

บทที่ 2

ข้อพิจารณาพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองทางทูต

ก่อนที่จะศึกษาถึงเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น ควรที่จะต้องศึกษาถึงข้อพิจารณาพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองทางทูตก่อน ซึ่งข้อพิจารณาต่างๆ เหล่านี้เป็นข้อพิจารณาพื้นฐานที่สำคัญอันจะก่อให้เกิดความเข้าใจเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูตได้ดียิ่งขึ้น โดยในการศึกษานี้จะแบ่งข้อพิจารณาพื้นฐานออกเป็นข้อพิจารณาพื้นฐานทั่วไปในการให้ความคุ้มครองทางทูต กับข้อพิจารณาพื้นฐานตามร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ข้อพิจารณาพื้นฐานทั่วไปในการให้ความคุ้มครองทางทูต

ในส่วนข้อพิจารณาพื้นฐานทั่วไปในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น จะเป็นการศึกษาถึงแนวความคิดและประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองทางทูต ทั้งนี้เพื่อให้ทราบถึงเหตุผลเบื้องหลังและความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองทางทูต นอกจากนี้ยังจะได้ศึกษาถึงความแตกต่างระหว่างความคุ้มครองทางทูตและความช่วยเหลือทางกงสุล เนื่องจากว่าในทางระหว่างประเทศนั้นมักเกิดความสับสนกันระหว่างความคุ้มครองทางทูตและความช่วยเหลือทางกงสุล ซึ่งเรื่องทั้งสองอาจมีความใกล้เคียงกันแต่ก็มีใช้เรื่องเดียวกันแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้การที่ได้พิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างทั้งสองเรื่องดังกล่าวก็จะทำให้เกิดความเข้าใจการให้ความคุ้มครองทางทูตอย่างถูกต้องชัดเจนมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

1.1 แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองทางทูต

รากฐานแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเกิดขึ้นมาตั้งแต่ยุคดึกดำบรรพ์ โดยกลุ่มชนซึ่งรวมตัวกันเป็นสังคมยุคเริ่มแรกเห็นว่าการทำร้ายสมาชิกของชนในเผ่าใดเผ่าหนึ่งเท่ากับเป็นการทำร้ายชนทั้งเผ่า ดังนั้นจึงมีความชอบธรรมที่จะรวมตัวกันเพื่อแก้แค้นผู้ที่ทำร้ายชนในเผ่า แต่อย่างไรก็ดีสังคมในยุคเริ่มแรกไม่อนุญาตให้มีการติดต่อกันในระดับบุคคลมากนัก ประกอบกับการที่ระบบกฎหมายในสมัยนั้นมักให้ความสำคัญกับหลักบุคคลมากกว่าหลัก

อาณาเขต ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ในยุคแรกนั้นยังไม่มีเรื่องการคุ้มครองชนในเผ่าที่อยู่ในดินแดนของชนเผ่าอื่น

ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาจากชนเผ่าไปสู่รัฐจึงเกิดระบบทางการเมืองของรัฐขึ้น ประกอบกับการพัฒนาเส้นทางในการติดต่อสื่อสารให้ทันสมัยมากยิ่งขึ้น จึงก่อให้เกิดการติดต่อทางการค้าและทางเศรษฐกิจระหว่างสังคมทางการเมืองต่างๆ ซึ่งส่งผลให้มีการเคลื่อนย้ายบุคคลและทุนข้ามเขตแดนทางอาณาเขตทำให้เกิดการขยายตัวทางการค้า การจ้างงาน และทางเศรษฐกิจจะหว่างกัน ด้วยเหตุดังกล่าวในยุคนี้จึงเริ่มมีการกล่าวถึงแนวความคิดเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูต¹ หรือที่เรียกว่า diplomatic protection

ผู้ที่เริ่มกล่าวถึงแนวความคิดนี้ ก็คือ Emerich de Vattel ชาวสวิสเซอร์แลนด์ ด้วยเหตุนี้จึงเรียกแนวความคิดนี้ว่า “Vattellian Fiction”² ซึ่งแนวความคิดนี้มีว่า

“ไม่ว่าใครก็ตามที่ทำร้ายพลเมืองถือเป็นการทำร้ายรัฐโดยอ้อม ซึ่งทำให้รัฐต้องดำเนินการปกป้องคุ้มครองพลเมืองของรัฐ โดยการตอบโต้การกระทำดังกล่าวหากเป็นไปได้ เพื่อบังคับให้ผู้กระทำต้องชดใช้ความเสียหายจนเป็นที่พอใจหรือลงโทษผู้กระทำ มิฉะนั้นพลเมืองจะไม่ได้รับประโยชน์จากการรวมตัวเป็นสังคมเมืองซึ่งคือสิ่งที่ถูกคุ้มครองนั่นเอง”³

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดของ Vattel ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นสิ่งที่พลเมืองของรัฐพึงได้รับประโยชน์ในการรวมตัวกันจากรัฐ โดยมองว่าการทำร้ายพลเมืองของรัฐเท่ากับเป็นการทำร้ายรัฐนั่นเอง เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วพลเมืองไม่มีสถานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศที่จะมีสิทธิเรียกร้องในทางระหว่างประเทศได้โดยตรง แต่ในทางกลับกันรัฐเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศที่จะมีสิทธิและหน้าที่ในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นเมื่อพลเมืองของรัฐได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่น รัฐที่มีความสัมพันธ์กับพลเมืองผู้

¹ Cuthbert Joseph, Nationality and Diplomatic Protection: The Commonwealth of Nations (Leyden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, N.V., 1969), p. 2.

² ศิวรัตน์ เล้าประเสริฐ, “ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ลงทุนต่างชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 7.

³ Vattel, The Law of Nations, 1758, Ch. VI, p. 136, cited by Cuthbert Joseph, *supra* note 1, p. 2.

นั่นก็จะให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิดรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ซึ่งการให้ความคุ้มครองทางทูตนี้เกิดจากแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญๆ อยู่ 2 ประการ ดังนี้

1.1.1 มาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ

แนวคิดเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ (International minimum standard) นี้ถูกพัฒนาขึ้นในระหว่างศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งมีที่มาจากแนวความคิดที่ว่า ถึงแม้รัฐจะไม่มีพันธกรณีที่ต้องรับคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศ แต่เมื่อใดก็ตามที่รัฐยินยอมรับคนต่างด้าวเข้ามาแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อคนต่างด้าวไม่น้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงว่าคนชาติของรัฐนั้นจะได้รับการปฏิบัติในแบบใด และเมื่อมีการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด เป็นเหตุให้คนต่างด้าวได้รับความเสียหาย รัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากรัฐนั้นได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีการกล่าวว่า การกระทำความเสียหายต่อคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของรัฐจึงเท่ากับเป็นการกระทำต่อรัฐนั่นเอง⁴

ที่มาของกฎเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ เนื่องมาจากว่าในสมัยนั้นอยู่ในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรมที่รัฐต่างๆ ในทวีปยุโรปต่างต้องการขยายกิจกรรมทางการค้าไปยังเอเชีย ตะวันออกกลาง แอฟริกาเหนือเพื่อแสวงหาวัตถุดิบและตลาดในการผลิต จึงเกิดการทำสัญญากันขึ้นในรูปของสัมปทาน แต่เนื่องจากมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลและทรัพย์สินในรัฐเหล่านี้มีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปจากความคุ้มครองที่บุคคลเหล่านี้เคยได้รับจากรัฐของตน⁵ ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วการที่บุคคลอยู่ในรัฐใดก็ย่อมต้องยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐนั้นๆ โดยบุคคลนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างได้ว่ารัฐของตนให้ความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวได้ดีกว่า⁶ เพื่อเรียกร้องให้รัฐนั้นปฏิบัติตามมาตรฐานที่ตนเคยได้รับ ดังนั้นเมื่อทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ มีความแตกต่างกันมาก จึงทำให้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศขึ้น เพื่อให้เกิดมาตรฐานขั้นต่ำที่เป็นกลางสำหรับรัฐทุกรัฐในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและทรัพย์สินของคนต่างด้าว

⁴ B. Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, Third revised edition (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p. 335.

⁵ *Ibid.*, p. 336.

⁶ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh revised edition (London: Routledge, 1997), p. 260.

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะไม่มีกำหนัดให้คำนิยามถึงลักษณะของมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศที่แน่นอนก็ตาม แต่ก็มีความแนวทางในการพิจารณาถึงทางปฏิบัติที่ไม่เข้าข่ายมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ นั่นก็คือ การกระทำที่ป่าเถื่อน ไม่สุจริต ละเว้นหน้าที่โดยเจตนา หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมในส่วนที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐบาล จะถือว่าเป็นการกระทำที่ได้มาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศไม่ได้⁷ ซึ่งตัวอย่างของมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับ เช่น ทรัพย์สินของคนต่างด้าวจะไม่ถูกโอนหรือถูกเวนคืนให้เป็นของรัฐโดยไม่จ่ายค่าชดเชยให้ หรือจ่ายค่าชดเชยแต่ค่าชดเชยนั้นไม่ได้สัดส่วนกับทรัพย์สินที่ถูกยึดไป หรือในเรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคลนั้น รัฐจะจับกุมกักขังบุคคลตามอำเภอใจมิได้นอกจากนี้ในกรณีที่คนต่างด้าวซึ่งอยู่อาศัยในดินแดนของรัฐนั้นไม่ได้รับความเป็นธรรม รัฐเจ้าของดินแดนก็ไม่ควรกระทำการอันเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม โดยการปฏิเสธไม่ให้บุคคลดังกล่าวเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่มีอยู่ภายในรัฐนั้น เป็นต้น

1.1.2 การประนีประนอมระหว่างหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและหลักเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล

การใช้อำนาจของรัฐในทางระหว่างประเทศนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่สำคัญๆ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial jurisdiction) ซึ่งก็คือการที่รัฐมีเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลทุกคนและทุกสิ่งที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น ไม่ว่าบุคคลนั้นหรือสิ่งนั้นจะเป็นคนชาติใดหรือของชาติใดก็ตาม และประการที่สอง เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal jurisdiction) ก็คือการที่รัฐมีเขตอำนาจเหนือตัวบุคคลผู้ซึ่งถือสัญชาติของรัฐนั้นไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ ณ ที่ใดก็ตาม

การที่บุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐหนึ่งไปอยู่อาศัยในดินแดนของรัฐอื่น บุคคลนั้นก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นซึ่งเป็นไปตามหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนที่รัฐเจ้าของดินแดนมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์เหนือดินแดนของตน แต่ในขณะเดียวกันการที่บุคคลดังกล่าวมีสัญชาติของรัฐหนึ่งซึ่งถึงแม้ว่าจะไปอยู่อาศัยในดินแดนของรัฐอื่น ก็ไม่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นกับรัฐเจ้าของสัญชาติขาดหายไป รัฐเจ้าของสัญชาติจึงยังคงมีอำนาจอธิปไตยเหนือตัวบุคคลนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล ในกรณีดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าในสถานการณ์เดียวกันแต่มีรัฐที่มีเขตอำนาจถึง 2 รัฐ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ต่างกัน คือ หลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนกับหลักเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล ซึ่ง

⁷ Ibid., p. 261.

ตามปกติแล้วเพื่อให้เกิดความสงบสุขในการอยู่ร่วมกันของสังคมระหว่างประเทศ รัฐต่างๆย่อมจะยอมรับเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนของรัฐอีกรัฐหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์อาจนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างหลักเขตอำนาจรัฐทั้งสองหลัก ซึ่งจะได้ชี้ชัดในกรณีที่แตกต่างกันว่าได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดอันเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐหนึ่ง กล่าวคือ ตามปกติแล้วเมื่อคนชาติของอีกรัฐหนึ่งเข้ามาในดินแดนของรัฐนั้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้ว รัฐนั้นมีพันธกรณีในการปฏิบัติต่อคนเหล่านั้นตามมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ⁸ ซึ่งถ้ารัฐเจ้าของดินแดนไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักการนี้ เป็นเหตุให้คนชาติของอีกรัฐหนึ่งเสียหาย รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลนั้นจึงควรมีสิทธิโดยอาศัยหลักเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลเป็นพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลผู้ถือสัญชาติของรัฐตนซึ่งเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีในทางระหว่างประเทศของอีกรัฐหนึ่ง⁹ ซึ่งหลักการที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติมีเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลนี้ เคยได้รับการกล่าวถึงโดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ในคดี *Mavrommatis Palestine Concessions* อีกด้วย¹⁰

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นการประนีประนอมกันระหว่างหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและหลักเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล กล่าวคือ ถึงแม้ว่ารัฐเจ้าของดินแดนจะมีเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนต่อคนต่างด้าวก็ตาม แต่รัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวยังคงมีเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลต่อคนชาติของตนอยู่ แม้ในขณะที่บุคคลเหล่านั้นจะอยู่อาศัยในดินแดนของรัฐอื่นก็ตาม

เมื่อได้ทราบถึงแนวความคิดพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองทางทูตแล้ว ต่อไปก็จะเป็นการพิจารณาถึงประวัติศาสตร์และพัฒนาการในการให้ความคุ้มครองทางทูตว่าเป็นอย่างไร

⁸ Cuthbert Joseph, *supra* note 1, p. 4.

⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰ John R. Dugard., First report on diplomatic protection: Document A/CN. 4/506, Yearbook of the International Law Commission, 2000., p. 13.; Chittharanjan Felix Amerasinghe, Diplomatic Protection (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 23.

1.2 ประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองทางทูต

เมื่อพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับเนื้อหาในเรื่องอื่นๆของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะพบว่าความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นใหม่ซึ่งเงื่อนไขทางปฏิบัติต่างๆของเรื่องนี้ยังไม่ปรากฏขึ้นอย่างเต็มที่จนกระทั่งศตวรรษที่ 19¹¹ เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของรัฐต่างๆในช่วงก่อนศตวรรษที่ 19 แล้วก็จะไม่พบหลักฐานว่ามีรัฐใดได้ใช้วิธีในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่พลเมืองของรัฐตนแต่อย่างใด¹² ถึงแม้ว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวจะมีการกล่าวถึงแนวคิดในการให้ความคุ้มครองทางทูตแล้วก็ตาม¹³ ประกอบกับการที่ในขณะนั้นเป็นยุคที่เพิ่งจะเริ่มมีรัฐต่างๆเกิดขึ้น จึงทำให้ในสมัยนั้นคำนึงถึงความสำคัญของรัฐมากกว่าที่จะคำนึงถึงตัวบุคคลในฐานะที่เป็นคนต่างด้าว ทั้งนี้อาจเป็นเพราะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวเป็นบทบาทใหม่ที่เพิ่งจะเริ่มต้นขึ้นอีกด้วย¹⁴ ดังนั้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าวความคุ้มครองทางทูตจึงไม่ใช่เรื่องที่ได้รับการสนใจมากเท่าใดนัก ดังจะเห็นได้จากงานเขียนเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศของ Grotius ซึ่งเขียนในปีค.ศ.1625 โดยงานเขียนนี้ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ในทางกฎหมายขององค์อธิปัตย์เหนือบุคคลในความสัมพันธ์ระหว่างกันว่า ไม่ใช่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เป็นนามธรรม แต่ Grotius เห็นว่าองค์อธิปัตย์โดยแท้จริงแล้วก็คือมนุษย์ที่ตกอยู่ภายใต้คำสั่งทางศีลธรรม (moral order) ในความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะเช่นเดียวกับที่ปัจเจกบุคคลตกอยู่ภายใต้คำสั่งทางสังคมที่มีอำนาจซึ่งเมื่อระบบจักรวรรดิโรมันล่มสลายลงจึงทำให้ระบบคำสั่งทางการเมือง (political order) และอำนาจของผู้แทนในจักรวรรดิโรมันนั้นสิ้นสุดลงไปด้วย ส่งผลให้เกิดสภาวะที่ไร้รัฐบาลและความสับสนวุ่นวายขึ้นแทน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้แนวคิดที่ว่าผู้ปกครองมีอำนาจเด็ดขาดเหนือคนชาติของตนตามทฤษฎีทางการเมืองของ Bodin นั้น เข้ามาเกี่ยวข้องในฐานะที่เป็นวิธีการที่ดีที่สุดในการป้องกันความขัดแย้งและความสับสนวุ่นวายที่อาจ

¹¹ Frederick Sherwood Dunn, The Protection of Nationals: A study in the application of international law (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1932), p. 46.; Wilhelm Karl Geck, "Diplomatic Protection," Encyclopedia of Public International Law, Vol. 10., p. 100. (1987).

¹² Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 10, p. 8.

¹³ ผู้ที่เริ่มกล่าวถึงแนวความคิดนี้ก็คือ Emerich de Vattel ซึ่งกล่าวไว้ในงานเขียนเรื่อง The Law of Nations, or the Principles of Natural Law ซึ่งตีพิมพ์ในปี 1758

¹⁴ *Ibid.*, p. 9.

เกิดขึ้นภายในรัฐใหม่ แต่ในขณะเดียวกันก็เกรงว่าความเป็นอิสระดังกล่าวของผู้ปกครองในความสัมพันธ์กับรัฐอื่นนี่เองที่อาจนำไปสู่ความสับสนวุ่นวายและความขัดแย้งในสังคม ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องพัฒนาระบบบางอย่างขึ้นเพื่อยับยั้งอำนาจดังกล่าวของผู้ปกครองเพื่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่สังคมส่วนรวม โดย Grotius เชื่อว่าผู้ปกครองเหล่านี้ควรที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่สูงกว่าซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลตามธรรมชาติและกฎหมายจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับอย่างสมครใจ แนวคิดดังกล่าวนี้ซึ่งสอดคล้องกับความเชื่อในทางปรัชญาในขณะนั้นด้วยก็ค่อยๆ เข้าแทนที่ระบบอำนาจสากลที่ปรากฏในจักรวรรดิโรมัน¹⁵ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสภาพของสังคมในขณะนั้นพลเมืองของรัฐส่วนใหญ่อาศัยอยู่แต่ในรัฐ ไม่ได้มีการเดินทางติดต่อระหว่างรัฐ จึงทำให้ Grotius กล่าวถึงพันธะหน้าที่ในทางกฎหมายของรัฐที่มีต่อคนต่างชาติและผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของคนต่างชาติภายในดินแดนของรัฐแต่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้งานเขียนดังกล่าวของ Grotius นั้นไม่ได้สะท้อนถึงการคุ้มครองพลเมืองในต่างประเทศแต่อย่างใด

ในระยะเวลาต่อมาอีกไม่นานเมื่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐถูกพัฒนามากขึ้นแล้วนั้น นักกฎหมายและนักวิชาการก็เริ่มกล่าวถึงความคุ้มครองทางทูตกันอย่างแพร่หลายมากยิ่งขึ้น ดังนั้นในช่วงระยะเวลาภายหลังนี้จึงอาจแบ่งการศึกษาประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองทางทูตออกได้เป็น 3 ช่วงระยะเวลาที่สำคัญดังนี้

1.2.1 ช่วงเริ่มต้น¹⁶

Vattel เป็นนักกฎหมายระหว่างประเทศคนแรกที่ทำให้ความสนใจเรื่องความคุ้มครองคนต่างด้าวและผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนถึงความคุ้มครองทางทูต และเนื่องจากเขาเป็นคนแรกที่วางพื้นฐานในทางหลักการของความคุ้มครองทางทูต เขาจึงได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาผู้ก่อให้เกิดแนวคิดในเรื่องความคุ้มครองทางทูต¹⁷ ในช่วงเวลาที่ Vattel เขียนผลงานของตนเองนั้น เป็นช่วงเวลาที่สังคมระหว่างประเทศมีการติดต่อกันมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะโดยการล่าอาณานิคมซึ่งเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐต่างๆนอกทวีปยุโรป หรือจะโดยการค้าขายในต่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับแพร่หลายและกลายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจของหลายรัฐ แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่ารัฐต่างๆจะมีการเดินทางและการติดต่อค้าขายระหว่างกันแล้วก็

¹⁵ *Ibid.*, pp. 9-10.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 10-13.

¹⁷ Frederick Sherwood Dunn, *supra* note 11, p. 48.

ตาม แต่ผลกระทบอันเกิดจากการกลายเป็นอุตสาหกรรมก็ยังไม่ได้ส่งผลกระทบใดๆในความสัมพันธ์ต่อรัฐอื่นแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อสภาพสังคมระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปตามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น แล้วนั้น Vattel จึงเสนอแนวคิดว่าการทำร้ายพลเมืองก็เท่ากับเป็นการทำร้ายรัฐ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นพื้นฐานที่สำคัญของทางปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่พลเมืองของรัฐในต่างประเทศ โดย Vattel กล่าวว่า เนื่องจากรัฐแต่ละรัฐมีเขตอำนาจเหนือดินแดนอย่างเด็ดขาด ดังนั้นรัฐเจ้าของดินแดนจึงอาจห้ามบุคคลเข้าสู่ดินแดนของรัฐเมื่อใดก็ได้ตามที่รัฐเห็นสมควร โดยทั้งนี้อาจกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้บุคคลเข้าสู่ดินแดนก็ได้ และเมื่อใดก็ตามที่รัฐอนุญาตให้คนต่างชาติเข้าสู่ดินแดนแล้วก็อาจสันนิษฐานได้ว่ารัฐมีเพียงเงื่อนไขโดยนัยว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งหมายความว่าเมื่อใดก็ตามที่เกิดมีข้อพิพาทขึ้นระหว่างคนต่างชาติด้วยกันเอง หรือระหว่างคนต่างชาติกับพลเมืองของรัฐก็ตาม การระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องกระทำโดยศาลภายในรัฐ¹⁸ แต่ในขณะเดียวกันการที่รัฐยอมรับคนต่างชาติเข้ามาในดินแดนนั้น ก็แสดงว่ารัฐเองก็ตกลงที่จะคุ้มครองคนต่างชาติเช่นเดียวกับพลเมืองของรัฐ เพื่อให้มีความปลอดภัยตราบเท่าที่บุคคลเหล่านั้นยังอยู่ในดินแดนของรัฐตน ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่ารัฐเองก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อบุคคลต่างชาติที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในดินแดนของรัฐเช่นกัน ซึ่งความรับผิดชอบดังกล่าวนี้ Vattel ก็ไม่ได้กล่าวถึงรายละเอียดของความรับผิดชอบนี้แต่อย่างใด เขากล่าวแต่เพียงว่าคนต่างชาติจะไม่ตกอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ต่อสังคมส่วนรวมซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของพลเมืองของรัฐ แต่สิ่งอื่นนอกเหนือจากข้อจำกัดนี้ คนต่างชาติก็ย่อมมีภาระหน้าที่เช่นเดียวกับพลเมืองของรัฐโดยทั่วไป¹⁹

ในส่วนของผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของคนต่างชาตินั้นก็เช่นกัน Vattel กล่าวถึงเรื่องนี้ว่า บุคคลไม่อาจถูกยุติความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเพราะเหตุที่บุคคลดังกล่าวเข้าไปอยู่อาศัยในดินแดนของรัฐอื่นได้ ซึ่งทรัพย์สินเหล่านี้ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทั้งหมดของชาติของบุคคลดังกล่าว ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินเหล่านี้ก็ยังคงเป็นความเสียหายที่เกิดแก่รัฐของเจ้าของทรัพย์สินด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า ทรัพย์สินในที่นี้หมายถึงความถึงแต่เฉพาะสังหาริมทรัพย์ของคนต่างชาติเท่านั้น เพราะสำหรับกรณีสังหาริมทรัพย์นั้น Vattel

¹⁸ ข้อสังเกต Vattel ไม่ได้กล่าวถึงข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับคนต่างชาติว่า จะต้องใช้วิธีใดในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว

¹⁹ *Ibid.*, p. 51.

กล่าวว่ารัฐแต่ละรัฐมีดุลพินิจที่จะให้หรือปฏิเสธสิทธิของคนต่างชาติในการเป็นเจ้าของที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นในดินแดนของรัฐนั้นก็ได้²⁰

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าความเห็นของ Vattel ในเรื่องการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวจะเกิดขึ้นมาจากทางปฏิบัติของรัฐหรือไม่ หรือจะอยู่บนพื้นฐานของหลักฐานทางข้อเท็จจริงก็ตาม แต่ข้อสังเกตดังกล่าวก็ไม่ชัดเจน เนื่องจากเขาพิจารณารัฐในรูปของอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลมากกว่าที่จะพิจารณาเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน จึงทำให้รัฐที่เขาสมมติขึ้นประกอบไปด้วยรัฐและคนชาติ ซึ่งเป็นเหตุผลที่ทำให้กล่าวว่าการทำร้ายพลเมืองก็คือการทำร้ายรัฐนั่นเอง การพิจารณาในลักษณะดังกล่าวส่งเสริมจุดประสงค์ที่เป็นประโยชน์ต่อวิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ ในขณะที่เป็นเรื่องยากที่จะปรับใช้กับโลกสมัยใหม่ที่มีการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงความจงรักภักดีก็สามารถทำได้ง่ายและเกิดขึ้นอย่างสม่ำเสมออีกด้วย²¹

ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 เกิดเหตุการณ์ที่อาจถือได้ว่ามีส่วนสำคัญในการส่งเสริมการพัฒนาความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เป็นการกระทำในทางเสียเปรียบและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย นั่นก็คือ การรวมกันระหว่างสหรัฐอเมริกาและอังกฤษในสนธิสัญญาเจย์ (Jay Treaty) เมื่อปีค.ศ. 1794 โดยสนธิสัญญาดังกล่าวมีบทบัญญัติก่อตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อเรียกร้องของคนชาติอังกฤษในการรับหนี้สินเข้ามาเป็นของรัฐ และการเรียกร้องระหว่างกันอันเกิดจากการกล่าวหาว่าเรือท่องเที่ยวของอังกฤษยึดเรือของสหรัฐอเมริกาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และรวมถึงข้อพิพาทที่เกิดจากเรือติดอาวุธของฝรั่งเศสจับกุมเรืออังกฤษที่ทำเรือในสหรัฐอเมริกาอีกด้วย การใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในกรณีเหล่านี้ไม่เพียงแต่เป็นการเริ่มต้นยุคสมัยใหม่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็นการนำไปสู่วิธีการในการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งซึ่งต่อมาภายหลังกลายเป็นมาตรการที่ใช้มากขึ้นในการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐของพลเมืองที่อยู่ต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางทูตในช่วงแรกนี้ มีความมุ่งหมายที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเท่านั้น โดยไม่ได้มุ่งที่จะรวมถึงรัฐลาตินอเมริกาที่เพิ่งจะได้รับอิสรภาพในศตวรรษที่ 19 แต่อย่างใด

²⁰ *Ibid.*, p. 52.

²¹ *Ibid.*

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ในช่วงเริ่มแรกนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็นความพยายามครั้งแรกที่ความคุ้มครองทางทูตอาศัยคณะกรรมการผสม (the mixed commissions)²² เพื่อให้คนชาติได้รับการพิจารณาโดยศาลระหว่างประเทศนั่นเอง

1.2.2 ช่วงศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20²³

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 นี้ เริ่มที่จะมีการพัฒนากฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมถึงการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตลอดจนถึงมีการใช้มาตรการในการให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเยียวยาความเสียหายอีกด้วย ซึ่งสิ่งสำคัญที่ส่งเสริมให้เกิดความคุ้มครองทางทูตในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็คือ การพัฒนาวิธีการในการติดต่อสื่อสารให้มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น ประกอบกับมีการนำเทคโนโลยีเครื่องจักรกลมาใช้ในการผลิต และรวมถึงการทำให้เป็นอุตสาหกรรมซึ่งส่งผลให้บุคคลเดินทางไปยังประเทศต่างๆ ทั่วโลกเพื่อแสวงหาวัตถุดิบและเพื่อขายสินค้าที่ตนผลิตขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ดินแดนของรัฐต่างๆ เต็มไปด้วยคนต่างชาติจำนวนมากและก่อให้เกิดผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินอย่างกว้างขวางภายในเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนของทุกรัฐ ซึ่งอาจนำไปสู่ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ข้อถกเถียง ข้อโต้แย้งเหนือการใช้เขตอำนาจในความสัมพันธ์ต่อคนต่างชาติเหล่านั้นเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้การที่รัฐต่างๆ ในอเมริกาเหนือและอเมริกาใต้ได้รับอิสรภาพนั้น ทำให้ประชาชนในรัฐใหม่เหล่านี้ถูกแบ่งแยกชนชั้นระหว่างผู้อพยพผิวขาวผู้สืบเชื้อสายมาจากยุโรปและกลุ่มคนพื้นเมืองชาวอเมริกันดั้งเดิมที่รุดชีวิต สำหรับรูปแบบของรัฐบาลที่ได้รับการยอมรับในรัฐใหม่เหล่านี้ล้วนแต่ได้รับอิทธิพลจากยุโรปและจากทฤษฎีการเมืองของลัทธิปัจเจกชนนิยมและรัฐบาลตัวแทนแทบทั้งสิ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิ่งเหล่านี้ไม่สามารถปรับเข้ากับความต้องการของรัฐใหม่ได้ จึงทำให้ซีกโลกตะวันตกส่วนใหญ่เกิดความสับสนวุ่นวายทางการเมืองและนำไปสู่การปฏิวัติอย่างแพร่หลายในช่วงเวลาต่อมา

เนื่องจากสังคมระหว่างประเทศในศตวรรษที่ 18 มีลักษณะเป็นแบบยุโรปแทบทั้งสิ้น จึงทำให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่สังคมดังกล่าวสร้างขึ้นนั้นก็ได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมของ

²² คณะกรรมการผสมนี้ เป็นรูปแบบหนึ่งของโครงสร้างขององค์กรอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีต้นกำเนิดจากสนธิสัญญาเจนีในปีค.ศ. 1794 ระหว่างสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ โดยแต่ดั้งเดิมนั้นมีลักษณะเป็นกรรมการผสมจากตัวแทนของรัฐที่พิพาทกัน และประธานกรรมการ (umpire) อาจถูกแต่งตั้งขึ้นเพื่อร่วมในการพิจารณาและตัดสินในกรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างกรรมการผสมจากตัวแทนของรัฐ (จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างไว้ เชนอรรถที่ 134, น. 538-539.)

²³ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 10, pp. 13-16.

ยุโรปในขณะนั้นเช่นกัน ต่อมาในศตวรรษที่ 19 สังคมของรัฐได้ขยายตัวไปยังทวีปยุโรปตะวันตก ในขณะเดียวกันกับที่รูปแบบตะวันตกซึ่งครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ของสมาชิกในสังคมก็ยังคง ดำเนินต่อไปด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ ก็ยังมีแนวคิดในเรื่องความยุติธรรมที่อาจพบได้ในจารีต ประเพณีทางกฎหมายของรัฐยุโรปก็ได้แพร่กระจายเข้าสู่สังคมระหว่างประเทศในช่วงระยะเวลา ดังกล่าวอีกด้วย ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีของเศรษฐกิจซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากระบบทุน นิยมของลัทธิปัจเจกชนนิยมที่แพร่หลายอยู่ในยุโรปในเวลานั้น นอกจากนี้ในส่วนของความคิดใน เรื่องเสรีภาพของบุคคล ความล่งละเมิดมิได้ในทรัพย์สินส่วนบุคคล ตลอดจนถึงความศักดิ์สิทธิ์ ของสัญญาต่างก็มีลักษณะพิเศษเฉพาะของตนเองเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าในช่วง ระยะเวลาดังกล่าวอาณานิคมในเอเชียและแอฟริกันนั้นไม่ถูกถือรวมเข้าเป็นบุคคลในทางระหว่าง ประเทศในสังคมของรัฐแต่อย่างใด

รัฐที่เกิดขึ้นใหม่ในซีกโลกตะวันตกต่างก็รับเอาแนวคิดดังกล่าวข้างต้นของยุโรปเข้า มาไว้ในระบบกฎหมายของรัฐตน แต่เนื่องจากรัฐใหม่เหล่านี้ยังไม่มีหลักเกณฑ์เงื่อนไขในเรื่องของ คำสั่งและความมั่นคงซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำเนินงานของระบบยุโรป ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิด การขัดแย้งกันทางประโยชน์อย่างต่อเนืองยาวนานและเกิดการกล่าวหาว่ามีการปฏิบัติต่อคน ต่างชาติอย่างไม่เป็นธรรมอยู่เสมอ

เนื่องด้วยเวลาและการเกิดขึ้นของเนื้อหาที่มีมาแต่ก่อนนั้น จึงทำให้ความคุ้มครอง ทางทูตกลายเป็นจารีตประเพณีเพื่อก่อให้เกิดการเรียกร้องในฐานะที่เป็นการกล่าวอ้างสิทธิในทาง กฎหมายอันเกิดจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นทางปฏิบัติซึ่งได้รับการ สนับสนุนจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่เรียกร้องให้มีการคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของคนชาติ ในดินแดนของรัฐภาคีคู่สัญญา ต่อมาในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 รัฐบาลของรัฐต่างๆเริ่มที่จะ จัดการปัญหาในการคุ้มครองคนชาติในต่างประเทศในฐานะที่เป็นปัญหากฎหมายซึ่งมีเหตุผลอัน สมควรในการเข้าแทรกแซง โดยการร้องเรียนไปตามกระบวนการของกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้การระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้จึงกลายเป็นวิธีการในทางกฎหมายและก่อให้เกิดความ คุ้มครองทางทูตเพื่อจุดประสงค์ในทางปฏิบัติที่ยังรากลึก แต่อย่างไรก็ตาม กลุ่มที่มีอำนาจมาก กับกลุ่มที่มีอำนาจน้อยต่างก็มีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความ คุ้มครองทางทูต

ต่อมาเมื่อการให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเยียวยาความเสียหายเกิดขึ้นในดินแดน ของรัฐใหม่ในลาตินอเมริกาบ่อยครั้งกว่าที่เกิดขึ้นในรัฐดั้งเดิมของยุโรปหรือในรัฐอื่นๆ ประกอบกับ การให้ความคุ้มครองทางทูตที่เริ่มแพร่หลายเข้าสู่ลาตินอเมริกานั้นถูกมองว่าเป็นทางปฏิบัติซึ่ง

ประเทศที่เข้มแข็งกว่าใช้ต่อประเทศที่อ่อนแอกว่าโดยที่ไม่ได้นำไปใช้กับประเทศอื่นๆแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นยุคแห่งการขยายอำนาจ จึงทำให้รัฐเล็กๆต่างเกรงว่าการร้องเรียนเกี่ยวกับการไม่คุ้มครองผลประโยชน์ของคนต่างชาตินั้นอาจถูกใช้เป็นข้ออ้างในการเข้ายึดครองดินแดนของรัฐตน สิ่งต่างๆเหล่านี้ส่งผลให้เกิดสำนักความคิดขึ้นในลาตินอเมริกาโดยสำนักความคิดนี้คัดค้านการขยายทางปฏิบัติของเรื่องความคุ้มครองทางทูตและเห็นว่าควรที่จะจำกัดขอบเขตการให้ความคุ้มครองทางทูตให้แคบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้²⁴ ทั้งนี้เพื่อไม่ให้รัฐมหาอำนาจใช้ความคุ้มครองทางทูตเป็นโอกาสในการเข้าแทรกแซงดินแดนของรัฐอื่น โดยในปีค.ศ.1868 นั้น Calvo นักกฎหมายชาวอาร์เจนตินาได้กล่าวแสดงการคัดค้านอย่างรุนแรงต่อการเข้าแทรกแซงคนชาติหรือผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวในต่างประเทศ เนื่องจากเขาเห็นว่ารัฐทุกรัฐต่างก็มีความเป็นอิสระและมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้นคนต่างด้าวจึงควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับพลเมืองของรัฐโดยไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าไม่ว่าในทางใดก็ตาม²⁵ ฉะนั้นตราบเท่าที่ความยุติธรรมภายในรัฐยังคงเปิดให้แก่บุคคลดังกล่าวบนพื้นฐานเดียวกันกับพลเมืองของรัฐแล้ว จึงไม่อาจมีการเรียกร้องใดๆในทางระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้เขายังเห็นว่าการตัดสินของศาลภายในรัฐในประเด็นที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวย่อมเป็นที่สุด โดยที่รัฐของคนต่างด้าวนั้นไม่อาจตั้งคำถามใดๆได้เลย ความเห็นของ Calvo ดังกล่าวนี้นี้ได้รับการสนับสนุนจากรัฐต่างๆในลาตินอเมริกาจนทำให้กลายเป็นที่รู้จักกันในนามว่า “The Calvo Doctrine”

ตลอดช่วงปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 นั้น ความคุ้มครองทางทูตมีบทบาทสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มของรัฐที่มีอำนาจมากฝ่ายหนึ่งกับรัฐเล็กและรัฐใหม่อีกฝ่ายหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากในลาตินอเมริกาที่มีการเรียกร้องค่าชดเชยเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคนต่างชาติเป็นจำนวนมาก ซึ่งการเรียกร้องดังกล่าวนั้นบ่อยครั้งที่ถูกใช้เป็นเพียงข้ออ้างในการกดดันรัฐเพื่อให้บรรลุมติประสงค์อย่างอื่นตามที่ต้องการ ซึ่งรวมไปถึงการเข้าแทรกแซงทางทหารด้วย

ในเรื่องความคุ้มครองทางทูตในขณะนั้น ถึงแม้จะไม่ได้ดำเนินการไปในลักษณะที่นักกฎหมายลาตินอเมริกัเห็นชอบด้วยเสมอไปก็ตาม แต่แนวคิดของนักกฎหมายลาตินอเมริกัดังกล่าวก็ยังคงเป็นประโยชน์เพื่อใช้ในการยับยั้งหรือกำจัดการกระทำอันแข็งเกร่งของรัฐที่เข้มแข็งกว่า ในกรณีที่คนชาติของรัฐเหล่านั้นถูกกล่าวหาว่าไม่ได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมในดินแดนของ

²⁴ Frederick Sherwood Dunn, *supra* note 11, pp. 55-56.

²⁵ รายละเอียดของความเห็น Carlos Calvo ดู J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, part VI (Leiden: A.W. Sijthoff, 1973), p. 727.

รัฐที่อ่อนแอกว่า แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองทางทูตในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็ยังคงก่อให้เกิดข้อสงสัยถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงอยู่ดี ดังจะเห็นได้จากการก่อตัวของความคุ้มครองทางทูตในทางกฎหมายซึ่งอาจใช้เป็นมาตรการสุดท้ายที่นำไปสู่การระงับข้อพิพาทอย่างสันติโดยอนุญาโตตุลาการได้นั้น ความคุ้มครองทางทูตดังกล่าวก็ถูกใช้แทนการเข้ายึดครองดินแดนของรัฐที่เข้มแข็งกว่า ในเวลาเดียวกันกับที่นำรัฐลาตินอเมริกาเข้าสู่กระบวนการในทางการค้าระหว่างประเทศและการติดต่อระหว่างกัน

แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้ความคุ้มครองทางทูตจะถูกมองว่าตกอยู่ภายใต้สภาวะการณื่อดังกล่าวก็ตาม แต่การใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อเรียกร้องเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่คนต่างด้าวซึ่งเริ่มใช้ในสนธิสัญญาเจนีในปีค.ศ.1794 นั้น ก็กลายเป็นวิธีการที่ใช้กันมากขึ้นในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 โดยที่อนุญาโตตุลาการเหล่านี้ก็ถือได้ว่าเป็นกระบวนการในทางศาลอย่างหนึ่ง ซึ่งมีสมาชิกของศาลกระทำการเป็นผู้พิพากษาและสนับสนุนให้ใช้กฎเกณฑ์และกฎหมายระหว่างประเทศในการตัดสินข้อพิพาท ดังนั้นกระบวนการของอนุญาโตตุลาการซึ่งก่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทในทางศาลนี้จึงกลายเป็นลักษณะพิเศษของความคุ้มครองทางทูตที่ได้รับการยอมรับในศตวรรษที่ 20 เมื่อการเจรจาไม่ประสบผลสำเร็จ

นอกจากนี้ งานเขียนของนักวิชาการก็มีส่วนช่วยในการพัฒนาระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองทางทูตเป็นอย่างมาก โดยในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 นั้น นักวิชาการเริ่มที่จะให้ความสนใจกับทฤษฎีและทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่คนต่างด้าวภายในดินแดนของรัฐตน และตลอดจนถึงการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนต่างด้าวในกรณีดังกล่าวด้วย

1.2.3 ช่วงปลายศตวรรษที่ 20 จนถึงปัจจุบัน²⁶

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ความคุ้มครองทางทูตได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงทำให้ข้อถกเถียงที่มีมาแต่เดิมในเรื่องความมีอยู่ของความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในทางเยียวยาและวิธีการใช้กฎเกณฑ์เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตอันเป็นกฎเกณฑ์ลำดับสอง(secondary rules)นั้นเป็นที่ยุติ แต่อย่างไรก็ตามยังคงมีประเด็นให้ถกเถียงกันต่อไปในเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความคุ้มครองทางทูต เช่น หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกกร้อง และรวมถึงเนื้อหาสำคัญของหลักการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวซึ่งการละเมิดหลักการดังกล่าวจะนำไปสู่ความคุ้มครองทางทูตได้

²⁶ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 10, pp. 16-20.

นอกจากนี้ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้เองที่มีการโอนทรัพย์สินของคนต่างชาติเข้ามาเป็นของรัฐเกิดขึ้นอย่างมากมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรปตะวันออก ซึ่งการกระทำดังกล่าวส่งผลให้รัฐตะวันตกกระทำการในทางการทูตเพื่อคุ้มครองคนชาติของตนเพิ่มมากขึ้น และถึงแม้ว่าในหมุ่กฏหมายจะไม่เห็นด้วยกับการใช้ประโยชน์จากเรื่องดังกล่าวในทางสากลและในส่วนของเนื้อหาของกฎหมายสาระบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวของรัฐก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ทำให้การกล่าวอ้างสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนในต่างประเทศลดลงแต่อย่างใด เช่นเดียวกันกับที่ถึงแม้ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติยังคงมีอยู่และต้องการแก้ไขต่อไป แต่สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการมีอยู่ของกฎหมายที่ครอบคลุมเรื่องดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้ถูกโต้แย้งแต่ประการใด ซึ่งในทางระหว่างประเทศนั้นมิตีสำคัญ 4 คดีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักเรื่องความคุ้มครองทางทูต ได้แก่ the Nottebohm case, the Barcelona Traction Co case, The ELSI case และ the Diallo case

แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีการใช้วิธีการในการให้ความคุ้มครองทางทูตเพิ่มมากขึ้นแต่ในขณะเดียวกันก็เกิดความไม่พอใจในกฎเกณฑ์บางประการของเรื่องความคุ้มครองทางทูต เช่นความไม่พอใจในหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐเจ้าของดินแดน ซึ่งความไม่พอใจดังกล่าวนี้นำไปสู่การพัฒนาที่หลากหลาย ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐสามารถละสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้ในกรณีที่วิธีอื่นที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า หรือการที่คนต่างด้าวไม่แสวงหาความคุ้มครองทางทูตโดยตกลงที่จะใช้วิธีการอื่นในการระงับข้อพิพาทกับรัฐเจ้าของดินแดน เป็นต้น เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทในการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States หรือที่เรียกว่า ICSID Convention)²⁷ ที่ได้รับการยอมรับจากรัฐในปีค.ศ. 1965 และมีผลบังคับใช้ในเวลาต่อมานั้น จะเห็นได้ว่าตามอนุสัญญาดังกล่าว รัฐเจ้าของคนชาติตกลงที่จะไม่ให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในกรณีที่คนต่างด้าวและรัฐเจ้าของดินแดนตกลงที่จะใช้อนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญานี้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้เป็นอนุญาโตตุลาการในทางระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆได้ให้ความตกลงไว้ล่วงหน้าโดยการเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญาเพื่อยอมให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับคนต่างด้าว นอกจากนี้รัฐก็อาจตกลงภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุน (Bilateral

²⁷ ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า อนุสัญญา ICSID

Investment Treaties หรือ BITs)²⁸ ในลักษณะเดียวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ก็ถูกนำมาใช้แทนการให้ความคุ้มครองทางทูตเช่นกัน

สิ่งที่ปรากฏในเวลาต่อมาคือการหลีกเลี่ยงการใช้หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยคนต่างด้าวเข้าทำความตกลงอนุญาโตตุลาการกับรัฐเจ้าของดินแดนสำหรับการระงับข้อพิพาทโดยปราศจากการเข้าแทรกแซงจากรัฐเจ้าของสัญชาติแต่อย่างใด²⁹ ซึ่งวิธีการดังกล่าวถูกนำมาใช้แทนวิธีการการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นเพื่อชักจูงให้คนต่างด้าวไม่แสวงหาความคุ้มครองทางทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติอีกต่อไป

ถึงแม้ว่าจะเกิดความไม่พอใจในประสิทธิภาพของการดำเนินการให้ความคุ้มครองทางทูตก็ตาม แต่ความคุ้มครองทางทูตก็ยังคงได้รับการยอมรับจากรัฐในสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นวิธีการที่เป็นประโยชน์ ซึ่งแม้ว่าจะถูกใช้เป็นวิธีสุดท้ายหรือเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งก็ตาม นอกจากนี้ในปัจจุบันการที่มีคนชาติของรัฐกำลังพัฒนาจำนวนมากที่เข้าไปลงทุนในดินแดนของรัฐอื่น ประกอบกับการเดินทางและการเคลื่อนย้ายบุคคลข้ามชายแดนเป็นจำนวนมากนั้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เองที่ทำให้รัฐกำลังพัฒนาเห็นว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องต่อรัฐอื่นนั้นไม่เพียงแต่เป็นวิธีการที่ช่วยคนชาติของรัฐตนได้แล้ว แต่ความคุ้มครองทางทูตยังเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับรัฐอีกด้วย

ต่อมาในช่วงต้นของครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 เมื่อชาติต่างๆที่เคยตกอยู่ใต้อาณานิคมได้รับอิสรภาพแล้วนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าวนี้เองที่ความคุ้มครองทางทูตถูกมองว่ากลายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการต่อสู้กันระหว่างรัฐที่พัฒนาแล้วกับรัฐที่ด้อยพัฒนาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศของคนชาติของรัฐที่พัฒนาแล้ว แต่อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงนั้น เมื่อมีเสรีภาพในการเดินทางเกิดขึ้น การเคลื่อนย้ายการลงทุนระหว่างรัฐก็เป็นไปอย่างอิสระเสรี และก็มีความเป็นไปได้ที่คนชาติของทุกรัฐจะดำเนินธุรกิจในทางระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ การที่จะกล่าวว่าความคุ้มครองทางทูตเป็นเพียงวิธีการที่จะคุ้มครองคนชาติ

²⁸ ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า BITs

²⁹ ดูตัวอย่างได้จาก the LIAMCO (Liamco v Libya) Arbitration (1977), 62 ILR 140; the TEXACO (Texaco v Libya) Arbitration (1977), 53 ILR 389; the Sapphire-NIOC Arbitration (1963), 35 ILR 136. (Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 10, p. 18., fn 31.)

ของรัฐพัฒนาแล้วที่ร่ำรวยกว่าเท่านั้นจึงเป็นการกล่าวที่ไม่ถูกต้อง ประกอบกับการที่รัฐต่างๆ โดยทั่วไปนั้นก็ยังเห็นว่าการคุ้มครองทางทูตเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้ประโยชน์แก่รัฐของตนด้วยเช่นกัน

ดังนั้นจากการศึกษาประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองทางทูตทั้งหมดแล้ว ก็พบว่า ถึงแม้ว่าความคุ้มครองทางทูตในบางช่วงเวลาของประวัติศาสตร์นั้นจะถูกมองว่าเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้เพื่อเอื้อประโยชน์ในการเข้าแทรกแซงกิจการภายในดินแดนของรัฐอื่นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่สำคัญซึ่งรัฐไม่ว่าจะร่ำรวยหรือยากจนก็ตามต่างก็ใช้เพื่อแสดงออกถึงการปกป้องคุ้มครองพลเมืองของรัฐที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในดินแดนของรัฐอื่น ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าความคุ้มครองทางทูตเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและควรได้รับการพัฒนาต่อไปมากกว่าที่จะถูกละเลยแต่อย่างใด

1.3 ความแตกต่างระหว่างความคุ้มครองทางทูตและความช่วยเหลือทางกงสุล

เนื่องจากความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic protection) และความช่วยเหลือทางกงสุล (Consular assistance) นั้น ในบางครั้งก่อให้เกิดความสับสนระหว่างทั้งสองเรื่องดังกล่าวว่าคดีที่เกิดการฟ้องร้องกันในทางระหว่างประเทศนั้นมีพื้นฐานมาจากการให้ความคุ้มครองทางทูตหรือความช่วยเหลือทางกงสุล³⁰ ดังจะเห็นได้จากในคดี LaGrand กล่าวคือ Walter LaGrand และ Karl LaGrand เป็นคนชาติเยอรมันที่ถูกจับกุมในสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 7 มกราคม ค.ศ.1982 ในข้อหาปล้นโดยมีอาวุธปืน ฆาตกรรมและลักพาตัว ต่อมาวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1984 ทั้งสองคนถูกตัดสินโทษประหารชีวิตสำหรับข้อหาฆาตกรรมโดย the Superior Court of Pima Country ในอริโซนา ต่อมาภายหลังจากที่ได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในสหรัฐอเมริกาจนสิ้นสุดแล้ว ในวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 พี่น้อง LaGrand ทั้งสองคนก็ถูกปฏิเสธที่จะทบทวน

³⁰ รายละเอียดดู Zsuzsanna Deen-Racsmay, "Diplomatic Protection and the LaGrand Case," *Leiden Journal of International Law* 15, pp. 93-94 (2002). Retrieved November 26, 2007, from <http://journals.cambridge.org>; Annemarieke Vermeer-Künzli, "Exercising Diplomatic Protection: The fine line between litigation, demarches and consular assistance," pp. 85-86. Retrieved March 22, 2009, from <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/12538/11/02.pdf>

คำตัดสินและการลงโทษจากศาลอีกครั้ง³¹ ซึ่งตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ พวกเขาไม่ได้รับความช่วยเหลือทางกงสุลในขั้นตอนใดๆของการพิจารณาคดี เนื่องจากพวกเขาไม่รู้ถึงสิทธิเช่นนั้น ประกอบกับสถานทูตเยอรมันเองก็ไม่ได้ทราบถึงการกักขังและการพิจารณาคดีของคนชาติของตน ทั้งสองแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ข้อเรียกร้องที่เยอรมันเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงอยู่บนพื้นฐานที่สำคัญ 2 กรณี คือ หนึ่ง สหรัฐอเมริกาไม่ได้แจ้งให้พี่น้อง LaGrand ทั้งสองคนทราบโดยไม่ชักช้าถึงสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกงสุล และสอง การไม่แจ้งให้เจ้าหน้าที่เยอรมันทราบถึงการจับกุมและกักขังคนชาติเยอรมันทั้งสอง ซึ่งทั้งสองกรณีนี้เป็นพันธกรณีตามข้อ 36(1) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล จากข้อเท็จจริงดังกล่าว เยอรมันได้แย้งว่าหากสหรัฐอเมริกาปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญานี้แล้วก็จะทำให้ตนสามารถให้ความช่วยเหลือทางกงสุลแก่บุคคลทั้งสองได้ซึ่งอาจทำให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องถูกตัดสินลงโทษประหารชีวิต³² ฉะนั้นข้อเรียกร้องนี้จึงถูกเสนอทั้งโดยสิทธิของเยอรมันเองและโดยสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตน³³ แต่อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาได้แย้งข้อเรียกร้องของเยอรมันในเรื่องความคุ้มครองทางทูตและพยายามทำให้ศาลเชื่อว่าเยอรมันสับสนระหว่างความคุ้มครองทางทูตกับความช่วยเหลือทางกงสุล ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าศาลควรที่จะแถลงว่าข้อเรียกร้องดังกล่าวไม่สามารถยอมรับได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อโต้แย้งของสหรัฐอเมริกาแล้วจะพบว่าสหรัฐอเมริกาเห็นว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลนั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับความคุ้มครองทางทูตแต่เกี่ยวข้องกับความช่วยเหลือทางกงสุลเท่านั้น ประกอบกับเห็นว่าอนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิของบุคคล ฉะนั้นจากเหตุผลดังกล่าว สหรัฐอเมริกาจึงเห็นว่าทำให้ความคุ้มครองทางทูตจึงไม่ควรได้รับการยอมรับแต่อย่างใด³⁴

³¹ LaGrand Case, I.C.J. Reports (2001), pp. 474-478 (paras. 13-24.)

³² *Ibid.*, p. 491. (para. 71.)

³³ *Ibid.*, pp. 481 and 489. (paras. 38 and 65.)

³⁴ *Ibid.*, p. 482. (para. 40.)

(หมายเหตุ: สำหรับผลคำตัดสินในประเด็นดังกล่าวนี้ ศาลยอมรับว่าสิทธิของบุคคลที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลนั้นอาจเรียกร้องผ่านช่องทางความคุ้มครองทางทูตได้ เนื่องจากความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นกลไกที่ถูกใช้ภายหลังจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศซึ่งก่อความเสียหายแก่บุคคลได้เกิดขึ้นแล้ว ฉะนั้นเมื่อสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล จึงเกิดความเสียหายแก่คนชาติเยอรมันอันเป็นผลมาจากการละเมิดสิทธิของบุคคลนั้นตามอนุสัญญาดังกล่าว

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าความแตกต่างระหว่างความคุ้มครองทางทูตกับความช่วยเหลือทางกงสุลนั้นมีผลต่อหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการดำเนินกระบวนการในทางระหว่างประเทศ ประกอบกับความแตกต่างระหว่างทั้งสองเรื่องดังกล่าวยังส่งผลถึงความเคร่งครัดต่อการพิจารณาเงื่อนไขในเรื่องสัญชาติอีกด้วย กล่าวคือ ตามปกติการให้ความช่วยเหลือทางกงสุลมักจะให้แก่คนชาติของรัฐเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่ได้ห้ามการให้ความช่วยเหลือทางกงสุลแก่คนชาติของรัฐอื่นแต่อย่างใด³⁵ ทั้งนี้เพราะว่าความช่วยเหลือทางกงสุลไม่ได้ถูกใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของรัฐและไม่ก่อให้เกิดการกล่าวอ้างสิทธิใดๆทั้งสิ้น ฉะนั้นในกรณีการให้ความช่วยเหลือทางกงสุลจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักในเรื่องสัญชาติอย่างเคร่งครัดเท่ากับในกรณีของการให้ความคุ้มครองทางทูต เป็นต้น

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลแล้ว ก็พบว่าคณะผู้แทนทางทูตอาจปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานกงสุลได้³⁶ และในทางกลับกันเจ้าพนักงานกงสุลก็อาจปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนทางทูตได้เช่นกันหากเป็นกรณีที่รัฐผู้รับให้ความยินยอมและไม่มีคณะผู้แทนทางทูตในดินแดนรัฐของผู้รับแต่อย่างใด³⁷ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเจ้า

ด้วยเหตุนี้เยอรมันจึงดำเนินการเพื่อเรียกร้องให้เยียวยาความเสียหายได้ รายละเอียดดู LaGrand Case, I.C.J. Reports (2001), pp. 492-494. (paras. 75-77.); John R. Dugard., *infra note* 35, p. 9.)

³⁵ John R. Dugard., Seventh report on diplomatic protection: Document A/CN.4/567, Yearbook of the International Law Commission, 2006., p. 10.

³⁶ Article 3 of the Vienna Convention on Consular Relations, 1963.

“Consular functions are exercised by consular posts. They are also exercised by diplomatic missions in accordance with the provisions of the present Convention.”

Article 70, *id.*

“1. The provisions of the present Convention apply also, so far as the context permits, to the exercise of consular functions by a diplomatic mission.”

³⁷ Article 17, *id.*

“1. In a State where the sending State has no diplomatic mission and is not represented by a diplomatic mission of a third State, a consular officer may, with the consent of receiving State, and without affecting his consular status, be authorized to

พนักงานกงสุลหรือผู้แทนทางทูตอาจจำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองอย่างไปในเวลาเดียวกัน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ความช่วยเหลือทางกงสุลและความคุ้มครองทางทูตอาจถูกให้โดยบุคคลคนเดียวกัน แต่อยู่ในสถานะที่แตกต่างกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความสับสนได้ว่าการกระทำนั้นๆ เป็นการให้ความช่วยเหลือทางกงสุลหรือการให้ความคุ้มครองทางทูต แต่ทั้งนี้ความสับสนดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นหากเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่เข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างความคุ้มครองทางทูตและความช่วยเหลือทางกงสุล³⁸

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงควรศึกษาถึงความแตกต่างระหว่างความคุ้มครองทางทูตและความช่วยเหลือทางกงสุล เพื่อที่จะสามารถแบ่งแยกได้ว่าสถานการณ์ใดเป็นเรื่องของความคุ้มครองทางทูตและสถานการณ์ใดเป็นเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางกงสุล ซึ่งความแตกต่างที่สำคัญระหว่างทั้งสองเรื่องดังกล่าว ได้แก่

1.3.1 ขอบเขตของหน้าที่ตามอนุสัญญา³⁹

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้น ในข้อ 5 ได้ระบุถึงหน้าที่ของเจ้าพนักงานกงสุลไว้ เช่น การคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและคนชาติของรัฐผู้ส่งทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นที่อยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศได้อนุญาตไว้⁴⁰ หรือการให้ความช่วยเหลือคนชาติของรัฐผู้ส่งทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้น⁴¹ หรือการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่คนชาติ⁴² เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในข้อ 55 นั้นได้บัญญัติถึงพันธกรณีที่จะไม่ก้าวล่วงกิจการภายในของรัฐผู้รับ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เจ้าพนักงานกงสุลไม่สามารถแทรกแซงกระบวนการทางศาลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการปฏิเสธความยุติธรรมได้แต่อย่างใด

สำหรับกรณีของความสัมพันธ์ทางทูตนั้น ถึงแม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 จะมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหน้าที่ของตัวแทนทางทูตในการคุ้มครองผลประโยชน์ของคนชาติเช่นเดียวกับกรณีของเจ้าพนักงานกงสุลก็ตาม กล่าวคือ ในข้อ 3

perform diplomatic acts. The performance of such acts by a consular officer shall not confer upon him any right to claim diplomatic privileges and immunities.”

³⁸ Annemarieke Vermeer-Künzli, *supra* note 30, p. 80.

³⁹ *Ibid.*, pp. 79-80. ; John R. Dugard., *supra* note 35, p. 7.

⁴⁰ Article 5(a) of the Vienna Convention on Consular Relations, 1963.

⁴¹ Article 5(e), *id.*

⁴² Article 5(i), *id.*

ของอนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า คณะผู้แทนทางทูตมีหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและคนชาติของรัฐผู้ส่งที่อยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศได้อนุญาตไว้⁴³ ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อบทนี้มีข้อความคล้ายคลึงกันกับข้อ 5(a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหน้าที่ของตัวแทนทางทูตตามที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ก็พบว่าอนุสัญญานี้ได้ระบุไว้แต่เพียงขอบเขตอย่างกว้างๆว่าให้ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น โดยทั้งนี้ไม่ได้ให้รายละเอียดของหน้าที่ตัวแทนทางทูตที่จะต้องปฏิบัติเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคนชาติแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลที่ได้กำหนดรายละเอียดในกรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูตและความสัมพันธ์ทางกงสุลนั้นมีหลักที่สำคัญอยู่ประการหนึ่ง ก็คือ รัฐผู้ส่งจะต้องไม่เข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐผู้รับดังจะเห็นได้จาก ข้อ 55 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล⁴⁴ และข้อ 41(1) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต⁴⁵ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐผู้รับนี้ส่งผลต่อการจำกัดขอบเขตของการให้ความช่วยเหลือทางกงสุลดังที่ได้กล่าวแล้วในข้างต้น แต่ในขณะเดียวกันสำหรับกรณีของความคุ้มครองทางทูตนั้นถึงแม้ว่าโดยทั่วไปแล้วตัวแทนทางทูตจะไม่สามารถก้าวล่วงกิจการภายในของรัฐผู้รับได้ก็ตาม แต่ถ้าพิจารณาถึงลักษณะของความคุ้มครองทางทูตแล้ว ก็พบว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตถ้าปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็ไม่ใช่การก้าวล่วงกิจการภายในของรัฐผู้รับแต่อย่างใด

⁴³ Article 3(b) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961.

⁴⁴ Article 55 of the Vienna Convention on Consular Relations, 1963.

“1. Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of the State.”

⁴⁵ Article 41(1) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961.

“1. Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of that State.”

เนื่องจากการใช้สิทธิของรัฐผู้ส่งเอง ประกอบกับเมื่อบุคคลผู้เสียหายได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐผู้รับจนสิ้นสุดแล้ว ข้อพิพาทที่ยังคงมีอยู่นั้นไม่ใช่ข้อพิพาทระหว่างบุคคลกับรัฐซึ่งเป็นกิจการภายในอีกต่อไป แต่กลายเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐอันเป็นข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐผู้รับนั้นไม่มีผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองทางทูตแต่ประการใด

1.3.2 ระดับของการดำเนินการแทน⁴⁶

ถึงแม้ว่าทั้งความคุ้มครองทางทูตและความช่วยเหลือทางกงสุลนั้นต่างก็เป็นการกระทำในลักษณะของการดำเนินการแทนเช่นเดียวกันก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองเรื่องดังกล่าวก็มีความแตกต่างกันอยู่ในเรื่องระดับของการดำเนินการแทนนั่นเอง กล่าวคือ ความคุ้มครองทางทูตนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐมิใช่เป็นเพียงผลประโยชน์ของคนชาติเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า การดำเนินการเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นจึงอยู่ในระดับที่เป็นการดำเนินการแทนรัฐ ในขณะที่ความช่วยเหลือทางกงสุลนั้นเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของบุคคล ฉะนั้นระดับของการดำเนินการในกรณีนี้จึงเป็นเพียงการดำเนินการแทนบุคคลแต่ละคนเท่านั้น

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่า หากการแทรกแซงนั้นกระทำโดยเจ้าพนักงานกงสุล เช่น การเข้าเยี่ยมคนชาติที่ถูกคุมขัง หรือการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งเป็นการกระทำในระดับของการดำเนินการแทนบุคคล จึงทำให้กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของความช่วยเหลือทางกงสุล แต่ในทางกลับกันหากเป็นการแทรกแซงที่กระทำโดยทูตหรือโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศหรือโดยประมุขของรัฐ ซึ่งจะเห็นได้ว่าบุคคลดังกล่าวดำเนินการในนามของรัฐมิใช่ดำเนินการในนามของบุคคล ด้วยเหตุนี้จึงทำให้กรณีดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากเป็นกรณีที่รัฐยืนยันสิทธิของตนโดยอาศัยช่องทางในการให้ความคุ้มครองทางทูตอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ

แต่อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ความคุ้มครองทางทูตจำเป็นต้องเข้าเกี่ยวข้องกับสัมพันธไมตรีอย่างใกล้ชิดกับหน้าที่ในความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานกงสุล เช่น การให้ความคุ้มครองทางทูตแก่กรณีที่มีการเพิกถอนสิทธิในทรัพย์สิน หรือการจับกุม กักขัง จำคุก หรือแม้แต่การพิจารณาคดีของคนชาติ ซึ่งตามปกติแล้วเจ้าพนักงานกงสุลมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย เข้าเยี่ยมคนชาติของตนในคุก และตรวจตราการพิจารณาคดี เป็นต้น และถึงแม้ว่าในกรณีเหล่านี้จะ

⁴⁶ Annemarieke Vermeer-Künzli, *supra* note 30, pp. 81-83.; John R. Dugard., *supra* note 35, p. 7.

ทำให้เจ้าพนักงานกงสุลมีการติดต่อสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในรัฐเจ้าของดินแดนก็ตาม แต่ก็ไม่ก่อให้เกิดความคุ้มครองทางทูตได้ เนื่องจากการกระทำเหล่านี้เป็นเพียงความสัมพันธ์ระหว่างคนชาติกับเจ้าพนักงานกงสุลเท่านั้น ฉะนั้นในกรณีนี้กงสุลจึงไม่ได้ทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของรัฐแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามหากว่าในกรณีดังกล่าวมีการกระทำในระดับที่เป็นการดำเนินการแทนรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยแล้ว การกระทำต่างๆ เหล่านี้ก็จะกลายเป็นเรื่องความคุ้มครองทางทูตในทันที⁴⁷

1.3.3 ลักษณะในการดำเนินการ⁴⁸

ความคุ้มครองทางทูตนั้นเกิดจากการที่คนชาติของตนได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของอีกรัฐหนึ่ง และได้ใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายตามที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นจนหมดสิ้นแล้วก็ยังไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม รัฐจึงต้องให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเป็นช่องทางในการนำข้อพิพาทไปสู่กระบวนการในทางระหว่างประเทศ เพื่อก่อให้เกิดการเยียวยาในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความคุ้มครองทางทูตมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศแล้ว นอกจากนี้ ในกรณีของความคุ้มครองทางทูตนั้น รัฐสามารถดำเนินการต่างๆ ได้เองโดยที่บุคคลที่เกี่ยวข้องไม่สามารถขัดขวางรัฐเจ้าของสัญชาติของตนจากการกล่าวอ้างสิทธิหรือจากการดำเนินการต่อไปในการให้ความคุ้มครองทางทูตได้แต่อย่างใด

ในขณะที่ความช่วยเหลือทางกงสุลนั้น เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่การใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจะสิ้นสุดลง หรือก่อนที่การละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจะเกิดขึ้น เนื่องจากเจ้าพนักงานกงสุลนั้นมีหน้าที่แต่เพียงเข้าไปดูแลเพื่อให้คนชาติของรัฐตนได้รับการปฏิบัติจากรัฐผู้รับตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับเท่านั้น โดยทั้งนี้จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เป็นการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ความช่วยเหลือทางกงสุลมีลักษณะเป็นการป้องกันคนชาติมิให้ตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดกฎหมายภายในของรัฐผู้รับ และหากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของรัฐผู้รับกระทำผิดกฎหมายภายในหรือกฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งผูกพันรัฐนั้นอยู่จนเป็นเหตุทำให้คนชาติของรัฐตนได้รับความเสียหาย ก็จะเป็นกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อไป นอกจากนี้ ความช่วยเหลือทางกงสุลโดยส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลและ

⁴⁷ Annemarieke Vermeer-Künzli, *supra* note 30, p. 83.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 84.; John R. Dugard., *supra* note 35, p. 8.

ถูกจำกัดให้อยู่ในขอบเขตของความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁴⁹ ดังจะเห็นได้จากการที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลค.ศ.1963 ได้บัญญัติไว้ว่าความช่วยเหลือทางกงสุลนั้นจะถูกให้ก็ต่อเมื่อบุคคลที่เกี่ยวข้องร้องขอเท่านั้น⁵⁰

นอกจากความแตกต่างทั้ง 3 ประการข้างต้นแล้ว ความคุ้มครองทางทูตกับความช่วยเหลือทางกงสุลนั้นก็อาจยังมีความแตกต่างกันในเรื่องการมีอยู่ของตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐในดินแดนของรัฐเจ้าของดินแดนอีกด้วย กล่าวคือ ในกรณีของความคุ้มครองทางทูตนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการมีเจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐอยู่ในดินแดนของรัฐเจ้าของดินแดนแต่อย่างใด เพราะเนื่องจากมิใช่ว่าบุคคลผู้ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติไม่ได้เป็นตัวแทนในรัฐเจ้าของดินแดนแล้ว บุคคลดังกล่าวจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองทางทูต แต่ในขณะที่ความช่วยเหลือทางกงสุลนั้น การมีอยู่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในดินแดนของรัฐเจ้าของดินแดนเป็นสิ่งจำเป็น⁵¹

ฉะนั้น จากที่กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้น เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าการคุ้มครองทางทูตนั้นมีความแตกต่างจากความช่วยเหลือทางกงสุลอย่างไร ต่อไปก็จะเป็นการศึกษาถึงข้อพิจารณาพื้นฐานตามร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต

2. ข้อพิจารณาพื้นฐานตามร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต

สำหรับข้อพิจารณาพื้นฐานตามร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของร่างว่ามีที่มาอย่างไร สถานะทางกฎหมายในปัจจุบันของร่างฉบับดังกล่าว รวมทั้งการพิจารณาถึงความหมายของความคุ้มครองทางทูต ความผูกพัน

⁴⁹ J. Zourek, 'Quelques Problemes Theoriques du Droit Consulaire', 90 Journal de Droit International 4-67 (1963), at 54-5., cited by Annemarieke Vermeer-Künzli, *supra* note 30, p. 84.

⁵⁰ Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations, 1963.

⁵¹ Annemarieke Vermeer-Künzli, "Comments on the Green Paper on Diplomatic and Consular Protection of Union citizens in third countries," p. 4., paras. 14-15. Retrieved February 18, 2010, from http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/consular_protection/contributions/contribution_academics_leiden_en.pdf

ของรัฐต่อการให้ความคุ้มครองทางทูตว่ามีลักษณะเป็นเช่นใด ตลอดจนถึงวิธีการที่รัฐใช้ในเรื่อง ความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย

2.1 ความเป็นมาของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต

ในส่วนของความเป็นมาของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้จะกล่าวถึง เหตุผลและความจำเป็นในการเกิดร่างข้อบท สถานะทางกฎหมายของร่างฉบับนี้ รวมถึงขอบเขต การใช้บังคับของร่างอีกด้วย

2.1.1 เหตุผลและความจำเป็นในการเกิดร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต⁵²

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้วางแผนงานในการจัดทำประมวลกฎหมายในหัวข้อต่างๆซึ่งรวมถึงหัวข้อความรับผิดชอบของรัฐด้วย ซึ่งในหัวข้อดังกล่าวนี้เริ่มทำการศึกษามาเมื่อปีค.ศ.1956 โดยมีเนื้อหาครอบคลุมถึงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายต่อคนต่างด้าวและทรัพย์สินของคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐ โดยทั้งนี้ Garcia Amador ผู้รายงานพิเศษคนแรกนั้นได้รวมหัวข้อความคุ้มครองทางทูตไว้ในรายงานที่เสนอในระหว่างปีค.ศ.1956-1961 ด้วย⁵³ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในขณะนั้นยังไม่มีผลตกลงในเรื่องขั้นตอนการดำเนินงาน ประกอบกับมีข้อถกเถียงในเรื่องเนื้อหาของการศึกษา ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ข้อเสนอของ Amador ไม่เคยได้รับการพิจารณาแต่อย่างใด

ต่อมาในปีค.ศ.1962 คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้รับคำแนะนำว่า เนื้อหาที่ศึกษานั้นไม่ควรจำกัดแต่เฉพาะความรับผิดชอบที่รัฐทำความเสียหายแก่คนชาติเท่านั้น ฉะนั้นจึงควรกำหนดขอบเขตของหัวข้อใหม่เพื่อมุ่งเน้นการอธิบายกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ครอบคลุมความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ทุกกรณีในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ไม่ใช่แต่เพียงใช้ได้กับความคุ้มครองทางทูต ในฐานะที่เป็นวิธีการที่ทำให้เกิดความรับผิดชอบต่อความเสียหายแก่คนต่างด้าวเท่านั้น แต่ยังใช้ได้กับเรื่องอื่นๆอีกด้วย เช่น สิทธิมนุษยชน การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือกฎหมายทะเล เป็นต้น ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า จุดมุ่งหมายมิใช่เพื่อเพิ่มเติมรายละเอียดของกฎเกณฑ์สารบัญญัติ หรือ พันธหน้าที่เฉพาะของรัฐอันเกิดจากกฎเกณฑ์ดังกล่าว หากแต่เป็นการมุ่งไปยังกรอบหรือบ่อเกิด

⁵² Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 10, pp. 58-62.

⁵³ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 22.

ของกฎเกณฑ์ความรับผิดชอบ โดยการระบุว่ามีการละเมิดโดยกฎหมายของรัฐหรือไม่และอะไรคือผลที่ตามมา

ในปีค.ศ.1963 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้แต่งตั้งให้ Roberto Ago เป็นผู้รายงานพิเศษคนต่อมา และในระหว่างที่ Ago ดำรงตำแหน่งอยู่นั้นคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้รับรองข้อบทในส่วนที่ 1 จำนวน 35 มาตรา ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ (attribution) และการไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่มีขอบในทางระหว่างประเทศ

ต่อมาในปีค.ศ.1979 Wilhelm Riphagen ชาวเนเธอร์แลนด์ก็ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้รายงานพิเศษ และได้เสนอรายงานเกี่ยวกับร่างข้อบทในส่วนที่สองและส่วนที่สามพร้อมด้วยคำอธิบาย แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหัวข้ออื่นได้รับความสนใจเป็นพิเศษ จึงทำให้มีเพียง 5 มาตราจากบทบัญญัติในส่วนที่สองเท่านั้นที่ได้รับการรับรองในระหว่างช่วงเวลาดังกล่าว

หลังจากนั้น Gaetano Arangio-Ruiz ชาวอิตาลีก็ได้รับแต่งตั้งในปีค.ศ.1987 ให้เป็นผู้รายงานพิเศษคนต่อมา ซึ่งในช่วงระยะเวลา 5 ปีนับแต่ค.ศ.1992-1996 นั้น คณะกรรมาธิการร่างข้อบทก็ได้ดำเนินการพิจารณาร่างฯในส่วนที่สองและส่วนที่สามซึ่งยังคงเหลืออยู่โดยให้คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศรับรองตัวบทพร้อมด้วยคำอธิบายในวาระการพิจารณาร่างครั้งแรก (first reading) ในปีค.ศ.1996

ในการประชุมสมัยที่ 49 (ค.ศ.1997) คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้รับรองกำหนดการเฉพาะกาลเพื่อนำไปสู่การพิจารณาร่างในวาระที่ 2 ในปีค.ศ.2001 ต่อไป สำหรับกรณีของความคุ้มครองทางทูตนั้น เมื่อพิจารณาถึงแผนดำเนินงานที่ได้วางไว้แล้วจะพบว่าการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวยังคงเป็นไปในนัยที่แคบ กล่าวคือ ตามร่างของ Ago นั้นการมีบทบัญญัติในเรื่องการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่ถูกจำกัดซึ่งถูกวิเคราะห์ภายในกรอบเฉพาะของการละเมิดพันธะหน้าที่บางประการ แต่อย่างไรก็ตาม ร่างที่มีอยู่ในปีค.ศ.1996 นั้นก็แสดงผลที่สอดคล้องกับการเข้าถึงปัญหาของความรับผิดชอบของรัฐทั้งหมด โดยเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์เฉพาะต่างๆ เช่น ที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองทางทูตและความเสียหายแก่คนต่างด้าว เป็นต้น

ต่อมาเมื่อ James Crawford ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้รายงานพิเศษก็ได้แก้ไขปรับปรุงและทำให้งานในการจัดทำร่างประมวลกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐเสร็จสิ้นลงในปีค.ศ.2001 อันนำไปสู่วาระในการพิจารณาร่างครั้งที่สอง(second reading)ในเวลาต่อมาและท้ายที่สุดคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ส่งร่างฉบับดังกล่าวไปยังสมัชชาใหญ่

ต่อไป เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของร่างฉบับนี้จะพบว่าร่างดังกล่าวได้รวมบทบัญญัติในส่วนของการชดเชยค่าเสียหายเอาไว้ด้วย ประกอบกับการที่ข้อ 44 ซึ่งบัญญัติถึงข้อเรียกร้องในเรื่องกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญชาติของข้อเรียกร้องและการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นควรได้รับการถือปฏิบัติตามอย่างเหมาะสม ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าข้อบทข้อนี้เป็นบทบัญญัติแรกที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เป็นการกระทำในทางเยียวยาซึ่งถูกเสนอโดยคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศในการประชุมร่างครั้งที่สอง นอกจากนี้ ยังอาจกล่าวได้ว่าคณะกรรมการประสบความสำเร็จในการจำแนกความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบของรัฐโดยทั่วไปซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายต่อคนต่างด้าว กับความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เป็นการกระทำในทางเยียวยาอีกด้วย

ในช่วงระยะเวลาเดียวกันกับที่ Crawford ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้รายงานพิเศษในการศึกษาหัวข้อความรับผิดชอบของรัฐนั้น คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ตัดสินใจที่จะเตรียมการร่างประมวลกฎหมายในเรื่องความคุ้มครองทางทูต โดยในปีค.ศ.1997 นั้นได้แต่งตั้งให้ Mohamed Bennouna เป็นผู้รายงานพิเศษเพื่อทำการศึกษารื่องความคุ้มครองทางทูต และในปีต่อมา Bennouna ก็ได้เสนอรายงานเบื้องต้น(preliminary report) ซึ่งรายงานฉบับนี้ได้กล่าวถึงปัญหาพื้นฐานที่เกี่ยวกับความคุ้มครองทางทูต ต่อมาภายหลังจากที่ Bennouna ลาออกจากคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว John Dugard ก็ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้รายงานพิเศษคนต่อมา โดย Dugard นั้นได้เสนอรายงาน 5 ฉบับพร้อมกับร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ซึ่งคณะกรรมการได้พิจารณาและรับรองบทบัญญัติทั้ง 19 ข้อในการพิจารณาครั้งแรก(first reading)เมื่อปีค.ศ.2004 ร่างข้อบทนี้เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของความคุ้มครองทางทูต แต่อย่างไรก็ตาม ไม่มีการอ้างอิงถึงกฎเกณฑ์เฉพาะที่เกี่ยวกับความเสียหายในกรณีของความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด ต่อมาในปีค.ศ.2005 หลังจากที่ย่างข้อบท 19 ข้อถูกเสนอต่อสมัชชาใหญ่แล้ว Dugard ก็ได้จัดทำรายงานอีกสองฉบับ และในที่สุดวาระที่ 2(second reading) ในการพิจารณาร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตก็เสร็จสมบูรณ์ในปีค.ศ.2006 ซึ่งร่างที่เสร็จดังกล่าวก็ถูกส่งไปยังสมัชชาใหญ่ต่อไป

ดังนั้น จากข้อเท็จจริงข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่า เนื้อหาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความคุ้มครองทางทูตนั้นมีความสัมพันธ์กับร่างข้อบททั้งสองร่างของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในส่วนของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่ Crawford เป็นผู้รายงานพิเศษนั้น เนื้อหาดังกล่าวอยู่ในบทบัญญัติข้อ 44 ที่กล่าวถึงสัญชาติของข้อเรียกร้องและการสิ้นสุด

ช่องทางเยียวยาความเสียหายซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของความคุ้มครองทางทูต แต่ก็ไม่ได้ลงรายละเอียดแต่อย่างใด นอกจากนี้ร่างฉบับดังกล่าวยังได้กล่าวถึงการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐและการชดเชยค่าเสียหายซึ่งทั้งสองเรื่องดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานของขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวกับความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เป็นการกระทำในทางเยียวยาอีกด้วย ในขณะที่ร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นการตรวจสอบในรายละเอียดของกฎเกณฑ์ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต โดยละการพิจารณาเรื่องการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐและการชดเชยค่าเสียหายไว้เนื่องจากเรื่องดังกล่าวได้รับการพิจารณาแล้วในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั่นเอง

2.1.2 สถานะทางกฎหมายของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต

แนวคิดในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศโดยการกล่าวถึงการมีอยู่ของกฎเกณฑ์หรือการบัญญัติกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่นั้น มีมาตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 18 โดย Jeremy Bentham ได้เสนอให้จัดทำประมวลกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งสาเหตุที่ทำให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายนั้นก็เนื่องมาจากความเชื่อที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรอาจขาดความไม่แน่นอนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยการอุดช่องว่างของกฎหมายและทำให้หลักทั่วไปที่เป็นนามธรรมซึ่งทางปฏิบัติยังไม่เป็นที่ยุตินั้นเกิดความชัดเจนแน่นอน⁵⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ความพยายามที่จะประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพื่อให้กฎเกณฑ์ต่างๆ มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และถือเป็นการพัฒนากฎหมายอีกด้วยนั้น เกิดขึ้นเมื่อช่วงต้นศตวรรษที่ 19 โดยเริ่มต้นจากที่ประชุมเพื่อการประมวลกฎหมายในกรุงเฮก ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้สันนิบาตชาติ โดยในช่วงเริ่มแรกนั้นทำการศึกษาในหัวข้อกฎหมายสัญชาติ น่านน้ำอาณาเขต และความรับผิดชอบของรัฐ แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ หลังจากนั้นต่อมาอีกหลายปีก็ได้มีความพยายามในการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกครั้งหนึ่งโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในครั้งนั้นก็ประสบความสำเร็จจนกระทั่งพัฒนาเป็นร่างอนุสัญญาและมีผลใช้บังคับในเวลาต่อมา ซึ่งได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมาย

⁵⁴ "Origin and background of the development and codification of international law: Historical antecedents." Retrieved January 22, 2010, from <http://www.un.org/law/ilc/>

ทะเล 4 ฉบับ ลงนามที่กรุงเจนีวาในปีค.ศ.1958 อนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตและความคุ้มกัน ลงนามที่กรุงเจนีวาในปีค.ศ.1961 เป็นต้น⁵⁵

สำหรับคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) นั้นถูกจัดตั้งขึ้นในปีค.ศ.1947 โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly) ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติในเรื่องการสนับสนุนพัฒนาการที่ก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศและการจัดทำประมวลกฎหมาย⁵⁶ โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เป็นองค์กรย่อยอันประกอบไปด้วยนักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจำนวน 34 คน⁵⁷ ซึ่งได้รับการคัดเลือกโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ⁵⁸ และมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 5 ปี ซึ่งการทำงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังคงต้องมีการพัฒนาอย่างก้าวหน้า (progressive development) อีกด้วย สำหรับการศึกษานั้นในแต่ละหัวข้อนั้นก็จะมีผู้ทำหน้าที่เป็นหัวหน้าในการศึกษาค้นคว้าซึ่งเรียกว่า ผู้รายงานพิเศษ (special rapporteur) ทำหน้าที่ในการศึกษาหาข้อมูลนำเสนอต่อที่ประชุมของคณะกรรมการเพื่อหาข้อสรุปในแต่ละประเด็นปัญหา และยกร่างข้อบทเพื่อเตรียมเสนอต่อสมัชชาใหญ่ให้พิจารณาเพื่อรับรองและให้รัฐต่างๆ เข้ามาเป็นภาคีในร่างอนุสัญญาต่างๆต่อไป

เมื่อได้ทำการศึกษาในหัวข้อนั้นเสร็จสิ้นสมบูรณ์แล้ว ข้อบทที่นำเสนอจะอยู่ในรูปของร่างข้อบทมาตรา (draft article) โดยเสนอต่อสมัชชาใหญ่เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบกับร่างข้อบทมาตรานั้น และหากเห็นชอบกับร่างข้อบทดังกล่าว สมัชชาใหญ่ก็จะรับร่างข้อบทโดยทำเป็นข้อมติ (resolution) เมื่อสมัชชาใหญ่ยอมรับร่างข้อบทแล้ว ร่างข้อบทดังกล่าวก็ยังคงมีสถานะเป็นร่างข้อบทอยู่เช่นเดิม จนกระทั่งมีการยอมรับให้เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และดำเนินการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา โดยเปิดให้รัฐทั้งหลายลงนาม

⁵⁵ พรพนดิที จอมศรี, “มาตรการตอบโต้ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ: วิเคราะห์บทบาทปฏิบัติที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 24.

⁵⁶ Article 13(a) of Charter of the United Nations, 1945.

⁵⁷ Article 2(1) of Statute of the International Law Commission, 1947.

⁵⁸ Article 3, *id.*

และให้สัตยาบันแก่นิสนธิสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขที่สนธิสัญญากำหนด ทั้งนี้เมื่อกระบวนการต่างๆเสร็จสิ้นสนธิสัญญาจึงจะมีผลใช้บังคับได้

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการประมวลกฎหมายในแต่ละหัวข้อนั้น มีบางส่วนที่เป็น การนำเอาจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐทั้งหลายยอมรับและเห็นว่าเป็นกฎหมายมาบัญญัติ รวมเป็นประมวลกฎหมาย ด้วยเหตุนี้รัฐจึงผูกพันกับหลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะที่เป็นจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาบางฉบับ เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่า ด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 นั้น ใช้ระยะเวลานับ 10 ปีถึงจะมีผลใช้บังคับและปัจจุบันก็มี รัฐให้สัตยาบันน้อยกว่าครึ่งของรัฐทั้งหมด แต่รัฐต่างๆก็ยอมรับอนุสัญญาดังกล่าวในฐานะที่ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่างๆที่มีอยู่ใน อนุสัญญาดังฉบับนี้⁵⁹

นอกจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำหน้าที่ในการประมวล กฎหมายแล้ว ก็ยังมีหน่วยงานอื่นๆที่มีส่วนร่วมในการประมวลกฎหมายเช่นเดียวกัน เช่น โรงเรียนกฎหมายแห่งฮาร์วาร์ด (Harvard Law School) ที่นำเสนอร่างข้อบทโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ ให้รัฐต่างๆเข้าร่วมเป็นภาคีแต่อย่างใด แต่เป็นเพียงการนำเสนอไว้ให้เป็นข้อพิจารณาเท่านั้น ซึ่ง ร่างกฎหมายของฮาร์วาร์ดนี้เกิดจากผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีองค์กรเอกชนอื่นๆ เช่น สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) หรือสมาคมกฎหมาย ระหว่างประเทศ (International Law Association) เป็นต้น และถึงแม้ว่าผลการศึกษาและ ข้อเสนอขององค์กรเหล่านี้จะมีได้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรงแต่ก็มีผลต่อ การพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

สำหรับร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้น ได้เริ่มทำการศึกษาดังแต่ปีค.ศ. 1998 จนกระทั่งในปีค.ศ.2006 จึงแล้วเสร็จ โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ พิจารณารายงานของคณะกรรมการร่างข้อบท (the Drafting Committee) และรับรองร่างข้อบท ดังกล่าวในวาระที่ 2 (on Second Reading) ในการประชุมครั้งที่ 2881⁶⁰ ส่วนคำอธิบายร่างข้อ บท(commentaries)นั้นคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้รับรองในการประชุมครั้ง ต่อมา โดยทั้งนี้คณะกรรมการได้เสนอร่างข้อบทดังกล่าวต่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

⁵⁹ พรณสิทธิ์ จอมศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55, น. 25.

⁶⁰ United Nations, Report of the International Law Commission, fifty-eighth session, UN Document A/61/10, Yearbook of the International Law Commission, 2006., Chapter IV, para. 43

พร้อมด้วยข้อเสนอแนะ⁶¹ ให้พัฒนาอนุสัญญา (elaborate a convention) บนพื้นฐานของร่างข้อบพว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต⁶²

สมัชชาใหญ่ตามข้อมติที่ 62/67 ลงวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ.2007⁶³ ได้เชิญรัฐบาลให้เสนอความเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการที่ให้พัฒนาอนุสัญญานบนพื้นฐานของร่างข้อบพนี้ โดยทำเป็นหนังสือส่งไปยังเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติ นอกจากนี้สมัชชาใหญ่ยังได้ตัดสินใจที่จะรวมหัวข้อ “ความคุ้มครองทางทูต” ไว้ในระเบียบวาระการประชุมในสมัยที่ 65 (ค.ศ.2010) และตรวจสอบเพิ่มเติมตามความเห็นของรัฐบาลที่ได้ส่งเป็นหนังสือตลอดจนความเห็นที่ได้แสดงไว้ในการอภิปรายที่จัดขึ้นในสมัยประชุมที่ 62 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปัญหาเรื่องอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตหรือการกระทำอื่นที่เหมาะสมบนพื้นฐานของร่างข้อบพดังกล่าว

2.1.3 ขอบเขตของร่างข้อบพว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต

ขอบเขตที่สำคัญของร่างข้อบพว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้มีอยู่ด้วยกัน 5 ประการดังนี้

ประการแรก: ร่างฉบับนี้บัญญัติแต่เฉพาะเนื้อหาในส่วนที่เป็นกฎเกณฑ์ลำดับสอง

ร่างข้อบพว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนี้จำกัดการศึกษาแต่เฉพาะในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ลำดับสอง (secondary rules)⁶⁴ เท่านั้น ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขที่จะต้องพิจารณาเพื่อนำไปสู่การกล่าวอ้างใน

⁶¹ *Ibid.*, paras. 44-45.

⁶² *Ibid.*, para. 46.

⁶³ “Analytical Guide of Diplomatic Protection: Final Outcome of General Assembly,” Retrieved January 15, 2010, from http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_8.htm

⁶⁴ การจำแนกกฎเกณฑ์ออกเป็นกฎเกณฑ์ลำดับแรก (Primary rules) และกฎเกณฑ์ลำดับสอง (Secondary rules) นั้น เกิดขึ้นเมื่อมีการจัดทำร่างข้อบพว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ค.ศ.2001 โดย Roberto Ago ซึ่งเป็นผู้รายงานพิเศษได้แบ่งแยกกฎเกณฑ์ที่ใช้กับความรับผิดชอบระหว่างประเทศออกเป็น 2 ชนิดดังกล่าว

สำหรับกฎเกณฑ์ลำดับแรกนั้นหมายถึง กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติ ได้แก่ พันธกรณีที่จะต้องกระทำการ และพันธกรณีที่จะต้องงดเว้นกระทำการ ฉะนั้นกฎเกณฑ์ลำดับแรก

เรื่องความคุ้มครองทางทูต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นกฎเกณฑ์ในการยอมรับข้อเรียกร้อง (admissibility of claims) นั้นเอง ในขณะที่กฎเกณฑ์ลำดับแรก (primary rules) ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวและทรัพย์สินของคนต่างด้าว⁶⁵ ซึ่งการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลผู้เสียหายนั้น ไม่ได้รับการกล่าวถึงในร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด⁶⁶

ประการที่สอง: ร่างฉบับนี้ใช้เฉพาะกับการเรียกร้องระหว่างรัฐกับรัฐ

เมื่อพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตดังที่ได้กล่าวแล้วในข้างต้นจะพบว่า ร่างข้อบทฉบับนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบต่อรัฐ เนื่องจากความคุ้มครองทางทูตเป็นวิธีดำเนินการอย่างหนึ่งในเรื่องความรับผิดชอบต่อรัฐ กล่าวคือ เป็นวิธีดำเนินการที่รัฐหนึ่งใช้เพื่อเรียกร้องให้อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบต่อรัฐในทางระหว่างประเทศ ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าความคุ้มครองทางทูตนี้จึงเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้นจำกัดแต่เฉพาะกรณีระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศแล้ว ก็จะกลายเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งบทบัญญัติของร่างข้อบทฉบับนี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวนี้ได้รับการกล่าวถึงในรายงานของผู้รายงานพิเศษ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ในที่นี้ จึงมีลักษณะเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งเปรียบเสมือนกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดความประพฤติของรัฐไว้

ส่วนกฎเกณฑ์ลำดับสองนั้น จะเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดผลของการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายที่จะใช้ยื่นรัฐผู้ละเมิดได้ กฎเกณฑ์ลำดับสองนี้เองที่เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อรัฐโดยตรงที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนำมาประมวลไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบต่อรัฐฯ (ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบต่อรัฐ,” ใน อาภากรวิชิตกุลศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ปทุมธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ศูนย์รังสิต, 2550), น. 90.)

⁶⁵ เรื่องความคุ้มครองทางทูตนี้เป็นส่วนหนึ่งของหัวข้อ “การปฏิบัติต่อคนต่างด้าว” (Treatment of Aliens)

⁶⁶ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, pp. 22-23.

กรณีแรก องค์การระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองแก่ตัวแทนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ⁶⁷

ในความเห็นเชิงปรีชาคติ Reparation for Injuries นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือว่าองค์การสหประชาชาติเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและสามารถมีสิทธิหน้าที่ในทางระหว่างประเทศได้ รวมไปถึงมีความสามารถที่จะรักษาสีทธิของตนโดยการเสนอข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศอีกด้วย⁶⁸ ฉะนั้นเมื่อตัวแทนขององค์การได้รับความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐสมาชิกแล้ว องค์การสหประชาชาติในฐานะที่เป็นองค์การจึงมีความสามารถที่จะนำเสนอข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศต่อรัฐบาลที่ดองรับผิดชอบทั้งโดยนิติบัญญัติและโดยพฤตินัยเพื่อให้ได้รับการชดใช้ความเสียหายแก่องค์การและเหยื่อหรือบุคคลผู้มีสิทธิได้รับการเยียวยาผ่านทางบุคคลผู้เสียหาย ซึ่งความคุ้มครองโดยองค์การระหว่างประเทศนี้เรียกว่า “ความคุ้มครองตามหน้าที่” (functional protection) กล่าวคือ เป็นความคุ้มครองที่องค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาล(intergovernmental organization) ให้แก่ตัวแทนขององค์การนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าความคุ้มครองตามหน้าที่กับความคุ้มครองทางทูตจะมีความคล้ายคลึงกันก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็มีความแตกต่างที่สำคัญเช่นกัน กล่าวคือ ความคุ้มครองทางทูตเป็นกลไกที่ถูกออกแบบมาเพื่อนำมาซึ่งการชดใช้ความเสียหายแก่คนชาติของรัฐ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่าความเสียหายแก่คนชาติเป็นความเสียหายแก่รัฐนั่นเอง แต่สำหรับความคุ้มครองตามหน้าที่นั้นเป็นวิธีการเพื่อส่งเสริมการทำหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพขององค์การระหว่างประเทศโดยการรับรองว่าจะเคารพตัวแทนขององค์การและความเป็นอิสระของตัวแทน จากความแตกต่างดังกล่าวนี้จึงทำให้คณะกรรมการสิทธิการสรุปว่าเรื่องความคุ้มครองตัวแทนโดยองค์การระหว่างประเทศนั้นไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของร่างข้อบัพว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด⁶⁹

นอกจากนี้ในกรณีของความคุ้มครองตามหน้าที่นั้น ยังมีคำถามอีกมากมายที่ยังไม่ได้รับคำตอบซึ่งบางประเด็นก็มีความสำคัญมาก เช่น ตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศต้องมี

⁶⁷ John R. Dugard., Fifth report on diplomatic protection: Document A/CN. 4/538, Yearbook of the International Law Commission, 2004., pp. 8-10.

⁶⁸ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports (1949), p. 179.

⁶⁹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 23.

คุณสมบัติอย่างไรสำหรับความคุ้มครอง, องค์การระหว่างประเทศใดบ้างที่จะสามารถให้ความคุ้มครองตามหน้าที่ได้, มีแต่เฉพาะองค์การสหประชาชาติเท่านั้นหรือองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาลทุกองค์การก็ให้ความคุ้มครองในลักษณะเช่นนี้ได้, ความคุ้มครองดังกล่าวใช้เฉพาะแต่ความเสียหายที่เกิดในหน้าที่ที่เป็นทางการเท่านั้นหรือไม่, มีพันธหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศที่จะคุ้มครองตัวแทนของตนหรือไม่, ตัวแทนที่เสียหายจะต้องใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจนสิ้นสุดของทางก่อนหรือไม่, ความคุ้มครองตามหน้าที่นี้อาจให้เพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของตัวแทนที่เสียหายได้หรือไม่ เป็นต้น ประกอบกับรูปแบบของความคุ้มครองในลักษณะนี้ยังมีความไม่แน่นอนอยู่มาก ซึ่งยากที่จะสังเกตเห็นจารีตประเพณีในเรื่องนี้ได้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ Dugard (ผู้รายงานพิเศษ) จึงเห็นว่าควรที่จะแยกหัวข้อดังกล่าวออกจากการศึกษาเรื่องความคุ้มครองทางทูตและรวมถึงอาจต้องทำการศึกษาหัวข้อดังกล่าวแยกเป็นอีกหัวข้อหนึ่งต่างหากจากเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับกรณีของความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย

กรณีที่สอง รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องต่อองค์การระหว่างประเทศ⁷⁰

สำหรับปัญหาที่ว่ารัฐอาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติเพื่อเรียกร้องต่อองค์การระหว่างประเทศได้หรือไม่นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่พิจารณาความเห็นเชิงปรึกษาในคดี Reparation for Injuries ก็ไม่ได้กล่าวถึงแต่อย่างใด ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้นักกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าเป็นหนึ่งในหัวข้อของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการศึกษาน้อยที่สุด รวมถึงทางปฏิบัติของรัฐในเรื่องนี้ยังมีน้อยและหลักกฎหมายที่ถือเอาคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน (case law) ก็ไม่ได้กล่าวอย่างชัดแจ้งถึงประเด็นในการให้ความคุ้มครองเช่นนั้นว่าเป็นสิ่งที่ปฏิบัติได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าประเด็นในเรื่องนี้จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองทางทูตอย่างชัดเจนก็ตาม ซึ่งทำให้กฎเกณฑ์ในเรื่องสัญชาติต้องถูกนำมาใช้ แต่ก็อาจจำเป็นจะต้องแก้ไขกฎเกณฑ์บางประการในเรื่องคนสองสัญชาติในกรณีที่บุคคลเป็นคนชาติของรัฐที่เรียกร้องและเป็นตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศที่เป็นจำเลย ประกอบกับในส่วนของกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดของทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในองค์การระหว่างประเทศที่ถูกเรียกร้องจะถูกนำมาใช้หรือไม่นั้น ก็ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนแน่นอนแต่อย่างใด เนื่องจากในหัวข้อนี้มีความเห็นของนักวิชาการที่แตกต่างกันไป ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่า ถึงแม้หัวข้อนี้จะมีความใกล้ชิดกับความคุ้มครองทางทูต แต่ก็ดูเหมือนว่าหัวข้อดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาของคณะกรรมการในเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศ เนื่องจากโดยส่วนมากหัวข้อนี้เกี่ยวข้องกับประเด็น

⁷⁰ John R. Dugard., *supra* note 67, pp. 10-11.

ในเรื่องการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำขององค์การ ความรับผิดชอบ และการชดใช้ ประกอบกับการที่ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้โดยส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองทางทูตจากทหรณะของรัฐผู้เรียกร้องซึ่งก็คือพฤติการณ์ที่นำมาสู่ข้อเรียกร้องนั่นเอง มิใช่จากทหรณะของรัฐที่เป็นจำเลยแต่อย่างใด นอกจากนี้ การศึกษาเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องต่อองค์การระหว่างประเทศนั้น ก็อาจจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องพิจารณาปัญหาว่าความคุ้มครองทางทูตเช่นนี้อาจถูกให้เพื่อเรียกร้องต่อองค์การระหว่างประเทศอื่นที่มีรัฐ⁷¹ ซึ่งมีสภาพบุคคลตามกฎหมายที่ถูกกำหนดโดยธรรมนูญของตนแทนที่จะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่

ดังนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงมีการเสนอแนะว่า ปัญหาในประเด็นดังกล่าวนี้ควรได้รับการพิจารณาในการศึกษาเรื่องความรับผิดชอบขององค์การระหว่างประเทศมากกว่าที่จะศึกษาในเรื่องความคุ้มครองทางทูต

กรณีที่สาม รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติซึ่งเป็นตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศ [เมื่อองค์การดังกล่าวไม่สามารถหรือไม่ยอมให้ความคุ้มครองตามหน้าที่แก่บุคคลดังกล่าว]⁷²

ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินไว้ในความเห็นเชิงปรึกษา Reparation for Injuries ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า องค์การสหประชาชาติอาจเสนอข้อเรียกร้องต่อรัฐเพื่อให้ได้รับการชดใช้ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ตัวแทนได้นั้น แต่ในขณะเดียวกันหากพิจารณาตามหลักในเรื่องความคุ้มครองทางทูตแล้วก็จะพบว่ารัฐเจ้าของสัญชาติของตัวแทนดังกล่าวก็มีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงขอให้ศาลให้คำแนะนำว่า จะทำอย่างไรให้การกระทำดังกล่าวของสหประชาชาติประนีประนอมกับสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต⁷³ ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้ในระยะแรก

⁷¹ ในที่นี้หมายความว่าถึง องค์การอื่นที่เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่นอกเหนือจากองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาล เช่น องค์การระหว่างประเทศที่มีใช้ระดับรัฐบาล (Non-Governmental Organization หรือ NGO) บางองค์การที่ได้รับการรับรองสถานะพิเศษ หรือได้รับอำนาจในการทำข้อบังคับระหว่างประเทศได้ ดังนั้น องค์การเช่นนี้จึงมีสภาพบุคคลในทางระหว่างประเทศเป็นกรณีพิเศษ

⁷² John R. Dugard., *supra* note 67, pp. 11-19.

⁷³ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports (1949), p. 175., cited by John R. Dugard., *supra* note 67, p. 12.

ศาลก็ยอมรับว่าความเสียหายแก่ตัวตนขององค์การสหประชาชาติผู้ซึ่งไม่ได้เป็นคนชาติของรัฐที่เป็นจำเลยนั้นอาจก่อให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างสิทธิในความคุ้มครองทางทูตของรัฐกับสิทธิในความคุ้มครองตามหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งศาลเห็นว่าในกรณีนี้ไม่มีหลักกฎหมายใดที่มอบหมายการมีสิทธิได้ก่อนแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะหรือบังคับให้ทั้งรัฐและองค์การงดเว้นจากการนำเสนอข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ และนอกจากนี้ถึงแม้ว่าพื้นฐานที่มาของข้อเรียกร้องทั้ง 2 กรณีจะแตกต่างกันก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจำเลยจะถูกบังคับให้จ่ายค่าชดเชยอันเนื่องมาจากความเสียหายเดียวกันถึง 2 ครั้งแต่อย่างใด ฉะนั้นความเสี่ยงในการแข่งขันกันระหว่างองค์การกับรัฐเจ้าของสัญชาติจึงอาจลดลงหรือถูกจัดไปทั้งโดยอนุสัญญาทั่วไปและโดยความตกลงที่ถูกทำขึ้นเฉพาะในแต่ละกรณี⁷⁴ ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่ตัวแทนเป็นคนชาติของรัฐจำเลยแล้ว ศาลมีความเห็นว่า ทางปฏิบัติปกติที่รัฐจะไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของรัฐเพื่อเรียกร้องต่ออีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลดังกล่าวด้วยนั้น ไม่ก่อให้เกิดบรรทัดฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีนี้ เนื่องจากการกระทำขององค์การนั้นไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานในเรื่องสัญชาติของผู้เสียหาย แต่ตั้งอยู่บนสถานะของการเป็นตัวแทนองค์การ ดังนั้นจึงไม่ใช่ปัญหาว่ารัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้เสียหายในฐานะที่เป็นคนชาติของรัฐดังกล่าวหรือไม่ เพราะว่าปัญหาในเรื่องสัญชาตินี้ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการยอมรับข้อเรียกร้องในกรณีของความคุ้มครองตามหน้าที่ ด้วยเหตุนี้ข้อเท็จจริงที่ว่าตัวแทนมีสัญชาติของรัฐจำเลยนั้นจึงไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคใดๆต่อข้อเรียกร้องขององค์การในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้นศาลจึงสรุปว่า เมื่อองค์การสหประชาชาติในฐานะที่เป็นองค์การได้เสนอข้อเรียกร้องสำหรับการชดเชยความเสียหายอันเกิดขึ้นกับตัวแทนขององค์การนั้น เป็นการกระทำบนพื้นฐานของการละเมิดพันธกรณีต่อองค์การนั่นเอง ซึ่งการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นี้จะป้องกันความขัดแย้งระหว่างการทำขององค์การสหประชาชาติกับสิทธิของรัฐในฐานะที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของตัวแทน และนำไปสู่การประนีประนอมระหว่างข้อเรียกร้องดังกล่าว แต่ทั้งนี้การประนีประนอมเช่นนี้ต้องขึ้นอยู่กับการใช้ในแต่ละกรณี รวมถึงความตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างองค์การกับรัฐอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม จากการแสดงความเห็นของศาลข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลไม่ได้ให้แนวทางที่ชัดเจนสำหรับการประนีประนอมระหว่างความคุ้มครองตามหน้าที่กับความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด ฉะนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องดังกล่าวจึงควรพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มครองตามหน้าที่กับความคุ้มครองทางทูตใน 4 ประเด็นดังต่อไปนี้

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 185-186.

(1) ความเป็นไปได้ของข้อเรียกร้องที่หลากหลาย

สำหรับข้อเรียกร้องที่หลากหลายนี้ไม่ใช่ปัญหาที่สำคัญ เนื่องจากศาลระหว่างประเทศเคยมีประสบการณ์ในการดำเนินการกับข้อเรียกร้องในเรื่องความคุ้มครองทางทูตที่เกี่ยวข้องกับคนสองสัญชาติมาแล้ว ฉะนั้นกรณีนี้จึงไม่ใช่เรื่องใหม่แต่อย่างใด ซึ่งหลักสำคัญที่นำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวก็คือ หลักที่ว่าไม่ควรมีการจ่ายค่าเสียหายซ้ำโดยรัฐจำเลย แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากร่างข้อบทในส่วนของข้อเรียกร้องในกรณีคนหลายสัญชาตินั้นไม่ได้มีการกล่าวถึงหลักการดังกล่าวนี้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงดูเหมือนไม่มีเหตุผลที่ดีว่าเพราะเหตุใดหลักการดังกล่าวจึงควรถูกรวมอยู่ในข้อกำหนดในเรื่องข้อเรียกร้องที่แข่งขันกันระหว่างความคุ้มครองตามหน้าที่กับความคุ้มครองทางทูต

(2) สิทธิขององค์การสหประชาชาติในการนำเสนอข้อเรียกร้องในนามของตัวแทนเพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของตัวแทน

จากคำตัดสินของศาลใน Reparation for Injuries ที่ยอมรับสิทธิขององค์การระหว่างประเทศในการนำเสนอข้อเรียกร้องในนามของตัวแทนเพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของตัวแทนนั้นจะเห็นได้ว่าแตกต่างไปจากหลักทั่วไปส่วนใหญ่ เนื่องจากว่าในเวลานั้นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติของรัฐหนึ่งอาจเสนอข้อเรียกร้องในนามคนสองสัญชาติเพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่งนั้นยังไม่ได้รับการยอมรับ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันหลักดังกล่าวได้รับการยอมรับแล้วโดยข้อเรียกร้องเช่นว่านี้อาจถูกนำเสนอเมื่อสัญชาติของรัฐที่เรียกร้องนั้นเป็นสัญชาติที่โดดเด่นกว่า(predominant) ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความเห็นของศาลในกรณีนี้เป็นไปตามหลักในเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ ในร่างข้อบทจึงไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงปัญหานี้เป็นพิเศษอีก เนื่องจากหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับข้อ 7 ของร่างข้อบทฉบับนี้ ประกอบกับความพยายามที่จะอธิบายหลักความโดดเด่นเชื่อมโยงกับองค์การระหว่างประเทศนั้นอาจเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบทางปฏิบัติในการว่าจ้างและการแต่งตั้งตัวแทนโดยองค์การซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้อาจไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษานี้แต่อย่างใด

(3) ปัญหาความเป็นไปได้หรือไม่ที่จะแยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างความคุ้มครองตามหน้าที่กับความคุ้มครองทางทูต

เนื่องจากวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการประนีประนอมข้อเรียกร้องเกี่ยวกับความคุ้มครองตามหน้าที่และความคุ้มครองทางทูตนั้นก็คือการแยกความแตกต่างอย่างชัดเจนว่ากรณีใดเป็นเรื่องความคุ้มครองตามหน้าที่และกรณีใดเป็นเรื่องความคุ้มครองทางทูต ซึ่งอาจทำได้โดยการจำกัดขอบเขตของความคุ้มครองตามหน้าที่ด้วยการพิจารณาว่าผู้ใดมีคุณสมบัติเป็น

ตัวแทนและการกระทำใดมีคุณสมบัติเป็นหน้าที่ที่เป็นทางการ ซึ่งหากบุคคลและการกระทำอยู่ในขอบเขตดังกล่าวนี้ก็อาจเหมาะสมกับความคุ้มครองตามหน้าที่เท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่อยู่ภายนอกขอบเขตนี้แล้วก็อาจเหมาะสมกับความคุ้มครองทางทูตนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นก็ไม่ง่ายที่จะแยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างสองกรณีดังกล่าวตามแนวทางเหล่านี้ เนื่องจากคำตัดสินของศาลใน *Reparation for Injuries* นั้นก็ไม่ได้ให้แนวทางที่ชัดเจนในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด⁷⁵ ประกอบกับมีข้อถกเถียงกันอย่างมากในการตีความคำว่าตัวแทน รวมถึงความหมายของขอบเขตหน้าที่อย่างเป็นทางการ⁷⁶ ฉะนั้นจึงไม่ควรที่จะร่างบทบัญญัติให้มีผลว่าองค์การระหว่างประเทศอาจให้ความคุ้มครองตามหน้าที่ในกรณีที่ความเสียหายแก่ตัวแทนเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการ และความเสียหายอื่นทั้งหมดที่เกิดขึ้นกับบุคคลดังกล่าวเป็นเรื่องของความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากบทบัญญัติเช่นว่านี้ไม่เพียงแต่จะถูกทำให้บกพร่องด้วยเหตุผลในเรื่องความไม่แน่นอนแล้ว แต่ยังเป็นการล่งล้ำความคุ้มครองตามหน้าที่ซึ่งยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาในอีกหัวข้อหนึ่งด้วย

(4) การมีสิทธิได้ก่อนของข้อเรียกร้อง (priority of claims)

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตัดสินว่าองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐเจ้าของสัญชาติควรจะเป็นผู้ให้ความคุ้มครองนั้นก็คือหลักเกณฑ์ในเรื่องความเหนือกว่า กล่าวคือ การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้นถูกมุ่งต่อองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐเจ้าของสัญชาติของตัวแทนที่เสียหายมากกว่ากัน แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ถูกทำให้บกพร่องด้วยเหตุผลคล้ายกับที่กล่าวข้างต้น กล่าวคือ เมื่อไม่ชัดเจนว่าตัวแทนถูกผูกมัดกับหน้าที่อย่างเป็นทางการในเวลาเสียหายหรือไม่ จึงไม่อาจตัดสินว่าเขาได้รับความเสียหายเพราะว่าเป็นเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศหรือเพราะว่าเป็นคนชาติของรัฐดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ วิธีการที่มีประโยชน์มากกว่าในการประนีประนอมข้อเรียกร้องดังกล่าวก็คือการให้สิทธิได้ก่อนแก่ความคุ้มครองตามหน้าที่ในกรณีที่ความคุ้มครองตามหน้าที่ขัดแย้งกับความคุ้มครองทางทูต ซึ่งผู้เสนอแนวคิดดังกล่าวนี้ก็คือ Clyde Eagleton โดยพัฒนาเหตุผลเพื่อให้สอดคล้องกับการมีสิทธิได้ก่อนของข้อเรียกร้องโดยองค์การสหประชาชาติ⁷⁷ แต่อย่างไรก็ตาม

⁷⁵ เช่นในปัญหาที่ว่าใครเป็นตัวแทน หรือปัญหาในเรื่องประเภทของหน้าที่ที่นำไปสู่ความคุ้มครอง เป็นต้น (รายละเอียดดู *Reparation for Injuries*, I.C.J. Reports (1949), pp. 177., 182-183., cited by John R. Dugard., *supra* note 67, pp. 15-16.)

⁷⁶ รายละเอียดดู John R. Dugard., *supra* note 67, p. 16., paras. 30-31.

⁷⁷ รายละเอียดดู *Ibid.*, pp. 17-18., para. 34.

ตาม ถึงแม้ว่าการให้เหตุผลที่ Eagleton ยกขึ้นมานั้นจะมีเนื้อหาสาระที่แน่นอนก็ตาม แต่ปัญหาที่ว่า การให้เหตุผลเหล่านี้จะนำไปใช้บังคับอย่างเท่าเทียมกันกับองค์การระหว่างประเทศอื่นหรือไม่ นั้นยังไม่ชัดเจน เนื่องจากการให้เหตุผลในหลายข้อนั้นถูกพบในกฎบัตรสหประชาชาติในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงกว่า ประกอบกับยังไม่มีข้อสนับสุนนหลักการมีสิทธิได้ก่อนในทางปฏิบัติขององค์การสหประชาชาติอีกด้วย แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การที่กล่าวว่า “รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติซึ่งเป็นตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศ เมื่อองค์การดังกล่าวไม่สามารถหรือไม่ยอมให้ความคุ้มครองตามหน้าที่แก่บุคคลดังกล่าว” นั้น เป็นผลมาจากการให้โอกาสองค์การระหว่างประเทศก่อนเพื่อยืนยันการกล่าวอ้างความคุ้มครองตามหน้าที่ต่อรัฐผู้กระทำผิด แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีบางสถานการณ์ที่ทำให้องค์การไม่อาจทำเช่นนั้นได้ เช่น ตัวแทนอาจไม่มีคุณสมบัติสำหรับความคุ้มครอง หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นนอกการปฏิบัติหน้าที่ หรือ ธรรมนูญขององค์การอาจไม่ยอมรับความคุ้มครองตามหน้าที่โดยทั่วไปหรือในบางกรณี เป็นต้น ในกรณีดังกล่าวสิทธิที่เหลืออยู่(residual right)ของรัฐเจ้าของสัญชาติของตัวแทนก็จะกลายเป็นมีประสิทธิภาพถ้ารัฐเจ้าของสัญชาติตัดสินใจที่จะให้ความคุ้มครองทางทูต นอกจากนี้ สิทธิที่เหลืออยู่นี้ก็อาจจะเกิดขึ้นเมื่อองค์การตัดสินใจที่จะไม่ให้ความคุ้มครองได้เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการเห็นว่าควรยอมรับเพียงสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตในที่ซึ่งความคุ้มครองตามหน้าที่ก็มีความเป็นไปได้เช่นกัน โดยไม่รวมถึงเรื่องการมีสิทธิได้ก่อนของความคุ้มครองตามหน้าที่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าความเห็นดังกล่าวนี้สอดคล้องกับความเห็นของศาลใน Reparation for Injuries ที่ว่าไม่มีกฎเกณฑ์ของกฎหมายใดซึ่งมอบหมายการมีสิทธิได้ก่อนแก่กรณีใด และปล่อยให้กรณีใช้ค่าความนิยม (goodwill) หรือสามัญสำนึกของตนในการประนีประนอมโดยการเจรจาและโดยความตกลง นอกจากนี้ความเห็นดังกล่าวก็ยังสอดคล้องกับทางปฏิบัติอีกด้วย

ประการที่สาม: ร่างฉบับนี้ไม่กระทบต่อสิทธิในการเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีอื่น

เนื่องด้วยกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตกับกฎเกณฑ์ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวเนื่องกัน⁷⁸ ดังจะเห็นได้จากการที่คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่าความคุ้มครองทางทูตเป็นวิธีการหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเป็นวิธีการที่ถูกจำกัดเฉพาะการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนชาติเท่านั้น ในขณะที่วิธีดำเนินการอื่นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นไม่ถูกจำกัดด้วยเงื่อนไข

⁷⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 86.

เช่นว่านี้ กล่าวคือ สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้นให้สิทธิและให้การเยียวยาแก่คนทุกคนที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยไม่ได้คำนึงถึงสัญชาติ นอกจากนี้ พัฒนาการใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศก็ยังยอมให้รัฐคุ้มครองทั้งคนชาติและไม่ใช่นิติบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้การละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศอื่นอีกด้วย⁷⁹ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐอาจคุ้มครองบุคคลที่มีสัญชาติเพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลผู้เสียหายหรือเรียกร้องต่อรัฐที่สามในการดำเนินการระหว่างรัฐได้ โดยทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับต่างๆ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง(the International Covenant on Civil and Political Rights)⁸⁰ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลื้อกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ(the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)⁸¹ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี(the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)⁸² อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน(the European Convention on Human Rights)⁸³ อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน(the American Convention on Human Rights)⁸⁴ กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน(the African Charter on Human and People's Rights)⁸⁵ ซึ่งในขณะเดียวกันอนุสัญญาเหล่านี้ก็ยอมให้รัฐคุ้มครองคนชาติของรัฐตนในการดำเนินการระหว่างรัฐด้วยเช่นกัน หรือในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเองก็ยังยอมให้รัฐคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีสัญชาติได้โดยการคัดค้าน การเจรจา รวมถึงการใช้กระบวนการพิจารณาตามกฎหมายในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลได้อนุญาตไว้อีกด้วย หรือแม้แต่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้นก็มียกข้อยกเว้นในข้อ 48(1)(b) ที่ยอมให้รัฐอื่นที่มีรัฐที่เสียหายเรียกร้องความรับผิดชอบของอีกรัฐหนึ่งได้ ถ้าพันธกรณีที่ถูกละเมิดนั้นเป็นพันธกรณีของสังคมระหว่างประเทศ

⁷⁹ John R. Dugard., *supra* note 35, p. 34. para. 84.

⁸⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171., article 41.

⁸¹ Article 11.

⁸² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85., article 21.

⁸³ Article 24.

⁸⁴ Article 45.

⁸⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1520, p. 217., articles 47-54.

ทั้งหมด⁸⁶ โดยไม่ต้องปฏิบัติตามข้อเรียกร้องสำหรับการให้ความคุ้มครองทางทูต⁸⁷ นอกจากนี้ บุคคลยังได้รับสิทธิและการเยียวยาเพื่อที่จะคุ้มครองตนเองจากรัฐที่ก่อความเสียหาย ทั้งนี้ไม่ว่ารัฐที่ก่อความเสียหายนั้นจะเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติหรือรัฐอื่นก็ตาม ดังที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนต่างๆ ซึ่งรูปแบบที่ประสบผลสำเร็จมากที่สุดก็คือสิทธิในการยื่นคำร้องต่อองค์กรตรวจสอบสิทธิมนุษยชนในทางระหว่างประเทศ⁸⁸ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิส่วนบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้อาจเกิดขึ้นนอกกรอบของสิทธิมนุษยชนได้เช่นกัน⁸⁹ ดังจะเห็นได้จากในคดี LaGrand ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือว่า ข้อ 36 ของอนุสัญญากรุง เวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลนั้นก่อให้เกิดสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติของ

⁸⁶ Article 48(1)(b) of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

“1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

(b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.”

⁸⁷ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 87.

(ข้อสังเกต: ข้อ 48(1)(b) นี้ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อ 44 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดให้รัฐที่เรียกร้องความรับผิดชอบของอีกรัฐหนึ่งนั้นปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของข้อเรียกร้องและการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง อีกทั้งไม่ตกอยู่ภายใต้ร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตฉบับนี้ด้วย (Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 87., fn 245.)

หมายเหตุ: ข้อสังเกตดังกล่าวข้างต้นเป็นการเปรียบเทียบกับความเห็นของ Milano ที่กล่าวไว้ในบทความเรื่อง “Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition” รายละเอียดดู E. Milano, “Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition?,” *Netherlands Yearbook of International Law* 35, p. 85 at pp. 103-108 (2005). Retrieved November 26, 2007, from <http://journals.cambridge.org>; John R. Dugard., *supra note* 35, p. 35. para. 85.)

⁸⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, pp. 87-88.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 88.

บุคคลที่ถูกกักขังอาจเรียกร้องต่อศาลนี้ได้ตามข้อ 1 ของพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว⁹⁰ และในคดี Avena ศาลก็ได้ตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมไว้ว่า การละเมิดสิทธิของบุคคลตามข้อ 36 นั้นอาจนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของรัฐผู้ส่ง และในทางกลับกันการละเมิดสิทธิของรัฐผู้ส่งก็อาจนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของบุคคลได้เช่นกัน⁹¹

ฉะนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้จึงไม่มีเจตนาที่จะแยกสิทธิของรัฐในการคุ้มครองบุคคลตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือตามสนธิสัญญาพหุภาคีทวิภาคีว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือสนธิสัญญาอื่นใด อีกทั้งไม่มีเจตนาที่จะแทรกแซงสิทธิของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลหรือองค์การอื่นที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการใช้มาตรการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อกระทำการหรือดำเนินการอย่างอื่นใดนอกเหนือจากความคุ้มครองทางทูตเพื่อเยียวยาความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ⁹²

ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้บัญญัติข้อบทอีกข้อหนึ่งขึ้นเพื่อรับรองว่าเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นจะไม่ก้ำก๋ายหรือขัดขวางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้วยวิธีการอื่น⁹³ โดยบัญญัติว่า “สิทธิของรัฐ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือองค์การอื่นในการใช้มาตรการตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อกระทำการหรือดำเนินการอย่างอื่นนอกเหนือจากความคุ้มครองทางทูตเพื่อให้ได้มาซึ่งการเยียวยาความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้นไม่ได้รับผลกระทบจากร่างข้อบทนี้”⁹⁴ ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้ไม่ทำให้รัฐ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล หรือองค์การอื่นเสื่อมเสียสิทธิในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศด้วยวิธีดำเนินการอื่น⁹⁵ นอกเหนือจากความคุ้มครองทางทูตนั่นเอง ดังนั้น ถึงแม้ว่ารัฐจะใช้

⁹⁰ LaGrand Case, I.C.J. Reports (2001), p. 494. (para. 77.)

⁹¹ Case concerning Avena and Other Mexican Nationals, I.C.J. Reports (2004), p. 26. (para. 40.)

⁹² Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 86.

⁹³ John R. Dugard., *supra* note 35, p. 34. para. 84.

⁹⁴ Article 16 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

⁹⁵ การกระทำหรือวิธีดำเนินการในที่นี้ หมายถึง วิธีการอื่นใดที่มีอยู่ตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาคตลอดจนสนธิสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้อง แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง

วิธีดำเนินการอื่นเช่นว่านั้นก็ตาม แต่รัฐก็ไม่จำเป็นต้องละทิ้งสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตหากบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นคนชาติของรัฐหรือเป็นบุคคลที่รัฐอาจให้ความคุ้มครองทางทูตได้ตามร่างข้อบทนี้⁹⁶

ประการที่สี่: ร่างฉบับนี้ไม่นำไปใช้กับกฎเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยังเห็นว่าร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนี้ไม่ควรที่จะก้าวล่วงสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนซึ่งอาจมีกฎเกณฑ์ในทางปฏิบัติของผู้ลงทุนทั้งที่เป็นปัจเจกบุคคลและบริษัทแตกต่างกันออกไป⁹⁷ เนื่องจากสนธิสัญญาบางฉบับโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับความคุ้มครองการลงทุนต่างชาตินั้นมักจะมีกฎเกณฑ์เฉพาะในการระงับข้อพิพาทซึ่งโดยส่วนมากจะไม่รวมถึงกฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มครองทางทูต กล่าวคือ สนธิสัญญาเช่นนี้จะละทิ้งหรือผ่อนคลายเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางทูต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสัญชาติและการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง ดังจะเห็นได้จากใน BITs หรืออนุสัญญาพหุภาคีว่าด้วยการระงับข้อพิพาทในการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Multilateral Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) เป็นต้น⁹⁸ ซึ่งลักษณะที่สำคัญของสนธิสัญญาเหล่านี้ก็คือ วิธีดำเนินการในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนนั่นเอง กล่าวคือ ในสนธิสัญญาบางฉบับนั้นก็ให้ผู้ลงทุนและรัฐเจ้าของดินแดนระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนได้โดยตรงโดยให้ศาลเฉพาะกิจ(ad hoc tribunal)หรือศาลที่ถูกตั้งขึ้นโดยศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน (ICSID) ภายใต้อนุสัญญา ICSID นั้นเป็นผู้พิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว หรืออาจให้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนกับรัฐเจ้าของดินแดนในประเด็นที่เกี่ยวกับการตีความหรือการปรับใช้บทบัญญัติของ BITs ที่เกี่ยวข้องโดยตรง ดังนั้นหากมองในมุมของวิธีดำเนินการในการระงับข้อพิพาทแล้วจะเห็นได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวอาจเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนชาวต่างชาติมากกว่ากฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากผู้ลงทุน

วิธีการเยียวยาที่มีอยู่ภายในรัฐแต่ละรัฐ (Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 88.)

⁹⁶ *Ibid.*, p. 89.

⁹⁷ John R. Dugard., *supra* note 35, p. 36.

⁹⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 89.

สามารถเข้าถึงอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้โดยตรงจึงทำให้สามารถหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนทางการเมืองในการใช้ดุลพินิจให้ความคุ้มครองทางทูตได้ ประกอบกับวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวยังทำให้ไม่ต้องพิจารณาเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย⁹⁹

ฉะนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นร่างข้อบทนี้จึงไม่ถูกนำไปใช้กับการคุ้มครองผู้ลงทุนชาวต่างชาติที่มีระบบเฉพาะซึ่งถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน¹⁰⁰ ดังที่ได้บัญญัติไว้ว่า “ร่างข้อบทนี้ไม่นำไปใช้ในกรณีที่ร่างข้อบทไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น บทบัญญัติของสนธิสัญญาเพื่อคุ้มครองการลงทุน”¹⁰¹ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้จึงอาจสรุปได้ว่า ข้อบทนี้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นขอบเขตว่าร่างข้อบทฉบับนี้จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ร่างดังกล่าวไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน แต่อย่างไรก็ตาม หากร่างดังกล่าวยังคงสอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาเช่นนั้นแล้ว ร่างฉบับนี้ก็ยังคงนำมาใช้ได้อยู่ต่อไปนั่นเอง¹⁰²

ประการที่ห้า: การเยียวยาความเสียหายที่รัฐเจ้าของสัญชาติของเรือมีให้แก่ลูกเรือที่มีใช้คนชาติของรัฐตนนั้นไม่กระทบต่อการให้ความคุ้มครองทางทูตตามร่างฉบับนี้

ตามปกติเมื่อเรือได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศแล้วรัฐเจ้าของสัญชาติของเรือหรือก็คือรัฐเจ้าของธงสามารถเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือที่ทำงานอยู่บนเรือนั้นได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าลูกเรือจะมีสัญชาติเดียวกันกับสัญชาติของเรือหรือไม่ ฉะนั้นจึงกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติของเรือ(รัฐเจ้าของธง)อาจเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือผู้ซึ่งไม่มีสัญชาติของเรือได้นั่นเอง ซึ่งหลักในเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับการสนับสนุนจากทั้งทางปฏิบัติของรัฐ คำวินิจฉัยของศาล ตลอดจนถึงงานเขียนของนักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰³ ดังจะเห็นได้จากทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาที่สนับสนุนจารีตดังกล่าว กล่าวคือ ตามกฎหมายอเมริกันนั้นกะลาสีชาวต่างชาติมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากสหรัฐอเมริกาในขณะที่ทำงานอยู่บนเรืออเมริกัน ซึ่งตามความเห็นของอเมริกันเมื่อกะลาสีเข้าร่วมกับเรือ สัญชาติที่เกี่ยวข้อง

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 89-90.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰¹ Article 17 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

¹⁰² Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 90.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 91.

เพียงหนึ่งเดียวก็คือสัญชาติของรัฐเจ้าของธงนั่นเอง¹⁰⁴ ซึ่งสถานะที่มีลักษณะเฉพาะของชาวต่างชาติที่ทำงานอยู่บนเรืออเมริกันนี้ได้รับการยืนยันในการติดต่อทางการทูตและข้อบังคับทางกงสุลของสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม เกิดข้อสงสัยขึ้นว่าทางปฏิบัติดังกล่าวนี้แสดงหลักฐานของจารีตประเพณีหรือไม่¹⁰⁵

ส่วนในคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ถึงแม้จะไม่มีผลสรุปที่แน่ชัดถึงสิทธิของรัฐที่จะขยายความคุ้มครองไปยังกะลาสีที่ไม่ใช่คนชาติก็ตาม แต่มีแนวโน้มไปในทางสนับสนุนสิทธิเช่นนั้นมากกว่าที่จะต่อต้าน เช่น ในคดี *McCready* ซึ่งเป็นคดีระหว่างสหรัฐอเมริกา กับเม็กซิโก โดยผู้ชี้ขาดในคดีนี้ถือว่า “กะลาสีที่ทำงานอยู่บนเรือนาวีหรือเรือพาณิชย์ที่ปักธงซึ่งไม่ใช่ธงของรัฐตนนั้น ในระหว่างที่ทำงานอยู่ก็มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐเจ้าของธงซึ่งตนทำงานด้วย”¹⁰⁶ นอกจากนี้ ในคดี *I'm Alone*¹⁰⁷ ซึ่งเกิดจากการจมเรือแคนาดาโดยยามชายฝั่งของสหรัฐอเมริกานั้น รัฐบาลแคนาดาประสบความสำเร็จในการเรียกร้องค่าชดเชยในนามของลูกเรือ 3 คนที่มีเชื้อชาติ โดยยืนยันว่าข้อเรียกร้องนี้เป็นข้อเรียกร้องในนามของเรือ ฉะนั้นจึงถือว่าลูกเรือมีสัญชาติเดียวกันกับเรือเพื่อจุดประสงค์ในการเรียกร้อง หรือในความเห็นเชิงปรีกษา *Reparation for Injuries* นั้น ผู้พิพากษาก็ได้กล่าวไว้ในความเห็นส่วนตัวว่ายอมรับสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองในนามของลูกเรือที่เป็นคนต่างด้าว¹⁰⁸ เช่นกัน

นอกจากนี้แล้วยังมีศาลระหว่างประเทศเพื่อกฎหมายทะเล(International Tribunal for the Law of the Sea)ได้มีคำตัดสินเมื่อปีค.ศ.1999 ในคดี *The M/V “Saiga” (No.2)*¹⁰⁹ ระหว่าง

¹⁰⁴ *Ross v. McIntyre*, 140 U.S.453(1891)., cited by Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 91.

¹⁰⁵ See Arthur Watts, “The Protection of Alien Seamen”, *ICLQ* vol.7 (1958), p. 691., cited by Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 92.

¹⁰⁶ J.B. Moore, *International Arbitrations*, vol.3, p. 2536., cited by Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 92.

¹⁰⁷ *AJIL* vol.29 (1935), 326., cited by Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 92.

¹⁰⁸ *I.C.J. Reports* 1949, p. 174 at pp. 202-203, Judge Hackworth and pp. 206-207, Judge Badawi Pasha.

¹⁰⁹ Judgment, *ITLOS Reports* 1999, p. 10., cited by Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, pp. 92-93.

เซนต์วินเซนต์และเกรนาดีนส์(Saint Vincent and the Grenadines)¹¹⁰ กับกินี ซึ่งสนับสนุนสิทธิของรัฐเจ้าของธงในการเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือที่มีใช้คนชาติ โดยในคดีนี้ข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการที่กินีจับกุมและกักขังเรือ Saiga ในขณะที่กำลังจัดส่งน้ำมันไปยังเรือหาปลาห่างจากชายฝั่งของกินี ซึ่งเรือ Saiga นั้นจดทะเบียนใน St. Vincent และมีหัวหน้ากับลูกเรือเป็นคนชาติยูเครน นอกจากนี้ยังมีคนงานที่เป็นคนชาติเซเนกัลอีก 3 คนทำงานอยู่บนเรือในเวลาที่จับกุมด้วย ซึ่งหลังจากการจับกุมกินีก็ได้กักขังเรือและลูกเรือไว้ ในกระบวนการพิจารณาโดยศาลระหว่างประเทศเพื่อกฎหมายทะเลนั้น กินีคัดค้านการยอมรับข้อเรียกร้องของ St. Vincent บนหลักที่ว่าลูกเรือที่เสียหายไม่ได้เป็นคนชาติของ St. Vincent แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยกฟ้องการคัดค้านการยอมรับข้อเรียกร้องในประเด็นนี้ และถือว่ากินีละเมิดสิทธิของ St. Vincent โดยการจับกุมกักขังเรือและลูกเรือ รวมทั้งสั่งให้กินีจ่ายค่าชดเชยแก่ St. Vincent สำหรับความเสียหายที่เกิดแก่เรือ Saiga และลูกเรืออีกด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำตัดสินของศาลดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ถึงแม้ว่าศาลจะจัดการกับข้อพิพาทในฐานะที่เป็นความเสียหายโดยตรงต่อ St. Vincent ก็ตาม แต่การให้เหตุผลของศาลจะเห็นได้ว่าศาลมองเรื่องนี้ว่าเป็นกรณีเกี่ยวกับความคุ้มครองลูกเรือเช่นกัน ซึ่งเรื่องดังกล่าวมีความคล้ายกันกับความคุ้มครองทางทูตแต่ขณะเดียวกันก็มีความแตกต่างด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการที่กินีคัดค้านการยอมรับข้อเรียกร้องในกรณีของลูกเรืออย่างชัดเจนบนพื้นฐานที่ว่า จะก่อให้เกิดข้อเรียกร้องสำหรับความคุ้มครองทางทูตในกรณีของคนที่มีใช้คนชาติของ St. Vincent ในขณะที่ St. Vincent เองก็ยืนยันว่าตนมีสิทธิที่จะคุ้มครองลูกเรือของเรือที่ปักธงของรัฐตนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของบุคคลดังกล่าว¹¹¹ สำหรับการยกฟ้องข้อคัดค้านของกินีนั้น ศาลกล่าวว่าตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งรวมถึงข้อ 292 นั้น ไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างคนชาติและไม่ใช้คนชาติของรัฐเจ้าของธงแต่อย่างใด เพียงแต่นั้นว่าเรือ ทุกสิ่งบนเรือ และทุกคนที่เกี่ยวข้องหรือเข้าร่วมในกระบวนการจัดการเรื่อนั้น ถูกปฏิบัติในฐานะที่เป็นองค์ภาวะที่เชื่อมโยงกับรัฐเจ้าของธง ด้วยเหตุนี้สัญชาติของบุคคลเหล่านี้จึงไม่เกี่ยวข้องโดยตรง¹¹²

สำหรับเหตุผลทางนโยบายในการอนุญาตให้รัฐเจ้าของธงเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือได้นั้นมีด้วยกันหลายประการ กล่าวคือ ศาลที่พิจารณาคดี Saiga ก็ยอมรับว่าในเรือใหญ่นั้นอาจมีลูกเรือที่ประกอบไปด้วยบุคคลหลายสัญชาติ ซึ่งถ้าแต่ละคนที่ได้รับความเสียหายถูก

¹¹⁰ ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า “St. Vincent”

¹¹¹ Judgment, *ITLOS Reports 1999*, paras. 103-104.

¹¹² *Ibid.*, paras. 105-106.

ผูกพันให้คาดหวังความคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติของตนแล้ว ความยากลำบากเกินสมควรก็อาจเกิดขึ้นตามมา¹¹³ ฉะนั้นการที่รัฐหนึ่งเยียวยาความเสียหายในนามของเรือทั้งหมดจึงง่ายกว่าและมีประสิทธิภาพมากกว่าการเรียกร้องให้รัฐเจ้าของสัญชาติของลูกเรือทั้งหมดเสนอข้อเรียกร้องแยกต่างหากในนามของชนชาติของรัฐตน

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าสิทธิของรัฐเจ้าของธงในการเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือ¹¹⁴ นั้นเป็นสิ่งสำคัญและมีเหตุผลอันสมควรก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถถูกจัดได้ว่าเป็นความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด¹¹⁵ อีกทั้งไม่ควรที่จะนำมาแทนที่ความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย นอกจากนี้ ทั้งความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติและสิทธิของรัฐเจ้าของธงในการเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรื่อนั้นก็ควรที่จะได้รับการยอมรับโดยปราศจากการมีสิทธิได้ก่อนในการยอมรับทั้งสองเรื่องดังกล่าวด้วยเช่นกัน เนื่องจากในบางสถานการณ์ลูกเรืออาจได้รับความยากลำบากอันเกิดจากรัฐเจ้าของธงในรูปของเงื่อนไขการทำงานที่ไม่เหมาะสม หรือจากรัฐที่สามในกรณีที่เรือถูกจับ ฉะนั้นในสถานการณ์เช่นนี้ลูกเรือจึงควรได้รับความคุ้มครองสูงสุดเท่าที่กฎหมายระหว่างประเทศจะสามารถให้ได้นั่นเอง¹¹⁶

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า ถึงแม้ว่ารัฐเจ้าของธงจะสามารถเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือได้โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของลูกเรือก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มครองทางทูตแล้วก็จะพบว่า รัฐเจ้าของสัญชาติของลูกเรือที่ได้รับความเสียหายก็สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวได้เช่นกัน ฉะนั้นเพื่อยับยั้งข้อเสนอนี้ว่าสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติของลูกเรือในการให้ความคุ้มครองทางทูต

¹¹³ *Ibid.*, para. 107.

¹¹⁴ สิทธิของรัฐเจ้าของธงในการเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรื่อนี้ ไม่ถูกจำกัดแต่เฉพาะการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างที่เกิดความเสียหายแก่เรือเท่านั้น แต่ขยายไปยังความเสียหายที่เกิดขึ้นเชื่อมโยงกับความเสียหายแก่เรืออันเป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศอีกด้วย ซึ่งก็คือผลที่ตามมาของความเสียหายแก่เรื่อนั่นเอง ดังนั้นสิทธิดังกล่าวของรัฐเจ้าของธงจึงอาจเกิดขึ้นเมื่อลูกเรือถูกจับโดยมิชอบด้วยกฎหมายและถูกกักขังหลังจากการจับเรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 94.)

¹¹⁵ เนื่องจากไม่ปรากฏความผูกพันทางสัญชาติระหว่างรัฐเจ้าของธงของเรือและลูกเรือ (Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 91.)

¹¹⁶ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 94.

อาจถูกแทนที่ด้วยสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติของเรือในการเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้บัญญัติข้อบทอีกข้อหนึ่งเพื่อยืนยันสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติของลูกเรือในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตน ในขณะที่เดียวกันก็ยอมรับว่าเมื่อลูกเรือได้รับความเสียหายในระหว่างที่เกิดความเสียหายแก่เรืออันเป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศแล้ว รัฐเจ้าของสัญชาติของเรือก็มีสิทธิที่จะเยียวยาความเสียหายแก่ลูกเรือโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของลูกเรือด้วยเช่นกัน¹¹⁷ ดังจะเห็นได้จากการที่ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ว่า “สิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติของลูกเรือในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นไม่ได้รับผลกระทบจากสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติของเรือที่จะเยียวยาความเสียหายในนามของลูกเรือโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของลูกเรือ เมื่อลูกเรือได้รับความเสียหายที่เชื่อมโยงกับความเสียหายของเรืออันเป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ”¹¹⁸

2.2 คำนียามของการให้ความคุ้มครองทางทูต

เนื่องจากความคุ้มครองทางทูตนั้นไม่ได้ถูกกำหนดคำนียามไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวไว้อย่างใกล้เคียงกัน ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้

Bennouna¹¹⁹ ได้กล่าวถึงความคุ้มครองทางทูตไว้ว่า “ความคุ้มครองทางทูตเป็นกลไกการทำงานหรือกระบวนการทางกฎหมายในการเรียกร้องให้รัฐเจ้าของดินแดนรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ” โดยกล่าวต่อไปอีกว่า “ในระยะเริ่มแรกความคุ้มครองทางทูตถูกถือว่าเป็นผลที่ตามมาของเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลของรัฐที่มีเหนือพลเมือง เมื่อพลเมืองนั้นได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่อยู่ในดินแดนของรัฐอื่น”¹²⁰

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 91.

¹¹⁸ Article 18 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

¹¹⁹ ผู้รายงานพิเศษ (special rapporteur) คนแรกของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศในการจัดทำร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต

¹²⁰ Mohamed Bennouna, *Preliminary report on diplomatic protection*: Document A/CN.4/484, Yearbook of the International Law Commission, 1998., p. 4.

Borchard กล่าวว่า “ความคุ้มครองทางทูตโดยธรรมชาติของตัวเองเป็นกระบวนการในทางระหว่างประเทศ ที่ก่อให้เกิดการเรียกร้องระหว่างรัฐกับรัฐ เพื่อแสดงพันธกรณีของรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่ง ซึ่งพัฒนามาจากสิทธิและหน้าที่ต่อกัน”¹²¹

Charles de Visscher ให้ความหมายความคุ้มครองทางทูตไว้ว่า “เป็นกระบวนการซึ่งรัฐใช้ยืนยันสิทธิของพลเมืองของรัฐเพื่อที่จะปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ”¹²²

Dugard¹²³ อธิบายความคุ้มครองทางทูตว่า “เป็นการกระทำของรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่งในกรณีที่ความเสียหายเกิดแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของคนชาติของรัฐตน ซึ่งมีสาเหตุมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศหรือการละเว้นกระทำการอันถือว่าเป็นผลมาจากรัฐดังกล่าว”¹²⁴

Geck กล่าวว่า “ความคุ้มครองทางทูต คือความคุ้มครองที่บุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่ปัจเจกชน นั่นคือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศอีกบุคคลหนึ่ง”¹²⁵

Joseph กล่าวว่า “ความคุ้มครองทางทูตถูกให้คำจำกัดความในฐานะที่เป็นกระบวนการที่มีผลต่อความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายทางกฎหมายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของพลเมืองของรัฐ”¹²⁶

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ได้กล่าวถึงนิยามของความคุ้มครองทางทูตไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความคุ้มครองทางทูตว่า “..... ความคุ้มครองทางทูตประกอบด้วยการร้องขอโดยรัฐผ่านการกระทำทางทูต หรือวิธีอื่นในการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ให้อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐนั้นต่อบุคคล

¹²¹ Blaine, Moore's Dig. VI, 256., cited by Edwin M. Borchard, *infra note 131*, p. 354.

¹²² Garcia Amador, “State Responsibility. Some New Problems” (1958 II) 94 *Recueil des Cours*. pp.426-427., cited by John R. Dugard., *supra note 10*, p. 14.

¹²³ ผู้รายงานพิเศษ (Special rapporteur) คนสุดท้ายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในการจัดทำร่างข้อบ่งชี้ด้วยความคุ้มครองทางทูต

¹²⁴ John R. Dugard, *supra note 10*, p. 11.

¹²⁵ Wilhelm Karl Geck, *supra note 11*, p. 100.

¹²⁶ Cuthbert Joseph, *supra note 1*, p. 1.

ธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นคนชาติของรัฐที่ร้องขอ เพื่อที่จะดำเนินการตามความรับผิดชอบเช่น
ว่านั้น”¹²⁷

ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้ให้คำจำกัดความของความคุ้มครองทางทูตไว้
ว่า “เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า รัฐมีสิทธิที่จะคุ้มครองคนชาติของตน
ผู้ซึ่งไม่สามารถได้รับความพอใจผ่านช่องทางปกติ เมื่อได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ขัดต่อ
กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐอีกรัฐหนึ่งได้ก่อขึ้น โดยการยกคดีของคนชาติขึ้นและโดยการอาศัย
การกระทำทางทูตหรือการดำเนินกระบวนการทางศาลระหว่างประเทศในฐานะเป็นตัวแทนของ
บุคคลดังกล่าว แต่แท้จริงแล้วรัฐกำลังยืนยันสิทธิของตน ซึ่งก็คือสิทธิที่จะทำให้แน่ใจว่าเคารพ
กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ”¹²⁸

ดังนั้น จากความหมายของความคุ้มครองทางทูตดังกล่าวข้างต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า
ความคุ้มครองทางทูต หมายถึง กระบวนการในทางระหว่างประเทศอย่างหนึ่งที่รัฐใช้เพื่อให้ความ
คุ้มครองแก่คนของตนเมื่อบุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดพันธกรณีในทาง
ระหว่างประเทศของอีกรัฐหนึ่ง โดยการเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิดในทางระหว่างประเทศ
รับผิดชอบ ทั้งนี้เพื่อเป็นการยืนยันว่าคนของรัฐตนจะได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย
ระหว่างประเทศ

2.3 ความผูกพันของรัฐต่อการให้ความคุ้มครองทางทูต

ในหัวข้อนี้มีประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณา 2 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือ ประเด็น
แรก การให้ความคุ้มครองทางทูตนี้เป็นดุลพินิจหรือเป็นหน้าที่ของรัฐ และประเด็นที่สอง รัฐ
สามารถมอบสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่รัฐอื่นได้หรือไม่

2.3.1 การให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นดุลพินิจหรือหน้าที่

การให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นสิทธิของรัฐที่จะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาให้ความ
คุ้มครองหรือเป็นพันธกรณีผูกพันรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น ตามแนวความเห็น
ดั้งเดิมได้กล่าวไว้ว่ารัฐมีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตน ซึ่งสิทธินี้ไม่ใช่หน้าที่

¹²⁷ Article 1 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

¹²⁸ Mavrommatis Palestine Concessions Case, P.C.I.J. Reports (1924), Series A, No. 2., p. 12., cited by Clive Parry and John P. Grant, Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law (New York: Oceana Publications, 1988), p. 93.

หรือพันธกรณีที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองทางทูต¹²⁹ หลักการดังกล่าวนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยกล่าวยืนยันไว้ในคำตัดสินในคดี Barcelona Traction ค.ศ.1970 ว่า

“ภายในข้อจำกัดที่ถูกระบุโดยกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอาจให้ความคุ้มครองทางทูตโดยวิธีการใด และในขอบเขตเพียงใดก็ได้ตามแต่รัฐนั้นจะเห็นสมควรเพราะเป็นสิทธิของรัฐที่จะได้หากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเห็นว่า สิทธิของตนไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอในรัฐอื่น เพราะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้นไม่สามารถได้รับการเยียวยาตามกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยตรง สิ่งทีบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้นจะกระทำได้อีกคือต้องพึ่งพากฎหมายภายในของรัฐตนเพื่อให้สิทธิหรือข้อเรียกร้องของตนได้รับการชดเชย.....

รัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียวว่าจะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนหรือไม่ และถ้าให้ความคุ้มครองจะให้เป็นใด และจะยกเลิกการให้ความคุ้มครองเมื่อใด ซึ่งเป็นดุลพินิจของรัฐที่จะตัดสินว่าจะให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ ทั้งนี้รัฐต้องนำปัจจัยทางการเมืองหรือปัจจัยอื่นๆมาพิจารณาประกอบด้วย”¹³⁰

นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านที่เห็นด้วยกับแนวความเห็นดั้งเดิมดังกล่าว เช่น

Borchard ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ว่า “มีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายคนเห็นว่าความคุ้มครองทางทูตเป็นหน้าที่ของรัฐเท่ากับเป็นสิทธิของรัฐ ซึ่งหากความคุ้มครองทางทูตเป็นหน้าที่ในทางระหว่างประเทศ ก็จะเป็นเพียงหน้าที่ในทางศีลธรรมเท่านั้นไม่ใช่หน้าที่ในทางกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีวิธีในการบังคับให้เกิดเป็นผลสำเร็จ เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐจึงอาจใช้ดุลพินิจในการตัดสินว่าความเสียหายที่เกิดแก่คนชาตินั้นรุนแรงเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ หรือเมื่อพิจารณาจากความเหมาะสมในทางการเมืองแล้วมีเหตุผลอันสมควรที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติหรือไม่ ดังนั้นจึงชัดเจนว่าตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีหน้าที่ตาม

¹²⁹ John R. Dugard., *supra* note 10, p. 27.

¹³⁰ Barcelona Traction Case, I.C.J. Reports (1970), p. 44.

กฎหมายในฐานะที่เป็นรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต หน้าที่ดังกล่าวจะเกิดขึ้นต่อพลเมืองหรือไม่เป็นเรื่องของกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ”¹³¹

Greig กล่าวว่า “ถึงแม้ว่าจะอ้างถึงความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เป็นสิทธิก็ตาม แต่บุคคลผู้เสียหายไม่มีอำนาจเหนือรัฐเจ้าของสัญชาติของตนในการดำเนินการเกี่ยวกับข้อเรียกร้องดังกล่าว”¹³² ฉะนั้น จากคำกล่าวนี้แสดงว่ารัฐมีอิสระในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดก็ตาม

Oppenheim ได้กล่าวไว้ว่า “ถึงแม้ในกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีสิทธิที่จะเสนอข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศต่อรัฐอื่นรัฐหนึ่งในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่คนชาติของรัฐที่เรียกร้อง แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายระหว่างประเทศรัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำเช่นนั้น”¹³³

สำหรับนักกฎหมายไทยนั้นมีความเห็นว่า การให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นมิใช่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องกระทำแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงดุลพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะพิจารณาว่าจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนหรือไม่เท่านั้น¹³⁴

¹³¹ Edwin M. Borchard, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims (New York: Kraus Reprint Co, 1970), p. 29.

¹³² D. W. Greig, International Law, 2nd ed. (London: Butterworths, 1976), p. 523.

¹³³ Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), Oppenheim's International Law, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 538.

¹³⁴ เกรียงศักดิ์ กิตติชัยเสรี, “กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองคนชาติ,” วารสารสารานุกรม ฉบับที่ระลึกครบรอบปีที่ 55, น. 275 (กุมภาพันธ์ 2541). สืบค้นเมื่อวันที่ 4 กันยายน 2552, จาก <http://www.mfa.go.th/internet/document/834.pdf>; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น. 509.; จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น. 240.; จุมพต สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจของรัฐและความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), น. 130., กล่าวถึงใน อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551), น. 243.; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับกิจการการต่างประเทศ,” ใน รวมบทความงานวิชาการประจำปี ปี พ.ศ.2550, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ปทุมธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ศูนย์รังสิต, 2550), น. 77.

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีทางปฏิบัติของรัฐ รัฐธรรมนูญของบางรัฐ และความเห็นทางกฎหมายในเรื่องนี้ที่เห็นแตกต่างออกไป กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของหลายประเทศมักจะบัญญัติในทำนองว่า รัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายแก่คนชาติ X ในต่างประเทศ หรือบัญญัติว่า คนชาติ Y ต้องได้รับความคุ้มครองขณะอยู่อาศัยในต่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งตัวอย่างของรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนี้ เช่น รัฐธรรมนูญของสเปนบัญญัติว่า “รัฐจะต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมของคนชาติที่ไปทำงานในต่างประเทศ”¹³⁵ ซึ่งแสดงว่ารัฐธรรมนูญกำหนดความคุ้มครองสำหรับคนชาติที่ไปทำงานยังต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ หรือในกรณีของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีที่ได้กำหนดไว้เลยว่าเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะคุ้มครองคนชาติของตนในต่างประเทศ หรือในกรณีของฮังการีก็เช่นกันรัฐธรรมนูญของฮังการีได้กล่าวไว้ว่า “พลเมืองชาวฮังการีมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐในขณะที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศ”¹³⁶ หรือแม้แต่นิติบัญญัติฉบับปัจจุบันของไทยคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นก็มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 82 วรรค 2 ว่า “รัฐต้องส่งเสริมการค้า การลงทุน และการท่องเที่ยวกับนานาประเทศ ตลอดจนต้องให้ความคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคนไทยในต่างประเทศ”¹³⁷ จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงดูเหมือนว่าการที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองคนไทยในต่างประเทศนั้นเป็นหน้าที่ที่รัฐพึงต้องกระทำตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ประเทศเหล่านี้เห็นว่าการให้ความคุ้มครองคนชาตินั้นเป็นหน้าที่ที่รัฐพึงกระทำ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นสิทธิของคนชาติที่จะได้รับความคุ้มครองนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อสงสัยตามมาว่าความคุ้มครองคนชาติตามที่รัฐธรรมนูญเหล่านี้ได้กล่าวถึงนั้นจะหมายถึงความถึงความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ Dugard

¹³⁵ 1992 Constitution of Spain, article 42., cited by John R. Dugard., *supra* note 10, p. 30.

¹³⁶ 1949 Hungarian Constitution with amendments up to 1997, article 69., cited by John R. Dugard., *supra* note 10, p. 30.

¹³⁷ ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 27/2550 วันจันทร์ที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2550 ไม่มีการอภิปรายในประเด็นเรื่องการให้ความคุ้มครองคนไทยในต่างประเทศแต่อย่างใด (สำนักรายงานการประชุมและเลข ลำดับงานเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 27/2550,” น. 279-290 (18 มิถุนายน 2550). สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2552, จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ca/r061850.pdf)

(ผู้รายงานพิเศษ) ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ถึงแม้จะไม่สามารถชี้ขาดได้ว่าเรื่องใดและขอบเขตใดที่สิทธิดังกล่าวนี้จะสามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมายภายในของประเทศเหล่านั้น และจะหมายความว่าไปไกลถึงสิทธิในการเข้าถึงเจ้าพนักงานกงสุลในต่างประเทศด้วยหรือไม่ก็ตาม¹³⁸ แต่ในทางกลับกันมีการเสนอแนะว่าการที่รัฐต่างๆ พิจารณาความคุ้มครองทางทูตสำหรับคนชาติของรัฐตนในต่างประเทศนั้นเป็นสิ่งที่พึงประสงค์¹³⁹ ฉะนั้นจากข้อสังเกตดังกล่าวผู้เขียนจึงเห็นว่า ถึงแม้ว่าจะไม่สามารถสรุปได้อย่างชัดเจนว่าความคุ้มครองคนชาติในที่นี้จะหมายความว่าความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ แต่โดยทั่วไปก็เป็นที่ยอมรับว่าความคุ้มครองทางทูตนี้เป็นวิธีการหนึ่งของการให้ความคุ้มครองคนชาติที่อยู่ในต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจตีความได้ว่าคำว่าความคุ้มครองคนชาติในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเหล่านี้หมายความว่ารวมถึงความคุ้มครองทางทูตด้วยนั่นเอง ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศเหล่านี้เห็นว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของรัฐตน นอกจากนี้ ยังมีความเห็นของศาลภายในของบางประเทศที่เห็นว่าความคุ้มครองทางทูตเป็นหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ ในกรณีของอิสราเอล ซึ่งถึงแม้ว่าอิสราเอลจะไม่มีบทบัญญัติอย่างเป็นทางการที่ว่ารัฐต้องให้ความคุ้มครองคนชาติอิสราเอลในต่างประเทศประกอบกับการให้ความคุ้มครองเช่นนั้นตกอยู่ภายใต้ดุลพินิจของรัฐบาลก็ตาม แต่ศาลสูงของอิสราเอลได้ตัดสินว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะคุ้มครองคนชาติในประเทศศัตรู ซึ่งรัฐสามารถคุ้มครองบุคคลดังกล่าวได้โดยผ่านทางมาตรการของรัฐบาลอย่างเป็นมิตร¹⁴⁰ นอกจากนี้ ยังมีทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาซึ่งโดยปกติแล้วถึงแม้ว่าเจ้าหน้าที่รัฐบาลไม่มีหน้าที่ที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตนก็ตาม แต่ใน Hostage Act ค.ศ.1868 ก็ได้เรียกร้องให้ประธานาธิบดีเข้าแทรกแซงในกรณีที่พลเมืองอเมริกันถูกเพิกถอนเสรีภาพอย่างไม่เป็นธรรมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ประธานาธิบดีต้องใช้วิธีการที่ไม่ใช่การ

¹³⁸ ในประเด็นดังกล่าว Lee สงสัยว่าหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศกำหนดให้แก่เจ้าพนักงานกงสุลเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคนชาตินั้นตัดสินได้โดยกฎหมายหรือไม่ (L. T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2nd ed. (1991), chap. VIII, 124-127 et seq., cited by John R. Dugard., *supra* note 10, p. 30., fn 141.)

¹³⁹ John R. Dugard., *supra* note 10, p. 30.

¹⁴⁰ *Hakim v. Minister of Interior* (1952), 6 Piskei Din p. 642., cited by John R. Dugard., *supra* note 10, p. 31.

ประกาศสงครามและวิธีการที่ถูกห้ามตามกฎหมาย แต่เป็นวิธีที่เห็นสมควรและเหมาะสมเพื่อที่จะได้รับการปลดปล่อย¹⁴¹

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของบางรัฐหรือคำวินิจฉัยของศาลภายในบางประเทศจะเห็นว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่ในประเด็นดังกล่าวนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Barcelona Traction ได้เคยกล่าวไว้ว่า “สถานิติบัญญัติอาจจะออกกฎหมายกำหนดพันธะที่รัฐต้องคุ้มครองคนชาติในต่างประเทศ และอาจจะให้สิทธิแก่คนชาติที่จะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติตามพันธะนั้นและมีมาตรการบังคับให้เป็นไปตามนั้น ซึ่งประเด็นเหล่านี้ล้วนอยู่ในขอบเขตของกฎหมายภายในโดยไม่ได้มีผลกระทบกับระดับระหว่างประเทศ”¹⁴²

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแล้วจะพบว่า มีข้อบทหนึ่งที่ได้กล่าวแนะนำถึงทางปฏิบัติของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตตามร่างฉบับดังกล่าว โดยกล่าวไว้ว่า “รัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตตามร่างข้อบทฉบับนี้ **ควรจะ...**ให้การพิจารณาที่เหมาะสมแก่ความเป็นไปได้ในการให้ความคุ้มครองทางทูต โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อความเสียหายที่มีนัยสำคัญได้เกิดขึ้น”¹⁴³ ซึ่งถ้าสังเกตจะเห็นว่า ข้อบทดังกล่าวใช้คำว่า “ควรจะ” (should) โดยไม่ได้ใช้คำว่าต้อง(shall) ประกอบการที่ข้อบทดังกล่าวนี้มีเนื้อหาสาระเป็นเพียงคำแนะนำประกอบการใช้ดุลพินิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตเท่านั้น ฉะนั้นจึงอาจถือเป็นข้อสนับสนุนอีกประการหนึ่งได้ว่า คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศก็เห็นว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นดุลพินิจของรัฐอย่างแท้จริงเช่นกัน

¹⁴¹ John R. Dugard., *supra* note 10, p. 32.

¹⁴² Barcelona Traction Case, I.C.J. Reports (1970), para 78.

¹⁴³ Article 19 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

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

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

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

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

อนึ่ง นอกจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เห็นไปในแนวทางเดียวกันแล้ว ยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านที่ได้ให้ความเห็นในประเด็นดังกล่าวไปในทำนองเดียวกันอีกด้วย กล่าวคือ Amerasinghe ได้พูดถึงประเด็นดังกล่าวว่า “หน้าที่ที่ต้องคุ้มครองซึ่งได้รับการยอมรับจากกฎหมายภายในของบางรัฐนั้น ไม่ใช่หน้าที่ซึ่งรัฐมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดถึงแม้ว่าทางปฏิบัตินั้นจะกว้างขวางเพียงพอก็ตาม”¹⁴⁴

ดังนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า ถึงแม้กฎหมายภายในของรัฐนั้นๆจะบัญญัติว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องกระทำก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากมุมมองในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่าไม่มีการกำหนดหน้าที่เช่นนั้นแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นสิทธิของรัฐที่จะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นรายกรณีไป

2.3.2 การมอบสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูต

เมื่อได้ทราบแล้วว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของรัฐซึ่งรัฐจะพิจารณาให้หรือไม่ให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของรัฐในแต่ละกรณี ฉะนั้น จึงเกิดประเด็นคำถามที่ต้องพิจารณาต่อมาว่า สิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตนี้ รัฐสามารถมอบอำนาจให้รัฐอื่นใช้สิทธิดังกล่าวนี้แทนได้หรือไม่ ประการใด

สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความคุ้มครองทางทูตเป็นสิทธิของรัฐ¹⁴⁵ ฉะนั้นรัฐจึงอาจมอบสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตดังกล่าวให้แก่รัฐอีกรัฐหนึ่งได้โดยการทำความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเกิดขึ้นในกรณีที่รัฐไม่มีตัวแทนทางทูตในรัฐต่างประเทศที่มีคนชาติของรัฐตนอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก หรือกรณีที่รัฐตกอยู่ภายใต้การอารักขาของอีกรัฐหนึ่ง รวมถึงในกรณีที่ประเทศที่เข้าร่วมสงครามมักจะให้อำนาจในการคุ้มครองคนชาติในรัฐศัตรูแก่รัฐที่เป็นกลางอีกด้วย¹⁴⁶

ตัวอย่างของบทบัญญัติในเรื่องการมอบสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในปัจจุบันก็คือ ข้อ 8c ของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป (the Treaty on European Union—Maastricht Treaty) ที่บัญญัติว่า “พลเมืองทุกคนของสหภาพ, ในดินแดนของประเทศที่สามซึ่งรัฐสมาชิกที่พลเมืองเป็นคนชาตินั้นไม่ได้เป็นตัวแทน, ต้องมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจาก

¹⁴⁴ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 10, p. 87.

¹⁴⁵ Article 2 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

¹⁴⁶ John R. Dugard., *supra* note 67, pp. 4-5.

เจ้าหน้าที่ทางทูตหรือกงสุลของรัฐสมาชิกใดๆ ด้วยเงื่อนไขเดียวกันกับคนชาติของรัฐนั้น รัฐสมาชิกต้องบัญญัติกฎเกณฑ์ที่จำเป็นระหว่างรัฐและเริ่มการเจรจาในทางระหว่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งความคุ้มครองเช่นว่านี้” จากบทบัญญัติดังกล่าว มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัตินี้พิจารณาเรื่องความคุ้มครองทางทูตในความหมายเดียวกันกับร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ กล่าวคือ ตามร่างข้อบ่งชี้ความคุ้มครองทางทูตเป็นเรื่องที่รัฐกระทำการด้วยสิทธิของรัฐเองซึ่งเกิดจากความเสียหายแก่คนชาติอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐอีกรัฐหนึ่ง บทบัญญัตินี้จะหมายถึงความคุ้มครองทางทูตดังกล่าวหรือจะหมายถึงแต่เพียงการกระทำทางกงสุลซึ่งให้ความช่วยเหลือแก่คนชาติที่เดือดร้อนเท่านั้น นอกจากนี้ ในกรณีดังกล่าวนี้ยังยากที่จะเสนอแนะว่ารัฐที่สามซึ่งไม่ได้ให้ความยินยอมแก่การให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐยุโรปที่บุคคลผู้เสียหายไม่ได้เป็นคนชาติของรัฐนั้น จะถูกผูกพันตามกฎหมายเพื่อยอมรับสิทธิของรัฐดังกล่าวในการคุ้มครองบุคคลที่มีไซ่คนชาติหรือไม่ เพราะความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นความผูกพันทางสัญชาติระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองกับบุคคลผู้ได้รับความคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐที่มีรัฐยุโรปจำเป็นต้องให้ความยินยอมในกรณีดังกล่าวด้วย ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติในข้อ 8C จึงกำหนดให้มีการเจรจาระหว่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งความคุ้มครองเช่นว่านี้¹⁴⁷ ซึ่งจะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 ที่กำหนดว่าถ้าความสัมพันธ์ทางทูตถูกตัดระหว่างรัฐ 2 รัฐหรือถ้าคณะทูตถูกเรียกกลับอย่างถาวรหรือชั่วคราว รัฐผู้ส่งอาจมอบความคุ้มครอง....คนชาติให้แก่รัฐที่สามที่ได้รับการยอมรับจากรัฐผู้รับ¹⁴⁸

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการมอบสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นขึ้นอยู่กับลักษณะของสนธิสัญญาหรือความสัมพันธ์ทางสถาบันระหว่างรัฐที่มอบอำนาจ รัฐที่ได้รับมอบอำนาจ และรัฐที่สามซึ่งได้รับข้อเรียกร้องสำหรับความคุ้มครองทางทูตเป็นสำคัญ จึงทำให้เรื่องดังกล่าวนี้ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับทุกกรณี ประกอบกับทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวยังมีอยู่อย่างจำกัด ด้วยเหตุนี้ ผู้รายงานพิเศษที่ศึกษาเรื่องความคุ้มครองทางทูตจึงเห็นว่าประเด็นในเรื่องการมอบสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตนี้ยังไม่พร้อมสำหรับการจัดทำ

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 5

¹⁴⁸ Article 45(c) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961.; see also article 46.

ประมวลกฎหมาย¹⁴⁹ ดังนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด

2.4 วิธีการในการให้ความคุ้มครองทางทูต

เนื่องจากการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น รัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตอาจเรียกร้องให้อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบโดยการเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการพิจารณา¹⁵⁰ ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ก็คือการใช้ช่องทางในการชี้ขาดตัดสินคดีในทางระหว่างประเทศนั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดคำถามตามมาว่า วิธีดำเนินการในเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นมีแต่เฉพาะการชี้ขาดตัดสินคดีในทางระหว่างประเทศเท่านั้นหรือไม่ หรือนอกจากวิธีการดังกล่าวแล้วยังมีวิธีอื่นอีกหรือไม่ที่รัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตสามารถใช้เป็นช่องทางเพื่อเรียกร้องให้รัฐที่ต้องรับผิดชอบเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

ในประเด็นดังกล่าวนี้ มีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้ Bennouna ได้ยอมรับขอบเขตของการกระทำที่กว้างขวางซึ่งเปิดให้แก่รัฐในการใช้สิทธิในเรื่องความคุ้มครองทางทูต โดยกล่าวว่า “โดยหลักแล้วรัฐยังคงเลือกวิธีการดำเนินการเพื่อปกป้องคนชาติของตนได้ แม้ว่าจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในทางระหว่างประเทศและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่อาจตกลงหรือยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐไม่อาจใช้การคุกคามหรือใช้กำลังทางทหารในการให้ความคุ้มครองทางทูตได้”¹⁵¹

Borchard กล่าวว่า “ในขณะที่ไม่มีกฎหมายภายในระบูปฏิการณและจำกัดสิทธิในการให้ความคุ้มครอง แต่รัฐบาลแต่ละรัฐบาลก็สามารถตัดสินใจได้เองถึงเหตุผลอันสมควร ความเหมาะสม และวิธีทำการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ”¹⁵² จากคำกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า รัฐสามารถเลือกวิธีการในการให้ความคุ้มครองทางทูตได้

¹⁴⁹ John R. Dugard., *supra* note 67, p. 5.

¹⁵⁰ ดังจะเห็นได้จากในคดี Nottebohm, Barcelona Traction, ELSI, Interhandel, Diallo เป็นต้น

¹⁵¹ Mohamed Bennouna, *supra* note 120, p. 4. (para. 11)

¹⁵² Edwin M. Borchard, *supra* note 131, p. 354.

นอกจากนี้ Dunn ก็ได้กล่าวในทำนองเดียวกันว่า “ความคุ้มครองทางทูตครอบคลุมทุกกรณีของการเป็นผู้แทนอย่างเป็นทางการโดยรัฐบาลหนึ่งในนามของพลเมืองหรือผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของพลเมืองภายในเขตอำนาจของอีกรัฐบาลหนึ่ง เพื่อจุดประสงค์ในการป้องกันความเสียหายบางอย่างที่ถูกคุกคามในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายเช่นนั้น”¹⁵³ แล้วยังกล่าวต่อไปว่า “กรณีปกติของความคุ้มครองมักจะเกินกว่าชั้นของการเจรจาทางทูต สิ่งที่เกิดขึ้นเป็นปกติของความคุ้มครองก็คือรัฐบาลของคนต่างด้าวที่เสียหายเรียกร้องให้รัฐบาลที่กระทำผิดเอาใจใส่ในข้อเท็จจริงที่กล่าวหา และร้องขอให้มีขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อเยียวยาความเสียหายดังกล่าว”¹⁵⁴ ดังนั้นจากความเห็นของ Dunn จะเห็นได้ว่าวิธีการในเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นนอกจากการฟ้องร้องคดีในทางระหว่างประเทศแล้ว ยังรวมถึงการกระทำทางทูตอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากตำรากฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในปัจจุบันก็จะพบว่าในตำราเหล่านี้¹⁵⁵ มักจะไม่ค่อยได้กล่าวถึงวิธีการในเรื่องความคุ้มครองทางทูตหรือหากกล่าวถึงก็ไม่มี ความชัดเจนแต่อย่างใด¹⁵⁶ ฉะนั้นจึงไม่อาจสรุปได้ว่าความคุ้มครองทางทูตถูกจำกัดแต่เฉพาะกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการชี้ขาดตัดสินคดีในทางระหว่างประเทศเท่านั้น ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากคำตัดสินในทางระหว่างประเทศแล้วก็จะพบว่า ในคำตัดสินคดีต่าง ๆ นั้นแสดงให้เห็นว่าศาลยอมรับถึงวิธีการอย่างอื่นนอกจากกระบวนการพิจารณาทางศาลซึ่งรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นอาจใช้เป็นช่องทางในการเรียกร้องให้รัฐที่ต้องรับผิดชอบเยียวยาความเสียหายดังจะเห็นได้จากการที่ศาลได้กล่าวไว้ในคดี Barcelona Traction ว่า “ภายในขอบเขตที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอาจให้ความคุ้มครองทางทูตโดยวิธีใดก็ตาม...ที่รัฐคิดว่าเหมาะสม”¹⁵⁷ หรือในความเห็นเชิงปรีกษาคดี Reparation for Injuries ซึ่งถึงแม้ว่าจะเกี่ยวกับความคุ้มครองโดยองค์การระหว่างประเทศมิใช่โดยรัฐก็ตาม แต่ในการวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้อง

¹⁵³ Frederick Sherwood Dunn, *supra* note 11, p. 18.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 402-403.; Malcolm D. Evans, *International Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 483-493.; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 723.

¹⁵⁶ Annemarieke Vermeer-Künzli, *supra* note 30, p. 72.

¹⁵⁷ Barcelona Traction (Second Phase), I.C.J. Reports (1970), at 44 (para. 78).

กับความคุ้มครองทางทูตโดยทั่วไปก็ได้ยืนยันว่า “ในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นมีวิธีการที่หลากหลายสำหรับการเสนอข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการคัดค้าน การขอให้สอบสวน และการเจรจาด้วย”¹⁵⁸ ดังนั้น จากเหตุผลข้างต้นนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า นอกจากการชี้ขาดตัดสินคดีในทางระหว่างประเทศโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการแล้วก็มีวิธีการอื่นอีกที่รัฐใช้ในการเรียกร้องให้รัฐที่ต้องรับผิดชอบเยียวยาความเสียหายได้อีกด้วย

ฉะนั้น วิธีการที่รัฐซึ่งให้ความคุ้มครองใช้ในการเรียกร้องต่อรัฐอื่นเพื่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหายนั้น จึงอาจทำได้หลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาทางการทูต การกระทำทางกงสุล การไกล่เกลี่ย กระบวนพิจารณาทางศาลหรือทางอนุญาโตตุลาการ การกดดันทางเศรษฐกิจ การตัดความสัมพันธ์ทางทูต การตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(Reprisals) การตอบโต้การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เป็นมิตรด้วยการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เป็นมิตร(Retortion) หรือแม้แต่การใช้กำลังทางทหาร เป็นต้น¹⁵⁹ ซึ่ง Borchard ได้แบ่งวิธีการดังกล่าวโดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำว่า การกระทำนั้นมีลักษณะเป็นมิตรหรือไม่เป็นมิตร ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นวิธีการที่เป็นมิตร (amicable methods) ได้แก่ การเจรจาทางทูต การจัดเจรจา การไกล่เกลี่ย การอนุญาโตตุลาการ การแทรกแซงทางการทูต(Diplomatic interposition)¹⁶⁰ และวิธีการที่ไม่เป็นมิตร(non-amicable methods) ได้แก่ การถอนตัวแทนทางทูต แสดงการใช้กำลัง(Display of Force) การใช้กำลังทางทหาร การทำสงคราม รวมถึงการใช้มาตรการตอบโต้ทั้งโดยการตอบโต้การกระทำของรัฐอื่นซึ่งมิได้เป็นความผิดในทางระหว่างประเทศแต่มีลักษณะที่ไม่เป็นมิตร และการตอบโต้การกระทำของรัฐอื่นซึ่งเป็นความผิดในทางระหว่างประเทศ¹⁶¹

¹⁵⁸ Reparation for Injuries, at 177., cited by Annemarieke Vermeer-Künzli, *supra* note 30, p. 73.

¹⁵⁹ Edwin M. Borchard, *supra* note 131, p. 439.; Wilhelm Karl Geck, *supra* note 11, p. 116.

¹⁶⁰ คือ การเรียกร้องโดยผู้แทนอย่างเป็นทางการภายใต้อำนาจและในนามของรัฐบาล ซึ่งประกอบด้วยคำสั่งอย่างเป็นทางการไปยังตัวแทนทางทูตเพื่อยืนยันบันทึกต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ โดยกล่าวถึงมูลเหตุในการร้องเรียนและเรียกร้องให้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น (Edwin M. Borchard, *supra* note 131, pp. 441-442.)

¹⁶¹ Edwin M. Borchard, *supra* note 131, pp. 439-456.

แต่ทั้งนี้ถึงแม้ว่าจะมีการจำแนกประเภทของวิธีการในการเรียกร้องของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตดังกล่าวข้างต้นก็ตาม แต่วิธีการต่างๆ เหล่านี้ก็ยังคงถูกเรียกรวมกันโดยใช้คำว่า “ความคุ้มครองทางทูต” (diplomatic protection) โดยไม่ได้มีการแยกความแตกต่างว่าวิธีการใดเป็นการกระทางทูตและวิธีการใดเป็นกระบวนการพิจารณาทางศาลแต่อย่างใด¹⁶² แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับศาลนั้นเมื่อมีการกล่าวถึงการกระทำที่รัฐอาจใช้ในเรื่องความคุ้มครองทางทูตแล้ว ก็มักจะมีความพยายามที่จะแยกความแตกต่างระหว่าง “การกระทำทางทูต” (diplomatic action) และ “กระบวนการพิจารณาทางศาล” (judicial proceedings) ออกจากกัน¹⁶³

สำหรับร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้น เมื่อพิจารณาจากตัวบทในข้อ 1 ที่กล่าวว่า “.....ความคุ้มครองทางทูตประกอบด้วยการร้องขอโดยรัฐผ่านการกระทำทางทูต หรือวิธีอื่นในการระงับข้อพิพาทโดยสันติ.....” แล้ว จะเห็นได้ว่าข้อบทดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่า คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับความแตกต่างของวิธีการที่รัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตใช้ในการเรียกร้อง ระหว่างการกระทำทางทูตกับกระบวนการพิจารณาทางศาล ตามที่ศาลได้เคยกล่าวไว้นั่นเอง แต่ทั้งนี้คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้รวมวิธีการที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาทางศาลเข้าไว้กับคำว่า “วิธีอื่นในการระงับข้อพิพาทโดยสันติ”¹⁶⁴

ดังนั้น จึงต้องพิจารณาคำทั้งสองตามร่างฉบับนี้ว่ามีจุดมุ่งหมายให้ครอบคลุมถึงวิธีการใด ซึ่งในคำอธิบายร่างข้อบทของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำทางทูต” นั้นครอบคลุมวิธีดำเนินการทั้งหลายที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งรัฐใช้แจ้งความเห็นและความกังวลให้อีกรัฐหนึ่งทราบ ซึ่งรวมถึงการคัดค้าน การร้องขอให้ไต่สวนหรือให้เจรจาเพื่อจุดประสงค์ในการระงับข้อพิพาท แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการประท้วงอย่างเป็นทางการ (demarches) หรือการกระทำทางทูตอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการร้องขอให้่อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบตามกฎหมาย เช่น การขออย่างไม่เป็นทางการให้ดำเนินการแก้ไข ส่วนคำว่า “วิธีอื่นในการระงับข้อพิพาทโดยสันติ” นั้น ให้หมายรวมถึงทุกรูปแบบของการระงับข้อพิพาทโดยชอบด้วยกฎหมาย ตั้งแต่การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม ตลอดจนถึงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและทางศาล¹⁶⁵ ฉะนั้นเมื่อวิธีการในการเรียกร้องของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทาง

¹⁶² John R. Dugard., *supra* note 10, p. 15.

¹⁶³ *Ibid.* (ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินของศาลในคดี Panevezys-Saldutiskis Railway Case และคดี Nottebohm เป็นต้น)

¹⁶⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 27.

¹⁶⁵ *Ibid.*

ทูตตามร่างฉบับนี้จำกัดเฉพาะการกระทำทางทูตและวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติเท่านั้น โดยในส่วนของการกระทำทางทูตนั้นก็ถูกจำกัดโดยข้อกำหนดในเรื่องมาตรการตอบโต้ตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วยซึ่งทั้งนี้เป็นไปตามร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ¹⁶⁶ ประกอบกับความคุ้มครองทางทูตต้องถูกให้ด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายและโดยสันติ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การใช้กำลังทางทหาร (use of force) ซึ่งกฎบัตรสหประชาชาติได้ห้ามไว้¹⁶⁷ นั้น ไม่เป็นวิธีการที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สำหรับการบังคับใช้สิทธิในความคุ้มครองทางทูตของรัฐเช่นกัน

3. เงื่อนไขสำคัญในการให้ความคุ้มครองทางทูต

เนื่องจากการให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นการใช้สิทธิของรัฐที่ก่อให้เกิดการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นการยกระดับข้อพิพาทจากภายในประเทศให้กลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศขึ้น ประกอบกับเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้รัฐใดอาศัยการให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นช่องทางในการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น ดังนั้นการที่รัฐใดจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลได้นั้นจึงจำเป็นต้องมีเงื่อนไขในการที่รัฐจะใช้สิทธิดังกล่าว ซึ่งเงื่อนไขหลักๆ ที่สำคัญอันเป็นที่ยอมรับและเป็นทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศของรัฐต่างๆที่ใช้ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดา นั้น มีดังนี้

3.1 การกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ¹⁶⁸

ในทางระหว่างประเทศนั้นเมื่อรัฐหนึ่งได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการละเมิดพันธกรณีในทางระหว่างประเทศแล้ว ก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐนั้นในทาง

¹⁶⁶ John R. Dugard., *supra* note 10, p. 16.

¹⁶⁷ Article 2 of Charter of the United Nations.

“4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

¹⁶⁸ รายละเอียดของหัวข้อดังกล่าวศึกษาเพิ่มเติมได้ใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538)

ระหว่างประเทศ และเมื่อความรับผิดชอบของรัฐได้เกิดขึ้นแล้ว ในทางระหว่างประเทศก็มีกลไกวิธีดำเนินการต่างๆ เพื่อเรียกร้องให้รัฐที่กระทำการดังกล่าวรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อไป ซึ่งหนึ่งในวิธีดำเนินการเพื่อให้รัฐเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศก็คือการให้ความคุ้มครองทางทูต¹⁶⁹ นั่นเอง นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการศึกษาร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็จะพบว่าเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นแต่เดิมเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ และถึงแม้ว่าการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในระยะเวลาต่อมานั้นได้ให้ความสนใจในหัวข้อความคุ้มครองทางทูตน้อยลงก็ตาม¹⁷⁰ แต่ในคำอธิบายร่างข้อบทสุดท้ายของความรับผิดชอบของรัฐได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า เรื่องสัญชาติของข้อเรียกร้องและการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องอันเป็นหัวใจสำคัญของความคุ้มครองทางทูตนั้นเกี่ยวข้องกับหัวข้อในการศึกษาของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศอีกหัวข้อหนึ่งที่ได้แยกออกมาต่างหาก¹⁷¹ ซึ่งก็คือเรื่องความคุ้มครองทางทูต ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความคุ้มครองทางทูตมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ ตามปกติการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศที่นำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศนั้น อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีที่รัฐกระทำต่อรัฐด้วยตนเอง และกรณีที่รัฐกระทำต่อบุคคล จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าทั้งรัฐและบุคคลต่างก็สามารถตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของอีกรัฐหนึ่งได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม เฉพาะกรณีที่รัฐเป็นผู้เสียหายเท่านั้น รัฐจึงจะสามารถเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิดรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้ ในขณะที่บุคคลนั้นเมื่อได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐแล้วก็ไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิดรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้โดยตรง ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้รัฐที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับบุคคลผู้เสียหายจึงต้องเข้าดำเนินการเรียกร้องความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศแทนโดยอาศัยกลไกในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั่นเอง¹⁷²

¹⁶⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 134, น. 507.

¹⁷⁰ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 22.

¹⁷¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, footnotes 722 and 726.

¹⁷² ฉะนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า คำว่าการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 1 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐและร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้นมีความหมายไปในแนวทางเดียวกัน เพียงแต่ในบริบทของร่างข้อบท

ด้วยเหตุนี้ เรื่องการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งถูกบัญญัติไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้นจึงมีความสัมพันธ์กับการให้ความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เป็นเงื่อนไขสำคัญประการแรกที่รัฐจะต้องใช้ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดา

เมื่อพิจารณาจากร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ค.ศ.2001 นั้น จะพบว่าร่างได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศไว้ว่า “การกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐทุกการกระทำย่อมก่อให้เกิดผลเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น”¹⁷³ ฉะนั้นจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นนั่นเอง ซึ่งการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายนี้ ประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ¹⁷⁴ ได้แก่

- (1) ต้องเป็นการกระทำที่แสดงว่าเป็นความประพฤติของรัฐ และ
- (2) การกระทำนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ

1. การกระทำที่แสดงว่าเป็นความประพฤติของรัฐ (Attribution of conduct of the State)

การที่รัฐจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องปรากฏว่ามีการกระทำหรืองดเว้นกระทำที่แสดงว่าเป็นความประพฤติของรัฐนั้น ไม่ว่ารัฐนั้นจะได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการด้วยตนเองหรือเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำของบุคคลอื่นซึ่งรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น อันเป็นผลมาจากการที่รัฐนั้นมีอำนาจเหนือบุคคลดังกล่าวหรือรัฐยอมรับผลของการกระทำนั้นว่าเป็นของตนก็ตาม ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจจำแนกได้ดังนี้¹⁷⁵

ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้นคำดังกล่าวถูกจำกัดให้อยู่ในกรอบที่แคบกว่า กล่าวคือ หมายความว่าถึงแต่เฉพาะการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศที่รัฐกระทำต่อบุคคลซึ่งในที่นี้ก็คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเท่านั้น โดยไม่หมายความรวมถึงการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศที่รัฐหนึ่งกระทำต่ออีกรัฐหนึ่งเหมือนดังเช่นในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

¹⁷³ Article 1 of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

¹⁷⁴ Article 2, id.

¹⁷⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 82-86.

1.1 การกระทำขององค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เนื่องจากรัฐเป็นบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ฉะนั้นการกระทำของรัฐจึงต้องกระทำผ่านทางบุคคลที่มีอำนาจทำการแทนรัฐซึ่งโดยปกติได้แก่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นการกระทำของรัฐจึงเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ ได้แก่ การกระทำของรัฐบาลที่เป็นฝ่ายบริหารรวมทั้งองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆของรัฐ การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายตุลาการ และรวมถึงการกระทำในกิจการของรัฐในลักษณะอื่นๆที่มีผลเป็นการกระทำแทนรัฐอีกด้วย นอกจากนี้การกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำขององค์กรในระดับใดและไม่ว่าลักษณะขององค์กรของรัฐจะเป็นองค์กรของรัฐบาลกลางหรือองค์กรของมลรัฐก็ตาม ก็ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐทั้งสิ้น¹⁷⁶

ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการแบ่งอำนาจขององค์กรของรัฐตามกฎหมายภายในนั้นไม่ได้มีผลกระทบใดๆต่อการกำหนดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากการที่ร่างข้อบทนี้ได้ระบุให้ใช้หลักการดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงว่าองค์กรที่กระทำการนั้นจะถูกกำหนดให้มีสถานะทางการบังคับบัญชาในชั้นใดหรือใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ภายในประเทศหรือในระดับระหว่างประเทศ หรือดำเนินกิจกรรมของฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ หรือประการอื่นใดก็ตาม ตัวอย่างการกระทำขององค์กรต่างๆที่รัฐจะต้องรับผิดชอบเช่น¹⁷⁷

การกระทำของฝ่ายบริหาร เช่น รัฐต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่กระทบต่อสัญญาซึ่งให้ประโยชน์ต่อคนต่างด้าวและไม่ปฏิบัติตามหลักการเคารพต่อพันธกรณีในสัญญาและต่อสิทธิที่ได้มา (acquired rights) หรือการจับตัวบุคคลโดยอำเภอใจและการปฏิบัติอย่างไม่ถูกต้อง หรือการขับออกจากประเทศตามอำเภอใจ หรือการกระทำของหน่วยงานทางทหารในสภาวะสงครามและปกติเช่น การยึดเรือ หรือการดำเนินการต่อคนต่างชาติของรัฐคู่สงครามหรือรัฐที่เป็นกลาง รวมทั้งการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ในภาวะปกติ

ส่วนการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น การงดเว้นไม่ออกมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยทั้งนี้รัฐไม่อาจอ้างความเป็นอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติหรือ

¹⁷⁶ Article 4 of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

¹⁷⁷ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 134, น.478-479.

ขั้นตอนที่บกพร่องของกระบวนการทางรัฐสภาเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบได้แต่อย่างใด หรือการออกกฎหมายที่ขัดกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้เช่นกัน

สำหรับการกระทำของฝ่ายตุลาการในที่นี้ก็คือ การปฏิเสธที่จะให้ความยุติธรรม (denial of justice) เช่น การปฏิเสธไม่ให้เป็นคู่ความในศาลต่างๆ การพิจารณาอย่างล่าช้ากว่าปกติ การพิจารณาคดีอย่างผิวเผิน การใช้พฤติกรรมที่แสดงให้เห็นถึงการมีอคติต่อคนต่างชาติ คำตัดสินที่ขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ยุติธรรมอย่างชัดแจ้ง และการปฏิเสธที่จะบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาที่เป็นคุณแก่คนต่างชาติ เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำขององค์กรต่างๆของรัฐล้วนแล้วแต่เป็นการกระทำที่ถือว่าการกระทำของรัฐแทบทั้งสิ้น ซึ่งคำว่า “องค์กร” ในที่นี้มีได้หมายถึงแต่เฉพาะเพียงองค์กรของรัฐต่างๆตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นเท่านั้น แต่ยังคงหมายความรวมถึงบุคคลหรือองค์การที่มีสถานะเป็นองค์กรตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นอีกด้วย¹⁷⁸

แต่อย่างไรก็ตาม การมีสถานะเป็นองค์กรตามกฎหมายภายในนั้น ในทางระหว่างประเทศมิได้หมายถึงแต่เพียงองค์กรที่ถูกกำหนดสถานะโดยกฎหมายภายในของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังรวมถึงการมีสถานะเป็นองค์กรในทางปฏิบัติด้วย กล่าวคือ ในบางกรณีเมื่อพิจารณาจากอำนาจขององค์การและความสัมพันธ์กับหน่วยงานอื่นแล้วจะพบว่าองค์การนั้นถูกจัดว่าเป็นองค์กร ในขณะที่กฎหมายภายในไม่ได้แสดงถึงการจำแนกประเภทดังกล่าวไว้แต่อย่างใด เช่น ในระบบกฎหมายบางระบบได้ให้คำจำกัดความคำว่า “รัฐบาล” ว่าหมายถึงแต่เพียงหน่วยงานในระดับสูงสุดซึ่งได้แก่ประมุขของรัฐ(head of State)และคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ในขณะที่ตำรวจมีสถานะพิเศษเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร แต่ในกรณีดังกล่าวนี้ก็ไม่ได้หมายความว่าเมื่อพิจารณาจากความมุ่งหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วตำรวจจะไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐด้วยเช่นกัน ฉะนั้นรัฐจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของหน่วยงานซึ่งในทางปฏิบัติถือว่าการกระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐโดยการปฏิเสธสถานะตามกฎหมายภายในของหน่วยงานนั้นได้แต่อย่างใด¹⁷⁹

¹⁷⁸ Article 4(2) of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

¹⁷⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, p. 42.

นอกจากนี้การกระทำขององค์กรของรัฐยังหมายความรวมถึงกรณีการกระทำขององค์กรของรัฐอื่นแต่ตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐนั้นและใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลของรัฐที่องค์กรนั้นตั้งอยู่อีกด้วย ซึ่งในกรณีนี้การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำของรัฐที่องค์กรนั้นตั้งอยู่¹⁸⁰ นั่นเอง

1.2 การกระทำของบุคคลอื่นในบางกรณีที่รัฐต้องรับผิดชอบ

(1) กรณีที่การกระทำอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ

การกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุม (Effective control) ของรัฐ แม้จะเป็นการกระทำของบุคคลอื่นก็ตาม แต่รัฐก็ยังต้องรับผิดชอบอยู่นั้น เนื่องมาจากการที่รัฐเป็นผู้มีอำนาจควบคุมสั่งการหรืออำนวยการให้เกิดการกระทำนั้นขึ้นโดยตรง ด้วยเหตุนี้จึงต้องถือว่าการกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กระทำการไปตามคำสั่งหรืออยู่ภายใต้อำนาจควบคุมอำนวยการของรัฐนั้นมีผลเท่าเทียมว่าเป็นการกระทำของรัฐนั่นเอง ดังที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐว่า “การกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลจะต้องถือว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าในความจริงปรากฏว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้กระทำการไปตามคำบอกกล่าวหรือกระทำการไปภายใต้การอำนวยการหรือการควบคุมของรัฐนั้นอันทำให้เกิดการกระทำนั้นขึ้น”¹⁸¹ นั่นเอง

(2) กรณีการกระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

แม้การกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นการกระทำที่เกินของอำนาจ แต่รัฐก็ยังต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศอยู่ หากปรากฏว่าเป็นการกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ และแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็ตาม รัฐก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือปิดความรับผิดชอบได้¹⁸²

(3) การกระทำของบุคคลอื่นที่เข้ามาใช้อำนาจรัฐในขณะที่รัฐไม่มีเจ้าหน้าที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่

การกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กระทำการใดๆซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐในขณะที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น หรือบุคคลดังกล่าวได้กระทำการแทนรัฐนั้นในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น การกระทำในกรณีเหล่านี้ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้นด้วย ซึ่งร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้บัญญัติหลักการในเรื่องนี้ไว้ว่า “การกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

¹⁸⁰ Article 6 of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

¹⁸¹ Article 8, *id.*

¹⁸² Article 7, *id.*

จะต้องถือว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าในทางข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำของบุคคลเช่นว่านั้นเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาล ในกรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ปฏิบัติหน้าที่หรือบุคคลเช่นว่านั้นได้กระทำการไปในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐเสียเองและรวมถึงการกระทำของบุคคลเช่นว่านั้นในสภาวะการณ์ต่างๆ เช่น ในสภาวะการณ์ที่มีการขอให้บุคคลเช่นว่านั้นกระทำการใช้อำนาจหน้าที่ต่างๆของรัฐ”¹⁸³

แต่อย่างไรก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่เป็นของเอกชนโดยแท้ (Purely private act) ซึ่งมีใช้การกระทำของรัฐแล้ว ก็จะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบใดๆต่อรัฐ ทั้งนี้ถึงแม้ว่ารัฐนั้นอาจจะยังคงต้องรับผิดชอบในฐานะที่รัฐไม่ควบคุมดูแลมิให้เกิดเหตุร้ายขึ้นก็ตาม เช่น การกระทำของฝูงชน (Mob) หรือการกระทำส่วนตัวของปัจเจกชน (Private individuals) ซึ่งโดยหลักย่อมมิใช่การกระทำของรัฐ เว้นแต่การกระทำนั้นจะกระทำภายใต้อำนาจในการควบคุมดูแลของรัฐดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น

(4) กรณีที่รัฐยอมรับผลของการกระทำของบุคคลอื่นมาเป็นการกระทำของตน

แม้ว่าโดยปกติ การกระทำที่เป็นของเอกชนโดยแท้จะมีใช้การกระทำของรัฐ แต่ถ้ารัฐยอมรับผลของการกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำของตนแล้ว ก็ต้องถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐนั้นได้และรัฐนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นด้วย ตามที่ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้บัญญัติไว้ว่า “การกระทำที่มีใช้การกระทำของรัฐตามนัยมาตราก่อนๆ อาจถือเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ ถ้าปรากฏว่ารัฐนั้นรู้ถึงการกระทำนั้นและรับเอาการกระทำนั้นเป็นการกระทำของตน”¹⁸⁴

1.3 ข้อยกเว้น

รัฐไม่ต้องรับผิดชอบหรือหลุดพ้นจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ หากเข้าข้อยกเว้นดังต่อไปนี้

(1) กรณีการกระทำส่วนตัวโดยแท้ (Personal Acts)

การกระทำที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบโดยหลักก็คือ การกระทำของเอกชนโดยแท้ กล่าวคือ เป็นการกระทำของปัจเจกชนผู้ซึ่งมิได้มีตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ รวมทั้งมิได้รับมอบหมายหรือแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อให้ปฏิบัติภารกิจอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ในขอบเขตคำสั่งของเจ้าหน้าที่ และได้อยู่ภายใต้การควบคุมอำนาจการอย่างหนึ่งอย่างใด ฉะนั้นจึงอาจ

¹⁸³ Article 9, id.

¹⁸⁴ Article 11, id.

กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการกระทำของปัจเจกชนธรรมดาเท่านั้น มิใช่เป็นการกระทำในนามของ รัฐทั้งโดยนิตินัยและโดยพฤตินัย¹⁸⁵ นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามหากรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำ ของปัจเจกชนดังกล่าวแล้ว ก็ต้องเป็นกรณีที่เราเห็นว่ารัฐมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว ในทางใดทางหนึ่ง เช่น รัฐมีอำนาจสั่งการหรือควบคุมการกระทำนั้นหรือเป็นการกระทำของ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เป็นต้น

(2) กรณีการกระทำของขบวนการฝ่ายกบฏ (Insurrectionary movement)¹⁸⁶

ในส่วนของการกระทำที่เป็นของพวกกบฏนั้น มาตรา 10 ของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความ รับผิดชอบของรัฐได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของพวกกบฏ ดังกล่าว เว้นแต่ฝ่ายกบฏนั้นจะกลายมาเป็นรัฐบาลของรัฐนั้น หรือสามารถแยกตัวตั้งเป็นรัฐใหม่ ได้สำเร็จ ในกรณีเช่นนี้ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศจึงจะตกอยู่กับรัฐนั้น ทั้งนี้รวมถึง การกระทำของรัฐบาลเดิมที่รัฐนั้นจะต้องรับผิดชอบด้วย ฉะนั้นจากบทบัญญัติดังกล่าวจึงอาจ แยกการกระทำของขบวนการฝ่ายกบฏได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก หากพวกกบฏกระทำการไม่สำเร็จ คือรัฐสามารถปราบพวกกบฏเหล่านั้นได้ ในกรณีนี้การกระทำของพวกกบฏไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ รัฐจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อการ กระทำของพวกกบฏดังกล่าว ซึ่งหลักการนี้อยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่าโครงสร้างและระบบการ จัดการของขบวนการฝ่ายกบฏนั้นเป็นอิสระจากรัฐ¹⁸⁷

กรณีที่สอง หากพวกกบฏกระทำการสำเร็จโดยได้เป็นรัฐบาลของรัฐนั้น หรือ สามารถแยกตัวตั้งรัฐใหม่ได้ ในกรณีนี้รัฐบาลใหม่หรือรัฐใหม่จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของ ตนในขณะที่เป็นกบฏ และรวมถึงการกระทำของรัฐบาลเดิมด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้อยู่บน

¹⁸⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 168, น. 41.

¹⁸⁶ ความหมายของคำว่า “ขบวนการฝ่ายกบฏ” (insurrectional movement) นั้น ใน คำอธิบายร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้แนะนำให้มาขอบเขตในการปรับใช้กฎหมาย ขัดแย้งทางทหาร (armed conflict) ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญากรุงเจนีวา วันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองเหยื่อของการขัดแย้งทางทหารที่มีใช้ระหว่างประเทศ (พิธีสารฉบับที่ 2) มาเป็นแนวทางในการพิจารณา (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, p. 51., para 9.)

¹⁸⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, p. 50., para 4.

พื้นฐานของความต่อเนื่องระหว่างขบวนการฝ่ายกบฏและการได้เป็นรัฐบาลใหม่หรือรัฐใหม่ในที่สุด¹⁸⁸

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดจึงอาจสรุปได้ว่า ความรับผิดชอบของรัฐนั้นเกิดมาจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายที่อาจใช้ยืนยันรัฐนั้นได้ ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำที่เป็นของรัฐนั้นเองหรือเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การควบคุมอำนาวยการของรัฐหรือเป็นกรณีที่รัฐยอมรับเอาผลของการกระทำนั้นมาเป็นของตนก็ตาม

2. การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ¹⁸⁹

มาตรา 12 ของร่างข้อบทดังกล่าวได้บัญญัติถึงการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศไว้ว่า “การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐต้องผูกพัน ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงที่มาหรือลักษณะของพันธกรณีนั้น” ซึ่งคำว่า “พันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ” ในที่นี้ก็คือ พันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจเกิดขึ้นมาจากพันธกรณีที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น สนธิสัญญา หรือพันธกรณีที่มิใช่ลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป การกระทำฝ่ายเดียว ฯลฯ

นอกจากนี้ ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐยังได้บัญญัติอีกด้วยว่า “การกระทำของรัฐย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ เว้นแต่รัฐจะถูกผูกพันอยู่กับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เป็นปัญหานั้น ในขณะที่การกระทำได้เกิดขึ้น”¹⁹⁰ ซึ่งจากข้อบทนี้จะเห็นได้ว่า นอกจากจะต้องพิจารณาองค์ประกอบทั้งสองข้อของการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังจะต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่าในขณะที่รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น พันธกรณีดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐผู้ละเมิดอยู่ในขณะที่ละเมิดหรือไม่ เพราะการบังคับใช้กฎหมายจะใช้บังคับย้อนหลังเป็นโทษแก่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐจึงต้องพิจารณาว่าในขณะที่มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐเกิดขึ้นนั้น พันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับรัฐนั้นแล้วหรือยัง หรือพันธกรณีดังกล่าวได้สิ้นสุดลงไปก่อนที่มีการละเมิดหรือไม่ด้วย

นอกจากนั้น ในบางครั้งการละเมิดพันธกรณีแม้จะเป็นไปอย่างรวดเร็วชั่วขณะไม่ต่อเนื่อง แต่ผลของความเสียหายก็อาจมีอยู่อย่างต่อเนื่องถาวรก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ร่างข้อบทจึงให้

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 64, น. 91-92.

¹⁹⁰ Article 13 of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

ถือเอาวันที่มีการละเมิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาระยะเวลาในการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ¹⁹¹ แต่ในทางกลับกัน การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในบางกรณีก็อาจเป็นไปอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ซึ่งกรณีเช่นนี้ ร่างข้อบทก็ให้ถือเอาระยะเวลาทั้งหมดที่มีการละเมิดนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องระยะเวลาในการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ¹⁹²

สำหรับกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีที่รัฐมีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ใดนั้น รัฐย่อมจะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเมื่อมีเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นและจะมีไปตลอดระยะเวลาที่ขยายออกไป และยังคงมีผลไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐนั้น¹⁹³

3.2 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับผู้รับความคุ้มครองทางทูต

เมื่อพิจารณาแล้วว่าการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศขึ้นแล้ว การที่รัฐจะเรียกร้องให้อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศด้วยวิธีการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้น เงื่อนไขสำคัญประการต่อมาที่จะต้องพิจารณาก็คือเรื่องความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลผู้รับความคุ้มครองทางทูต เนื่องจากโดยหลักแล้ว การที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดนั้น รัฐกับบุคคลดังกล่าวจะต้องมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความชอบธรรมแก่รัฐที่จะใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวเพื่อเรียกร้องความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐอีกรัฐหนึ่ง ด้วยเหตุนี้การพิจารณาว่ารัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลผู้รับความคุ้มครองทางทูตนั้นมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อกันหรือไม่นั้นจึงมีความสำคัญต่อการพิจารณาของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูต ซึ่งเงื่อนไขประการนี้จะพิจารณาจากหลักสัญชาติเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีก็อาจมีข้อยกเว้นอยู่บ้างที่รัฐอาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลผู้มิได้มีสัญชาติของรัฐนั้นได้เช่นกัน ซึ่งรายละเอียดของเรื่องนี้จะได้กล่าวถึงต่อไป

¹⁹¹ Article 14(1), id.

¹⁹² Article 14(2), id.

¹⁹³ Article 14(3), id.

3.3 หลักความต่อเนื่องในการถือสัญชาติ

เงื่อนไขในข้อนี้เป็นการพิจารณาต่อเนื่องมาจากเงื่อนไขประการก่อน กล่าวคือ เมื่อพิจารณาแล้วว่ารัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้นมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อกัน เงื่อนไขสำคัญที่จะต้องพิจารณาในประการต่อมาก็คือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างกันดังกล่าวนี้มีอยู่อย่างต่อเนื่องนับจากวันที่บุคคลผู้นั้นได้รับความเสียหายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าบุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองทางทูตนั้นถือสัญชาติของรัฐอย่างต่อเนื่องนับจากวันที่ได้รับความเสียหายหรือไม่ ฉะนั้นเงื่อนไขในข้อนี้ก็คือการพิจารณาหลักความต่อเนื่องในการถือสัญชาตินั่นเอง

3.4 การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

สำหรับเงื่อนไขประการสุดท้ายนี้คือเมื่อพิจารณาแล้วว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับรัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตและเป็นความสัมพันธ์ที่มีมาอย่างต่อเนื่องนับแต่วันที่ได้รับความเสียหายแล้ว บุคคลดังกล่าวนี้สามารถใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายต่างๆ ที่มีอยู่ภายในรัฐที่ตนได้รับความเสียหายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือรัฐที่ถูกเรียกร้องเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจนสิ้นสุดช่องทางเยียวยาแล้วหรือไม่ ซึ่งเงื่อนไขในข้อนี้เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐที่ถูกเรียกร้องได้ใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายตามที่มีอยู่ภายในรัฐของตนก่อนที่จะมีการดำเนินการใดๆ ในทางระหว่างประเทศต่อไป และหากความเสียหายที่บุคคลดังกล่าวได้รับยังคงไม่ได้รับการเยียวยาอยู่อีก รัฐที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับบุคคลดังกล่าวจึงจะสามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลนั้นได้

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า การที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดก็ตาม จะต้องผ่านการพิจารณาหลักเกณฑ์เงื่อนไขครบทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้นเสียก่อน รัฐจึงจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลนั้นได้ โดยทั้งนี้เนื้อหาของรายละเอียดของเงื่อนไขในแต่ละข้อนั้นจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับเงื่อนไขในประการแรกที่ว่ากระทำความผิดของรัฐที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น แม้จะถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในการที่รัฐจะพิจารณาให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดาก็ตาม แต่ในที่นี้จะไม่ได้ศึกษาลงรายละเอียดแยกออกเป็นอีกบทหนึ่งต่างหาก เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษากรณีของร่างข้อบทว่า

ด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในร่างข้อบทยังกล่าว มิได้กล่าวถึงการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ก็เพราะเหตุที่ว่า เงื่อนไขในเรื่องดังกล่าวนั้นคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ไว้ แล้วในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ค.ศ. 2001 ด้วยเหตุนี้ร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตจึงมิได้กล่าวถึงเงื่อนไขในเรื่องนี้ซ้ำอีก¹⁹⁴ ฉะนั้น จากเหตุผลดังกล่าวในบทต่อไปของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมิได้มีการกล่าวถึงหรือศึกษา วิเคราะห์ประเด็นต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในเรื่องการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดการละเมิด พันธกรณีระหว่างประเทศอีกแต่อย่างใด

¹⁹⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 22.