าวมาข้างต้นล้วนเป็นสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นที่กฎหมายไทยรับรอง ผลทางกฎหมายของการที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิโดยตรงก็คือ หากบริษัท A จัดตั้งขึ้นภายในรัฐ X ผู้ถือหุ้นของบริษัท A ย่อมมีสิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทของรัฐ X กำหนดไว้ แต่หากมูลค่าหุ้นซึ่งถือเป็นทรัพย์สินส่วนหนึ่งของบริษัทนั้นต้องด้อยค่าลงเพราะความเสียหายที่กระทำต่อหุ้นที่ถืออยู่โดยตรง หรือหุ้นที่ถืออยู่ถูกรัฐยึดไปโดยปราศจากการจ่ายค่าทดแทนที่เหมาะสม หรือถูกกีดกันสิทธิในการเข้าร่วมประชุม ลงคะแนนเสียง หรือสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายรับรองไว้ถูกกระทบกระเทือนจากมาตรการของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายได้ตราบเท่าที่ผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการตามกฎหมายภายในเพื่อเรียกร้องสิทธิ และพยายามหาทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐจนหมดสิ้นแล้วแต่ยังไม่ได้รับความยุติธรรม กรณีนี้ไม่ก่อให้เกิดปัญหาเท่าใดนักเนื่องจากเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยตรง รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ ในทางกลับกัน หากรัฐได้ออกมาตรการหรือกระทำการใดๆที่กระทบต่อสิทธิโดยตรงของบริษัท ผู้ถือหุ้นในฐานะเจ้าของเงินทุนจะมีบทบาทในการเรียกร้องหรือได้รับความคุ้มครองทางการทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นหรือไม่ อย่างไร ณ จุดนี้จึงยังเป็นประเด็นปัญหาอยู่ไม่น้อย

สำหรับกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิเรียกร้องหรือไม่นั้น มีผู้แสดงความคิดเห็นว่า กฎหมายภายในกำหนดให้กรรมการที่เป็นตัวแทนบริษัทนั้น (director) มีหน้าที่อะไร<sup>55</sup> เพราะ บางรัฐกำหนดให้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท เช่น สาธารณรัฐเกาหลี<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Ben Juratowitch, "Diplomatic Protection of Shareholders," *The British Year Book of International Law* (2011). p. 15-16.

กรีซ<sup>57</sup> รัสเซีย<sup>58</sup> สวีเดน<sup>59</sup> และยูเครน<sup>60</sup> ในขณะที่บางรัฐกำหนดให้มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้น เช่น สหราชอาณาจักร<sup>61</sup> เนเธอร์แลนด์<sup>62</sup> โปรตุเกส<sup>63</sup> และกฎหมายมลรัฐนิวยอร์ก<sup>64</sup> สำหรับในกรณีหลังหากผู้ถือหุ้นไม่สามารถได้รับประโยชน์ที่สมควรได้รับผู้ถือหุ้นก็ควรมีสิทธิเรียกร้องได้เมื่อบริษัทได้รับความเสียหาย นอกจากนี้กฎหมายภายในบางรัฐยังกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถดำเนินการทางกฎหมายได้หากผู้จัดการกระทำการละเมิดต่อบริษัท<sup>65</sup> เช่น ฝรั่งเศส<sup>66</sup> เยอรมัน<sup>67</sup> กรีซ<sup>68</sup> สาธารณรัฐเกาหลี<sup>69</sup> เนเธอร์แลนด์<sup>70</sup> สหราชอาณาจักร<sup>71</sup> กฎหมายมลรัฐนิวยอร์ก<sup>72</sup> รัสเซีย<sup>73</sup> แอฟริกาใต้<sup>74</sup> และสวีเดน<sup>75</sup> ดังนั้นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ควรมีสิทธิเรียกร้องได้เช่นกัน

## 2.2.2 แนวปฏิบัติของรัฐกับการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้น

รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองหากผู้ถือหุ้นสัญชาติตนได้รับความเสียหายจากการลงทุนในต่างประเทศ หากความเสียหายนั้นเกิดจากการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นดังที่กฎหมายภายในของแต่ละรัฐกำหนดไว้ รัฐเจ้าของสัญชาติย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองต่อผู้ถือหุ้นได้ทันทีและเป็นที่ยอมรับในทางกฎหมาย ทว่าหากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงต่อบริษัท ทรัพย์สิน หรือสิทธิของบริษัทที่มีสัญชาติต่างจากผู้ถือหุ้น กรณีเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาอยู่ไม่น้อย หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายภายในที่

<sup>56</sup> Korean Commercial Code, art. 382.

<sup>57</sup> Law No 3016/2002 on Corporate Governance, art. 2(1).

<sup>58</sup> Civil Code of the Russian Federation 1994, art 53; Federal law on Joint Stock Companies 1995, Art. 71.

<sup>59</sup> Aktiebolagslag, 29 ch 1 § (SFS 2005:551).

<sup>60</sup> Civil Code of Ukraine 2003, art 92; Law on Joint Stock Companies 1998, art 63.

<sup>61</sup> Companies Act 2006, s 172(1).

<sup>62</sup> Dutch Civil Code, art 2:9.

<sup>63</sup> Companies Act, art 64(1)(b).

<sup>64</sup> Business Corporation Law of New York §717 and 719.

<sup>65</sup> The International Law of Investment Claims (Cambridge University Press 2009) para 789.

<sup>66</sup> Code de commerce, art L223–22.

<sup>67</sup> German Stock Corporation Act, Aktiengesetz, § 147–148; and see C Paul, ‘Derivative Actions under English and German Corporate Law’ (2010) European Company and Financial Law Review 81, 97–101.

<sup>68</sup> Law No 3190/1955 on Limited Liability Companies (as amended), art 26; Decisions 4233/ 1993 and 7255/2009 of the Athens Court of Appeal.

<sup>69</sup> Korean Commercial Code, Art 403.

<sup>70</sup> Decision of the Dutch Supreme Court, 2 December 1994, NJ 1995, 288, para 3.4.3.

<sup>71</sup> Companies Act 2006, § 260 and 265.

<sup>72</sup> Business Corporation Law of New York §626.

<sup>73</sup> Federal Law on Limited Liability Companies 1998, Art 43; Federal Law on Joint Stock Companies 1995, Art 71.

<sup>74</sup> Companies Act, No 61 of 1973, s 266.

<sup>75</sup> Aktiebolagslag, 29 ch 7 § (SFS 2005:551).

กำหนดให้บริษัทมีตัวตนแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นก็ย่อมอนุมานได้ในเบื้องต้นว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงต่อบริษัท บริษัทเท่านั้นย่อมอยู่ในฐานะผู้เสียหายจึงจะมีสิทธิเรียกร้อง ทว่าผลจากความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทย่อมกระทบต่อผู้ถือหุ้นแม้จะไม่ได้เป็นผู้ถูกกระทำโดยตรงต่อทรัพย์สินซึ่งก็คือ ‘หุ้น’ ย่อมได้รับผลกระทบจากมาตรการต่างๆที่บริษัทได้รับ ฉะนั้นจึงเกิดประเด็นที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะสามารถเข้ามามีบทบาทในการให้ความคุ้มครองทางการทูตได้หรือไม่ ทั้งนี้รัฐต่างๆก็ได้มีแนวปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนที่มีสถานะเป็นผู้ถือหุ้น

ในประเทศอังกฤษ คดี *Foxx v. Harbottle* ค.ศ. 1843 นับเป็นจุดเริ่มต้นของการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นเนื่องจากศาลได้วางหลักกฎหมายไว้ว่าหากบริษัทได้รับความเสียหายจากการละเมิด บริษัทย่อมมีสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นโจทก์ในคดีได้ โดยศาลก็ได้กำหนดข้อยกเว้นบางประการที่ส่งผลให้ผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งก็สามารถแยกฟ้องเป็นคดีต่างหากจากบริษัทได้เช่นกันโดยแนวทางของคดีนี้เป็นที่ยอมรับและได้กลายมาเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายอังกฤษ<sup>76</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1938 คดี *Mexican Eagle Oil Company* ที่มีข้อเท็จจริงว่ารัฐบาลเม็กซิโกยึดทรัพย์สินของบริษัทซึ่งผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นชาวอังกฤษ รัฐบาลอังกฤษจึงพยายามให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นดังกล่าว แม้อังกฤษจะแถลงโดยยอมรับว่าบริษัทดังกล่าวมีสัญชาติเม็กซิโก แต่ด้วยเหตุที่ว่าผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกคือคนชาติอังกฤษ อีกทั้งผลประโยชน์ที่ถูกระทบนั้นก็เป็ผลประโยชน์ของอังกฤษ ฉะนั้นรัฐบาลอังกฤษจึงย่อมมีสิทธิคัดค้านการกระทำของเม็กซิโก<sup>77</sup> นอกจากนี้ยังปรากฏแนวทางปฏิบัติ (State practice) ของรัฐอื่นๆที่ให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติตน เช่นแนวปฏิบัติของฝรั่งเศสที่มุ่งให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติฝรั่งเศสที่มีผลประโยชน์ในบริษัทต่างชาตอย่างมีนัยสำคัญหากสิทธิของบริษัทดังกล่าวได้รับความเสียหาย<sup>78</sup> และแนวปฏิบัติของสวิตเซอร์แลนด์ที่มุ่งให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นชาวสวิสในบริษัทต่างชาตที่ก่อตั้งขึ้นในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้โดยปราศจากข้อจำกัด<sup>79</sup>

ทว่าเมื่อธุรกิจและการค้าขยายตัวขึ้นไปพร้อมๆกับความซับซ้อนที่มีมากขึ้น ความซับซ้อนเช่นว่าหมายถึงความซับซ้อนที่เกิดจากปัจจัยในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากนักลงทุนทั้งหลายมีเสรีภาพในการลงทุนจึงสามารถลงทุนได้ทั้งในและต่างประเทศ หากเป็นการลงทุนโดยการซื้อหุ้นของบริษัทภายในประเทศ เงินทุนทั้งหลายก็จะหมุนเวียนอยู่ภายในรัฐนั้นๆ ในทางกลับกันหากเป็นการลงทุนถือหุ้นของบริษัทในต่างประเทศ หากบริษัทได้รับความเสียหายก็ย่อมกระทบต่อเงินทุน

<sup>76</sup>Ben Juratowitch, "Diplomatic Protection of Shareholders." *The British Year Book of International Law* (2011). p.13-14.

<sup>77</sup> *Mexican Eagle Oil Company Case*,(1938–1947).

<sup>78</sup> See A Kiss, 'La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales' in *La personnalité morale et ses limites* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1960) 179, 190–192; cf B Weston, *International Claims: Post-War French Practice* (Syracuse University Press 1971) 167–171.

<sup>79</sup> Caflisch, *La Protection des Sociétés Commerciales et des Intérêts Indirects en Droit International Public* 203.

จำนวนดังกล่าว ด้วยเหตุนี้รัฐต่างๆจึงเริ่มหันเหความสนใจการให้ความคุ้มครองนักลงทุนหรือผู้ถือหุ้น สัญชาติของตนที่ไปลงทุนในต่างประเทศมากยิ่งขึ้นจนทำให้บางประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร และ สหรัฐอเมริกาคำหนดบทบัญญัติสำหรับการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติตนไว้โดยเฉพาะอีกด้วย

### 2.2.2.1 กรณีผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติที่ได้รับความเสียหายจากรัฐที่สาม

เมื่อผู้ถือหุ้นสัญชาติ A ถือหุ้นในบริษัทที่สัญชาติ B แต่เมื่อบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ C ซึ่งเป็นรัฐที่สามจึงเป็นกรณีที่มีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องสามฝ่าย (Triangular Relationship) รัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ย่อมประสงค์ให้ความคุ้มครองคนชาติของตนเช่นกัน โดยกำหนดบทบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ที่เห็นเด่นชัดคือกรณีของสหราชอาณาจักร และ สหรัฐอเมริกา

สหราชอาณาจักรได้กำหนดบทบัญญัติไว้ใน The United Kingdom's Rules Applying to International Claims, Rule V ความว่า

“รัฐบาลอังกฤษสามารถเรียกร้องเพื่อประโยชน์ของคนชาติอังกฤษ ในบริษัทต่างชาติที่จดทะเบียนก่อตั้งในอีกรัฐหนึ่ง และหากบริษัท นั้นได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐที่สาม กรณีเช่นนี้ รัฐบาลอังกฤษอาจร่วมเรียกร้องไปพร้อมกับรัฐบาลของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทนั้นขึ้น แต่หากปรากฏว่าบริษัทดังกล่าวเลิกกิจการไปแล้ว รัฐบาลอังกฤษอาจเรียกร้องเพียงลำพัง”<sup>80</sup>

จากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นถึงความตื่นตัวของกลไกทางกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรที่ต้องการให้รัฐบาลอังกฤษเข้าเรียกร้องเพื่อประโยชน์ของคนชาติอังกฤษที่อยู่ในสถานะผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติ แต่บริษัทนั้นได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐที่สาม โดยบทบัญญัตินี้ให้อำนาจรัฐบาลอังกฤษสามารถเรียกร้องเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นชาวอังกฤษได้ 2 ระดับ คือ

1. การเรียกร้องโดยเข้าร่วมกับรัฐบาลของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทนั้นขึ้น หรือ

<sup>80</sup> "The United Kingdom Rules Regarding the Taking up of International Claim by Her Majesty's Government." July 1983. Rule V.

“Where a UK national has an interest, as a shareholder or otherwise, in a company incorporated in another State, and that company is injured by the acts of a third State, HMG may normally take up his claim only in concert with the government of the State in which the company is incorporated. Exceptionally, as where the company is defunct, there may be independent intervention.”

2. การเรียกร้องโดยรัฐบาลอังกฤษเพียงลำพัง เฉพาะกรณีที่บริษัทดังกล่าวเลิกกิจการไปแล้วเท่านั้น

สองกรณีนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรยอมรับว่าบริษัทนั้นมีตัวตนต่างหากจากผู้ถือหุ้นจึงได้มีการกำหนดให้ “ร่วมเรียกร้องกับรัฐบาลของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท” ดังนั้นสถานะของการเรียกร้องของรัฐบาลอังกฤษตามบทบัญญัติในข้อนี้ย่อมเป็นเพียงการใช้สิทธิเรียกร้องร่วมกับรัฐบาลของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทเท่านั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายอังกฤษได้ตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นต่อบริษัทกล่าวคือหากบริษัทนั้นเลิกกิจการแล้ว ก็ควรเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้รัฐบาลอังกฤษสามารถเรียกร้องเพียงลำพังได้

ส่วนแนวทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาก็ได้ปรากฏกฎเกณฑ์ไปในทิศทางเดียวกันกับสหราชอาณาจักร กล่าวคือ

“หากบริษัทต่างด้าวที่มีคนต่างด้าวต่างสัญชาติเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้น ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่สามารถปรับเป็นความผิดของรัฐได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายในผลประโยชน์ที่คนต่างด้าวมีในบริษัท หากปรากฏว่า

(เอ) สัดส่วนของหุ้นในบริษัทที่มีนัยสำคัญนั้นถือโดยคนต่างด้าวหรือคนอื่นที่มีใช้คนชาติของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือคนชาติของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

(บี) บริษัทไม่ได้รับการชดเชยความเสียหาย

(ซี) สาเหตุที่ไม่ได้รับการชดเชยนั้นอยู่นอกเหนือจากการควบคุมของคนต่างด้าวหรือผู้ถือหุ้นต่างด้าวคนอื่นๆ และ

(ดี) ข้อเรียกร้องสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทนั้นไม่ได้ถูกสละหรือยุติลงโดยบริษัทหรือโดยรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท”<sup>81</sup>

<sup>81</sup> “Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States: Responsibility of States for Injuries to Aliens” (American Law Institute), §173

Alien Shareholder of Corporation Having Nationality of Third State,

“When an alien corporation, in which an alien of different nationality is directly or indirectly a shareholder, is injured by conduct attributable to a state that is wrongful under international law, the state is responsible for the consequent injury to the alien to the extent of his interest in the corporation, if

- (a) a significant portion of the stock of corporation is owned by the alien or by other aliens who are not nationals of the state to which the conduct is attributable or of the state of which the corporation is a national,

บทบัญญัติของสหรัฐอเมริกาข้างต้นมีนัยสำคัญ แม้จะมีได้ระบุลักษณะหรือกระบวนการที่กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นดำเนินการเช่นเดียวกับกรณีของสหราชอาณาจักร แต่กำหนดให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทนั้นต้องรับผิดชอบต่อคนต่างด้าวที่เป็นผู้ถือหุ้นด้วย หากข้อเท็จจริงสอดคล้องกับเงื่อนไข 4 ประการข้างต้น

ทว่าบทบัญญัติเหล่านี้แม้จะแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการและแนวทางปฏิบัติของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในการให้ความคุ้มครองคนชาติของตนในบริษัทต่างชาติที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐที่สาม แต่ก็ยังเป็นเพียงเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในจึงไม่สามารถนำมาอ้างอิงได้ในทางระหว่างประเทศ แต่ในปีค.ศ. 1970 ศาลคดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited ได้พิจารณาถึงปัญหาและสร้างความกระจ่างชัดสำหรับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐที่สามไว้ ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ย่อมส่งผลต่อหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตทั้งต่อบริษัทและต่อผู้ถือหุ้นอย่างมีนัยสำคัญอันจะกล่าวในบทต่อไปในหัวข้อ 3.1

#### 2.2.2.2 กรณีรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก่อความเสียหายแก่บริษัท

เมื่อบริษัทจดทะเบียนและจัดตั้งขึ้นภายในรัฐใดก็ย่อมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในรัฐนั้นอย่างเคร่งครัด ในทางกลับกันหากมาตรการของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท คณะกรรมการของบริษัทดังกล่าวก็ต้องหาวิธีการเยียวยาความเสียหายเพื่อรักษาประโยชน์ของบริษัทไว้ให้มากที่สุด ทว่ากรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเองเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนี้ บริษัทไม่สามารถร้องขอให้รัฐใดให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อรัฐนั้นได้เลย เนื่องจากเป็นเรื่องภายในรัฐ แต่หากผู้ถือหุ้นภายในบริษัทนั้นเป็นต่างชาติ จึงเกิดประเด็นว่าผู้ถือหุ้นเหล่านี้จะสามารถยกเอาความเป็นผู้ถือหุ้นต่างชาติขึ้นมาเพื่อเรียกร้องเพื่อให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเยียวยาในทางระหว่างประเทศแทนได้หรือไม่ กรณีนี้จึงมีรัฐที่เกี่ยวข้องสองฝ่าย (Bilateral Relationship)

แนวทางปฏิบัติของสหราชอาณาจักรนั้นได้มีการกำหนดบทบัญญัติไว้ใน The United Kingdom's Rules Applying to International Claims, Rule VI โดยมีเนื้อความสนับสนุนให้รัฐเจ้าของสัญชาติสามารถให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติได้ ดังนี้

“หากคนชาติอังกฤษมีผลประโยชน์ในฐานะผู้ถือหุ้นภายในบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท

- 
- (b) the corporation fails to obtain reparation for the injury,
  - (c) such failure is due to causes over which the alien or such other alien shareholders cannot exercise control, and
  - (d) a claim for the injury to the corporation has not been waived or settle by the corporation or by the state of which it is a national.”



รัฐบาลอังกฤษอาจแทรกแซงเพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์  
ของคนชาติอังกฤษ”<sup>82</sup>

สาระที่ปรากฏในบทบัญญัติข้างต้นมุ่งให้รัฐบาลอังกฤษคุ้มครองคนชาติของตนที่เป็น  
ผู้ถือหุ้นโดยกำหนดเงื่อนไขไว้สองประการ คือ (1.) ต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติ และ(2.) บริษัท  
ดังกล่าวได้รับความเสียหายจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสอง  
ประการ รัฐบาลอังกฤษก็อาจใช้อำนาจตามกฎหมายภายในฉบับนี้เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้น  
สัญชาติอังกฤษได้

บทบัญญัตินี้แตกต่างจากบทบัญญัติใน Rule V ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้าเพราะ  
กรณีตาม Rule VI นี้ไม่มีการกำหนดให้รัฐบาลอังกฤษร่วมเรียกร้องไปพร้อมกับรัฐเจ้าของสัญชาติ  
บริษัท เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากสาระตามข้อเท็จจริงมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐที่ก่อให้เกิดความ  
เสียหายต่อบริษัทเป็นรัฐเดียวกันกับรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทจึงนับเป็นเรื่องภายในรัฐนั้นๆ ทว่าเมื่อคน  
ชาติอังกฤษที่เป็นผู้ถือหุ้นภายในบริษัทดังกล่าวย่อมได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว  
รัฐบาลอังกฤษก็ย่อมประสงค์ที่จะคุ้มครองคนชาติของตนที่ได้รับความเสียหายเพื่อรักษาผลประโยชน์  
แทนคนชาติตน

ในขณะที่สหรัฐอเมริกาก็มีแนวทางปฏิบัติที่กำหนดไว้เป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะ  
เดียวกัน ดังนี้

“หากบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นภายในรัฐ (A domestic corporation) เมื่อ  
บริษัทภายในประเทศที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะโดยตรง  
หรือโดยอ้อม ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่สามารถปรับเป็น  
ความรับผิดของรัฐได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศหากบริษัทนั้น  
เป็นบริษัทต่างชาติ รัฐไม่ต้องรับผิดในกฎหมายระหว่างประเทศ  
สำหรับความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทนั้น แต่รัฐต้องรับผิดต่อความ  
เสียหายที่เกิดแก่คนต่างด้าวตามขอบเขตของผลประโยชน์ที่มีใน  
บริษัทดังกล่าว ถ้า

(เอ) สัดส่วนของหุ้นในบริษัทที่มีนัยสำคัญนั้นถูกถือโดยคนต่างด้าว  
ไม่ว่าจะสัญชาติใดก็ตาม

<sup>82</sup> "The United Kingdom Rules Regarding the Taking up of International Claim by Her Majesty's Government." July  
1983. Rule VI

“Where a UK national has an interest, as a shareholder or otherwise, in a company incorporated in  
another State and of which it is therefore a national, and that State injures the company, HMG may intervene to  
protect the interests of that UK national.”

(บี) รัฐนั้นรู้หรือควรรู้ถึงความเป็นเจ้าของดังกล่าวในขณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท

(ซี) บริษัทไม่ได้รับการชดเชยความเสียหาย

(ดี) เหตุที่ไม่ได้รับการชดเชยนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของคนต่างด้าวหรือผู้ถือหุ้นต่างด้าวคนอื่น ๆ

(อี) ข้อเรียกร้องสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทไม่ได้ถูกละหรือยุติด้วยความสมัครใจของบริษัท”<sup>83</sup>

สำหรับกรณีของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ไปในทิศทางเดียวกันกับกรณีของสหราชอาณาจักรข้างต้น ทว่ามีการกำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขเพิ่มขึ้นในทางกลับกันบทบัญญัตินี้มิได้มุ่งกำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐบาลสหรัฐฯ แต่มุ่งกำหนดให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทต้องรับผิดชอบ โดยบทบัญญัติของสหรัฐฯ นี้กล่าวถึงสถานการณ์ 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก หากรัฐก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทต่างชาติ (alien corporation) รัฐนั้นย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อบริษัทนั้นๆ

กรณีที่สอง หากรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั้นเองย่อมไม่นำมาสู่การเรียกร้องในทางระหว่างประเทศด้วยเหตุที่เป็นเรื่องภายในรัฐ ทว่าหากบริษัทดังกล่าวมีผู้ถือหุ้นต่างชาติเข้าไปลงทุน รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น

<sup>83</sup> “Restatement of the Law Second: Foreign Relations Law of the United States: Responsibility of States for Injuries to Aliens” (American Law Institute), §172

Alien Shareholder of Domestic Corporation,

“When a domestic corporation, in which as alien is directly or indirectly a shareholder, is injured by action attributable to a state that would be wrongful under international law if the corporation were an alien corporation, the state is not responsible under international law for the injury to the corporation. The state is, however, responsible for the consequent injury to the alien to the extent of his interest in the corporation, if

- (a) a significant portion of the stock of the corporation is owned by the alien or other aliens of whatever nationality,
- (b) the state knows or has reason to know of such ownership at the time of the conduct causing the injury to the corporation,
- (c) the corporation fails to obtain reparation for the injury,
- (d) such failure is due to causes over which the aliens or other alien shareholders cannot exercise control and,
- (e) a claim for the injury to the corporation has not been voluntarily waived or settled by the corporation.”

ต่างชาติตามปริมาณความเสียหายที่เกิดแก่ผลประโยชน์ที่มีในบริษัทดังกล่าวตราบเท่าที่มีข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขทั้ง 5 ประการ ดังที่ปรากฏในข้อ (เอ) – (อี)

แนวทางของทั้งสองประเทศเป็นการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อให้คนชาติสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาที่เป็นผู้ถือหุ้นมีสิทธิตามกฎหมายในที่จะได้รับความคุ้มครองและชดเชยความเสียหายที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเป็นผู้ก่อ ทว่าหลักเกณฑ์เหล่านี้แม้จะแสดงถึงแนวปฏิบัติของรัฐในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติตน แต่ก็ยังเป็นเพียงกฎหมายภายในรัฐที่มีได้ส่งผลทางกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศจึงไม่อาจนำมาอ้างอิงกับรัฐอื่นได้ ประเด็นนี้จึงยังคงคลุมเครืออยู่ไม่น้อย แต่ต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินข้อพิพาทที่มีข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทนั่นเอง (Domestic corporation) ในคดี *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* และ คดี *Ahmadou Sadio Diallo* ตามลำดับ โดยพิจารณาถึงปัญหาและสร้างความกระจ่างชัดสำหรับการที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะเข้ามาให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทนั่นเองอันจะกล่าวในบทต่อไปภายใต้หัวข้อ 3.2 และ 3.3

### บทที่ 3

## ข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระหว่างปี ค.ศ. 1970 - 2010 ที่ส่งผลต่อร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ในบริบทของนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น

เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีข้อกำหนดที่ชัดเจนในประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นจึงต้องพิจารณาจากแนวคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวเนื่องกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นอยู่จำนวน 3 คดีด้วยกัน ได้แก่

- คดี The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 1970
- คดี Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) 1989 และ
- คดี Ahmadou Sadio Diallo, 2007 (Preliminary Objection) 2010 (Judgment)

โดยคดี Barcelona Traction และคดี Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) นั้นเป็นคดีที่เกิดขึ้นก่อนมีการจัดทำร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต (Draft Articles on Diplomatic Protection) โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ด้วยเหตุนี้หลักการที่ศาลกล่าวในคดีทั้งสองจึงมีนัยสำคัญต่อการร่างข้อบทดังกล่าวอยู่ไม่น้อย ส่วนคดี Ahmadou Sadio Diallo นั้นเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการจัดทำร่างข้อบทแล้ว ฉะนั้นหลักการที่ปรากฏในร่างข้อบทฯ จึงถูกนำมาอ้างอิงในข้อเรียกร้อง ข้อโต้แย้ง และการพิจารณาของศาลอยู่ไม่น้อย ด้วยเหตุนี้คดีทั้งสามจึงเป็นปรากฏการณ์ที่มีนัยสำคัญต่อหลักกฎหมายว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตทั้งต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น โดยเนื้อหาจากคำตัดสินของศาลคดี Barcelona Traction และคดี Electronica Sicula S.p.A. ได้กลายมาเป็นที่ยอมรับจนปรากฏเป็นร่างข้อบทฯ และการนำร่างข้อบทฯ มาบังคับใช้กับคดี Ahmadou Sadio Diallo อีกด้วย โดยทั้งสามคดีนี้มีข้อเท็จจริงและแนวคำตัดสินดังต่อไปนี้

### 3.1 คดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 1970

#### 3.1.1 ข้อเท็จจริง

ข้อพิพาทนี้เกิดขึ้นระหว่างเบลเยียมกับสเปน โดยมีเหตุดังนี้ บริษัท Barcelona Traction, Light and Power จำกัด เป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1911 ในเมืองโตรอนโต ประเทศแคนาดา ซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการด้านการผลิต พัฒนาระบบไฟฟ้าและแจกจ่ายกระแสไฟฟ้าในเมืองคาตาลันเนีย (Catalonia) ประเทศสเปน บริษัท Barcelona Traction จึงได้ก่อตั้งบริษัทลูกขึ้นอีกหลายบริษัท ได้แก่ บริษัท Ebro Irrigation and Power Company บริษัท Catalonian Land Company, Limited และบริษัท International Utilities Finance Corporation, Limited ซึ่งทั้งสามบริษัทนี้ก่อตั้งขึ้นและมีสำนักงานใหญ่ในประเทศแคนาดา ในขณะที่บริษัทลูกอื่น ๆ ก่อตั้งขึ้นและมีสำนักงานใหญ่ในประเทศสเปน

บริษัท Barcelona Traction ได้ออกพันธบัตรในสกุลเงิน pesetas ซึ่งเป็นสกุลเงินของสเปนในขณะนั้น และสกุลเงิน sterling ซึ่งเป็นสกุลเงินของอังกฤษในขณะนั้น แต่การออกพันธบัตรก็ต้องถูกระงับลงเนื่องจากเกิดสงครามภายในประเทศสเปน

ในปี ค.ศ. 1940 ได้มีการจ่ายดอกเบี้ยพันธบัตรที่ออกเป็นสกุลเงิน pesetas แต่ไม่มีการจ่ายดอกเบี้ยสำหรับพันธบัตรที่ออกเป็นสกุลเงิน sterling เพราะรัฐบาลสเปนกำหนดห้ามมีการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศในขณะนั้น เพราะฉะนั้นผู้ที่ถือพันธบัตรสกุลเงิน sterling ซึ่งเป็นชาวสเปน 3 คน จึงร้องขอต่อศาลภายในของสเปนสั่งให้บริษัท Barcelona Traction ล้มละลาย ซึ่งภายหลังจากที่ศาลออกคำสั่งล้มละลายในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1948 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Interim receiver) ก็ได้ยึดทรัพย์สินของบริษัท Barcelona Traction และทรัพย์สินของบริษัทลูกอีกสองบริษัท เจ้าพนักงานในคดีล้มละลายได้ปลดผู้จัดการของบริษัทลูกทั้งสองของบริษัท Barcelona Traction ออก และแต่งตั้งกรรมการชาวสเปนขึ้นมาดำเนินการแทน ส่วนผู้ร้องชาวสเปนทั้ง 3 คนก็ได้เข้าควบคุมกิจการของบริษัทลูกของบริษัท Barcelona Traction

ต่อมาบริษัท Barcelona Traction และผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลายจึงได้ดำเนินการฟ้องร้องเพื่อคัดค้านคำสั่งศาลที่สั่งให้บริษัท Barcelona Traction ล้มละลายแต่ก็ไม่เกิดผลแต่อย่างใด

ในปี ค.ศ. 1949 ศาลของสเปนได้แต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (trustee) ของบริษัท Barcelona Traction โดยได้ออกหุ้นของบริษัทลูกของบริษัท Barcelona Traction และยกเลิกหุ้นที่อยู่นอกประเทศสเปนทั้งหมดและยังได้โอนสำนักงานใหญ่ของบริษัท Ebro Irrigation and Power Company และบริษัท Catalonian Land Company, Limited ซึ่งเป็นบริษัทลูกที่เดิมที่อยู่โตรอนโตให้มาอยู่ที่เมืองบาเซโลนา ประเทศสเปนแทน

ในปี ค.ศ. 1951 ผู้จัดการทรัพย์สินได้เสนอขายหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูกในรูปแบบของการออกหุ้นใหม่โดยเปิดประมูลขายต่อสาธารณะ โดยผู้ที่ประมูลได้คือบริษัท Fuerzas Eléctricas de Cataluiia, S.A. (Fecsa) ซึ่งบริษัทที่ได้ก่อตั้งขึ้นในสเปนจึงได้เข้ายึดกิจการทั้งหมดของบริษัท Barcelona Traction

เมื่อบริษัทลูกของบริษัท Barcelona Traction ถูกควบคุมกิจการโดยบริษัทสเปนแล้วยังได้มีการฟ้องร้องเพื่อดำเนินคดีในศาลภายในสเปนโดยมีการส่งผู้แทนมาเจรจากับรัฐบาลสเปนแต่ก็ไม่เป็นผลแต่อย่างใด

ผู้ถือหุ้นจำนวน 88% ของหุ้นทั้งหมดซึ่งถือเป็นผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ถือสัญชาติเบลเยียมทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้รับกระทบกระเทือนจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศขององค์กรภายในของสเปน ด้วยเหตุนี้เบลเยียมซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท Barcelona Traction จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศครั้งแรกในวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1958 เพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลสเปนรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อบริษัท Barcelona Traction รวมถึงการกระทำที่นำไปสู่การยึดทรัพย์สินของบริษัทดังกล่าว ซึ่งรัฐบาลสเปนได้คัดค้านคำร้องของรัฐบาลเบลเยียม แต่ต่อมาเบลเยียมได้ยื่นคำร้องเพื่อขอระงับกระบวนการพิจารณาไว้ด้วยเหตุที่ต้องการระงับข้อพิพาทกับสเปนนอกศาลเสียก่อน ศาลจึงได้มีคำสั่งระงับกระบวนการพิจารณาตามคำขอของเบลเยียมลงวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1961

ทว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลระหว่างรัฐบาลเบลเยียมกับสเปนนั้นประสบความล้มเหลว ด้วยเหตุนี้รัฐบาลเบลเยียมจึงได้เสนอคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอีกครั้งหนึ่งในวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 1962 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องความเสียหายที่เป็นผลมาจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศของสเปน ดังจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

### 3.1.2 คำร้อง คำคัดค้าน

เบลเยียมในฐานะรัฐผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอต่อศาล 3 ข้อ คือ

1. ขอให้ศาลตัดสินว่ามาตรการ การกระทำ การตัดสิน และการละเว้นการกระทำของสเปนนั้นขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และสเปนมีพันธกรณีที่จะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายแก่เบลเยียมสำหรับความเสียหายที่คนชาติเบลเยียมได้รับ ทั้งผู้เสียหายที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลในฐานะผู้ถือหุ้นในบริษัท Barcelona Traction
2. ขอให้ศาลตัดสินว่าสเปนจะต้องยับยั้งผลที่สืบเนื่องมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และสเปนมีพันธกรณีที่จะต้องยับยั้งการตัดสินให้บริษัทล้มละลาย รวมไปถึงการกระทำอื่นๆ

ที่ส่งผลกระทบต่อคนชาติเบลเยียม ทั้งผลกระทบทางด้านกฎหมาย และจะต้องจ่ายค่าเสียหายต่อรัฐเบลเยียมด้วยเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดแก่คนชาติเบลเยียม

3. ขอให้ศาลตัดสินว่าสเปนมีพันธกรณีที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายต่อเบลเยียมเป็นมูลค่าเทียบเท่ากับจำนวนหุ้น 88% ในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1948 (จำนวน \$88,600,000) และค่าเสียหายนี้อาจเพิ่มขึ้นตามสภาพแห่งความเสียหายที่คนชาติเบลเยียมได้รับจากผลแห่งการกระทำอันมีลักษณะเป็นการกีดกันสิทธิ และค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นสำหรับการปกป้องสิทธิดังกล่าว<sup>1</sup>

สเปนในฐานะรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดความเสียหายได้ยื่นข้อคัดค้านคำร้องของเบลเยียม 4 ข้อในเบื้องต้นดังนี้

1. เบลเยียมไม่สามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Rules of Court) ข้อ 69(2) นั้นระบุว่า “กระบวนการพิจารณาที่ระงับไปแล้วในศาลจะนำกลับมาฟ้องใหม่อีกครั้งมิได้”

2. แม้ประเด็นในข้อ 1. จะตกไปแต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีนี้ได้

<sup>1</sup> “I. to adjudge and declare that the measures, acts, decisions and omissions of the organs of the Spanish State described in the present Memorial are contrary to international law and that the Spanish State is under an obligation towards Belgium to make reparation for the consequential damage suffered by Belgian nationals, natural and juristic persons, shareholders in Barcelona Traction;

II. to adjudge and declare that this reparation should, as far as possible, annul all the consequences which these acts contrary to international law have had for the said nationals, and that the Spanish State is therefore under an obligation to secure, if possible, the annulment by administrative means of the adjudication in bankruptcy and of the judicial and other acts resulting therefrom, obtaining for the said injured Belgian nationals all the legal effects which should result for them from this annulment; further, to determine the amount of the compensation to be paid by the Spanish State to the Belgian State by reason of all the incidental damage sustained by Belgian nationals as a result of the acts complained of, including the deprivation of enjoyment of rights and the expenses incurred in the defence of their rights;

III. to adjudge and declare, in the event of the annulment of the consequences of the acts complained of proving impossible, that the Spanish State shall be under an obligation to pay to the Belgian State, by way compensation, a sum equivalent to 88 per cent. of the sum of \$88,600,000 arrived at in paragraph 379 of the present Memorial, this compensation to be increased by an amount corresponding to all the incidental damage suffered by the said Belgian nationals as the result of the acts complained of, including the deprivation of enjoyment of rights, expenses incurred in the defence of their rights and the equivalent in principal and interest of the amount of Barcelona Traction bonds held Belgian nationals and of their other claims on the companies in the group which it was not possible to recover owing to the acts complained of”

3. ขอให้ศาลตัดสินว่าคำร้องของเบลเยียมแม้เป็นการเรียกร้องเพื่อปกป้องบริษัท Barcelona Traction หรือแม้ว่าเบลเยียมจะไม่ได้เรียกร้องแทนบริษัท Barcelona Traction แต่เรียกร้องแทนผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียม และผลประโยชน์ของเบลเยียมในบริษัทก็ตาม เบลเยียมก็ยังพิสูจน์ไม่ได้ว่าจำนวนหุ้นทั้งหลายเป็นของผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียม และเกี่ยวพันกับผลประโยชน์ของเบลเยียมในวันที่เกิดความเสียหาย นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่ได้ยอมรับให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเข้ามาเรียกร้องความเสียหายต่อบริษัทที่มีสัญชาติของรัฐที่สาม

4. ขอให้ศาลตัดสินว่ารัฐผู้ร้องยังมีได้ดำเนินการเพื่อแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศสเปนจนถึงที่สุดตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้<sup>2</sup>

จากข้อโต้แย้งของสเปน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของสเปนข้อ 1 และ 2 โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ดังนี้

ศาลให้เหตุผลในการปฏิเสธข้อคัดค้านข้อที่ 1 เนื่องจากศาลไม่อาจสรุปได้ว่าการระงับการพิจารณาคดีนั้นทำให้คดีสิ้นสุดลง เพราะคดีจะสิ้นสุดลงหรือไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของแต่ละคดี ซึ่งในคดีนี้การระงับการพิจารณาคดีในปี ค.ศ. 1961 นั้นก็ไม่ได้เป็นการตัดสิทธิเบลเยียมที่จะเสนอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้

ศาลให้เหตุผลในการปฏิเสธข้อคัดค้านข้อที่ 2 เนื่องจากเบลเยียมได้อ้างข้อ 17(4) แห่งสนธิสัญญาระหว่างสเปนกับเบลเยียมว่าด้วยการไกล่เกลี่ย การระงับข้อพิพาททางศาล และการอนุญาโตตุลาการ (Hispana-Belgian Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration) ซึ่งระบุว่าหากมีข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีให้เสนอข้อพิพาทต่อ ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice; PCIJ) และเบลเยียมยังได้อ้างข้อ 37 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ว่า

<sup>2</sup> “The first was to the effect that the discontinuance, under Article 69, paragraph 2, of the Court's Rules, of previous proceedings relative to the same events in Spain, disentitled the Belgian Government from bringing the present proceedings.

The second was to the effect that even if this was not the case, the Court was not competent, because the necessary jurisdictional basis requiring Spain to submit to the jurisdiction of the Court did not exist.

The third was to the effect that the claim is inadmissible because the Belgian Government lacks any *ius standi* to intervene or make a judicial claim on behalf of Belgian interests in a Canadian Company, assuming that the Belgian character of such interests were established, which is denied by the Spanish Government.

The fourth was to the effect that even if the Belgian Government has the necessary *ius standi*, the claim still remains inadmissible because local remedies in respect of the acts complained of were not exhausted.”



“หากสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่บังคับใช้บัญญัติให้มีรัฐคู่ภาคี  
เสนอเรื่องต่อศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ให้เสนอ  
เรื่องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ได้”

ด้วยเหตุนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงสรุปว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้  
ระหว่างสเปนและเบลเยียม ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงมีเขตอำนาจพิจารณาคดีนี้ได้

ในทางตรงกันข้ามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้รวมข้อคัดค้านข้อที่ 3 และ 4 ที่ว่า “รัฐบาล  
เบลเยียมไม่มีสิทธิเรียกร้องในคดีนี้ (*jus standi*) จากการกระทำที่เกิดแก่บริษัทสัญชาติแคนาดา แม้ผู้  
ถือหุ้นจะเป็นชาวเบลเยียมก็ตาม” และประเด็นที่ว่า “ยังไม่สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหาย  
ภายในสเปน” เข้าไว้ด้วยกันเพื่อนำมาพิจารณาต่อไป<sup>3</sup>

### 3.1.3 คำวินิจฉัยของศาล

วัตถุประสงค์ของข้อเรียกร้องทางฝ่ายเบลเยียมคือต้องการให้มีการเยียวยาความ  
เสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของสเปนอันก่อให้เกิดความ  
เสียหายทั้งต่อบริษัท Barcelona Traction และผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมอีกด้วย ศาลยุติธรรมระหว่าง  
ประเทศจึงได้กำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็นเพื่อพิจารณาว่าเบลเยียมมีสิทธิให้  
ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ที่ถือสัญชาติเบลเยียมหรือไม่โดยอาศัย 1.) หลักกฎหมาย  
ทั่วไป 2.) สถานการณ์พิเศษที่เป็นข้อยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไป และ 3.) ลักษณะข้อเรียกร้องของ  
เบลเยียมว่าเป็นการเรียกร้องแทนคนชาติหรือเรียกร้องในฐานะรัฐ โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ดังต่อไปนี้

#### 3.1.3.1 ประเด็นที่ 1: หากความเสียหายเกิดแก่บริษัท เบลเยียมมีสิทธิเรียกร้อง เพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติเบลเยียมในบริษัทที่ จัดตั้งขึ้นในแคนาดาหรือไม่ตามหลักกฎหมายทั่วไป?

ศาลพบว่าประเด็นปัญหาสำคัญในคดีนี้คือ

“เบลเยียมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติ  
เบลเยียมในบริษัท Barcelona Traction ที่จัดตั้งขึ้นในแคนาดา  
หรือไม่ หากมาตรการที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศและ  
ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดแก่บริษัท แต่มิได้เกิดแก่ผู้ถือหุ้น”<sup>4</sup>

<sup>3</sup> *Barcelona Traction*, (1970). Para 26.

<sup>4</sup> *Ibid.*, para. 32. “it is logical that the Court should first address itself to what was originally presented as the subject-matter of the third preliminary objection: namely the question of the right of Belgium to exercise

โดยข้อเท็จจริงตามคดีนี้มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสามรัฐ คือ

- เบลเยียม : รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่จำนวน 88%
- แคนาดา : รัฐที่บริษัท Barcelona Traction จัดทะเบียนก่อตั้งขึ้น มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่
- สเปน : รัฐที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและก่อความเสียหายต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น

ศาลเห็นว่าการเรียกร้องของรัฐเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนนั้น รัฐดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนนั้นมีสิทธิเรียกร้องโดยมีสาระ 2 ประการที่จะต้องแสดงให้เห็น<sup>5</sup> คือ

ประการแรก : รัฐคู่กรณี (defendant State) ได้ละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อคนชาติของรัฐผู้ร้อง และ

ประการที่สอง : รัฐที่ถูกละเมิดเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้อง

โดยศาลคดี Barcelona Traction ได้อ้างถึงคำกล่าวของศาลในคดี Panevezys-Saldutiskis Railway ที่ว่า

“สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นเป็นของรัฐเจ้าของสัญชาติ(หากไม่มีข้อตกลงใดกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น) ความผูกพันทางสัญชาติระหว่างรัฐกับบุคคลจะบ่งชี้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐ สัญชาติจึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้รัฐนั้นมีสิทธิเรียกร้อง”<sup>6</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

diplomatic protection of Belgian shareholders in a company which is a juristic entity incorporated in Canada, the measures complained of having been taken in relation not to any Belgian national but to the company itself.”

<sup>5</sup> Ibid., para. 35. Also see *The Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion.* , (1949). pp. 181-182.

<sup>6</sup> *Panevezys-Saldutiskis Railway*, (1939). p.16.

"This right is necessarily limited to intervention [by a State] on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged."

ศาลในคดี Barcelona Traction ก็เห็นพ้องตามคำกล่าวข้างต้นที่ว่าหากไม่มีสนธิสัญญาระหว่างรัฐคู่กรณีจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต<sup>7</sup> และกล่าวว่า

“กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับสถานะของ “บริษัท” ว่าเป็นบุคคลที่รัฐได้จัดตั้งขึ้นภายในเขตอำนาจรัฐใดรัฐหนึ่ง ฉะนั้นหากมีประเด็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นและสิทธิต่างๆของรัฐกับการปฏิบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นก็ต้องอ้างอิงถึงกฎหมายภายในของรัฐ เนื่องจากสิทธิเช่นว่านี้ไม่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>8</sup>

สาเหตุที่ศาลต้องอ้างอิงกฎหมายภายในก็เพราะว่า “บริษัท” เป็นตัวแปรสำคัญทางเศรษฐกิจของรัฐ กฎหมายภายในจึงต้องสร้างกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการจัดตั้ง การดำเนินการของบริษัท และสถานะทางกฎหมายทั้งของบริษัทและผู้ถือหุ้น แต่ก็กำหนดให้บริษัทมีสถานะและตัวตนรวมถึงสิทธิทั้งหลายซึ่งรวมถึงทรัพย์สินของบริษัทนั้นแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น<sup>9</sup> ฉะนั้นตราบเท่าที่บริษัทยังคงมีสภาพเป็นนิติบุคคลอยู่ ผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีสิทธิในทรัพย์สินของบริษัท

ทว่าบริษัทเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นจึงมีผู้บริหารเพื่อดำเนินการและประกอบกิจการของบริษัทเพื่อให้ได้ประโยชน์สูงสุดทั้งเพื่อตัวบริษัทเองและเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้นเช่นกัน หากมีข้อพิพาททางกฎหมายเกิดขึ้นต่อบริษัทย่อมเป็นหน้าที่ของผู้แทนบริษัทที่จะต้องดำเนินการ ในขณะที่ผู้ถือหุ้นมิได้อยู่ในสถานะที่จะสามารถดำเนินการทางกฎหมายแทนบริษัทได้ ฉะนั้นผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมจึงมิได้เป็นผู้มีอำนาจดำเนินการทางกฎหมายแทนบริษัท Barcelona Traction แต่อย่างใด

ด้วยเหตุที่ว่าบริษัทและผู้ถือหุ้นมีความสัมพันธ์กันอยู่ไม่น้อยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงมักโต้แย้งว่าการกระทำที่มุ่งต่อบริษัทหรือก่อความเสียหายแก่บริษัทมักส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น เพื่อที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติตน ดังเช่น ข้อกล่าวอ้างของเบลเยียมที่ว่า “มาตรการต่างๆของสเปนไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะก่อให้เกิดความเสียหายทางอ้อมแก่ผู้ถือหุ้นเบลเยียมในบริษัท Barcelona Traction” นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้เห็นว่า

<sup>7</sup> *Barcelona Traction*, (1970). Para. 36.

<sup>8</sup> *Ibid.*, para. 38.

“...international law has had to recognize the corporate entity as an institution created by States in a domain essentially within their domestic jurisdiction. This in turn requires that, whenever legal issues arise concerning the rights of States with regard to the treatment of companies and shareholders, as to which rights international law has not established its own rules, it has to refer to the relevant rules of municipal law.”

<sup>9</sup> *Ibid.*, para. 41.

“ลำพัง ‘ผลประโยชน์’ ของผู้ถือหุ้นที่ถูกกระทบไม่สามารถนำมาสู่ การเรียกร้องเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายได้ หากแต่จะต้อง เป็น ‘สิทธิ’ ที่ถูกระทบ”<sup>10</sup>

ศาลยังคงยึดถือหลักการทั่วไปที่กำหนดให้ตัวตนระหว่างความเป็นบริษัทแยกจาก ความเป็นผู้ถือหุ้น จึงส่งผลให้บริษัทและผู้ถือหุ้นต่างมีสิทธิทางกฎหมายเป็นของตนเอง และแม้ ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะถูกกระทบจากการกระทำละเมิดต่อบริษัท ผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้อง ใดๆ เพราะสิทธิเรียกร้องทางกฎหมายดังกล่าวเป็นสิทธิของบริษัทที่จะต้องดำเนินการผ่านทางผู้แทน บริษัท กล่าวโดยสรุปคือแม้บริษัทกับผู้ถือหุ้นจะได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดเดียวกัน บุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้นที่ถูกละเมิดจึงจะมีสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่ได้รับการยอมรับ ดังนั้นการกระทำใดที่เป็นการละเมิดสิทธิของบริษัทย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นแม้ ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะถูกกระทบจากการกระทำดังกล่าวด้วยก็ตาม

ในทางกลับกันศาลเห็นว่าสถานการณ์อาจเปลี่ยนแปลงไปหาก

“สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายภายในถูกละเมิด อาทิ สิทธิในเงินปันผล สิทธิในการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในการ ประชุมสามัญ สิทธิที่จะได้รับการแบ่งสรรผลประโยชน์เมื่อบริษัท เลิกกิจการ หากสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นเหล่านี้ถูกละเมิด ผู้ถือหุ้น ย่อมมีสิทธิเรียกร้อง”<sup>11</sup>

ทั้งนี้ศาลเน้นย้ำว่าในประเด็นนี้จะต้องแยกแยะให้ตีว่าเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรง ของผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายภายในรับรองไว้ หรือเป็นเพียงผลกระทบทางการเงินที่ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท เพราะสถานการณ์ทั้งสองรูปแบบนี้ส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน

เมื่อศาลได้พิจารณาข้อเรียกร้องของเบลเยียมที่ว่าผลกระทบของสเปนที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายส่งผลให้หุ้นของบริษัท Barcelona Traction นั้นไร้ประโยชน์และทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายอันเป็นเหตุให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายแม้การกระทำจะกระทบต่อ สิทธิโดยตรงของบริษัทก็ตาม ประเด็นนี้จึงนำไปสู่คำถามที่ว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นถือเป็นการละเมิดสิทธิ โดยตรงของผู้ถือหุ้นหรือไม่?

<sup>10</sup> Ibid., para. 46. “Not a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility.”

<sup>11</sup> Ibid., para. 47. “It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual as- sets of the company on liquidation. Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action.”

ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่าวัตถุประสงค์ของรัฐบาลเบลเยียมมิได้ต้องการเรียกร้องในฐานะที่สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นถูกละเมิด<sup>12</sup> เพราะความเสียหายจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทย่อมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บริษัท ไม่ใช่สิทธิของผู้ถือหุ้น<sup>13</sup> เพราะผู้ถือหุ้นมีสิทธิเพียงเท่าที่กฎหมายภายในกำหนดเท่านั้น เบลเยียมซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป

### 3.1.3.2 ประเด็นที่ 2: มีพฤติการณ์พิเศษใดที่ยกเว้นหลักทั่วไปหรือไม่?

เนื่องจากเบลเยียมไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นที่เป็นคนชาติเบลเยียมได้ตามหลักกฎหมายทั่วไป ศาลจึงต้องพิจารณาว่าในคดีนี้มีพฤติการณ์พิเศษอื่นใดที่ส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้แม้ความเสียหายจะเกิดแก่บริษัทหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่ามียกเว้นเพียง 2 กรณี คือ กรณีที่ 1: เมื่อสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทได้สิ้นสุดลง และ กรณีที่ 2: เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถดำเนินการเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบริษัทได้

กรณีที่ 1: สำหรับกรณีแรกที่กำหนดให้บริษัทต้องสิ้นสุดลงเสียก่อน รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ จึงเกิดคำถามที่ว่า

“บริษัท Barcelona Traction สิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลแล้วหรือไม่?”

ศาลพิจารณาตามข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏว่าภายหลังจากที่บริษัท Barcelona Traction ถูกพิทักษ์ทรัพย์ในแคนาดาแต่ก็ยังคงมีสภาพความเป็นบริษัทอยู่ อีกทั้งหุ้นของบริษัทก็ยังคงปรากฏอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ และในขณะเดียวกันบริษัทก็ยังคงสามารถดำเนินการทางศาลในสเปนได้โดยผู้พิทักษ์ทรัพย์และผู้จัดการทรัพย์สินที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาได้ดำเนินการเพื่อปกป้องสิทธิทั้งของบริษัทและผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นมาโดยตลอดจึงถือไม่ได้ว่าบริษัท Barcelona Traction สิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลและไร้ความสามารถที่จะดำเนินการในฐานะบริษัท ทั้งนี้ศาลได้อธิบายไว้ว่า

“เพียงสถานการณ์ทางการเงินที่ขัดข้องไม่อาจถือได้ว่าบริษัทได้สิ้นสุดลง กล่าวคือสถานะของบริษัทตามกฎหมายนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับสถานะทางการเงินของบริษัท มีแต่เพียงกรณีที่บริษัทสิ้นสภาพความเป็นนิติบุคคลเท่านั้นที่ส่งผลให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถได้รับการ

<sup>12</sup> Ibid., para. 49.

<sup>13</sup> Ibid., para. 52.

เยียวยาม่านทางช่องทางของบริษัทได้ ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ผู้ถือหุ้นและรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกร้อง”<sup>14</sup>

ฉะนั้นแม้กิจกรรมของบริษัทจะถูกจำกัดมากขึ้นภายหลังจากการพิทักษ์ทรัพย์ หรือเกิดความไม่คล่องตัวทางการเงิน แต่บริษัทก็ยังคงมีความสามารถตามกฎหมายและมีอำนาจดำเนินการผ่านทางผู้จัดการที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลแคนาดาได้ ด้วยเหตุนี้เบลเยียมซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมได้โดยอาศัยเหตุที่บริษัทได้สิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลลง เพราะตามข้อเท็จจริงนั้นบริษัท Barcelona Traction ยังคงมีสภาพความเป็นนิติบุคคลอยู่เช่นเดิม

กรณีที่ 2: สำหรับกรณีที่สองที่กำหนดไว้สำหรับสถานการณ์ที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถดำเนินการเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบริษัทได้จึงเกิดคำถามที่ว่า

“รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้จริงหรือไม่?”

ทั้งนี้หากปรากฏว่ารัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถคุ้มครองบริษัทได้ก็ย่อมเป็นเหตุอันควรที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองคนชาติของตน จุดนี้จึงก่อให้เกิดคำถามในเบื้องต้นว่าแคนาดาเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction ตามกฎหมายหรือไม่ เพราะวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ว่าด้วย “สัญชาติ”<sup>15</sup> ซึ่งตามหลักทั่วไปรัฐที่จะมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้นั้นต้องเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลหรือบริษัทต่างดาวที่ได้รับความเสียหาย

อย่างไรก็ดีในคดีนี้ไม่มีประเด็นโต้แย้งสัญชาติของบริษัท Barcelona Traction กล่าวคือทุกฝ่ายยอมรับว่าบริษัทดังกล่าวก่อตั้งขึ้นและมีสำนักงานจดทะเบียนในประเทศแคนาดาและอยู่ภายใต้กฎหมายภายในแคนาดาตลอดระยะเวลา 50 ปี แม้กระทั่งบัญชีและหุ้นของบริษัทรวมถึงการจัดประชุมคณะกรรมการและการเสียภาษีก็ล้วนอยู่ในประเทศแคนาดาทั้งสิ้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงถึงความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างแคนาดาและบริษัท Barcelona Traction มาโดยตลอด และความสัมพันธ์นี้ก็ได้ต่อยลงเพียงเพราะบริษัทไปดำเนินธุรกิจในต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่าบริษัท Barcelona Traction มีความเกี่ยวข้องกับประเทศแคนาดาอยู่ไม่น้อย จึงเป็นที่

<sup>14</sup> Ibid., para. 66. “a precarious financial situation cannot be equated with the demise of the corporate entity, which is the hypothesis under consideration: the company's status in law is alone relevant, and not its economic condition, nor even the possibility of its being “practically defunct”-a description on which argument has been based but which lacks all legal precision. Only in the event of the legal demise of the company are the shareholders deprived of the possibility of a remedy available through the company.”

<sup>15</sup> Ibid., para. 70.

ยอมรับว่าเป็นบริษัทสัญชาติแคนาดา<sup>16</sup> แม้กระทั่งเบลเยียมซึ่งเป็นรัฐผู้ร้องก็ยอมรับข้อเท็จจริงตามนี้เช่นเดียวกัน

ทว่าตามบันทึกลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 1948 ปรากฏข้อเท็จจริงว่าตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 เป็นต้นมา รัฐบาลแคนาดาเคยพยายามให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Barcelona Traction จากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศและเบลเยียมเองก็ทราบถึงการดำเนินการดังกล่าวของแคนาดา แต่ต่อมารัฐบาลแคนาดาได้ยุติการให้ความคุ้มครองทางการทูต เนื่องจากเห็นว่าปัญหาดังกล่าวควรยุติลงโดยอาศัยการเจรจา<sup>17</sup> ซึ่งศาลเห็นว่า

“กฎหมายระหว่างประเทศนั้นเปิดช่องทางให้รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตด้วยวิธีใดก็ได้ตามที่เห็นสมควรเพราะเป็นสิทธิของรัฐ”<sup>18</sup>

การที่ศาลกล่าวเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียวว่าจะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนหรือไม่ จะให้ความคุ้มครองเพียงใด และจะยุติการให้ความคุ้มครองเมื่อใด<sup>19</sup> เพราะฉะนั้นการที่แคนาดายุติการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Barcelona Traction ก็ย่อมเป็นสิทธิของแคนาดาแต่เพียงผู้เดียว เพราะไม่มีอะไรมาขัดขวางแคนาดาในการให้หรือไม่ให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Barcelona Traction ได้ ดังนั้นรัฐบาลเบลเยียมจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องต่อศาลเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท Barcelona Traction โดยผ่านทางผู้ถือหุ้นอีก

ด้วยเหตุตามข้อเท็จจริงข้างต้นไม่เข้าข่ายสถานการณ์พิเศษใดเลยจึงส่งผลให้เบลเยียมไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นโดยอาศัยพฤติการณ์พิเศษเหล่านี้ได้

### 3.1.3.3 ประเด็นที่ 3: เบลเยียมเรียกร้องแทนคนชาติหรือเรียกร้องในฐานะรัฐ?

ศาลจะพิจารณาว่าข้อเรียกร้องของเบลเยียมนั้นเรียกร้องแทนคนชาติของตน หรือเรียกร้องในฐานะรัฐซึ่งก็นำมาสู่คำถามที่ว่า “สิทธิที่ถูกละเมิด” นั้นเป็นสิทธิของเบลเยียมเองหรือสิทธิของคนชาติเบลเยียม เพราะผลทางกฎหมายของสองกรณีนี้แตกต่างกันมิใช่น้อย<sup>20</sup> กล่าวคือ รัฐบาล

<sup>16</sup> Ibid., para. 71-72.

<sup>17</sup> Ibid., para. 75-77.

<sup>18</sup> Ibid., para. 78. “that, 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.”

<sup>19</sup> Ibid., para. 79.

<sup>20</sup> Ibid., para. 85-86.

เบลเยียมย่อมมีสิทธิเรียกร้องทันทีเมื่อสิทธิโดยตรงของเบลเยียมถูกละเมิดจากการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศไม่ว่าจะตามสนธิสัญญาหรือตามกฎหมายทั่วไปซึ่งไม่นำมาสู่การให้ความคุ้มครองทางการทูต ในทางกลับกันหากคนชาติเบลเยียมได้รับความเสียหายและสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมแล้วแต่ยังคงไม่ได้รับความยุติธรรมนั้น รัฐบาลเบลเยียมอาจเข้ามาช่วยเหลือโดยเรียกร้องแทนคนชาติที่ได้รับความเสียหายได้ภายใต้กรอบการให้ความคุ้มครองทางการทูต

อย่างไรก็ตามได้มีแนวความคิดที่ว่าหากการลงทุนของคนชาติได้รับความเสียหายนั้นรัฐผู้ส่งออกทุนควรมีสิทธิเรียกร้องในฐานะรัฐด้วยหรือไม่ เพราะการลงทุนถือเป็นทรัพยากรทางเศรษฐกิจของรัฐนั้นโดยตรง ประเด็นนี้ศาลในคดี Barcelona Traction ได้กล่าวว่า

“เมื่อมีการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายต่อบริษัทที่มีเงินลงทุนของต่างชาติ กฎหมายระหว่างประเทศให้อำนาจรัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้นมีสิทธิเรียกร้อง”<sup>21</sup>

ข้อความของศาลข้างต้นเป็นที่ชัดเจนว่าแม้เงินลงทุนจะเป็นส่วนหนึ่งของเศรษฐกิจของรัฐผู้ส่งออกทุน แต่บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการที่เงินลงทุนถูกระทบกระเทือนด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือบุคคลที่เป็นผู้ลงทุน มิใช่รัฐผู้ส่งออกทุน และด้วยนัยของคำว่า “อำนาจรัฐเจ้าของสัญชาติ” อนุมานได้ว่าศาลประสงค์ให้การเรียกร้องดังกล่าวตั้งอยู่ในบริบทของการให้ความคุ้มครองทางการทูตซึ่งเป็นการเรียกร้องแทนคนชาติ มิใช่การเรียกร้องในฐานะรัฐแต่อย่างใด

ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1970 ปฏิเสธคำร้องของเบลเยียมด้วยเหตุที่เบลเยียมไม่มีสิทธิเรียกร้อง (jus stnadi) สำหรับการให้ความคุ้มครองทางการทูต ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยต่อในประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแต่อย่างใด

### 3.1.4 การให้เหตุผลของศาลกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีนี้ คือประเด็นด้านการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด<sup>22</sup> ซึ่งสถานะความเป็นบริษัทกับสถานะความเป็นผู้ถือหุ้นแยกออกจากกัน<sup>23</sup> หากเกิดเหตุการณ์ที่ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นได้รับผลกระทบจากความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท โดยหลักแล้วบริษัทจะต้องเป็นผู้ดำเนินการมิใช่ผู้ถือหุ้น แม้ว่าทั้งบริษัทและผู้ถือหุ้นจะได้รับความเสียหายจากการ

<sup>21</sup> Ibid., para. 88. “where it is a question of an unlawful act committed against a company representing foreign capital, the general rule of international law authorizes the national State of the company alone to make a claim.”

<sup>22</sup> Ibid., p.34. para.40

<sup>23</sup> Ibid., p. 34, para.41



กระทำผิดเดียวกัน แต่สิทธิที่ถูกละเมิดจะต้องเป็นสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง<sup>24</sup> ฉะนั้นการกระทำที่มุ่งกระทบต่อสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นที่จะส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ถือหุ้น นอกเหนือจากการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นแล้วยังมีสถานการณ์อื่นที่ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างชาติในบริษัทประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครองทางการทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติของตน<sup>25</sup> เช่น เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทปฏิเสธการให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือ เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทได้เริ่มดำเนินการให้ความคุ้มครองทางการทูตแล้วแต่มีได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้น (ดังเช่นคดี Barcelona Traction) หรือ เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทและรัฐที่ก่อความเสียหายตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทโดยให้มีการจ่ายค่าเสียหายให้แก่บริษัท แต่ผู้ถือหุ้นต่างชาติเห็นว่าค่าเสียหายนั้นไม่เพียงพอ (insufficient) อย่างไรก็ดีตามศาลเห็นว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็อาจมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้หากเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายหรือมีสถานการณ์พิเศษอื่นๆปรากฏขึ้นในข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

#### 3.1.4.1 สิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นตามหลักกฎหมายทั่วไป

ตามหลักกฎหมายทั่วไปสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในการให้ความคุ้มครองทางการทูตจำกัดอยู่แต่เพียงกรณีที่สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นถูกละเมิด<sup>26</sup> อาทิ สิทธิในเงินปันผล สิทธิในการเข้าร่วม และลงคะแนนเสียงในที่ประชุมสามัญ สิทธิที่จะได้รับการแบ่งสรรผลประโยชน์เมื่อบริษัทเลิกกิจการ ซึ่งในความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ของ Judge Tanaka ท่านได้ยกตัวอย่างสิทธิของผู้ถือหุ้นเพิ่มเติมอีกด้วยว่ารวมถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นส่วนน้อยในการฟ้องร้องผู้จัดการ สิทธิในการโอนย้ายหุ้น และ สิทธิที่จะได้รับใบหุ้น (share certificates)<sup>27</sup> แต่จากข้อเรียกร้องของเบลเยียม<sup>28</sup> ที่ว่า ‘การที่ผู้ถือหุ้นเบลเยียมได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของสเปน จนหุ้นของบริษัท Barcelona Traction ไร้ประโยชน์นั้นส่งผลให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชย แม้การกระทำจะกระทบต่อบริษัทโดยตรงก็ตาม’ จึงนำไปสู่คำถามที่ว่า ‘การกระทำต่อบริษัทที่ส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นด้วยจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น?’

ศาลพยายามชี้ให้เห็นว่าสาระที่นำมาสู่การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นล้วนต้องเป็น ‘สิทธิ’ ตามที่กฎหมายภายในรับรอง ดังเช่นที่ศาลกล่าวไว้ว่า

<sup>24</sup> Ibid., p. 35, para.44

<sup>25</sup> Ibid., para. 97

<sup>26</sup> Ibid., p. 36, para.47

<sup>27</sup> *Barcelona Traction*, (1970). Separate Opinion of Judge Tanaka, p. 125

<sup>28</sup> Ibid., para. 48.

“หากบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บริษัท มิใช่ผู้ถือหุ้น<sup>29</sup> ... เพราะการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นจะต้องพิจารณาที่ ‘สิทธิ’ ที่ถูกละเมิด มิใช่ ‘ผลประโยชน์’<sup>30</sup>”

การที่ศาลกล่าวเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าบริษัทมีสิทธิของบริษัทตามที่กฎหมายภายในกำหนด หากสิทธิของบริษัทถูกละเมิดบริษัทย่อมอยู่ในสถานะผู้มีสิทธิเรียกร้อง ในทางกลับกันผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิของผู้ถือหุ้นเองตามที่กฎหมายภายในกำหนดเช่นกัน หากสิทธิของผู้ถือหุ้นถูกละเมิด รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ย่อมอยู่ในฐานะผู้มีสิทธิเรียกร้อง การที่ศาลได้แจกแจงเช่นนี้ก็เพื่อที่จะอธิบายว่าบริษัทกับผู้ถือหุ้นนั้นมีสิทธิที่แยกจากกัน แต่เนื่องจากข้อกล่าวอ้างของเบลเยียมซึ่งเป็นรัฐผู้ร้องได้ก่อให้เกิดความสับสนเนื่องจากเบลเยียมนำผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นมาปะปนกับสิทธิ ศาลจึงต้องระบุว่า ‘สิทธิ’ ไม่ใช่สิ่งเดียวกันกับ ‘ผลประโยชน์’ ที่ผู้ถือหุ้นสมควรได้รับ ส่วนการละเมิดสิทธิของบริษัทจนเกิดปัญหาทางการเงินภายในบริษัทก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ถือหุ้น แม้ปัญหาทางการเงินนั้นจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น อาทิ มูลค่าหุ้นต่ำลงกว่าเดิม หรือเงินปันผลที่ผู้ถือหุ้นควรจะได้รับน้อยลงก็ตาม อีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ศาลเน้นย้ำว่า “สิทธิและผลประโยชน์มิใช่สิ่งเดียวกัน” เพราะสองสิ่งนี้ส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลใด บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิเรียกร้อง แต่หากเป็นผลประโยชน์ที่ถูกกระทบกระเทือนย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแต่ประการใด ฉะนั้นจึงต้องแยกแยะให้ได้ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น หรือเป็นเพียงปัญหาทางการเงินที่กระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นแก่บริษัท และด้วยเหตุนี้ศาลจึงสรุปว่าวัตถุประสงค์ของรัฐบาลเบลเยียมมิได้ต้องการเรียกร้องในฐานะที่สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น หากแต่เป็นสิทธิของบริษัทที่ถูกละเมิด เบลเยียมจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป<sup>31</sup>

### 3.1.4.2 สิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในสถานการณ์พิเศษ

เมื่อศาลพิจารณาหลักการทั่วไปของกฎหมายภายในที่ระบุสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นแล้ว ศาลจึงได้อธิบายถึงสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อความ

<sup>29</sup> Ibid., para. 52. “In the concrete situation, the company against which allegedly unlawful acts were directed is expressly vested with a right, whereas no such right is specifically provided for the shareholder in respect of those acts.”

<sup>30</sup> Ibid., para. 54. “The Court is of the opinion that, for the purpose of interpreting the general rule of international law concerning diplomatic protection, which is its task, it has no need to determine the meaning of the term interests in the conventional rules, in other words to determine whether by this term the conventional rules refer to rights rather than simple interests.”

<sup>31</sup> Ibid., para. 49.

เสียหายที่เกิดแก่บริษัท รัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐและรัฐที่มีที่ตั้งสำนักงานใหญ่ ภายในอาณาเขตของรัฐนั้นย่อมมีสิทธิเรียกร้อง<sup>32</sup> ในทางกลับกันรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัท กลับไม่มีสิทธิดังกล่าว เพราะศาลยังคงยืนยันที่จะปฏิเสธการใช้เกณฑ์การพิจารณาสัญชาติบริษัท ระหว่างเกิดสงคราม<sup>33</sup> และข้อตกลงต่างๆ<sup>34</sup> ที่กำหนดให้นำหลักการเจาะม่านนิติบุคคล (Lift the Corporate Veil) มาบังคับใช้เพื่ออำนวยความสะดวกแก่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในการให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งศาลเองก็เห็นแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันที่มักมีการจัดทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่างๆ ศาลจึงกล่าวไว้ว่า

“แนวโน้มและพัฒนาการของการให้ความคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันได้มีการสร้างความตกลงต่างๆ เช่นสนธิสัญญาระหว่างรัฐทั้งในรูปแบบทวิภาคีและพหุภาคี ข้อตกลงระหว่างเอกชนผู้ลงทุนกับรัฐที่รับการลงทุน โดยกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจและกระบวนการต่างๆ เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการประติบัติต่อบริษัทผู้ลงทุน”<sup>35</sup>

แม้สนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุน (Investment Treaties) ทั้งในระดับทวิภาคีและระดับพหุภาคี หรือความตกลงต่างๆ จะสร้างกรอบการคุ้มครองผู้ถือหุ้นโดยตรงและเนื้อหาที่สนับสนุนผู้ถือหุ้นให้สามารถเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อตีความสนธิสัญญาดังกล่าวได้ก็ตาม<sup>36</sup> แต่ศาลเล็งเห็นว่ากรณีเหล่านี้ยังคงเป็นเพียงสาระที่เกิดจากสนธิสัญญาที่รัฐสองฝ่ายตกลงกันเท่านั้นจึงมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษ (lex specialis) และยังถือมิได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นได้เป็นการทั่วไป

อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงตามคดีนี้ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป และไม่ปรากฏว่ามีสนธิสัญญาที่ให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นโดยตรง แต่ศาลในคดี Barcelona Traction ก็พยายามหา

<sup>32</sup> Ibid., p.42, para.70 and p.46, para.88

<sup>33</sup> Ibid., p.39, para.60

<sup>34</sup> Ibid., p.39, paras.56-57.

<sup>35</sup> Ibid., p. 47, para.90 “States ever more frequently provide for such protection, in both bilateral and multilateral relations, either by means of special instruments or within the framework of wider economic arrangements. Indeed, whether in the form of multilateral or bilateral treaties between States, or in that of agreements between States and companies, there has since the Second World War been considerable development in the protection of foreign investments. The instruments in question contain provisions as to jurisdiction and procedure in case of disputes concerning the treatment of investing companies by the States in which they invest capital.”

<sup>36</sup> Ibid., p. 40, para.63

ช่องทางที่เปิดให้แก่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสำหรับการให้ความคุ้มครองทางการทูตแม้ความเสียหายจะเกิดแก่บริษัทก็ตาม โดยศาลได้กล่าวไว้ว่า

“ศาลจะพิจารณาว่าในคดีนี้มีสถานการณ์พิเศษอื่นใดที่ไม่นำกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ ซึ่งศาลเห็นว่ามีเพียงแค่ 2 สถานการณ์เท่านั้น คือ เมื่อบริษัทล้มละลาย หรือ เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถดำเนินการเรียกร้องแทนได้”<sup>37</sup>

ศาลได้ระบุสถานการณ์ที่สมควรเปิดช่องให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเข้ามาให้ความคุ้มครองทางการทูตได้โดยจำกัดไว้เพียงสองสถานการณ์ ได้แก่ สถานการณ์แรก คือ เมื่อบริษัทได้ล้มละลาย และ สถานการณ์ที่สอง คือ เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้

สำหรับสถานการณ์แรกที่กำหนดให้บริษัทต้องล้มละลาย หมายถึง สถานการณ์ที่บริษัทไร้ความสามารถในการดำเนินการในฐานะบริษัท หรืออีกนัยหนึ่งคือความเป็นนิติบุคคลของบริษัทได้ล้มละลายซึ่งก็จะต้องเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้น โดยศาลให้เหตุผลว่าบริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลขึ้นได้ก็เพราะมีกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งสถาปนาขึ้น ฉะนั้นเหตุที่จะทำให้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทล้มละลายก็ต้องเป็นเหตุตามที่กฎหมายภายในกำหนดไว้

สำหรับกรณีของบริษัท Barcelona Traction นั้นเมื่อศาลได้วินิจฉัยจากข้อเท็จจริงแล้วจึงพบว่าการที่ศาลแคนาดาออกคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์นั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อความเป็นนิติบุคคลของบริษัท ในทางกลับกันบริษัทยังคงสามารถรักษาสិทธิของบริษัทเองได้ โดยมีผู้พิทักษ์ทรัพย์และผู้จัดการทรัพย์สินที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อเป็นตัวแทนบริษัทภายหลังจากที่มีคำสั่งล้มละลาย นอกจากนี้หุ้นของบริษัท Barcelona Traction ยังคงมีการซื้อขายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งแสดงให้เห็นว่าความเป็นนิติบุคคลของบริษัทยังคงปรากฏอยู่ แม้บริษัทถูกจำกัดสิทธิในการประกอบกิจกรรมต่างๆแต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าความเป็นนิติบุคคลของบริษัทได้ล้มละลาย

สำหรับสถานการณ์ที่สองที่กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นได้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ‘รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้’ ซึ่งผู้พิพากษาในคดี Barcelona Traction บางส่วน ได้แก่ Judge Fitzmaurice<sup>38</sup> Judge Jessup<sup>39</sup> Judge Padilla Nervo<sup>40</sup> และ Judge Gros<sup>41</sup> ก็ล้วนเห็นด้วยกับ

<sup>37</sup> Ibid., para. 64. “The Court will now consider whether there might not be, in the present case, other special circumstances for which the general rule might not take effect. In this connection two particular situations must be studied: the case of the company having ceased to exist and the case of the company’s national State lacking capacity to take action on its behalf.”

<sup>38</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, p.80

<sup>39</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Jessup, p.186

สถานการณ์ดังกล่าว อย่างไรก็ตามเมื่อศาลต้องพิจารณาถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของบริษัทในคดีนี้จึงเกิดประเด็นคำถามที่ว่ารัฐใดคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction

หากยึดหลักการพิจารณาสัญชาติตามคดี Nottebohm<sup>42</sup> ที่ได้กำหนดว่าต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด หรือ Genuine Link ระหว่างบุคคลที่ได้รับความเสียหายกับรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้น หากมีการนำเกณฑ์ด้านสัดส่วนจำนวนผู้ถือหุ้นมาบังคับใช้กับกรณีของบริษัทย่อมส่งผลให้เบลเยียมซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจำนวน 88% อยู่ในสถานะที่ให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้ อันถือได้ว่าเป็นรัฐที่มีความใกล้ชิดกับบริษัท Barcelona Traction และเป็นรัฐที่เหมาะสมที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตรัฐหนึ่ง ทว่าศาลกลับเห็นว่าเกณฑ์การพิจารณาความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด (Genuine Connection) ควรมาใช้เพียงเพื่อชี้แจงน้ำหนักระหว่างรัฐต่างๆที่เกี่ยวข้องว่ารัฐใดมีความผูกพันกับบริษัทมากกว่ากัน<sup>43</sup> ศาลจึงปฏิเสธที่จะกำหนดความสัมพันธ์ของรัฐและบริษัทโดยอาศัยหลัก “การควบคุม” หรือ Control มาบังคับใช้ในคดีนี้เพียงอย่างเดียว เพราะตามข้อเท็จจริงในคดีมีปรากฏความสัมพันธ์อื่นๆที่มีนัยสำคัญระหว่างบริษัท Barcelona Traction กับประเทศแคนาดา ได้แก่ การก่อตั้งบริษัท สำนักงานใหญ่ บัญชี หุ้ การประชุมกรรมการบริษัท และการเสียภาษี ล้วนแต่มีขึ้นในประเทศแคนาดาทั้งสิ้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงทำให้สรุปได้ว่าแคนาดา กับบริษัท Barcelona Traction มีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดระหว่างกันตลอดมา (a close and permanent connection)<sup>44</sup> อีกทั้งรัฐต่างๆแม้กระทั่งเบลเยียมเองก็ยอมรับสถานะของบริษัท Barcelona Traction ว่ามีความใกล้ชิดกับประเทศแคนาดาและถือสัญชาติแคนาดาอีกด้วย<sup>45</sup>

ต่อมาจึงต้องมีการพิสูจน์ว่าแคนาดาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction ไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทดังกล่าวจริงหรือไม่ เพราะหากเป็นเช่นนั้นรัฐบาลเบลเยียมก็ย่อมมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะเข้ามาจัดการเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตน หากแต่ข้อเท็จจริงกลับเป็นไปในทางตรงกันข้าม เพราะรัฐบาลแคนาดาได้เคยพยายามให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Barcelona Traction แล้ว แม้ต่อมาจะยุติการให้ความคุ้มครองก็ตาม ในส่วนนี้ศาลเห็นว่า

<sup>40</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, p.254

<sup>41</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Gros, p.281

<sup>42</sup> Nottebohm, 20 (1955).

<sup>43</sup> Barcelona Traction, (1970). para. 71.

<sup>44</sup> Ibid., p.42, para.71

<sup>45</sup> Ibid., p. 42, para.70-71

“รัฐเจ้าของสัญชาติเป็นผู้ใช้ดุลพินิจว่าสมควรให้ความคุ้มครองหรือไม่ หรือจะให้ความคุ้มครองเพียงใด และจะยุติความคุ้มครองเมื่อใด”<sup>46</sup>

ฉะนั้นการที่แคนาดาได้ดำเนินการให้ความคุ้มครองทางการทูตไม่ว่าจะโดยวิธีใดหรือแม้จะยุติการให้ความคุ้มครองก็ถือได้ว่าแคนาดาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction และอยู่ในสถานะที่สามารถใช้ดุลพินิจเพื่อให้ความคุ้มครอง หรือไม่ให้ความคุ้มครองก็ได้ แต่เมื่อแคนาดาเห็นว่าข้อพิพาทดังกล่าวสมควรยุติลงด้วยการเจรจามากกว่าการให้ความคุ้มครองทางการทูตซึ่งเป็นการยกระดับข้อพิพาทให้เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศและส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างแคนาดา กับสเปนต้องสั่นคลอนก็ย่อมเป็นดุลพินิจของแคนาดาแต่เพียงผู้เดียว

ผู้พิพากษาส่วนใหญ่ในคดีนี้ก็เล็งเห็นว่าแคนาดาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทย่อมมีอิสระในการหาหนทางที่เหมาะสมที่สุดในการปกป้องบริษัทโดยไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผลให้สาธารณชนรับรู้<sup>47</sup> ฉะนั้นหากภายหลังจากที่มีการตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทกับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นยังคงเข้ามาเรียกร้องโดยอาศัยข้อเท็จจริงและข้อเรียกร้องเดิมก็ย่อมขัดกับความมั่นคงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีแก่นสารที่รัฐบาลเบลเยียมจะเข้ามาเรียกร้องต่อศาลเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ถือหุ้นในบริษัท Barcelona Traction อีก เพราะเป็นที่ชัดเจนว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิของแคนาดาในการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Barcelona Traction และแคนาดาก็เคยใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวแล้ว<sup>48</sup>

อย่างไรก็ตามเมื่อสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขพิเศษทั้งสองมิได้ปรากฏเป็นข้อเท็จจริงในคดี เบลเยียมจึงไม่อยู่ในสถานะที่สามารถยกสถานการณ์พิเศษข้างต้นเพื่ออ้างสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติเบลเยียมได้ ทว่าคำพิพากษาของศาลในคดีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลยอมรับว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อความเสียหายเกิดแก่บริษัทในฐานะที่เป็นสิทธิลำดับรองจากสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท<sup>49</sup> กล่าวคือ เฉพาะกรณีที่บริษัทสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลลงและกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทเท่านั้นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต การกำหนดให้สิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเป็นสิทธิลำดับรองนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ 2 ประการ คือ

<sup>46</sup> Ibid., para. 79. “The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease.”

<sup>47</sup> Ibid., para.97.

<sup>48</sup> Ibid., para. 100.

<sup>49</sup> Ibid., para.96.

(1) ศาลเห็นว่าการกำหนดให้ทั้งรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท และรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตพร้อมกันย่อมก่อให้เกิดการแข่งขันระหว่างรัฐทั้งสองประเภท ในทางกลับกันหากกำหนด ‘ลำดับสิทธิ’ ให้รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทที่ได้รับความเสียหายเป็นสิทธิลำดับต้น แต่เมื่อสิทธิลำดับต้นหมดไป รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงจะมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ในฐานะที่เป็นสิทธิลำดับรอง และหากเป็นเช่นนี้ก็ย่อมลดการแข่งขันการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติทั้งสอง

ทว่า Judge Tanaka ผู้พิพากษาท่านหนึ่งซึ่งพิจารณาคดีแสดงความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ไว้ว่า

“กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมิได้มีกฎเกณฑ์ใดที่กีดกันรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นให้ความคุ้มครองต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติตนแม้ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองก็ตาม ดังนั้นเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดลำดับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น ทั้งรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทและผู้ถือหุ้นก็ย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้พร้อมกัน (double protection)”<sup>50</sup>

หากยึดตามแนวทางของ Judge Tanaka ข้างต้นก็จะเป็นการเปิดโอกาสให้เบลเยียมเข้าเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ทันทีโดยมีเงื่อนไขที่ลดลง แต่แนวความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ของผู้พิพากษา Tanaka ก็มีได้ส่งผลกระทบต่อสถานะของเบลเยียมในคดีนี้แต่อย่างใด

(2) ศาลคำนึงถึงปัจจัยด้านสภาพของหุ้นที่สามารถเปลี่ยนมือได้ เมื่อหุ้นถูกเปลี่ยนมือไปย่อมมีบุคคลใหม่เข้ามาถือหุ้นและจำหน่าย จ่าย โอนไปตามเจตนากรรมของผู้ถือหุ้นซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความสับสนและไม่ปลอดภัยทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศหากหุ้นถูกโอนไปยังผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ที่มีสัญชาติต่างกันและทุกรัฐใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองในขณะเดียวกันโดยอ้างความเท่าเทียมกันระหว่างหุ้นที่ถือ กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นจำนวน 1% กับผู้ถือหุ้นจำนวน 90% จากจำนวนหุ้นในบริษัททั้งหมดก็ควรได้รับประโยชน์จากการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยไม่แตกต่างกัน เพราะรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นทุกคนก็อาจประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูต แม้ในทางปฏิบัติรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นส่วนน้อยอาจไม่ประสงค์จะดำเนินคดีเพียงเพื่อผู้ถือหุ้นรายเดียวก็ตาม

<sup>50</sup> *Barcelona Traction*, (1970). Separate Opinion of Judge Tanaka, p.134

ฉะนั้นการสร้างข้อจำกัดสิทธิการให้ความคุ้มครองโดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น นับเป็นการลดความไม่ปลอดภัยและความไม่มั่นคงในทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศระดับหนึ่ง อีกทั้งยังช่วยลดการแข่งขันการให้ความคุ้มครองทางการทูตระหว่างรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทกับผู้ถือหุ้น และลดการแข่งขันระหว่างรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นด้วยกันเองอีกด้วย\_และเมื่อสิทธิในการให้ความคุ้มครองที่ตกเป็นของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสถานะเป็นสิทธิที่ล่าช้าหรือรองจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทปัญหาที่อาจเกิดจากการอ้างสิทธิทับซ้อนกันก็ย่อมลดน้อยลง

### 3.1.4.3 ข้อชี้แนะของศาลกรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

ในเบื้องต้นศาลระบุว่ารัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเท่านั้น มิใช่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่โดยหลักนี้ถือเป็นหลักทั่วไป (General rule) หรือมีเช่นนั้นข้อเท็จจริงจะต้องเป็นสถานการณ์พิเศษ 2 ประการดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อข้างต้น แต่ศาลก็ได้ชี้แนะเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

“ด้วยเหตุแห่งความเสมอภาค (Reasons of Equity) รัฐควรมีสิทธิให้ความคุ้มครองคนชาติของตนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ตกเป็น ผู้เสียหายจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และหากทฤษฎีนี้พัฒนาขึ้นย่อมส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นได้เมื่อรัฐที่ก่อความเสียหายคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั่นเอง”<sup>51</sup>

แม้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนอย่างจำกัด แต่จากคำกล่าวของศาลข้างต้นแสดงให้เห็นว่าศาลเปิดช่องเพื่อให้สิทธิแก่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้เมื่อบริษัทนั้นได้รับความเสียหายจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเอง อันมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์สองฝ่าย กล่าวคือ รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทกับรัฐที่ก่อความเสียหายแก่บริษัทนั้นเป็นรัฐเดียวกัน ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทจะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเอง ฉะนั้นวิธีการเดียวที่จะสามารถให้ความคุ้มครองและเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเสมอภาค (Reasons of equity) คือการ

<sup>51</sup> *Barcelona Traction*, (1970). para. 92.

“..., for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of its nationals, shareholders in a company which has been the victim of a violation of international law. Thus a theory has been developed to the effect that the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company.”



เปิดช่องทางเพื่อให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตได้<sup>52</sup> ซึ่ง Judge Fitzmaurice, Judge Jessup และ Judge Gros ล้วนเห็นว่าในสถานการณ์ที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเป็นรัฐที่ก่อความเสียหายต่อบริษัท<sup>53</sup> รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงสมควรเป็นรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ แต่ข้อชี้แนะดังกล่าวก็มีผู้พิพากษาบางส่วนไม่เห็นด้วย ได้แก่ Judge Morelli<sup>54</sup> Judge Ammoun<sup>55</sup> และ Judge Padilla Nervo<sup>56</sup> โดยเฉพาะ Judge Padilla Nervo เห็นว่าผู้ถือหุ้นทั้งหลายในบริษัทขนาดใหญ่มีใช้กลุ่มที่ต้องการได้รับความคุ้มครองทางการทูต ในทางกลับกันรัฐที่มีสภาพเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าหรือรัฐที่รับการลงทุนนั้นกลับเป็นกลุ่มที่ต้องการความคุ้มครองจากการรุกรานของกลุ่มผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือจากความกดดันทางการทูตจากรัฐบาลที่คอยหนุนหลังผู้ถือหุ้นสัญชาติตนเสียมากกว่า<sup>57</sup>

อย่างไรก็ตามแม้ทฤษฎีข้างต้นที่ว่าด้วยหลักแห่งความเสมอภาค หรือ Reasons of Equity ไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับข้อพิพาทคดี Barcelona Traction นี้ได้เนื่องจากสเปนมิใช่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction แต่จากข้อเท็จจริงและคำตัดสินของศาลในคดีนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐที่มีความแน่นแฟ้นกับบริษัทมากที่สุดและได้รับการยอมรับว่าเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั้นๆ ยังคงเป็นรัฐที่เหมาะสมที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตในสถานการณ์ที่เกิดความเสียหายแก่บริษัทที่สุด มิใช่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นส่วนมากแต่อย่างใด ซึ่งศาลได้แสดงข้อคิดเห็นไว้ดังนี้

ประการแรก - เมื่อผู้ถือหุ้นได้ลงทุนในบริษัทที่ดำเนินธุรกิจในต่างประเทศย่อมอนุมานได้ว่าผู้ถือหุ้นเหล่านั้นยอมรับความเสี่ยงในรูปแบบต่างๆ โดยรวมถึงความเสี่ยงที่บริษัทเหล่านั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองทางการทูต<sup>58</sup> ฉะนั้นผู้ก่อตั้งบริษัทจึงควรคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่ารัฐต่างๆ ย่อมมีอำนาจในการให้ความคุ้มครองทางการทูตและอำนาจที่จะปฏิเสธการใช้สิทธิเช่นว่านั้น เพราะเมื่อก่อตั้งบริษัทขึ้นในต่างประเทศไม่ว่าจะด้วยปัจจัยต่างๆ ทั้งสิทธิพิเศษทางด้านภาษีและสิทธิพิเศษด้านอื่นๆ รัฐผู้รับการลงทุนเสนอให้ ผู้ก่อตั้งก็ย่อมเล็งเห็นผลหรือเล็งเห็นความเสี่ยงที่อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองทางการทูต

ประการที่สอง - ถ้ากฎหมายยอมรับให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ ในขณะที่สภาพความเป็นจริงในบริษัทใหญ่ ผู้ถือหุ้นมักมีสัญชาติที่แตกต่างกัน

<sup>52</sup> Ibid., p. 48, para.92

<sup>53</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, p.72-75 and Judge Jessup, p. 191-194

<sup>54</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Morelli, p.240-241

<sup>55</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Ammoun, p.318

<sup>56</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, p.257

<sup>57</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, p. 248

<sup>58</sup> Ibid., p. 35, para.43 and p.46, paras. 86-87 and p.50 para.99

ยอมส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นแต่ละคนใช้สิทธิเรียกร้องที่ตนมี<sup>59</sup> เพราะหากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นคนหนึ่งมีสิทธิเรียกร้อง รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นคนอื่นๆก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องเช่นเดียวกันอันจะก่อให้เกิดความสับสนและไม่มั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ<sup>60</sup>

จากคำตัดสินของคดี Barcelona Traction ศาลยังคงยึดหลักการตามกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกร้องเฉพาะกรณีผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายเพราะถูกละเมิดสิทธิโดยตรง แต่ศาลก็เล็งเห็นถึงสถานการณ์อื่นๆที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นแม้บริษัทจะเป็นผู้เสียหายก็ตาม คือ เมื่อบริษัทสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย หรือ เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้ หรือเมื่อรัฐที่กระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั่นเอง โดยแนวทางตามคำตัดสินในคดี Barcelona Traction นี้ได้เป็นบรรทัดฐานเบื้องต้นที่นำไปสู่การตัดสินในคดีต่อไปและมีอิทธิพลต่อการจัดทำร่างข้อบ่งชี้ด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นอีกด้วย

### 3.2 คดี Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) 1989

คดี The Elettronica Sicula S.p.A. หรือ ELSI เป็นข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกา (The United States of America) กับอิตาลี (Italian Republic) และได้รับการตัดสินโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1989 ภายหลังจากที่มีคำตัดสินในคดี Barcelona Traction ถึง 20 ปี ทั้งนี้สหรัฐอเมริกาได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยกล่าวอ้างว่ารัฐบาลอิตาลีได้ละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ (The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation; FCN Treaty)<sup>61</sup> และความตกลงเพิ่มเติม (The Supplementary Agreement) ที่ได้ทำขึ้นระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและอิตาลี อันเป็นข้อสัญญาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของชนชาติของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งในการบริหารจัดการธุรกิจของตนภายในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ข้อพิพาทดังกล่าวมีข้อเท็จจริงและประเด็นที่น่าพิจารณาดังต่อไปนี้

#### 3.2.1 ข้อเท็จจริง

บริษัท Elettronica Sicula S.p.A หรือ ELSI เป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นที่เมืองปาแลร์โม (Palermo) เกาะซิซิลี ประเทศอิตาลี ประกอบธุรกิจผลิตชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1966

<sup>59</sup> Ibid., p. 48-49, para.94-96

<sup>60</sup> Ibid., p. 48, paras.94-95

<sup>61</sup> ต่อไปจะเรียกสนธิสัญญานี้ว่า FCN Treaty

ต่อมาในปี ค.ศ. 1967 บริษัท Raytheon ได้เข้ามาถือหุ้นในบริษัท ELSI จำนวน 99.16 % และบริษัท Machlett<sup>62</sup> เข้ามาถือหุ้นที่เหลือจำนวน 0.84 % โดยทั้งสองบริษัทมีสัญชาติอเมริกัน

ระหว่าง ปี ค.ศ. 1964 – 1966 บริษัท ELSI มีกำไร แต่ก็ไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้สินที่มีอยู่ จึงมีการประชุมร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของอิตาลีและเจ้าหน้าที่จากบริษัท เพื่อหาหุ้นส่วนชาวอิตาลีมาร่วมลงทุนแต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จ ดังนั้นบริษัท Raytheon และ Machlett ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท ELSI จึงวางแผนปิดกิจการและชำระบัญชีหนี้สินของบริษัทเพื่อลดความเสียหายและได้ยุติการดำเนินงานในวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1968 แต่ก็ยังคงมีการประชุมกับเจ้าหน้าที่อิตาลีต่อไปโดยที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องการให้มีการปิดโรงงานและปลดคนงานออกแต่อย่างใด

วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1968 The Mayor of Palermo ได้มีคำสั่งยึดกิจการโรงงานของบริษัท ELSI และสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องเป็นระยะเวลา 6 เดือน แต่เนื่องจากบริษัท ELSI ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งยึดดังกล่าวจึงได้อุทธรณ์ทางปกครองต่อ The Prefect of Palermo ในวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1968

ในวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 1968 บริษัท ELSI ได้ยื่นคำร้องขอล้มละลาย ด้วยเหตุผลที่ว่ามาตรการยึดนั้นส่งผลให้บริษัทสูญเสียการควบคุมโรงงานและไม่สามารถใช้ประโยชน์จากเงินทุนได้ และในวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1968 The Tribunale di Palermo ก็มีคำสั่งให้บริษัท ELSI ล้มละลาย

ต่อมาในวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ. 1969 The Prefect of Palermo ยกเลิกคำสั่งยึดโรงงานตามที่บริษัท ELSI เคยอุทธรณ์ไว้ และในวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970 ผู้จัดการทรัพย์สิน (trustee) ได้ร้องขอต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการยึดโรงงานจาก The Acting Minister of the Interior and the Action Mayor of Palermo โดยขอให้ศาลตัดสินว่าจำเลยต้องจ่ายค่าเสียหายจากการยึดโรงงาน เครื่องจักร และอุปกรณ์ต่างๆอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นจำนวนเงิน 2,395,561,600 ลีรา (Lire)<sup>63</sup> และดอกเบี้ย แต่วันที่ 2 กุมภาพันธ์ 1973 The Court of Palermo ได้ยกคำร้องดังกล่าว ผู้จัดการทรัพย์สินจึงได้อุทธรณ์ต่อ The Court of Appeal of Palermo ซึ่งศาลตัดสินให้ Ministry of the Interior การจ่ายค่าเสียหายเป็นจำนวน 114,014,711 ลีราพร้อมดอกเบี้ย แต่ผู้จัดการก็ยังคงยื่นอุทธรณ์ต่อ The Court of Cassation ซึ่งก็ยังคงตัดสินโดยยืนตามคำตัดสินของ The Court of Appeal ดังเดิม<sup>64</sup> ซึ่งศาลอุทธรณ์ของ Palermo ก็ตัดสินให้มีการชดเชยค่าเสียหายสำหรับช่วงเวลาที่ไม่สามารถใช้โรงงานได้ระหว่างถูกยึด และระหว่างปี ค.ศ. 1985 การดำเนินการล้มละลายจึงสิ้นสุดลงแต่ก็ไม่มีส่วนแบ่งเพียงพอสำหรับผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด<sup>65</sup>

<sup>62</sup> บริษัท Machlett เป็นบริษัทในเครือบริษัท Raytheon

<sup>63</sup> สกุลเงินอิตาลีในอดีต

<sup>64</sup> *Electronica Sicula S.P.A.*, (1989). paras. 56-57.

<sup>65</sup> *Ibid.*, paras. 12-45.

สหรัฐอเมริกาในฐานะรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett จึงยื่นข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วยเหตุที่รัฐบาลอิตาลีได้มีคำสั่งยึดโรงงานและทรัพย์สินของบริษัท ELSI ซึ่งแม้เป็นบริษัทสัญชาติอิตาลี แต่หุ้นทั้งหมดภายในบริษัท ELSI นั้นถือโดยบริษัทสัญชาติสหรัฐฯ ทั้งสิ้น ซึ่งก็คือบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ทั้งนี้สหรัฐฯ ได้อ้างว่าการกระทำและการละเว้นการกระทำของอิตาลีเป็นการละเมิดทบบัญญัติใน FCN Treaty 1948 และ The Supplement Agreement ที่ได้ทำขึ้นระหว่างสหรัฐอเมริกาและอิตาลีซึ่งเป็นความเสียหายโดยตรงต่อสหรัฐอเมริกา แต่อิตาลีก็ได้โต้แย้งกลับว่าทางฝ่ายสหรัฐฯ ซึ่งก็คือบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ยังไม่สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการให้ความคุ้มครองทางการทูต ประกอบกับประเด็นที่ว่าไม่มีการละเมิดพันธกรณีดังที่สหรัฐฯ กล่าวอ้างแต่อย่างใด<sup>66</sup> โดยมีคำร้องและข้อคัดค้านดังต่อไปนี้

### 3.2.2 คำร้อง คำคัดค้าน

สหรัฐอเมริกาในฐานะรัฐผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาล 3 ข้อ ดังนี้

1. ขอให้ศาลตัดสินว่ารัฐบาลอิตาลีได้ละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ (The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation; FCN Treaty) ที่ทำขึ้นระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐอิตาลีในปี ค.ศ. 1948 ในบทบัญญัติข้อ III, V และ VII และ ข้อ I และ V ของ ความตกลงเพิ่มเติม (The Supplement Agreement) ซึ่งเป็นข้อบทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคนชาติของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งในการบริหารจัดการธุรกิจภายในดินแดนของรัฐคู่ภาคี ดังนี้

#### - ข้อ III (2)

การกระทำและการละเว้นการกระทำของอิตาลีส่งผลให้บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ไม่สามารถใช้สิทธิในการจัดการ และควบคุมบริษัทอิตาลีได้

#### - ข้อ V (1), (3)

การกระทำและการละเว้นการกระทำของอิตาลีทำให้ความคุ้มครองและความมั่นคงตามสนธิสัญญาและตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่เป็นผล

<sup>66</sup> Ibid, paras. 10-12.

- **ข้อ V (2)**

การกระทำและการละเว้นการกระทำของอิตาลีทำให้ผลประโยชน์ของบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ที่มีในทรัพย์สินหมดไปโดยไม่มีการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม

- **ข้อ VII**

การกระทำและการละเว้นการกระทำของอิตาลีเป็นการปฏิเสธสิทธิของบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ในการจัดการผลประโยชน์และทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้โดยไม่ต้องไปกว่าบริษัทอิตาลี

- **ข้อ I ของความตกลงเพิ่มเติม (Supplement Agreement)**

การปฏิบัติต่อบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett นั้นไม่มีเหตุผลเลือกปฏิบัติและมีลักษณะเป็นการขัดขวางการควบคุมบริษัท ELSI และลดสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมาย

2. อิตาลีจะต้องจ่ายค่าเสียหายต่อสหรัฐอเมริกาตามความเสียหายที่คนชาติสหรัฐฯ ได้รับ อันประกอบด้วยความสูญเสียทางการเงินที่บริษัท Raytheon ได้รับ ค่าใช้จ่ายทั้งปวงที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการทางกฎหมายและความเสียหายทางชื่อเสียง

3. สหรัฐอเมริกาขอให้ศาลรับคำร้องของสหรัฐฯ เนื่องจากคนชาติของตนได้ดำเนินการจนสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายแล้ว

ในฐานะรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดความเสียหายได้ยื่นคำคัดค้านคำร้องของสหรัฐอเมริกา 3 ประการ ดังนี้

1. ศาลไม่อาจรับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาได้เพราะฝ่ายสหรัฐฯยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

2. ไม่มีการละเมิดพันธกรณีตาม ข้อ III (2) ข้อ V (1), (3) ข้อ V (2) ข้อ VII ข้อ I ของความตกลงเพิ่มเติม ดังที่มีสหรัฐอเมริกากล่าวอ้าง

3. แม้จะมีการละเมิดพันธกรณีแต่การละเมิดดังกล่าวก็ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแต่ประการใด<sup>67</sup>

### 3.2.3 คำวินิจฉัยของศาล

จากประเด็นข้อเรียกร้องและข้อคัดค้านของฝ่ายรัฐบาลสหรัฐอเมริกาและฝ่ายรัฐบาลอิตาลีนั้น ศาลจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาอยู่ 3 ประเด็นด้วยกัน ได้แก่ ประเด็นที่ 1 ข้อพิพาทในคดีนี้ต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายมาบังคับใช้หรือไม่ ประเด็นที่ 2 บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลีแล้วหรือยัง ประเด็นที่ 3 อิตาลีได้ละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้าและการเดินเรือระหว่างประเทศ (FCN Treaty) ที่ทำขึ้นกับสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ทั้งสามประเด็นมีเนื้อหาและสาระดังต่อไปนี้

#### 3.2.3.1 ประเด็นที่ 1: ข้อพิพาทในคดีนี้ต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายมาบังคับใช้หรือไม่?

จากข้อโต้แย้งของอิตาลีในข้อแรกที่ว่าบริษัททั้งสองของสหรัฐอเมริกาซึ่งก็คือบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ที่ถือหุ้นของบริษัท ELSI ยังไม่สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในนั้น สหรัฐอเมริกาจึงตั้งคำถามในประเด็นนี้ว่าข้อพิพาทนี้จะต้องนำหลักการการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้หรือไม่ เพราะตามข้อ XXVI<sup>68</sup> ว่าด้วยเขตอำนาจศาลของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศไม่ปรากฏข้อความใดเกี่ยวกับหลักการเยียวยาความเสียหายภายในแม้แต่น้อย สหรัฐฯ เห็นว่าหากต้องการให้มีการนำหลักการ

<sup>67</sup> "A. To adjudge and declare that the Application filed on 6 February 1987 by the United States Government is inadmissible because local remedies have not been exhausted.

B. If not, to adjudge and declare:

(1) that Article III of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of 2 February 1948 has not been violated;

(2) that Article V, paragraphs 1 and 3, of the Treaty has not been violated;

(3) that Article V, paragraph 2, of the Treaty, and the related provisions of the Protocol to the Treaty, have not been violated;

(4) that Article VI1 of the Treaty has not been violated;

(5) that Article 1 of the Supplementary Agreement of 26 September 1951 has not been violated; and

(6) that no other Article of the Treaty or the Supplementary Agreement has been violated.

C. On a subsidiary and alternative basis only: to adjudge and declare that, even if there had been a violation of obligations under the Treaty or the Supplementary Agreement, such violation caused no injury for which the payment of any indemnity would be justified.

<sup>68</sup> "Any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or the application of this Treaty, which the High Contracting Parties shall not satisfactorily adjust by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties shall agree to settlement by some other pacific means."

สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้ตามเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองทางการทูต ย่อมต้องมีการใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนดังที่ปรากฏใน Economic Co-operation Agreement ที่ทำขึ้นระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลีในปี ค.ศ. 1948 สำหรับประเด็นนี้ศาลยอมรับว่ารัฐภาคีสามารถทำ ความตกลงกันเพื่อไม่นำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้ได้ แต่เนื่องจากหลักดังกล่าว เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญจึงไม่สามารถถูกละเว้นได้เพียงเพราะไม่ได้เขียนระบุไว้ อย่างชัดเจนดังที่สหรัฐากล่าวอ้าง ศาลจึงปฏิเสธข้อโต้แย้งของสหรัฐฯ ในประเด็นนี้<sup>69</sup>

ต่อมาสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายนั้นไม่นำมาใช้ในกรณีนี้เนื่องจากสหรัฐฯ เรียกร้องในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสิทธิของสหรัฐฯ เองที่ถูกละเมิด สหรัฐฯ จึงมีสิทธิ เรียกร้องได้ทันที ทว่าศาลไม่พบว่าการละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่าง ประเทศตามข้อที่สหรัฐากล่าวอ้างนั้นก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงต่อสหรัฐฯ แต่ศาลเห็นว่าเป็น การเรียกร้องแทนบริษัทสัญชาติสหรัฐฯ ทั้งสอง ได้แก่ Raytheon และบริษัท Machlett ดังที่ตัวแทน ของฝ่ายสหรัฐฯ ได้กล่าวต่อศาลว่า

“สหรัฐอเมริกาประสงค์จะเรียกร้องเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett”<sup>70</sup>

ทั้งนี้ศาลได้อ้างอิงคำกล่าวในคดี Interhandel Case ที่ว่า

“การละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาใช้บังคับ แต่หากเป็น ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตก็ย่อมต้อง นำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้เสมอ”<sup>71</sup>

ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองบริษัท Raytheon กับบริษัท Machlett ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นสัญชาติสหรัฐฯ ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำ ของอิตาลีนั้นนับเป็นความเสียหายที่เกิดแก่คนชาติสหรัฐฯ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นว่าต้องนำหลักการ

<sup>69</sup> *Electronica Sicula S.P.A.*, (1989). para. 50.

<sup>70</sup> *Ibid.*, para. 51. "the United States seeks reparation for injuries suffered by Raytheon and Machlett."

<sup>71</sup> *Ibid.*, para. 52. "case its "principal sub- mission" was in respect of a "direct breach of international law" and therefore not subject to the local remedies rule, the Court, having analysed that "principal submission", found that it was bound up with the diplomatic protection claim, and that the Applicant's arguments "do not deprive the dispute ... of the character of a dispute in which the Swiss Government appears as having adopted the cause of its national . . ." Also see *The Interhandel Case*, (1959). p.28

สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้ในคดีนี้และศาลจะพิจารณาต่อไปในประเด็นที่ว่าบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายตามเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองทางการทูตแล้วหรือยัง<sup>72</sup>

### 3.2.3.2 ประเด็นที่ 2: บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลีแล้วหรือยัง?

เบื้องต้นเมื่อศาลพบว่าต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายมาบังคับใช้ในคดีนี้ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือบริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกาทั้งสอง ได้แก่ บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท ELSI นั้นสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลีแล้วหรือยัง เพราะความเสียหายที่นำมาสู่การเรียกร้องในคดีนี้เกิดจากบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ได้รับผลกระทบจากคำสั่งยึดโรงงานอันเป็นเหตุให้บริษัท ELSI ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของตนเองตามที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้าง รวมถึงความล้มเหลวที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากองค์กรของอิตาลีไม่ว่าจะเป็นประเด็นความชอบธรรมของคำสั่งยึดโรงงาน และทรัพย์สินต่างๆ ทั้งที่บริษัท ELSI ได้ดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งยึดดังกล่าวต่อ The Prefect และเมื่อบริษัท ELSI ล้มละลายก็ได้มีการแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (trustee) เพื่อดำเนินการแทนบริษัทและเรียกร้องต่อ The Prefect ซึ่งก็ไม่ประสบผลสำเร็จ ผู้จัดการทรัพย์สินจึงได้อุทธรณ์ต่อ The Mayor และ The President ของอิตาลี แต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จอีกเช่นกัน

อย่างไรก็ตามคำถามที่เกิดขึ้นคือบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett จะต้องดำเนินการภายในศาลอิตาลีอีกหรือไม่ เพราะบริษัททั้งสองเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันที่ถือหุ้นในบริษัท ELSI และได้รับความเสียหายจากการที่บริษัท ELSI ถูกยึดทรัพย์สิน แต่ผู้จัดการทรัพย์สินของบริษัท ELSI ก็ได้ดำเนินการเรียกร้องทางศาลภายในอิตาลีเป็นที่เรียบร้อยแล้ว<sup>73</sup> จึงเป็นภาระการพิสูจน์ของอิตาลีที่จะต้องนำสืบว่าสหรัฐอเมริกายังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลี ซึ่งอิตาลียังไม่เคยนำสืบในประเด็นนี้ อิตาลีอ้างแต่เพียงว่าบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett สามารถดำเนินการภายในศาลอิตาลีได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของอิตาลี มาตรา 2043 ที่กำหนดว่า “การกระทำใดที่ไม่ว่าก่อกวนโดยเจตนาหรือไม่ แต่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออีกคนหนึ่งสามารถอนุมานได้ว่าผู้กระทำผิดมีพันธกรณีในการจ่ายค่าเสียหายต่อความเสียหายเหล่านั้น”

อิตาลีอ้างว่าบทบัญญัติในข้อนี้บุคคลธรรมดาไม่นำมาอ้างอิงต่อศาลอิตาลีและมักได้รับค่าชดเชยที่เหมาะสม เพราะฉะนั้นถ้าบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ได้รับความเสียหายจากการละเมิดของหน่วยงานอิตาลีไม่ว่าจะเป็นการละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และ

<sup>72</sup> Ibid., para. 55.

<sup>73</sup> Ibid., para. 60.



การเดินทางระหว่างประเทศหรือความตกลงเพิ่มเติมก็ตาม ก็ต้องเรียกร้องโดยอาศัยมาตรานี้ขึ้นสู่ศาลภายในอิตาลี ศาลอิตาลีย่อมมีหน้าที่สรุปว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำผิดตามมาตรา 2043 หรือไม่อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของอิตาลีที่จะยึดเอาแต่เพียงการอนุমানเอาจากทัศนคติของศาลอิตาลีที่อาจมีขึ้นหากบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ยกข้อเรียกร้องนั้นขึ้นสู่ศาลภายในโดยอาศัยบทบัญญัติดังกล่าว

ด้วยเหตุดังกล่าวคดีนี้จึงเป็นหน้าที่ของอิตาลีที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ายังมีหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลีที่เปิดช่องให้แก่ผู้ถือหุ้นสหรัฐอเมริกาแต่ยังไม่ได้ดำเนินการจนหมดสิ้น แต่อิตาลีก็ได้พิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลได้ได้ว่ามีหนทางอื่นใดที่บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ยังไม่ได้ดำเนินการเพื่อหาหนทางเยียวยา<sup>74</sup> ฉะนั้นเมื่ออิตาลีบกพร่องในการนำสืบประเด็นนี้ศาลจึงต้องพิจารณาในรายละเอียดอื่นๆที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องต่อไป

### 3.2.3.3 ประเด็นที่ 3: อิตาลีได้ละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้าและการเดินทางระหว่างประเทศ (FCN Treaty) ที่ทำขึ้นกับสหรัฐอเมริกาหรือไม่?

จากข้อเรียกร้องของฝ่ายสหรัฐที่ว่า

“(1) รัฐคู่ความได้ละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายตาม ข้อ III, V และ VII ของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินทางระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลี และ ข้อ I ของข้อตกลงเพิ่มเติม”

ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเนื้อหาภายในสนธิสัญญาดังกล่าวและข้อตกลงเพิ่มเติมว่ามีการละเมิดพันธกรณีจริงตามข้อกล่าวอ้างของสหรัฐฯ หรือไม่ ทั้งนี้สหรัฐฯ ได้ระบุการกระทำของรัฐคู่กรณีที่ถูกล่ามว่าละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาไว้ 4 ประการดังนี้<sup>75</sup>

**ประการแรก :** อิตาลีละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายเมื่อยึดโรงงานของบริษัท ELSI โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในวันที่ 1 เมษายน 1968 อันเป็นการปฏิเสธมิให้ผู้ถือหุ้นของบริษัท ELSI ได้รับชำระหนี้สินตามลำดับสิทธิ

<sup>74</sup> Ibid., para. 63

<sup>75</sup> Ibid., para. 65.

ประการที่สอง: อิตาลีละเมิดพันธกรณีเมื่ออนุญาตให้คนงานในบริษัท ELSI ยึดโรงงาน

ประการที่สาม: อิตาลีละเมิดพันธกรณีเมื่อมีการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการยึดโรงงาน ELSI เป็นระยะเวลาถึง 16 เดือนอันถือเป็นกระบวนการที่ล่าช้าเกินสมควร

ประการที่สี่: อิตาลีละเมิดพันธกรณีเพราะแทรกแซงกระบวนการล้มละลายของบริษัท ELSI จนทำให้มูลค่าของ ELSI มีราคาต่ำกว่ามูลค่าตลาดที่แท้จริง

ทั้งนี้การกระทำที่สำคัญที่สุดของอิตาลีซึ่งสหรัฐอเมริกาเรียกร้องว่าเป็นการละเมิดสนธิสัญญานั้นคือการที่ the Mayor of Palermo ยึดโรงงานของบริษัท ELSI ในวันที่ 1 เมษายน 1968 อย่างไรก็ตามศาลจึงจำเป็นต้องเริ่มพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างข้อเรียกร้องว่าคำสั่งยึดเป็นการละเมิด ข้อ III ของ FCN Treaty หรือไม่ เพราะวรรคแรกของ Article III กำหนดสิทธิของคนชาติอัครภาคีที่ดำเนินงานอยู่ในบริษัทของรัฐอัครภาคีอีกรัฐหนึ่งจะต้องได้รับการปฏิบัติไม่แตกต่างจากคนชาติของรัฐภาคีและจะต้องไม่ด้อยไปกว่ามาตรฐานที่กำหนดไว้ ส่วนวรรคสองก็มีความสำคัญต่อข้อเรียกร้องของรัฐผู้ร้องดังต่อไปนี้

“คนชาติ บริษัท และสมาคมต่างๆของรัฐอัครภาคีจะต้องได้รับการยอมรับจากรัฐอัครภาคีอีกฝ่ายให้สามารถบริหาร จัดการ และควบคุมบริษัทดังกล่าวได้ทั้งด้านการโฆษณา การผลิต การดำเนินการ การชุดแร่ การศึกษา การกุศล ศาสนา และกิจกรรมทางวิทยาศาสตร์ บริษัทและสมาคมต่างๆที่ถูกควบคุมโดยคนชาติหรือบริษัท หรือโดยสมาคมของรัฐอัครภาคีอีกฝ่าย และได้รับการจัดตั้งและจัดการภายใต้กฎหมายของรัฐอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องดำเนินการตามสิทธิข้างต้นโดยสอดคล้องกับกฎหมายภายใน”<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Ibid., para. 68. Article III Paragraph 2

"The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall be permitted, in conformity with the applicable laws and regulations within the territories of the other High Contracting Party, to organize, control and manage corporations and associations of such other High Contracting Party for engaging in commercial, manufacturing, processing, mining, educational, philanthropic, religious and scientific activities. Corporations and associations, controlled by nationals, corporations and associations of either High Contracting Party and created or organized under the applicable laws and regulations within the territories of the other High

บทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett มีอำนาจตามกฎหมายอิตาลีในการบริหาร ควบคุม และจัดการบริษัท ELSI โดยข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ มุ่งไปที่สิทธิในการ “ควบคุมและจัดการ” ของผู้ถือหุ้น ส่วนสิทธิในการบริหารนั้นเป็นสิทธิของบริษัทจึงอยู่นอกเหนือจากประเด็นที่สหรัฐฯ กล่าวอ้าง ด้วยเหตุนี้จึงเกิดคำถามว่าการยึดดังกล่าวเป็นการกีดกันสิทธิของบริษัท ELSI ในการขายโรงงานและสินทรัพย์เพื่อนำมาชำระหนี้และให้ผู้ถือหุ้นและถือเป็นการละเมิดบทบัญญัติตามที่สหรัฐฯ กล่าวอ้างว่าหรือไม่<sup>77</sup> และหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการยึดมีลักษณะเป็นการกีดกันสิทธิของบริษัท Raytheon ในการควบคุมและจัดการบริษัท ELSI เป็นระยะเวลาถึง 6 เดือนจึงเกิดคำถามต่อมาว่าการยึดดังกล่าวสอดคล้องกับข้อ III วรรค 2 ของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศหรือไม่

ในประเด็นนี้อิตาลีโต้แย้งว่าการยึดไม่ส่งผลกระทบต่อ การควบคุมของผู้ถือหุ้นในบริษัทเพียงแต่กระทบการจัดการทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น ส่วนคำว่า “โดยสอดคล้องกับกฎหมายภายใน” ในวรรคสอง ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คนชาติสหรัฐฯ มีสิทธิควบคุมและจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติอื่นๆ ในบริษัทอิตาลี ฉะนั้นการยึดดังกล่าวจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดีศาลเห็นว่าแม้การกระทำจะถูกต้องตามกฎหมายภายในแต่ก็อาจเป็นการละเมิดตาม FCN Treaty ได้เช่นกัน<sup>78</sup> จึงเกิดคำถามต่อมาคือการยึดดังกล่าวแม้ชอบธรรมตามกฎหมายภายในแต่ถือเป็นการละเมิดข้อ III วรรค 2 ด้วยหรือไม่ เพราะการปฏิบัติตามกฎหมายภายในกับการปฏิบัติตาม FCN Treaty เป็นคนละประเด็นกันจึงเป็นไปได้หรือไม่ว่าสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายภายในอาจเป็นการละเมิดสนธิสัญญา ส่วนสิ่งที่สอดคล้องกับสนธิสัญญาอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน ดังนั้น แม้คำสั่งยึดของ The Prefect จะชอบธรรมตามกฎหมายอิตาลีแต่ก็อาจขัดกับสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศได้เช่นกัน

ศาลเล็งเห็นว่าแม้จะมีการกระทำที่เข้าข่ายละเมิดสิทธิในการควบคุมและจัดการตามสนธิสัญญาหรือไม่ก็ตาม แต่สิ่งที่สำคัญคือเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศคือเพื่อคุ้มครองสิทธิ ถึงกระนั้นสนธิสัญญาก็ยังไม่ใช่หลักประกันว่าสิทธิการควบคุมและสิทธิการจัดการจะไม่ถูกรบกวน<sup>79</sup> เพราะตามข้อเท็จจริงมักมีการแทรกแซงทางการใช้สิทธิอยู่ไม่น้อย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงได้พิจารณาจากเหตุผลที่ปรากฏอยู่ในคำตัดสินของ The

---

Contracting Party, shall be permitted to engage in the aforementioned activities therein, in conformity with the applicable laws and regulations, upon terms no less favorable than those now or hereafter accorded to corporations and associations of such other High Contracting Party controlled by its own nationals, corporations and associations."

<sup>77</sup> Ibid., para. 69.

<sup>78</sup> Ibid., paras. 71-72.

<sup>79</sup> Ibid., para. 74.

Prefect ที่ว่า The Mayor มีอำนาจทางกฎหมายในการออกคำสั่งยึดเมื่อมีความจำเป็นทาง สาธารณประโยชน์อย่างใหญ่หลวง (Grave Public Necessity) โดยที่ความจำเป็นนั้นมิอาจ คาดการณ์ล่วงหน้าได้ (Unforeseen Urgency) ซึ่ง The Prefect เห็นว่าข้อเท็จจริงในขณะนั้น เข้าเกณฑ์ของสองกรณี ในทางตรงกันข้าม The Court of Appeal of Palermo เห็นว่าการยึด ดังกล่าวกระทำเกินอำนาจจึงนับเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารและย่อมไม่ สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศหากเป็นการละเมิดสิทธิในการควบคุมและจัดการของบริษัทจึง อาจเป็นการละเมิดข้อ III วรรค 2 ได้

ต่อมาอิตาลีก็อ้างว่าปัญหาทางการเงินของบริษัท ELSI นั้นทำให้บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ไม่มีสิทธิในการควบคุมและจัดการแล้ว ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าอะไรที่ส่งผล กระทบต่อสถานะทางการเงินของบริษัท ELSI แล้วจึงค่อยมาพิจารณากฎหมายอิตาลี เพราะหากการ ที่บริษัท ELSI ต้องล้มละลายตามกฎหมายในวันที่ 31 มีนาคม 1968 ย่อมหมายความว่าสิทธิในการ ควบคุมและการจัดการบริษัทย่อมไม่อยู่ภายในบริบทของการคุ้มครองตามสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามประเด็นการล้มละลายของบริษัท ELSI ก็ได้ กลายมาเป็นประเด็นสำคัญทางกฎหมายอิตาลี เนื่องจากอิตาลีโต้แย้งว่าก่อนการยึดนั้น บริษัท ELSI ล้มละลายในลักษณะที่ความรับผิดชอบของบริษัทนั้นสูงกว่ามูลค่าสินทรัพย์

ศาลได้พิจารณาในประเด็นนี้โดยคำตัดสินของ The Court of Palermo ที่ชี้ให้เห็น ว่าปัญหาด้านสถานะทางการเงินของบริษัทนั้นมีขึ้นเสียก่อนที่จะมีคำสั่งยึดออกมา ดังนี้

“ในวันที่ 31 มีนาคม 1968 โรงงานของบริษัท ELSI หยุด ดำเนินการหมดทั้งสิ้นตามคำวินิจฉัยขององค์กรผู้มอำนาจในบริษัท ELSI ซึ่งได้ตัดสินว่าในกรณีที่ไม่มีหนทางอื่นใดที่จะทำให้บริษัทได้ กำไร วิธีการที่ดีที่สุดก็คือยุติการผลิต”<sup>80</sup>

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของ The Court of Appeal of Palermo ที่ว่าบริษัท ELSI นั้นล้มละลายก่อนที่จะมีคำสั่งยึด และหากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่ The Court of Appeal of Palermo วินิจฉัย ก็ย่อมแปลว่าการล้มละลายของบริษัท ELSI มิได้เป็นผลมาจากคำสั่งยึด กล่าวคือ การยึดนั้นมิได้กระทบหรือเปลี่ยนแปลงสิ่งใดในบริษัท ELSI เลย จึงไม่สามารถสรุปได้ว่าการยึดนั้นคือ เหตุที่นำไปสู่การละเมิดการควบคุมและจัดการ ดังนั้นศาลจึงไม่เห็นว่ามีกรกระทำใดขององค์กร อิตาลี่ที่เข้าข่ายละเมิดข้อ III วรรค 2 ของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่าง ประเทศ<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Ibid., para. 97.

<sup>81</sup> Ibid., para. 101.

นอกจากนี้สหรัฐได้ยื่นข้อเรียกร้องสองประการที่เกี่ยวข้องกับข้อ V ของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ 1.) ข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับวรรค 1 และ 3 ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงของคนชาติและทรัพย์สินของคนชาติ และ 2.) ข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนทรัพย์สินเป็นของรัฐ ศาลจึงต้องพิจารณาเนื้อหาในบทบัญญัติดังต่อไปนี้

ข้อ 5 วรรค 1 ความว่า

“1. คนชาติของรัฐอัครภาคีฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความคุ้มครองและความมั่นคง ทั้งตัวบุคคลและทรัพย์สินในดินแดนของรัฐอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่งตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ หากบุคคลดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมจะต้องนำตัวขึ้นศาลในทันที และต้องได้รับสิทธิและประโยชน์ทั้งปวงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมและเป็นไปตามหลักมนุษยธรรม อย่างไรก็ตามคำว่า “คนชาติ” ในวรรคนี้หมายรวมถึงทรัพย์สิน บริษัท และสมาคมต่างๆ”

ข้อ 5 วรรค 3

“คนชาติ บริษัท และสมาคมของรัฐอัครภาคีฝ่ายหนึ่งจะต้องได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงจากรัฐอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่งตามที่ปรากฏใน วรรค 1 และ 2 ของบทบัญญัตินี้ ซึ่งความคุ้มครองและความมั่นคงจะต้องไม่ด้อยไปกว่าคนชาติ บริษัท และสมาคมของรัฐภาคีอื่นใด และหากมีการเวนคืนบริษัทเอกชนที่มีนัยสำคัญในรัฐอัครภาคีดังกล่าวเพื่อประโยชน์สาธารณะ การกระทำดังกล่าวต้องไม่ต่างไปจากการกระทำต่อคนชาติ บริษัท หรือสมาคมอื่นใดที่มีลักษณะใกล้เคียงกับของรัฐอื่นใด”

ปัญหาเกิดขึ้นเมื่ออิตาลีอ้างว่าข้อ V วรรค 1 และ 3 เป็นการประกันความคุ้มครองและความมั่นคงของทรัพย์สินของบริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกาในอิตาลี ซึ่งโรงงานในเมือง Palermo ที่สหรัฐฯ อ้างว่าอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศนั้นเป็นโรงงานของบริษัท ELSI ซึ่งบริษัท ELSI ก็มีสัญชาติอิตาลี ซึ่งสหรัฐฯ เห็นว่า ‘ทรัพย์สินของบริษัท Raytheon และ Machlett ในอิตาลี คือบริษัท ELSI’ ดังนั้นอิตาลีจึงมีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองบริษัท ELSI จากการถูกยึด แต่ก็มีข้อสงสัยว่า คำว่า “ทรัพย์สิน” ตามข้อ V วรรค 1 มีความหมายเหนือไปกว่าหุ้น แล้วครอบคลุมไปจนถึงบริษัทหรือทรัพย์สินของบริษัทหรือไม่ แต่ศาล

พิจารณาประเด็นที่ว่า “ทรัพย์สิน” ที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้ของสนธิสัญญาทางไมตรีการค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศนั้นคือบริษัท ELSI ไม่ใช่ ทรัพย์สินและอุปกรณ์ที่เป็นสาระแห่งการยึดในครั้งนี้

ส่วนความตามข้อ V ที่ว่าด้วย “ความคุ้มครองและความมั่นคง” นั้นไม่ได้เป็นหลักประกันว่าทรัพย์สินทั้งหลายจะไม่ได้ถูกรบกวน ถึงกระนั้นศาลเห็นว่าหน้าที่ขององค์กรรัฐคือต้อง ‘คุ้มครองและให้ความมั่นคงตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด’ (the full protection and security required by International Law) หรือไม่ด้อยไปกว่าคนชาติของคนชาติอิตาลีหรือคนชาติรัฐอื่นๆ ส่วนประเด็นที่ว่ากฎหมายภายในของอิตาลีและการบังคับใช้กฎหมายประติบัติต่อคนชาติสหรัฐาด้อยไปกว่าคนชาติอิตาลีหรือไม่ ศาลไม่พบว่ากฎหมายภายในของอิตาลีและการบังคับใช้กฎหมายประติบัติต่อคนชาติสหรัฐาด้อยไปกว่าคนชาติอิตาลีเลย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงปฏิเสธข้อกล่าวหาที่ว่ามีการละเมิดข้อ V วรรค 1 และ 3<sup>82</sup>

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามีการละเมิดข้อ V วรรค 1 และ 3 ของสนธิสัญญาทางไมตรีการค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศอันเกิดจากกระบวนการอุทธรณ์ต่อ The Prefect เป็นระยะเวลาถึง 16 เดือนก่อนที่จะมีคำตัดสิน บริษัท ELSI ได้ยื่นอุทธรณ์ในประเด็นเกี่ยวกับคำสั่งยึดของ The Mayor ซึ่งระยะเวลาถึง 16 เดือนนั้นนับเป็นความล่าช้าที่ถือได้ว่าเป็น “การปฏิเสธความยุติธรรม” ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะ หาก The Prefect ตัดสินได้เร็วกว่านี้ บริษัท ELSI ก็คงจะไม่ล้มละลาย และเมื่อมีการยึดเกิดขึ้น อิตาลียังคงมีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองบริษัท ELSI จากผลกระทบดังกล่าวและหาวิธีที่เหมาะสมอื่นที่ไม่ใช่การยึด เพราะมาตรฐานตามที่ข้อ V วางไว้คือ “การให้ความคุ้มครองและความมั่นคงตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ซึ่งต้องสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (Minimum International Standard) และการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured - Nation Treatment) ซึ่งความล่าช้าที่เกิดขึ้นในคดี ELSI มากกว่ากรณีของบริษัทอื่นๆที่คนชาติอิตาลีถือหุ้นอยู่ อันแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำที่เลือกประติบัติและไม่สอดคล้องกับมาตรฐานการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Standard of Protection)

จากข้อกล่าวอ้างของสหรัฐอเมริกาข้างต้นจึงเกิดประเด็นว่าความล่าช้าที่เกิดจากกระบวนการของ The Prefect นั้นต่ำกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศหรือไม่ ทว่าศาลในคดีนี้กับไม่เห็นควรที่จะนำมาตรฐานการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Standard) มาใช้ในการพิจารณาระยะเวลาช้าเร็วระหว่างการพิจารณาคดีอุทธรณ์ด้วยเหตุนี้ศาลจึงวินิจฉัยว่าความล่าช้าในคดีนี้ไม่ถือเป็นการละเมิดข้อ V วรรค 1 และ วรรค 3 ของสนธิสัญญา FCN Treaty.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Ibid., para. 108.

<sup>83</sup> Ibid., para. 112.

ต่อมาศาลจึงได้พิจารณาข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาที่อ้างว่าการกระทำของอิตาลีนั้นไม่ยุติธรรมและไม่มีการเยียวยาความเสียหายที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพ เพราะการยึดทรัพย์สินของบริษัท ELSI เกิดขึ้นก็เพราะต้องการขัดขวางการควบคุมและการทำงานของบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett และกีดขวางไม่ให้มีการชำระบัญชี ฉะนั้น “การเวนคืน” หรือ “taking” จึงเป็นการแทรกแซงการใช้ การบริหาร และการจัดการ นอกจากนี้การเวนคืนทรัพย์สินดังกล่าวก็ไม่ได้มีการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายที่เหมาะสม จึงเป็นการละเมิดข้อ V วรรค 2 ของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ

ในประเด็นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ว่า The Mayor of Palermo ได้มีคำสั่งยึดกิจการโรงงานของบริษัท ELSI และสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1968 และในวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1968 The Tribunale di Palermo ก็มีคำสั่งให้บริษัท ELSI ล้มละลายตามที่บริษัท ELSI ได้ร้องขอ ซึ่งกระบวนการล้มละลายนั้นเกิดขึ้นหลังจากที่มีการออกคำสั่งยึดทรัพย์สินเพียงระยะเวลาราว 1 เดือน ซึ่งศาลเล็งเห็นว่าสภาพของบริษัท ELSI ก่อนหน้าที่จะมีคำสั่งยึดทรัพย์สินนั้นอยู่ในสภาพที่จะต้องล้มละลายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ศาลจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าการกระทำที่สหรัฐอเมริกากว่าอ้างนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิในการใช้ การบริหาร และการจัดการโดยตรงจนทำให้บริษัท ELSI ล้มละลาย ส่วนการยึดนั้นทั้งด้านกระบวนการและระยะเวลาที่เป็นไปตามข้อกำหนดโดยมีการเปิดโอกาสให้อุทธรณ์ได้ จึงไม่อาจถือเป็นการละเมิด Article V เว้นเสียแต่จะเป็นการกระทบต่อบริษัท Raytheon หรือ Machlett โดยตรง ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าการกระทำที่สหรัฐอเมริกาอ้างส่งผลกระทบต่อบริษัทล้มละลายนั้นเป็นการละเมิดข้อ V วรรค 2<sup>84</sup>

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาเรียกร้องว่ามาตรการต่างๆของอิตาลีเป็นการดำเนินการตามอำเภอใจและเลือกปฏิบัติจึงก่อให้เกิดการละเมิดความตกลงเพิ่มเติมข้อ 1 ข้อ (เอ) และ (บี)<sup>85</sup> โดยข้อ 1 ของความตกลงเพิ่มเติม (Supplement Agreement) มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“คนชาติ บริษัท และสมาคมของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะต้องไม่ถูกดำเนินการตามอำเภอใจหรือถูกเลือกปฏิบัติภายในดินแดนของรัฐคู่ภาคี โดยเฉพาะ

(เอ) การถูกกีดกันมิให้ควบคุมหรือบริหารบริษัทได้อย่างมีประสิทธิภาพตามที่สมควรดำเนินการ

<sup>84</sup> Ibid., paras. 113-119.

<sup>85</sup> Ibid., para. 121.

(ปี) การลดทอนสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายที่พึงมีในบริษัท  
นั้นๆหรือในการลงทุนต่างๆ

อัครภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อคนชาติ บริษัท และ  
สมาคมของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งทั้งด้านเงินทุน กระบวนการผลิต  
ความสามารถ และเทคโนโลยีที่ต้องนำมาใช้ในการพัฒนา  
เศรษฐกิจ”

สหรัฐอเมริกาอ้างว่าการยึดดังกล่าวเป็นการกีดกันบริษัท Raytheon และบริษัท  
Machlett ไม่ให้สามารถควบคุมหรือจัดการบริษัท ELSI ได้และเป็นการลดทอนสิทธิและผลประโยชน์  
ที่ทั้งสองบริษัทพึงมีในบริษัท ELSI ด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องพิจารณาว่าการยึดเป็นการกระทำตาม  
อำเภอใจหรือเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ศาลเห็นว่าแม้กระทั่งบริษัทสัญชาติอิตาลีที่คนชาติอิตาลี  
เป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดก็สามารถถูกยึดได้เช่นกัน จึงไม่ปรากฏหลักฐานเพียงพอที่จะระบุได้ว่ามีการเลือก  
ปฏิบัติตามความตกลงเพิ่มเติมข้อ 1 และเนื่องจากไม่พบว่ามาตรการยึดอยู่ในขอบข่ายการกระทำ  
ตามอำเภอใจ ศาลจึงยกคำร้องของสหรัฐในประเด็นนี้

ท้ายที่สุดสหรัฐอเมริกาอ้างว่าอิตาลีละเมิดบทบัญญัติข้อ VII ของสนธิสัญญาทาง  
ไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ โดยบทบัญญัตินี้เกี่ยวข้องกับประกันสิทธิในการ  
“ได้รับ เป็นเจ้าของ และขายอสังหาริมทรัพย์หรือดอกผลที่มีขึ้นภายในดินแดนของรัฐภาคีอีกฝ่าย  
หนึ่ง” ซึ่งหมายรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางอ้อมที่ถือผ่านทางตัวแทนที่แม้ไม่ใช่บริษัทสัญชาติ  
สหรัฐอเมริกาก็ แต่อิตาลีแย้งว่าบทบัญญัตินี้ไม่สามารถนำมาใช้กับบริษัท Raytheon และบริษัท  
Machlett ได้ทั้งหมด เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินของทั้งสองบริษัทถูกจำกัดไว้ในฐานะหุ้นในบริษัท  
ELSI ส่วนอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นประเด็นพิพาท หรือโรงงานในเมือง Palermo นั้นเป็นทรัพย์สินของ  
บริษัท ELSI ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอิตาลีเลียน อย่างไรก็ตามศาลไม่พบหลักฐานที่ว่ากฎหมายอิตาลีใน  
ประเด็นนี้ปฏิบัติดีไปกว่าที่ปฏิบัติต่อคนชาติ บริษัท และสมาคมของอิตาลีเองเลย โดยเฉพาะ  
อย่างยิ่งการที่ The Mayor ยึดบริษัทสัญชาติอิตาลีก็มีอยู่เช่นกัน

ส่วนปัญหาที่สหรัฐอเมริกา อ้างว่าการนำเอาข้อ III วรรค 2 ของสนธิสัญญาทางไมตรี  
การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศมาบังคับใช้เป็นการกีดกันบริษัท Raytheon และบริษัท  
Machlett ในฐานะที่ผู้ถือหุ้นนั้น ศาลเห็นว่าเป็นเพราะสถานะทางการเงินของบริษัท ELSI ที่  
นำไปสู่การล้มละลาย สิทธิในการจัดการทรัพย์สินก็ได้เป็นของบริษัทอีกต่อไป แต่เป็นสิทธิของ  
ผู้จัดการทรัพย์สินที่ดำเนินการแทน ศาลได้ตัดสินแล้วว่าโดยสภาพของบริษัท ELSI นั้นล้มละลาย  
เสียก่อนที่จะมีการยึดเกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่พบว่าข้อ VII ถูกละเมิด และไม่พบว่าอิตาลีละเมิด



สนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศที่ตั้งที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างจึงได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ เพื่อให้มีการชดเชยค่าเสียหายอีกด้วย

### 3.2.4 การให้เหตุผลของศาลกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น

#### 3.2.4.1 การใช้ฐานทางกฎหมายอื่นนอกเหนือจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้น

คดี Barcelona Traction เป็นคดีที่แสดงบรรทัดฐานการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยอาศัยจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทว่าในคดี ELSI นี้มีข้อเท็จจริงที่แตกต่างออกไปเมื่อความสัมพันธ์ระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลีมี FCN Treaty เป็นฐานทางกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นของอัครภาคีแต่ละฝ่ายที่เข้าไปลงทุนในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง จึงถือได้ว่า FCN Treaty เป็นกฎหมายเฉพาะ หรือ Lex Specialis ที่จะต้องนำมาบังคับใช้กับรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา

โดยปกติหากเป็นการละเมิดสนธิสัญญาใดๆ รัฐที่ถูกละเมิดสนธิสัญญาย่อมมีสิทธิเรียกร้องทันที ทว่าในคดีนี้แม้จะมีประเด็นการละเมิดสนธิสัญญา แต่เนื่องจากคำฟ้องของสหรัฐอเมริกา มีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องให้มีการชดเชย เยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett จึงนับเป็นการเรียกร้องโดยรัฐเจ้าของสัญชาติที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองคนชาติของตนโดยอาศัยช่องทางของ FCN Treaty ที่รับรองสิทธิของผู้ถือหุ้นไว้โดยตรงซึ่งเป็นฐานทางกฎหมายอีกช่องทางหนึ่งนอกเหนือจากการเรียกร้องโดยอาศัยจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามอิตาลีเห็นว่าทั้ง FCN Treaty และ Supplement Agreement ที่ทำขึ้นระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลีนั้นมิได้กำหนดให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิมากกว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด และอ้างว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ อีกด้วย เนื่องจาก ELSI นั้นก่อตั้งขึ้นในประเทศอิตาลี ตามกฎหมายภายในของอิตาลี ซึ่ง FCN Treaty และ Supplement Agreement จึงมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติที่ลงทุนในบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นภายในอิตาลี<sup>86</sup>

ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของอิตาลีในข้อนี้ เพราะในบทบัญญัติเบื้องต้น (Preamble) ของ Supplement Agreement ได้ระบุว่า

<sup>86</sup> Counter-Memorial of Italy (16 November 1987), p.80

“สหรัฐอเมริกาและอิตาลีประสงค์ที่จะให้มีการลงทุนจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่ง โดยสนับสนุนให้ให้มีการขยายหลักการประติบัติอย่างเท่าเทียมกัน (Equitable Treatment) มาใช้กับ FCN Treaty...”<sup>87</sup>

สาเหตุที่ศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของอิตาลีเพราะคดี ELSI เป็นสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับ “สิทธิโดยตรง” ของนักลงทุน ตามข้อกล่าวอ้างของสหรัฐฯ ที่อ้างว่าสิทธิบางประการของผู้ถือหุ้นในบริษัท ELSI นั้นเป็นสิทธิโดยตรงที่ถูกกำหนดไว้ใน FCN Treaty จึงส่งผลให้ศาลต้องตีความตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ภายในสนธิสัญญาฉบับดังกล่าว โดยไม่คำนึงถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม Judge Oda ได้แสดงความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นควรพิจารณาทั้งจากกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้นและจากหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยบริษัท<sup>88</sup> ซึ่งความแตกต่างในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับแหล่งที่มาของสิทธิของผู้ถือหุ้นนั้นเป็นประเด็นที่สำคัญอยู่ไม่น้อย เพราะหากเป็นไปตามกรณีแรกก็เท่ากับว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ในกรณีที่สองคือพิจารณาสิทธิของผู้ถือหุ้นตามหลักกฎหมายทั่วไปอาจส่งผลให้ผู้ถือหุ้นนั้นมีสิทธิที่มากกว่าหรือน้อยกว่าสิทธิที่พึงมีตามกรณีแรก

จากการที่ศาลในคดี Barcelona Traction ได้ระบุว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัทมีอาจเรียกร้องแทนบริษัทได้นั้น แต่ศาลในคดี ELSI กลับยอมรับคำร้องของสหรัฐอเมริกาที่ต้องการให้อิตาลีชดใช้ความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นต่อบริษัทสัญชาติอิตาลีแต่กระทบกับผู้ถือหุ้นทั้งหมดซึ่งก็คือบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ทั้งที่เป็นบริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกา (แต่เมื่อศาลได้พิจารณาเนื้อหาแล้วศาลกลับปฏิเสธคำร้องของสหรัฐฯ ด้วยเหตุที่ไม่ปรากฏว่าอิตาลีได้ละเมิด FCN Treaty ตามคำกล่าวอ้างของสหรัฐฯ แต่อย่างใด) ในขณะที่เดียวกันศาลก็หลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงความคล้ายคลึงกันระหว่างคดีนี้กับคดี Barcelona Traction ทั้งๆที่ปรากฏว่าอิตาลีได้โต้แย้งว่าบริษัทที่ถูกละเมิดนั้นเป็นบริษัทสัญชาติอิตาลี แต่สหรัฐฯ กลับเข้ามาดำเนินการเรียกร้องเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถือ

<sup>87</sup> Supplement Agreement, Preamble.

“The UNITED STATES OF AMERICA and the ITALIAN REPUBLIC, desirous of strengthening the bond of peace and the traditional ties of friendship between the two countries and of promoting closer intercourse between their respective territories through provisions responsive to the spiritual, cultural, economic and commercial aspirations of their peoples, have resolved to conclude a Treaty of Friendship, Commerce and Navigation based in general upon the principles of national and of most-favored-nation treatment in the unconditional form, and for that purpose have appointed as their Plenipotentiaries”

<sup>88</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . p. 89.

หุ้นสัญชาติตนในบริษัทดังกล่าว<sup>89</sup> แต่อย่างไรก็ตามคำตัดสินในคดี ELSI ก็ได้สร้างนัยสำคัญหลากหลายประการ ได้แก่

ประการแรก – ศาลในคดี ELSI นี้มีได้ยึดติดอยู่กับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เหมือนกับคดี Barcelona Traction แต่อาศัยการตีความสนธิสัญญา FCN Treaty ที่กำหนด บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติสหรัฐอเมริกาในรัฐคู่ภาคีซึ่งในที่นี้หมายถึงอิตาลี ฉะนั้น หากศาลยกคำร้องของสหรัฐฯ ด้วยเหตุที่ให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นก็เท่ากับเป็นการทำลาย วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่มุ่งคุ้มครองการลงทุนของผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในรัฐผู้รับการ ลงทุนตามที่กำหนดไว้

ประการที่สอง – คดีนี้เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นที่ได้รับการ รับรองไว้ในสนธิสัญญา ฉะนั้น รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธิให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติตน ได้โดยตรงซึ่งก็สอดคล้องกับคำกล่าวของศาลคดี Barcelona Traction<sup>90</sup>

ประการที่สาม – จากคำตัดสินของคดี ELSI พบว่าศาลยืนยันว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ ถือหุ้นอาจให้ความคุ้มครองทางการทูตได้เมื่อบริษัทได้รับความเสียหายจากรัฐที่บริษัทนั้นได้ก่อตั้งขึ้น (State of Incorporation) ได้<sup>91</sup>

กล่าวโดยสรุปคือการที่ศาลคดี ELSI มีได้ตัดสินไปในแนวทางที่ศาลในคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ก็เป็นเพราะมีปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อแนวทางการวินิจฉัยของศาล นั้นก็คือสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ

### 3.2.4.2 การสละหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในถูกกำหนดให้เป็นเงื่อนไขเบื้องต้น ก่อนที่รัฐจะมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตน ทว่าสหรัฐอเมริกาได้ กล่าวอ้างว่าหลักการเยียวยาความเสียหายภายในไม่ต้องนำมาปรับใช้กับกรณีพิพาทนี้โดยอ้างอิงถึง บทบัญญัติภายใน FCN Treaty ข้อ XXVI ความว่า

“ข้อพิพาทระหว่างอัครภาคีที่เกิดจากการตีความหรือการบังคับใช้ สนธิสัญญาฉบับนี้ ที่ไม่สามารถระงับได้ด้วยวิธีการทางทูตจะต้อง

<sup>89</sup> *Ibid.* p. 15.

<sup>90</sup> *Barcelona Traction*, (1970). para.47. Also see: Vaughan Lowe, "Shareholders' Rights to Control and Manage: From Barcelona Traction to Elsi," (2002).

<sup>91</sup> Yoram Dinstein, *Diplomatic Protection of Companies under International Law* (1998). P.505-512.

ให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา เว้นเสียแต่ข้อภาคีสถวน  
เห็นชอบที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นใดโดยสันติวิธี”<sup>92</sup>

สหรัฐอเมริกาให้เหตุผลว่าการที่ทบบัญญัติข้างต้นไม่ระบุถึงประเด็นการเยียวยา  
ความเสียหายภายในย่อมอนุมานได้ว่าคู่ภาคีไม่ประสงค์ที่จะนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายใน  
มาบังคับใช้ ในทางกลับกันหากรัฐภาคีทุกฝ่ายประสงค์ที่จะนำหลักดังกล่าวมาใช้ย่อมต้องปรากฏเป็น  
ลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนดังเช่นข้อความในความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ค.ศ.  
1948 (Economic Co-operation Agreement 1948) ที่ทำขึ้นระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลีซึ่งที่  
ปรากฏในข้อ X “Settlement of Claims of Nationals”

“3. รัฐบาลมีอาจเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามข้อ  
นี้ได้จนกว่าคนชาติจะสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน  
ทั้งทางช่องทางของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการของรัฐที่ข้อพิพาท  
เกิดขึ้น”<sup>93</sup>

อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่ารัฐภาคีสามารถตกลงกันเพื่อนำหลักการเยียวยาความ  
เสียหายที่มีอยู่ในรัฐมาใช้บังคับหรือแม้กระทั่งตกลงกันเพื่อกำหนดไม่นำมาบังคับใช้ก็ได้เช่นกัน  
แต่ศาลไม่เห็นด้วยกับการอนุมานของสหรัฐฯ โดยให้เหตุผลไว้ดังนี้

“...รัฐภาคีสามารถทำความตกลงในสนธิสัญญาเพื่อไม่นำหลักการ  
เยียวยาความเสียหายภายในมาใช้เมื่อเกิดการละเมิดพันธกรณีตาม  
ข้อตกลง หรือทำความตกลงเพื่อระบุให้หลักดังกล่าวมาใช้ก็ได้ แต่  
ศาลเห็นว่าหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญไม่สามารถ  
สละได้เพียงเพราะมิได้เขียนระบุไว้ชัดเจน”<sup>94</sup>

<sup>92</sup> "Any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or the application of this Treaty, which the High Contracting Parties shall not satisfactorily adjust by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties shall agree to settlement by some other pacific means."

<sup>93</sup> Article X Settlement of Claims of Nationals

"3. It is further understood that neither Government will espouse a claim pursuant to this Article until its national has exhausted the remedies available to him in the Administrative and Judicial Tribunals of the country in which the claim arose."

<sup>94</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . para. 50.

"The Chamber has no doubt that the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty ; or confirm that it shall apply.

จุดนี้จึงเกิดข้อสังเกตสองประการถึงผลของเวลาในการทำความตกลง หากความตกลงทำขึ้นก่อนเกิดข้อพิพาทดังเช่นในคดี ELSI นี้ก็ย่อมเป็นไปตามแนวทางของศาลข้างต้นที่ระบุว่าแม้ไม่มีการกำหนดบทบัญญัติใดที่เกี่ยวกับการนำหลักการเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้ก็ยังถือมิได้ว่าเป็นการสละหลักการดังกล่าว ในทางกลับกันศาลมิได้แสดงความเห็นหากเป็นกรณีที่มีความตกลงเกิดขึ้นภายหลังจากเกิดข้อพิพาทแล้ว จึงเกิดแนวความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าการที่ไม่ระบุบทบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายภายในไว้ในความตกลงไม่ถือได้ว่าเป็นการสละหลักการเยียวยาความเสียหายภายในโดยปริยาย ในขณะที่ฝ่ายที่สองเห็นว่าการที่ไม่ระบุบทบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายภายในไว้ในความตกลงอาจถือเป็นการสละหลักการเยียวยาความเสียหายโดยปริยายได้ อย่างไรก็ตามแนวความเห็นของฝ่ายที่สองนี้แม้จะเป็นความเห็นข้างน้อยแต่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับแนวความเห็นนี้โดยมีเงื่อนไขว่าความตกลงดังกล่าวจะต้องทำขึ้นระหว่างรัฐที่ก่อความเสียหายกับรัฐผู้ร้องโดยใจความของความตกลงจะต้องเกี่ยวข้องกับการประคับประคองคนชาติภายหลังจากที่เกิดความเสียหายแก่คนชาติซึ่งได้รับความเสียหายจากข้อพิพาทดังกล่าว<sup>95</sup>

### 3.2.4.3 การกำหนดภาระการพิสูจน์ประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

จากบทสรุปที่ว่าบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett จะต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลีเสียก่อนนั้นเป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่จะทำให้สหรัฐอเมริกาสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัททั้งสองได้ จึงเกิดประเด็นต่อมาว่าภาระการพิสูจน์นี้ตกอยู่กับฝ่ายใด

จากการที่ศาลคดี ELSI กำหนดให้อิตาลีมีภาระการพิสูจน์ว่ายังมีหนทางอื่นที่เปิดช่องทางให้กับบริษัททั้งสองในการแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลีหรือไม่นั้น<sup>96</sup> แสดงให้เห็นว่าบทสันนิษฐานของศาลในคดีนี้เป็นคุณแก่สหรัฐอเมริกา กล่าวคือศาลได้ตั้งข้อสันนิษฐานไว้ในเบื้องต้นว่าทั้งบริษัท Raytheon และ บริษัท Machlett ได้ดำเนินการทุกวิถีทางตามที่กฎหมายและกระบวนการภายในของอิตาลีเปิดช่องไว้จนหมดสิ้นแต่ก็ยังมีได้รับการเยียวยา ฉะนั้นเมื่อข้อพิพาทถึงศาล ศาลจึงประสงค์ให้อิตาลีนำเสนอว่ายังมีกฎหมายและกระบวนการภายในอิตาลีอื่นที่

---

Yet the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so.”

<sup>95</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries," (2006). p. 85-86.

<sup>96</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* (1989). para. 59. "...it was for Italy to demonstrate that there was nevertheless some local remedy that had not been tried; or at least, not exhausted." And para. 62. "In the present case, however, it was for Italy to show, as a matter of fact, the existence of a remedy which was open to the United States stockholders and which they failed to employ."

บริษัททั้งสองยังมีได้ดำเนินการหรือไม่ ผลของการพิสูจน์ของอิตาลีนั้นจึงเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีนัยสำคัญต่อการพิจารณาของศาลในลำดับต่อไป กล่าวคือ

กรณีแรก – หากอิตาลีพิสูจน์จนเป็นที่ประจักษ์แก่ศาลว่ายังมีหนทางอื่นที่บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ยังไม่ได้ดำเนินการเพื่อที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในอิตาลียอมส่งผลให้ข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทสัญชาติตนนั้นเป็นอันตกไปด้วยเหตุที่บริษัททั้งสองยังไม่สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในซึ่งเป็นเงื่อนไขประการสำคัญสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ฉะนั้นแม้บทสันนิษฐานของศาลจะเป็นคุณแก่สหรัฐฯ แต่บทสันนิษฐานดังกล่าวก็สามารถถูกหักล้างได้หากรัฐคู่กรณีสามารถนำสืบได้จนเป็นที่ประจักษ์แก่ศาล

กรณีที่สอง – หากอิตาลีพิสูจน์ไม่ได้ว่ายังมีช่องทางตามกฎหมายและกระบวนการภายในของตนที่เปิดโอกาสให้บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett สามารถดำเนินการเพื่อให้ได้รับการเยียวยาที่เท่ากับว่าอิตาลีไม่สามารถลบล้างข้อสันนิษฐานของศาลได้จึงส่งผลให้ข้อเรียกร้องของฝ่ายสหรัฐอเมริกาครบองค์ประกอบในข้อที่ว่าคนชาติของตนได้สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว

อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าอิตาลีได้พยายามโต้แย้งและพิสูจน์ว่ามีหนทางอื่นที่สามารถนำมาซึ่งการเยียวยาความเสียหายได้โดยการหิบบกบทบัญญัติของสนธิสัญญาประกอบกับกฎหมายภายในของอิตาลีซึ่งก็คือ Italian Civil Code มาตรา 2043 ที่กำหนดให้บุคคลธรรมดาสามารถเรียกร้องต่อรัฐบาลอิตาลีได้หากได้รับความเสียหายจากหน่วยงานรัฐไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการละเมิด FCN Treaty หรือ The Supplementary Agreement ก็ตาม โดยอิตาลีอ้างว่าหากบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ได้ร้องขอต่อศาลภายในอิตาลีโดยอ้างถึงบทบัญญัตินี้ก็อาจจะได้รับค่าชดเชยที่เหมาะสม<sup>97</sup> ซึ่งบริษัททั้งสองยังมีได้ดำเนินการ และเมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณากฎหมายภายในที่อิตาลีนำมากล่าวอ้างก็เห็นว่าประเด็นนี้เป็นเพียงทัศนคติของศาลภายในอิตาลีที่อาจตัดสินใจให้มีการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ร้อง ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นว่าอิตาลียังไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ายังมีช่องทางในการเยียวยาความเสียหายอื่นอีกที่บริษัท Raytheon และ บริษัท Machlett สามารถดำเนินการได้จนเป็นที่พอใจแก่ศาล<sup>98</sup> ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่อาจยอมรับข้อคัดค้านของอิตาลีในประเด็นคัดค้านที่ว่าสหรัฐอเมริกายังไม่สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายที่มีภายในได้

เหตุที่ศาลคดี ELSI ยอมรับคำร้องของสหรัฐอเมริกาแม้สหรัฐฯจะเป็นเพียงรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท Elettronica Sicula SpA ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอิตาลีก็ตาม แต่ Judge Oda กลับมีความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) โดยยังคงยึดอยู่กับหลักการในคดี Barcelona Traction กล่าวคือแม้หุ้นทั้งหมดของบริษัท Elettronica Sicula SpA จะตกเป็นของผู้

<sup>97</sup> Ibid., para. 61.

<sup>98</sup> Ibid., para. 62.

ถือหุ้นสัญชาติสหรัฐอเมริกา แต่ก็ไม่ได้แปลว่าผู้ถือหุ้นเหล่านั้นจะมีสิทธิอื่นใดนอกเหนือจากสิทธิของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายภายในของอิตาลีและตามหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยบริษัท<sup>99</sup> อย่างไรก็ตามคำตัดสินของศาลในคดี ELSI กลับมิได้กล่าวถึงคดี Barcelona Traction แต่อย่างใด รวมถึงประเด็นอื่นๆที่มีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ เช่น การที่ศาลคดี ELSI ได้สันนิษฐานเบื้องต้นว่าสหรัฐอเมริกามีสิทธิเรียกร้องในคดีนี้ ด้วยเหตุที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อบริษัทต่างชาติที่มีผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นคนชาติสหรัฐฯ ซึ่งตามจริงศาลสามารถอ้างอิงถึงประเด็นเรื่อง “รัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท” (State of incorporation) เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทนั่นเองซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวถึง รวมถึงประเด็นเรื่อง “สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น” (Shareholder’s direct rights) ซึ่งทั้งสองกรณีส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกร้องในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนเองได้ แต่ศาลในคดี ELSI กลับมิได้เอ่ยถึงสาระดังกล่าวแต่ประการใด<sup>100</sup> ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าการที่ศาลไม่ได้กล่าวถึงหลักที่เคยมีในคดี Barcelona Traction นั้นอาจหมายถึงการปฏิเสธหลักการดังกล่าวก็เป็นได้<sup>101</sup>

### 3.3 Ahmadou Sadio Diallo 2007 (Preliminary Objection), 2010

คดีนี้เป็นข้อพิพาทระหว่างสาธารณรัฐกินี (Republic of Guinea) กับสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก (Democratic Republic of the Congo) โดยกินีเป็นรัฐผู้ร้องต่อศาลเพื่อให้คองโกเยียวยาความเสียหายแก่คนชาติตน โดยในปี ค.ศ. 2007 ศาลได้พิจารณาคำคัดค้านเบื้องต้น และในปี ค.ศ. 2010 ศาลได้พิจารณาเนื้อหาแห่งคดี โดยข้อพิพาทดังกล่าวได้มีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

#### 3.3.1 ข้อเท็จจริง

นาย Almadou Sadio Diallo ชาวกินีพำนักอยู่ในประเทศคองโกตั้งแต่ปีค.ศ. 1964 ต่อมาได้จัดตั้งบริษัทนำเข้า-ส่งออกที่มีชื่อว่า บริษัท Africom-Zaire จำกัด ซึ่งมีสถานะเป็นบริษัทเอกชนจำกัด (Private Limited Liability Company) ภายใต้กฎหมายซาอีร์ (Zaire) และจดทะเบียนการค้าที่เมืองคินชาซา (Kinshasa) โดยมีนาย Diallo มีสถานะเป็นผู้จัดการ (gérance) ของบริษัท

<sup>99</sup> Ibid., p.87-88. Separate Opinion of Judge Oda.

“Raytheon and Machlett certainly could, in Italy, “organize, control and manage” corporations in which they held 100 per cent of the shares - as in the case of ELSI - but this cannot be taken to mean that those United States corporations, as shareholders of ELSI, can lay claim to any rights other than those rights of shareholders guaranteed to them under Italian law as well as under the general principles of law concerning companies.

<sup>100</sup> Lowe, “Shareholders’ Rights to Control and Manage: From Barcelona Traction to Elsi.” p. 269, 274.

<sup>101</sup> Stephen J. Knight, “Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Rights,” *Melbourne Journal of International Law* 9.

ต่อมาในปี ค.ศ. 1979 นาย Diallo ได้ขยายกิจการโดยร่วมกับหุ้นส่วนอีก 2 คน และร่วมกันตั้งบริษัท Africontainers-Zaire ซึ่งอีกหนึ่งปีถัดมาหุ้นส่วนทั้งสองคนก็ได้ถอนหุ้นออกจากบริษัท Africontainers-Zaire จึงส่งผลให้สัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวเปลี่ยนเป็นบริษัท Africom-Zaire ถือหุ้น 60% และนาย Diallo ถือหุ้น 40% ส่งผลให้นาย Diallo กลายเป็นผู้จัดการของบริษัท Africontainers-Zaire อีกด้วย

ในช่วงปลาย ค.ศ. 1980 บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ที่มีนาย Diallo เป็นผู้จัดการนั้นพยายามที่จะฟื้นฟูหนี้สินจึงเกิดข้อพิพาทระหว่างบริษัทกับหุ้นส่วนธุรกิจตลอด ดังนั้นบริษัท Africom-Zaire จึงเรียกร้องให้คองโกชำระหนี้อันเป็นผลมาจากจากการผิดนัดจ่ายเงินสำหรับการส่งมอบสินค้าให้แก่รัฐซาอีร์ในระหว่างปี ค.ศ. 1983 - 1986 ส่วนบริษัท Africontainers-Zaire ก็มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดข้อตกลงในสัญญา สถานะของบริษัททั้งสองกับหุ้นส่วนและกับคองโกจึงไม่ราบรื่นตลอดมา

ในปี ค.ศ. 1988 นาย Diallo ถูกจับกุมและถูกกักขังในเรือนจำด้วยข้อหาที่ว่า การกระทำของนาย Diallo ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ก็ได้รับการปล่อยตัวในปีถัดมา ทว่าในปี ค.ศ. 1995 นายกรัฐมนตรีคองโกได้ออกคำสั่งขับไล่ นาย Diallo โดยให้เหตุผลว่านาย Diallo ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยของประชาชนในซาอีร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางเศรษฐกิจ การเงิน จนกระทั่งในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1996 นาย Diallo จึงถูกจับกุมอีกครั้งเพื่อถูกนำตัวส่งกลับประเทศกีนีโดยมีการออกหนังสือแจ้งการปฏิเสธไม่ให้เข้าดินแดนคองโก

ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐบาลกีนีจึงได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยมีคำร้องของฝ่ายกีนี และข้อคัดค้านของรัฐบาลคองโก ดังต่อไปนี้

### 3.3.2 คำร้อง คำคัดค้าน

กีนีในฐานะรัฐผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลจำนวน 3 ข้อ ดังนี้

“1. การจับและการขับไล่ นาย Diallo ออกนอกประเทศขัดกับสิทธิ ตามบทบัญญัติของ Vienna Convention on Consular Relations [1963] เพราะเป็นการขัดขวางสิทธิของนาย Diallo ในการเป็นเจ้าของและจัดการบริษัทที่นาย Diallo ก่อตั้งขึ้นในประเทศคองโก การกระทำของคองโกจึงมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศและส่งผลให้คองโกมีความรับผิดชอบกีนี

2. คองโกมีพันธกรณีที่จะต้องชดเชยความเสียหายเต็มจำนวนด้วยเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อคนชาติกีนี



3. ค่าเสียหายที่คองโกจะต้องชดใช้ต้องรวมถึงความเสียหายทั้งหมดที่เกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของคองโกรวมทั้งดอกเบี้ย”<sup>102</sup>

คองโกในฐานะรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดความเสียหายได้ยื่นข้อคัดค้านจำนวน 2 ข้อด้วยกัน ดังนี้

“1. กินีไม่มีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตเนื่องจากข้อเรียกร้องทางฝ่ายกินีมีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิของบริษัทซึ่งมิใช่บริษัทสัญชาติกินี

2. ทั้งบริษัทและนาย Diallo ยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐชาอีร์”<sup>103</sup>

<sup>102</sup> *Ahmadou Sadio Diallo, (2007)*. para.11.

“The Republic of Guinea has the honour to request that it may please the International Court of Justice to adjudge and declare :

(1) that, in arbitrarily arresting and expelling its national, Mr. Ahmadou Sadio Diallo ; in not at that time respecting his right to the benefit of the provisions of the [1963] Vienna Convention on Consular Relations ; in subjecting him to humiliating and degrading treatment ; in depriving him of the exercise of his rights of ownership and management in respect of the companies founded by him in the DRC; in preventing him from pursuing recovery of the numerous debts owed to him — to himself personally and to the said companies — both by the DRC itself and by other contractual partners ; in not paying its own debts to him and to his companies, the Democratic Republic of the Congo has committed internationally wrongful acts which engage its responsibility to the Republic of Guinea;

(2) that the Democratic Republic of the Congo is accordingly bound to make full reparation on account of the injury suffered by the Republic of Guinea in the person of its national ;

(3) that such reparation shall take the form of compensation covering the totality of the injuries caused by the internationally wrongful acts of the Democratic Republic of the Congo including loss of earnings, and shall also include interest.”

<sup>103</sup> “The Democratic Republic of the Congo respectfully requests the Court to adjudge and declare that the Application of the Republic of Guinea is inadmissible,

(1) on the ground that the Republic of Guinea lacks standing to exercise diplomatic protection in the present proceedings, since its Application seeks essentially to secure reparation for injury suffered on account of the alleged violation of rights of companies not possessing its nationality ;

(2) on the ground that, in any event, neither the companies in question nor Mr. Diallo have exhausted the available and effective local remedies existing in Zaire, and subsequently in the Democratic Republic of the Congo.”

### 3.3.3 คำวินิจฉัยของศาล

จากการที่กีนีมุ่งให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ด้วยเหตุที่คองโกได้กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อคนชาติของกีนี โดยการกระทำของคองโกนั้นมีความผิดในฐานที่ละเมิด

“หลักที่ว่าคนต่างด้าวต้องได้รับการปฏิบัติที่สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำของนานาชาติอารยประเทศ (minimum standard of civilization) พันธกรณีที่จะต้องเคารพต่อเสรีภาพและทรัพย์สินของคนต่างด้าว และรวมถึงสิทธิของคนต่างด้าวที่จะได้รับการพิจารณาภายในอย่างยุติธรรม”<sup>104</sup>

การที่กีนีระบุไว้ข้างต้นเป็นการย้ำว่าคองโกนั้นได้ละเมิดต่อนาย Diallo ในฐานะคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา โดยการที่กีนีใช้คำว่า ‘Minimum Standard of Civilization’ นั้นชี้ชัดว่ากีนีกำลังอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำที่อารยประเทศใช้ปฏิบัติต่อกันซึ่งเป็นมาตรฐานที่สูงขึ้นว่า ‘International Minimum Standard’ หรือมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ นอกจากนี้กีนียังอ้างถึงความตกลงระหว่างประเทศต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวและการเคลื่อนย้ายสินค้าและบุคคลอย่างเสรีและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ลงวันที่ 10 ธันวาคม 1948 และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Rights) ลงวันที่ 19 ธันวาคม 1966 กีนีอ้างว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนย่อมถือเป็นการละเมิด *Jus Cogens*<sup>105</sup> ด้วยเหตุนี้กีนีจึงมุ่งให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo โดยกล่าวว่า

“คองโกได้ก่อความเสียหายแก่คนชาติกีนี และสิทธิโดยตรงในฐานะที่เป็นบุคคล ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น และในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัทที่ได้ก่อตั้งขึ้น ซึ่งนาย Diallo คือผู้เดียวที่เป็นเจ้าของหลัก”<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Ahmadou Sadio Diallo. (2007). para.28.

“The principle that aliens should be treated in accordance with ‘a minimum standard of civilization’, the obligation to respect the freedom and property of aliens, [and] the right of aliens accused of an offence to a fair trial on adversarial principles by an impartial court”.

<sup>105</sup> Ibid., para. 28.

<sup>106</sup> Ibid., para. 29. “Guinea is taking up the cause of one of its nationals, and is acting to enforce his direct rights as an individual and as shareholder and executive officer of companies which he founded...and of which he is the sole or principal owner, to the exclusion of distinct rights which these companies may have against the DRC”

เบื้องต้นก็ไม่ได้แยกสิทธิของนาย Diallo ไว้สองส่วนหลักๆ คือ

ประการแรก : การละเมิดสิทธิของนาย Diallo ในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดา (rights as an individual) ซึ่งเป็นสิทธิที่จะต้องไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (inhuman and degrading treatment) และสิทธิตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล พ.ศ. 2506 (Vienna Convention on Consular Relations 1963) ก็นี้อ้างว่าคงโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ตามที่กฎหมายรับรองระหว่างที่ถูกจับกุม กักขัง และถูกขับไล่

ประการที่สอง : การละเมิดสิทธิ “สิทธิโดยตรง” ในฐานะผู้ถือหุ้นโดยเฉพาะสิทธิในการกำกับดูแล ควบคุม และจัดการบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire

นอกจากนี้ก็ยังเห็นเห็นว่านอกเหนือจากนาย Diallo ที่เป็นผู้ได้รับความเสียหายทั้งในฐานะบุคคลธรรมดาและผู้ถือหุ้นแล้ว บริษัททั้งสองก็ได้รับความเสียหายด้วยเช่นกัน ก็นี่จึงประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตในรูปแบบที่สาม คือการให้ความคุ้มครองนาย Diallo โดยการแทนที่บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ซึ่งเป็นบริษัทที่นาย Diallo เป็นผู้ถือหุ้นและเป็นผู้จัดการอยู่ โดยที่ระบุว่า “การให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่” หรือ “Protection by Substitution” นั้น คือสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทนั้นขึ้น

ศาลจึงเห็นว่าก็มีพยายามให้ความคุ้มครองทางการทูต 3 ลักษณะด้วยกัน คือ 1. สิทธิส่วนบุคคล 2. สิทธิโดยตรงในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire 3. สิทธิของบริษัทโดยการเข้าแทนที่บริษัท (by substitution) โดยศาลได้วินิจฉัยดังนี้

### 3.3.3.1 ประเด็นที่ 1: กีนีมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะบุคคลธรรมดาหรือไม่

เบื้องต้นศาลได้เริ่มพิจารณาข้อเรียกร้องของกีนีที่ต้องการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo จากการที่ถูกละเมิดสิทธิในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดา แต่คงโกอ้างว่าระบบกฎหมายภายในของตนนั้นยังมีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมที่นาย Diallo สามารถดำเนินการได้ก่อนจะยื่นข้อเรียกร้องขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศ และเห็นว่า การขับไล่ออกนอกประเทศนั้นชอบด้วยกฎหมาย และแม้จะเป็น “การปฏิเสธการเข้าเมือง” แต่การปฏิเสธการเข้าเมืองก็มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อกีดกันการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งหากนาย Diallo ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อองค์กรภายในประเทศคงโกเพื่อขออนุญาตกลับเข้าประเทศคงโกใหม่ การอุทธรณ์ดังกล่าวก็ย่อมประสบความสำเร็จ ทั้งนี้คงโกได้อ้างถึงหลักกฎหมายทั่วไปของคงโกที่ให้มีการพิจารณาคำสั่งเข้าได้ ประกอบกับยกตัวอย่างข้อเรียกร้องที่คนต่างชาติสองรายที่เคยดำเนินการอุทธรณ์ในกรณีที่ถูกขับไล่

ออกจากรัฐ Zaire ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวนำมาสู่การเพิกถอนคำสั่งขับไล่ (Removal Order) ในภายหลังได้แต่นาย Diallo กลับไม่เคยดำเนินการเช่นนั้น

ในทางกลับกัน ก็นี้อ้างว่าไม่มีหนทางการเยียวยาความเสียหายใดที่จะมีประสิทธิผลในรัฐ Zaire หรือในคองโก ซึ่งคำสั่งขับไล่ดังกล่าวถือเป็นการปฏิเสธการเข้าเมืองตาม the Legislative Order มาตรา 13 ลงวันที่ 12 กันยายน 1983 ว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง ระบุว่า “มาตรการปฏิเสธการเข้าเมืองไม่สามารถยกขึ้นอุทธรณ์ได้” และถึงแม้จะมีกระบวนการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายภายในคองโก แต่นาย Diallo ก็ไม่สามารถดำเนินการได้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการขับไล่ออกนอกประเทศคือการกีดกันไม่ให้คนต่างด้าวสามารถเยียวยาความเสียหายภายในซึ่งประเด็นนี้ก็เห็นได้ว่า

“ถ้ารัฐเลือกที่จะขับไล่คนต่างด้าวออกจากดินแดนของตน...เพราะคนต่างด้าวต้องการเยียวยาความเสียหายภายใน รัฐนั้นก็ย่อมไม่สามารถเรียกร้องเพื่ออ้างหลักการไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเพราะการนั้นได้”<sup>107</sup>

ด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องพิจารณาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้มาปรากฏอยู่ในร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตข้อ I ที่ว่า

“การให้ความคุ้มครองทางการทูตคือการร้องขอโดยรัฐผ่านทางการทูตหรือวิธีการอื่นๆที่สันติ เพราะให้อีกรัฐหนึ่งต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐแรก”<sup>108</sup>

ในคดีนี้ก็พยายามให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo สืบเนื่องจากการที่คองโกละเมิดสิทธิของนาย Diallo ระหว่างการจับกุม กักขัง และขับไล่ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลธรรมดา การให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นเดิมที่จำกัดอยู่แต่เพียงการละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว (Minimum Standard of Treatment of Aliens) แต่ได้พัฒนาขึ้นและมีบริบทที่กว้างขวางขึ้นโดยปัจจุบันนี้ได้รวมถึงสิทธิมนุษยชนอีกด้วย และเมื่อคองโกการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายคองโกจึงต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำดังกล่าว ด้วยเหตุนี้

<sup>107</sup> Ibid., para. 38.,

“if a State deliberately chooses to remove an alien from its territory...because that alien is seeking local redress, that State can no longer reasonably demand that the alien seek redress only through legal avenues available in its territory”

<sup>108</sup> Article 1 of the draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the ILC at its Fifty-eight Session (2006), ILC Report, doc. A/61/10, p. 24.

ศาลจึงต้องพิจารณาเงื่อนไขต่อมาคือนาย Diallo ซึ่งเป็นคนชาติกินีได้สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศคองโกแล้วหรือยัง

ในเบื้องต้นศาลพบว่าไม่มีการโต้แย้งในประเด็นสัญชาติของนาย Diallo กล่าวคือทุกฝ่ายยอมรับว่านาย Diallo มีสัญชาติกินีเพียงอย่างเดียว และได้ถือสัญชาติกินีตั้งแต่วันที่เกิดการละเมิดตลอดจนวันพิจารณาคดี แต่ประเด็นที่เป็นที่พิพาทคือประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน ศาลในคดีจึงอ้างถึงคดี *Interhandel (Switzerland v. United States of America)* ที่ว่า

“หลักการเยียวยาความเสียหายภายในจะต้องดำเนินการจนหมดสิ้นก่อนที่จะมีการดำเนินการระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยหลักการนี้คือหลักที่รัฐรับเอาความเสียหายที่เกิดแก่คนชาติของตนจากการถูกละเมิดสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก่อนที่จะมีการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศนั้น รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องพยายามให้การเยียวยาความเสียหายภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้นๆเสียก่อน”<sup>109</sup>

สำหรับคดี Diallo เนื่องจากรัฐทั้งสองพิพาทในประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน จึงเกิดคำถามว่ากฎหมายภายในคองโกเปิดช่องทางให้นาย Diallo ได้เยียวยาความเสียหายภายในอื่นอีกหรือไม่ก่อนที่จะดำเนินการทางศาลระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ศาลเห็นว่า

“ประเด็นที่รัฐผู้อ้างสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตมีหน้าที่ต้องนำสืบคือ “คนชาติของตนสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว หรือมิเช่นนั้นก็ต้องพิสูจน์ว่ามีสถานการณ์ยกเว้นที่ทำให้คนชาติที่ได้รับความเสียหายไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ ในขณะที่หน้าที่ของรัฐคู่กรณีมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีหนทางเยียวยาความเสียหาย

<sup>109</sup> *The Interhandel Case.*, p. 27.

“[t]he rule that 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 cases 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.”

อื่นที่มีประสิทธิภาพในระบบกฎหมายภายในของตนที่คนชาติของ  
รัฐฝ่ายแรกยังมีได้ดำเนินการ”<sup>110</sup>

ดังนั้น ก็นี่ซึ่งเป็นรัฐผู้ร้องในคดีนี้จึงมีหน้าที่พิสูจน์ให้ได้ว่านาย Diallo ได้ดำเนินการ  
จนสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หรือไม่เช่นนั้นก็นี่ก็ต้องแสดงให้เห็นว่ามี  
สถานการณ์ยกเว้นใดที่ทำให้นาย Diallo ไม่สามารถดำเนินการจนสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย  
ได้ ในทางกลับกันคองโกก็ต้องพิสูจน์ว่ากฎหมายภายในยังมีช่องทางการเยียวยาความเสียหายที่มี  
ประสิทธิภาพแต่นาย Diallo ยังมีได้ดำเนินการเพื่อขอลอนคำสั่งการขับไล่ นาย Diallo ออกจาก  
ดินแดน

ในประเด็นที่ว่านาย Diallo สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายในคองโกหรือไม่นั้น  
ศาลเห็นว่าแม้ “การขับไล่” เป็นคนละสิ่งกับ “การปฏิเสธการเข้าเมือง” แต่ตามข้อเท็จจริงตาม  
ประกาศขับไล่ ลงวันที่ 31 มกราคม 1996 ออกโดยกรมการตรวจคนเข้าเมือง (The National  
Immigration Service) ของรัฐ Zaire แสดงให้เห็นว่าคำสั่งปฏิเสธการเข้าเมืองใดๆ ไม่สามารถ  
อุทธรณ์ได้ ยิ่งไปกว่านั้นตามคำสั่งของฝ่ายนิติบัญญัติ ข้อ 13 No. 83-033 ลงวันที่ 12 กันยายน 1983  
ว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมืองระบุว่า “การปฏิเสธการเข้าเมืองมีอายุยกขึ้นอุทธรณ์ได้” และถึงแม้การ  
ขับไล่และไม่ใช้การปฏิเสธการเข้าเมืองตามที่คองโกได้กล่าวอ้าง แต่คองโกก็ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า  
มีวิธีการอื่นใดตามกฎหมายภายในของตนที่เปิดช่องทางให้มีการอุทธรณ์คำสั่งขับไล่ได้

ฉะนั้นศาลจึงยกข้อโต้แย้งของคองโกที่ว่า การเยียวยาความเสียหายภายในรัฐยังไม่  
สิ้นสุดด้วยเหตุที่ยังไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งขับไล่ออกนอกประเทศดังกล่าว ประกอบกับคองโกไม่  
สามารถพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายภายในคองโกมีกระบวนการที่มีประสิทธิภาพและอนุญาตให้นาย Diallo  
อุทธรณ์คำสั่งขับไล่ได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ศาลจึงยอมรับข้อเรียกร้องของกินีในการให้ความคุ้มครอง  
ทางการทูตต่อ นาย Diallo ในฐานะบุคคลธรรมดา และได้พิจารณาในรายละเอียดต่อมาในปี ค.ศ.  
2010 ซึ่งศาลพบว่า การกระทำของคองโกไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิด Vienna  
Convention on Consular Relations ข้อ 36 วรรค 1(บี) และนาย Diallo ก็ถูกละเมิดสิทธิใน  
ทรัพย์สินตามที่ African Charter มาตรา 14 รับรองไว้อีกด้วย การกระทำของคองโกจึงเข้าข่ายการ  
กระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อ นาย Diallo ซึ่งเป็นคนชาติกินีโดยกฎหมายภายใน  
คองโกมิได้เปิดช่องทางให้นาย Diallo แสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายได้ ก็นี่จึงมีสิทธิเรียกร้อง  
เพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อ นาย Diallo ในฐานะบุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติกินี

<sup>110</sup> Ahmadou Sadio Diallo. (2007), para. 44. “In matters of diplomatic protection, it is incumbent on the applicant to prove that local remedies were indeed exhausted or to establish that exceptional circumstances relieved the allegedly injured person whom the applicant seeks to protect of the obligation to exhaust available local remedies (see also *Electronica Sicula S.P.A.* . (1989). p. 43-44, para. 53). “It is for the respondent to convince the Court that there were effective remedies in its domestic legal system that were not exhausted”

### 3.3.3.2 ประเด็นที่ 2: กีนีสีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้นหรือไม่?

หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้นได้หากความเสียหายเกิดแก่สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นนั้น แม้คองโกจะยอมรับหลักดังกล่าวแต่ก็คัดค้านข้อเรียกร้องของกินีในประเด็นนี้เนื่องจากเล็งเห็นว่ากินีมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการปกป้องสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น (*associés*) แต่กลับมุ่งไปยังประเด็นที่เกิดจากการละเมิดสิทธิของบริษัท Africom-Zaire และ บริษัท Africontainers-Zaire ที่กระทบต่อสิทธิของนาย Diallo<sup>111</sup> ซึ่งแนวคิดเช่นว่านี้ศาลในคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าสิทธิของบริษัทและสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นแยกจากกัน และศาลในคดี Barcelona Traction ก็ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องของเบลเยียมซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นอีกด้วย<sup>112</sup> จึงแสดงให้เห็นว่าแม้ผู้ถือหุ้นจะสามารถได้รับการคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติได้ แต่ก็อยู่ภายในกรอบที่จำกัด โดยต้องแยกแยะสิทธิของผู้ถือหุ้นออกจากสิทธิของบริษัท ทั้งนี้คองโกยังคงอ้างถึงสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นที่ศาลในคดี Barcelona Traction ได้เคยกล่าวเอาไว้ อาทิเช่น สิทธิในเงินปันผล สิทธิในการเข้าร่วมและออกเสียงในการประชุมสามัญ สิทธิที่จะได้รับส่วนแบ่งสินทรัพย์ของบริษัทเมื่อมีการชำระบัญชี แต่จะมีสิทธิประการใดบ้างนั้นก็ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขตามตราสารก่อตั้งบริษัทและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังเช่น Decree of the Independent State of Congo ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1887 ว่าด้วยบริษัทพาณิชย์ ได้ระบุถึงสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น (*associés*) ฉะนั้นสิทธิของนาย Diallo ในฐานะ ผู้ถือหุ้น (*associés*) ในบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire ได้แก่

- สิทธิที่จะได้รับส่วนแบ่งสินทรัพย์ของบริษัทเมื่อมีการชำระบัญชี (the right to dividends and to the proceeds of liquidation)
- สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้จัดการ (the right to be appointed manager (*gérant*))
- สิทธิที่จะไม่ถูกถอดถอนการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ (the right of the *associés manager (gérant) not to be removed without cause*)
- สิทธิในฐานะผู้จัดการบริษัท (the right of the manager to represent the company)
- สิทธิกำกับดูแลกิจการ (the right of oversight [of the management])

<sup>111</sup> Ahmadou Sadio Diallo. para.51

<sup>112</sup> Ibid., para.50

- สิทธิเข้าร่วมการประชุมสามัญ (the right to participate in general meetings)

ในทางกลับกัน กินีซึ่งเป็นรัฐผู้ร้องได้อ้างถึงคำตัดสินในคดี Barcelona Traction และร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตข้อ 12 ไว้ดังนี้

ศาลคดี Barcelona Traction ระบุว่า

“การกระทำที่ก่อให้เกิดการละเมิดโดยตรงต่อสิทธิของบริษัทย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น แม้ว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นจะถูกกระทบก็ตาม เว้นแต่เป็นการกระทำที่มุ่งต่อสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น”<sup>113</sup>

ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตข้อ 12 ความว่า

“การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น ซึ่งแตกต่างหากจากสิทธิของบริษัท รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตน”

จากคำกล่าวและบทบัญญัติข้างต้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง ‘สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น’ ทั้งนี้การจับ การกักขัง และการขับไล่นาย Diallo โดยองค์การภายในคองโกนั้นทำให้นาย Diallo ไม่สามารถบริหาร จัดการและควบคุมบริษัท อีกทั้งยังเป็นการกีดกันการใช้สิทธิของนาย Diallo จนทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิโดยตรงที่กฎหมายรับรองไว้ในฐานะผู้ถือหุ้นได้

เบื้องต้นศาลจึงต้องพิจารณาว่านิติบุคคลหรือบริษัทดังกล่าวนี้มีตัวตนแยกจากผู้ถือหุ้นหรือไม่ หากบริษัทมีตัวตนเป็นของตนเองย่อมมีสิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน มีสิทธิต่างๆเป็นของบริษัทเอง ทั้งนี้การพิจารณาว่าบริษัทนั้นมีสภาพนิติบุคคลเป็นของตนเองหรือไม่ต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง<sup>114</sup> เมื่อนิติบุคคลมีสภาพบุคคลแยกจากผู้ถือหุ้น รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเท่านั้นที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้ในกรณีที่สิทธิของบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของอีกรัฐหนึ่ง ในทางกลับกันรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็จะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นได้แต่เพียงกรณีที่สิทธิของผู้ถือหุ้นที่ได้รับการรับรองไว้ถูกละเมิดเท่านั้น

<sup>113</sup> *Barcelona Traction*, paras. 46-47.

<sup>114</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*, para. 61



เมื่อศาลได้เริ่มพิจารณาจากกฎหมายภายในคองโกเพื่อพิจารณาสถานะทางกฎหมายของบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire ตามกฎหมายภายในคองโกว่าด้วยบริษัทพาณิชย์ มาตรา 1 ระบุว่า

“บริษัทพาณิชย์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้เป็นนิติบุคคลที่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น”<sup>115</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นเป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายคองโกกำหนดให้บริษัทเอกชนจำกัด (sociétés privées à responsabilité limitée (SPRLs)) มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นของตนเองแยกจากผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นที่แยกต่างหากจากบริษัท แต่ผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดชอบต่อหนี้ของบริษัทเพียงจำนวนหุ้นที่ถือเท่านั้น ดังนั้นหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างบริษัทกับบุคคลภายนอกจึงเป็นสิทธิและหน้าที่ของบริษัทโดยตรง ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวทางของศาลในคดี The Barcelona Traction ที่กล่าวไว้ว่า “ตราบเท่าที่บริษัทยังมีสภาพบุคคลอยู่ ผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีสิทธิในสินทรัพย์ของบริษัท”<sup>116</sup>

ศาลจึงเห็นว่าเบื้องต้นก็มีอำนาจฟ้อง เนื่องจากนาย Diallo ที่ได้รับความเสียหายมีสัญชาติกินี และเป็นการอ้างว่าการกระทำของคองโกที่มีขอบด้วยกฎหมายเป็นการละเมิดสิทธิของนาย Diallo โดยเฉพาะสิทธิในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire

อย่างไรก็ตามคองโกได้คัดค้านต่ออีกว่ากินียังไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้นได้เนื่องจากยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายภายในคองโก เพราะแม้นาย Diallo จะไม่ได้อยู่ในดินแดนของคองโกก็ไม่เป็นกีดขวางนาย Diallo ในการดำเนินการตามกฎหมายภายในคองโก กล่าวคือ นาย Diallo สามารถแต่งตั้งผู้แทนหรือมอบอำนาจให้แก่ทนายเพื่อดำเนินการทางกฎหมายแทนตนเองได้ ในทางกลับกันก็อ้างว่าการแต่งตั้งผู้จัดการหรือมอบอำนาจให้บุคคลอื่นดำเนินการทางกฎหมายแทนตามที่คองโกได้กล่าวอ้างไว้ นั้นย่อมทำได้ แต่ไม่สามารถแต่งตั้งหรือมอบอำนาจให้บุคคลอื่นใดมาดำเนินการแทนในระดับผู้บริหารได้

ศาลเห็นว่าการละเมิดสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นตามที่กินีกล่าวอ้างนั้นเป็นผลมาจากการขับไล่ออกนอกประเทศ ซึ่งนอกเหนือจากการแต่งตั้งผู้แทนแล้วคองโกไม่เคยโต้แย้งว่ามีหนทางอื่นใดที่นาย Diallo ยังมีได้ใช้เพื่อหาทางเยียวยาความเสียหายจากการถูกขับ

<sup>115</sup> Decree of 27 February 1887 on commercial corporations, Article 1,

“Commercial corporations recognized by law in accordance with this Decree shall constitute legal persons having a personality distinct from that of their members”

<sup>116</sup> *Barcelona Traction*, para. 41.

ไลอันเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรงในฐานะผู้ถือหุ้น และคู่พิพาททั้งสองฝ่ายมิได้กล่าวถึงประเด็นความมีประสิทธิภาพของการเยียวยาความเสียหายภายในคองโก

ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งของคองโกที่ว่านาย Diallo ยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัททั้งสอง โดยศาลจะพิจารณาข้อเรียกร้องของกีนีในรายละเอียดว่าการกระทำของคองโกนั้นเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้น (*associés*) ที่มีอำนาจดำเนินการ และควบคุมบริษัททั้งสองหรือไม่ต่อไปในชั้นเนื้อหา

ศาลเริ่มพิจารณาข้อเรียกร้องของกีนีอันเกี่ยวกับสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น อันได้แก่สิทธิในการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในที่ประชุมสามัญ สิทธิในการแต่งตั้งผู้จัดการ สิทธิในการกำกับดูแลการจัดการ และทรัพย์สินในหุ้นภายในบริษัท Africom-Zaire และ บริษัท Africontainers-Zaire ตามลำดับดังต่อไปนี้

### **1. สิทธิในการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในที่ประชุมสามัญ**

กีนีระบุว่า การขับไล่นาย Diallo ออกนอกดินแดนคองโกเท่ากับเป็นการกีดกันการใช้สิทธิตาม Congolese Decree มาตรา 79 ค.ศ. 1887 ว่าด้วยการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในที่ประชุมสามัญของบริษัท ดังนี้

“ผู้ถือหุ้นทั้งหลายย่อมมีสิทธิในการเข้าร่วมการประชุมสามัญ และ  
มีสิทธิลงคะแนนหนึ่งเสียงต่อหนึ่งหุ้น”

ศาลเห็นว่าสิทธิในการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในการประชุมสามัญนั้นเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้น ไม่ได้เป็นของบริษัท ซึ่งสอดคล้องกับคดี *The Barcelona Traction* ที่ระบุว่า “สิทธิในการเข้าร่วมการประชุมและลงคะแนนเสียงในการประชุมสามัญเป็นสิทธิตามกฎหมายภายในที่ให้ไว้แก่ผู้ถือหุ้น แยกต่างหากจากสิทธิของบริษัท”<sup>117</sup> ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดคำถามว่าการขับไล่นาย Diallo นั้นถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเข้าร่วมประชุมหรือไม่

ตามกฎหมายภายในคองโก หรือ Congolese Decree มาตรา 83 ระบุว่าผู้ถือหุ้นจำนวน 1 : 5 ของหุ้นทั้งหมดสามารถขอให้มีการประชุมได้ ศาลจึงเห็นว่าหากมีการจัดประชุมภายหลังจากนาย Diallo ถูกขับไล่ออกคองโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo แต่ตามข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าที่ผ่านมานาย Diallo ได้จัดการประชุมเลยทั้งในขณะที่พำนักอยู่ในคองโกหรือภายหลังจากที่ถูกขับไล่แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นกลับไม่มีหลักฐานอันใดบ่งชี้ว่านาย Diallo พยายามใช้อำนาจไม่ว่าจะในฐานะผู้ถือหุ้น หรือในฐานะผู้จัดการจัดการประชุมจากต่างประเทศภายหลังจากถูกขับไล่ออก

<sup>117</sup> *Ibid.*, para. 47.

นอกประเทศคองโกเช่นกัน ฉะนั้นศาลจึงเห็นว่าไม่มีการละเมิดสิทธิในการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในการประชุมสามัญของนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด

## 2. สิทธิที่เกี่ยวกับตำแหน่งผู้จัดการ

กีนีได้อ้างว่าการขับไล่ นาย Diallo เป็นการละเมิดสิทธิที่เกี่ยวข้องกับผู้จัดการดังต่อไปนี้

1. สิทธิในการแต่งตั้งผู้จัดการ
2. สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการ
3. สิทธิดำเนินการในฐานะผู้จัดการ และ
4. สิทธิที่จะไม่ถูกถอดถอนจากการเป็นผู้จัดการ

### 1. สิทธิในการแต่งตั้งผู้จัดการ

ศาลพบข้อเท็จจริงที่ว่านาย Diallo เคยแต่งตั้งผู้จัดการซึ่งก็คือนาย N’Kanza แล้ว ส่วนข้อกล่าวหาของกีนีที่ว่าคองโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ในการแต่งตั้งผู้จัดการนั้น ศาลจึงต้องพิจารณากฎหมายภายในคองโก Congolese Decree on Commercial Corporations มาตรา 65 ที่ระบุว่า

“ผู้จัดการจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามตราสารก่อตั้งบริษัทหรือตามมติที่ประชุมสามัญ...”

บทบัญญัติข้างต้นชี้ให้เห็นว่าเมื่อมีการก่อตั้งบริษัทเกิดขึ้นก็ต้องมีการแต่งตั้งผู้จัดการ หรือแต่งตั้งผู้จัดการหลังจากที่บริษัทก่อตั้งโดยยึดตามมติของที่ประชุมสามัญ เพราะฉะนั้นในทุกๆบริษัทจะต้องมีผู้จัดการ ซึ่งตามปกติจะต้องมีอย่างน้อยหนึ่งคน ซึ่งสิทธิการแต่งตั้งผู้จัดการจึงเป็นของบริษัท มิใช่สิทธิของผู้ถือหุ้น ด้วยเหตุนี้เองศาลจึงยกข้อเรียกร้องของกีนีที่ว่าคองโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ในการแต่งตั้งผู้จัดการ

### 2. สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการ

ข้อกล่าวอ้างประการที่สองที่ว่าคองโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ที่ จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้จัดการ ซึ่งศาลเห็นว่าผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้จัดการได้ แต่นาย Diallo ก็ไม่อาจถูกละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ เพราะนาย Diallo มีสถานะเป็นผู้จัดการของทั้งสองบริษัทอยู่แล้ว

ศาลจึงสรุปว่าไม่มีการละเมิดสิทธิของนาย Diallo ที่ จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้จัดการ

### 3. สิทธิดำเนินการในฐานะผู้จัดการ

ข้อกล่าวอ้างประการที่สามที่ว่าคองโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ในการดำเนินการในฐานะผู้จัดการ ศาลไม่อาจยอมรับเหตุผลของกีนีที่ว่าการกักขังและการขับไล่นั้นส่งผลให้นาย Diallo ไม่สามารถดำเนินการในฐานะผู้จัดการได้เพียงเพราะตนเองอยู่นอกประเทศคองโก ประกอบกับ Congolese Decree on Commercial Corporations 1887 มาตรา 69 ที่กำหนดว่า “ผู้จัดการอาจมอบอำนาจการบริหารจัดการบริษัท และอำนาจเฉพาะใดๆให้แก่ตัวแทนได้” และตราสารก่อตั้งบริษัท Africontainers-Zaire ที่ว่า “ผู้จัดการมีสิทธิก่อตั้งสำนักงานบริหารและ สาขา หรือสำนักงานตัวแทน คลังสินค้า หรือร้านค้าภายในรัฐซาอีร์ หรือในรัฐอื่นๆได้”<sup>118</sup> ในขณะที่ลักษณะหน้าที่ของนาย Diallo ในฐานะผู้จัดการนั้นอาจได้รับผลกระทบหากต้องดำเนินการจากต่างประเทศอยู่บ้าง แต่ด้วยบทบัญญัติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่ากีนียังคงมีช่องทางที่กฎหมายรับรองในการแต่งตั้งตัวแทนของตนขึ้นเพื่อดำเนินการในฐานะผู้จัดการได้ ทว่ากีนีกลับไม่สามารถนำสืบให้เห็นว่าการดำเนินการในฐานะผู้จัดการของนาย Diallo นั้นเป็นไปได้เลย ประกอบกับข้อเท็จจริงต่างๆ กลับบ่งชี้ว่าภายหลังจากการขับไล่นาย Diallo ออกจากคองโกแล้วนั้นตัวแทนของบริษัท Africontainers-Zaire ก็ยังคงดำเนินการแทนบริษัทภายในประเทศคองโกในการต่อรองกับบริษัทคู่ค้าอีกด้วย

ศาลจึงสรุปว่าข้อเรียกร้องของกีนีที่ว่าคองโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ในฐานะผู้จัดการนั้นเห็นควรตกไป

### 4. สิทธิที่จะไม่ถูกถอดถอนจากการเป็นผู้จัดการ

การที่กีนีอ้างว่าคองโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ที่จะไม่ถูกถอดถอนจากการเป็นผู้จัดการโดยระบุถึง Congolese Decree on Commercial Corporations 1887 มาตรา 67 ว่า

“ หน้าที่ผู้จัดการ (*gérant associés*) สามารถถูกถอดถอนได้หากมีเหตุอันควรโดยเป็นไปตามมติของที่ประชุมสามัญตามที่ได้กำหนดไว้ในตราสารก่อตั้ง เว้นเสียแต่ตราสารจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

<sup>118</sup> Amerasinghe, *Diplomatic Protection.*, Article 16:

“*gérance* is entitled to establish administrative bases in the Republic of Zaire and branches, offices, agencies, depots or trading outlets in any location whatsoever, whether in the Republic of Zaire or abroad”.

การถอดถอนผู้จัดการอื่นๆสามารถดำเนินการเมื่อใดก็ได้”<sup>119</sup>

ศาลไม่พบว่านาย Diallo ถูกละเมิดสิทธิในการดำรงตำแหน่งผู้จัดการเพราะไม่มีการจัดประชุมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อถอดถอนนาย Diallo ไม่มีเหตุอันควรแก่การถอดถอน แม้การดำเนินการของนาย Diallo ในฐานะผู้จัดการจากต่างประเทศจะไม่สะดวกนักหลังจากที่ถูกขับไล่ แต่ก็ยังคงมีฐานะเป็นผู้จัดการของทั้งบริษัท Africom-Zaire และ บริษัท Africontainers-Zaire ดังนั้นศาลจึงสรุปได้ว่าข้อเรียกร้องของกีนีที่ว่าคงโกได้ละเมิดสิทธิของนาย Diallo ที่จะไม่ถูกถอดถอนจากการเป็นผู้จัดการจึงตกไป นาย Diallo จึงมิได้ถูกละเมิดสิทธิที่เกี่ยวกับตำแหน่งผู้จัดการแต่อย่างใด

### 3. สิทธิกำกับดูแลการจัดการ

กีนีกล่าวอ้างว่าการขับไล่ นาย Diallo ให้ออกนอกประเทศเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิกำกับดูแลบริษัททั้งสอง และยังเป็นการละเมิดกฎหมายภายในคงโกคือ Decree on Commercial Corporations ค.ศ. 1887 ตามมาตรา 71<sup>120</sup>, 75<sup>121</sup> ซึ่งกำหนดว่าสิทธิในการกำกับดูแลกิจการเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้น (*associés*) มิใช่สิทธิของบริษัท และเมื่อนาย Diallo เป็นผู้ถือหุ้นเพียงผู้เดียวในบริษัททั้งสอง นาย Diallo จึงมีทั้งสิทธิและอำนาจตาม Decree on Commercial Corporations 1887 มาตรา 75 และตามตราสารก่อตั้งบริษัท Africontainers-Zaire ในข้อ 19<sup>122</sup> อีกด้วย

<sup>119</sup> "Decree on Commercial Corporations ". 1887. Article 67:

“Unless the statutes provide otherwise, *gérants associés* appointed for the life of the company can be removed only for good cause, by a general meeting deliberating under the conditions required for amendments to the statutes.

<sup>120</sup> Article 71

“Oversight of the management shall be entrusted to one or more administrators, who need not be *associés*, called ‘auditors’.

If there are more than one of these, the statutes or the general meeting may require them to act on a collegiate basis.

If the number of *associés* does not exceed five, the appointment of auditors is not compulsory, and each *associé* shall have the powers of an auditor.”

<sup>121</sup> Article 75

“The auditors’ task shall be to oversee and monitor, without restriction, all the actions performed by the management, all the company’s transactions and the register of *associés*.”

<sup>122</sup> Article 19 of Africontainers - Zaire’s Articles of Incorporation,

“Each of the *associés* shall exercise supervision over the company. Should the company consist of more than five *associés*, supervision shall be exercised by at least one auditor appointed by the general meeting, which shall fix his/her term of office and remuneration.”

คองโกได้เสนอต่อศาลว่าตามบทบัญญัติข้างต้นไม่ได้กำหนดให้สิทธิในการกำกับดูแล และจัดการบริษัทขึ้นอยู่กับผู้ถือหุ้นเพียงผู้เดียว (*associés*) แต่เป็นสิทธิของ “ผู้ตรวจสอบบัญชี” (*statutory auditors [commissaires aus comptes]*) อีกด้วย ศาลจึงสรุปโดยอาศัยบทบัญญัติใน มาตรา 71 วรรค 3 ด้วยเหตุที่ว่าทั้งบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire มีผู้ถือหุ้น จำนวนต่ำกว่า 5 คน ฉะนั้นนาย Diallo จึงต้องทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบบัญชี (*auditor*) ด้วยเช่นกัน ซึ่งหมายความว่านาย Diallo นั้นไม่สามารถถูกพรากสิทธิในการกำกับดูแลการจัดการของ “ผู้จัดการ” ของทั้งสองบริษัทได้ ส่วนการกักขังและขับไล่นาย Diallo จากคองโกนั้นแม้อาจส่งผลให้กิจกรรมทาง ธุรกิจของทั้งสองบริษัทนั้นมีอุปสรรคมากขึ้น แต่ก็มิได้เป็นการกีดกันสิทธิในการกำกับดูแลการจัดการ ในฐานะ “ผู้จัดการ” (*gérant*) แต่อย่างใด ศาลจึงได้สรุปประเด็นนี้ว่าคองโกมิได้ละเมิดสิทธิในการ กำกับดูแลการจัดการของนาย Diallo

#### 4. ทรัพย์สินในหุ้นภายในบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire

ก็ได้กล่าวว่าการกระทำของคองโกที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1988 ขณะที่นาย Diallo ถูก กักขังส่งผลให้มูลค่าการลงทุนของนาย Diallo ในบริษัททั้งสองตกต่ำลง ดังนั้นการละเมิดของคองโกที่ จับกุมและขับไล่นาย Diallo จึงเป็นการขัดขวางการจัดการ และการเข้าร่วมกิจกรรมต่างๆภายใน บริษัท รวมถึงเป็นการขัดขวางการควบคุมและการใช้หุ้น (*parts sociales*) จึงเป็นการละเมิดกฎหมาย ระหว่างประเทศและส่งผลให้คองโกมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ เพราะนาย Diallo เป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดภายในบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire แต่เพียงผู้เดียว และแม้ บริษัทกับผู้ถือหุ้นจะมีสภาพบุคคลที่แยกจากกัน แต่ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับนาย Diallo นั้นก็แน่นแฟ้นและนับได้ว่าทรัพย์สินของทั้งสองฝ่ายได้รวมเป็นหนึ่งเดียว ฉะนั้นการกระทำต่อ บริษัทก็ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเป็นเจ้าของหุ้น (*parts sociales*) ภายในบริษัทของนาย Diallo เช่นกัน

อย่างไรก็ตามศาลพบว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับหลักการตามกฎหมาย ภายในที่ว่า “บริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น” ดังนั้นสิทธิในทรัพย์สินของบริษัทก็ต้อง แยกต่างหากจากสิทธิในทรัพย์สินของผู้ถือหุ้น ศาลจึงไม่เห็นด้วยกับกึ่งนี้ที่ว่า “ทรัพย์สิน ของบริษัทนั้นรวมเข้ากับทรัพย์สินของผู้ถือหุ้น” นอกจากสิทธิแล้วศาลก็เห็นว่ากรณีดังกล่าวหมาย รวมถึงความรับผิดชอบเช่นกัน กล่าวคือความรับผิดชอบของบริษัทมิใช่ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น และนอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากตราสารก่อตั้งของบริษัท Africontainers-Zaire ข้อ 7 ก็ยิ่งชัดเจนยิ่งขึ้นเมื่อปรากฏ ข้อความที่ว่า “ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นแต่ละคนต่อพันธกรณีของบริษัทนั้นถูกจำกัดเพียงเท่ากับหุ้นที่ ถือภายในบริษัท”<sup>123</sup> นอกจากนี้ศาลยังคงอ้างถึงคดี Barcelona Traction กำหนดให้ต้องแยกแยะว่า

<sup>123</sup> Article 19 of Africontainers - Zaire's Articles of Incorporation,

เป็นความเสียหายต่อสิทธิ หรือเป็นความเสียหายต่อผลประโยชน์ เพราะการละเมิดสิทธิเท่านั้นที่จะนำมาซึ่งความรับผิดชอบ ดังนั้นหากสิทธิที่ถูกละเมิดเป็นสิทธิของบริษัทย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบใดๆต่อผู้ถือหุ้นแม้ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะถูกกระทบกระเทือนด้วยก็ตาม<sup>124</sup>

ศาลพบว่าคองโกไม่ได้ละเมิดสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น ดังที่กีนีกล่าวอ้างไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในที่ประชุมสามัญของบริษัท สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งและดำรงตำแหน่งในฐานะผู้จัดการ หรือสิทธิในการกำกับดูแลกิจการ และสิทธิอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับหุ้นจะต้องจำแนกไว้ต่างหากโดยแยกจากสิทธิของบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเรื่องสิทธิในทรัพย์สินของบริษัท ศาลเห็นว่านอกจากสิทธิแล้ว ทรัพย์สินอื่นๆ รวมถึงหนี้สินหรือเงินทุนล้วนเป็นทรัพย์สินของบริษัททั้งสิ้น เว้นเสียแต่สิทธิในหุ้น เพราะหุ้นคือสิ่งนำมาแลกกับเงินลงทุน เงินลงทุนที่ได้จากการขายหุ้นนั้นย่อมตกเป็นสิทธิของบริษัท ในขณะที่เดียวกันสิทธิในหุ้นก็ถูกโอนให้กับผู้ซื้อ เช่นเดียวกันกับสิทธิในเงินปันผล และสิทธิที่จะได้รับส่วนแบ่งเมื่อมีการชำระบัญชีบริษัท<sup>125</sup> ทั้งนี้สิทธิของนาย Diallo ที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นประเด็นปัญหาก็คือเงินปันผลหรือเงินที่นาย Diallo ควรจะได้รับเมื่อบริษัททั้งสองปิดกิจการ อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงนั้นยังไม่มีหลักฐานที่บ่งชี้ว่ามีสถานการณ์ที่ทำให้บริษัททั้งสองปิดกิจการลง และไม่มีหลักฐานอันใดที่บ่งชี้ว่าคองโกได้ละเมิดสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในประเด็นดังกล่าว

ศาลสรุปว่าข้อกล่าวอ้างของกีนีที่ว่าสิทธิในหุ้นซึ่งเป็นทรัพย์สินของนาย Diallo ในบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire มิได้ถูกละเมิดดังที่มีการกล่าวอ้าง

### 3.3.3.3 ประเด็นที่ 3: กีนีมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแทนที่บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire หรือไม่?

สำหรับประเด็นนี้ศาลจะต้องพิจารณาการอ้างสิทธิของกีนีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo โดยการแทนที่บริษัท Africom-Zaire และ บริษัท Africontainers-Zaire หรือ “by substitution” เนื่องจากคองโกได้ยกข้อคัดค้านสองประเด็นคือ 1) กีนีไม่มีอำนาจฟ้องและ 2) ประเด็นที่ยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย

ประเด็นแรกนั้นคองโกอ้างว่ากีนีไม่สามารถให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่บริษัท Africom-Zaire และ บริษัท Africontainers-Zaire ได้ แม้จะอ้างว่ารัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายคือรัฐเจ้าของบริษัททั้งสองก็ตาม โดยยึดถือหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่คดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ ดังนี้

“Liability of each (*associés*) in respect of corporate obligations shall be limited to the amount of his/her *parts sociales* in the company”

<sup>124</sup> *Barcelona Traction.*, para. 46.

<sup>125</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*, (2010), para. 157.

“สิทธิที่ถูกละเมิดเท่านั้นที่จะนำมาซึ่งความรับผิด ดังนั้นหากการกระทำที่ละเมิดสิทธิของบริษัทย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดแก่ผู้ถือหุ้นที่ผลประโยชน์ถูกระทบ”

ดังนั้นสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทจึงเป็นสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท แต่หากเทียบเคียงกับคดี ELSI แม้ศาลจะยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทสัญชาติสหรัฐที่ผู้ถือหุ้นในบริษัท ELSI โดยอ้างว่าองค์กรของอิตาลีก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทดังกล่าว ศาลจึงมิได้พิจารณาจากหลักการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ศาลยึดเอาสนธิสัญญา FCN Treaty ที่ทำขึ้นระหว่างสองรัฐที่ให้สิทธิโดยตรงแก่คนชาติ และบริษัทของรัฐคู่ภาคีเป็นหลัก

แม้ศาลเห็นว่าในปัจจุบันการให้ความคุ้มครองสิทธิของบริษัท สิทธิของผู้ถือหุ้น และการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการคุ้มครองตามความตกลงทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน รวมถึงอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States*) ที่ก่อตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes; ICSID) และสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ความตกลงเหล่านี้จึงเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่ทำให้บริษัท หรือผู้ถือหุ้นสามารถเรียกร้องโดยอาศัยสิทธิตามความตกลงพิเศษนั้นๆ ได้โดยตรงโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการให้ความคุ้มครองทางการทูต ในทางตรงกันข้ามหากเป็นกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาทวิภาคี หรือสนธิสัญญาพหุภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐคู่พิพาทหรือแม้มีแต่ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้จึงนำมาสู่ทฤษฎีการให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นต่างชาติในบริษัทที่ไม่สามารถหาประโยชน์จากสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้และการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั่นเอง<sup>126</sup> ฉะนั้นการให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่จึงเป็นวิธีการให้ความคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติวิธีสุดท้าย

ว่าการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นโดยการแทนที่ซึ่งไม่ได้รับการยอมรับจากแนวปฏิบัติของรัฐหรือคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศว่าเป็นข้อยกเว้นในจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น ข้อตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างชาติ อนุสัญญากรุงวอชิงตันนั้น แม้จะได้สร้างหลักเกณฑ์พิเศษทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนขึ้นมา หรือมีบทบัญญัติภายในที่ครอบคลุมถึงสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุน

<sup>126</sup> Ahmadou Sadio Diallo.(2007), para. 88.



ต่างชาติ แต่ข้อตกลงเช่นว่านี้ก็ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต เป็นแต่เพียงความตกลงพิเศษที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐเท่านั้น

อย่างไรก็ดีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ได้เปิดช่องทางสำหรับการให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่ไว้ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ที่ค่อนข้างจำกัด ดังเช่นที่กำหนดในร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อ 11 (บี) ที่ระบุว่า

“...รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองแก่บริษัทที่ได้รับความเสียหายได้ก็ต่อเมื่อ

(เอ) ...

(บี) บริษัทมีสัญชาติของรัฐที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในเวลาที่ความเสียหายเกิด และการก่อตั้งบริษัทในรัฐนั้นเป็นเงื่อนไขในการดำเนินธุรกิจภายในรัฐแห่งนั้น”

เงื่อนไขเบื้องต้นตามบทบัญญัติข้างต้นคือบริษัทจะต้องจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ศาลคดี Diallo จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงใดที่เป็นข้อยกเว้นจารีตประเพณีหรือไม่ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท Africom-Zaire กับบริษัท Africontainers-Zaire ได้รับการก่อตั้งขึ้นในซาอีร์ (Zaire) และจดทะเบียนในเมืองคินชาซาโดยนาย Diallo ที่เป็นผู้ดำเนินการ แต่เมื่อศาลพิจารณาเงื่อนไขต่อมากลับพบว่าทั้งบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ไม่ได้ถูกก่อตั้งในบริบทของการให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่ตามข้อ 11 (บี) กล่าวคือไม่ปรากฏข้อเท็จจริงจนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าการจัดตั้งบริษัทในคองโกเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้ทั้งสองบริษัททำธุรกิจภายในประเทศคองโกได้ด้วยเหตุนี้ศาลจึงมีอาจรับข้อเรียกร้องของกินีในประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตผ่านการแทนที่บริษัทได้แต่อย่างใด และเมื่อกินีไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้ ศาลจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาต่อในประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมานี้ ศาลจึงปฏิเสธการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่ของกินี

### 3.3.4 การให้เหตุผลของศาลกับประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น

#### 3.3.4.1 กรณีสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย

ก็มีมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire<sup>127</sup> โดยคงโกได้คัดค้านข้อเรียกร้องของกีนีโดยอ้างคำร้องของกีนีที่ระบุว่า “ความเสียหายต่อสิทธิของบริษัทก่อความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นโดยการละเมิดสิทธิโดยตรง”<sup>128</sup> ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยยกเอาความเห็นศาลในคดี Barcelona Traction ที่เคยปฏิเสธการให้เหตุผลในลักษณะนี้อีกด้วย เพราะการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นนั้นอยู่ภายในกรอบที่ถูกจำกัดเพียงสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายภายในของรัฐที่ก่อตั้งบริษัทซึ่งก็คือกฎหมายคองโก และแม้นาย Diallo จะถูกขับไล่ออกจากคองโกก็ตาม การขับไล่นั้นก็ไม่ได้กระทบต่อสิทธิในฐานะผู้ถือหุ้น เนื่องจากนาย Diallo สามารถใช้สิทธิดังกล่าวในต่างประเทศได้และยังมีสิทธิแต่งตั้งหรือมอบอำนาจให้ผู้อื่นดำเนินการแทนได้เช่นกัน

ในทางกลับกันกีนีก็ได้อ้างคำตัดสินของศาลในคดี Barcelona Traction ว่าการละเมิดสิทธิของบริษัทไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น แม้ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะถูกกระทบด้วยก็ตาม ทว่าในกรณีนี้การจับกุมและการขับไล่นาย Diallo ออกจากคองโกนั้นเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิจัดการ และควบคุมบริษัททั้งสอง และนาย Diallo ก็มีอาจใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างสมบูรณ์ภายนอกดินแดนคองโก แสดงให้เห็นว่าสถานการณ์นี้เป็นการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น

เมื่อศาลได้พิจารณาข้อโต้แย้งของทั้งสองฝ่ายแล้วศาลพบว่าสิทธิโดยตรงของนาย Diallo นั้นถูกระทบโดยตรงจากมาตรการขับไล่นั้น ประกอบกับคองโกก็ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีหนทางอื่นใดที่เปิดโอกาสให้นาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้นสามารถแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นว่ากีนีมียอมมีสิทธิเรียกร้องในคดีนี้ตราบเท่าที่การละเมิดของคองโกนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในทางกลับกันศาลไม่ยอมรับคำคัดค้านของคองโกในประเด็นที่ว่านาย Diallo ยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย

การที่คองโกคัดค้านข้อเรียกร้องของกีนีว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อ นาย Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นนั้นทำให้ศาลได้มีโอกาสพิจารณาประเด็นที่ยังคงเป็นที่ถกเถียงอยู่ไม่น้อยซึ่งก็คือประเด็นเรื่องสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น เพราะศาลจะต้องพิจารณาว่ากีนีมีสิทธิเรียกร้องในการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo หรือไม่ ซึ่งศาลในคดีนี้ก็ได้อธิบายหลักในคดี Barcelona Traction ที่เป็นหลักการทั่วไปว่า “ตราบเท่าที่บริษัทยังมีสภาพนิติบุคคลอยู่ ผู้ถือหุ้นย่อม

<sup>127</sup> Ibid., paras. 50-75

<sup>128</sup> Ibid., para. 51.

ไม่มีสิทธิในทรัพย์สินของบริษัทนั้น”<sup>129</sup> และยังเน้นย้ำถึงการแยกแยะว่าสิทธิใดเป็นของผู้ถือหุ้นและสิทธิใดเป็นของบริษัท ทั้งนี้สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นนั้นถูกกำหนดโดยกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้น มิได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>130</sup> ซึ่งก็สอดคล้องกับการให้เหตุผลของศาลในคดี Barcelona Traction เช่นกัน<sup>131</sup> จึงเป็นที่ยอมรับว่ากฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้นเท่านั้น ก่อให้เกิดสิทธิของผู้ถือหุ้น ทว่า Judge Oda ในคดี ELSI ได้แสดงความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นอาจเป็นไปได้ที่จะพิจารณาได้จากกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้น หรือจะพิจารณาจากหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยบริษัทก็ได้<sup>132</sup> ซึ่งความแตกต่างในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับแหล่งที่มาของสิทธิของผู้ถือหุ้นนั้นเป็นประเด็นที่สำคัญไม่น้อย เพราะหากเป็นไปได้ตามกรณีแรกก็เท่ากับว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ในกรณีที่สองคือพิจารณาสิทธิของผู้ถือหุ้นตามหลักกฎหมายทั่วไปอาจส่งผลให้ผู้ถือหุ้นนั้นมีสิทธิที่มากกว่าหรือน้อยกว่าสิทธิที่พึงมีตามกรณีแรก

ทว่าศาลคดี Diallo พิจารณาสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้น โดยศาลได้กล่าวว่า

“การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐกระทำต่อสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น สิทธิโดยตรงดังกล่าวถือตามกฎหมายภายในของรัฐที่ได้รับการยอมรับจากทั้งสองฝ่าย”<sup>133</sup>

อย่างไรก็ดีภายในร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้พยายามรวบรวมสาระของแนวทางทั้งสองเข้าไว้ด้วยกัน เห็นได้จากคำอธิบายร่างข้อบทฯ ข้อ 12 ที่ว่า

“โดยทั่วไปสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทนั้นได้ก่อตั้งขึ้น แต่หากรัฐที่รับจดทะเบียน

<sup>129</sup> *Ibid.*, para. 63 และ *Barcelona Traction.*, para. 41.

<sup>130</sup> Algot Bagge, "Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders," *British Yearbook of International Law* (1958). P.162, 169.

<sup>131</sup> *Barcelona Traction.*, para. 50.

<sup>132</sup> Rosalyn Higgins, "Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd," *Virginia Journal of International Law* (1970). P.327, 331-42; See also Richard Lillich, "Two Perspectives on the Barcelona Traction Case: The Rigidity of Barcelona," *American Journal of International Law* (1971). p. 522.

<sup>133</sup> *Ahmadou Sadio Diallo.*, para. 64.

“...what amounts to the internationally wrongful act, in the case of *associés* or shareholders, is the violation by the respondent State of their direct rights in relation to a legal person, direct rights that are defined by the domestic law of that State, as accepted by both Parties...”

ก่อตั้งบริษัทขึ้นนั้นกลับเป็นรัฐที่ก่อความเสียหายจึงต้องนำหลัก  
ทั่วไปของกฎหมายบริษัทมาบังคับใช้เพื่อพิจารณาสิทธิของผู้ถือหุ้น  
ต่างชาติที่ถูกเลือกประคับประคอง”<sup>134</sup>

จุดนี้เป็นที่น่าสังเกตเนื่องจากศาลไม่ได้อ้างถึงข้อยกเว้นดังที่คณะกรรมการกิจการ  
กฎหมายระหว่างประเทศได้แนะนำไว้ในร่างข้อบทฯ แม้ว่าข้อเท็จจริงของคดี Diallo จะตรงตาม  
เนื้อหาของร่างข้อบทฯ ข้างต้น กล่าวคือ นาย Diallo ถือหุ้นอยู่นั้นเป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในคองโก  
ซึ่งเป็นรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ฉะนั้นการนำหลักทั่วไปของกฎหมายมาบังคับใช้ก็อาจเป็นกลไกที่มี  
นัยสำคัญต่อสถานะของนาย Diallo ที่เป็นผู้ถือหุ้นมากขึ้น

อย่างไรก็ตามศาลก็ได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ใน  
ฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นว่ามีมากกว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นตามที่คดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้หรือไม่  
เพราะศาลคดี Barcelona Traction ได้เคยแนะนำว่าสิทธิดังกล่าวย่อมรวมถึง สิทธิที่จะได้รับเงินปัน  
ผล สิทธิที่จะเข้าร่วมประชุมสามัญและลงคะแนนเสียง และสิทธิที่จะได้รับส่วนแบ่งในหุ้นเมื่อมีการ  
ชำระบัญชี<sup>135</sup> นอกจากนี้ในความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ของ Judge Tanaka ที่ระบุ  
ตัวอย่างสิทธิของผู้ถือหุ้นเพิ่มเติมอีกด้วยว่ารวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องผู้จัดการโดยผู้ถือหุ้นจำนวนน้อย  
สิทธิในการโอนย้ายหุ้น และ สิทธิในใบหุ้น<sup>136</sup> แต่ในคดี Diallo ก็ไม่ได้เรียกร้องว่ากฎหมายที่ควบคุม  
บริษัทพาณิชย์ในคองโกนั้นได้กำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นทั้งด้าน ‘ทรัพย์สิน’ ซึ่งรวมถึงสิทธิที่จะได้รับ  
เงินปันผล รวมถึงสิทธิในการควบคุมและจัดการกิจการภายในบริษัท และ ‘สิทธิอื่นๆ’ ที่เกี่ยวข้องกับ  
บริษัท<sup>137</sup> สิทธิเหล่านี้มีนัยที่กว้างกว่าตัวอย่างสิทธิของผู้ถือหุ้นที่คดี Barcelona Traction เคยกล่าว  
ไว้ ดังนั้นศาลจึงปฏิเสธข้อโต้แย้งของคองโกและสรุปว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นนั้นมิได้ถูกจำกัดเพียงสิทธิที่คดี  
Barcelona Traction เคยกล่าวถึงเท่านั้น<sup>138</sup> เบื้องต้นศาลจึงรับพิจารณาข้อเรียกร้องของกินี แต่เมื่อ  
ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงต่อไปในชั้นเนื้อหากลับไม่พบว่าสิทธิโดยตรงในฐานะผู้ถือหุ้นถูกละเมิดแต่  
อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุนี้กินีจึงไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้น

<sup>134</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries.", p. 67.

“In most cases this is a matter to be decided by the municipal law of the State of incorporation. Where the company is incorporated in the wrongdoing State, however, there may be a case for the invocation of general principles of company law in order to ensure that the rights of foreign shareholders are not subjected to discriminatory treatment.”

<sup>135</sup> *Barcelona Traction.*, para. 47.

<sup>136</sup> *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Tanaka, p. 125.

<sup>137</sup> *Ahmadou Sadio Diallo.*, para. 55.

<sup>138</sup> *Ibid.*, para. 52.

### 3.3.4.2 กรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

เมื่อกรณีประสงคฺจะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire โดยการแทนที่ (by substitution)<sup>139</sup> โดยอ้างถึงคดี Barcelona Traction ที่แม้ศาลจะระบุว่ารัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต คือรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้นเท่านั้น (State of incorporation)<sup>140</sup> แต่ศาลก็ได้เคยกล่าวถึงข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไป ดังนี้

“การให้ความคุ้มครองทางการทูตตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องนำมาปรับใช้อย่างเหมาะสม แต่หากเกิดกรณีที่ไม่สามารถ นำกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทมาใช้ ก็อาจทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้”<sup>141</sup>

นอกจากนี้จะอ้างถึงคดี Barcelona Traction แล้ว ก็นี่ก็ยังอ้างอิงถึงความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติประกอบกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพิเศษยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไปอีกด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้<sup>142</sup> ซึ่งท้ายที่สุดศาลสรุปว่า

“จากการที่กรณีได้ยกข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ อาทิ ข้อตกลงว่าด้วยความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติและอนุสัญญาอวกซิงตันที่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองการลงทุน โดยครอบคลุมไปถึงสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ศาลกลับเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะบ่งชี้ว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ส่วนคำ

<sup>139</sup> Ibid., paras 77-94

<sup>140</sup> Ibid., paras, 88-89, The Court held in *Barcelona Traction*, "The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office..." See also "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). P.59.

<sup>141</sup> *Barcelona Traction*. para. 93

"The Court considers that, in the field of diplomatic protection as in all others fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably. It has been suggested that if in a given case it is not possible to apply the general rule that the right of diplomatic protection of a company belongs to its national State, considerations of equity might call for the possibility of protection of the shareholders in question by their own national State."

<sup>142</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*, para.54.

ชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กินีได้กล่าวอ้างเป็นเพียงกรณีความตกลงที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐหรือมากกว่า ซึ่งฐานทางกฎหมายจากข้อตกลงดังกล่าวส่งผลให้รัฐที่ก่อความเสียหายมีความรับผิดชอบต่อบริษัทได้โดยตรง...”<sup>143</sup>

แม้กินีจะพยายามหาข้ออ้างเพียงใด แต่ศาลเห็นว่าในปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิของบริษัทและสิทธิของผู้ถือหุ้นนั้นอยู่ในรูปแบบของสนธิสัญญาทวิภาคี หรือพหุภาคี ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองการลงทุนต่างชาติจากการกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท ซึ่งเป็นเพียงข้อตกลงพิเศษ ไม่ใช่ข้อยกเว้นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเข้ามาให้ความคุ้มครองคนชาติของตนเองได้<sup>144</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นต่างชาติที่ไม่สามารถอาศัยประโยชน์จากสนธิสัญญาระหว่างประเทศและไม่สามารถหาหนทางเยียวยาความเสียหายอื่นใดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบริษัทได้รับความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั่นเอง ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ศาลไม่พบข้อยกเว้นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยอมรับการให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่อาจยอมรับข้อเรียกร้องของกินีที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการเข้าแทนที่ได้

อย่างไรก็ตามศาลยังคงพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐและคำตัดสินของศาลในคดีก่อนหน้าที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นโดยสรุปว่าไม่มีข้อยกเว้นใดที่สนับสนุนให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้<sup>145</sup> โดยที่ไม่กล่าวถึงช่องทางที่ศาลในคดี Barcelona Traction ที่ว่า “เพื่อความเสมอภาค (for reasons of equity) รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายคือรัฐ

<sup>143</sup> Ibid., para. 90.

“The fact invoked by Guinea that various international agreements, such as agreements for the promotion and protection of foreign investments and the Washington Convention, have established special legal regimes governing investment protection, or that provisions in this regard are commonly included in contracts entered into directly between States and foreign investors, is not sufficient to show that there has been a change in customary rules of diplomatic protection; it could equally show the contrary. The arbitrations relied on by Guinea are also special cases, whether based on specific international agreements between two or more States, including the one responsible for the allegedly unlawful acts regarding the companies concerned... or based on agreements concluded directly between a company and the State allegedly responsible for the prejudice to it...”

<sup>144</sup> Ibid., para. 90.

<sup>145</sup> Ibid., para. 89.

เจ้าของสัญชาติบริษัท”<sup>146</sup> ที่เปิดช่องทางให้แก่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในการเรียกร้อง ทว่าศาลในคดีนี้กลับให้น้ำหนักกับข้อยกเว้นที่คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission หรือ ILC) ได้กำหนดไว้ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งตามร่างข้อบ่งชี้ ข้อที่ 11 (บี) ว่าด้วย การให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นระบุว่า

“รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อบริษัท เว้นแต่

(เอ) ความเป็นบริษัทได้สิ้นสุดตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้น ด้วยเหตุผลที่มีได้เกี่ยวข้องความเสียหาย หรือ

(บี) ในวันที่เกิดความเสียหาย บริษัทถือสัญชาติของรัฐที่เป็นผู้ก่อความเสียหาย และการก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นเป็นเงื่อนไขแห่งการดำเนินธุรกิจภายในรัฐดังกล่าว”<sup>147</sup>

ศาลคดี Diallo ได้ยอมรับว่าร่างข้อบ่งชี้ ข้อ 11 รวมถึงข้อยกเว้นสองประการข้างต้นซึ่งถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>148</sup> ได้ร่างขึ้นตามแนวปฏิบัติของรัฐและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>149</sup> ดังนั้นเมื่อศาลพิจารณาตามข้อเท็จจริงกลับพบว่ากฎหมายภายในคองโกมิได้กำหนดเงื่อนไขบังคับให้นาย Diallo ต้องจัดตั้งบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ภายในคองโก ฉะนั้นข้อยกเว้นตามร่างข้อบ่งชี้ ดังกล่าวจึงมีอาจนำมาใช้กับคดีนี้ได้<sup>150</sup> จากแนวทางการวินิจฉัยของศาลจึงแสดงให้เห็นว่าการนำหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการ

<sup>146</sup> *Barcelona Traction*, para. 92. “a theory has been developed to the effect that the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company.”

<sup>147</sup> “Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries.” *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.

<sup>148</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*, 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 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 11 reflects customary international law does not arise in this case,”

<sup>149</sup> “Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries.”, p. 62-65

<sup>150</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*, paras. 91-93.

แทนที่บริษัทที่เสียหายในคดี Diallo อยู่ในกรอบที่จำกัดมากยิ่งขึ้นกว่าที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ จึงอาจอนุมานได้ว่าศาลต้องการกำหนดให้รัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้นเป็นเพียงรัฐเดียวที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้สำหรับข้อพิพาทนี้ ในขณะที่ความเป็นผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวของนาย Diallo กลับมีน้ำหนักไม่เพียงพอที่จะทำให้ก็มีสิทธิให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ได้

อย่างไรก็ตามสาระที่ได้จาก Preliminary Objections ในคดี Diallo ได้สร้างความชัดเจนและเป็นตัวอย่างของสิทธิที่จำกัดของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในการเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่ แม้การระงับข้อพิพาทในปัจจุบันจะโน้มเอียงไปทางการอนุญาตตุลาการที่เอกชนสามารถเรียกร้องได้ด้วยตนเองโดยอาศัยช่องทางของความตกลงต่างๆ แต่การให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่นั้นก็ยังเป็นวิธีการหนึ่งสำหรับรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุนที่อาจยกขึ้นมาเพื่อเรียกร้องต่อศาลภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดได้

### 3.3.4.3 ภาระการพิสูจน์ประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย

คดี Diallo ศาลได้พิจารณาสองประเด็นสำคัญในคำคัดค้านเบื้องต้น (Preliminary Objections) ที่เกี่ยวข้องกับหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน คือ (1) หากรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลยพินิจที่จะให้มีการเยียวยาหรือไม่แต่เพียงผู้เดียวนั้น ผู้เสียหายยังคงต้องแสวงหาหนทางเยียวยาอยู่อีกหรือไม่ และ (2) การกำหนดภาระการพิสูจน์กับการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย

ประเด็นแรก - จากข้อโต้แย้งของคองโกที่ว่านาย Diallo ยังไม่ได้สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายเพราะยังไม่ได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อนายกรัฐมนตรีพิจารณาประเด็นเรื่องการขับไล่และปฏิเสธการเข้าเมืองของนาย Diallo อีกครั้งหนึ่ง แต่ศาลกลับเห็นว่าแม้การเยียวยาความเสียหายภายในจะต้องดำเนินการจนหมดสิ้น แต่การที่นาย Diallo ไม่ได้ร้องขอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อให้พิจารณาข้านั้นมิได้ถือเป็นวิธีการอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>151</sup> อีกทั้งคองโกก็ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามีวิธีการอื่นใดนอกเหนือจากนี้ตามกฎหมายภายในของตนที่ส่งผลให้มีการอุทธรณ์การขับไล่ได้ ฉะนั้นศาลจึงยกข้อโต้แย้งของคองโกที่ว่ายังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐด้วยเหตุแห่งการขับไล่ออกนอกประเทศดังกล่าว เพราะคองโกก็ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายภายในคองโกมีกระบวนการที่มีประสิทธิภาพหลงเหลืออยู่ ประกอบกับคำสั่งขับไล่ก็ไม่สามารถยกขึ้นอุทธรณ์ได้แต่อย่างใด นาย Diallo จึงไม่สามารถใช้ช่องทางอื่นใดเพื่อเยียวยาความเสียหายภายในประเทศคองโกได้ จึงถือว่าอยู่ในสถานะที่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในคองโกเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

<sup>151</sup> Ibid., para.47.



ประเด็นที่สอง – ประเด็นนี้เกี่ยวข้องกับการกำหนดภาระการพิสูจน์ว่าตกอยู่กับฝ่ายใด ซึ่งภาระการพิสูจน์นี้มุ่งพิจารณาว่าบุคคลที่เสียหายนั้นสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายแล้วหรือยัง ตามธรรมดาศาลจะกำหนดให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับรัฐผู้ร้องที่ต้องพิสูจน์ว่าคนชาติของรัฐตนสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้วหรือไม่ ต่อมาจึงจะเป็นหน้าที่ของรัฐคู่พิพาทที่จะต้องพิสูจน์ว่ายังมีกระบวนการเยียวยาอื่นภายในรัฐที่ผู้เสียหายยังไม่ได้แสวงหาการเยียวยา โดยศาลได้กล่าวว่

“การให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐผู้ร้องที่จะต้องพิสูจน์ว่าได้แสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายจนหมดสิ้นแล้ว หรือไม่ก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีสถานการณ์พิเศษใดที่ส่งผลให้ผู้เสียหายที่รัฐผู้ร้องพยายามคุ้มครองนั้นไม่สามารถแสวงหาหนทางเยียวยาได้...ในทางกลับกันรัฐคู่ความก็ต้องแถลงต่อศาลเพื่อยืนยันว่ายังคงมีหนทางเยียวยาอื่นตามกฎหมายภายในของตนที่ผู้เสียหายยังมีได้ดำเนินการจนหมดสิ้น”<sup>152</sup>

การที่ศาลกล่าวเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ามีสถานการณ์ 2 รูปแบบที่ถือได้ว่าผู้เสียหายสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว คือ 1) เมื่อผู้เสียหายได้ดำเนินการทุกวิถีทางภายในรัฐแล้ว แต่ยังไม่สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหาย กรณีนี้จึงถือได้ว่าสิ้นสุดหนทางอย่างแท้จริง หรือ 2) เมื่อมีสถานการณ์พิเศษอื่นใดกีดขวางการแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหาย หรือไม่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายดำเนินการเพื่อให้ได้รับการเยียวยา กรณีนี้จึงอาจอนุมานได้ว่าสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

ทว่าประเด็นเรื่องการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายเป็นประเด็นสำคัญซึ่งรัฐที่ถูกกล่าวหาจะต้องยกขึ้นมาในข้อโต้แย้งของฝ่ายตนเพื่อแสดงให้เห็นว่าบุคคลที่รัฐผู้ร้องต้องการให้ความคุ้มครองยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย ในทางกลับกันหากรัฐคู่พิพาทมิได้ยกประเด็นนี้ขึ้นมาเป็นข้อโต้แย้งถือว่าการยอมรับว่าคนต่างด้าวที่รัฐผู้ร้องให้ความคุ้มครองนั้นได้สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ดังที่ศาลในคดี Diallo กล่าวว่

<sup>152</sup> Ibid., para. 44.

“In matters of diplomatic protection, it is incumbent on the applicant to prove that local remedies were indeed exhausted or to establish that exceptional circumstances relieved the allegedly injured person whom the applicant seeks to protect of the obligation to exhaust available local remedies... It is for the respondent to convince the Court that there were effective remedies in its domestic legal system that were not exhausted.”

“แม้คองโกจะพยายามแสดงให้เห็นถึงการเยียวยาที่ยังคงมีอยู่ในกฎหมายภายในของคองโกในกรณีที่นาย Diallo ถูกขับไล่ออกนอกรัฐ Zaire แล้วก็ตาม แต่คองโกกลับไม่ได้ยกประเด็นเรื่องการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจับกุม การกักขัง และการละเมิดสิทธิอื่นๆ ในฐานะบุคคลธรรมดาที่เป็นผลมาจากมาตรการต่างๆ และจากการขับไล่ ฉะนั้นศาลจึงจะพิจารณาการเยียวยาความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการขับไล่นาย Diallo เพียงเท่านั้น”<sup>153</sup>

จากคำกล่าวข้างต้นนี้สะท้อนให้เห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่ศาลจะเชี่ยวชาญกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งใจความนี้ก็สอดคล้องกับสิ่งที่ศาลได้เคยกล่าวไว้ในคดี ELSI เช่นกัน<sup>154</sup> ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของรัฐผู้ถูกกล่าวหาที่ย่อมรู้ซึ่งถึงกระบวนการภายในของรัฐของตนโดยจะต้องเป็นผู้นำเสนอว่าคนต่างด้าวนั้นดำเนินการเยียวยาตามกฎหมายภายในของตนจนหมดสิ้นแล้วหรือยัง เมื่อคองโกระบุแต่เพียงวิธีการเยียวยาความเสียหายเฉพาะส่วนของการขับไล่ แต่ไม่กล่าวถึงวิธีการเยียวยาความเสียหายในกรณีการจับกุมและกักขัง การที่รัฐผู้ถูกกล่าวหาซึ่งก็คือคองโกนิ่งเฉยและมิได้ยกข้อโต้แย้งใดๆ เช่นนี้ย่อมถือเป็นการยอมรับว่าคนต่างด้าวไม่สามารถแสวงหาหนทางเยียวยาอื่นใดภายในคองโกได้ตามหลักกฎหมายปิดปาก ฉะนั้นเมื่อนาย Diallo ซึ่งเป็นคนต่างด้าวสิ้นสุดหนทางเยียวยาภายในแล้วก็ย่อมครบเงื่อนไขในข้อนี้และส่งผลให้ศาลสามารถรับข้อเรียกร้องในการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐผู้ร้องซึ่งก็คือกินีได้

เหตุที่ศาลในคดี Diallo นี้ไม่อาจรับข้อคัดค้านของคองโกในประเด็นที่ว่านาย Diallo ยังไม่สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน เพราะคองโกไม่สามารถพิสูจน์ว่ามีวิธีการอื่นใดตามระบบกฎหมายของตนที่สามารถเยียวยาความเสียหายของนาย Diallo ได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น<sup>155</sup> คล้ายคลึงกับคดี ELSI ที่ศาลก็ได้สรุปไว้ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ อิตาลีจะต้องพิสูจน์ว่ายังมี

<sup>153</sup> Ibid., para. 45.

“The DRC has for its part endeavored in the present proceedings to show that remedies to challenge the decision to remove Mr. Diallo from Zaire are institutionally provided for in its domestic legal system. By contrast, the DRC did not address the issue of exhaustion of local remedies in respect of Mr. Diallo’s arrest, his detention or the alleged violations of his other rights, as an individual, said to have resulted from those measures, and from his expulsion, or to have accompanied them. In view of the above, the Court will address the question of local remedies solely in respect of Mr. Diallo’s expulsion.”

<sup>154</sup> *Electronica Sicula S.P.A.*, para.63.

“It is never easy to decide, in a case where there has in fact been much resort to the municipal courts, whether local remedies have truly been “exhausted”.”

<sup>155</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*, (2007), paras. 74-75.

หนทางการเยียวยาหลงเหลืออยู่ภายในรัฐของตนซึ่งผู้ถือหุ้นชาวสหรัฐอเมริกาฯยังมิได้ดำเนินการเพื่อให้ได้รับการเยียวยา<sup>156</sup> จุดนี้เองที่บ่งชี้แนวปฏิบัติของศาลโดยการสันนิษฐานเบื้องต้นก่อนว่าคนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาตินั้นได้สิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้ว หลังจากนั้นจึงจะเป็นหน้าที่ของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดความเสียหายที่จะต้องลบล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวเพื่อให้ค่าค้ำของฝ่ายตนเป็นที่ยอมรับ แต่การที่ศาลสันนิษฐานไว้เช่นนี้มิได้ทำให้หน้าที่ของคนต่างด้าวในการแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในลดลง ในทางกลับกันคนต่างด้าวยังคงต้องดำเนินการจนสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายเสียก่อนเพื่อมิให้รัฐคู่พิพาทยกประเด็นนี้ขึ้นมาเพื่อคัดค้านได้ว่ายังมีกระบวนการเยียวยาความเสียหายอื่นอีกที่คนต่างด้าวดังกล่าวยังมิได้ดำเนินการ

อย่างไรก็ตามหากศาลจะนำข้อสันนิษฐานนี้มาใช้ ศาลก็ควรกำหนดไว้อย่างชัดเจนเพื่อประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุน ตัวอย่างเช่นหากรัฐผู้ร้องมิได้ยกประเด็นว่าคนชาติของตนหมดหนทางเยียวยาความเสียหาย รัฐที่ถูกกล่าวหาที่อาจคาดการณ์ได้ว่าศาลจะไม่รับคำฟ้องเพราะขาดองค์ประกอบเรื่องการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในจึงมิได้ยกข้อคัดค้าน ฉะนั้นการนำบทสันนิษฐานนี้มาใช้จึงมีนัยสำคัญต่อรัฐผู้ถูกกล่าวหาในการลบล้างบทสันนิษฐานนั้น กล่าวโดยสรุปคือบทสันนิษฐานนี้เป็นวิธีการที่นำมาพิจารณาเงื่อนไขข้อที่ว่าคนต่างด้าวจะต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเสียก่อน แต่สิ่งที่รัฐผู้ถูกกล่าวหาพึงระวังอยู่เสมอในคดีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตคือจะต้องพยายามลบล้างบทสันนิษฐานดังกล่าวโดยการพิสูจน์ว่ายังมีหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐของตนที่คนต่างด้าวยังมิได้ดำเนินการเพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐผู้ร้องยังไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตนั่นเอง


ฉะนั้นการที่ศาลคดี Diallo ยอมรับคำคัดค้านเบื้องต้น (Preliminary Objections) ว่าก็ไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของนาย Diallo ในฐานะบุคคลธรรมดาและในฐานะผู้ถือหุ้นได้ แต่ไม่ยอมรับการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่บริษัททั้งสอง โดยจุดนี้อาจกล่าวได้ว่าศาลยังคงยึดหลักที่กำหนดให้สิทธิของบริษัทกับสิทธิของผู้ถือหุ้นแยกต่างหากจากกันและยังคงปฏิเสธข้อเรียกร้องของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองแทนบริษัทที่ถูกละเมิด ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ ทว่าศาลในคดี Barcelona Traction เปิดช่องทางให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถเรียกร้องความเสียหายได้แม้สิทธิของบริษัทจะถูกละเมิดก็ตาม แต่ก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ารัฐที่ละเมิดคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท ซึ่งวิธีการนี้มีความใกล้เคียงกับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยอนุญาโตตุลาการ (Investor-State Arbitration) ซึ่งมักปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนที่กำหนดให้นักลงทุนสามารถเรียกร้องความเสียหายได้โดยตรงหากรัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นผู้ก่อความเสียหายขึ้นต่อบริษัท วิธีการนี้จึงเป็นวิธีที่มุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ ทว่าศาลคดี Diallo มิได้ยึดเอาแต่เพียงว่า

<sup>156</sup> *Electronica Sicula S.P.A. ., para.62.*


รัฐที่ก่อความเสียหายคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท หากแต่ศาลได้พิจารณาตามร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อ 11 (บี) ที่กำหนดให้การก่อตั้งบริษัทภายในรัฐผู้รับการลงทุนเป็นเงื่อนไขแห่งการดำเนินธุรกิจภายในรัฐดังกล่าวอีกด้วย รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจึงจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่บริษัทที่ได้รับความเสียหายได้ การพิจารณาของศาลในคดีนี้จึงมีลักษณะที่แคบกว่าข้อแนะนำที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ ซึ่งการที่ศาลวางเงื่อนไขเพื่อจำกัดจำนวนรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองต่อบริษัทนั้นเป็นคุณต่อรัฐผู้รับการลงทุนที่จะถูกเรียกร้องเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายในเวทีระหว่างประเทศลดลง ส่วนบทสันนิษฐานที่ว่าบุคคลที่ถูกละเมิดนั้นสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายแล้วเป็นคุณต่อรัฐที่อ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต เพราะหากรัฐคู่พิพาทที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดนั้นมิได้คัดค้านในประเด็นนี้ย่อมส่งผลให้กระบวนการเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดำเนินต่อไปได้ไม่ว่าบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้วหรือไม่ก็ตาม

คำตัดสินของศาลทั้งสามคดีสร้างความกระจ่างในประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลและผู้ถือหุ้นเป็นอย่างมาก คำตัดสินในคดี Barcelona Traction และคดี ELSI ที่มีอิทธิพลต่อร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตอย่างมีนัยสำคัญ ในขณะที่คดี Diallo เป็นคดีแรกที่ยึดถือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลและผู้ถือหุ้นตามร่างข้อบทฯ ดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินคดีอีกด้วย และเพื่อความกระจ่างชัดจึงต้องพิจารณาประเด็นในคดี Barcelona Traction และคดี ELSI ที่มีอิทธิพลต่อการร่างข้อบทฯ ทั้งนี้ ประเด็นที่ได้รับอิทธิพลจากร่างข้อบทฯ ฉบับดังกล่าวในบทต่อไป และเพื่อความชัดเจนโปรดดูตารางแสดงพัฒนาการหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลและตารางแสดงพัฒนาการหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นประกอบ

ตาราง 1 ตารางแสดงพัฒนาการหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล

ก่อนค.ศ. 1970	คดี Barcelona Traction 1970	คดี ELSI 1989	ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ ความคุ้มครองทางการทูต	คดี Diallo 2007
<b>เกณฑ์การพิจารณาสัญชาติบริษัท</b>				
<p>นานาชาติประเทศยึดถือเกณฑ์ 4 เกณฑ์ เพื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนิติบุคคล</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. สถานที่แห่งใหญ่ของนิติบุคคล</li> <li>2. ศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์</li> <li>3. การควบคุม</li> <li>4. สถานที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคล</li> </ol>	<p>กฎหมายระหว่างประเทศได้ให้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. รัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและ</li> <li>2. มีสำนักงานจดทะเบียนภายในอาณาเขตของรัฐนั้น<sup>1</sup></li> </ol>	<p><i>ศาลไม่กล่าวถึงประเด็นนี้</i></p> 	<p>การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล รัฐเจ้าของสัญชาติ หมายถึง รัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทขึ้นตามกฎหมายของรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม ภายใต้อาณัติของรัฐบาลของชาติของผู้อื่น และมีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท และสถานที่ในการบริหารจัดการ รวมถึงการควบคุมทางการเงินของบริษัทดำเนินอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง รัฐดังกล่าวถือเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติ</p> <p>[Draft Articles on</p>	<p><i>ศาลไม่กล่าวถึงประเด็นนี้</i></p>

<sup>1</sup> Barcelona Traction. para. 70.

ก่อนค.ศ. 1970	คดี Barcelona Traction 1970	คดี ELSI 1989	ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ ความคุ้มครองทางการทูต	คดี Diallo 2007
			Diplomatic Protection. 2006. Article 9.]	
<b>I. กรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่น</b>				
รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต แต่เกิดปัญหาอันสืบเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนด้านสัญชาติและเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติในทางระหว่างประเทศ	รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท (แคนาดา) มีดุลยพินิจที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือไม่ เพียงใด และยุติเมื่อใดก็ได้ [Barcelona Traction, (1970). para. 79.]	<i>ศาลไม่กล่าวถึงประเด็นนี้</i> 	รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทตาม Article 9 มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต	ศาลอ้างอิงตามศาลคดี Barcelona Traction ที่ว่า “สิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทนั้นเป็นของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท” [Ahmadou Sadio Diallo, (2007). Para. 87.]
<b>II. กรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเจ้าของบริษัท</b>				
รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่อยู่ในสถานะที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท ส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมักเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้น	เพื่อความเสมอภาค (Equity) รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิให้ความคุ้มครองต่อคนชาติของตนได้ แม้คนชาติจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ตกเป็นเหยื่อของการละเมิด	<i>ศาลไม่กล่าวถึงประเด็นนี้โดยตรง</i> แต่ข้อเท็จจริงบ่งชี้ว่าอิตาลีเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท ELSI ก่อความเสียหายแก่บริษัทส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท (อิตาลี) ไม่มี	สถานการณ์เช่นนี้เปิดโอกาสให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ตามร่างข้อบทฯ ข้อ 11 (เอ) .... (บี) ในวันที่เกิดความเสียหายบริษัทถือสัญชาติของรัฐที่เป็น	คองโกซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ก่อความเสียหายแก่บริษัททั้งสอง ส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่มีสิทธิให้ความ

ก่อนค.ศ. 1970	คดี Barcelona Traction 1970	คดี ELSI 1989	ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ ความคุ้มครองทางการทูต	คดี Diallo 2007
	กฎหมายระหว่างประเทศ <sup>2</sup>	สิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต จึงส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติ ผู้ถือหุ้น (สหรัฐอเมริกา)สามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยอาศัย FCN Treaty เป็นฐานทางกฎหมาย	ผู้ก่อความเสียหาย และการก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นเป็นเงื่อนไขแห่งการดำเนินธุรกิจภายในรัฐ	คุ้มครองทางการทูต

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, Para.92.

ตาราง 2 ตารางแสดงพัฒนาการหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้น


ก่อนค.ศ. 1970	คดี Barcelona Traction 1970	คดี ELSI 1989	ร่างข้อบ่งชี้ด้วยการให้ ความคุ้มครองทางการทูต	คดี Diallo 2007
<b>สิทธิของผู้ถือหุ้นถูกละเมิด</b>				
รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถอ้างให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติตนได้ หากสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นถูกละเมิด	สิทธิของผู้ถือหุ้นถือตาม <u>กฎหมายภายใน</u> ของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท แต่หากรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นถือ สิทธิของผู้ถือหุ้นถือตาม <b>หลักกฎหมายทั่วไป</b> ด้วยบริษัท <sup>3</sup>	สิทธิของผู้ถือหุ้นถือตาม <u>FCN Treaty</u>	สิทธิของผู้ถือหุ้นถือตาม <u>กฎหมายภายใน</u> ของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท แต่หากรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นถือ สิทธิของผู้ถือหุ้นถือตาม <b>หลักกฎหมายทั่วไป</b> ด้วยบริษัท <sup>4</sup>	สิทธิของผู้ถือหุ้นถือตาม <u>กฎหมายภายใน</u> ของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท <sup>5</sup>
<b>I. กรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่น</b>				
<b>สหราชอาณาจักร</b> - รัฐบาลอังกฤษจะร่วมเรียกร้องกับรัฐบาลของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทที่	รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อ - บริษัทสิ้นสุดความเป็นนิติ	<i>ศาลไม่กล่าวถึงประเด็นนี้</i>	ร่างข้อบ่งชี้ด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อ 11 : รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่มีสิทธิให้ความ	<i>ศาลไม่กล่าวถึงประเด็นนี้</i>

<sup>3</sup> Ibid. para.50.<sup>4</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." 2006. P.67<sup>5</sup> Ahmadou Sadio Diallo. para.64.



ก่อนค.ศ. 1970	คดี Barcelona Traction 1970	คดี ELSI 1989	ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ ความคุ้มครองทางการทูต	คดี Diallo 2007
<p>ได้รับความเสียหาย</p> <p>- หากบริษัทที่ได้รับความเสียหายเลิกกิจการไป รัฐบาลอังกฤษสามารถเรียกร้องเพียงลำพัง<sup>6</sup></p> <p><b>สหรัฐอเมริกา</b></p> <p>รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายในผลประโยชน์ที่คนต่างด้าวมีในบริษัท หากปรากฏว่า</p> <p>- สัดส่วนของหุ้นในบริษัทที่มีนัยสำคัญนั้นถือโดยคนต่างด้าวหรือคนอื่นที่มีเชื้อชาติของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือคนชาติของรัฐ</p>	<p>บุคคล</p> <p>- รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้</p>		<p>คุ้มครองทางการทูตในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อบริษัทเว้นแต่</p> <p>(เอ) ความเป็นบริษัทได้สิ้นสุดตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้น ด้วยเหตุผลที่มีได้เกี่ยวข้องกับความเสียหายหรือ</p>	

<sup>6</sup> "The United Kingdom Rules Regarding the Taking up of International Claim by Her Majesty's Government." July 1983. Rule V.

ก่อนค.ศ. 1970	คดี Barcelona Traction 1970	คดี ELSI 1989	ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ ความคุ้มครองทางการทูต	คดี Diallo 2007
<p>เจ้าของสัญชาติบริษัท</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- บริษัทไม่ได้รับการชดเชยความเสียหาย</li> <li>- สาเหตุที่ไม่ได้รับการชดเชยนั้นอยู่นอกเหนือจากการควบคุมของคนต่างด้าวหรือผู้ถือหุ้นต่างด้าวคนอื่นๆ และ</li> <li>- ข้อเรียกร้องสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทนั้นไม่ได้ถูกสละหรือยุติลงโดยบริษัทหรือโดยรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท<sup>7</sup></li> </ul>				
<b>II. กรณีบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเจ้าของบริษัท</b>				
	<p>เพื่อความเสมอภาค (Equity) รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิให้ความคุ้มครองต่อคนชาติของตนได้ แม้คน</p>	<p><i>ศาลไม่กล่าวถึงประเด็นนี้</i> แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า อิตาลีซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท</p>	<p>ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อ 11 : รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่มีสิทธิให้ความ</p>	<p>ศาลยึดถือเงื่อนไขตามร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อ 11 (ปี) ในวันที่เกิดความเสียหาย</p>

<sup>7</sup> “Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States: Responsibility of States for Injuries to Aliens” (American Law Institute), §173

ก่อนค.ศ. 1970	คดี Barcelona Traction 1970	คดี ELSI 1989	ร่างข้อบทว่าด้วยการให้ ความคุ้มครองทางการทูต	คดี Diallo 2007
	ชาติจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ที่ตกเป็นเหยื่อของการละเมิด กฎหมายระหว่างประเทศ <sup>8</sup>	ELSI จะก่อให้เกิดความ เสียหายก็ตาม แต่การ เรียกร้องของสหรัฐอเมริกาซึ่ง เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น อ้างสิทธิของผู้ถือหุ้นที่ได้รับ การคุ้มครองตาม FCN Treaty	คุ้มครองทางการทูตในกรณีที่เกิด เกิดความเสียหายต่อบริษัท เว้นแต่ (เอ)..... (บี) ในวันที่เกิดความ เสียหาย บริษัทถือสัญชาติของ รัฐที่เป็นผู้ก่อความเสียหาย และการก่อตั้งบริษัทภายในรัฐ นั้นเป็นเงื่อนไขแห่งการดำเนิน ธุรกิจภายในรัฐดังกล่าว <sup>9</sup>	บริษัทถือสัญชาติของรัฐที่เป็น ผู้ก่อความเสียหาย และการ ก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นเป็น เงื่อนไขแห่งการดำเนินธุรกิจ ภายในรัฐดังกล่าว <sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Barcelona Traction*. Para.92.

<sup>9</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." Article 11

<sup>10</sup> *Ibid.* Article 11

## บทที่ 4

### พัฒนาการของหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น ที่ปรากฏในร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต

คดี Barcelona Traction และคดี ELSI เป็นข้อพิพาทที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวข้องกับสิทธิเรียกร้องของรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลและผู้ถือหุ้น ทว่าศาลก็สามารถชี้ประเด็นปัญหาและวินิจฉัยเพื่อสร้างกรอบสำหรับการให้ความคุ้มครองต่อบุคคลดังกล่าวได้อย่างกระจ่างชัด การให้เหตุผลของศาลทั้งสองจึงมีอิทธิพลต่อการร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตในเป็นอย่างมาก ส่วนภายหลังจากที่มีการร่างข้อบทฯ ดังกล่าวขึ้นมาแล้ว แม้จะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ยังไม่มีกลไกการบังคับใช้เพราะยังมิได้มีการยกร่าง แต่ก็แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของกฎหมาย และด้วยเหตุนี้เองศาลในคดี Diallo นอกจากจะอ้างอิงถึงคำตัดสินคดีก่อนหน้านี้ แต่ศาลก็ยังอ้างอิงถึงร่างข้อบทฯ นี้อีกด้วย ดังนั้นร่างข้อบทฯ จึงเป็นสาระสำคัญที่สะท้อนแนวทางการตัดสินของศาลคดี Barcelona Traction และคดี ELSI อีกทั้งเป็นอีกกลไกหนึ่งที่ส่งผลต่อคำตัดสินในคดี Diallo โดยมีประเด็นสำคัญที่มีนัยสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นดังนี้

#### 4.1 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูต

ภายในข้อ 2 ได้กำหนดถึงสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐไว้ว่า

“รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตตามร่างข้อบทนี้”<sup>1</sup>

การที่ร่างข้อบทดังกล่าวระบุไว้เช่นนี้นั้นได้รับอิทธิพลส่วนใหญ่มาจากแนวคำตัดสินของศาลคดี Barcelona Traction ที่เคยกล่าวไว้ว่า

“...รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยวิธีการใดก็ได้ที่เห็นสมควรเพื่ออ้างสิทธิของรัฐนั้นๆ หากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่รัฐได้ดำเนินการแทนนั้นเห็นว่าตนไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสม บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ทว่าบุคคลดังกล่าวสามารถใช้กระบวนการตามกฎหมายภายในเพื่อให้ได้รับการเยียวยา<sup>2</sup> ...เนื่องจากรัฐเป็นผู้ตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียวว่าจะให้ความ

<sup>1</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." 2006. Article 2

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

<sup>2</sup> *Barcelona Traction*, (1970). para.78.

คุ้มครองหรือไม่ จะให้ความคุ้มครองเพียงใด และจะสิ้นสุดการให้ความคุ้มครองเมื่อใด โดยรัฐจะต้องพิจารณาจากปัจจัยทางการเมืองและปัจจัยอื่นๆประกอบด้วย”<sup>3</sup>

จากคำกล่าวข้างต้นของศาลแสดงให้เห็นว่ารัฐมีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตในนามของชนชาติตนเองซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้มีหน้าที่ที่สร้างพันธกรณีให้แก่รัฐแต่อย่างใด หากแต่เป็นดุลยพินิจของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองหรือไม่ เพียงใด ซึ่งหมายความว่า รัฐอาจใช้ดุลยพินิจเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อชนชาติของตนหรือไม่ก็ได้ หากรัฐเล็งเห็นว่าเป็นหนทางที่เหมาะสม รัฐย่อมดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองชนชาติของตนได้ทันที ในทางกลับกันหากรัฐเห็นว่าการยกระดับให้ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นไม่เหมาะสมแก่สถานการณ์ กล่าวคือมีช่องทางอื่นใดที่เหมาะสมกว่าการให้ความคุ้มครองชนชาติด้วยวิธีนี้ รัฐก็อาจปฏิเสธการให้ความคุ้มครองทางการทูตได้เช่นกัน นอกจากนี้ยังอาจเกิดกรณีที่รัฐได้เริ่มให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อชนชาติของตนแล้ว แต่ระหว่างการดำเนินการรัฐย่อมมีสิทธิยุติการให้ความคุ้มครองเช่นว่าได้หากรัฐเล็งเห็นว่ามีวิธีอื่นใดที่เหมาะสมมากกว่า กรณีหลังนี้ได้เกิดขึ้นในข้อเท็จจริงคดี Barcelona Traction ซึ่งแคนาดานั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction และได้เคยให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทดังกล่าวแล้ว แต่ภายหลังแคนาดาได้ใช้สิทธิยุติการให้ความคุ้มครองด้วยเหตุผลที่ว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นสมควรถูกระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจามากกว่า ฉะนั้นการที่ศาลระบุไว้เช่นนี้จึงเป็นหลักการสำคัญที่กำหนด ‘สิทธิ’ ให้แก่ ‘รัฐ’ เท่านั้น มิใช่สิทธิของชนชาติที่ได้รับความเสียหายแต่อย่างใด

การที่รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อชนชาตินั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้รัฐอาจบัญญัติข้อกำหนดไว้ภายในกฎหมายของตน เพื่อสร้างพันธกรณีโดยกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องให้ความคุ้มครองต่อชนชาติตามกฎหมายภายในได้เช่นกัน ดังที่ปรากฏในกรณีของสหราชอาณาจักร<sup>4</sup> และสหรัฐอเมริกา<sup>5</sup> แม้กฎหมายภายในจะกำหนดไว้แต่ก็มีได้กระทบกระเทือนหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางการทูตตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด

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

<sup>3</sup> Ibid., para.79

“The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power to exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case.”

<sup>4</sup> “The United Kingdom’s Rules Applying to International Claims.” Rule V-VI.

<sup>5</sup> “Foreign Relations Law of the United States: Responsibility of States for Injuries to Aliens.” (American Law Institute). §172 - §173.

หรืออาจกล่าวได้ว่าในกรณีของสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา นั้น ‘รัฐมีหน้าที่คุ้มครองคนชาติ ตามกฎหมายภายใน และมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติตามกฎหมายระหว่างประเทศ’

อย่างไรก็ตามแม้รัฐจะมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ Article 2 กำหนดไว้ แต่สาระสำคัญที่จะทำให้ศาลยอมรับข้อเรียกร้องของรัฐดังกล่าว นั้น รัฐยังคงต้องคำนึงถึงเงื่อนไขต่างๆ ดังต่อไปนี้

#### 4.2 เงื่อนไขด้านสัญชาติบริษัทกับการให้ความคุ้มครองทางการทูต

##### 4.2.1 เกณฑ์การพิจารณาสัญชาติบริษัท

การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทซึ่งก็คือนิติบุคคลประเภทหนึ่งที่มุ่งแสวงหากำไรได้รับการยอมรับจากแนวปฏิบัติของรัฐไม่ต่างจากการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลธรรมดาโดยยังคงยึดหลักสัญชาติเป็นสำคัญซึ่งการให้สัญชาติแก่บริษัทนั้นอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยแสดงความเห็นไว้ว่า

“...กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับสถานะทางกฎหมายของบริษัทที่ถูกสถาปนาขึ้นโดยกฎหมายภายในอันอยู่ภายใต้อำนาจรัฐ ดังนั้นหากมีประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวพันกับสิทธิของรัฐและการประติบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น ศาลระหว่างประเทศก็จะย้อนกลับไปพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายภายใน”<sup>6</sup>

การที่ศาลกล่าวเช่นนี้ก็ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัท การบริหารจัดการ การเลิกกิจการ หรือแม้กระทั่งสิทธิของผู้ถือหุ้น และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท ดังนั้นศาลระหว่างประเทศจึงต้องพิจารณาประเด็นดังกล่าวตามกฎหมายภายในประกอบกับพิจารณาว่ากรณีใดที่รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นได้บ้าง ประเด็นนี้ศาลคดี Barcelona Traction กล่าวไว้ว่า

<sup>6</sup> *Barcelona Traction*. (1970), para. 38.

“International law has had to recognize the corporate entity as an institution created by States in a domain essentially within their domestic jurisdiction. This in turn requires that, whenever legal issues arise concerning the rights of States with regard to the treatment of companies and shareholders, as to which rights international law has not established its own rules, it has to refer to the relevant rules of municipal law.”

“กฎหมายระหว่างประเทศได้ให้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่รัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและมีสำนักงานจดทะเบียนภายในอาณาเขตของรัฐนั้น”<sup>7</sup>

จากคำกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าศาลคดี Barcelona Traction กำหนดเงื่อนไขการพิจารณาของรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตไว้ 2 ประการ ได้แก่

1. บริษัทจะต้องก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายภายในของรัฐ และ
2. บริษัทนั้นต้องมีสำนักงานจดทะเบียนอยู่ในรัฐที่ได้ก่อตั้งบริษัทขึ้น

แนวทางที่ศาลคดี Barcelona Traction กล่าวก็สอดคล้องกับกฎหมายของรัฐส่วนใหญ่ที่กำหนดให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของตนมีสำนักงานจดทะเบียนอยู่ในรัฐนั้นๆ ด้วย อย่างไรก็ตามศาลก็ไม่ได้จำกัดสัญชาติของนิติบุคคลไว้เพียงการก่อตั้งเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ศาลกลับเห็นว่าจะต้องมีความสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้น หรือ ‘permanent and close connection’ ระหว่างรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางการทูตกับบริษัทอีกด้วย<sup>8</sup> ซึ่งแนวทางของศาลดังที่กล่าวไว้ข้างต้นปรากฏในร่างข้อบทที่ 9 ว่าด้วยรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท ความว่า

“ตามวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล รัฐเจ้าของสัญชาติ หมายถึง รัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทขึ้นตามกฎหมายของรัฐนั้น อย่างไรก็ตามหากบริษัทถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐอื่น และไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท และสถานที่ในการบริหารจัดการ รวมถึงการควบคุมทางการเงินของบริษัทดำเนินอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง รัฐดังกล่าวถือเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติ”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Ibid. para. 70.

“For purposes of diplomatic protection, international law is based, but only to a limited extent, on an analogy with the rules governing the nationality of individuals. The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office.”

<sup>8</sup> Ibid., para. 71.

<sup>9</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006).

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

ร่างข้อบท ข้อที่ 9 แสดงให้เห็นว่าถึงการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าการให้ความคุ้มครองทางการทูตมิได้จำกัดอยู่แต่เพียงบุคคลธรรมดา แต่บริษัทก็สามารถได้รับความคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทได้เช่นกันโดยใจความภายในนั้นได้ปรากฏหลักฐานที่จดทะเบียนก่อตั้งบริษัทตั้งที่ศาลได้กล่าวไว้ในคดี Barcelona Traction ว่ารัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย คือ รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้

อย่างไรก็ดีคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ตระหนักถึงความเป็นไปได้ที่อาจเกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศที่รัฐอาจเข้าไปจดทะเบียนภายในรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงเพื่อสิทธิประโยชน์บางประการทั้งที่ไม่มีความสัมพันธ์อื่นใดกับรัฐนั้นเลย ด้วยเหตุนี้ภายในร่างข้อบท ข้อที่ 9 จึงมีการกล่าวถึงกรณีที่ไม่ปรากฏความสัมพันธ์อันแน่นแฟ้นระหว่างรัฐที่รับจดทะเบียนกับบริษัท หากแต่บริษัทกลับมีความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญกับรัฐอื่น ในสถานการณ์เช่นนี้ รัฐที่มีความสัมพันธ์แน่นแฟ้นมากกว่าย่อมเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติอันจะนำมาซึ่งสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทดังกล่าว และย่อมชอบธรรมกว่าการกำหนดให้สิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นสิทธิของรัฐใดรัฐหนึ่งที่มีความสัมพันธ์กับบริษัทดังกล่าวเพียงน้อยนิดเท่านั้นเพราะความสัมพันธ์ที่ไม่แน่นแฟ้นอาจส่งผลให้รัฐนั้นไม่เห็นความสำคัญที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทนั้นๆ ฉะนั้น หากบริษัทมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับรัฐอื่น กล่าวคือ สถานที่ในการบริหารจัดการและควบคุมการเงินตั้งอยู่ภายในรัฐนั้น รัฐดังกล่าวสมควรถือเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติที่มีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งภายในร่างข้อบท ข้อที่ 9 กำหนดเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

- ประการที่หนึ่ง บริษัทต้องถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐอื่น และ
- ประการที่สอง บริษัทต้องไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท และ
- ประการที่สาม ทั้งสถานที่ในการบริหารจัดการและการควบคุมทางการเงินต้องดำเนินอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง

หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสามประการ รัฐที่บริษัทมีสถานที่ในการบริหารจัดการและการควบคุมทางการเงินของบริษัทอยู่ภายใน รัฐนั้นจึงเป็นรัฐที่มีคุณสมบัติเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทและมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทเมื่อบริษัทได้รับความเสียหาย ทว่าข้อสังเกตจากร่างข้อบทนี้คือไม่มีการกล่าวถึงรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวทางของศาลคดี Barcelona Traction ที่ตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่าภายในบริษัทหนึ่งย่อมมีผู้

---

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



ถือหุ้นจำนวนมาก ฉะนั้นหากรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นแต่ละคน ต่างใช้สิทธิเรียกร้อง ศาลเห็นว่าอาจก่อให้เกิดการดำเนินการที่ซับซ้อน และก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศได้<sup>10</sup> กรณีของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก็เช่นกัน แม้บริษัทจะมีความสัมพันธ์กับหลายรัฐ แต่หากทุกรัฐมีความเกี่ยวข้องเข้ามาใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตผลที่ได้ก็จะกลายเป็นการดำเนินการที่ซับซ้อนและก่อให้เกิดไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศไม่ต่างกับการเปิดโอกาสให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเข้ามาใช้สิทธิเรียกร้อง ด้วยเหตุนี้ ร่างข้อบทฯ ข้อที่ 9 จึงระบุชัดเจนว่ารัฐใดควรเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทมากที่สุด โดยกำหนดเกณฑ์ของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไว้เพียง 2 กรณีเท่านั้น คือ (1) รัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย หรือ (2) รัฐที่เป็นสถานที่ในการบริหารจัดการรวมถึงการควบคุมทางการเงินของบริษัทรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น แต่หากสถานที่ในการบริหารจัดการกับสถานที่ในการควบคุมทางการเงินของบริษัทอยู่ต่างรัฐกัน รัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทนั้นจึงยังคงเป็นรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต<sup>11</sup>

#### 4.2.2 ความต่อเนื่องของการถือสัญชาติของบริษัท

หลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดด้านความต่อเนื่องของสัญชาตินั้นในทางปฏิบัติปัญหามักจะเกิดขึ้นในกรณีของบุคคลธรรมดามากกว่าบริษัทเพราะบุคคลธรรมดาสามารถเปลี่ยนสัญชาติได้ง่ายโดยผลของการสมรส การรับบุตรบุญธรรม และการสืบสิทธิของรัฐในขณะที่บริษัทโดยทั่วไปเปลี่ยนสัญชาติโดยเฉพาะการก่อตั้งบริษัทขึ้นใหม่ในอีกรัฐหนึ่งซึ่งในกรณีนี้ถือได้ว่าบริษัทมีสภาพนิติบุคคลใหม่ต่างจากเดิม และความต่อเนื่องของสัญชาติเดิมย่อมยุติลง อย่างไรก็ตามบริษัทอาจมีการแปลงสัญชาติได้โดยที่ยังคงความเป็นนิติบุคคลเดิมไว้ คือกรณีการสืบสิทธิของรัฐ ว่าความต่อเนื่องของการถือสัญชาติของบริษัทนั้นไม่ปรากฏเป็นประเด็นในคดี Barcelona Traction และ ELSI แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้เล็งเห็นความสำคัญของความต่อเนื่องในการถือสัญชาติของบริษัทจึงได้กำหนดบทบัญญัติไว้ในร่างข้อบทฯ ข้อที่ 10 ดังนี้

- “1. รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้น หรือรัฐก่อนหน้า ตั้งแต่วันที่ความเสียหายเกิดจนถึงวันที่มีการเสนอข้อเรียกร้อง และความสัมพันธ์ด้านสัญชาตินั้นมีอยู่อย่างต่อเนื่องระหว่างวันทั้งสอง
2. รัฐไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท หากบริษัทถือสัญชาติของรัฐดังกล่าวภายหลังจากวันเสนอข้อเรียกร้อง

<sup>10</sup> *Barcelona Traction*. para. 96.

<sup>11</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). p.55

3. อย่างไรก็ดีตาม วรรค 1 รัฐยังคงมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นตั้งแต่วันที่ได้รับความเสียหาย และบริษัทได้สิ้นสุดลงตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้รับการก่อตั้งขึ้นลงด้วยเหตุแห่งความเสียหายนั้น”<sup>12</sup>

จากบทบัญญัติข้างต้นในวรรค 1 อ่างหลักการดั้งเดิมที่รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นได้หากในบริษัทดังกล่าวถือสัญชาติของรัฐนั้นทั้งในวันที่ความเสียหายเกิดต่อเนื่องมาจนถึงวันที่มีการเสนอข้อเรียกร้องซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้ก็ได้นำไปใช้กับกรณีของบุคคลธรรมดาเช่นกัน<sup>13</sup> และคำว่า "การเรียกร้อง" ตามวรรค 1 หมายรวมถึงการเรียกร้องที่ผ่านช่องทางทางการทูต และข้อเรียกร้องที่เสนอก่อนที่จะพิจารณาคดี โดยการเรียกร้องดังกล่าวอาจมีการระบุถึงแนวปฏิบัติของรัฐที่มีความรับผิดชอบต่อยุติการกระทำโดยมิชอบ

ทั้งนี้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเล็งเห็นว่าหากบริษัทได้สัญชาติใหม่ภายหลังจากการนำเสนอข้อเรียกร้อง รัฐเจ้าของสัญชาติรัฐใหม่นั้นย่อมไม่อยู่ในสถานะที่มีความสัมพันธ์อันเกี่ยวข้องกับบริษัทและความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด จึงไม่สมควรมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ได้รับความเสียหาย ฉะนั้น วรรค 2 กำหนดให้รัฐที่ไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท ดังเช่น คดี Loewen ที่บริษัทได้สิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐที่เรียกร้องซึ่งก็คือแคนาดา แต่มีการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่ในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐที่ถูกกล่าวหาในคดีนี้ สหรัฐอเมริกาแม้จะเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Loewen แต่ไม่สามารถให้ความคุ้มครองต่อบริษัทดังกล่าวได้ด้วยเหตุที่บริษัทได้รับสัญชาติอเมริกาภายหลังจากนำเสนอข้อเรียกร้องสู่ศาลแล้ว อย่างไรก็ดีหากสถานการณ์เปลี่ยนไป กล่าวคือ บริษัทได้รับสัญชาติใหม่ด้วยเหตุแห่งการสืบสิทธิของรัฐ รัฐดังกล่าวยังคงมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้เพราะสัญชาติที่ได้มานั้นเกิดจากปัจจัยภายนอกที่บริษัทไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

อย่างไรก็ดีการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่สิ้นสุดลงตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทนั้นได้รับการจัดตั้งขึ้นก่อให้เกิดประเด็นปัญหาอยู่บ้าง กล่าวคือ หากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

<sup>12</sup> Ibid., 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>13</sup> Ibid.. Article 5 “Continuous nationality of a natural person”

ไม่ยื่นข้อเรียกร้องเพราะความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนั้นไม่ปรากฏแล้ว ย่อมไม่มีรัฐอื่นใดที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทดังกล่าวได้อีกเช่นกัน ในขณะที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ไม่สามารถเข้ามาให้ความคุ้มครองแก่บริษัทดังกล่าวได้หากเหตุที่เกิดแก่บริษัทนั้นส่งผลให้บริษัทดังกล่าวต้องสิ้นสุดลง เพราะเมื่อความเสียหายกระทบต่อสิทธิของบริษัท ผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องแทนบริษัทได้ประเด็นนี้จึงกลายเป็นข้อขบคิดของผู้พิพากษาคดี *Barcelona Traction*<sup>14</sup> อีกทั้งอนุญาโตตุลาการอีกด้วย<sup>15</sup> ทั้งนี้คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้สังเกตเห็นปัญหาดังกล่าวจึงยอมรับให้รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทนั้นได้ในกรณีที่ความเสียหายเกิดแก่บริษัทถึงแม้ว่าบริษัทจะสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลลงแล้ว แต่ก็สิ้นสุดในขณะที่ถือสัญชาติของรัฐดังกล่าวประกอบกับเหตุที่ทำให้ความเป็นนิติบุคคลต้องสิ้นสุดลงเป็นเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้รัฐผู้ร้องย่อมมีภาระการพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นส่งผลให้บริษัทสัญชาติตนต้องสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคล

#### 4.3 รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นกับสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อความเสียหายเกิดแก่บริษัท

ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของการให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่บริษัทเสียหายนั้น กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเป็นผู้ให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทมิใช่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด ซึ่งศาลในคดี *Barcelona Traction* ก็ได้กล่าวไว้ในลักษณะเดียวกันนี้ โดยศาลได้เน้นย้ำถึงประเด็นเกี่ยวกับการที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทจำกัด ความรับผิดชอบโดยมีหุ้นเป็นเงินทุน (a limited liability company whose capital is represented by shares.) ว่ายังคงอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่ให้ความเป็นบริษัทกับความเป็นผู้ถือหุ้นแยกออกจากกัน<sup>16</sup> หากความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ย่อมเป็นหน้าที่ของบริษัทที่ต้องดำเนินการ โดยศาลได้กล่าวไว้ว่า

“แม้บริษัทและผู้ถือหุ้นจะได้รับผลกระทบมาจากการละเมิดเดียวกัน แต่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> *Barcelona Traction*. (1970). Judges Jessup, at p. 193, Judge Gros, at p. 277, and Judge Fitzmaurice, p. 101-102, and Judge *ad hoc* Riphagen, at p. 345.

<sup>15</sup> *Kunhardt and co.*, case (Opinions in the American-Venezuelan Commission of 1903), UNRIAA, vol. XII, p. 171, and the dissenting opinion of the Venezuelan Commissioner, Mr. Paul, at p. 180; *F.W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D.L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, decision No. 10 of 6 December 1929, UNRIAA, vol. V, p. 61 at p. 63.

<sup>16</sup> *Barcelona Traction*. (1970), para. 41.

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 44.

หากการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิดำเนินการได้ต่างหากแยกจากบริษัท<sup>18</sup> หลักการเช่นนี้ชี้ให้เห็นว่าบริษัทกับผู้ถือหุ้นนั้นแยกจากกันตามบทบัญญัติของกฎหมายภายใน ฉะนั้น รัฐที่บริษัทได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นตามกฎหมาย (the State of incorporation) เป็นรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ได้รับความเสียหาย มิใช่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด ทั้งนี้ศาลในคดี Barcelona Traction ได้แสดงเหตุผลไว้ 3 ประการด้วยกัน

ประการแรก เมื่อผู้ถือหุ้นตัดสินใจลงทุนในบริษัทที่ดำเนินกิจการในต่างประเทศ ผู้ถือหุ้นย่อมต้องรับทราบถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น<sup>19</sup> ความเสี่ยงเช่นว่านี้หมายรวมไปถึงกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทปฏิเสธที่จะใช้สิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตแม้บริษัทสัญชาติตนจะเสียหาย<sup>20</sup>

ประการที่สอง หากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายย่อมส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติต่างกันในประเทศต่างยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลตามสิทธิที่ตนมี<sup>21</sup>

ประการที่สาม ศาลไม่เห็นควรหากนำหลักเกณฑ์การถือสองสัญชาติ และกรณีบุคคลที่ทำงานให้กับองค์การระหว่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีของผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติ เนื่องจากสองกรณีดังกล่าวมีจำนวนรัฐที่เกี่ยวข้องและมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตจำนวนไม่มาก ซึ่งต่างจากกรณีของผู้ถือหุ้นในบริษัทที่มีจำนวนมากและสัญชาติต่างกัน ฉะนั้นหากมีการกำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีสิทธิ รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ย่อมใช้สิทธิของตนยกข้อเรียกร้องต่อศาล<sup>22</sup> จนอาจส่งผลร้ายต่อเสถียรภาพทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

อย่างไรก็ตามศาลในคดี Barcelona Traction ก็ได้ยอมรับว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่บริษัทเป็นผู้เสียหายได้เพียง 3 กรณีเท่านั้น

กรณีที่หนึ่ง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าความเป็นบริษัทได้สิ้นสุดลงภายในรัฐที่รับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้น<sup>23</sup>

กรณีที่สอง เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทไม่สามารถดำเนินการเรียกร้องแทนบริษัทได้<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Ibid., para.47.

<sup>19</sup> Ibid., para. 43.

<sup>20</sup> Ibid., paras. 87-88.

<sup>21</sup> Ibid., paras. 94-96.

<sup>22</sup> Ibid., para. 98.

<sup>23</sup> Ibid., paras. 65-68.

<sup>24</sup> Ibid., paras. 64, 69-82.

กรณีที่สาม เมื่อรัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ก่อขึ้นต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นต่างชาติ ซึ่งหมายความว่ารัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทคือรัฐเดียวกันกับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย<sup>25</sup>

ทว่า เฉพาะกรณีหนึ่งที่หนึ่งและกรณีที่สามเท่านั้นที่ศาลคดี Barcelona Traction กล่าวไว้ได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและได้ปรากฏเป็นข้อยกเว้นในร่างข้อบพว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 11 ดังนี้

“รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อบริษัท เว้นแต่

- (เอ) ความเป็นบริษัทได้สิ้นสุดตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้น ด้วยเหตุผลที่มีได้เกี่ยวข้องกับความเสียหาย หรือ
- (บี) ในวันที่เกิดความเสียหาย บริษัทถือสัญชาติของรัฐที่เป็นผู้ก่อความเสียหาย และการก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นเป็นเงื่อนไขแห่งการดำเนินธุรกิจภายในรัฐดังกล่าว”<sup>26</sup>

#### 4.3.1 กรณีที่บริษัทได้สิ้นสุดความเป็นนิติบุคคล

ภายในร่างข้อบพ ข้อที่ 11 (เอ) กำหนดให้บริษัทจะต้อง “สิ้นสุด” ลงเสียก่อน อันเป็นเงื่อนไขที่ส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งศาลในคดี Barcelona Traction ได้กล่าวถึงเกณฑ์การพิจารณาการสิ้นสุดลงของบริษัทว่าในกรณีที่บริษัทหยุดชะงักในทางปฏิบัติ (Practically defunct) หรือ การหยุดชะงักเพราะการเงินภายในบริษัทนั้นไม่มั่นคงยังไม่อาจถือได้ว่าบริษัทได้สิ้นสุดลง เพราะไม่มีผลทางกฎหมาย<sup>27</sup> ฉะนั้นจึงต้องพิจารณาสถานะของบริษัททางกฎหมายเป็นสำคัญ แม้ศาลจะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าบริษัทจะต้องสิ้นสุดลงภายในรัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้น (the place of incorporation) แต่ก็ด้วยเหตุที่ว่าบริษัทได้รับสถานะเป็นนิติบุคคลขึ้นได้ก็โดยอาศัยอำนาจกฎหมายภายในของรัฐที่รับจดทะเบียนบริษัท บริษัทจึงมีสถานะ

<sup>25</sup> Ibid., para. 92.

<sup>26</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006).

*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.

<sup>27</sup> *Barcelona Traction.*, para. 66.

ทางกฎหมายขึ้นได้ ดังนั้นหากความเป็นนิติบุคคลของบริษัทจะสิ้นสุดลงก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นเช่นกัน<sup>28</sup>

ในคดี Barcelona Traction ศาลยอมรับว่าบริษัทได้รับความเสียหายในประเทศสเปน ถึงกระนั้นก็ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบริษัทในประเทศแคนาดาซึ่งเป็นรัฐที่รับจดทะเบียนบริษัท แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าบริษัท Barcelona Traction ถูกคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ในประเทศแคนาดา แม้จะถูกพิทักษ์ทรัพย์ แต่บริษัทก็ยังคงมีตัวตนอยู่และยังคงมีหุ้นอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ในช่วงเวลาดังกล่าวอีกด้วย<sup>29</sup>

นอกจากความเป็นนิติบุคคลของบริษัทจะต้องสิ้นสุดลงตามข้อยกเว้นตามข้อ 11 (เอ) ยังมีเงื่อนไขอีกประการหนึ่งนอกเหนือจากที่คดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ คือ ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทจะต้องสิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่นที่ไม่ได้เกิดจากความเสียหายที่ก่อให้เกิดข้อพิพาท อันนำมาสู่การให้ความคุ้มครองทางการทูต แสดงว่าไม่ใช่ทุกกรณีที่บริษัทสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลจะนำมาซึ่งสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น แต่จะต้องเป็นกรณีที่สภาพความเป็นนิติบุคคลสิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่นที่ไม่ใช่ความเสียหายอันนำมาสู่การให้ความคุ้มครองทางการทูตที่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นกำลังกล่าวอ้าง วัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้มุ่งจำกัดสิทธิเรียกร้องของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่อาจเข้ามาแทรกแซงเพื่อให้ความคุ้มครองต่อผู้ถือหุ้นในกรณีที่ความเสียหายเกิดแก่บริษัท

#### 4.3.2 กรณีรัฐที่ก่อความเสียหายแก่บริษัทคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

ภายในร่างข้อบทฯ ข้อที่ 11 (บี) กำหนดข้อยกเว้นอีกประการโดยมุ่งไปยังกรณีรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นรัฐเดียวกันกับรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทย่อหมายความว่าความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทเป็นเรื่องภายในรัฐ รัฐย่อมไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องในทางระหว่างประเทศหรือให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทดังกล่าวได้ เพราะฉะนั้นบริษัทจึงอาจไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายหากเป็นเช่นนี้ก็ย่อมไม่เป็นธรรมต่อนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ศาลคดี Barcelona Traction ได้ตระหนักถึงประเด็นปัญหาในลักษณะนี้จึงกล่าวไว้ว่า

“เพื่อความเสมอภาค (Equity) รัฐควรมีสิทธิให้ความคุ้มครองต่อคนชาติของตนได้ แม้คนชาติจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ตกเป็นเหยื่อของการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>30</sup>

<sup>28</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." 2006. p. 61.

<sup>29</sup> *Barcelona Traction.*, para. 67.

<sup>30</sup> *Ibid.*, para. 92

“...for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of its nationals, shareholders in a company which has been the victim of a violation of international law.”

แนวความคิดที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นควรมีสติพิธิเข้ามาแทรกแซงได้หากบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั้นสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในคดี Diallo เนื่องจากคองโกซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐที่มีการจดทะเบียนบริษัทและได้รับการยอมรับว่าเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งหากศาลยึดถือแต่เพียงแนวทางตามคดี Barcelona Traction ข้างต้นที่กำหนดเงื่อนไขแต่เพียงว่าหากรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเป็นรัฐเดียวกับรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเท่านั้น ก็นี่ซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo แทนที่บริษัทได้ อย่างไรก็ตามก็ตีกลับมีแนวความเห็นของผู้พิพากษาบางท่าน ได้แก่ Judge Fitzmaurice และ Judge Jessup ในคดี Barcelona Traction เห็นว่าเพียงแค่อำนาจที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเป็นรัฐเดียวกับรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทยังไม่เพียงพอที่จะทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ แต่ควรพิจารณาข้อเท็จจริงด้วยว่ารัฐที่รับการลงทุนกำหนดให้มีการก่อตั้งบริษัทขึ้นภายในรัฐนั้นในฐานะที่เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นของการดำเนินธุรกิจด้วยหรือไม่<sup>31</sup>

ต่อมาในคดี Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) ศาลได้ยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาที่ฟ้องร้องอิตาลี เนื่องจากความเสียหายเกิดแก่บริษัทสัญชาติอิตาลีที่มีผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นชาวสหรัฐอเมริกา และสหรัฐฯ จึงพยายามปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นสัญชาติของตนภายในบริษัท ในคดีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ศาลพิจารณาจากสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์และการเดินเรือ (Bilateral Treaty of Friendship, Commerce and Navigation; FCN Treaty) ที่คุ้มครองผู้ถือหุ้นสหรัฐฯ ในต่างประเทศ และเป็นข้อตกลงพิเศษระหว่างรัฐทั้งสองที่ให้สิทธิผู้ถือหุ้นเรียกร้องค่าเสียหาย ผลของสนธิสัญญาดังกล่าวทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกร้องเพื่อฟ้องรัฐที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้นต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าแทรกแซงเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นสัญชาติตนได้หากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทนั่นเอง<sup>32</sup>

แม้แนวปฏิบัติของรัฐและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะยอมรับสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ต้องเป็นไปตามความตกลงพิเศษที่ทำขึ้นอันเป็นที่ยอมรับระหว่างรัฐที่ให้สิทธิเรียกร้องแก่ผู้ถือหุ้นทางตรงโดยที่ไม่ได้พิจารณาจากหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด แม้แนวความคิดเช่นนี้ก็เป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้พิพากษาระหว่างประเทศ อาทิ Judge Fitzmaurice Judge Jessup และ Judge Tanaka และเป็นที่ยอมรับในบางประเทศ<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Judge Padilla Nervo, Morelli และ Ammoun ในคดี Barcelona Traction ไม่เห็นด้วยกับข้อยกเว้นดังกล่าว

<sup>32</sup> K. Wellens, "Diplomatic Protection of Companies under International Law," *International Law; Theory and Practice* (1998), p.505 - 512.

<sup>33</sup> ดังเช่นใน The United Kingdom's 1985 Rules Applying to International Claims, "where a United Kingdom national has an interest, as a shareholder or otherwise, in a company incorporated in another State and of which it is

อย่างไรก็ตามรัฐอาจสร้างกลไกทางกฎหมายภายในโดยกำหนดให้นักลงทุนหรือผู้ถือหุ้นต่างชาติต้องจัดตั้งบริษัทภายในรัฐดังกล่าวเสียก่อนจึงจะประกอบธุรกิจภายในรัฐนั้นๆได้ เพราะการสร้างกลไกทางกฎหมายเช่นนี้แสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ของรัฐที่ต้องการกีดกันการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตมาใช้เพื่อเรียกร้อง<sup>34</sup> ฉะนั้นข้อที่ 11 (ปี) จึงเป็นกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ช่วยคุ้มครองมิให้ผู้ถือหุ้นถูกเอาเปรียบจากกลไกทางกฎหมายของรัฐที่รับการลงทุนนั่นเอง กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ากฎหมายภายในกำหนดว่า จะต้องมีการจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทภายในรัฐเสียก่อนบริษัทจึงจะสามารถดำเนินกิจการภายในรัฐนั้นได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือหากไม่ก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้น ย่อมไม่สามารถดำเนินธุรกิจใดภายในรัฐนั้นได้ กรณีเช่นนี้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นแก่บริษัทก็ตาม

ภายหลังการร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตเผยแพร่แล้ว ศาลคดี Diallo จึงยึดหลักการและข้อยกเว้นตามร่างฯ ข้อ 11 (ปี) กล่าวคือ แม้บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ได้รับความเสียหายจากการกระทำของคองโกที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท แต่ก็เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นซึ่งก็คือนาย Diallo กลับไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่บริษัทได้ เพราะไม่มีข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ว่ากฎหมายภายในคองโกกำหนดเงื่อนไขให้บริษัทต้องจดทะเบียนก่อตั้งภายในคองโกเท่านั้นจึงจะสามารถดำเนินธุรกิจภายในคองโกได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้บริษัทที่ถือสัญชาติอื่นก็สามารถประกอบธุรกิจภายในคองโกได้และหากบริษัทประสบความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของคองโก รัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทก็ยังคงให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัททั้งสองได้เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้เองจึงไม่สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายภายในคองโกกีดกันการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บริษัทจนเป็นเหตุให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่บริษัทแต่อย่างใด

#### 4.3.3 กรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายโดยตรง

ผู้ถือหุ้นคือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายหากผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่เข้าไปลงทุน รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นดังกล่าวก็สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ ซึ่งศาลในคดี Barcelona Traction ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้เช่นกัน ดังนี้

therefore a national, and that State injures the company, Her Majesty's Government may intervene to protect the interests of the United Kingdom national" (Rule VI)

<sup>34</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). p.65



“การกระทำที่กระทบต่อสิทธิโดยตรงของบริษัทย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น แม้ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะถูกกระทบด้วยก็ตาม<sup>35</sup> แต่หากการละเมิดนั้นมุ่งไปที่สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายใน เช่น สิทธิในเงินปันผล สิทธิในการเข้าร่วมและออกเสียงในการประชุมสามัญ สิทธิที่จะได้รับการแบ่งสรรผลประโยชน์เมื่อบริษัทเลิกกิจการ หากสิทธิใดสิทธิหนึ่งข้างต้นถูกละเมิด ผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิดำเนินการตามกฎหมาย”<sup>36</sup>

จากคำกล่าวของศาลข้างต้นแสดงความชัดเจนไว้สองประการด้วยกัน คือ ประการแรก - สิทธิของบริษัทมิใช่สิทธิของผู้ถือหุ้น และ ประการที่สอง - “สิทธิ” มิใช่ “ผลประโยชน์” ดังนั้นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตก็ต่อเมื่อ “สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น” ถูกละเมิดเท่านั้น

ประเด็นการคุ้มครองสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นยังคงปรากฏในคดีต่อมา คือ คดี *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*<sup>37</sup> โดยมีการกล่าวถึงสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นที่รับรองโดยสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือ ได้แก่ สิทธิในการบริหาร จัดการ และควบคุมบริษัท คดีนี้จึงเป็นการตีความสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวโดยไม่ได้พิจารณากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างจากคดี *Barcelona Traction* ที่ยึดถือจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นสำคัญ โดยสาระจากคำพิพากษาทั้งสองต้องการชี้ให้เห็นสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตกเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำของรัฐปรากฏในร่างข้อบทฯ ข้อที่ 12 ดังนี้

“หากรัฐกระทำการที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงต่อสิทธิของผู้ถือหุ้น ซึ่งสิทธิเช่นว่า

<sup>35</sup> *Barcelona Traction.*, para. 46.

“Not a mere interest affected but solely a right infringed involved responsibility, so that an act directed against an infringing only the company’s rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected.”

<sup>36</sup> *Ibid.*, para. 47.

“The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights of the shareholder as such. It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action.”

<sup>37</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . (1989). p.15

แยกต่างหากจากสิทธิของบริษัท รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนได้”<sup>38</sup>

ข้อสังเกตตามเนื้อความภายในร่างข้อบทฯ ข้อที่ 12 คือ คณะกรรมาธิการร่างกฎหมายระหว่างประเทศตระหนักถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับ “สิทธิ” ว่าเป็นของตัวตนใดในทางการกฎหมาย เฉพาะสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นเท่านั้นที่ส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติตนได้ ทว่าร่างข้อบทฯ ข้างต้นนี้มีได้ระบุว่าสิทธิใดบ้างที่เป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นก็สอดคล้องกับการวินิจฉัยของศาลในคดี Barcelona Traction ที่พิจารณาว่าสิทธิใดคือสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยยึดถือกฎหมายแคนาดาเป็นหลัก ฉะนั้นการพิจารณาว่าสิทธิใดเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นบ้างนั้นจึงเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่จะต้องตีความตามข้อเท็จจริงโดยอาศัยกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทนั้นได้ก่อตั้งขึ้น

อย่างไรก็ดีแนวความคิดที่ว่าหากบริษัทได้ก่อตั้งขึ้นภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายศาลก็ต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยบริษัท (General principles of company law) เพื่อตรวจสอบว่ากฎหมายภายในของรัฐนั้นว่ามีได้เป็นการเลือกประตบัติต่อผู้ถือหุ้นต่างชาติ<sup>39</sup> ก็ได้เป็นที่ยอมรับในหมู่คณะกรรมาธิการร่างกฎหมายระหว่างประเทศ โดยปรากฏเนื้อหาอยู่ในคำอธิบายร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตเช่นกัน<sup>40</sup>

#### 4.4 หลักการสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายใน

หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในถูกร่างขึ้นโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศโดยปรากฏอยู่ใน Article 14 ภายใต้อำนาจข้อ “การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน” ดังนี้

“1. รัฐมีอำนาจยกข้อเรียกร้องระหว่างประเทศด้วยเหตุแห่งความเสียหายต่อคนชาติหรือบุคคลอื่นใดตามที่กำหนดในข้อที่ 8 ก่อนที่บุคคลเช่นว่าได้สิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในทั้งปวงตามที่กำหนดในข้อที่ 15

<sup>38</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006).

*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>39</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . (1989). Judge Oda’s Separate Opinion, p. 87-88

<sup>40</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). P.67.

2. “การเยียวยาภายใน” หมายถึง การเยียวยาทางกฎหมายที่เปิดช่องทางให้แก่บุคคลผู้เสียหายทั้งทางศาล หรือศาลปกครองหรือองค์กรอื่นใดของรัฐที่มีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ก่อขึ้นไม่ว่ากรณีทั่วไปหรือกรณีพิเศษ
3. การเยียวยาภายในจะต้องถูกดำเนินการจนสิ้นสุดก่อนการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ หรือการร้องขอต่อศาลเกี่ยวกับข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายของคนชาติหรือบุคคลอื่น ๆ ใดตามข้อที่ 8”<sup>41</sup>

ร่างข้อบท ข้อที่ 14 นับเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้ผู้เสียหายต้องสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในเสียก่อน สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐจึงจะบังเกิดขึ้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Interhandel Case*<sup>42</sup> ได้ยอมรับว่าหลักเกณฑ์นี้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการสนับสนุนจากแนวปฏิบัติของรัฐ สนธิสัญญา ความคิดเห็นของนักกฎหมาย รวมถึงคำพิพากษาศาลคดี *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* ที่กล่าวว่า “หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญ”<sup>43</sup> หลักการนี้จึงเป็นกลไกที่สร้างพันธกรณีให้แก่รัฐและเอกชนต้องดำเนินการก่อนที่จะมีการยื่นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งหน้าที่ของ “รัฐ” คือต้องเยียวยาความเสียหายที่ตนก่อขึ้น เนื่องจากหลักการนี้เคารพสิทธิของรัฐเจ้าของดินแดน จึงกำหนดให้รัฐที่ก่อความเสียหายมีโอกาสดำเนินการเยียวยาตามวิธีการและตามกรอบกฎหมายภายในของตน ในทางกลับกัน “เอกชนผู้เสียหาย” ทั้งหลายซึ่งอาจมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือผู้ถือหุ้นที่ถูกละเมิดสิทธิต้องดำเนินการทุกวิถีทางเพื่อหาทางเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายภายในของรัฐที่กระทำการมิชอบด้วยกฎหมาย แม้กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในของแต่ละรัฐอาจแตกต่างกันไป ถึงกระนั้นก็ยังคงเป็นหน้าที่ของคนที่ต่างด้าวที่จะต้องดำเนินการตามกระบวนการ

<sup>41</sup> Ibid. 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 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.

<sup>42</sup> *The Interhandel Case*. (1959), p.27.

<sup>43</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . (1989), para. 50

ทั้งหมด เจ้าของสัญชาติจึงจะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ ทั้งนี้ในวรรค 2 มีวัตถุประสงค์เพื่อเน้นย้ำถึงการเยียวยาทางกฎหมายทั้งปวงที่เปิดช่องภายในรัฐ โดยกำหนดให้คนต่างด้าวต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายที่มีไม่ว่าเป็นกระบวนการทางศาล (Judicial remedies) ที่รวมถึงศาลพิเศษต่างๆที่กฎหมายภายในของรัฐที่ก่อความเสียหายได้เปิดช่องไว้ และถ้ากฎหมายภายในได้เปิดช่องทางสำหรับอุทธรณ์ คนต่างด้าวก็ต้องอุทธรณ์เพื่อให้ได้มาซึ่งคำพิพากษาสูงสุดเช่นกัน ดังเช่นที่ศาลในคดี Elettronica Sicula S.p.A.(ELSI) ได้กล่าวไว้ว่า

“ข้อเรียกร้องระหว่างประเทศจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการนำข้อเรียกร้องนั้นๆขึ้นสู่ศาลภายในและดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายภายในกำหนดแล้วแต่กลับไม่ประสบผลสำเร็จ”<sup>44</sup>

นอกจากนี้ในวรรค 3 กำหนดว่าหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในนำมาใช้ในกรณีที่ผู้เสียหายโดยตรงคือคนชาติของรัฐผู้ร้องเท่านั้น กล่าวคือร่างข้อบทฯ นี้จะไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีที่รัฐผู้ร้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการละเมิดที่อีกรัฐหนึ่งก่อขึ้นแต่อย่างไร เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติ การที่จะพิจารณาว่าข้อเรียกร้องนั้นเป็นข้อเรียกร้องที่เกิดความเสียหายโดยตรงของรัฐ หรือโดยอ้อมนั้นไม่่ง่ายนัก และหากพิจารณาจากคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะพบว่าเป็นคดีที่มีทั้งความเสียหายโดยตรง ความเสียหายทางอ้อมผสมผสานกันอยู่ไม่น้อย ดังเช่น คดี Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) ศาลต้องพิจารณาว่าสหรัฐอเมริกาเรียกร้องในฐานะที่สหรัฐฯเสียหายโดยตรงหรือเป็นความเสียหายที่เกิดแก่คนชาติสหรัฐฯ ซึ่งจากข้อเท็จจริงเป็นความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกา<sup>45</sup> ดังนั้นจึงต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายมาบังคับกับคดีนี้

จากคำตัดสินของศาลในคดีข้างต้นพยายามแสดงความแตกต่างระหว่างความเสียหายโดยตรงและความเสียหายโดยอ้อมต่อรัฐ กล่าวคือ หากประเด็นพิพาทนั้นคือความเสียหายที่เกิดแก่เจ้าพนักงานของรัฐ หรือ เจ้าหน้าที่ทูตที่มีสถานะเป็นตัวแทนรัฐ หรือหากความเสียหายเกิดแก่ทรัพย์สินของรัฐย่อมถือเป็นความเสียหายโดยตรงของรัฐ รัฐจึงมีสิทธิเรียกร้องโดยตรง แต่หากความเสียหายเกิดแก่คนชาติของรัฐ กรณีเช่นนี้จึงเป็นความเสียหายโดยอ้อมของรัฐ รัฐมีสิทธิเข้าเรียกร้องในนามของคนชาติเท่านั้น

<sup>44</sup> Ibid., para. 59.

“...for an international claim to be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures and without success.”

<sup>45</sup> Ibid., para. 52.

อย่างไรก็ดีการเยียวยาความเสียหายภายในจะต้องดำเนินการจนสิ้นสุดหนทางเสียก่อนจึงจะยกขึ้นเป็นข้อเรียกร้องระหว่างประเทศได้ แม้ว่าแนวทางสนับสนุนที่ว่ารัฐไม่สามารถเรียกร้องต่อศาลได้ในกรณีที่เป็นการเสียหายต่อคนชาติ แต่ข้อเรียกร้องที่ขอให้ศาลตีความสนธิสัญญาไม่ต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายมาบังคับใช้<sup>46</sup> แต่ในคดี *Electronica Sicala S.p.A. (ELSI)* กลับต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายมาบังคับใช้เพราะเป็นการขอให้ศาลตีความสนธิสัญญาที่อ้างว่ารัฐที่ต้องรับผิดชอบละเมิดการปฏิบัติต่อคนชาติ<sup>47</sup>

ด้วยเหตุนี้วัตถุประสงค์ของร่างข้อบทฯ ข้อที่ 14 จึงเป็นการกำหนดให้บุคคลที่ได้รับ ความเสียหายต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในที่มีอยู่ด้วยตนเองเสียก่อน แม้จะมีผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นได้ยื่นข้อเรียกร้องจากการละเมิดเดียวกันนั้นต่อศาลภายในรัฐที่มีความรับผิดชอบแล้วก็ตาม

#### 4.5 ข้อยกเว้นหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายแม้เป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่นำมาซึ่ง การให้ความคุ้มครองทางการทูต แต่หลักดังกล่าวก็สามารถได้รับการยกเว้นได้หากปัจจัยภายนอกไม่ เอื้ออำนวยและไม่สามารถนำมาซึ่งการเยียวยาความเสียหายได้อย่างเหมาะสม ฉะนั้น ร่างข้อบทฯ ด้วยการใช้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 15 จึงได้กำหนดข้อยกเว้นหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยา ความเสียหายไว้ ดังนี้

“หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในไม่ต้องนำมา บังคับใช้ เมื่อ

(เอ) ไม่มีหนทางเยียวยาภายในใดที่มีประสิทธิภาพ หรือไม่มีหนทางใดเลยที่สามารถเยียวยาความเสียหายได้

(บี) กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่มีความ รับผิดชอบล่าช้าเกินสมควร

(ซี) บุคคลที่ได้รับความเสียหายไม่มีความสัมพันธ์กับ รัฐที่ต้องรับผิดชอบในวันที่ความเสียหายเกิด

(ดี) บุคคลที่ได้รับความเสียหายถูกขัดขวางไม่ให้ ได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในอย่างชัดเจน หรือ

<sup>46</sup> *Case Concerning the Air Services Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, (1978). p. 451.

<sup>47</sup> *Electronica Sicala S.P.A.* , p. 43.

(อี) รัฐที่ต้องรับผิดชอบได้สละข้อกำหนดว่าด้วยการ  
เยียวยาความเสียหายภายใน”<sup>48</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวในวรรค (เอ) และ (บี) ระบุถึงกรณีที่ศาลภายในไม่เปิดโอกาสหรือกีดกันการเยียวยา ในขณะที่ข้อ (ซี) และข้อ (ดี) เป็นสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมหรือไม่มีเหตุผลต่อคนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหายและต้องแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในก่อน และข้อ (อี) คือกรณีรัฐที่มีความรับผิดชอบได้สละข้อกำหนดว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายภายใน ทั้งนี้ข้อยกเว้นแต่ละข้อมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

### วรรค (เอ)

“ไม่มีหนทางเยียวยาภายในที่มีประสิทธิภาพหรือไม่มีหนทางใด  
เลยที่สามารถเยียวยาความเสียหายได้”

สำหรับกรณีในข้อ (เอ) ที่กำหนดถึงกรณี que การเยียวยาภายในขาดประสิทธิภาพหรือไม่มีหนทางใดเลยที่สามารถเยียวยาความเสียหายได้นั้น หมายถึงสถานการณ์ที่ไม่สามารถดำเนินการการเยียวยาความเสียหายได้ ด้วยเหตุที่กระบวนการยุติธรรมภายในรัฐนั้นล้มเหลว ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายถึงสถานการณ์ที่สามารถบ่งชี้ความไม่มีประสิทธิภาพของการเยียวยาไว้ 3 กรณีดังนี้ คือ

1. กระบวนการยุติธรรมภายในไร้ประโยชน์อย่างชัดเจน (obvious futility) ซึ่งอนุญาโตตุลาการ Bagge ในคดี The Finish Ships Arbitration เป็นผู้นำหลักนี้มาใช้เป็นคนแรก<sup>49</sup> โดยคดีดังกล่าวทำให้เกิดความชัดเจนว่าสิ่งที่ใช้ในการตรวจสอบการเยียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพไม่ใช่เพียงแค่ไม่มีโอกาสที่จะดำเนินการจนประสบความสำเร็จ แต่ต้องเป็นการไร้ประโยชน์อย่างชัดเจนซึ่งเป็นการตรวจสอบที่เข้มงวดมากยิ่งขึ้น<sup>50</sup> หลายคดีต่อมาก็ยังคงยึดแนวทางตามคดี The Finish Ships

<sup>48</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries."

“(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>49</sup> *Finish Vessels in Great Britain During the War*, (1934).

<sup>50</sup> Amerasinghe, *Diplomatic Protection*. (2008). p. 152.

Arbitration ในการตัดสิน<sup>51</sup> แต่ก็มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งรวมถึง John Dugard ซึ่งเป็น ผู้รายงาน พิเศษ (Special Rapporteur) ทำหน้าที่ศึกษาหาข้อมูลเพื่อนำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นเห็นว่าการตรวจสอบที่ว่าช่องทางการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐ ไร้ประโยชน์อย่างชัดเจนหรือไม่นั้น (obvious futility test) ยากที่จะพิสูจน์และเป็นการสร้าง มาตรฐานที่สูงเกินควร<sup>52</sup>

2. กระบวนการยุติธรรมภายในไม่มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จ (no reasonable prospect of success) หลักการตรวจสอบว่าการเยียวยานั้นไม่มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จนี้ได้รับการยอมรับจากมติต่างๆ ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป (the European Commission of Human Rights)<sup>53</sup> โดยกำหนดให้รัฐผู้ร้องต้องนำสืบสถานการณ์และ ระบบกฎหมายภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่จะประสบความสำเร็จ ดังนั้นหลักการตรวจสอบนี้จึงกลับเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้กับผู้ร้องมากเกินไปเช่นเดียวกับ ลักษณะแรก

3. กระบวนการยุติธรรมภายในไม่อาจนำไปสู่การชดเชยที่สมฤทธิ์ผล (no reasonable possibility of effective redress)<sup>54</sup> หลักการตรวจสอบว่าการเยียวยาไม่มีความ เป็นไปได้ที่จะได้รับการชดเชยที่สมฤทธิ์ผลเริ่มจากการที่ผู้พิพากษา Sir Hersch Lauterpacht ได้ แสดงความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ไว้ในคดี the Norwegian Loans case<sup>55</sup> และ กลายเป็นที่ยอมรับในแวดวงนักกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเห็นด้วยกับ การตรวจสอบลักษณะนี้ ดังเช่นที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เลือกวิธีการตรวจสอบ นี้เป็นข้อยกเว้นหนึ่งของหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน โดยเฉพาะ John

<sup>51</sup> *The Ambatielos Claim*. (6 March 1956). Also see *Panevezys-Saldutiskis Railway*.

<sup>52</sup> John Dugard, Special Rapporteur, International Law Commission, Second Report on Diplomatic Protection, U.N. Doc. A/CN.4/5/14 (Aug. 2001), at 12.

<sup>53</sup> *Retimag S.A. v. Federal Republic of Germany*, Application No. 712/60, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 4, p. 385 at p. 400; *X, Y and Z v. UK*, Application Nos. 8022/77, 8027/77, *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, vol. 18, p. 66 at p. 74. See also the commentary to art. 22 of the draft articles on State Responsibility adopted by the Commission on first reading: *Yearbook ... 1977*, vol. II (Part Two), para. 48.

<sup>54</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). p.77

"Three options require consideration for the formation of a rule describing the circumstances in which local remedies need not be exhausted because of failures in the administration of justice:

- (i) the local remedies are obviously futile;
- (ii) the local remedies offer no reasonable prospect of success;
- (iii) the local remedies provide no reasonable possibility of effective redress."

<sup>55</sup> *Norwegian Loans*. (1957), p. 39.

Dugard ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตก็ให้น้ำหนักในลักษณะนี้มากกว่าสองลักษณะดังที่กล่าวมาข้างต้น<sup>56</sup>

อย่างไรก็ตามการตรวจสอบนี้ไม่ได้รวมองค์ประกอบที่ว่าวิธีการเยียวยานั้นเป็นวิธีที่สามารถทำได้ซึ่งคณะกรรมการร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองของรัฐบาลต่อการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act) ได้รับรองไว้ในข้อที่ 44 (b)<sup>57</sup> และที่ได้รับการพิจารณาจากศาลและนักวิชาการว่าเป็นอีกวิธีหนึ่งในการตรวจสอบอีกเช่นกัน<sup>58</sup> ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ระบุเพิ่มเติมไว้ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ที่ว่า ช่องทางการเยียวยาความเสียหายภายในไม่จำเป็นต้องดำเนินการจนสิ้นสุดหากไม่ปรากฏว่ามีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมและนำมาสู่การชดเชยที่มีประสิทธิภาพหรือการเยียวยาความเสียหายภายในนั้นไม่ได้นำไปสู่การชดเชยที่เหมาะสม<sup>59</sup>

จากเหตุผลในข้อ (เอ) แสดงให้เห็นข้อกำหนดว่าบุคคลที่ได้รับความเสียหายไม่จำเป็นต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายหากการเยียวยาความเสียหายภายในนั้นไม่เปิดช่องไว้ที่เหมาะสมที่จะสามารถชดเชยผู้เสียหายอย่างสัมฤทธิ์ผล หรือการเยียวยาความเสียหายนั้นไม่เปิดโอกาสให้ได้รับการชดเชยเยียวยา ซึ่งประเด็นนี้ได้รับการยอมรับจากคำตัดสินของศาลหลายคดีที่ระบุว่าจะไม่จำเป็นต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย<sup>60</sup> รวมถึงกรณีคดี Diallo ที่รัฐออกคำสั่งขับไล่นาย Diallo โดยคำสั่งดังกล่าวไม่สามารถยกขึ้นอุทธรณ์ได้ตามกฎหมายภายในจึงนับได้ว่ากรณีเช่นนี้ก็เป็นเหตุยกเว้นหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหาย

### **วรรค (บี) กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่มี ความรับผิดชอบล่าช้าเกินสมควร**

<sup>56</sup> John Dugard, Special Rapporteur, International Law Commission, Third Report on Diplomatic Protection, U.N. Doc. A/CN.4/523, 2002, at 12-13.

<sup>57</sup> Article 44 Admissibility of claims

The responsibility of a State may not be invoked if:

(a) the claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims;

(b) the claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted.

<sup>58</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). p. 78.

<sup>59</sup> Ibid., Article 15(a).

<sup>60</sup> *Panevezys-Saldutiskis Railway*. (1939). p. 18, Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, reported in AJIL, vol.28. (1934), p. 760 at p. 789; Claims of R. Gelbrunk and "Salvador Commercial Co." et al., UNRIAA, vol. XV, p. 467 at pp. 476-477; "The Lottie May" Incident, Arbitration between Honduras and the United Kingdom, of 18 April 1899, UNRIAA, vol. XV, p. 29 at p. 31; Judge Lauterpacht's separate opinion in the Norwegian Loans case, I.C.J. Reports 1957, at pp. 39-40; Finnish Ships Arbitration, UNRIAA, vol. III, p. 1535.



สำหรับกรณีที่กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่มีความรับผิดชอบล่าช้าเกินสมควรดังที่ระบุไว้ในวรรค (บี) เป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในที่ได้รับการรับรองจากแนวปฏิบัติต่างๆ ทั้งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน<sup>61</sup> คำพิพากษา<sup>62</sup> รวมถึงความเห็นของนักกฎหมายต่างๆ เช่นกัน อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่ากระบวนการภายในที่ล่าช้าเกินสมควรจะสามารถยกขึ้นมาเป็นข้อยกเว้นได้ แต่ก็ไม่ง่ายนักที่จะกำหนดระยะเวลาได้ว่าระยะเวลาเท่าใดจึงจะถือว่าสมควรหรือเกินสมควรในการเยียวยาความเสียหายเพราะแต่ละคดีย่อมมีพื้นฐานของข้อเท็จจริงอันเป็นปัจจัยที่แตกต่างกัน<sup>63</sup> ฉะนั้นการตัดสินในประเด็นนี้ย่อมต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีหากศาลได้พิจารณาแล้วว่าเป็นความล่าช้าที่เกินสมควร ผลแห่งความล่าช้านั้นย่อมนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐที่ได้เช่นกัน

### **วรรค (ซี) บุคคลที่ได้รับความเสียหายไม่มีความสัมพันธ์กับรัฐที่ ต้องรับผิดชอบในวันที่ความเสียหายเกิด**

หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายสามารถถูกยกเว้นได้หากไม่ปรากฏหนทางใดที่สามารถเยียวยาความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งไม่ปรากฏเป็นข้อเท็จจริงในคดี Barcelona Traction คดี ELSI และคดี Diallo แต่อย่างไรก็ตามร่างข้อบทฯ ข้อนี้ได้สังเกตเห็นถึงความเป็นไปได้ที่อาจเกิดขึ้นในข้อเท็จจริงเนื่องจากหากเกิดเหตุการณ์บางลักษณะเช่นบุคคลได้รับความเสียหายจากสารกัมมันตภาพรังสี หรือสิ่งของที่ตกลงจากห้วงอวกาศ หรือกรณีที่เครื่องบินที่กำลังโดยสารถูกยิงระหว่างเดินทางผ่านดินแดนอีกรัฐหนึ่ง หากผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายมากจนเกินไป ด้วยเหตุนี้ร่างข้อบทฯ นี้จึงกำหนดเงื่อนไขอันสามารถยกขึ้นมาเพื่อเป็นข้อยกเว้นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในได้

จากข้อสนับสนุนประเด็นที่ว่า การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในนั้นจะต้องมีความเชื่อมโยงกันระหว่างบุคคลที่ได้รับความเสียหายกับรัฐที่มีความรับผิดชอบหรือมีความสัมพันธ์ทางเขตอำนาจ เช่น คนต่างด้าวผู้เสียหายอยู่หรือมีถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐที่ก่อความเสียหายถือครองทรัพย์สินหรือประกอบธุรกิจภายในรัฐอื่นใด หรือมีพันธกรณีระหว่างรัฐดังกล่าว ซึ่งกรณีเหล่านี้เป็นลักษณะที่บุคคลดังกล่าวยินยอมเข้าไปอยู่ภายในรัฐโดยสมัครใจ ฉะนั้นบุคคลเหล่านี้จึงต้อง

<sup>61</sup> "International Covenant on Civil and Political Rights." United Nations. Volume 999, p.171, Article (14)(c) "In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality (c) To be tried without undue delay" และ "American Convention on Human Rights" Article 46 (2)(c) "The provisions of paragraphs 1.a and 1.b of this article shall not be applicable when (c.) There has been unwarranted delay in rendering a final judgment under the aforementioned remedies."

<sup>62</sup> *El Oro Mining and Railway Co* (1931). p. 191

<sup>63</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). p. 80.

ยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ เช่นเดียวกับกรณีที่บุคคลเหล่านี้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ การดำเนินการเพื่อแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายย่อมต้องเป็นไปตามกระบวนการภายในเช่นกัน ซึ่งแนวความคิดนี้ยึดหลักที่ว่าคนต่างด้าวจะต้องยอมรับกฎหมายท้องถิ่นของรัฐเจ้าของดินแดนที่ตนเข้าไปดำเนินการธุรกิจ และด้วยเหตุที่คนต่างด้าวสมัครใจอยู่ภายใต้อำนาจรัฐเจ้าของดินแดนตั้งแต่ต้นจึงต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเสียก่อน

ทว่าในปัจจุบันกลับมีกรณีที่คนต่างด้าวอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐที่สามโดยเฉพาะกรณีที่มีลักษณะเป็นความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามแดน (Transboundary Environmental Harm) เช่น กรณีโรงงานนิวเคลียร์เซอร์โนบีลในประเทศยูเครนระเบิดในปี ค.ศ. 1986 จนก่อให้เกิดความเสียหายลุกลามไปยังกลุ่มประเทศแถบสแกนดิเนเวีย และประเทศญี่ปุ่น ทว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายในประเทศเหล่านี้กลับไม่มีความสัมพันธ์อันใดกับยูเครนแต่อย่างใด กล่าวคือไม่มีความเชื่อมโยงที่เกิดจากความสมัครใจ (Voluntary Link) หรือ ความสัมพันธ์ทางดินแดน (Territorial Connection Rule) แต่อย่างใด ดังนั้นหากชาวญี่ปุ่น (ที่ยังคงอยู่ในประเทศญี่ปุ่น) ได้รับความเสียหายจากเหตุระเบิดดังกล่าวย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องไปแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายภายในยูเครน ฉะนั้นในกรณีที่คนต่างด้าวมิได้อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่นใดจึงอยู่ในสถานะที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

### วรรค (ดี) บุคคลที่ได้รับความเสียหายถูกขัดขวางไม่ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในอย่างชัดเจน

ความตามวรรคนี้มีขึ้นเพื่อให้ศาลมีอำนาจเหนือหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในหากปรากฏว่าผู้เสียหายถูกขัดขวางหรือถูกกีดกันเพื่อมิให้ได้รับการเยียวยาอย่างชัดเจน ทว่าสถานการณ์ลักษณะใดบ้างที่จะถือได้ว่าเป็นอุปสรรคอันร้ายแรงนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถกำหนดได้ ฉะนั้นประเด็นนี้ผู้เสียหายในแต่ละคดีจึงมีภาระการพิสูจน์ว่ามีอุปสรรคอันร้ายแรง และสาระอันเป็นเหตุที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการเพื่อแสวงหาหนทางเยียวยาได้ ‘อย่างชัดเจน หรือ manifestly’<sup>64</sup> แต่กรณีที่ปรากฏเด่นชัดที่สุดคือกรณีที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นคนต่างด้าวถูกกีดกันทางกฎหมายเพื่อไม่ให้เข้ามาภายในดินแดนของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังเช่นกรณีของนาย Diallo ที่ถูกคำสั่งขับไล่ออกนอกประเทศคองโก คำสั่งขับไล่ก็ถือได้ว่าเป็นอุปสรรคประการสำคัญที่ทำให้ไม่สามารถอุทธรณ์เพื่อให้กลับเข้ามาภายในประเทศคองโกเพื่อดำเนินการเรียกร้องต่อศาลภายในคองโกได้ นอกจากการถูกกีดกันด้วยวิธีการดังกล่าวแล้ว การคุกคามในรูปแบบต่างๆที่กระทบต่อความปลอดภัย หรือองค์การภายในของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย กีดกันการดำเนินการทางกฎหมายหรือกีดกันโอกาสการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐ หรือ

<sup>64</sup> Ibid., p. 83.

กรณีของค่าธรรมเนียมศาลที่สูงเกินสมควร (prohibitively high)<sup>65</sup> ก็นับเป็นอุปสรรคสำคัญที่มีลักษณะเป็นการกีดขวางการได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในเช่นกัน

### วรรค (อี) รัฐที่ต้องรับผิดชอบสถานะข้อกำหนดว่าด้วยการเยียวยา ความเสียหายภายใน

วัตถุประสงค์ของหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในคือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าประตบัติต่อคนต่างด้าวโดยมิชอบ แต่รัฐก็สามารถสละความคุ้มครองดังกล่าวได้ โดย The Inter-American Court of Human Rights เคยกล่าวไว้ว่า

“หลักการนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นแนวปฏิบัติของรัฐ โดยเล็งเห็นว่าการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเป็นแนวทางเอื้อประโยชน์ต่อรัฐที่จะให้การเยียวยาความเสียหายก่อนที่จะมีการยกระดับข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศในลำดับถัดไป ทว่าหลักการนี้รัฐสามารถสละเพื่อไม่นำมาบังคับใช้ได้”<sup>66</sup>

การสละหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในนั้นอาจทำได้หลายวิธี เช่นรัฐทั้งสองฝ่ายอาจทำความตกลงกันไว้ภายในสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีก่อนหรือหลังจากที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น หรืออาจปรากฏในสัญญาระหว่างคนต่างด้าวกับรัฐที่มีความรับผิดชอบ ทว่าหากมีการสละเพื่อไม่นำหลักดังกล่าวมาบังคับใช้อย่างชัดเจนย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหา เพราะการตีความก็จะต้องยึดถือตามเจตนารมณ์ของผู้ทำความตกลงเป็นสำคัญ แต่หากเป็นการสละโดยปริยายย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการตีความอยู่มีใช้น้อย

### การสละโดยชัดแจ้ง

การสละโดยชัดแจ้งอาจรวมอยู่ในความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตต้องถูกระงับด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการหรือวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศรูปแบบอื่น ซึ่งข้อความลักษณะนี้อาจเกิดจากการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ต้อง

<sup>65</sup> *The Implications of Costs for the Exhaustion of Local Remedies. (Loewen Group Inc. v. United States of America)*, para. 166.

<sup>66</sup> *Government of Costa Rica case (In the matter of Viviana Gallardo et al.)* of 13 November 1981, Inter-American Court of Human Rights, ILR, vol. 67, p. 578 at p. 587, para. 26. See also ILM, vol. 20 (1981), p. 1057. See also *Electronica Sicula S.P.A.* . para. 50; *De Wilde, Ooms and Versyp cases* (“Belgian Vagrancy Cases”), European Court of Human Rights, 1971, ILR, vol. 56, p. 337 at p. 370, para. 55.

รับผิดชอบหรืออาจเกิดจากสนธิสัญญาทั้งทวิภาคีและพหุภาคี หรืออาจปรากฏอยู่ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ หากมีข้อตกลงที่บ่งบอกถึงการสละการเยียวยาความเสียหายภายในอย่างชัดเจนก็ย่อมใช้บังคับได้โดยได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวปฏิบัติทั่วไปของรัฐ แม้กระทั่งภายในความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการก็มักมีบทบัญญัติที่สละหลักการดังกล่าวดังเช่นในอนุสัญญาระงับข้อพิพาทการลงทุน (Convention on the Settlement of Investment Disputes) ข้อที่ 26<sup>67</sup> ที่ว่า

“ความยินยอมของรัฐภาคีในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หากมีได้บัญญัติไว้เป็นอื่นให้ถือเป็นการยกเว้นหลักการเยียวยาความเสียหายในรูปแบบอื่น ทั้งนี้รัฐคู่ภาคีอาจกำหนดให้มีการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเพื่อเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญานี้ได้เช่นกัน”

บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้แก่รัฐคู่ภาคีสามารถกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการนำหรือการไม่นำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้ได้อย่างอิสระก่อนมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทว่าหากความตกลงสละสิทธินี้ปรากฏในสัญญาฉบับหนึ่งซึ่งเป็นไปตามกฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดน แต่ต่อมาสัญญาได้สิ้นผลไปตามกฎหมายจึงเกิดประเด็นที่ว่าความตกลงสละสิทธิดังกล่าวจะยังคงมีผลอยู่ต่อไปอีกหรือไม่ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรณีข้อบทอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวจะพบว่าหากมีการยกเลิกสัญญาหลักก็จะมีผลต่อข้อบทอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ทั้งนี้ก็เพราะข้อบทอนุญาโตตุลาการนั้นแยกต่างหากจากสัญญาหลัก หากอนุমানเอาตามแนวทางนี้ย่อมหมายความว่าแม้สัญญาหลักจะสิ้นผลไปตามกฎหมาย แต่ไม่กระทบต่อความตกลงสละสิทธิการเยียวยาความเสียหายภายในแต่อย่างใด

#### การสละโดยปริยาย

ศาลคดี ELSI ได้แสดงความคิดเห็นว่าการสละสิทธิที่จะใช้หลักการเยียวยาความเสียหายภายในนั้นไม่สามารถสละได้โดยปริยาย<sup>68</sup>

<sup>67</sup> "Convention on the Settlement of Investment Disputes."

Article 26

"Consent of the Parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention."

<sup>68</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . (1989). para. 50.

“ศาลไม่สามารถยอมรับได้ว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญจะถูกละเว้นได้เพียงเพราะไม่ได้เขียนไว้อย่างชัดเจน”

ดังนั้นหากวัตถุประสงค์ของรัฐคู่ภาคีที่ต้องการสละหลักการเยียวยาความเสียหายภายในนั้นเป็นที่ชัดเจนก็ย่อมมีผลเป็นไปตามเจตนารมณ์ แต่หากไม่มีการบัญญัติหรือระบุไว้อย่างชัดเจนย่อมไม่สามารถอนุมานได้ว่ารัฐคู่ภาคีสละสิทธิการนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้

#### 4.6 ข้อยกเว้นหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูต

การให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่หลักดังกล่าวก็สามารถได้รับการยกเว้นได้ โดยการยกเว้นเพื่อไม่นำหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตมาบังคับใช้นั้นสืบเนื่องมาจากแนวโน้มของรัฐในปัจจุบันที่จัดทำสนธิสัญญาต่างๆ ขึ้นมาบังคับใช้ระหว่างรัฐภาคีด้วยกันเอง โดยเฉพาะสนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการลงทุนต่างชาติ เช่น สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย และการเดินเรือ (Treaty of Friendship Commerce and Navigation) ความตกลงทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties; BITs) และอนุสัญญาพหุภาคีว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) ที่กำหนดหลักการพิเศษในการระงับข้อพิพาทอันมีลักษณะเป็นการยกเว้นหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูต โดยสนธิสัญญาเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อผ่อนปรนการนำเงื่อนไขต่างๆ มาบังคับใช้ อาทิ เงื่อนไขด้านสัญชาติ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในที่เป็นเงื่อนไขหลักของการให้ความคุ้มครองทางการทูต

ศาลในคดี *Barcelona Traction* ยอมรับว่าปัจจุบันการลงทุนของต่างชาติที่ได้รับการควบคุมและคุ้มครองโดยความตกลงทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น<sup>69</sup> โดยมีวัตถุประสงค์หลักก็เพื่อสร้างกระบวนการสำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุน ด้วยเหตุนี้ภายในความตกลงฯ จึงกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุนก่อนที่จะมีการขึ้นอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad hoc Tribunal หรือ Tribunal) ที่ตั้งขึ้นโดยศูนย์ระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for the Settlement of Investment Disputes; ICSID) ในขณะที่ความตกลงฯ บางฉบับรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนอาจกำหนดบทบัญญัติการระงับข้อพิพาทการลงทุนด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้ ทั้งนี้ก็สืบเนื่องมาจากกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นผลดีแก่นักลงทุนมากกว่าเมื่อเทียบกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตที่เป็นจารีตประเพณีระหว่าง

<sup>69</sup> *Barcelona Traction*. (1970)., para. 90.

ประเทศ เพราะบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้แก่นักลงทุนที่สามารถดำเนินการเพื่อขึ้นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้โดยตรง ในขณะที่เดียวกันการที่นักลงทุนใช้โอกาสตาม BITs และ ICSID ก็ส่งผลให้เป็นการยกเว้นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางการทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติตน<sup>70</sup>

ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศจึงกำหนดถึงกรณีที่จะไม่นำร่างข้อบว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตมาใช้บังคับ ภายในร่างข้อบฯ ข้อที่ 17 ดังนี้

“ร่างข้อบฯ ฉบับนี้ไม่นำมาใช้กับหลักการพิเศษในกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ บทบัญญัติในสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน ในกรณีที่เนื้อหาขัดแย้งกัน”

ร่างข้อบฯ ข้อดังกล่าวกำหนดถึงกรณีที่จะไม่นำร่างข้อบฯ มาบังคับใช้เฉพาะกรณีหลักกฎหมายทั่วไปขัดกับบทบัญญัติในสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนทางด้านเนื้อหา กล่าวคือ หากหลักกฎหมายทั่วไปกับสนธิสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดแย้งกันจะต้องยึดถือเนื้อหาตามสนธิสัญญาเป็นสำคัญทั้งนี้ด้วยผลแห่งข้อ 17 ที่ยังคงให้ความสำคัญกับความเป็นกฎหมายพิเศษของสนธิสัญญาที่ถูกร่างขึ้นอย่างเฉพาะเจาะจง (*lex specialis*) อย่างไรก็ตามร่างข้อบว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตฉบับนี้ก็นับเป็นผลผลิตจากความพยายามที่จะประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น และถือเป็นพัฒนาการทางกฎหมายอีกด้วย แม้ขณะนี้เนื้อหาดังกล่าวนี้จะยังคงอยู่ในรูปแบบของร่างข้อบ (Draft Articles) ที่จะต้องเสนอต่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly) หากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเห็นชอบกับร่างข้อบฯ นี้ก็จะรับร่างข้อบฯ โดยทำเป็นข้อมติ (Resolution) และดำเนินการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาโดยเปิดให้รัฐทั้งหลายลงนามและให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้เมื่อกระบวนการต่างๆ เสร็จสมบูรณ์ร่างข้อบว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตฉบับนี้จึงจะมีผลบังคับใช้ได้ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญา

<sup>70</sup> ICSID Convention, Article 27 (1)

“(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.”

## บทที่ 5

### ผลการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาการของ

### การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น

#### 5.1 การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล

คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Barcelona Traction ได้เคยอธิบายถึงกรณีการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลไว้และยิ่งชัดเจนมากขึ้นเมื่อคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้บัญญัติเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกรณีการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลไว้ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ประเด็นที่นำมาซึ่งความชัดเจนนั้นคือประเด็นด้านสัญชาติของนิติบุคคล เพราะเดิมทีสัญชาติของความเป็นนิติบุคคลนั้นมักไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด แต่เป็นเพียงเกณฑ์การหาสัญชาตินิติบุคคลอย่างกว้างๆ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายโดยยึดเอาเกณฑ์ 4 เกณฑ์ ได้แก่ เกณฑ์ด้านสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล เกณฑ์ด้านศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ เกณฑ์การควบคุม และเกณฑ์สถานที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคล ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบริษัทกับรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางการทูต<sup>1</sup> แต่เมื่อรัฐมีสถานะเป็นรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลแล้วจะมีบทบาทอย่างไรในการให้ความคุ้มครองทางการทูต และแนวปฏิบัติของรัฐและแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลเป็นไปในทิศทางใด โดยจะพิจารณาดังนี้

##### 5.1.1 บทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคล

จากแนวคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยเฉพาะคดี Barcelona Traction ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลนั้น ศาลมิได้มีท่าทีสนับสนุนเกณฑ์การควบคุมเพื่อพิจารณาสัญชาติของบริษัทแต่อย่างใด เพราะหากศาลยึดเอาเกณฑ์การควบคุมที่มุ่งให้นิติบุคคลถือสัญชาติตามผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ เบลเยียมซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นจำนวน 88% อันเป็นสัดส่วนที่มีนัยสำคัญต่อการควบคุมบริษัทย่อมอยู่ในสถานะที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ แต่ตามคำวินิจฉัยของศาลนั้นแสดงให้เห็นว่าการถือหุ้นจำนวน 88% มิได้ส่งผลให้เบลเยียมมีสถานะทัดเทียมแคนาดาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction แม้แต่น้อย ในทางกลับกันศาลกลับมีท่าทีสนับสนุนแคนาดาซึ่งเป็นรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท Barcelona Traction ทว่าเหตุที่ศาลยอมรับว่าแคนาดาคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทดังกล่าวนั้นมิได้เกิดจากการที่ศาลยอมรับเกณฑ์สถานที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลแต่เพียงอย่างเดียว แต่ปัจจัยที่สำคัญที่สุดคือ ‘ท่าทีของรัฐคู่พิพาท’ กล่าวคือทั้งเบลเยียมซึ่งเป็นรัฐผู้ร้อง และสเปนซึ่งเป็นรัฐที่ถูกกล่าวหาในคดีนี้

<sup>1</sup> โปรดดู หัวข้อ 2.1.4

รวมถึงประเทศสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นส่วนที่เหลือล้วนยอมรับสถานะของบริษัท Barcelona Traction ว่ามีสัญชาติแคนาดาโดยไม่มีการโต้แย้งประเด็นสัญชาติของบริษัทแต่อย่างใด<sup>2</sup>

นอกจากการยอมรับของรัฐคู่พิพาททั้งสองแล้ว ศาลยังคงสังเกตเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Barcelona Traction กับประเทศแคนาดานั้นมิได้เกิดขึ้นเพียงเพราะเป็นสถานที่จดทะเบียนก่อตั้งเท่านั้น หากแต่มีความสัมพันธ์ด้านอื่นๆ อีกด้วย กล่าวคือ บริษัทดังกล่าวมีสำนักงานตั้งอยู่ภายในประเทศแคนาดาและดำเนินการภายใต้กฎหมายแคนาดาตลอดระยะเวลากว่า 50 ปี อีกทั้งบัญชีและหุ้นรวมถึงการจัดประชุมต่างๆ และการเสียภาษีล้วนอยู่ภายในประเทศแคนาดาทั้งสิ้น ฉะนั้นศาลจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าแคนาดาเป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับบริษัท Barcelona Traction ที่สุด และเป็นรัฐที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อบริษัทดังกล่าวได้รับความเสียหาย

บทบาทของแคนาดาที่มีต่อบริษัท Barcelona Traction นั้น แม้จะไม่ปรากฏเป็นสาระสำคัญในคดีนี้เนื่องจากแคนาดาไม่ได้เป็นรัฐผู้ร้องในคดีนี้ แต่ภายในคำพิพากษาศาลก็ได้มีการกล่าวถึงท่าทีของแคนาดาที่เคยพยายามให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Barcelona Traction แล้วครั้งหนึ่งตามบันทึกลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 1948<sup>3</sup> โดยการดำเนินการดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแคนาดาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction ก็ได้ได้นิ่งเฉยต่อความเสียหายที่บริษัทดังกล่าวได้รับแม้แต่น้อย แม้ต่อมาแคนาดาจะยุติการให้ความคุ้มครองทางการทูตในวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 1955 โดยที่ไม่มีเหตุผลอื่นใดนอกเหนือจากการให้เหตุผลว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาเหมาะสมกว่าการให้ความคุ้มครองทางการทูต<sup>4</sup> แม้ศาลจะไม่ทราบสาเหตุอื่นที่ทำให้แคนาดายุติการให้ความคุ้มครองทางการทูตแล้วหันไปใช้วิธีการเจรจาแทนทั้งที่แคนาดานั้นเป็นรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้โดยตรงเนื่องจากเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction และได้ดำเนินการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตไปแล้วถึง 7 ปี อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ชี้ชัดว่าแคนาดายังคงมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Barcelona Traction ได้ตราบเท่าที่ยังมีเขตอำนาจเหนือบริษัทอยู่<sup>5</sup>

ต่อมาในคดี *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* ศาลก็ได้บ่งชี้สาระสำคัญบางประการที่แสดงแนวโน้มของการกำหนดสัญชาติโดยบทบัญญัติของสนธิสัญญา ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท ELSI มีสถานะเป็นบริษัทสัญชาติอิตาลีโดยผลของสนธิสัญญา FCN Treaty Article II (2) ที่กำหนดไว้ดังนี้

<sup>2</sup> *Barcelona Traction*. (1970). paras. 72-74.

<sup>3</sup> *Ibid.*, para. 75.

<sup>4</sup> *Ibid.*, para. 77.

<sup>5</sup> *Ibid.*, para. 82.



“บริษัท และห้างหุ้นส่วนที่ก่อตั้งขึ้น หรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับในเขตรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดย่อมถือเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนของรัฐที่รับจัดตั้งขึ้นนั้นและมีสถานะเป็นนิติบุคคลของรัฐภาคีนั้นไม่ว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนดังกล่าวจะมีถิ่นที่ตั้งถาวรสาขา หรือสำนักงานภายในรัฐนั้นหรือไม่ก็ตาม”<sup>6</sup>

เมื่อมีการระบุไว้โดยชัดแจ้งเช่นนี้แล้วจึงไม่ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์หรือหลักเกณฑ์อื่นใดเพื่อนำมาพิจารณาสัญชาติของบริษัทอีก ทว่าการกำหนดเนื้อหาไว้ในลักษณะนี้หากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเป็นรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเสียเอง การอ้างหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลย่อมถูกจำกัดซึ่งทำให้บริษัทดังกล่าวไม่สามารถได้รับความคุ้มครองใดๆจากรัฐเจ้าของสัญชาติเลย กล่าวคือ หากรัฐ A กับรัฐ B มีสนธิสัญญาเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันโดยมีบทบัญญัติระบุให้นิติบุคคลซึ่งได้จัดตั้งภายใต้กฎหมายของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งให้ถือเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นย่อมหมายความว่าหากผู้ถือหุ้นของรัฐ A ประสงค์จะจัดตั้งบริษัทขึ้นภายในรัฐ B บริษัทดังกล่าวจึงเป็นบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐ B โดยผลของบทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นที่ ฉะนั้นในกรณีที่รัฐ B กระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจนบริษัทได้รับความเสียหายย่อมไม่สอดคล้องกับเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางการทูตตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ ฉะนั้นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทในกรณีเช่นนี้จึงไม่อยู่ในสถานะที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทสัญชาติตนได้ เช่นเดียวกันกับกรณีคดี Diallo ที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายภายในคองโก<sup>7</sup> และได้รับการยอมรับว่ามีสัญชาติคองโก แม้กระทั่งก็มีได้โต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของบริษัทดังกล่าวแต่อย่างไร ฉะนั้นเมื่อคองโกเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัททั้งสองแต่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศจนทำให้บริษัทสัญชาติตนได้รับความเสียหายย่อมเป็นไปได้เลยที่คองโกจะให้ความคุ้มครองทางการทูตทั้งต่อบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire

จากนัยของข้อเท็จจริงของทั้งสามคดีย่อมมีอิทธิพลต่อบทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทในการให้ความคุ้มครองทางการทูตตามเงื่อนไขที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ กล่าวคือ ในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ ตามหลักแล้วรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทย่อมมีดุลยพินิจที่จะให้หรือไม่ให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทดังกล่าวได้

<sup>6</sup> "Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Italian Republic." Article II (2), Corporations and associations created or organized under the applicable laws and regulations within the territories of either High Contracting Party shall be deemed to be corporations and associations of such High Contracting Party and shall have their juridical status recognized within the territories of the other High Contracting Party whether or not they have a permanent establishment, branch or agency therein.

<sup>7</sup> Ahmadou Sadio Diallo. (2007)., para. 92.

แต่การที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทจะมีสิทธิเช่นนี้ข้อเท็จจริงต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างรัฐถึงสองฝ่ายด้วยกันที่เกี่ยวข้องกับบริษัท กล่าวคือ รัฐหนึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทที่ลงทุนประกอบกิจกรรมทางธุรกิจที่ดินแดนของอีกรัฐหนึ่ง แต่รัฐที่รับการลงทุนนั้นกลับฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ฉะนั้นเมื่อรัฐที่รับการลงทุนก่อความเสียหายแก่บริษัท รัฐอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งก็คือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทย่อมมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบริษัทสัญชาติตนได้ ในทางตรงกันข้ามหากรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเป็นรัฐเดียวกันกับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทนั่นเอง สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทจึงไม่อาจมีขึ้น ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าแม้รัฐจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติหรือบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นเองก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้หากการกระทำการอันไม่สุจริตเกิดจากรัฐที่ประสงค์จะอ้างสิทธินั้น กรณีเช่นนี้บาปเคราะห์ย่อมตกอยู่กับบริษัทและผู้ลงทุนหรือผู้ถือหุ้น ด้วยเหตุนี้จึงเกิดช่องทางที่สนับสนุนให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถเข้ามาอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ในกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทกับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทเป็นรัฐเดียวกันตราบเท่าที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด อันจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.3.2

ทั้งนี้เมื่อทราบถึงบทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทแล้วจึงสมควรพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐและแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้เห็นทิศทางการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทในลำดับต่อไป

### 5.1.2 แนวปฏิบัติของรัฐกับแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศ

คำตัดสินของศาลคดี Barcelona Traction มีแนวโน้มที่ยึดเอาความสัมพันธ์อันแน่นแฟ้น (permanent and close connection) ระหว่างรัฐกับบริษัทเป็นปัจจัยสำคัญ แต่ศาลก็มีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าควรให้น้ำหนักแก่ความสัมพันธ์ในรูปแบบใดมากกว่ากันเพื่อยึดเอาเป็นเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติซึ่งเป็นเงื่อนไขอันนำมาซึ่งบทบาทสำคัญของการให้ความคุ้มครองทางการทูตว่าเป็นสิทธิของรัฐใด

อย่างไรก็ตามเมื่อมีการจัดทำร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตในปี ค.ศ. 2006 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้เล็งเห็นความสำคัญของการจัดลำดับความสำคัญของการพิจารณาสัญชาตินิติบุคคลดังที่ปรากฏในร่างข้อบทฯ ข้อที่ 9<sup>8</sup> ซึ่งกำหนดให้ยึดถือ

<sup>8</sup> ร่างข้อบทฯ ข้อที่ 9 ว่าด้วยรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท “ตามวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองทางการทูตนิติบุคคล รัฐเจ้าของสัญชาติ หมายถึง รัฐที่บริษัทได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐนั้น อย่างไรก็ตามบริษัทถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐอื่น และไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท และสถานที่ในการบริหารจัดการรวมถึงการควบคุมทางการเงินของบริษัทดำเนินอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง รัฐดังกล่าวถือเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติ”

เอาเกณฑ์สถานที่จดทะเบียนก่อตั้งมาเป็นหลักเกณฑ์ประการสำคัญ ทว่าในสถานการณ์อื่นๆที่บ่งชี้ความสัมพันธ์อันแน่นแฟ้นระหว่างรัฐกับนิติบุคคล อาทิ กรณีที่บริษัทถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐอื่น และไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้ง ประกอบกับสถานที่ในการบริหารจัดการและการควบคุมทางการเงินอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง รัฐที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริษัทดังกล่าวจึงจะถือเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

การที่ร่างข้อบทฯ ข้อที่ 9 ระบุไว้เช่นนี้สะท้อนความสำคัญของสถานที่จดทะเบียนก่อตั้งบริษัทอยู่ไม่น้อย เพราะเหตุที่จะนำมาหักล้างเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติที่รับจดทะเบียนก่อตั้งขึ้นนั้นตั้งอยู่บนเงื่อนไขถึง 3 ประการ ได้แก่ (1.) บริษัทต้องถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐอื่น (2.) บริษัทต้องไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท และ (3.) ทั้งสถานที่ในการบริหารจัดการและการควบคุมทางการเงินต้องดำเนินอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง ดังนั้นหากขาดเงื่อนไขเพียงข้อใดข้อหนึ่งย่อมส่งผลให้รัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทยังคงเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั้นๆ ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่มีข้อพิพาทใดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการพิจารณาสัญชาติของบริษัทเพื่ออ้างสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้น หากปรากฏว่ารัฐผู้ร้องเป็นรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทที่ได้รับความเสียหายย่อมอยู่ในสถานะที่ได้เปรียบ ในทางกลับกันรัฐคู่พิพาทย่อมมีหน้าที่โต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัญชาตินิติบุคคลจึงต้องชี้ให้ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงนั้นมีสถานการณ์อื่นที่เป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการเพื่อหักล้างการอ้างสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งได้

ฉะนั้นแม้คดี Barcelona Traction จะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากการจัดทำร่างข้อบทฯด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นคำตัดสินของศาลย่อมไม่แตกต่างจากเดิมแม้แต่น้อย เพราะแม้บริษัท Barcelona Traction จะถูกควบคุมโดยคนชาติเบลเยียมถึง 88% ของจำนวนหุ้นทั้งหมด ซึ่งเป็นเงื่อนไขประการแรกที่สามารถยกขึ้นมาหักล้างเกณฑ์สถานที่จดทะเบียนก่อตั้งบริษัท แต่ข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏว่ามีเงื่อนไขประการที่สองและประการที่สามแต่อย่างใด ฉะนั้นไม่ว่าคดีนี้จะเกิดก่อนหรือเกิดหลังจากการจัดทำร่างข้อบทฯด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตย่อมไม่อาจส่งผลต่อแนวคำตัดสินของศาลแม้แต่น้อย

ส่วนในคดี Diallo มีประเด็นหนึ่งที่กินเรียกร้องต่อศาลเพราะประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท ‘โดยการแทนที่’ บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ซึ่งลักษณะคำร้องของกินีนั้นแสดงให้เห็นว่ากินีได้ยอมรับสถานะของบริษัททั้งสองว่าเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายคองโกและถือสัญชาติคองโก ฉะนั้นข้อเรียกร้องของกินีซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจำนวนทั้งหมดของบริษัททั้งสองจึงมีลักษณะเป็นเพียงการเรียกร้องโดยการแทนบริษัทที่ได้รับความเสียหายเท่านั้น แต่มิได้อ้างสิทธิในการคุ้มครองในฐานะที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

บทบาทของรัฐที่จะอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลนั้นมีความสำคัญในลำดับต้นๆ หากรัฐที่อ้างสิทธิเป็นรัฐที่รับผิดชอบก่อตั้งบริษัทที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัทนั้นย่อมอยู่ในสถานะที่ได้เปรียบ แต่รัฐผู้อ้างสิทธิหรือรัฐผู้ร้องก็ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ที่มีกับบริษัทด้วยเช่นกัน เพราะเพียงแค่การรับผิดชอบต่อภายในรัฐนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท หากแต่ต้องมีความสัมพันธ์ด้านอื่นๆ โดยเฉพาะความสัมพันธ์ที่ปรากฏเป็นเงื่อนไขที่รัฐที่ถูกกล่าวหาสามารถยกขึ้นมาหักล้าง คือ

กรณีที่ 1. บริษัทก่อตั้งขึ้นภายในรัฐ A และถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐ A เป็นส่วนใหญ่ หรือ

กรณีที่ 2. บริษัทก่อตั้งขึ้นภายในรัฐ A และมีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในรัฐ A หรือ

กรณีที่ 3. บริษัทก่อตั้งขึ้นภายในรัฐ A และสถานที่ในการบริหารจัดการและการควบคุมทางการเงินต้องดำเนินอยู่ภายในรัฐ A

ทั้งนี้เพราะรัฐที่ถูกกล่าวหาจะมีภาระการพิสูจน์ 3 ประการซึ่งเป็นเงื่อนไขเพื่อหักล้างการอ้างสิทธิของรัฐที่รับผิดชอบต่อตั้ง หากรัฐที่ถูกกล่าวหาไม่สามารถพิสูจน์เงื่อนไขการหักล้างได้ครบทุกประการก็ย่อมไม่อาจคัดค้านการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทของรัฐที่รับผิดชอบต่อตั้งได้

ทว่าภายในร่างข้อบ่งชี้ด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นได้กำหนดบทบัญญัติที่รัดกุมกว่าที่ศาลในคดี Barcelona Traction และคดี ELSI เคยกล่าวไว้ กล่าวคือ แม้รัฐจะเป็นเจ้าของสัญชาติบริษัทที่ได้รับความเสียหายก็มิได้หมายความว่ารัฐดังกล่าวจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้เสมอไป หากแต่บริษัทจะต้องถือสัญชาติของรัฐดังกล่าวตั้งแต่ในขณะที่ความเสียหายเกิดจนกระทั่งถึงวันที่เสนอข้อเรียกร้องต่อศาลอย่างต่อเนื่องดังที่กำหนดไว้ในร่างข้อบ่งชี้ ข้อที่ 10<sup>9</sup> การกำหนดไว้เช่นนี้ยิ่งเน้นย้ำว่าบริษัทกับรัฐนั้นๆ จะต้องมีสัมพันธ์ระหว่างกันอยู่โดยตลอดอีกด้วย

อย่างไรก็ดีนอกเหนือจากการเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทแล้ว รัฐดังกล่าวก็ต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ ว่าประกอบประกอบที่จะทำให้สามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้อย่างสมบูรณ์หรือไม่ โดยเฉพาะเงื่อนไขที่ว่าบริษัทที่ได้รับความเสียหายต้องสิ้นสุดหนทาง

<sup>9</sup> ร่างข้อบ่งชี้ ข้อที่ 10

1. รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้น หรือรัฐก่อนหน้า ตั้งแต่วันที่ความเสียหายเกิดจนถึงวันที่มีการเสนอข้อเรียกร้อง และความสัมพันธ์ด้านสัญชาตินั้นมีอยู่อย่างต่อเนื่องระหว่างวันทั้งสอง
2. รัฐไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท หากบริษัทถือสัญชาติของรัฐดังกล่าวภายหลังจากวันเสนอข้อเรียกร้อง
3. อย่างไรก็ตามตาม วรรค 1 รัฐยังคงมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นตั้งแต่วันที่ได้รับความเสียหายและบริษัทได้สิ้นสุดตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทได้รับการก่อตั้งขึ้นลงด้วยเหตุแห่งความเสียหายนั้น

เยียวความเสียหายภายในรัฐที่ความเสียหายเกิด ทว่าแม้จะครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตกำหนด แต่ปัจจัยภายนอกก็เป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐพึงตระหนักถึง เพราะการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นคือการยกระดับข้อพิพาทให้กลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศซึ่งทำให้รัฐต้องมีต้นทุนเพิ่มขึ้นเมื่อต้องแบกรับภาระในการดำเนินการเพื่อเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในขณะที่ข้อพิพาทระหว่างประเทศย่อมบั่นทอนความสัมพันธ์อันดีระหว่างรัฐผู้ร้องและรัฐที่ถูกกล่าวหา ฉะนั้นรัฐจึงมีดุลยพินิจที่จะไม่ให้หรือให้ความคุ้มครองทางการทูต แคนาดา เพียงใดก็ได้ เนื่องจากเป็นสิทธิของรัฐแต่เพียงผู้เดียว ดังเช่นในข้อเท็จจริงของคดี Barcelona Traction ในช่วงระยะเวลาก่อนหน้าที่เบลเยียมจะยื่นข้อเรียกร้องสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แคนาดาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Barcelona Traction ได้เคยอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต และได้ยุติการให้ความคุ้มครองต่อบริษัทที่ได้รับความเสียหายเพราะเห็นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นสมควรระงับด้วยวิธีการเจรจาสองฝ่ายมากกว่าท่าทีของแคนาดาในคดีนี้จึงสะท้อนหลักการที่ว่า การให้ความคุ้มครองทางการทูตตั้งอยู่บนฐานของดุลยพินิจของรัฐนั่นเอง

## 5.2 การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้น

### 5.2.1 บทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น

จากประเด็นปัญหาที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตในบริบทใดบ้างนั้น คำตัดสินของศาลทั้งสามคดี ได้แก่ คดี Barcelona Traction คดี ELSI และคดี Diallo แสดงให้เห็นถึงแนวปฏิบัติของรัฐกับแนวโน้มของการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นในสถานการณ์ที่มีปัจจัยแวดล้อมแตกต่างกัน รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในแต่ละคดี ได้แก่

- เบลเยียม ซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจำนวน 88% ของหุ้นทั้งหมดในบริษัท Barcelona Traction
- สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท The Elettronica Sicula S.p.A. หรือ ELSI และ
- กินี ซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาตินาย Diallo ที่เป็นผู้ถือหุ้นรายเดียวของบริษัท Africom-Zaire และ บริษัท Africontainers-Zaire

รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นทั้งสามคดีมีลักษณะร่วมที่คล้ายคลึงกันอยู่ประการหนึ่งคือ รัฐทั้งสามล้วนยอมรับสถานะของตนเองว่าเป็น ‘รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น’ และสถานะความเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นของรัฐทั้งสามก็ไม่ได้รับการโต้แย้งจากรัฐคู่กรณีแต่อย่างใด ในขณะที่เดียวกัน ประเด็นสถานะของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก็เป็นที่ยอมรับโดยที่ไม่มีมีการโต้แย้งใดๆแม้แต่น้อย การ

อ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐทั้งสามชี้ชัดว่าเป็นการมุ่งให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนที่มีสถานะเป็น ‘ผู้ถือหุ้น’ ในบริษัทนั้นๆ แต่ประเด็นที่ก่อให้เกิดปัญหาคือความคาบเกี่ยวระหว่าง ‘สิทธิ’ กับ ‘ผลประโยชน์’ จึงเป็นเหตุให้การอ้างสิทธิของรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นนั้นมักถูกโต้แย้งโดยรัฐคู่กรณี ดังเช่นในคำคัดค้านของสเปนในคดี Barcelona Traction ที่ระบุว่า “ข้อเรียกร้องของเบลเยียมเป็นการให้ความคุ้มครองต่อบริษัท Barcelona Traction เบลเยียมจึงไม่มีสิทธิเรียกร้อง”<sup>10</sup> และคำคัดค้านของคองโกในคดี Diallo ที่ระบุว่า “ก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตเนื่องจากข้อเรียกร้องทางฝ่ายกีนีมีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิของบริษัท”<sup>11</sup>

แต่เมื่อศาลในคดี Barcelona Traction ได้มีการแจกแจงประเด็นนี้ไว้ว่าการกระทำต่อ ‘สิทธิ’ ย่อมนำมาซึ่งสิทธิเรียกร้อง แต่หากเป็นการกระทำต่อ ‘ผลประโยชน์’ ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแม้แต่น้อย ทั้งนี้ศาลก็ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าการพิจารณาสิทธินั้นต้องอาศัย กฎหมายภายในของรัฐ เมื่อเป็นที่ชัดเจนแล้วจึงทำให้ศาลในคดีต่อมา เช่นศาลในคดี Diallo ยึดถือหลักดังกล่าวเป็นต้นแบบ เช่นเดียวกันกับกรณีของคดี ELSI ที่มี FCN Treaty ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่กำหนดสิทธิให้แก่คนชาติของรัฐภาคีซึ่งเป็นนักลงทุนไว้โดยตรงจึงต้องพิจารณาสิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าว การพิจารณาสิทธิเช่นนี้ก็เพื่อแยกแยะว่าสิทธิเป็นของใคร และสิทธิของผู้ใดที่ถูกละเมิด เจ้าของสัญชาติบุคคลที่ได้รับการรับรองสิทธิย่อมมีสิทธิเรียกร้อง ฉะนั้นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่ไปลงทุนในต่างประเทศจึงต้องตระหนักถึงประเด็นนี้เป็นสำคัญ เพราะหากสิทธิเป็นของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิเรียกร้อง แต่เมื่อไม่สามารถหาหนทางเรียกร้องเพื่อเยียวยาความเสียหายภายในได้ รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ย่อมมีสิทธิเข้ามาเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองต่อผู้ถือหุ้นอีกต่อหนึ่งเพื่อยกระดับให้เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ แต่หากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต ทั้งที่สิทธิที่ถูกละเมิดนั้นมีไซ้ของผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายรับรองย่อมทำให้ข้อเรียกร้องดังกล่าวต้องตกไปหากไม่ปรากฏสถานการณ์พิเศษอันเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปดังเช่นในกรณีการเรียกร้องของเบลเยียมในคดี Barcelona Traction

อย่างไรก็ดีศาลในคดี Barcelona Traction ได้เคยกล่าวไว้ในคำตัดสินในปี ค.ศ. 1970 ว่า “รัฐควรมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติ เมื่อบริษัทดังกล่าวตกเป็นเหยื่อของการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท”<sup>12</sup> นับเป็นการอ้างสิทธิลักษณะหนึ่งที่สะท้อนให้รัฐยอมรับสิทธิของตนเองในฐานะที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น และการยอมรับสถานะรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท ทว่าศาลเพียงแต่กล่าวถึง

<sup>10</sup> *Barcelona Traction*. (1970). para.25.

<sup>11</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*. (2007). para. 11. “on the ground that the Republic of Guinea lacks standing to exercise diplomatic protection in the present proceedings, since its Application seeks essentially to secure reparation for injury suffered on account of the alleged violation of rights of companies not possessing its nationality”

<sup>12</sup> *Barcelona Traction*. (1970)., para. 92.

ลักษณะของการอ้างสิทธิโดยที่มีได้กำหนดคำจำกัดความว่าการอ้างสิทธิเช่นนี้เรียกว่าอะไร จนกระทั่ง กินียื่นข้อเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในข้อพิพาทคดี Diallo กินีได้อ้างอิงถึงคำกล่าวใน คดี Barcelona Traction ข้างต้นพร้อมกำหนดคำจำกัดความไว้อย่างชัดเจน ดังนี้ “การให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่ คือสิทธิของรัฐหนึ่งที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตน ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติ เมื่อบริษัทดังกล่าวตกเป็นเหยื่อของการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท”<sup>13</sup> แต่สิ่งที่เห็นเด่นชัดจากการเรียกร้องลักษณะนี้หรือที่กินีเรียกว่า ‘การให้ความคุ้มครองโดยการแทนที่’ นั้นที่สะท้อนออกมาจากการใช้ถ้อยคำของกินีซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาตินาย Diallo ผู้เป็นผู้ถือหุ้นนั้นบ่งชี้ว่า กินียอมรับว่ากำลังให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้น และยอมรับว่าสิทธิที่อ้างว่าถูกละเมิดนั้นเป็นสิทธิของบริษัทที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทนั่นเอง

จากบทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นทั้งสามคดีแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ารัฐผู้ร้องทั้งหลายล้วนรับทราบถึงสถานะของตนเองว่ามีสิทธิเรียกร้องในสถานะใดบ้างและเคารพความเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทโดยมิได้โต้แย้งแม้แต่น้อย

## 5.2.2 แนวปฏิบัติของรัฐกับแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศ

รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือคนชาติของตน ฉะนั้นเมื่อคนชาติได้รับความเสียหายในต่างแดน รัฐย่อมมีอำนาจให้ความคุ้มครองบุคคลนั้นๆ โดยอาจกำหนดกฎหมายภายในเพื่อสร้างพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองคนชาติดังเช่นในกรณีของสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ส่วนในกรณีของคดีทั้งสามที่ได้ยกขึ้นมาในตอนต้น อันได้แก่ คดี Barcelona Traction คดี ELSI และ คดี Diallo ได้แสดงให้เห็นถึงความตื่นตัวของรัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติตนเองเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศในมิติที่เป็นไปในทิศทางที่ชัดเจนและมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยมีปัจจัยสามประการ คือ (1) การสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลของบริษัท (2) รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก่อความเสียหายต่อบริษัท และ (3) การละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

### (1) การสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

คำตัดสินคดี Barcelona Traction นั้นเสมือนเป็นรากฐานที่สำคัญสำหรับแนวทางการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น โดยศาลได้กำหนดหลักการสำหรับสิทธิของ

<sup>13</sup> Ahmadou Sadio Diallo. (2007)., para. 30. “...protection by substitution it means the right of a State to exercise its diplomatic protection on behalf of nationals who are shareholders in a foreign company whenever the company has been a victim of wrongful acts committed by the State under whose law it has been incorporated.....”

รัฐในการให้ความคุ้มครองบริษัท และการให้ความคุ้มครองต่อผู้ถือหุ้นแยกออกจากกัน ในขณะที่เดียวกันศาลก็เห็นว่าเป็นกรณีที่บริษัทนั้นสิ้นสุดความเป็นนิติบุคคลลงด้วยเหตุอื่นใดที่ไม่เกี่ยวข้องกับความเสี่ยงที่ได้รับนั้น รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถให้ความคุ้มครองได้ซึ่ง

ประเด็นนี้ได้เป็นที่ยอมรับในร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตและยังไม่มีกรณีโต้แย้งแต่ประการใด

## (2) รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก่อนความเสี่ยงต่อบริษัท

ประเด็นที่เป็นปรากฏการณ์อันมีนัยสำคัญคือในกรณีที่ผู้ถือหุ้นถูกลดทอนสิทธิอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจรัฐเจ้าของดินแดนที่มีสถานะเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทที่มีขอบ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงระบุถึงสถานการณ์ที่ผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติของตนได้ แม้ความเสี่ยงจะเกิดขึ้นต่อบริษัทก็ตามที่ โดยข้อเสนอแนะลักษณะนี้ศาลคดี Barcelona Traction ใช้คำว่า เหตุแห่งความเสมอภาค หรือ ‘Reason of Equity’ โดยมุ่งให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยา ทว่าศาลก็ได้ระบุถึงรายละเอียดที่ชัดเจน

อย่างไรก็ตามร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 11 (บี) ได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมกว่าที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ คือ นอกจากในวันที่เกิดความเสียหายบริษัทจะต้องถือสัญชาติของรัฐที่เป็นผู้ก่อความเสียหายแล้ว การก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นต้องเป็นเงื่อนไขแห่งการดำเนินธุรกิจภายในรัฐดังกล่าว เงื่อนไขใหม่นี้เป็นการเพิ่มภาระการพิสูจน์ให้กับรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้น ในทางกลับกันเงื่อนไขดังกล่าวกลับส่งผลต่อท่าทีของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

การที่ร่างข้อบทได้กำหนดเงื่อนไขที่ได้รับการพัฒนามาจาก ‘Reason of Equity’ ที่ศาลในคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้เป็นการสร้างกลไกที่รัดกุมและชัดเจนให้แก่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมากยิ่งขึ้น ความชัดเจนในที่นี้ส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นทราบล่วงหน้าก่อนการยื่นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าจะต้องมีภาระการพิสูจน์มากน้อยเพียงใด และสามารถประเมินผลลัพธ์ของคำพิพากษาได้ล่วงหน้าไม่มากนักน้อยโดยอาศัยแนวโน้มของคำพิพากษาและเงื่อนไขต่างๆที่มีความชัดเจน ความชัดเจนเหล่านี้ย่อมส่งผลต่อท่าทีของรัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตที่จะต้องพิจารณาถึงผลของคำพิพากษาที่อาจเกิดขึ้น กล่าวคือหากรัฐดังกล่าวตระหนักถึงภาระการพิสูจน์ที่ต้องแบกรับประกอบกับมีข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ ก็ย่อมส่งผลให้ข้อเรียกร้องของรัฐนั้นประสบความสำเร็จ ในทางกลับกันหากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นดังกล่าวเห็นว่ารัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายแต่ขาดปัจจัยตามร่างข้อบท ข้อที่ 11 (บี) กำหนดไว้ กล่าวคือ รัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าการก่อตั้งบริษัทภายในรัฐนั้นเป็นเงื่อนไขสำคัญแห่งการดำเนินธุรกิจภายในรัฐที่รับการ



ลงทุน ผลของการเรียกร้องต่อศาลก็ย่อมไม่แตกต่างจากข้อเรียกร้องของกินีที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองต่อนาย Diallo โดยการแทนที่บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire แต่ถูกศาลปฏิเสธเนื่องจากข้อเท็จจริงไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขตามที่ร่างข้อบทฯ ข้อที่ 11 (บี) กำหนดไว้

### (3) การละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น

จากแนวคำตัดสินของศาลทั้งสามคดี ได้แก่ คดี Barcelona Traction คดี ELSI และ คดี Diallo อีกทั้งร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตยอมรับว่าการละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นนั้นส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นได้ไม่ว่าผู้ถือหุ้นนั้นจะอยู่ในสถานะที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัทก็ตาม โดยแนวทางที่ศาลทั้งสามคดีและร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตแสดงให้เห็นถึงกฎหมายที่กำหนดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นถึงสามรูปแบบ คือ สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับ สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายภายในของรัฐ และ สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามสนธิสัญญา โดยมีประเด็นที่น่าสนใจดังนี้

#### 1. สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับ

ศาลคดี Barcelona Traction ได้เคยกล่าวถึงสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นว่าถือตามกฎหมายภายในของรัฐ ทว่าแม้ศาลจะยอมรับว่ากฎหมายภายในของรัฐเป็นปัจจัยสำคัญของการพิจารณาสิทธิผู้ถือหุ้นแต่ก็มีได้สำคัญยิ่งย่อนไปกว่าหลักเกณฑ์ต่างๆที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นเช่นกัน<sup>14</sup> ซึ่งความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ของ Judge Oda ในคดี ELSI ก็สอดคล้องกับแนวทางของศาลคดี Barcelona Traction เพราะเห็นว่าแหล่งที่มาของสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นมิได้จำกัดแต่เพียงสิทธิตามที่กฎหมายภายในกำหนดเท่านั้น แต่รวมถึงหลักทั่วไปของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบริษัทอีกด้วย<sup>15</sup> ต่อมาคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้ระบุในคำอธิบายร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 12 อันเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายทางตรงของผู้ถือหุ้นไว้ดังนี้

“ในกรณีที่บริษัทก่อตั้งขึ้นภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย การนำหลักทั่วไปของกฎหมายที่ว่าด้วยบริษัทมาบังคับใช้ย่อมเป็นที่

<sup>14</sup> *Barcelona Traction*. (1970)., para. 50.

<sup>15</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . (1989). Separate Opinion of Judge Oda, 87-88.

เหมาะสม ทั้งนี้ก็เพื่อรับรองได้ชั้นหนึ่งว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นต่างชาติ จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ”<sup>16</sup>

จากคำอธิบายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้สร้างเงื่อนไขที่เป็นข้อจำกัดเพิ่มเติมขึ้นมา กล่าวคือหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยบริษัทนั้นจะนำมาใช้เพื่อพิจารณาสิทธิของผู้ถือหุ้นได้ก็ต่อเมื่อรัฐที่บริษัทก่อตั้งขึ้นนั้นเป็นรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย การอธิบายเช่นนี้จึงอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาต่อมาว่าจะต้องตีความตามตัวอักษรที่ปรากฏ หรือต้องตีความอย่างแคบ เพราะหากตีความตามตัวอักษรย่อมหมายความว่าเพียงแค่บริษัทก่อตั้งขึ้นภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเพียงเท่านั้นก็ย่อมเพียงพอที่จะนำเอาหลักทั่วไปของกฎหมายมาบังคับใช้เพื่อพิจารณาสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น หรือรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องได้รับการยอมรับว่าต้องเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทดังกล่าวด้วย

## 2. สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายภายในของรัฐ

แนวคิดที่ว่าสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นถือตามกฎหมายภายใน (Municipal Law) เริ่มต้นมาจากคดี Barcelona Traction โดยศาลได้ระบุว่าผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมในคดีนี้มีสิทธิดังต่อไปนี้ คือ สิทธิในเงินปันผล สิทธิในการเข้าร่วมและลงคะแนนเสียงในที่ประชุมสามัญ สิทธิที่จะได้รับการแบ่งสรรผลประโยชน์เมื่อบริษัทเลิกกิจการ<sup>17</sup> ถึงกระนั้นศาลคดี Barcelona Traction ก็เห็นว่าหลักเกณฑ์ต่างๆในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นก็เป็นที่ยอมรับเช่นกัน<sup>18</sup> ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อข้างต้น อย่างไรก็ตามต่อมาในคดี Diallo ที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire ล้วนก่อตั้งขึ้นภายในคองโกซึ่งเป็นรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นรัฐที่ก่อความเสียหาย ซึ่งตามแนวทางข้างต้นศาลก็สมควรนำหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยบริษัทมาบังคับใช้เพื่อพิจารณาสิทธิของผู้ถือหุ้น แต่ศาลกลับยึดถือแนวทางที่ว่า ‘สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นถือตามกฎหมายภายในของรัฐที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้น’<sup>19</sup> ซึ่งก็หมายถึงกฎหมายภายในของคองโกเท่านั้น ทั้งนี้ศาลมิได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นที่นานาประเทศยอมรับแต่อย่างใด เมื่อเป็นดังนี้แสดงให้เห็นว่าความยืดหยุ่นที่เคยปรากฏในคดี Barcelona Traction

<sup>16</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." (2006). p. 67.

"In most cases this is a matter to be decided by the municipal law of the State of incorporation. Where the company is incorporated in the wrongdoing State, however, there may be a case for the invocation of general principles of company law in order to ensure that the rights of foreign shareholders are not subjected to discriminatory treatment. Also see In his separate opinion in *ELSI*, Judge Oda spoke of "the general principles of law concerning companies" in the context of shareholders' rights; *I.C.J. Reports 1989*, p. 87-88.

<sup>17</sup> *Barcelona Traction*. (1970). para. 47.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. 50.

<sup>19</sup> *Ahmadou Sadio Diallo*. (2007). para. 64.

ความเห็นแตกต่าง (Separate Opinion) ของ Judge Oda ในคดี ELSI และภายในร่างข้อบ่งชี้ด้วย การให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นไม่ได้รับการสนับสนุนจากศาลคดี Diallo

ข้อเด่นของการยึดถือแต่เพียงกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้นมากำหนดสิทธิโดยตรง ของผู้ถือหุ้นนั้นก็เพื่อความกระจ่าง และชัดเจนว่าการยึดถือหลักเกณฑ์ที่นานาประเทศยึดถือ เนื่องจากการยึดถือหลักเกณฑ์ทั่วไปของนานาประเทศย่อมก่อให้เกิดความหลากหลายเพราะ หลักเกณฑ์ย่อมมีลักษณะที่แตกต่างไปในแต่ละคดี<sup>20</sup> นอกจากนี้หากสิทธิของผู้ถือหุ้นยึดถือตาม หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายก็สามารถอนุมานได้ว่าผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิต่างๆที่กว้างขวางกว่าสิทธิที่ กฎหมายภายในกำหนด หากเกิดการละเมิดแม้เพียงเล็กน้อยซึ่งอาจชอบด้วยกฎหมายภายใน แต่อาจ เป็นการละเมิดหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่นานาประเทศยอมรับจึงอาจส่งผลให้รัฐเจ้าของสัญชาติ ผู้ถือหุ้นเรียกร้องในทางระหว่างประเทศได้แม้เป็นประเด็นเล็กน้อย เหตุเหล่านี้จึงอาจนับได้ว่าเป็น ข้อต่อประการหนึ่งของการนำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นฐานสิทธิของผู้ถือหุ้น

อย่างไรก็ดีหากปรากฏว่าสิทธิตามกฎหมายภายในของผู้ถือหุ้นนั้นกำหนดให้ผู้ถือหุ้น มีสิทธิดำเนินการปกป้องบริษัท กรณีเช่นนี้หากสิทธิดังกล่าวถูกละเมิดย่อมก่อให้เกิดปัญหาว่ารัฐ เจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิเรียกร้องใดๆหรือไม่ ทั้งนี้หากพิจารณาจากสายแห่งสิทธิแล้วย่อม พบว่าเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิที่ตามกฎหมายรับรอง หากสิทธิ ดังกล่าวถูกละเมิด รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมสามารถสวมสิทธิของผู้ถือหุ้นเพื่อเรียกร้องโดยการ ให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ โดยที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบริษัทแต่ประการใด การยึดถือเอา กฎหมายภายในดังกล่าวนี้ย่อมเป็นผลดีต่อผู้ถือหุ้น ในทางกลับกันหากมีการเลือกประติบัติต่อผู้ถือ หุ้นโดยการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน เช่น รัฐออกกฎหมายที่ลดทอนสิทธิของผู้ถือหุ้นต่างชาติ สถานการณ์เช่นนี้ หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายก็ควรเข้ามามีบทบาทแทนที่กฎหมายภายใน เพราะ หากยึดถือตามกฎหมายภายในผู้ถือหุ้นย่อมตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบให้แก่อำนาจรัฐ

สำหรับกรณีที่รัฐเลือกประติบัติต่อบริษัทที่ถือสัญชาติของรัฐนั่นเองด้วยเหตุที่หุ้นใน บริษัทนั้นถือโดยคนต่างชาติและมุ่งให้ผู้ถือหุ้นดังกล่าวได้รับความเสียหายนั้น<sup>21</sup> ความเสียหายที่เกิดแก่ ผู้ถือหุ้นไม่จำกัดอยู่แต่เพียงการเลือกประติบัติ แต่หากกฎหมายภายในเปิดช่องให้มีการเวนคืน (expropriation) โดยปราศจากการจ่ายค่าชดเชยนั้น หากยึดเอาแต่เพียงเกณฑ์ดังที่ศาลคดี Diallo วางไว้ย่อมก่อให้เกิดข้อเสียเปรียบแก่ผู้ถือหุ้นเป็นอย่างมาก<sup>22</sup> กรณีเช่นนี้จึงควรนำจารีตประเพณี ระหว่างประเทศมาบังคับใช้มากกว่าการยึดถือเอาตามกฎหมายภายในเท่านั้นจึงแสดงให้เห็นว่า กฎหมายภายในไม่ควรเป็นกฎหมายที่สมควรนำมาบังคับใช้โดยทันที

<sup>20</sup> Juratowitch, "Diplomatic Protection of Shareholders." (2011). p. 32.

<sup>21</sup> F.A. Mann, *Further Studies in International Law*(Oxford: Clarendon Press, 1990)., p. 230.

<sup>22</sup> Juratowitch, "Diplomatic Protection of Shareholders." *The British Year Book of International Law* (2011). p.33.

แม้จะมีประเด็นปัญหาอันนำมาซึ่งเสียงสนับสนุนการนำหลักกฎหมายทั่วไปไปด้วย บริษัทมาบังคับใช้เพื่อพิจารณาสิทธิของผู้ถือหุ้น แต่จากแนวคำตัดสินของศาลในคดี Diallo ซึ่งเป็นคดีล่าสุดนั้นแสดงให้เห็นได้ชัดว่ากฎหมายภายในของรัฐมีบทบาทในฐานะกฎหมายที่สมควรนำมาบังคับใช้ในลำดับแรก ซึ่งผลของแนวคำตัดสินนี้มีลักษณะสร้างกรอบที่จำกัดกว่าในอดีต หากศาลในคดีต่อไปยึดเอาแนวทางตามคดี Diallo เป็นบรรทัดฐานย่อมเป็นการสกัดกั้นโอกาสของรัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติตนโดยอาศัยหลักทั่วไปของกฎหมาย อย่างไรก็ตามรัฐที่ประสงค์จะอ้างสิทธิยังคงสามารถนำแนวคำวินิจฉัยของศาลคดี Barcelona Traction ประกอบกับเนื้อความตามคำอธิบายร่างข้อทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 12 มาอ้างเพื่อเป็นบรรทัดฐานได้เช่นกัน

### 3. สิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามสนธิสัญญา

คดี ELSI ได้สร้างปรากฏการณ์ที่สำคัญสำหรับการเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตรูปแบบใหม่ กล่าวคือ แม้สหรัฐอเมริกาประสงค์จะให้ความคุ้มครองบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ในฐานะผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่องค์กรภายในของอิตาลีกระทำต่อบริษัท ELSI ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นบริษัทที่ถือสัญชาติอิตาลีนั้นสหรัฐอเมริกาไม่มีการให้ความคุ้มครองบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ในฐานะผู้ถือหุ้นได้สองวิธี วิธีหนึ่ง คือการให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งสิทธิของผู้ถือหุ้นจะมีอะไรบ้างนั้นต้องพิจารณาจากกฎหมายที่กำหนดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น กับวิธีที่สอง ที่สหรัฐอเมริกาดำเนินการตามข้อเท็จจริงคือการอ้างสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นโดยอาศัยสิทธิต่างๆที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือ (The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation; FCN Treaty) ดังที่กำหนดไว้ว่า

“คนชาติ บริษัท และสมาคมต่างๆของอัครภาคีฝ่ายหนึ่งจะต้องได้รับการยอมรับจากอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่งให้สามารถบริหารจัดการ และควบคุมบริษัทดังกล่าวนี้ได้ ทั้งด้านการโฆษณา การผลิต การดำเนินการ การขุดแร่ การศึกษา การกุศล ศาสนา และกิจกรรมทางวิทยาศาสตร์...”<sup>23</sup>

การที่สหรัฐอเมริกาอ้างสิทธิต่างๆที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา FCN Treaty นั้นเป็นการอ้างสิทธิที่มีกรอบการเรียกร้องที่ชัดเจนโดยยึดถือเนื้อความตามสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวจึงเป็นการลดภาระให้แก่สหรัฐฯ กล่าวคือสหรัฐฯ ไม่ต้องนำสืบกฎหมายภายในของอิตาลีและหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศเลยแม้แต่น้อย ยึดเอาแต่เพียงสิทธิที่ปรากฏใน FCN

<sup>23</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . (1989), para. 68.

Treaty จึงสามารถทำให้สหรัฐอเมริกาสามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ได้โดยตรง

แนวทางการคุ้มครองผู้ถือหุ้นในลักษณะนี้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน เนื่องจากได้มีการจัดทำสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนเป็นจำนวนมาก และกว้างขวางในหลายภูมิภาคทั่วโลกและมีเนื้อหาใจความที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่เหมาะสมต่อนักลงทุนต่างชาติไปในทิศทางเดียวกันจึงเกิดความพยายามที่จะจัดทำสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการคุ้มครองและการส่งเสริมการลงทุนมากขึ้น แต่การเจรจาหลายฝ่ายย่อมยากที่จะทำให้ผู้ร่วมเจรจาทุกฝ่ายพึงพอใจจึงยากที่จะประสบความสำเร็จ ด้วยเหตุนี้จึงนำมาสู่การจัดทำสนธิสัญญาทวิภาคี หรือ สนธิสัญญาสองฝ่ายขึ้นด้วยเหตุที่ง่ายต่อการเจรจาเพื่อให้สมประโยชน์ทั้งสองฝ่าย ซึ่งสนธิสัญญาคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนนั้นพัฒนามาจากสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือนั่นเอง

วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นคือการสนับสนุนให้คนชาติของรัฐคู่ภาคีหนึ่งเข้ามาลงทุนภายในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยต่างฝ่ายต่างสนับสนุนและให้ความคุ้มครองการลงทุนในลักษณะต่างตอบแทน เช่น กรณีความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ว่า “รัฐทั้งสองปรารถนาที่จะขยายความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างกัน โดยให้อำนวยความสะดวกการลงทุนของผู้ลงทุนที่มาจากรัฐฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในดินแดนของตน” หรือกรณีของความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐอินเดียเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่กำหนดวัตถุประสงค์ว่า “ทั้งสองรัฐปรารถนาที่จะเสริมสร้างสภาวะที่เอื้ออำนวยต่อการส่งเสริมและคุ้มครองในลักษณะต่างตอบแทนเพื่อกระตุ้นการประกอบธุรกิจและเพิ่มพูนความเจริญรุ่งเรืองในรัฐทั้งสอง” ฉะนั้นเพื่อให้เป้าหมายของความตกลงสัมฤทธิ์ผลสนธิสัญญาประเภทนี้จึงต้องสร้างกรอบเนื้อหาสาระ ดังนี้

1. คำนียามของการลงทุน ผู้ลงทุน ดินแดนที่จะใช้บังคับกับความตกลง
2. หลักการคุ้มครองและการประติบัติต่อการลงทุนระหว่างกัน อันได้แก่ หลักการไม่เลือกประติบัติ โดยยึดหลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หลักการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment) และหลักการเสริมสร้างความมั่นคงในการลงทุนและการคุ้มครองการลงทุนอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ (Full Protection and Security)
4. การโอนคืนเป็นของรัฐและการจ่ายค่าทดแทนความเสียหาย
5. การระงับข้อพิพาท

ด้วยเหตุที่สนธิสัญญาลักษณะนี้เป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นสำคัญ ซึ่งโดยปกติแล้วหากไม่มีสนธิสัญญาดังกล่าวหากเอกชนผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐก็ต้องดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมที่กฎหมายภายในได้

กำหนดเอาไว้จนกระทั่งสิ้นสุดหนทางเยียวยาแก้ไขภายในแล้วนักลงทุนต่างด้าวย่อมมีสิทธิที่จะขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติใช้ดุลยพินิจดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตซึ่งจะทำให้ข้อพิพาทที่มีต้นกำเนิดจากเอกชนกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ แต่การให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นอาจก่อให้เกิดความบาดหมางในทางระหว่างประเทศ ฉะนั้นสนธิสัญญาทวิภาคีจึงมีการกำหนดขอบทเกี่ยวกับการขจัดข้อพิพาทไว้เช่นกัน โดยมีระบุไว้ในลักษณะที่ว่าหากคู่กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการตีความหรือการบังคับใช้ข้อตกลงดังกล่าวควรให้ความสำคัญกับการเจรจา ก่อน แต่หากการเจรจาไม่เป็นผลข้อตกลงดังกล่าวก็จะบังคับให้คู่กรณีระงับข้อพิพาทโดยการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดแล้วย่อมมีผลผูกพันคู่ภาคีทั้งสองฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตาม ฉะนั้นช่องทางตามฐานทางสนธิสัญญาที่ระบุวิธีการระงับข้อพิพาทนั้นก็ เป็นอีกหนึ่งวิธีในการคุ้มครองนักลงทุนต่าง ๆ นอกเหนือจากวิธีการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั่นเอง แต่ทั้งนี้ก็มีได้ตัดสิทธิรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแต่อย่างใด

### 5.2.3 ข้อชี้แนะทางกฎหมายกับการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้น

การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นนั้นมีหลากหลายช่องทาง ช่องทางหนึ่งที่ได้ปรากฏในคดี ELSI นั้นมีปัจจัยสำคัญอันส่งผลให้สหรัฐอเมริกาสามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้คือ ‘FCN Treaty’<sup>24</sup> ซึ่งเป็นสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลี โดยมีบทบัญญัติกำหนดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นการอ้างสิทธิโดยอาศัยฐานตามสนธิสัญญาจึงทำให้คำร้องของสหรัฐฯที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิเรียกร้องในเบื้องต้น ทว่าเมื่อศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงในภายหลังกลับไม่พบว่าอิตาลีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามสนธิสัญญาดังที่สหรัฐกล่าวอ้างแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดีในกรณีสมมติ กล่าวคือ หากไม่ปรากฏว่ามี FCN Treaty ที่กำหนดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นจะเกิดผลที่แตกต่างจากเดิมหรือไม่ หากวิเคราะห์ตามกระบวนการพิจารณาของศาล ในเบื้องต้น ศาลย่อมพิจารณาในประเด็นที่ว่าอิตาลีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่เป็นลำดับแรกโดยแจกแจงว่าสิทธิที่มีการกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดนั้นเป็นสิทธิของบุคคลใด

**กรณีสมมติ 1:** หากวัตถุประสงค์หลักของข้อเรียกร้องสหรัฐอเมริกาคือการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติตนซึ่งก็คือบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett โดยอ้างว่าสิทธิที่ถูกละเมิดนั้นเป็นสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นย่อมส่งผลให้สหรัฐอเมริกามีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัททั้งสองได้ทราบเท่าที่บริษัททั้งสองสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยศาลจะพิจารณาในรายละเอียดต่อไป

<sup>24</sup> The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation หรือสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ

กรณีสมมติ 2: หากสิทธิที่ถูกละเมิดนั้นเป็นสิทธิโดยตรงของบริษัท สหรัฐอเมริกา ย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้อง เพราะคำตัดสินในคดี Barcelona Traction ได้อธิบายหลักการสำคัญที่ว่า ‘บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเท่านั้นจึงจะมีสิทธิเรียกร้อง’<sup>25</sup> ฉะนั้นตามหลักการทั่วไปของกฎหมาย เมื่อสิทธิของบริษัทถูกละเมิด รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทจึงเป็นรัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้ สหรัฐฯ ในฐานะที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทได้แต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าในกรณีนี้หากสหรัฐฯ เรียกร้องโดยอาศัยเหตุผลด้านความเสมอภาค หรือ Reasons of Equity ที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ โดยสนับสนุนให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท<sup>26</sup> ดังนั้นการที่บริษัท ELSI มีความใกล้ชิดกับประเทศอิตาลีและได้รับการยอมรับว่ามีสัญชาติอิตาลี แต่หากบริษัทถูกกระทำโดยองค์กรต่างๆ ของอิตาลี ทั้งการยึดโรงงานจนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายนั้นย่อมสอดคล้องกับช่องทางที่ศาลคดี Barcelona Traction ได้ระบุไว้เช่นกัน อีกทั้งผู้ถือหุ้นทั้งหมดในคดี ELSI นั้นก็ล้วนแต่เป็นบริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลไม่จำเป็นต้องห่วงเกรงถึงความสับสนและความไม่ปลอดภัยทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่อาจเกิดขึ้นดังที่ศาลในคดี Barcelona Traction กังวล ฉะนั้นหากสหรัฐฯ ซึ่งเป็นรัฐผู้ร้องอ้างโดยการยึดถือตามแนวทางที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ก่อนหน้าในลักษณะนี้อาจเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่เป็นผลดีต่อการอ้างสิทธิของสหรัฐฯ

ต่อมาในคดี Diallo การที่กินีอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต 3 ลักษณะ ได้แก่ การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดา ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น และการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire โดยการแทนที่นั้น สำหรับประเด็นการอ้างสิทธิของกินีที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้นเพราะการกระทำของคองโกมุ่งกระทบต่อสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น และเมื่อคดีนี้ไม่ปรากฏว่ามีสนธิสัญญาระหว่างกินีกับคองโกที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยตรง ศาลจึงต้องพิจารณาจากหลักทั่วไปของการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นที่ว่า ‘การกระทำมิชอบที่มุ่งละเมิดต่อสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น’<sup>27</sup> อันเป็นสาระสำคัญที่ส่งผลให้ศาลยอมรับคำร้องของกินีในเบื้องต้น ทว่าการพิจารณาคดีในชั้นนี้หาศาลกลับไม่พบว่าการกระทำของคองโกเข้าข่ายละเมิดสิทธิโดยตรงของนาย Diallo ในฐานะผู้ถือหุ้นจึงส่งผลให้กินีไม่สามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้

ประเด็นต่อมาที่กินีเรียกร้องต่อศาลเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่บริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire โดยได้อ้างเหตุผลด้านความเสมอภาคหรือ

<sup>25</sup> *Barcelona Traction*. (1970). para. 44.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 92.

<sup>27</sup> *Ibid.*, paras. 46-47. See also *Ahmadou Sadio Diallo*. (2007). para. 54.

Reason of Equity ที่ศาลคดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้ว่า ‘รัฐควรมีสติให้ความคุ้มครองคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้น หากรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท’ แต่ศาลกลับไม่กล่าวถึงแนวทางดังกล่าวแต่อย่างใด จึงขอตั้งข้อสังเกตว่าถ้าศาลพิจารณาโดยอาศัยช่องทางที่ศาลคดี Barcelona Traction กล่าวไว้จะส่งผลต่อสถานะและบทบาทของกินีที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยการแทนที่บริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าไม่มีการโต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของบริษัททั้งสองจึงถือได้ว่าคองโกคือรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท และเมื่อบริษัททั้งสองได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของคองโก กินีซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาตินาย Diallo ซึ่งเป็นฐานะผู้ถือหุ้นก็สมควรมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้นได้

อย่างไรก็ตามเหตุที่ส่งผลให้ศาลไม่ยึดหลักตามที่คดี Barcelona Traction เคยกล่าวไว้เป็นสาระสำคัญนั้นสืบเนื่องมาจากก่อนที่จะมีการตัดสินคดี Diallo เวลาต่อมานั้นการที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้จัดทำร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตขึ้นในปี ค.ศ. 2006 โดยกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติมที่รัดกุมมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ เดิมที่ศาลคดี Barcelona Traction กล่าวไว้แต่เพียงกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติเป็นบริษัทผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท แต่เงื่อนไขที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ คือ รัฐดังกล่าวจะต้องกำหนดให้บริษัทที่ประสงค์จะลงทุนภายในรัฐนั้นต้องก่อตั้งขึ้นภายในรัฐที่รับการลงทุน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือกฎหมายภายในของรัฐกำหนดให้บริษัทต้องก่อตั้งขึ้นภายในรัฐที่รับจดทะเบียนเท่านั้นจึงจะสามารถประกอบธุรกิจภายในรัฐดังกล่าวได้ ซึ่งก็แปลว่าบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในต่างประเทศย่อมไม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจภายในรัฐนั้นๆได้และด้วยเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 11 (บี) ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire นั้นมิได้ถูกบังคับให้จัดตั้งบริษัทขึ้นภายในคองโก จึงส่งผลให้ศาลไม่อาจรับข้อเรียกร้องของกินีได้แม้บริษัททั้งสองจะได้รับผลกระทบจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัท

เงื่อนไขตามข้อที่ 11 (บี) ลดทอนความได้เปรียบของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นและอาจถือได้ว่าเป็นอุปสรรคสำหรับรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทนั่นเอง ทั้งนี้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นย่อมมีภาระการพิสูจน์ที่เพิ่มขึ้นโดยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนกำหนดเงื่อนไขว่าบริษัทจะต้องจดทะเบียนก่อตั้งขึ้นภายในรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้นจึงจะสามารถดำเนินธุรกิจภายในรัฐนั้นได้ การพิสูจน์เช่นนี้ก็เพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐผู้รับการลงทุนนั้นพยายามใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในการออกกฎหมายหรือออกเงื่อนไขต่างๆเพื่อกีดกันการอ้างสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐอื่น เพราะเมื่อรัฐที่รับการลงทุนกำหนดหลักเกณฑ์ภายในไว้เช่นนั้นแสดงว่ารัฐดังกล่าวย่อมเล็งเห็นว่าเมื่อบริษัทจดทะเบียนก่อตั้งขึ้นภายในรัฐตนย่อมนำมาซึ่ง



สถานะที่ได้เปรียบของรัฐเจ้าของดินแดนเพราะกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงร่างข้อบทฯ ข้อที่ 9 ยังคงยึดหลักสถานที่จดทะเบียนก่อตั้งเป็นสำคัญ เว้นเสียแต่บริษัทดังกล่าวมีกิจกรรมทางธุรกิจอันเป็นนัยสำคัญและมีสถานที่ในการบริหารจัดการและควบคุมทางการเงินต้องดำเนินอยู่อีกรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐที่รับจดทะเบียนก่อตั้งกับรัฐเจ้าของสัญชาติเป็นรัฐเดียวกันแต่กลับกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อบริษัทย่อมเป็นไปได้เลยที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทซึ่งก็เป็นรัฐเดียวกับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัท ในทางกลับกันรัฐดังกล่าวย่อมอ้างอธิปไตยเหนือดินแดน กรณีเช่นนี้ย่อมส่งผลร้ายต่อบริษัทที่เป็นผู้ถูกระทำ และผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น แม้จะมีแนวคิดที่ว่าการลงทุนในต่างประเทศจะมีความเสี่ยงแต่นักลงทุนหรือบริษัทที่เข้าไปลงทุนก็ควรได้รับความคุ้มครองไม่มากนักน้อยเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายตามสมควร และหากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นสามารถพิสูจน์ได้ตั้งนี้ย่อมส่งผลให้สามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ถือหุ้นสัญชาติของตนได้แม้ความเสียหายจะเกิดแก่บริษัทก็ตาม

### 5.3 การสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

หลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศหนึ่งที่มีความสำคัญ ทั้งนี้ศาลคดี ELSI เห็นว่ารัฐสามารถทำความตกลงกันในสนธิสัญญาเพื่อไม่นำหลักนี้มาบังคับใช้ได้ ทว่าหลักนี้ไม่สามารถอนุমানได้ว่าถูกสละเพียงเพราะไม่มีภาระบัพไว้ในความตกลง<sup>28</sup> เมื่อไม่ปรากฏเนื้อความที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสละหลักการเช่นนี้ย่อมส่งผลให้นิติบุคคลหรือผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายต้องดำเนินการจนสิ้นสุดหนทางภายในรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายเสียก่อนซึ่งเป็นเงื่อนไขประการสำคัญอันจำนำมาซึ่งสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายได้

นอกเหนือจากประเด็นการทำความตกลงเพื่อสละหลักการนี้ คดี ELSI ยังสะท้อนให้เห็นว่ารัฐคู่พิพาทต้องมีภาระการพิสูจน์ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน กล่าวคือ รัฐผู้ร้องย่อมมีภาระการพิสูจน์ว่าคนชาติของตนได้ดำเนินการทุกวิถีทางตามที่กฎหมายและกระบวนการภายในของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายจนหมดสิ้นแล้วแต่ยังมิได้รับการเยียวยาแม้แต่น้อย ในทางกลับกัน รัฐที่ถูกกล่าวหาย่อมมีภาระการพิสูจน์ว่ากฎหมายหรือกระบวนการอื่นภายในรัฐของตนนั้นยังคงเปิดช่องให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายสามารถดำเนินการเพื่อให้ได้รับการเยียวยา ทว่าภาระการพิสูจน์ของรัฐที่ถูกกล่าวหาที่มีความสำคัญมากต่อการพิจารณาคดี เพราะหากรัฐดังกล่าวมิได้พิสูจน์ หรือพิสูจน์ไม่ได้จนเป็นที่ประจักษ์แก่ศาล ศาลย่อมสันนิษฐานว่าคนชาติของรัฐผู้ร้องนั้นสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายอันเป็นองค์ประกอบหนึ่งซึ่งส่งผลให้มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตได้

<sup>28</sup> *Electronica Sicula S.P.A.* . Para. 50.

ต่อมาเมื่อมีการจัดทำร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 14 กำหนดให้ต้องมีการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในเสียก่อน สิทธิเรียกร้องในการให้ความคุ้มครองทางการทูตจึงจะเกิดขึ้น ฉะนั้นก่อนที่รัฐจะอ้างสิทธิเรียกร้องดังกล่าว รัฐต้องตระหนักเสียก่อนว่าคนชาติของตนสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในแล้วหรือยังมีข้อเท็จจริงอื่นใดที่สอดคล้องกับเหตุยกเว้น 5 ประการที่ปรากฏในร่างข้อบ่งชี้ ข้อที่ 15 คือ

- (เอ) ไม่มีหนทางเยียวยาภายในใดที่มีประสิทธิภาพ หรือไม่มีหนทางใดเลยที่สามารถเยียวยาความเสียหายได้
- (บี) กระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่มีความรับผิดชอบล่าช้าเกินสมควร
- (ซี) บุคคลที่ได้รับความเสียหายไม่มีความสัมพันธ์กับรัฐที่ต้องรับผิดชอบในวันที่ความเสียหายเกิด
- (ดี) บุคคลที่ได้รับความเสียหายถูกขัดขวางไม่ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในอย่างชัดเจน หรือ
- (อี) รัฐที่ต้องรับผิดชอบได้สละข้อกำหนดว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายภายใน<sup>29</sup>

อย่างไรก็ดี ข้อ (เอ) (บี) (ดี) ยังคงเป็นข้อยกเว้นที่ขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมตามข้อเท็จจริงในคดีและดุลยพินิจของศาล แม้รัฐผู้ร้องจะยกขึ้นมากล่าวอ้างแต่ก็ไม่อาจประเมินได้ล่วงหน้าว่าศาลจะตัดสินเป็นคุณแก่รัฐผู้ร้องหรือไม่ ในทางกลับกันหากข้อเท็จจริงปรากฏตามข้อ (ซี) และ (อี) สถานการณ์ทั้งสองนี้ย่อมปรากฏเป็นที่ชัดเจนแก่ศาล โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐทั้งสองฝ่ายทำ ความตกลงโดยระบุไว้อย่างชัดเจนว่าจะไม่นำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมา บังคับใช้ การระบุไว้เช่นนี้เป็นสาระที่สามารถยกขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุยกเว้นหลักการดังกล่าวได้ทันที ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าการทำความตกลงเพื่อสละหลักการดังกล่าวนี้เป็นวิธีการเบื้องต้นระหว่าง

<sup>29</sup> "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." 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."

รัฐที่มุ่งประสงค์จะลดภาระการพิสูจน์ให้แก่รัฐทั้งสองในประเด็นการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายใน

พัฒนาการของหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นโดยเริ่มมีจุดหักเหตั้งแต่คดี Barcelona Traction และคดี ELSI โดยสาระสำคัญของทั้งสองคดีนี้สะท้อนอยู่ในร่างข้อบหวาด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ในขณะที่คดี Diallo เป็นคดีเกิดขึ้นภายหลังจากการจัดทำร่างข้อบหวาฯ จึงเป็นคดีที่สะท้อนทั้งแนวทางของศาลคดีก่อนหน้าและแนวทางตามร่างข้อบหวาฯ จึงเป็นคดีแรกที่แสดงถึงแนวโน้มของศาลในการวินิจฉัยคดีในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นอีกด้วย

เมื่อความคลุมเครือลดลงในขณะที่กรอบความชัดเจนเพิ่มขึ้นย่อมส่งผลดีต่อรัฐที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตไม่ว่าจะเป็นรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลหรือรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นก็ตาม โดยรัฐสามารถประเมินสถานะของตนเองได้ล่วงหน้าว่ามีสิทธิเรียกร้องหรือไม่ เพียงใดภายใต้เงื่อนไขอะไร และมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นใดบ้าง รัฐจึงสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าการเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นจะส่งผลดีหรือเป็นการเพิ่มภาระการพิสูจน์ที่สูญเปล่าให้แก่ตนเอง

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

การให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองคนชาติของรัฐทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลดังกล่าวว่า “การละเมิดสิทธิคนต่างชาติก็คือการละเมิดสิทธิรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลดังกล่าว” ฉะนั้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลย่อมอยู่ในสถานะที่สามารถได้รับความคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติได้ แต่เนื่องด้วยความเป็นนิติบุคคลที่อยู่ในรูปแบบบริษัทและผู้ถือหุ้นนั้นมีความซับซ้อนกว่ากรณีของบุคคลธรรมดาจึงก่อให้เกิดปัญหาเมื่อมีการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต

ในช่วงระยะเวลาก่อนหน้าคดี Barcelona Traction นั้นยังไม่มี ความชัดเจนด้านการ แจกแจงสิทธิกับผลประโยชน์ออกจากกัน อีกทั้งยังไม่เคยมีคดีใดกล่าวถึงแนวทางการพิจารณาว่าสิทธิใดเป็นของนิติบุคคล หรือสิทธิใดเป็นของผู้ถือหุ้น จนกระทั่งศาลในคดีดังกล่าวได้ชี้ให้เห็นวิธีการพิจารณาว่าสิทธิที่กำลังเป็นที่พิพาทกันนั้นต้องอาศัยกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องเป็นเกณฑ์การพิจารณาว่าสิทธินั้นเป็นสิทธิของบุคคลใดซึ่งส่งผลต่อการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูต ดังนั้นคดี Barcelona Traction จึงเป็นคดีที่มีความโดดเด่นเพราะเป็นคดีที่ได้จำแนกสิทธิของนิติบุคคล สิทธิของผู้ถือหุ้นและผลประโยชน์ออกจากกัน อีกทั้งยังเป็นคดีแรกที่กล่าวถึงเงื่อนไขพิเศษบางประการที่ทำให้รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตผู้ถือหุ้นสัญชาติตนได้แม้จะเป็นสิทธิของบริษัทที่ถูกละเมิดก็ตามที ในกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเป็นรัฐเดียวกันกับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท หากข้อเท็จจริงเป็นเช่นนี้รัฐก็ควรมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นสัญชาติตนที่ไปลงทุนในบริษัทต่างชาติ ทว่าศาลก็ได้กล่าวถึงประเด็นนี้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่คำกล่าวของศาลคดี Barcelona Traction ได้กลายเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคล และผู้ถือหุ้นโดยเป็นแหล่งอ้างอิงสำคัญสำหรับการจัดทำร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตในเวลาต่อมา

การให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นโดยอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาสู่การอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตดังที่ปรากฏในคดี ELSI ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีการเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยอ้างสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นตามที่สนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างประเทศ หรือ FCN Treaty รับรองไว้ การเรียกร้องโดยวิธีนี้มีความซับซ้อนในประเด็นที่ว่ารัฐที่เรียกร้องนั้นเรียกร้องในฐานะอะไร เพราะหากพิจารณาโดยผิวเผินนั้นการที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลโดยอ้างว่ารัฐคู่ภาคีละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นก็ย่อมหมายความว่ารัฐกำลังเรียกร้องโดยอ้างว่ารัฐนั้นเองคือผู้เสียหายโดยตรง แต่ศาลในคดี ELSI นั้นพิจารณาในรายละเอียดของบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างและ

ถ้อยคำที่สหรัฐฯใช้ในการเรียกร้องซึ่งก็ปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาเรียกร้องด้วยเหตุที่คนชาติสหรัฐฯ อันได้แก่บริษัท Raytheon และบริษัท Machlett ได้รับความเสียหายเพราะอิตาลีสละเมิดสิทธิของผู้ถือหุ้นตามที่ FCN Treaty ได้ให้การรับรองไว้ ซึ่งก็แปลว่าผู้เสียหายโดยตรงในคดีนี้คือบริษัทสัญชาติสหรัฐฯทั้งสอง ดังนั้นการเรียกร้องของสหรัฐฯในคดีนี้จึงมีลักษณะเป็นการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองคนชาติของตน สาเหตุประการสำคัญที่ทำให้ศาลต้องวินิจฉัยว่าสหรัฐอเมริกาหรือคนชาติของสหรัฐฯ เป็นผู้เสียหายโดยตรงก็เพื่อนำมาสู่ขั้นตอนการพิจารณาต่อไปว่าจะต้องนำหลักการสิ้นสุดหนทางเยียวยาความเสียหายภายในมาบังคับใช้หรือไม่ เพราะหากรัฐคือผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรง รัฐย่อมมีสิทธิเรียกร้องได้ทันที ในทางตรงกันข้ามหากคนชาติของรัฐนั้นได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่นซึ่งเป็นรัฐเจ้าของดินแดน บุคคลดังกล่าวย่อมถูกรอรับโดยหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนจึงต้องแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายตามขั้นตอนและกระบวนการภายในรัฐเจ้าของดินแดนจนสิ้นสุดหนทางเสียก่อน รัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลนั้นจึงจะสามารถอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้อย่างสมบูรณ์ซึ่งคดี ELSI ก็ได้สร้างความกระจ่างชัดอยู่ไม่น้อย

เดิมทีหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นเพียงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจนกระทั่งมีการประมวลกฎหมายจนเกิดร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นนั้นล้วนได้รับอิทธิพลมาจากคดี Barcelona Traction และคดี ELSI แม้ปัจจุบันร่างข้อบทฯ จะมีการร่างและรับรองเป็นที่เรียบร้อยแล้วแต่ยังมีได้เปิดให้รัฐลงนาม จึงยังไม่มีผลผูกพันรัฐต่างๆ ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศโดยตรง แต่เนื่องจากเนื้อหาภายในเกิดจากการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงทำให้หลักต่างๆภายในร่างนั้นมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว (lex lata; hard law) ส่วนกฎเกณฑ์ที่เพิ่มเติมขึ้นมาภายในร่างข้อบทฯ นั้นแม้จะยังไม่มีผลบังคับใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็แสดงให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ที่มีแนวโน้มจะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป (lex ferenda; soft law) ฉะนั้นคดี Diallo จึงเป็นคดีที่มีความสำคัญเพราะเป็นคดีแรกที่มีการอ้างอิงถึงร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตจึงเป็นจุดเริ่มต้นของการยอมรับร่างข้อบทดังกล่าว และหากมีการถือปฏิบัติต่อไปจนเกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็จะพัฒนาไปเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่สมบูรณ์ต่อไป

จากการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ชี้ชัดว่าเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตพัฒนาขึ้น และสร้างความกระจ่างชัดทั้งประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตทั้งต่อนิติบุคคลและต่อผู้ถือหุ้นในบริบทต่างๆไว้อย่างชัดเจน ความชัดเจนนี้ย่อมส่งผลดีให้กับนานาประเทศที่ประสงค์จะอ้างสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูต ทว่าเมื่อมีความชัดเจนมากขึ้น กรอบของการให้ความคุ้มครองทางการทูตก็แคบขึ้นเช่นกัน รัฐทั้งหลายที่อยู่ในสถานะรัฐเจ้าของสัญชาติจึงต้องตระหนักถึงแนวโน้มของกฎหมายที่กำลังเกิดขึ้น

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันการส่งออกทุนไปยังต่างประเทศและรับการลงทุนจากต่างประเทศเป็นที่ยอมรับไม่น้อย ดังนั้นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงแพร่หลายในสังคมนระหว่างประเทศอย่างมาก แต่เป็นไปได้ที่รัฐหนึ่งจะสามารถทำความตกลงกับทุกประเทศ เช่นเดียวกับกรณีของประเทศไทยที่ได้ทำความตกลงกับ 37 ประเทศทั่วโลก<sup>1</sup> นักลงทุนของรัฐภาคีความตกลงที่มีคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่ระบุไว้ในความตกลงนั้นๆ ย่อมสามารถใช้สิทธิและกลไกการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ได้โดยตรงหากได้รับความเสียหายในรัฐคู่ภาคี ทว่าประเด็นที่น่าสนใจคือบริษัทไทยหลายบริษัทไปจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทในเครือขึ้นในต่างประเทศ อาทิ บริษัท สามารถคอร์ปอเรชั่น จำกัด และบริษัท ปตท. จำกัด เป็นต้น

บริษัท สามารถคอร์ปอเรชั่น จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทไทยได้ขยายการลงทุนไปยังประเทศกัมพูชา และจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทลูกจำนวน 2 บริษัทภายใต้กฎหมายกัมพูชา ได้แก่ บริษัท แคมโบเดีย แอร์ ทราฟฟิค เซอร์วิส เซส จำกัด ซึ่งดำเนินธุรกิจด้านศูนย์การให้บริการควบคุมการจราจรทางอากาศครอบคลุมทั่วหน้าฟ้าประเทศกัมพูชา และบริษัท Kampot Power Plant จำกัด ซึ่งดำเนินธุรกิจผลิตและจำหน่ายกระแสไฟฟ้าให้แก่โรงงานกัมปอตซีเมนต์<sup>2</sup>

บริษัท ปตท. จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทไทยได้ขยายการลงทุนไปยังประเทศกัมพูชา โดยจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท ปตท. (กัมพูชา) จำกัด ภายใต้กฎหมายกัมพูชา และถือหุ้นจำนวน 100% ในบริษัทดังกล่าว นอกจากนี้บริษัท ปตท. จำกัดได้ร่วมทุนกับบริษัท Petrovietnam Gas ในสัดส่วน 45 : 55 เพื่อบริหารจัดการบริษัท Vietnam LPG และดำเนินธุรกิจจำหน่ายก๊าซหุงต้มในประเทศเวียดนามอีกด้วย<sup>3</sup>

อย่างไรก็ดีความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นยึดเอาเกณฑ์สถานที่จัดตั้งเป็นสาระสำคัญ ฉะนั้นเมื่อ บริษัท แคมโบเดีย แอร์ ทราฟฟิค เซอร์วิส เซส จำกัด บริษัท Kampot Power Plant จำกัด บริษัท ปตท. (กัมพูชา) จำกัด จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายกัมพูชาก็ย่อมถือเป็นนิติบุคคลกัมพูชาโดยนัยของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกัมพูชากับรัฐอื่นๆที่เป็นคู่ภาคี เช่นเดียวกันกับบริษัท Vietnam LPG ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเวียดนามก็ย่อมถือเป็นนิติบุคคลเวียดนามโดยนัยของความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างเวียดนามกับรัฐอื่นๆที่เป็นคู่ภาคี และสามารถอาศัยสิทธิตามความตกลงดังกล่าวได้ ทว่าในกรณีนี้บริษัทเหล่านี้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่นๆที่เป็นคู่ภาคีกับกัมพูชาหรือเวียดนามก็ย่อมมีสิทธิใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังที่กำหนดไว้ภายในความตกลงดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามในกรณีสมมติ กล่าวคือหากบริษัท แคมโบเดีย แอร์ ทราฟฟิค เซอร์วิส เซส จำกัด บริษัท Kampot Power Plant จำกัด

<sup>1</sup> <http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/134/15602-ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผล.html>

<sup>2</sup> [www.samartcorp.com/11/ci\\_th.php](http://www.samartcorp.com/11/ci_th.php)

<sup>3</sup> [www.pttplc.com/th/About/Business/PTT-Owned-Business/Oil-Unit/pages/Foreign-Investment.aspx](http://www.pttplc.com/th/About/Business/PTT-Owned-Business/Oil-Unit/pages/Foreign-Investment.aspx)

บริษัท ปตท. (กัมพูชา) จำกัด ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายกัมพูชา ได้รับความเสียหายจากการกระทำขององค์กรภายในกัมพูชา หรือในกรณีของบริษัท Vietnam LPG ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเวียดนาม ได้รับความเสียหายจากการกระทำขององค์กรภายในเวียดนาม ช่องทางการระงับข้อพิพาทตามความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่นักลงทุนไทยเท่าใดนัก ในทางกลับกันการให้ความคุ้มครองทางการทูตยังคงเป็นกระบวนการหนึ่งซึ่งส่งผลให้รัฐบาลไทยสามารถให้ความช่วยเหลือนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นไทยได้ไม่มากนัก

นอกเหนือจากกรณีข้างต้น นักลงทุนไทยย่อมมีเสรีภาพที่จะไปลงทุนในประเทศอื่นๆ นอกเหนือจากประเทศที่รัฐบาลไทยไปทำความตกลงไว้ กรณีเช่นนี้จึงไม่มีกฎหมายพิเศษใดๆ เข้ามาควบคุม ฉะนั้นหากนักลงทุนไทยไปลงทุนในรัฐอื่นๆ ที่ไม่ใช่รัฐภาคีความตกลง หรือการลงทุนไม่อยู่ในขอบข่ายที่ได้รับการส่งเสริมและคุ้มครอง ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไป และเมื่อนิติบุคคลไทย หรือผู้ถือหุ้นไทยได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน สาระสำคัญที่รัฐบาลไทยจะต้องตระหนักก่อนการดำเนินการให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้น คือ

### 1. รัฐบาลไทยเรียกร้องในฐานะอะไร

รัฐบาลไทยต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นการละเมิดประเทศไทยโดยตรง หรือเป็นการละเมิดสิทธิของคนชาติไทย หากเป็นกรณีแรก รัฐบาลไทยสามารถเรียกร้องได้ทันที แต่หากเป็นกรณีหลังย่อมหมายความว่ารัฐบาลกำลังเรียกร้องโดยการอ้างสิทธิเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยต้องทำตามเงื่อนไขดังที่จะกล่าวในข้อต่อไป

### 2. รัฐบาลไทยให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บุคคลใด

บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิย่อมนำมาซึ่งสิทธิเรียกร้อง ฉะนั้นรัฐบาลไทยต้องตระหนักถึงสถานะของคนชาติที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองว่าเป็นบุคคลใดโดยต้องพิจารณาจาก ‘สิทธิ’ เป็นสำคัญ โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลและผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องแยกแยะให้ได้ว่าสิทธิที่ถูกละเมิดเป็นของนิติบุคคล หรือสิทธินั้นเป็นของผู้ถือหุ้น เพราะหากสิทธิของนิติบุคคลถูกละเมิด รัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลเท่านั้นที่จะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต แต่หากเป็นสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้น รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเท่านั้นที่จะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูต อย่างไรก็ตาม รัฐบาลไทยอาจให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นไทยได้ หากปรากฏว่าบริษัทที่ผู้ถือหุ้นไทยทั้งหลายเข้าไปลงทุนนั้นสิ้นสภาพความเป็นนิติบุคคลด้วยเหตุที่ไม่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการกล่าวอ้าง หรือปรากฏว่ารัฐที่ก่อความเสียหายแก่นิติบุคคลนั้นคือรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคล โดยกฎหมายภายในของรัฐดังกล่าวกำหนดให้บริษัทต้องจัดตั้งขึ้น

ภายในรัฐนั้นเสียก่อนจึงจะทำกิจกรรมทางธุรกิจภายในรัฐนั้นได้ หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามนี้รัฐคู่พิพาทย่อมไม่สามารถโต้แย้งสิทธิการเรียกร้องของรัฐบาลไทยได้

### 3. นิติบุคคลหรือผู้ถือหุ้นมีสัญชาติไทยหรือไม่

รัฐบาลไทยจะยึดเอาแต่เพียงว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลไทยแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ เพราะรัฐคู่กรณีย่อมพยายามหาหนทางคัดค้านการอ้างสิทธิการให้ความคุ้มครองทางการทูตของไทย ฉะนั้นรัฐบาลไทยต้องแน่ใจว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยโดยต้องยึดเกณฑ์ระหว่างประเทศ ซึ่งการพิจารณาสัญชาติบริษัทในปัจจุบันได้ปรากฏในร่างข้อบพว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต ข้อที่ 9 ที่สะท้อนแนวทางที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยึดถือประกอบกับได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ ฉะนั้นรัฐบาลไทยต้องพิจารณาว่านิติบุคคลดังกล่าวได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยหรือไม่ แต่การจดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในนั้นยังไม่เพียงพอที่จะบ่งชี้ความสัมพันธ์อันแน่นแฟ้นระหว่างรัฐกับนิติบุคคลได้ตามข้อที่ 9 ของร่างข้อบพฯ แต่รัฐบาลไทยจะต้องพิสูจน์ว่า

- นิติบุคคลนั้นก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และถูกควบคุมโดยคนชาติไทย หรือ
- นิติบุคคลนั้นก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และมีกิจกรรมทางธุรกิจอันมีนัยสำคัญภายในประเทศไทย หรือ
- นิติบุคคลนั้นก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และสถานที่ในการบริหารจัดการและการควบคุมทางการเงินนั้นอยู่ในประเทศไทย

หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามกรณีใดกรณีหนึ่งข้างต้นย่อมชี้ชัดว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยตามเกณฑ์ของร่างข้อบพฯ ข้อที่ 9 อันจะทำให้รัฐคู่กรณีไม่สามารถโต้แย้งสถานะความเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของไทยได้

### 4. นิติบุคคลหรือผู้ถือหุ้นสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในแล้วหรือยัง

รัฐบาลไทยจะสามารถมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติไทยไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือผู้ถือหุ้นได้ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลที่ได้รับความเสียหาย หรือผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายนั้นสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่กระทำความผิดด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหากมีสถานการณ์ใดที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายภายในได้นั้นรัฐบาลไทยย่อมมีภาระการพิสูจน์ ทั้งนี้สถานการณ์ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นข้อยกเว้นหลักการสิ้นสุดหนทางการเยียวยาความเสียหายภายในนั้นได้ถูกประมวลไว้ในร่างข้อบพข้อที่ 15 ซึ่งหากรัฐบาลไทยสามารถพิสูจน์ได้ตามเงื่อนไขที่กำหนด รัฐคู่พิพาทย่อมไม่สามารถโต้แย้งในประเด็นนี้ได้



### 5. รัฐบาลไทยที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองกับคนไทยที่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองใช้สิทธิโดยสุจริตหรือไม่

แม้หลักการใช้สิทธิโดยสุจริตนี้จะไม่มีการกล่าวถึงในคดีใด และไม่ปรากฏเป็นบทบัญญัติในร่างข้อบทว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตก็ตาม แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่รัฐคู่พิพาทอาจยกขึ้นมาโต้แย้งได้ ฉะนั้นรัฐบาลไทยที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลหรือผู้ถือหุนสัญชาติไทยนั้นต้องรับทราบถึงข้อเท็จจริงว่ารัฐบาลไทยหรือองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของไทยมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายต่อคนไทยในรัฐที่ถูกอ้างว่าก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ และนิติบุคคลหรือผู้ถือหุนชาวไทยนั้นมีส่วนก่อความเสียหายอันส่งผลกระทบต่อตนเองหรือไม่ เพราะหากรัฐบาลไทยหรือคนไทยที่อ้างว่าได้รับความเสียหายนั้นมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายเองแต่กลับมาเรียกร้องให้รัฐที่รับการลงทุนรับผิดชอบเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ฉะนั้นรัฐคู่พิพาทที่ถูกกล่าวหาย่อมมีสิทธิยกประเด็นนี้ขึ้นมาโต้แย้งในการพิจารณาตัดสินเนื้อหาได้

การทราบถึงสิทธิและเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบุคคลและผู้ถือหุนที่ชัดเจนนั้นย่อมทำให้รัฐสามารถประเมินได้ว่าการยกระดับข้อพิพาทให้ขึ้นมาเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศในกรณีเช่นนี้จะก่อประโยชน์มากน้อยเพียงใด ส่วนการจะให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนไทยของตนหรือไม่ เพียงใดนั้นก็สุดแท้แต่ดุลยพินิจของรัฐ

## รายการอ้างอิง

### หนังสือภาษาไทย

ธีระวัฒน์, จาตุรนต์. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2547.

ปัจจุสานนท์, ชุมพร. กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล. edited by สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2 ed. 2549.

รัตน์กร, โสภณ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท. สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ. เล้าประเสริฐ, ศิวรัตน์. "ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ลงทุนต่างชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

ศรวิรรณพฤกษ์, ปาลีรัฐ. "การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามพระราชบัญญัติมหาชน (ใหม่)." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

### หนังสือภาษาต่างประเทศ

Amerasinghe, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*. 2008.

———. *The Exhaustion of Procedural Remedies*. 1963.

———. *Local Remedies in International Law*. 2 ed. 2004.

———. *State Responsibility for Injuries to Aliens*. 1976.

Borchard. *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. New York: Kraus Reprint Co, 1970.

Dinstein, Yoram. *Diplomatic Protection of Companies under International Law*. 1998.

Francis, Richard. *Maxims of Quity 1727*.

Freeman, A.V. *International Responsibility of States for Denial of Justice*. New York 1970.

Mann, F.A. *Further Studies in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

Verosta, Stephen. "Denial of Justice." In *Encyclopedia of Public International Law* 1987.

### บทความภาษาต่างประเทศ

Bagge, Algot. "Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders." *British Yearbook of International Law* (1958).

Higgins, Rosalyn. "Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd." *Virginia Journal of International Law* (1970).

Juratowitch, Ben. "Diplomatic Protection of Shareholders." *The British Year Book of International Law* (2011).

Knight, Stephen J. "Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Rights." *Melbourne Journal of International Law* 9.

Lillich, Richard. "Two Perspectives on the Barcelona Traction Case: The Rigidity of Barcelona." *American Journal of International Law* (1971).

- Lowe, Vaughan. "Shareholders' Rights to Control and Manage: From Barcelona Traction to Elsi." (2002).
- Schwarzenberger, George. "The Frontiers of International Law." *London: Stevens and Sons Ltd.* (1962): 219.
- . "The Frontiers of International Law." (1960).
- Seidl-Hohenveldern. "Corporation in and under International Law." (1987): 9.
- Shapovalov, Alexander. "Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate." *American University International Law Review* 20, no. 4 (2005).
- Wellens, K. "Diplomatic Protection of Companies under International Law." *International Law; Theory and Practice* (1998).

#### **คดีต่างๆ**

- Ahmadou Sadio Diallo*, (2010).
- Ahmadou Sadio Diallo*, (2007).
- The Ambatielos Claim*, 111 (6 March 1956).
- Barcelona Traction*, (1970).
- El Oro Mining and Railway Co* (1931).
- Electronica Sicala S.P.A.*, (1989).
- Finish Vessels in Great Britain During the War*, (1934).
- The Frierdich and Co* (1905).
- The Interhandel Case*, (1959).
- Mavrommatis Palestine Concessions*, 12 (1924).
- Mexican Eagle Oil Company Case*, (1938–1947).
- Norwegian Loans*, (1957).
- Nottebohm*, (1955).
- Panevezys-Saldutiskis Railway*, (1939).
- "Reports of International Arbitral Awards *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) V. United Mexican States.*" 1931.
- "Reports of International Arbitral Awards *International Fisheries Company (U.S.A) V. United Mexican States.*" 1931.

#### **กฎหมายระหว่างประเทศ**

- Commission, International Law. "Diplomatic Protection." 2005.
- "The Convention for the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States."
- "Convention on the Settlement of Investment Disputes."

"Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries." 2006.

"General Agreement of Trade in Services; Gats."

"Responsibility of States ". In *Research in International Law II*, 134: Harvard Law School, 1929.

"The Us-Mexican General Claims Commission Convention." 1923.



### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวปริยาภา ลาภอนันต์ เกิดเมื่อวันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2531 จบการศึกษาระดับชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสาธิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาตรีที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ระหว่างปี พ.ศ. 2549 - 2552



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY