บทที่ 3

ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับผู้รับความคุ้มครองทางทูต

การที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดนั้น ตามปกติรัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตมักเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติ และบุคคลผู้รับความคุ้มครองทางทูตก็มักจะเป็นคนชาติของรัฐดังกล่าวเช่นกัน ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยพิจารณาจากหลักสัญชาติเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตามอาจมีบางกรณีที่รัฐให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ซึ่งมิได้เป็นคนชาติของรัฐตน หรือกรณีที่รัฐไม่อาจให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ซึ่งรัฐถือว่าเป็นคนชาติแต่กฎหมายระหว่างประเทศถือว่าอยู่นอกเหนือเขตอำนาจที่คุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า[1] ไม่ถูกต้องที่จะกล่าวว่าสัญชาติเป็นพื้นฐานของความคุ้มครองทางทูต แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ถูกต้องเช่นกันที่จะกล่าวว่าสัญชาตินั้นไม่เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างสิทธิ์เพื่อคุ้มครองแต่อย่างใด ฉะนั้นนักกฎหมายท่านนี้จึงเห็นว่าสัญชาติเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนของกิจกรรมในทางระหว่างประเทศ

ดังนั้น เพื่อให้ครอบคลุมการให้ความคุ้มครองทางทูตในทุกกรณี จึงอาจกล่าวได้ว่าเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณาในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดาก็คือความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับตัวบุคคลผู้รับความคุ้มครองทางทูตนั่นเอง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าตามปกติรัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้นจึงจะเป็นรัฐที่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตได้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติแล้ว จะเห็นได้ว่าอาจเกิดกรณีที่บุคคลคนหนึ่งมีหลายสัญชาติได้ จึงก่อให้เกิดคำถามขึ้นว่าในกรณีดังกล่าวนี้รัฐเจ้าของสัญชาติรัฐใดบ้างจะเป็นรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตได้ นอกจากนี้บางกรณีบุคคลอาจไม่ได้มีสัญชาติของรัฐใดเลย แล้วบุคคลเหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองทางทูตได้หรือไม่ และรัฐใดจะเป็นรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลเหล่านี้ได้ ดังนั้นในการศึกษาเงื่อนไขประการแรกนี้จึงแบ่งกรณีศึกษาออกเป็น 3 กรณี ได้แก่

---

[1] D.P. O'Connell, International Law, Volume 2, 2nd ed. (London: Stevens & Sons, 1970), p. 670.

1. กรณีบุคคลมีสัญชาติเดียว

โดยหลักแล้ว รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลธรรมดาผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดของอีกรัฐหนึ่งได้ต่อเมื่อบุคคลผู้เสียหายนั้นมีสัญชาติของรัฐดังกล่าว ซึ่งหลักในการพิจารณาให้สัญชาติของบุคคลนี้ ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยกล่าวไว้ในความเห็นเชิงปรึกษา (Advisory Opinion) คดีกฤษฎีกาสัญชาติในตูนิสและโมร็อกโก ค.ศ.1923 (Nationality Decrees in Tunis and Morocco) ว่า "ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหาในเรื่องสัญชาติเป็นไปตามหลักภายในของรัฐนั้น."[2] ประกอบกับการที่อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ.1930 ได้กำหนดว่า "รัฐแต่ละรัฐเป็นผู้กำหนดตามกฎหมายของตนว่าบุคคลใดเป็นคนชาติของตน และกฎหมายเช่นว่านี้รัฐอื่นจะต้องยอมรับตราบเท่าที่สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปเกี่ยวกับสัญชาติ"[3]

นอกจากนี้นักกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็กล่าวไปในแนวทางเดียวกันว่าสัญชาติเป็นเขตอำนาจภายในของรัฐเช่นกัน

Lauterpacht ได้แสดงความเห็นไว้ว่า "ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญชาติย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ โดยรัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ รัฐไม่เพียงแต่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการได้มาซึ่งสัญชาติเท่านั้นแต่รัฐยังสามารถที่จะกำหนดการไม่ให้สัญชาติแก่คนชาติของตนได้อีกด้วย"[4]

Oppenheim ได้กล่าวว่า "ไม่ใช่เรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแต่เป็นเรื่องของกฎหมายภายในที่จะกำหนดว่าใครจะเป็นและไม่เป็นคนชาติของรัฐ"[5]

---

[2] Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco, advisory opinion, P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4., 1923, cited by D.J. Harris, Case and Materials on International Law, Sixth edition (London: Sweet & Maxwell, 2004), p. 616.

[3] Article 1 of the Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

[4] ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, เล่ม1, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น. 25-26.

[5] Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), Oppenheim's International Law, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 852.

ดังนั้น จากข้อสนับสนุนทั้งคำตัดสินของศาลและสนธิสัญญาตลอดจนความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการให้สัญชาตินั้นเป็นอำนาจของแต่ละรัฐที่จะให้สัญชาติบุคคลของตน แต่ทั้งนี้อำนาจดังกล่าวของรัฐก็ไม่ได้เป็นไปอย่างเด็ดขาด เพราะรัฐไม่สามารถให้สัญชาติบุคคลของตนโดยขัดต่อกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งข้อจำกัดนี้ได้รับการกล่าวยืนยันไว้ในอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1930 ฉบับดังกล่าวข้างต้นด้วย[6]

การให้สัญชาติแก่บุคคลธรรมดานั้น เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของนานาประเทศแล้วจะพบว่ามีอยู่ด้วยกัน 5 รูปแบบ[7] โดยทั้งนี้สามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ[8] ได้แก่ การให้สัญชาติโดยการเกิด และการให้สัญชาติภายหลังการเกิด

การให้สัญชาติโดยการเกิด ก็คือ สัญชาติต้นกำเนิดที่ได้มาจากการเกิด ซึ่งอาศัยหลัก 2 ประการ ได้แก่ “หลักสืบสายโลหิต” (jus sanguinis) กล่าวคือการให้สัญชาติโดยอาศัยความเกี่ยวพันกับผู้ปกครองของเด็กตามสายเลือด ฉะนั้นตามหลักการนี้เด็กที่เกิดจากคนชาติของรัฐย่อมได้รับสัญชาติของรัฐทั้งสิ้น ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กนั้นจะเกิดในดินแดนของรัฐหรือนอกดินแดนของรัฐก็ตาม แต่ในกรณีของเด็กที่เกิดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มักจะมีสัญชาติตามสัญชาติของมารดา สำหรับหลักประการที่สองนั้นก็คือ “หลักดินแดน” (jus soli) อันเป็นการให้สัญชาติโดยพิจารณาจากความเกี่ยวพันทางดินแดนอันเป็นสถานที่เกิดเป็นสำคัญ กล่าวคือ เด็กที่เกิดบนดินแดนของรัฐใดก็จะมีสัญชาติของรัฐนั้นไม่ว่าบิดามารดาจะเป็นคนชาติของรัฐดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม ซึ่งรัฐใดจะให้สัญชาติโดยการเกิดโดยอาศัยหลักใดนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นให้ความสำคัญกับหลักใดมากกว่ากัน แต่อย่างไรก็ตามรัฐส่วนใหญ่มักใช้หลักการทั้งสองควบคู่กันไป

การให้สัญชาติภายหลังการเกิดนั้น คือ การที่บุคคลอาจได้รับสัญชาติที่แตกต่างจากที่ได้เมื่อเกิด ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากกรณีดังต่อไปนี้ **กรณีแรก** การแปลงสัญชาติ[9]คือการให้

---

[6] Article 1 of the Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

[7] คือ การเกิด การแปลงสัญชาติ การได้สัญชาติเดิมกลับคืน(redintegration) การผนวกรวมดินแดน(annexation) และการยกดินแดนให้(cession) Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *supra note 5*, p. 869.

[8] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น. 294-295.; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 8.

[9] Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *supra note 5*, pp. 872-873.

สัญชาติของรัฐแก่บุคคลที่มิได้มีสัญชาติของรัฐดังกล่าวมาตั้งแต่เกิด ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการแต่งงานกับคนชาติของรัฐนั้น หรือการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของพ่อแม่ที่เป็นคนชาติ หรือการแปลงสัญชาติของบิดามารดาซึ่งส่งผลต่อการแปลงสัญชาติของบุตรผู้เยาว์[10] หรือการได้มาซึ่งภูมิลำเนาในรัฐที่แปลงสัญชาติ หรือการได้รับแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่รัฐบาล หรือการให้สัญชาติโดยการร้องขอ ซึ่งทั้งนี้การแปลงสัญชาติในกรณีต่างๆนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐแต่ละรัฐด้วย **กรณีที่สอง** การได้สัญชาติกลับคืน (redintegration)[11] เป็นกรณีที่บุคคลสูญเสียสัญชาติดั้งเดิมไปโดยการแปลงสัญชาติไปเป็นคนชาติของรัฐอื่นหรือด้วยเพราะสาเหตุอย่างอื่น แล้วต่อมาบุคคลดังกล่าวก็ได้สัญชาติเดิมกลับคืน ทั้งนี้โดยได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐได้กำหนดไว้ **กรณีที่สาม** การให้สัญชาติอันเนื่องมาจากการผนวกรวมดินแดน (annexation) หรือการยอมยกดินแดนให้ (cession)[12] กล่าวคือ ผู้อยู่อาศัยในดินแดนที่ถูกผนวกรวมหรือถูกยกให้นั้นจะได้รับสัญชาติของรัฐที่ได้ดินแดนดังกล่าวไป ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีนี้เป็นการให้สัญชาติที่เกิดจากเหตุการณ์ภายนอกบางอย่างที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยอัตโนมัติเป็นกลุ่มนั่นเอง

เมื่อได้ทราบแล้วว่าการให้สัญชาติของบุคคลนั้นเป็นอำนาจภายในของรัฐแต่ละรัฐในการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการพิจารณาให้สัญชาติแก่บุคคล แต่อย่างไรก็ตาม การให้สัญชาติของรัฐแก่บุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการให้สัญชาติภายหลังการเกิดนั้น อาจก่อให้เกิดข้อสงสัยได้ว่ารัฐผู้ให้สัญชาติกับบุคคลผู้ได้รับสัญชาตินั้นแท้ที่จริงแล้วมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างแท้จริงหรือไม่ หรือเป็นเพียงการใช้โอกาสในการได้รับสัญชาติของรัฐเพื่อประโยชน์ในการได้รับความคุ้มครองทางทูตจากรัฐเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมที่มักได้รับการกล่าวถึงว่า การที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดนั้น นอกจากบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นคนชาติของรัฐนั้นแล้ว ในระหว่างรัฐและบุคคลที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นจะต้องมีความเกี่ยวโยงอันแท้จริง (genuine link) อีกด้วย เมื่อมาพิจารณาแล้วเห็นว่า หลักความเกี่ยวโยงอันแท้จริงนี้น่าจะเกิดขึ้นเนื่องจากการที่ไม่ต้องการให้รัฐใช้เพียงหลักเรื่องสัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่นำไปสู่การให้ความคุ้มครองทางทูตเท่านั้น แต่ควรจะพิจารณาด้วยว่าความสัมพันธ์ของรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับตัวบุคคลผู้รับความคุ้มครองทางทูตนั้นมีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงหรือไม่ด้วย ประกอบกับการที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยตัดสินโดยอาศัยหลักความเกี่ยวโยงอัน

---

[10] Article 13 of the Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

[11] Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *supra note 5*, p. 877.

[12] *Ibid*.

แท้จริงในการวินิจฉัยคดี Nottebohm อีกด้วย ดังนั้น จึงเกิดประเด็นที่ควรวิเคราะห์ว่า แท้จริงแล้วหลักความเกี่ยวโยงอันแท้จริงนี้ควรนำมาใช้กับการที่รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลที่มีสัญชาติของรัฐเพียงรัฐเดียวในทุกกรณีเลยหรือไม่

ในคดี Nottebohm นั้นมีข้อเท็จจริงว่า[13] Nottebohm เกิดที่เมืองฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมันในปีค.ศ.1881 ต่อมาในปีค.ศ.1905 ได้ย้ายไปอาศัยอยู่และประกอบธุรกิจในกัวเตมาลา หลังจากนั้นก็เคยเดินทางกลับเยอรมันเป็นครั้งคราวและยังมีธุรกิจอยู่ในเยอรมัน ประกอบกับมีญาติพี่น้องอยู่ทั้งในลิกเตนสไตน์ เยอรมัน และกัวเตมาลา แต่ถิ่นที่พักหลักของเขายังอยู่ที่กัวเตมาลาจนกระทั่งปีค.ศ.1943

ในปีค.ศ.1939 เขาได้ขอแปลงสัญชาติเป็นพลเมืองของลิกเตนสไตน์ ซึ่งตามกฎหมายของลิกเตนสไตน์กำหนดเงื่อนไขข้อหนึ่งว่า ผู้ร้องขอแปลงสัญชาตินั้นต้องอาศัยอยู่ในอาณาเขตการปกครองของลิกเตนสไตน์ไม่น้อยกว่า 3 ปี แต่เงื่อนไขข้อนี้อาจขอยกเว้นได้ ซึ่ง Nottebohm ก็ได้ขอยกเว้น จนในที่สุดได้เข้าสาบานตนแสดงความภักดีต่อลิกเตนสไตน์ในวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ.1939 และทำหนังสือเดินทางโดยนำไปขอวีซ่าเข้ากัวเตมาลาในเดือนธันวาคมปีเดียวกัน เพื่อที่จะเดินทางกลับเข้าไปในกัวเตมาลาตอนต้นปีค.ศ.1940 เพื่อดำเนินธุรกิจต่อไป

แต่ในปีค.ศ.1943 หลังจากที่กัวเตมาลาประกาศเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยเป็นฝ่ายตรงข้ามกับเยอรมัน เจ้าหน้าที่กัวเตมาลาได้นำตัว Nottebohm ไปควบคุมไว้ และในที่สุดได้ส่งไปกักกันต่อในสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นคนชาติศัตรู จนถึงปีค.ศ.1946 Nottebohm จึงได้รับการปล่อยตัวและเดินทางไปอยู่ลิกเตนสไตน์ กัวเตมาลาได้ออกกฎหมายบังคับใช้ระหว่างสงครามมีผลให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนวนมากของ Nottebohm ที่อยู่ในกัวเตมาลาเป็นของรัฐ โดยทั้งนี้ไม่มีการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ลิกเตนสไตน์ฟ้องเป็นคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในปีค.ศ.1951

ในคำตัดสินคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่าการแปลงสัญชาติของ Nottebohm นั้นเป็นการกระทำที่ลิกเตนสไตน์แสดงออกถึงการใช้เขตอำนาจภายในของรัฐตน แต่ปัญหาที่ศาลจะต้องตัดสินก็คือ การกระทำดังกล่าวมีผลในทางระหว่างประเทศหรือไม่[14] ซึ่งการจะตัดสินปัญหาดังกล่าวได้นั้นจะต้องพิจารณาจากเรื่องสัญชาติเป็นสำคัญ โดยทั้งนี้ศาลได้กล่าวถึงเรื่องสัญชาติไว้ว่า ถึงแม้ว่าแต่ละรัฐจะสามารถวางกฎเกณฑ์ในการให้สัญชาติด้วยตนเองได้ก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับความหลากหลายของเงื่อนไขที่เกี่ยวกับประชากรในแต่ละ

---

[13] Nottebohm Case, I.C.J. Reports (1955)

[14] *Ibid*., p. 21.

ประเทศ แต่อย่างไรก็ตามการที่รัฐจะอ้างการให้สัญชาติตามกฎเกณฑ์ที่ตนวางไว้ให้เป็นที่ยอมรับของรัฐอื่นได้นั้น รัฐนั้นจะต้องสร้างความผูกพันทางกฎหมายของสัญชาติให้สอดคล้องกับหลักการที่ว่า “บุคคลจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวอันแท้จริงกับรัฐที่ป้องกันพลเมืองของตนโดยการให้ความคุ้มครองพลเมืองของตนต่อรัฐอื่น”[15] หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า สัญชาติที่รัฐให้นั้นจะมีผลใช้ยันกับรัฐอื่นในทางระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อสัญชาตินั้นมี “genuine link” ระหว่างบุคคลกับรัฐ

นอกจากนี้ศาลยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า “ตามทางปฏิบัติของรัฐ การตัดสินของอนุญาโตตุลาการและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และความเห็นของนักกฎหมาย สัญชาติก็คือความผูกพันทางกฎหมายที่มีพื้นฐานความผูกพันทางสังคม ความเกี่ยวโยงอันแท้จริงของการมีอยู่ ผลประโยชน์และความรู้สึก รวมไปถึงการมีอยู่ของสิทธิหน้าที่ต่อกัน สิ่งนี้อาจถูกกล่าวเพื่อให้เกิดการแสดงออกในทางกฎหมายของข้อเท็จจริงว่าบุคคลผู้ได้รับสัญชาติไม่ว่าจะโดยผลของกฎหมายโดยตรงหรือเป็นผลจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วมีความเกี่ยวโยงอย่างใกล้ชิดกับประชาชนของรัฐที่ให้สัญชาติมากกว่าที่มีกับรัฐอื่นใด รัฐที่ให้สัญชาตินั้นมีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองต่อรัฐอีกรัฐหนึ่ง ถ้าการให้ดังกล่าวก่อให้เกิดการแปลความในเชิงกฎหมายของความเกี่ยวโยงของบุคคลกับรัฐซึ่งทำให้เขาเป็นคนชาติของรัฐ”[16] จากคำกล่าวของศาลนี้จึงอาจสรุปได้ว่า เฉพาะในกรณีที่ความเกี่ยวโยงใกล้ชิดได้เกิดขึ้นแล้ว รัฐที่แปลงสัญชาติก็มีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้[17]

ดังนั้น เมื่อนำหลักการดังกล่าวข้างต้นมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีก็จะพบว่า Nottebohm มีความเกี่ยวข้องกับกัวเตมาลามาก ดังจะเห็นได้จากการดำเนินกิจการ การประกอบธุรกิจตลอดจนผลประโยชน์ต่างๆก็ล้วนอยู่ในกัวเตมาลาทั้งสิ้น แต่ในขณะที่ความเกี่ยวข้องของ Nottebohm กับลิกเตนสไตน์นั้นเบาบางมาก เพราะนอกจากการเสียค่าธรรมเนียมในการแปลงสัญชาติแล้วก็ไม่ปรากฏว่า Nottebohm มีความเกี่ยวโยงอื่นใดอีกกับลิกเตนสไตน์ ไม่ว่าจะเป็นการมีถิ่นที่อยู่ถาวรหรือมีสถานที่ทำงานหรือประกอบธุรกิจหรือมีครอบครัวอยู่ในลิกเตนสไตน์แต่อย่างใดเลย ฉะนั้น การแปลงสัญชาติดังกล่าวจึงไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของความเกี่ยวโยงที่แท้จริงกับลิกเตนสไตน์ และเป็นการให้สัญชาติโดยไม่คำนึงถึงแนวคิดในเรื่องสัญชาติอันเป็นที่

---

[15] *Ibid*., p. 23.

[16] *Ibid*.

[17] Hans Von Mangoldt, “Nottebohm Case,” Encyclopedia of Public International Law, Vol. 2., p. 215. (1981).

ยอมรับกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอีกด้วย[18] ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงวินิจฉัยว่ากัวเตมาลาไม่มีพันธกรณีที่จะต้องยอมรับการให้สัญชาติในกรณีดังกล่าว และส่งผลให้ลิกเตนสไตน์ไม่สามารถใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ Nottebohm ต่อกัวเตมาลาได้แต่อย่างใด

จากคำตัดสินดังกล่าวนี้จึงทำให้มีการตีความประเด็นสัญชาติที่แท้จริงออกเป็น 2 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

แนวทางแรก เห็นว่า หลักความเกี่ยวโยงอันแท้จริงระหว่างคนชาติผู้รับความคุ้มครองทางทูตกับรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตในคดี Nottebohm นั้น ศาลประสงค์ที่จะวางหลักการดังกล่าวเป็นการทั่วไปเพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้ได้กับความคุ้มครองทางทูตในทุกกรณี ซึ่งมีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านที่เห็นด้วยกับแนวทางนี้ เช่น

Brownlie ได้กล่าวถึงลักษณะของทฤษฎีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงนี้ว่าเป็นหลักการทั่วไปที่อาจปรับใช้ได้กับหลากหลายสถานการณ์[19] นอกจากนี้ยังกล่าวอีกด้วยว่าถ้าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นละเลยข้อเรียกร้องในเรื่องความเกี่ยวโยงอันแท้จริงแล้ว รัฐก็อาจปฏิเสธที่จะยอมรับสิทธิในการคุ้มครอง[20]

Janis กล่าวว่า ศาลระหว่างประเทศยืนยันว่าบุคคลได้รับความคุ้มครองจากรัฐซึ่งมีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงเท่านั้น[21]

Murphy กล่าวว่า เพื่อมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ สัญชาติของบุคคลต้องอยู่บนพื้นฐานของความเกี่ยวโยงอันแท้จริงระหว่างรัฐกับบุคคลหรือนิติบุคคล[22]

Oppenheim กล่าวว่า ในคดี Nottebohm นั้นศาลถือว่ารัฐไม่อาจสนับสนุนข้อเรียกร้องของบุคคลผู้ซึ่งมีสัญชาติของรัฐแต่ไม่มีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงหรือความเกี่ยวโยงที่มี

---

[18] Nottebohm Case, I.C.J. Reports (1955), p. 26.

[19] Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 407.

[20] *Ibid*., p. 418.

[21] Mark W. Janis, International Law, 5th ed. (2008), pp. 256-57., cited by Robert D. Sloane, *infra note 25*, fn 158.

[22] Sean D. Murphy, Principles of International Law (2006), p. 60., cited by Robert D. Sloane, *infra note 25*, fn 158.

ประสิทธิภาพกับรัฐนั้น อย่างน้อยที่สุดถ้าข้อเรียกร้องดังกล่าวเป็นข้อเรียกร้องต่ออีกรัฐหนึ่งซึ่งบุคคลดังกล่าวมีความเกี่ยวโยงเช่นว่านั้น[23]

Shaw ได้กล่าวว่า ในคดี Nottebohm ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าพียงแต่เมื่อปรากฏความเกี่ยวโยงอันแท้จริงระหว่างรัฐที่เรียกร้องกับคนชาติของรัฐตนแล้ว สิทธิในความคุ้มครองทางทูตก็เกิดขึ้น[24]

นอกจากนักกฎหมายที่เห็นด้วยกับการตีความในแนวทางดังกล่าวแล้ว ยังมีรัฐที่มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากการที่คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้สรุปถึงพฤติการณ์ทั่วไปในปัจจุบัน[25]ว่า ในคดี Nottebohm นั้นถูกมองในฐานะที่เป็นอำนาจผูกมัดสำหรับการสันนิษฐานที่ว่า ควรที่จะมีความเกี่ยวโยงที่มีประสิทธิภาพหรือความเกี่ยวโยงที่แท้จริงระหว่างบุคคลกับรัฐเจ้าของสัญชาติ ไม่เพียงแต่ในกรณีของบุคคลสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติ(ซึ่งข้อเรียกร้องดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป) แต่ยังรวมถึงกรณีคนชาติครอบครองสัญชาติเพียงสัญชาติเดียวอีกด้วย[26]

แนวทางที่สอง เห็นว่า หลักความเกี่ยวโยงอันแท้จริงดังกล่าวนั้น ศาลในคดี Nottebohm ประสงค์ที่จะใช้หลักการดังกล่าวแต่เฉพาะในคดีนี้เท่านั้น โดยมิได้มุ่งที่จะใช้เป็นการทั่วไปแต่อย่างใด ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความเห็นสอดคล้องกับแนวทางดังกล่าวก็คือ

Amerasinghe ได้ตั้งข้อสังเกตว่า มีงานเขียนจำนวนไม่น้อยและมีความเห็นที่แตกต่างกันที่กล่าวถึงคดี Nottebohm แต่ก็ยากที่จะสรุปว่าคดีดังกล่าวเป็นอำนาจผูกมัดสำหรับข้อเสนอที่ว่าสัญชาติของบุคคลผู้ซึ่งมีสัญชาติของรัฐที่เรียกร้องนั้นต้องเป็นสัญชาติที่มีประสิทธิภาพเสมอซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเกี่ยวโยงอันแท้จริงดังที่ศาลได้บรรยายไว้[27]

---

[23] Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *supra note 5*, p. 514.

[24] Malcolm N. Shaw, International Law, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 725.

[25] Robert D. Sloane, “Breaking The Genuine Link: The contemporary international legal regulation of nationality,” Harvard International Law Journal 50, p. 15 (2009). Retrieved February 19, 2009, from Westlaw database.

[26] John R. Dugard, First report on diplomatic protection: Document A/CN. 4/506, Yearbook of the International Law Commission, 2000., p. 37., para. 106.

[27] Chittharanjan Felix Amerasinghe, Diplomatic Protection (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 115.

นอกจากนี้เขาได้ให้ความเห็นต่อไปอีกว่า คดี Nottebohm นั้นดูเหมือนจะเป็นคดีที่มีความเฉพาะมาก และกฎเกณฑ์ที่ได้มาจากคดีนี้ก็อาจจะมีการขยายออกไปอย่างกว้างขวางหรือการปรับใช้เป็นไปอย่างแคบมากโดยอยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่เป็นรายละเอียดในคดี แต่อย่างไรก็ตามดูเหมือนว่าไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะตีความกฎเกณฑ์ดังกล่าวอย่างกว้างเพื่อเรียกร้องความเกี่ยวโยงอันแท้จริงหรือความเกี่ยวโยงที่มีประสิทธิภาพในทางนามธรรมระหว่างบุคคลและรัฐเจ้าของสัญชาติที่ทำการเรียกร้อง นอกจากนี้ยังได้ให้เหตุผลในการไม่ยอมรับกฎเกณฑ์อย่างกว้างอีกด้วยว่าเนื่องจากมีผลต่อการตัดความคุ้มครองที่ให้แก่บุคคลผู้เสียหายโดยผ่านทางความคุ้มครองทางทูต ในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะคุ้มครองด้วยเช่นกัน[28]

Evans ได้กล่าวว่า ถึงแม้ว่าจะมีการใช้เหตุผลอย่างรอบคอบและรัดกุมของคนส่วนมากในคำตัดสินคดี Nottebohm ก็ตาม แต่ก็ยากที่จะสรุปว่าการเรียกร้องความเกี่ยวโยงอันแท้จริงนั้นเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นอย่างยิ่งของสัญชาติที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อจุดประสงค์ในเรื่องความคุ้มครองทางทูต ยิ่งไปกว่านี้ มีหลักฐานเพียงเล็กน้อยที่รัฐคำนึงถึงความเกี่ยวโยงอันแท้จริงหรือความเกี่ยวโยงที่มีประสิทธิภาพในฐานะที่เป็นข้อเรียกร้องที่จำเป็นสำหรับสัญชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างน้อยในบริบทของความคุ้มครองทางทูต[29] นอกจากนี้เขายังกล่าวต่อไปอีกด้วยว่า การยอมรับโดยทั่วไปในข้อยกเว้นที่ว่าหลักสัญชาติที่มีประสิทธิผลจะไม่ถูกนำไปใช้กับบุคคลหลายสัญชาติหากเป็นกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติหนึ่งเรียกร้องต่อรัฐที่สามนั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปไม่ได้เรียกร้องว่าสัญชาติจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความเกี่ยวโยงอันแท้จริงระหว่างคนชาติและรัฐที่เรียกร้องในทุกกรณีแต่อย่างใด[30]

O' Connell เห็นว่า คำตัดสินในคดี Nottebohm ถูกจำกัดเพื่อใช้กับปัญหาในการเป็นตัวแทนบุคคลธรรมดาในการกล่าวอ้างสิทธิต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงทำให้ความเกี่ยวโยงระหว่างบุคคลดังกล่าวกับรัฐเป็นสิ่งจำเป็นต่อการสนับสนุนการกล่าวอ้างสิทธิการเป็นตัวแทนของลิกเตนสไตน์ ซึ่งอาจแตกต่างไปจากความจำเป็นในการสนับสนุนการใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลดังกล่าว ในความเป็นจริงแล้ว คดีนี้ไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาในฐานะที่เป็น

---

[28] *Ibid*., p. 116.

[29] Malcolm D. Evans, International Law, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 488.

[30] *Ibid*., p. 492.

กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศว่าต้องปรากฏความเกี่ยวโยงที่มีประสิทธิภาพระหว่างบุคคลกับรัฐในทุกกรณีของการให้ความคุ้มครองทางทูต[31]

Sloane ได้ให้ความเห็นไว้ในบทความเรื่อง Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality ว่า ถ้าการประเมินสัญชาติของ Nottebohm เป็นไปอย่างสุจริตตามทฤษฎีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้รายละเอียดไว้นั้น ก็อาจจะนำไปสู่ข้อสรุปของศาลซึ่งแปลกที่ว่า Nottebohm กลายเป็นคนกัวเตมาลา เนื่องจาก Nottebohm ไม่เคยแสวงหาเพื่อให้กลายเป็นคนกัวเตมาลาหรือดำเนินการอย่างใดๆเพื่อขอแปลงสัญชาติเป็นคนกัวเตมาลาแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ยากที่จะเชื่อว่าศาลอาศัยทฤษฎีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงในการให้เหตุผลแก่คดี[32] นอกจากนี้เขายังได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับทฤษฎีดังกล่าวไว้ด้วยว่า โดยปกติหลักดินแดนและหลักสืบสายโลหิตนั้นเป็นพื้นฐานของข้อสันนิษฐานในเรื่องสัญชาติที่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ถูกตรวจสอบ แต่ถ้าหากการให้ความคุ้มครองทางทูตทุกกรณีต้องมีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงแล้ว ก็อาจเกิดปัญหาขึ้นในกรณีที่เด็กอาจไม่มีความเกี่ยวโยงที่เฉพาะเจาะจงกับประเทศที่เขาได้เกิดมา และในกรณีที่บุคคลเป็นคนชาติของรัฐตามหลักการสืบสายโลหิตโดยที่ไม่มีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงกับรัฐนั้นแม้แต่เพียงเล็กน้อยก็ตาม ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าการใช้ทฤษฎีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงในกรณีนี้จึงเป็นการโต้แย้งหลักการดั้งเดิมในเรื่องสัญชาติ[33] นอกจากนี้เขายังได้กล่าวต่อไปอีกว่า การที่ Nottebohm ได้สัญชาติลิกเตนสไตน์อย่างถูกต้องตามกฎหมายภายในว่าด้วยสัญชาติของลิกเตนสไตน์นั้นก็เพียงเพื่อที่จะหลบเลี่ยงผลของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสงคราม ซึ่งคนส่วนใหญ่เห็นว่ากรณีดังกล่าวชัดเจนว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต(abuse of right) สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยังคงลังเลที่จะกล่าวเช่นนั้นเพราะต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการกล่าวประนาณการกระทำของรัฐอธิปไตย ในส่วนของศาลนั้นก็อาจจะลังเลเช่นกันที่จะเรียกร้องให้ใช้หลักการดังกล่าว เนื่องจากเป็น Nottebohm มากกว่าลิกเตนสไตน์ที่ใช้สิทธิดังกล่าวในทางที่ผิดและประกอบกับในขณะนั้นสถานะของบุคคลในฐานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ชัดเจน ดังนั้น ถ้าสิ่งที่กล่าวมาข้างต้นถูกต้องก็แสดงว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ออกกฎเกณฑ์ใหม่ที่เรียกร้องให้คนชาติแสดงความเกี่ยวโยงอันแท้จริงกับรัฐเจ้าของสัญชาติ ทั้งไม่ประสงค์ที่จะก่อให้เกิดแม้กระทั่งกฎเกณฑ์ที่ว่าสัญชาติที่ถูกให้

---

[31] D.P. O'Connell, *supra note 1*, p. 681.

[32] Robert D. Sloane, *supra note 25*, p. 7.

[33] *Ibid*., p. 10.

ในกรณีที่ไม่ปรากฏความเกี่ยวโยงอันแท้จริงนั้นไม่จำเป็นที่ต้องได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ[34]

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศในการร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้นก็มีความเห็นในทำนองเดียวกันกับแนวทางที่สอง โดยเห็นว่า[35]ในคดี Nottebohm นั้นมีปัจจัยบางอย่างที่ทำให้สมควรจำกัดไว้ใช้กับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเท่านั้น โดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่าความผูกพันระหว่าง Nottebohm กับลิกเตนสไตน์นั้นเบาบางอย่างมาก เมื่อเทียบกับความผูกพันใกล้ชิดของ Nottebohm กับกัวเตมาลาซึ่งเป็นเวลามากกว่า 34 ปี[36] จึงเป็นเหตุให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยืนยันว่าลิกเตนสไตน์ไม่สามารถให้ความคุ้มครอง Nottebohm ต่อกัวเตมาลาได้ ซึ่งในกรณีนี้ศาลไม่ได้เจตนาที่จะให้ใช้เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับทุกรัฐ แต่ให้เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ใช้กับรัฐที่ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกับลิกเตนสไตน์ซึ่งถูกเรียกร้องให้แสดงความเกี่ยวโยงอันแท้จริงระหว่างลิกเตนสไตน์กับ Nottebohm เพื่อที่จะยอมให้กล่าวอ้างสิทธิต่อกัวเตมาลาซึ่งเป็นชาติที่มีความผูกพันมากกว่า ยิ่งไปกว่านี้ ปัจจุบันเศรษฐกิจได้ขยายตัวไปทั่วโลกจึงทำให้มีผู้คนย้ายถิ่นฐานออกจากรัฐที่ตนมีสัญชาติไปอยู่อาศัยในดินแดนของรัฐอื่นเป็นจำนวนมาก ซึ่งถ้าความเกี่ยวโยงอันแท้จริงนี้ถูกนำไปใช้อย่างเคร่งครัด ก็จะส่งผลให้คนจำนวนมากไม่ได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ได้เรียกร้องให้ต้องมีการพิสูจน์สัญชาติที่แท้จริงระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐในฐานะที่เป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมในการให้ความคุ้มครองทางทูต ตามแนวทางที่กล่าวไว้ในคดี Nottebohm ถึงแม้ว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นจะเป็นกรณีที่คนชาติมีสัญชาติเดียวก็ตาม[37]

สำหรับผู้เขียนนั้น ในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นเดียวกับแนวทางที่สองที่ว่าหลักความเกี่ยวโยงอย่างแท้จริงในคดี Nottebohm นั้นไม่ควรที่จะนำมาปรับใช้กับการให้ความคุ้มครองทางทูตในทุกกรณี เนื่องจากว่าโดยปกติแล้วการที่จะกล่าวว่ากฎเกณฑ์ใดที่ศาลใช้ในการ

---

[34] *Ibid*., p. 11.

[35] Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 33.

[36] เนื่องจาก Nottebohm เดินทางไปกัวเตมาลาตั้งแต่ค.ศ.1905 และมีที่พำนักอาศัยอยู่ในประเทศดังกล่าวเรื่อยมา ประกอบกับกัวเตมาลายังเป็นประเทศที่ Nottebohm ใช้เป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ในการดำเนินกิจการของเขา จนกระทั่งค.ศ.1939 Nottebohm จึงได้ยื่นของแปลงสัญชาติเป็นลิกเตนสไตน์

[37] *Ibid*., p. 32., para. 5.

ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งจะสามารถนำมาใช้เป็นหลักโดยทั่วไปในทุกๆกรณีได้หรือไม่นั้น ควรที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวให้ละเอียดทุกแง่มุมเสียก่อนว่าศาลมุ่งประสงค์ที่จะใช้หลักการดังกล่าวเป็นการทั่วไปหรือมุ่งใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น ซึ่งในคดี Nottebohm นั้นจะเห็นได้ว่าศาลมุ่งใช้หลักเรื่องความเกี่ยวโยงอันแท้จริงเพื่อพิสูจน์ว่าการแปลงสัญชาติด้วยวิธีการดังกล่าวของ Nottebohm นั้นไม่ทำให้ลิกเตนสไตน์มีความเกี่ยวโยงอันแท้จริงอย่างเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้เท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความเกี่ยวโยงอันแท้จริงในคดี Nottebohm นี้เป็นเพียงหลักที่มุ่งปรับใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงในคดีนี้เท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงไม่อาจสรุปได้ว่าหลักในเรื่องความเกี่ยวโยงอันแท้จริงระหว่างรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลผู้รับความคุ้มครองทางทูตนี้มีลักษณะเป็นหลักการทั่วไปอันที่จะต้องนำมาปรับใช้กับการให้ความคุ้มครองทางทูตของรัฐในทุกกรณี

แต่อย่างไรก็ตาม ในการตัดสินคดี Nottebohm ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นมีผู้พิพากษาผู้ทำการตัดสินบางท่านไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความเกี่ยวโยงที่แท้จริง ตามที่ปรากฏในความเห็นแย้งดังต่อไปนี้

ผู้พิพากษา Klaestad กล่าวว่า จากความเห็นที่ว่าความสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นระหว่างรัฐและตัวบุคคลโดยการแปลงสัญชาตินั้นต้องสมมติไว้ล่วงหน้าว่าปรากฏความเกี่ยวโยงทางกายภาพหรือความเกี่ยวโยงแท้จริงหรือการเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันจริงซึ่งเกี่ยวพันตัวบุคคลกับรัฐ ดังนั้นจึงอาจกล่าวโดยนัยได้ว่า เพียงแค่เจตนาธรรมดาและมีประสิทธิภาพซึ่งไม่ได้ถูกทำให้เสียไปโดยการหลอกลวงนั้น ไม่เพียงพอสำหรับการสร้างความสัมพันธ์ทางสัญชาติ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดคำถามขึ้นว่า ความเห็นดังกล่าวนี้เป็นคำกล่าวที่ถูกต้องซึ่งผูกพันกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่[38]

สำหรับประเด็นดังกล่าวนั้น ผู้พิพากษา Klaestad ได้ยกคดี Asylum ขึ้นมาเปรียบเทียบ โดยกล่าวว่าคดี Asylum นั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ และถือว่าฝ่ายซึ่งเชื่อในจารีตประเพณีที่ผิดไปจากหลักดังกล่าวต้องพิสูจน์ว่ากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องนั้นสอดคล้องกับทางปฏิบัติของรัฐที่สม่ำเสมอและเป็นแบบเดียวกันซึ่งได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นกฎหมาย ฉะนั้น วิธีเดียวกันนี้ดูเหมือนว่าอาจจะต้องนำมาปรับใช้กับคดี Nottebohm ด้วย กล่าวคือ ปัญหาในเรื่องการแปลงสัญชาติโดยหลักแล้วอยู่ภายในอำนาจเด็ดขาดของรัฐเช่นเดียวกับคดี Asylum ดังนั้น สิ่งหนึ่งที่ควรไต่ถามก็คือ กฎเกณฑ์ที่ผิดไปจากหลักดังกล่าวถูก

---

[38] Nottebohm Case, Dissenting Opinion of Judge Klaestad, I.C.J. Reports (1955), p. 30.

บัญญัติขึ้นในลักษณะที่ว่าเป็นผลผูกพันลิกเตนสไตน์หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลกัวเตมาลาจึงจำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจารีตประเพณีเช่นว่านั้นสอดคล้องกับทางปฏิบัติของรัฐที่สม่ำเสมอและเป็นแบบเดียวกันซึ่งได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นกฎหมายตามข้อ 38 วรรค 1(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐบาลกัวเตมาลาไม่ได้เสนอหลักฐานใดที่อ้างเพื่อทำให้การมีอยู่ของจารีตประเพณีดังกล่าวเป็นที่ยอมรับ[39]

ผู้พิพากษา Read ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า หลักทฤษฎีความเกี่ยวโยงซึ่งอยู่บนพื้นฐานของคุณภาพความสัมพันธ์ระหว่าง Nottebohm กับลิกเตนสไตน์นั้น ไม่เกี่ยวข้องกับข้อสรุปสุดท้ายของกัวเตมาลาหรือข้อโต้แย้งในคำคู่ความและกระบวนพิจารณาด้วยวาจาแต่อย่างใด ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Ambatielos ได้เคยกล่าวไว้ว่า ประเด็นที่ยกขึ้นนี้ยังไม่ถูกโต้แย้งอย่างเต็มที่โดยคู่ความ ดังนั้นจึงไม่สามารถตัดสินในขั้นตอนนี้ได้[40] ด้วยเหตุนี้ ผู้พิพากษา Read จึงไม่เห็นพ้องกับการยอมรับหลักดังกล่าวซึ่งไม่ถูกรวมอยู่ในข้อสรุปและไม่ถูกโต้แย้งโดยคู่ความทั้งสองฝ่ายในฐานะที่เป็นพื้นฐานในการนำคำให้การแก้ฟ้อง(plea in bar)มาพิจารณา[41]

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Read ก็ได้กล่าวถึงประเด็นที่ศาลตัดสินว่าการแปลงสัญชาติของ Nottebohm ขาดความแท้จริงและไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการคุ้มครองอันเนื่องมาจากความประพฤติที่เกิดขึ้นภายหลัง (subsequent conduct) ของ Nottebohm[42] โดยในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้พิพากษา Read เห็นว่า ไม่มีกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งพิสูจน์ว่าถูกต้องในการนำเอาความประพฤติที่เกิดขึ้นภายหลังมาใช้ในฐานะที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ตามกฎหมายและการไม่ถูกรัฐอื่นคัดค้านได้(opposability)ของการแปลงสัญชาติ แต่หากจะต้องนำความประพฤติที่เกิดขึ้นภายหลังนี้มาพิจารณาประกอบด้วยแล้ว ผู้พิพากษา Read ก็เห็นว่า เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า Nottebohm ได้เดินทางกลับลิกเตนสไตน์ในภายหลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวและลิกเตนสไตน์ก็ยอมรับการกลับเข้าประเทศนั้น เป็นหลักฐานที่น่าเชื่อถืออันแสดงถึงลักษณะอันแท้จริงและมีประสิทธิภาพของความเกี่ยวโยงของ Nottebohm กับลิกเตนสไตน์[43]

---

[39] *Ibid*.

[40] Ambatielos Case (Jurisdiction), I.C.J. Reports (1952), at p. 45.

[41] Nottebohm Case, Dissenting Opinion of Judge Read, I.C.J. Reports (1955), pp. 38-39.

[42] กล่าวคือ Nottebohm ไม่ได้ละทิ้งที่อยู่อาศัยและการดำเนินธุรกิจในกัวเตมาลามาก่อตั้งธุรกิจในลิกเตนสไตน์และอาศัยอยู่อย่างถาวร

[43] *Ibid*., pp. 44-45.

ผู้พิพากษา M. Guggenheim กล่าวว่า เพื่อตัดสินเกี่ยวกับความผูกพันระหว่างรัฐกับคนชาติ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเพื่อที่จะทำให้ชัดเจนว่าความผูกพันนี้แท้จริงและมีประสิทธิภาพหรือไม่ ไม่ใช่เพียงแค่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ กฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาองค์ประกอบภายนอกของข้อเท็จจริงทางกฎหมายซึ่งผูกพันผลที่ตามมาแน่นอนโดยปราศจากการเกี่ยวข้องกับทัศนคติทางจิตใจของบุคคลตามกฎหมายและไม่พิจารณามูลเหตุจูงใจที่ทำให้บุคคลขอแปลงสัญชาติ ฉะนั้น ความเห็นดังกล่าวนี้จึงไม่มีทางที่จะขัดกับบทบัญญัติในข้อ 1 ของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ.1930 ซึ่งตามข้อบทนี้กฎหมายถูกบัญญัติโดยรัฐเพื่อตัดสินว่าใครเป็นคนชาติของรัฐ “ต้องได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นตราบเท่าที่สอดคล้องกับ..... จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปเกี่ยวกับสัญชาติ” ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อบทดังกล่าวไม่ได้บัญญัติหลักการที่เรียกร้องความผูกพันที่มีประสิทธิภาพในกรณีของสัญชาติไว้แต่อย่างใด แต่กล่าวถึงเพียงกฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปเกี่ยวกับสัญชาติเท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวไม่ได้ห้ามการให้สัญชาติในสถานการณ์ที่ลิกเตนสไตน์ให้สัญชาติแก่ Nottebohm[44]

นอกจากนี้ผู้พิพากษา M. Guggenheim ยังได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลที่ว่าคำร้องขอของลิกเตนสไตน์ไม่สามารถจะยอมรับได้บนพื้นฐานที่ว่า Nottebohm ไม่มีสัญชาติที่มีประสิทธิภาพ และด้วยเหตุนี้รัฐผู้ร้องขอจึงไม่มีสิทธิที่จะใช้สิทธิในความคุ้มครองทางทูตต่อกัวเตมาลาแต่อย่างใด โดยเห็นว่าอาจนำไปสู่ผลที่สำคัญ 3 ประการดังนี้[45]

ประการแรก กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าสัญชาติไม่ควรถูกแยกตัวออกจากความคุ้มครองทางทูตในกรณีที่บุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองมีสัญชาติเพียงสัญชาติเดียวหรือในกรณีที่ข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นภายหลังจากการให้สัญชาติเช่นว่านั้นแล้วอาจถูกเปลี่ยนแปลงโดยมีผลย้อนหลัง 16 ปีหลังจากการแปลงสัญชาติของ Nottebohm ในลิกเตนสไตน์ สถานการณ์ดังกล่าวดูเหมือนจะจริงจังมากขึ้นเนื่องจากข้อเท็จจริงหลักที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นหลังจากปีค.ศ.1949 กล่าวคือ สามปีหลังจากที่ Nottebohm อยู่อาศัยอย่างยาวนานในลิกเตนสไตน์และก่อให้เกิดความผูกพันที่มั่นคง แต่ในกระบวนพิจารณาที่เป็นลายลักษณ์อักษรและด้วยวาจานั้น ไม่ปรากฏหลักการซึ่งคู่ความที่โต้แย้งเชื่อถือในฐานะที่เป็นหลักสำหรับความเห็นที่ว่าลิกเตนสไตน์ไม่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ Nottebohm ต่อกัวเตมาลา

---

[44] Nottebohm Case, Dissenting Opinion of Judge M. Guggenheim, I.C.J. Reports (1955), p. 56.

[45] *Ibid*., pp. 62-64.

ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้พิพากษา M. Guggenheim เห็นว่าถึงแม้จะเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว แต่อย่างน้อยก็ต้องยอมรับสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตเกี่ยวกับความเสียหายที่ Nottebohm ได้รับหลังจากปีค.ศ.1946 โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายที่เป็นผลมาจากมาตรการที่ปฏิบัติตามการตรากฎหมายของ Legislative Decree No. 630 เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.1949

ประการที่สอง ถึงแม้ว่าจะมีการยอมรับว่าสัญชาติสามารถแยกตัวออกจากความคุ้มครองทางทูตในคดีปัจจุบัน แต่ยังคงมีคำถามว่าอะไรคือผลของความไม่สมบูรณ์ทั้งหมดหรือบางส่วนตามกฎหมายระหว่างประเทศของสัญชาติที่ได้รับอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน นอกจากนี้ยังเกิดคำถามอีกว่า ความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวถูกจำกัดในขอบเขตของความคุ้มครองทางทูตหรือขยายออกไปยังผลอื่นๆของสัญชาติในระดับระหว่างประเทศด้วย เช่น สิทธิทางสัญญาที่ให้แก่คนชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งในเรื่องการแลกเปลี่ยนเงิน การตั้งถิ่นฐานและสิทธิที่จะเข้าถึงศาลภายในของรัฐที่สาม เป็นต้น

ประการที่สาม การปฏิเสธที่จะยอมรับสัญชาติอาจทำให้การใช้สิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตซึ่งเป็นความคุ้มครองเดียวที่มีให้แก่รัฐโดยทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำให้รัฐสามารถเสนอข้อเรียกร้องของบุคคลต่อรัฐที่สามนั้นเป็นไปได้ยากมากยิ่งขึ้น ซึ่งหากสิทธิในการคุ้มครองถูกยกเลิกแล้ว ก็เป็นไปไม่ได้ที่จะพิจารณาเนื้อหาของข้อเรียกร้องที่กล่าวอ้างว่าละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ และถ้าไม่มีรัฐใดที่อยู่ในฐานะที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้เช่นเดียวกับคดี Nottebohm แล้ว ข้อเรียกร้องที่เสนอในนามตัวบุคคลผู้ซึ่งสัญชาติของเขาถูกโต้แย้งหรือถือว่าไม่มีผลบังคับในระดับระหว่างประเทศและบุคคลนั้นก็ไม่มีสัญชาติของรัฐอื่นอีกก็อาจจะต้องถูกละทิ้ง ด้วยเหตุนี้ผู้พิพากษา M. Guggenheim จึงเห็นว่ากรณีดังกล่าวอาจขัดกับหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในข้อ 15(1) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ว่า ทุกคนมีสิทธิในการถือสัญชาติ นอกจากนี้ การปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองนั้นไม่สอดคล้องกับความพยายามที่จะป้องกันการเพิ่มขึ้นของจำนวนกรณีคนไร้สัญชาติและให้ความคุ้มครองต่อการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ ทั้งนี้โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องสัญชาติ ศาสนา หรือเชื้อชาติ

2. กรณีบุคคลมีหลายสัญชาติ

การที่บุคคลหนึ่งคนจะมีหลายสัญชาตินั้นเป็นข้อเท็จจริงที่มักเกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศอยู่แล้ว โดยอาจเกิดจากการใช้หลักดินแดนและหลักสืบสายโลหิตร่วมกันในการกำหนดสัญชาติให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรืออาจเกิดจากการแปลงสัญชาติ หรือวิธีการอื่นใดในการได้มาซึ่งสัญชาติอีกสัญชาติหนึ่ง โดยที่การได้สัญชาติอีกสัญชาติหนึ่งนั้นไม่มีผลเป็นการสละสัญชาติที่มีอยู่ก่อน ซึ่งกรณีบุคคลหลายสัญชาตินี้ก่อให้เกิดปัญหาในการให้ความคุ้มครองทางทูต กล่าวคือ รัฐใดจะเป็นรัฐที่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตได้ และถ้าเป็นกรณีที่รัฐผู้เรียกร้องกับรัฐที่ถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบนั้นต่างก็เป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับบุคคลผู้เสียหายดังกล่าวด้วยกันทั้งคู่ ในกรณีนี้รัฐเจ้าของสัญชาติรัฐหนึ่งจะสามารถกล่าวอ้างความคุ้มครองทางทูตต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่งได้หรือไม่ ดังนั้นจึงแบ่งการพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

2.1 กรณีเรียกร้องต่อรัฐที่สาม

การกล่าวอ้างให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีนี้ ในทางระหว่างประเทศมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า เมื่อบุคคลผู้เสียหายมีหลายสัญชาติและเป็นความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของรัฐที่สามซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญชาติด้วยแล้ว รัฐใดก็ตามที่มีความสัมพันธ์ทางสัญชาติกับผู้เสียหาย รัฐนั้นก็สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวเพื่อเรียกร้องต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้[46] ซึ่งหลักการดังกล่าวก็ได้รับการยืนยันจากร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย โดยได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐใดซึ่งคนสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติเป็นคนชาติของรัฐตนก็อาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติดังกล่าวได้เพื่อเรียกร้องต่อรัฐซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่ได้เป็นคนชาติ”[47] แต่อย่างไรก็ตาม ร่างข้อบทฉบับนี้ยังได้กล่าวเพิ่มเติมอีกด้วยว่ารัฐเจ้าของสัญชาติเหล่านั้นอาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวร่วมกันก็ได้[48] ซึ่งการให้ความคุ้มครองทางทูตร่วมกันของรัฐเจ้าของสัญชาติหลายรัฐนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาในกรณีที่ว่า[49] ถ้าต่อมาภายหลังจากที่รัฐเจ้าของสัญชาติหลายรัฐใช้สิทธิร่วมกัน

---

[46] Malcolm N. Shaw, *supra note 24*, p. 727.

[47] Article 6(1) of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

[48] Article 6(2), **id.**

[49] Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 43.

ในการเรียกร้องให้รัฐที่สามรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศแล้ว รัฐใดรัฐหนึ่งเกิดยกเลิกสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าว ในขณะที่รัฐเจ้าของสัญชาติอื่นยังคงใช้สิทธิเรียกร้องต่อไป ผลในกรณีดังกล่าวจะเป็นอย่างไร การเรียกร้องสิทธิจะสามารถดำเนินต่อไปได้อีกหรือไม่ก็เป็นปัญหาที่ควรพิเคราะห์เช่นกัน

นอกจากนี้ ในประเด็นที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับผู้รับความคุ้มครองทางทูตซึ่งเป็นบุคคลหลายสัญชาติจะต้องมีความสัมพันธ์ทางสัญชาติต่อกันอย่างแท้จริงหรืออย่างมีประสิทธิผลหรือไม่นั้น ในประเด็นดังกล่าวนี้มีอำนาจผูกมัดสำหรับความเห็นที่ว่า หลักสัญชาติที่มีประสิทธิผลนั้นจะไม่นำมาใช้กับกรณีที่รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลสองสัญชาติต้องการที่จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าวเพื่อเรียกร้องต่อรัฐที่สาม[50] ดังจะเห็นได้จากคดี Salem ซึ่งศาลอนุญาโตตุลาการถือว่าอียิปต์ไม่สามารถยกข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลผู้เสียหายมีสัญชาติเปอร์เซียเป็นสัญชาติที่มีประสิทธิผลขึ้นโต้แย้งข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่งได้ โดยศาลกล่าวว่า “กฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศก็คือว่า ในกรณีของบุคคลสองสัญชาตินั้น รัฐที่สามไม่มีสิทธิที่จะโต้แย้งข้อเรียกร้องของรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งคนชาติของตนเข้าเกี่ยวข้องในคดีโดยการอ้างถึงสัญชาติของรัฐอื่น”[51] ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากเหตุผลที่ว่ารัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นเป็นรัฐที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญชาติกับบุคคลผู้เสียหายแต่อย่างใด จึงไม่อาจก่อให้เกิดปัญหาการขัดกันของกฎหมายดังเช่นในกรณีการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่ง[52] ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า การให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ารัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ทางสัญชาติอย่างแท้จริงหรืออย่างมีประสิทธิผลกับบุคคลผู้เสียหายหรือไม่แต่ประการใด

2.2 กรณีเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่ง

ตามปกติแล้วมีหลักในทางระหว่างประเทศว่ารัฐเจ้าของสัญชาติไม่อาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนหลายสัญชาติเพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่งได้ ทั้งนี้เป็นไป

---

[50] Malcolm D. Evans, *supra note 29*, p. 491.

[51] Award of 8 June 1932, UNRIAA vol. II, p. 1165 at p. 1188., cited by Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 42.

[52] John R. Dugard, *supra note 26*, pp. 54-56.

ตามหลัก non-responsibility[53] ซึ่งหลักการนี้ได้รับการกล่าวยืนยันไว้ในข้อ 4 ของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ.1930[54] และในความเห็นเชิงปรึกษาคดี Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations[55]

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีอีกแนวทางหนึ่งที่เห็นแตกต่างไปจากหลักการดังกล่าวข้างต้น โดยเห็นว่า รัฐเจ้าของสัญชาติอาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐนั้นเพื่อเรียกร้องต่อรัฐอีกรัฐหนึ่งซึ่งบุคคลนั้นก็มีสัญชาติอยู่ด้วยได้ แต่รัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีนี้ต้องเป็นรัฐสัญชาติที่มีประสิทธิผล(effective nationality) หรือสัญชาติที่มีลักษณะเด่นเฉพาะ(dominant nationality)[56] ซึ่งแนวทางนี้เป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักในข้อ 5 ของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ.1930 กล่าวคือ กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่บุคคลที่มีสองสัญชาติหรือกว่านั้นขึ้นไปก็คือกฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติวิสัยและเป็นแหล่งสำคัญ หรือกฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นในพฤติการณ์เช่นนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดมากที่สุด[57] ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวทาง

---

[53] Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 44.; Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra note 27*, p. 109.

[54] Article 4 of the Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

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

[55] I.C.J. Reports (1949), p. 174.

"the ordinary practice whereby a State does not exercise protection on behalf of one of its nationals against a State which regards him as its own national."

[56] ข้อสังเกต: ถึงแม้ทั้ง 2 แนวคิดดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายส่วนใหญ่มักใช้คำทั้งสองในความหมายที่ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ ใช้เพื่อบรรยายถึงความเกี่ยวโยงที่ต้องมีระหว่างรัฐผู้เรียกร้องและคนชาติของรัฐดังกล่าวในสถานการณ์ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติรัฐหนึ่งนำเสนอข้อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่ง (Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 46.)

[57] Article 5 of the Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

ดังกล่าวนี้ถูกนำไปใช้ประกอบการวินิจฉัยในหลายคดี เช่น[58] คดี Canevaro ที่ตัดสินโดยศาลสถิตอนุญาโตตุลาการ(the Permanent Court of Arbitration) เมื่อปีค.ศ.1912 สำหรับประเด็นของคดีก็คือ อิตาลีมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างแก่บุคคลในฐานะที่เป็นคนชาติอิตาลีเพื่อจุดประสงค์ในการดำเนินข้อเรียกร้องต่อเปรูซึ่งก็กล่าวอ้างต่อบุคคลดังกล่าวเช่นกันได้หรือไม่ ซึ่งการที่บุคคลดังกล่าวมีสองสัญชาตินั้นเป็นเพราะสัญชาติเปรูที่ได้รับนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักดินแดน ในขณะที่สัญชาติอิตาลีอยู่บนพื้นฐานของหลักสืบสายโลหิต ในคดีนี้ศาลได้กำหนดลำดับชั้นในระหว่างสองสัญชาติดังกล่าวโดยอาศัยหลัก “active nationality” ซึ่งปัญหาในเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้น ศาลกล่าวว่าคือสัญชาติที่ถูกใช้ให้เป็นประโยชน์อย่างที่เป็นอยู่จริงซึ่งเป็นสัญชาติที่อยู่ในลำดับต้น[59] นอกจากนี้ ในคดี Merge[60] ก็เช่นกันที่วินิจฉัยโดยอาศัยหลักสัญชาติที่มีประสิทธิผล กล่าวคือ ในคดีนี้สหรัฐอเมริกาในฐานะรัฐเจ้าของสัญชาติโดยการเกิดเรียกร้องให้อิตาลีซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่งโดยการสมรสชดใช้ค่าเสียหายแก่ Mrs. Merge จากการที่ทรัพย์สินของ Mrs. Merge เสียหายเนื่องจากสงคราม โดยคณะกรรมาธิการไกล่เกลี่ยอิตาลี-สหรัฐอเมริกาได้ใช้หลักสัญชาติที่มีประสิทธิผลเพื่อพิจารณาว่า Mrs. Merge มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐใดมากกว่ากัน ซึ่งในที่สุดแล้วสหรัฐอเมริกาไม่สามารถพิสูจน์ความสัมพันธ์ทางสัญชาติที่มีประสิทธิผลได้ ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ Mrs. Merge เพื่อเรียกร้องต่ออิตาลีได้ นอกจากทั้งสองคดีดังกล่าวแล้ว ในคดี Nottebohm เองศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้อ้างถึงสัญชาติที่แท้จริงและมีประสิทธิภาพ โดยกล่าวว่า อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ตัดสินคดีบุคคลสอง

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

[58] Ian Brownlie, *supra note 19*, p. 400.

[59] Scott, H.C.R., Vol. 1, 1916, p. 284 (1912)., cited by D.P. O’Connell, *supra note 1*, p. 685.

[60] United State Ex Rel. Merge V. Italian Republic, Italian-United States Conciliation Commission, 1955.

สัญชาติในกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองไว้หลายคดีซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกัน[61]อีกด้วย

แนวทางอันหลังนี้เองที่สอดคล้องกับร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐเจ้าของสัญชาติไม่อาจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลเพื่อเรียกร้องต่อรัฐซึ่งบุคคลนั้นเป็นคนชาติของรัฐนั้นเช่นกัน ถ้าสัญชาติของรัฐแรกไม่ได้โดดเด่นกว่า[62]ทั้งในเวลาที่ความเสียหายเกิดขึ้นและในเวลาที่เสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ”[63] จากการบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีนี้รัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารัฐตนนั้นมีความผูกพันทางสัญชาติกับผู้รับความคุ้มครองทางทูตมากกว่ารัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐที่ถูกเรียกร้อง แต่ทั้งนี้จะสังเกตได้ว่าร่างความคุ้มครองทางทูตฉบับนี้ไม่ได้กำหนดว่าอะไรบ้างเป็นปัจจัยในการพิจารณาว่าสัญชาติใดเป็นสัญชาติที่โดดเด่นกว่า ซึ่งในกรณีนี้ก็คงจะต้องพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมหลายๆอย่างประกอบกัน เช่น ถิ่นที่อยู่อาศัย ระยะเวลาที่อยู่อาศัยในรัฐเจ้าของสัญชาติแต่ละรัฐ วันที่แปลงสัญชาติ การศึกษา การเงิน การเสียภาษี การถือหนังสือเดินทาง การเกณฑ์ทหาร เป็นต้น

3. ข้อยกเว้นหลักสัญชาติในกรณีคนไร้สัญชาติและผู้ลี้ภัย

จากที่กล่าวมาข้างต้นที่ว่า โดยหลักแล้วรัฐที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตต้องเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลผู้เสียหายเท่านั้น แต่อาจมีบุคคลบางประเภทที่ไม่ได้เป็นคนสัญชาติใดเลยหรืออาจเป็นคนชาติแต่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองทางทูตได้เนื่องด้วยเหตุผลบางประการในทางระหว่างประเทศ จึงทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่มีรัฐใดที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตได้ สำหรับในกรณีของผู้ลี้ภัยนั้นเคยมีข้อเสนอให้สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวได้ กล่าวคือ ในการประชุมกรุงเฮกเพื่อจัดทำประมวลกฎหมาย ค.ศ.1930 (Hague Codification Conference) นั้น เนเธอร์แลนด์ได้เสนอว่าสิทธิของรัฐผู้รับในการคุ้มครองผู้ลี้ภัยควรได้รับการ

---

[61] Nottebohm Case, I.C.J. Reports (1955), p. 22.

[62] ข้อสังเกต: คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเลือกใช้คำว่า “predominant” แทนคำว่า “effective” หรือ “dominant” ในการแสดงถึงส่วนประกอบของความสัมพันธ์และเพื่อบ่งชี้ว่าบุคคลมีความผูกพันที่เข้มข้นกับรัฐหนึ่งมากกว่าอีกรัฐหนึ่ง (Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 46.)

[63] Article 7 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

ยอมรับ แต่อย่างไรก็ตามในท้ายที่สุดแล้วข้อเสนอดังกล่าวก็เป็นอันตกไป[64] และหลังจากนั้นก็ไม่มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนไร้สัญชาติและผู้ลี้ภัยอีกเลย จนกระทั่งเริ่มมีการกล่าวถึงอีกครั้งเมื่อมีการร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ โดยร่างฉบับนี้ได้เล็งเห็นถึงปัญหาดังกล่าว จึงได้พัฒนาหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางทูตให้ครอบคลุมถึงบุคคลประเภทดังกล่าวนี้ด้วย ทั้งนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในข้อ 8 ของร่างฉบับดังกล่าว[65] ซึ่งสามารถแยกพิจารณาโดยจำแนกตามประเภทของบุคคลได้ 2 กรณีดังนี้

3.1 กรณีคนไร้สัญชาติ[66]

ก่อนอื่นต้องพิจารณาก่อนว่า คนไร้สัญชาติ (Stateless persons) ที่จะได้รับความคุ้มครองทางทูตตามร่างฉบับนี้หมายถึงบุคคลใด ซึ่งเมื่อพิจารณาจากตัวร่างแล้ว จะเห็นว่าร่างฉบับนี้ไม่ได้ให้ความหมายของคนไร้สัญชาติว่าหมายถึงบุคคลใดโดยตรง แต่ใน Commentaries ของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศที่ศึกษาในประเด็นนี้กล่าวว่า ถึงแม้ว่าตามร่างนี้จะไม่ได้ให้ความหมายของคนไร้สัญชาติไว้ แต่ในข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานะของคนไร้สัญชาติ ค.ศ.1954 (Convention Relating to the Status of Stateless Persons of 1954) ก็ได้ให้ความหมายของคนไร้สัญชาติไว้ว่า “คือบุคคลผู้ซึ่งไม่ถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นคนชาติของรัฐใดๆ ตามกฎหมายของรัฐนั้นๆ”[67] ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ร่างฉบับนี้มุ่งหมายให้ความหมายของคนไร้สัญชาติเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานะของคนไร้สัญชาติ ค.ศ.1954

เมื่อได้ทราบถึงความหมายของคนไร้สัญชาติตามร่างฉบับนี้แล้ว ต่อไปก็พิจารณาถึงเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนไร้สัญชาติตามร่างฉบับนี้ ซึ่งกำหนดว่า คนไร้สัญชาติที่จะได้รับความคุ้มครองทางทูตนั้นต้องอยู่อาศัยอย่างถูกต้องตามกฎหมายและเป็นปกติ

---

[64] H. F. Van Panhuys, The Role of Nationality in International Law: An Outline (Netherlands: Leyden, A.W. Sythoff, 1959), p. 72.

[65] Article 8 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

[66] “Stateless person: a person not having a nationality under the law of any State is called stateless.” Clive Parry and John P. Grant, Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law (New York: Oceana Publications, 1988), p. 376.

[67] Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, pp. 48-49.

วิสัย ซึ่งแสดงถึงการอยู่อาศัยอย่างต่อเนื่องเพื่อใช้เป็นจุดเชื่อมโยงที่นำไปสู่การให้ความคุ้มครองทางทูต นอกจากนี้การอยู่อาศัยดังกล่าวจะต้องมีความต่อเนื่องนับแต่วันที่ความเสียหายเกิดขึ้นจนกระทั่งถึงวันที่เสนอข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการเพื่อเรียกร้องต่อรัฐอื่นอีกด้วย ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อรับรองว่าบุคคลที่มิใช่คนชาติก็ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกับคนชาติในการเสนอข้อเรียกร้องนั่นเอง[68]

3.2 กรณีผู้ลี้ภัย

ในกรณีของผู้ลี้ภัย (Refugees) นั้นก็เช่นกันร่างนี้ก็ไม่ได้ให้ความหมายไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศแล้วจะพบว่า การที่คณะกรรมาธิการไม่ได้ให้คำจำกัดความของของผู้ลี้ภัยนั้น ก็เนื่องจากต้องการเปิดโอกาสให้รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดๆก็ตามที่รัฐนั้นรับรองและปฏิบัติในฐานะผู้ลี้ภัย โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นผู้ลี้ภัยตามคำนิยามของอนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย ค.ศ.1951 (Convention Relating to the Status of Refugees) และในพิธีสารค.ศ.1967 เท่านั้น[69] แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการรับรองผู้ลี้ภัยด้วย[70]

ส่วนเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ลี้ภัยนั้น ก็เช่นเดียวกับกรณีของคนไร้สัญชาติ แต่มีข้อจำกัดอยู่ตรงที่เงื่อนไขดังกล่าวจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการกระทำความผิดระหว่างประเทศของรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลี้ภัยนั้น[71] กล่าวคือ รัฐที่ผู้ลี้ภัยเข้ามาอยู่อาศัยนั้นไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตเพื่อเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลี้ภัยได้ ซึ่งถึงแม้ว่าจะขัดแย้งกับหลักพื้นฐานในเรื่องสัญชาติที่โดดเด่นกว่าของร่างนี้ก็ตาม แต่เนื่องจากผู้ลี้ภัยส่วนใหญ่ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาติมักเป็นผู้ที่หนีจากการถูกลงโทษโดยรัฐเจ้าของสัญชาติ ดังนั้นจึงไม่เหมาะสมที่รัฐที่ผู้ลี้ภัยมาอาศัยอยู่จะให้

---

[68] Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra note 27*, p. 118.

[69] การเปิดโอกาสดังกล่าวน่าจะมีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้ลี้ภัยในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีตราสารในทางระหว่างประเทศหรือตราสารของภูมิภาคใดๆเลย (*Ibid.*)

[70] Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 50.

[71] Article 8(3) of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

ความคุ้มครองทางทูตในสถานการณ์เช่นว่านี้[72] ซึ่งถ้ายอมให้มีการให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีแบบนี้ก็เท่ากับเป็นการเปิดช่องให้มีการดำเนินคดีในทางระหว่างประเทศมากขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าข้อบทดังกล่าวของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเกี่ยวข้องแต่เฉพาะการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนไร้สัญชาติและผู้ลี้ภัยเท่านั้นโดยมิได้เกี่ยวข้องกับการให้สัญชาติแก่บุคคลดังกล่าวแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ การให้ความคุ้มครองทางทูตในกรณีดังกล่าวจึงไม่อาจถูกตีความว่ามีผลต่อสัญชาติของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน[73]

เมื่อพิจารณาจากข้อยกเว้นของหลักสัญชาติในกรณีคนไร้สัญชาติและผู้ลี้ภัยดังกล่าวข้างต้นทั้งหมดแล้ว จะเห็นได้ว่า การที่คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศขยายความคุ้มครองทางทูตไปยังคนไร้สัญชาติและผู้ลี้ภัยนั้น ถือว่าเป็นพัฒนาการที่ก้าวหน้าของหลักการให้ความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย

---

[72] John R. Dugard, *supra note 26*, p. 60

[73] Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra note 27*, p. 119.