

บทที่ 5

การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

ถึงแม้ว่าผู้ให้ความคุ้มครองทางทูตกับผู้รับความคุ้มครองทางทูตจะมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อกันแล้วก็ตาม แต่การให้ความคุ้มครองทางทูตก็ยังจะกระทำไม่ได้ ถ้าบุคคลผู้เสียหายดังกล่าวยังไม่ได้ใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่รัฐเจ้าของสัญชาติต้องการเรียกร้องจนสิ้นสุดเสียก่อน เนื่องจากโดยปกติเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ควรเปิดโอกาสให้รัฐที่จะต้องรับผิดชอบได้เยียวยาความเสียหายตามกระบวนการภายในของรัฐตนก่อน ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยกล่าวไว้ในคดี Interhandel ว่า “รัฐที่มีการละเมิดเกิดขึ้น ควรมีโอกาสที่จะเยียวยาความเสียหายโดยวิธีการของรัฐนั่นเองซึ่งอยู่ภายในโครงร่างของระบบภายในของรัฐตน”¹

นอกจากนี้ Borchard ยังได้ให้เหตุผลของการที่ต้องใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นจนหมดสิ้นก่อน โดยกล่าวว่าหลักการนี้มีแนวคิดที่สนับสนุนอยู่ 5 ประการ ดังนี้²

ประการแรก บุคคลที่เดินทางไปอาศัยอยู่ในต่างประเทศ ถูกสันนิษฐานว่าต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น ซึ่งรวมถึงวิธีการในการเยียวยาความเสียหายด้วย

ประการที่สอง รัฐมีสิทธิในอำนาจอธิปไตยและความเป็นอิสระจากการถูกแทรกแซงจากรัฐอื่น จึงสันนิษฐานว่ารัฐมีความสามารถในการดำเนินความยุติธรรม

ประการที่สาม รัฐบาลของรัฐที่เรียกร้องต้องเปิดโอกาสให้แก่รัฐบาลของรัฐที่ต้องรับผิดชอบได้มีโอกาสอำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายด้วยวิธีการปกติแห่งรัฐนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงข้อโต้แย้งในทางระหว่างประเทศ

ประการที่สี่ ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อย หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าการกระทำผิดหรือการปฏิเสธความยุติธรรมนั้น เป็นการกระทำโดยจงใจของรัฐ

¹ Interhandel case, I.C.J. Reports (1959), p. 27.

² Edwin M. Borchard, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims (New York: Kraus Reprint Co, 1970), pp. 817-818.

ประการสุดท้าย ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจของรัฐ หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้น จะเป็นสิ่งแสดงว่ารัฐไม่ตั้งใจที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น³

แต่อย่างไรก็ตาม การเปิดโอกาสให้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ต้องรับผิดชอบก่อนที่จะนำข้อเรียกร้องดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการในทางระหว่างประเทศนั้น ถึงแม้จะดูเหมือนว่าเป็นการคำนึงถึงแต่เพียงผลประโยชน์ของรัฐที่ต้องรับผิดชอบเท่านั้น แต่แท้ที่จริงแล้วการใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายดังกล่าวก็คำนึงถึงผลประโยชน์อื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ของตัวบุคคลผู้เสียหาย ผลประโยชน์ของรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนถึงผลประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศต่างก็ล้วนถูกนำมาพิจารณาด้วยเช่นกัน⁴

ฉะนั้นเมื่อใดก็ตามที่บุคคลผู้เสียหายได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นจนหมดสิ้นแล้ว แต่ความเสียหายก็ยังคงไม่ได้รับการเยียวยา จึงสมควรที่รัฐซึ่งมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับผู้เสียหายจะใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้เสียหายเพื่อเรียกร้องเอาจากรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น

เงื่อนไขในเรื่องการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องของหลักความคุ้มครองทางทูตนี้ ได้ถูกกล่าวถึงมาเป็นเวลานาน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Interhandel* และจากคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Ambatielos*⁵ และเมื่อในเวลาต่อมาได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นนั้น ก็ได้มีการกล่าวถึงหลักการเยียวยา

³ การให้เหตุผลของ Borchard ดังกล่าวนั้นมีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ ซึ่งรายละเอียดดูได้ใน C. F. Amerasinghe, *infra note 11*, pp. 1287-1292.; Chittharanjan Felix Amerasinghe, *infra note 79*, p. 58.

⁴ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 143.

⁵ คดีนี้เป็นคดีระหว่างกรีซและสหราชอาณาจักร ซึ่งรัฐบาลกรีซเรียกร้องให้รัฐบาลสหราชอาณาจักรรับผิดชอบอันมีมูลเหตุมาจากสัญญาที่ได้ทำขึ้นกับ *Ambatielos* ซึ่งเป็นคนสัญชาติกรีก แต่ข้อเรียกร้องของรัฐบาลกรีซนี้ถูกปฏิเสธจากอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุที่ว่าความเสียหายที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษนั้นยังไม่ถูกใช้ประโยชน์อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องมาจากการไม่นำสืบพยานที่สำคัญในคดีและการไม่ฎีกาต่อ House of Lords ในผลของคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์

ความเสียหายดังกล่าวด้วย ดังจะเห็นได้จากข้อ 44(b) ของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของ
รัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ⁶
นอกจากนี้ในส่วนของการร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการการกฎหมาย
ระหว่างประเทศเองก็ได้กล่าวถึงหลักการนี้ในฐานะที่เป็นเงื่อนไขสำคัญที่ต้องพิจารณาอีกประการ
หนึ่งในการที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลใดก็ตาม โดยร่างข้อบ่งชี้ดังกล่าวได้บัญญัติไว้
ว่า “รัฐไม่อาจเสนอข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศในกรณีที่ความเสียหายเกิดแก่คนชาติหรือ
บุคคลอื่นตามที่กล่าวไว้ในร่างข้อ 8 ก่อนที่บุคคลผู้เสียหายจะสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหาย
ที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นเสียก่อน เว้นแต่เข้ากรณีตามข้อ 15”⁷

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐ
ที่ถูกเรียกร้อง (Exhaustion of local remedies) เป็นเงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการให้
ความคุ้มครองทางทูต และเป็นเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนของการให้ความ
คุ้มครองทางทูตในทุกกรณีอีกด้วย ซึ่งก่อนที่จะศึกษาถึงเนื้อหาของหลักเกณฑ์เรื่องการสิ้นสุด
ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง ก็ควรที่จะพิจารณาถึงความหมาย
ของคำดังกล่าวก่อน ว่ามีความหมายว่าอย่างไร

1. ความหมายของการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

การที่จะทราบถึงความหมายของคำว่า “การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มี
อยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง” ได้นั้น ก่อนอื่นจะต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “ช่องทางเยียวยา
ความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง” หรือที่เรียกว่า “Local remedies” นี้เสียก่อนว่ามีการ
ให้ความหมายของคำดังกล่าวนี้ไว้ว่าอย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้คณะกรรมการการกฎหมายระหว่าง
ประเทศในการร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตได้ให้คำจำกัดความคำดังกล่าวไว้ว่า
หมายถึง วิธีการเยียวยาทางกฎหมายซึ่งเปิดให้แก่บุคคลผู้เสียหายเข้าสู่การพิจารณาโดยศาลหรือ

⁶ Article 44(b) of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

“The responsibility of a State may not be invoked if:

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

⁷ Article 14 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

องค์กรทางศาลหรือทางปกครองของรัฐที่ถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าในกรณีปกติหรือกรณีพิเศษ⁸ ดังนั้นจากคำจำกัดความนี้ การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้น จึงหมายความว่า การที่บุคคลผู้เสียหายได้ใช้วิธีการเยียวยาทางกฎหมายต่างๆ ซึ่งรัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบนั้นได้เปิดไว้สำหรับคนต่างชาติผู้เสียหายใช้เข้าสู่กระบวนการทางศาลหรือเข้าสู่องค์กรทางปกครองของรัฐนั้นๆ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจนหมดทุกช่องทางแล้ว

นอกจากนี้ ในคดี Ambatielos ก็ได้มีการกล่าวถึงการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องด้วยเช่นกัน โดยกล่าวว่า กฎเกณฑ์ที่เรียกร้องว่าช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นต้องสิ้นสุดก่อนนำไปสู่การกระทำในทางระหว่างประเทศซึ่งช่องทางเยียวยาความเสียหายเหล่านี้ไม่เพียงแต่หมายรวมการกล่าวถึงศาลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกตามกระบวนการซึ่งกฎหมายภายในมีให้แก่คู่กรณีอีกด้วย⁹ ดังนั้น การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายก็คือระบบทั้งหมดของความคุ้มครองทางกฎหมายตามที่กฎหมายภายในได้ให้ไว้ซึ่งต้องถูกตรวจสอบก่อนที่รัฐในฐานะที่เป็นผู้คุ้มครองคนชาติของตนจะสามารถดำเนินการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศได้¹⁰

เมื่อได้พิจารณาความหมายของการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายดังกล่าวข้างต้นแล้ว จึงอาจสรุปได้ว่า กรณีที่จะถือว่าเป็นการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ใช้ช่องทางเยียวยาทางกฎหมายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องเพื่อเยียวยาความเสียหายจนหมดทุกช่องทางแล้วนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม มีคำถามเกิดขึ้นตามมาว่า จำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐจนหมดทุกวิธีเท่าที่รัฐนั้นมีอยู่หรือไม่ ซึ่งวิธีการเยียวยาความเสียหายนั้นอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน

⁸ Article 14(2), *id.*

⁹ Ambatielos Arbitration, I.L.R., 1956, cited by D.J. Harris, Cases and Materials on International Law, 6th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), p. 647.

¹⁰ Ambatielos Arbitration, at p. 336. See also Electricity Company of Sofia case, P.C.I.J., Series A/B, No. 77., p. 78 (1939) (D.P. O'Connell, *infra note* 89, p. 1059 fn 23.)

กล่าวคือ ประเภทที่บังคับให้ดำเนินการตามกฎหมายภายใน และประเภทที่มีได้บังคับแต่เป็นเพียงอนุญาตหรือเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจได้¹¹

สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้ Amerasinghe ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า เฉพาะวิธีการเยียวยาความเสียหายที่กฎหมายภายในบังคับเท่านั้นที่ต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้น เว้นแต่ วิธีการเยียวยาที่กฎหมายบังคับนั้นจะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ หรือได้รับยกเว้นโดยสนธิสัญญา ส่วนวิธีการเยียวยาความเสียหายที่กฎหมายภายในมิได้บังคับเพียงแต่เปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจได้นั้น การที่จะดูว่าจำเป็นต้องดำเนินการดังกล่าวให้เสร็จสิ้นเสียก่อนหรือไม่ ให้พิจารณาว่าเป็นวิธีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพหรือไม่ ซึ่งหากเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพก็ต้องดำเนินการให้ถึงที่สุดก่อน¹²

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าวิธีการเยียวยานั้นจะเป็นวิธีที่กฎหมายบังคับหรือกฎหมายเปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจก็ตาม แต่การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้น ควรจะหมายความว่าถึงแต่เฉพาะวิธีการเยียวยาที่นำไปสู่การชดเชยที่เป็นธรรมเท่านั้น ดังที่การประชุมลอนดอนเคยกล่าวไว้ว่า “หลักการเยียวยาความเสียหายเรียกร้องว่าก่อนการยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องในทางระหว่างประเทศเพื่อคนชาตินั้น จะต้องสิ้นสุดการเยียวยาทางกฎหมายทั้งหมดที่หาได้ ที่มีประสิทธิภาพ และเพียงพอ เพื่อให้การชดเชย การบรรเทา และการชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เรียกร้องอย่างเหมาะสม”¹³ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของหลักการเยียวยาความเสียหายนั่นเอง

หลักการที่เปิดโอกาสให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยใช้วิธีการเยียวยาที่มีอยู่ภายในรัฐของตนก่อนนั้น นอกจากจะปรากฏในเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูตแล้ว หลักการดังกล่าวก็ยังปรากฏอยู่ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

¹¹ C. F. Amerasinghe, “The Exhaustion of Procedural Remedies in the Same Court,” *The International and Comparative Law Quarterly* 12, p. 1293 (October 1963). Retrieved September 22, 2009, from <http://www.jstor.org/stable/756567>

¹² *Ibid.*, pp. 1293-1313.

¹³ London Conference, Report of Sixty Ninth Conference 2000, at 14., cited by Emeka Duruigbo, “Exhaustion of Local Remedies in Alien Tort Litigation: Implications for international human rights protection,” *Fordham International Law Journal* 29, p. 5 (June 2006). Retrieved September 22, 2009, from Westlaw database.

ด้วยเช่นกัน¹⁴ โดยถูกบัญญัติไว้ในข้อ 41(1)(c) ว่า “การพิจารณาคำแจ้งที่ได้รับนั้น คณะกรรมการจะดำเนินการกับกรณีที่เสนอมาได้ต่อเมื่อเป็นที่แน่ใจแล้วว่า การเยียวยาภายในประเทศได้นำมาใช้โดยถึงที่สุดแล้วโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช่บังคับในกรณีที่มีการเยียวยาจะเนิ่นนานออกไปอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร”¹⁵ นอกจากนี้ในพิธีสารเลือกรับแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองก็ยังได้กล่าวยืนยันถึงหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐอีกว่า ผู้ที่จะยื่นคำแจ้งไปยังคณะกรรมการได้นั้นต้องใช้วิธีการเยียวยาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ภายในรัฐจนหมดสิ้นแล้ว¹⁶ และในขณะเดียวกันคณะกรรมการก็จะไม่พิจารณาคำแจ้งจากบุคคลใดจนกว่าจะแน่ใจว่าบุคคลดังกล่าวได้ใช้วิธีการเยียวยาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ภายในรัฐจนหมดสิ้นแล้วเช่นกัน แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์นี้จะไม่ใช้บังคับในกรณีที่มีการเยียวยาจะเนิ่นนานออกไปอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร¹⁷ ฉะนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวในกติกาและพิธีสารทั้งสองฉบับนี้เมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในการให้ความคุ้มครองทางทูตแล้วนั้น ก็จะพบว่า หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐของทั้งสองเรื่องดังกล่าวมีความหมายไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ บุคคลผู้เสียหายจะต้องใช้วิธีการเยียวยาที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นจนหมดสิ้นทุกวิธีเสียก่อนแล้วจึงค่อยดำเนินการตามบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆต่อไป

ดังนั้น เมื่อได้ทราบถึงความหมายของคำว่าสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องตามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วนั้น และจากความหมายดังกล่าวนี้เองจึงทำให้ต้องพิจารณาถึงลักษณะทั่วไปของหลักการการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องด้วยว่ามีลักษณะอย่างไร ซึ่งจะได้พิจารณาในลำดับต่อไป

¹⁴ A. A. Cancado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies under the UN Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol,” *The International and Comparative Law Quarterly* 28, pp. 734-765 (October 1979). Retrieved September 22, 2009, from <http://www.jstor.org/stable/758819>

¹⁵ Article 41(1)(c) of International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

¹⁶ Article 2 of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

¹⁷ Article 5(2)(b), *id.*

2. คุณลักษณะของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายใน รัฐที่ถูกเรียกร้อง: กฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความ

ใน Encyclopedia กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้กล่าวไว้ว่า “ตราบใดที่หลักการเยียวยาความเสียหายปรากฏ ความขัดแย้งก็ยังคงมีอยู่เกี่ยวกับปัญหาในลักษณะที่เป็นแนวคิด เช่น ปัญหาว่าหลักดังกล่าวอยู่ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายสารบัญญัติ”¹⁸ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวมิใช่เป็นแต่เพียงข้อถกเถียงกันในทางทฤษฎีเท่านั้น เนื่องจากการพิจารณาว่าหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องเป็นกฎหมายสารบัญญัติ(substantive law) หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความ(procedural law) นั้นมีผลต่อการวิเคราะห์ช่วงระยะเวลาที่ความผิดในทางระหว่างประเทศได้เกิดขึ้น กล่าวคือ หากหลักการดังกล่าวเป็นกฎหมายสารบัญญัติ ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่สิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายแล้ว แต่ในทางตรงกันข้ามหากหลักการดังกล่าวเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความแล้ว ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศก็จะเกิดขึ้นในทันทีที่มีการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั่นเอง¹⁹ นอกจากนี้ความแตกต่างในเรื่องดังกล่าวยังส่งผลต่อการพิจารณากรณีต่างๆอีกหลายกรณี เช่น กรณีของหลักสัญชาติในการเรียกร้อง ซึ่งโดยทั่วไปคนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหายจะต้องเป็นชนชาติของรัฐที่เรียกร้องในเวลาที่เกิดการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ หรือกรณีของเขตอำนาจของศาล ซึ่งจะเกี่ยวข้องในกรณีที่รัฐคู่พิพาทเกี่ยวข้องกับการจำกัดระยะเวลาในการยอมรับเขตอำนาจศาล หรือกรณีที่มีผลโดยนัยต่อการแสดงคำตัดสินแสดงสิทธิในกรณีที่ไม่ปรากฏการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายและการยกเลิกความต้องการในการใช้หลักการเยียวยาความเสียหายโดยรัฐที่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งโดยเหตุผลแล้วทั้ง 2 กรณีดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้หากหลักการดังกล่าวมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ นอกจากนี้การพิจารณาคุณลักษณะของหลักดังกล่าวยังอาจส่งผลต่อคำถามที่ว่าหลักดังกล่าวจะถูกปฏิบัติในฐานะใดในการดำเนินกระบวนการที่ถูกพิจารณาโดยศาลระหว่างประเทศ กล่าวคือ ถ้าหลักนี้เป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ หลักดังกล่าวก็จะได้รับการพิจารณา

¹⁸ Karl Doehring, “Local Remedies, Exhaustion of,” Encyclopedia of Public International Law, Vol. 1., p. 139. (1981).

¹⁹ John R. Dugard., Second report on diplomatic protection: Document A/CN.4/514, Yearbook of the International Law Commission, 2001., p. 16.

ในฐานะที่เป็นคำคัดค้านเบื้องต้น(preliminary objection) แต่หากหลักนี้เป็นกฎหมายสารบัญญัติแล้วก็จะถูกพิจารณาในส่วนของเนื้อหา(merits)²⁰

ดังนั้น จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การพิจารณาถึงคุณลักษณะของหลักการดังกล่าวมีความสำคัญ ด้วยเหตุนี้ประเด็นดังกล่าวจึงเป็นประเด็นที่ควรพิจารณาในลำดับต่อไป ซึ่งในทางระหว่างประเทศนั้นประเด็นดังกล่าวมีการแสดงความเห็นที่แตกต่างกันออกไป โดยทั้งนี้อาจจำแนกแนวความคิดออกได้เป็น 3 ฝ่ายด้วยกัน²¹ ดังนี้

ฝ่ายแรก²² เห็นว่า หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ การกระทำในทางระหว่างประเทศของรัฐที่กระทำผิดนั้นยังไม่สมบูรณ์จนกระทั่งได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจนสิ้นสุดลงแล้ว แต่ทั้งนี้การเยียวยาดังกล่าวก็ไม่ประสบผลสำเร็จแต่อย่างใด ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในความเห็นของฝ่ายแรกนั้น การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายไม่เป็นเงื่อนไขในการยอมรับข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ แต่กลับเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีคุณลักษณะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศเท่านั้น ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าตามความเห็นของฝ่ายนี้นั้น หลักการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของเนื้อหาของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั่นเอง

ฝ่ายที่สอง²³ เห็นว่า หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ กล่าวคือ ความรับผิดชอบของรัฐถูกผูกพันและสมบูรณ์ตั้งแต่เวลาที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว ส่วนการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินการซึ่งจะต้องกระทำก่อนที่การเรียกร้องในทางระหว่างประเทศจะเกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า ตามความเห็นของฝ่ายที่สองนี้ หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในการยอมรับข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, p. 15.; Malcolm D. Evans, *International Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 501-502.

²² นักกฎหมายระหว่างประเทศที่เห็นด้วยกับฝ่ายนี้ ได้แก่ Borchard, Ago, Gaja, O'Connell (รายละเอียดดู John R. Dugard., *supra note 19*, pp. 26-28.)

²³ นักกฎหมายระหว่างประเทศที่เห็นด้วยกับฝ่ายนี้ ได้แก่ Amerasinghe, Doehring, Verzijl (รายละเอียดดู John R. Dugard., *supra note 19*, pp. 28-29.)

ฝ่ายที่สาม เห็นว่า หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นอาจมีคุณลักษณะเป็นได้ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความแตกต่างของประเภทความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าวว่าเป็นความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

1) หากความเสียหายแก่คนต่างด้าวนั้นเกิดจากการละเมิดกฎหมายภายในแล้ว ปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศก็ยังคงไม่เกิดขึ้นจนกระทั่งได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในรัฐนั้นจนสิ้นสุดแล้ว ซึ่งการใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายดังกล่าวก่อให้เกิดการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันนำไปสู่การปฏิเสธความยุติธรรมแก่คนต่างด้าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในกรณีการละเมิดกฎหมายภายในนี้ สิ่งที่ทำให้ข้อเรียกร้องถูกนำเสนอในทางระหว่างประเทศก็คือ การปฏิเสธความยุติธรรมนั่นเอง ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นเป็นส่วนประกอบหนึ่งที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ

2) หากความเสียหายแก่คนต่างด้าวเกิดจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การปฏิเสธความยุติธรรมไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่อย่างไรก็ตามการใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นก็ยังคงต้องใช้จนสิ้นสุดก่อนที่การเรียกร้องในทางระหว่างประเทศจะเกิดขึ้น ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ในกรณีนี้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นมีฐานะเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนในการยอมรับข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ

ดังนั้น จากกรณีดังกล่าวข้างต้นจึงอาจสรุปความเห็นของฝ่ายที่สามได้ว่า ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการละเมิดกฎหมายภายในนั้น หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายก็จะมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ แต่หากเป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายก็จะมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ จากเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้ฝ่ายนี้เห็นว่าหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องอาจเป็นได้ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความนั่นเอง ทั้งนี้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของฝ่ายที่สามนี้ก็คือ Fawcett ซึ่งเขาได้สมมติสถานการณ์ทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้น

ได้ด้วยกัน 3 กรณี โดยที่กรณีเหล่านี้ล้วนเกี่ยวข้องกับการการปรับใช้หลักการเยียวยาความเสียหายทั้งสิ้น ได้แก่²⁴

กรณีแรก: การกระทำที่ร้องเรียนนั้นเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่ละเมิดกฎหมายภายใน ในกรณีนี้หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐดังกล่าวจึงไม่มีบทบาทแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีการกระทำใดที่ขัดต่อกฎหมายภายใน ฉะนั้น จึงไม่มีการเยียวยาความเสียหายที่จะต้องสิ้นสุดแต่ประการใด

กรณีที่สอง: การกระทำที่ร้องเรียนนั้นเป็นการละเมิดกฎหมายภายใน แต่ไม่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีดังกล่าวความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐยังไม่ถูกผูกมัดโดยการกระทำที่ร้องเรียน แต่อาจเกิดขึ้นจากผลของการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดการปฏิเสธความยุติธรรมแก่คู่พิพาทที่เสียหายซึ่งมุ่งที่จะเยียวยาการกระทำที่เป็นรากฐานของการร้องเรียน ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการเยียวยาความเสียหายในกรณีนี้ถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นการขัดขวางในทางเนื้อหาต่อการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศว่า การเรียกร้องจะยังไม่เกิดขึ้นจนกระทั่งการปฏิเสธความยุติธรรมได้ปรากฏขึ้นแล้ว

กรณีที่สาม: การกระทำที่ร้องเรียนนั้นละเมิดทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีนี้หลักการสิ้นสุดของทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นการขัดขวางในทางกระบวนการต่อการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ

สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวความคิดของฝ่ายที่สองที่ว่า หลักการสิ้นสุดของทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ เนื่องจากเมื่อรัฐก่อให้เกิดการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศแล้ว ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะที่ได้กระทำผิด แต่สิทธิในการนำเสนอล้างเรียกร้องในทางระหว่างประเทศจะถูกเลื่อนออกไปจนกระทั่งรัฐมีโอกาสที่จะเยียวยาความเสียหายในสถานการณ์ดังกล่าวแล้ว ประกอบกับผู้เขียนเห็นว่าหลักการสิ้นสุดของทางเยียวยาความเสียหายดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการให้ความคุ้มครองทางทูต ซึ่งการจะพิจารณาเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตอันเป็นหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติหรือที่เรียกว่ากฎเกณฑ์ลำดับสอง (secondary rules) ได้นั้น จะต้องผ่านหลักเกณฑ์ในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาหรือที่เรียกว่ากฎเกณฑ์ลำดับแรก (primary rules) มาก่อนซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวและทรัพย์สินของคนต่างด้าว ซึ่งการละเมิด

²⁴ J.E.S. Fawcett, "The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?" (1954) 31 B.Y.I.L., p. 454-458., cited by John R. Dugard., *supra* note 19, pp. 30-31.

พันธกรณีเช่นว่านี้ถือเป็นการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐตามมา ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการที่จะพิจารณาเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตได้นั้นจะต้องมีการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้วนั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นถูกจัดให้อยู่ในส่วนของกฎเกณฑ์ลำดับสอง (secondary rules) ด้วยเช่นกัน ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงควรมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นจะควรมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ กล่าวคือ เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินการซึ่งจะต้องกระทำก่อนที่การเรียกร้องในทางระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นดังที่ได้กล่าวในข้างต้นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาถึงข้อยกเว้นของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายซึ่งบัญญัติไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตในข้อ 15 แล้วจะพบว่า ในบางกรณีบุคคลผู้เสียหายก็ได้รับการยกเว้นจากการใช้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหาย ด้วยเหตุนี้จึงอาจเกิดข้อสงสัยตามมาว่า ในกรณีเช่นนี้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนี้จะยังคงมีคุณลักษณะเป็นวิธีพิจารณาความได้อยู่หรือไม่ เนื่องจากในกรณีดังกล่าวรัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลผู้เสียหายได้เลยโดยที่บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจนสิ้นสุดก่อนแต่อย่างใด สำหรับข้อสงสัยดังกล่าวนี้ ถ้าพิจารณาจากเหตุผลที่ว่า การให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นดุลพินิจของรัฐประกอบกับคำแนะนำของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับทางปฏิบัติของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามร่างข้อบทฉบับนี้จะพบว่า ในบทบัญญัติข้อ 19(a) ของร่างข้อบทนี้ได้กล่าวไว้ว่า “รัฐที่มีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นควรจะให้การพิจารณาที่เหมาะสมแก่ความเป็นไปได้ในการให้ความคุ้มครองทางทูต โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อความเสียหายที่มีนัยสำคัญได้เกิดขึ้น” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้อาจตีความประกอบข้อยกเว้นของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายได้ว่า การที่รัฐสามารถใช้ดุลพินิจให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลผู้เสียหายที่ได้รับการยกเว้นจากหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 15 ของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตได้นั้น เนื่องจากในบางสถานการณ์ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจเป็นความเสียหายที่มีนัยสำคัญ ฉะนั้นรัฐจึงควรที่จะพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการให้ความคุ้มครองทางทูต ถึงแม้ว่าในสถานการณ์ดังกล่าวบุคคลผู้เสียหายจะไม่ได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐถูกเรียกร้องจนสิ้นสุดก็ตาม ซึ่งตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือ ในเรื่องกระบวนการในการเยียวยาความเสียหายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นล่าช้าเกินสมควร กล่าวคือ ถึงแม้ว่าบุคคลผู้เสียหายจะยังไม่ได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายจนสิ้นสุดก็ตาม แต่หากรัฐที่มีสิทธิให้ความ

คุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวเห็นว่า กระบวนการเยียวยาความเสียหายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง นั้นล่าช้าเกินสมควรและความเสียหายดังกล่าวก็เป็นความเสียหายที่มีนัยสำคัญ รัฐก็สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลดังกล่าวได้ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในข้อ 15(b) ประกอบกับ ข้อ 19(a) ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความคุ้มครองทางทูต ฉะนั้น จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาจึงอาจสรุปได้ว่า ถึงแม้ว่าหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายจะได้รับการยกเว้นในบางกรณีก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวก็ยังคงมีคุณลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอยู่นั่นเอง

3. ลักษณะทั่วไปของการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหาย ที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

ซึ่งลักษณะทั่วไปของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนี้สามารถแยกพิจารณาได้ 3 ลักษณะสำคัญ ได้แก่

3.1 ความเสียหายที่จะได้รับการเยียวยานั้นต้องเป็นความเสียหายโดยอ้อมของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูต

โดยหลักแล้วรัฐทุกรัฐมีความเสมอภาคกัน ไม่มีรัฐใดที่มีอำนาจเหนือกว่าจึงทำให้รัฐไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจตุลาการและกฎหมายภายในของรัฐอื่น²⁵ ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อรัฐหนึ่งกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอีกรัฐหนึ่ง รัฐที่ได้รับความเสียหายนั้นสามารถกล่าวอ้างสิทธิในทางระหว่างประเทศเพื่อเรียกร้องให้รัฐที่ก่อความเสียหายรับผิดชอบได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นเสียก่อน ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่คนชาติของรัฐได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่น ซึ่งในกรณีนี้รัฐเจ้าของสัญชาติเป็นผู้เสียหายโดยอ้อม จึงจำเป็นที่จะต้องให้บุคคลผู้เสียหายใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจนหมดสิ้นก่อน รัฐเจ้าของสัญชาติจึงจะให้ความคุ้มครองทางทูตได้ จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องเพื่อเป็นเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายโดยอ้อมของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูต

²⁵ Interhandel case, I.C.J. Reports (1959), p. 19.

ดังจะเห็นได้จากในคดี Avena ซึ่งเป็นคดีระหว่างเม็กซิโกกับสหรัฐอเมริกา โดยเม็กซิโกกล่าวอ้างว่า “ในการจับกุม กักขัง ตัดสินว่ามีความผิดและพิพากษาลงโทษคนชาติเม็กซิกัน 52 คนให้อยู่ในคุกรอการประหารชีวิตนั้น สหรัฐอเมริกาได้ละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีต่อเม็กซิโก ในสิทธิของเม็กซิโกเองและในการใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของเม็กซิโก โดยความล้มเหลวในการแจ้งโดยไม่ชักช้าแก่คนชาติเม็กซิโก 52 คน ภายหลังการจับกุมถึงสิทธิในการแจ้งให้กงสุลทราบและสิทธิในการเข้าถึงตามข้อ 36(1)(b) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 และโดยการตัดสิทธิของเม็กซิโกในการให้ความช่วยเหลือทางกงสุลและสิทธิของคนชาติเม็กซิโกที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นว่านั้น ซึ่งเม็กซิโกอาจให้ได้ตามข้อ 36(1)(a)และ(c) ของอนุสัญญาดังกล่าว”²⁶ ในขณะที่เดียวกัน สหรัฐอเมริกาก็ได้ยกข้อคัดค้านบนพื้นฐานของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง โดยโต้แย้งว่าศาลควรจะไม่ยอมรับข้อเรียกร้องของเม็กซิโกในการใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติเม็กซิกันผู้ซึ่งไม่ได้ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องทางกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายภายใน²⁷ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า สิทธิส่วนบุคคลของคนชาติเม็กซิกันภายใต้ข้อ 36(1)(b) ของอนุสัญญาดังกล่าวเป็นสิทธิที่ได้รับการยืนยันภายในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา และเฉพาะเมื่อกระบวนการดังกล่าวเสร็จสมบูรณ์และได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายภายในจนสิ้นสุดแล้วเท่านั้น เม็กซิโกจึงมีสิทธิสนับสนุนข้อเรียกร้องของคนชาติของตนผ่านทางวิธีการดำเนินการของความคุ้มครองทางทูต แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้เม็กซิโกไม่ได้เรียกร้องบนพื้นฐานดังกล่าวเท่านั้น แต่เม็กซิโกยังยืนยันข้อเรียกร้องของตนบนพื้นฐานของความเสียหายซึ่งตนโต้แย้งว่าได้รับความเสียหายโดยตรงและผ่านทางคนชาติอันเป็นผลมาจากการละเมิดพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาที่มีหน้าที่ตามข้อ 36(1)(a)(b)(c) ของอนุสัญญาดังกล่าวอีกด้วย ศาลจึงตัดสินว่าในสถานการณ์พิเศษของการพึ่งพาซึ่งกันและกันของสิทธิของรัฐและสิทธิส่วนบุคคลนี้ ในการเสนอข้อเรียกร้องในนามของตนเองนั้นเม็กซิโกอาจขอต่อศาลให้ตัดสินการละเมิดสิทธิซึ่งตนกล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายทั้งโดยตรงและผ่านการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลที่ให้แก่คนชาติเม็กซิกันตามข้อ 36(1)(b) ฉะนั้นหน้าที่ที่จะต้องสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายจึงไม่นำมาใช้ในการร้องขอดังกล่าว จาก

²⁶ Case Concerning Avena and other Mexican Nationals, I.C.J. Reports (2004), p. 23. Retrieved March 18, 2010, from <http://www.icj-cij.org>.

²⁷ *Ibid.*, p. 34., para. 38.

เหตุผลดังกล่าวนี้ ศาลจึงตัดสินว่าข้อคัดค้านการยอมรับของสหรัฐอเมริกาในประเด็นนี้ไม่ได้รับการสนับสนุนแต่อย่างใด²⁸

จากคดีดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาคำตัดสินของศาลแล้วจะพบว่า เหตุผลที่ศาลไม่นำหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องมาปรับใช้นั้น ก็เพราะเนื่องจากศาลเห็นว่าในคดีนี้แม้ชิลโกได้รับความเสียหายโดยตรงนั่นเอง²⁹

เมื่อได้ทราบแล้วว่าความเสียหายที่จะได้รับการเยียวยานั้นต้องเป็นความเสียหายโดยอ้อมของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูต ดังนั้น ก่อนอื่นจึงต้องพิจารณาก่อนว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐนั้นเป็นความเสียหายโดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นยากที่จะแบ่งแยกว่าการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศของรัฐกรณีใดเกิดจากความเสียหายโดยตรงหรือกรณีใดเกิดจากความเสียหายโดยอ้อม เนื่องจากในคดีหนึ่งรัฐอาจเสียหายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม³⁰ เช่นในคดี Interhandel ซึ่งเป็นคดีระหว่างสหรัฐอเมริกาและสวิตเซอร์แลนด์ โดยสวิตเซอร์แลนด์กล่าว

²⁸ *Ibid.*, pp. 35-36., para. 40.

²⁹ แต่อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าคดี Avena นี้ เป็นกรณีที่มีทั้งความเสียหายโดยตรงและความเสียหายโดยอ้อม เนื่องจากการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลนี้อาจก่อให้เกิดความเสียหายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม กล่าวคือ ตามปกติการละเมิดอนุสัญญาดังกล่าวมักก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงต่อรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าอนุสัญญานี้จะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐ มิใช่ผูกพันบุคคลก็ตาม แต่การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในบางข้อของอนุสัญญาดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลได้เช่นกัน เช่นข้อ 36(1)(b) เนื่องจากบทบัญญัตินี้ก่อให้เกิดสิทธิส่วนบุคคล ฉะนั้นการละเมิดบทบัญญัติในกรณีนี้จึงไม่ใช่รัฐที่เป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการไม่สามารถเข้าถึงความช่วยเหลือทางกงสุลได้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ การที่ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าเป็นกรณีความเสียหายโดยตรงนั้น ศาลก็เพียงแต่ยอมรับว่าเป็นความเสียหายโดยตรงเท่านั้นและทั้งส่วนที่เป็นความเสียหายโดยอ้อมไว้โดยไม่ได้ให้เหตุผลใดๆที่ชัดเจน รวมทั้งไม่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อเรียกร้องในกรณีที่มีทั้งความเสียหายโดยตรงและความเสียหายโดยอ้อมอีกด้วย ทั้งๆที่คดีนี้เป็นกรณีเช่นนั้น (รายละเอียดดู Annemarieke Vermeer-Künzli, "Diplomatic Protection before the ICJ – Avena and Indirect Injury," pp. 135-157. Retrieved June 5, 2007, from <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/12538/9/04.pdf>)

³⁰ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 74.

อ้างว่าตนได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิดสนธิสัญญาซึ่งก็คือความตกลงกรุงวอชิงตัน (Washington Accord) และนอกจากนี้ก็ยังได้รับความเสียหายโดยอ้อมซึ่งเป็นผลจากการที่บริษัทสัญชาติสวิสเสียหายจากการกระทำของรัฐบาลอเมริกันอีกด้วย ดังนั้น คดีดังกล่าวจึงเป็นกรณีผสมซึ่งรัฐเป็นผู้เสียหายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตัดสินว่าในคดีนี้ความเสียหายโดยอ้อมนั้นเหนือกว่า ด้วยเหตุนี้ จึงต้องนำหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกร้องมาปรับใช้กับคดีดังกล่าวด้วย

ฉะนั้น ในกรณีที่มีการเรียกร้องของรัฐมีทั้งความเสียหายโดยตรงและโดยอ้อม ศาลจึงมีหน้าที่ในการตรวจสอบและตัดสินว่าคดีดังกล่าวมีความเสียหายโดยตรงหรือความเสียหายโดยอ้อมเป็นองค์ประกอบที่เด่นชัดกว่ากัน³¹ นอกจากการพิจารณาความเด่นชัดขององค์ประกอบ³² แล้ว ยังมีการตรวจสอบด้วยวิธีอื่นอีกหลายวิธี เช่น การตรวจสอบด้วยวิธีที่เรียกว่า “sine qua non” หรือ “but for test” เป็นการตรวจสอบโดยการตั้งคำถามว่าการเรียกร้องซึ่งประกอบไปด้วยทั้งความเสียหายโดยตรงและความเสียหายโดยอ้อมที่อาจถูกนำเสนอขึ้นไม่ใช่การเรียกร้องในนามของคนชาติผู้เสียหายใช่หรือไม่ ถ้าคำถามนี้ถูกตอบไปในทางปฏิเสธ การเรียกร้องในกรณีดังกล่าวก็จะเป็นความเสียหายโดยอ้อมและช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นก็จะต้องใช้จนสิ้นสุดช่องทางด้วยเช่นกัน³³ หรืออาจตรวจสอบโดยพิจารณาจากปัจจัยหลัก 2 ปัจจัย คือ หนึ่ง ประเด็นในการพิพาทหรือการกระทำที่ไม่ชอบในการดำเนินการ และสอง ลักษณะของข้อเรียกร้อง³⁴ แต่อย่างไรก็ตามการตรวจสอบด้วยวิธีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหาบางประการ เช่น ปัญหาที่ว่าประเด็นในการพิพาทใดบ้างจัดอยู่ในประเภทของความเสียหายโดยตรง³⁵ เป็นต้น

นอกจากวิธีการตรวจสอบดังกล่าวข้างต้นแล้วยังมีข้อสังเกตในการแบ่งแยกว่ากรณีใดเป็นความเสียหายโดยตรงหรือโดยอ้อมนั้น อาจพิจารณาจากลักษณะของการเยียวยาความเสียหายได้อีกด้วย กล่าวคือ ถ้ารัฐที่เรียกร้องต้องการให้รัฐที่รับผิดชอบเยียวยาด้วยวิธีการอธิบาย

³¹ *Ibid.*, p. 75.

³² คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นด้วยกับวิธีการตรวจสอบนี้ ดังจะเห็นได้จากร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต 2006 ข้อ 14(3)

³³ *Ibid.*

³⁴ Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, 35 British Yearbook of International Law (1959), pp. 86-87., cited by Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, pp. 177-178.

³⁵ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 178.

หรือแถลงการณ์ ก็แสดงว่าความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายโดยตรง แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้ารัฐที่เรียกร้องต้องการให้เยียวยาด้วยการจ่ายเงินค่าเสียหายหรือการชดเชย ในกรณีนี้แสดงว่าเป็นความเสียหายโดยอ้อม³⁶นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกโดยพิจารณาจากลักษณะการเยียวยานั้นก็มีข้อจำกัดบางประการเช่นกัน กล่าวคือ รัฐผู้ร้องบางรัฐอาจใช้วิธีการร้องขอคำตัดสินแสดงสิทธิ (declaratory judgment) เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามหลักการเยียวยาความเสียหายทั้งๆที่กรณีดังกล่าวสัมพันธ์กับข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายแก่คนชาติ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวถึงแม้จะมีการร้องขอคำตัดสินแสดงสิทธิก็ตาม แต่ก็ไม่ได้รับการยกเว้นจากหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงถือว่าทุกสถานการณ์ในคดีที่มีการร้องขอคำตัดสินแสดงสิทธินั้นถูกนำเสนออย่างมีน้ำหนักมากกว่าบนหลักของความเสียหายแก่คนชาตินั้นเอง³⁷

ดังนั้น จากวิธีการตรวจสอบต่างๆที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการตรวจสอบโดยการพิจารณาจากความเด่นชัดขององค์ประกอบของข้อเรียกร้องนั้น น่าจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดที่ใช้ในการพิจารณาตัดสินว่าข้อเรียกร้องที่มีทั้งความเสียหายโดยตรงและความเสียหายโดยอ้อมประกอบกันนั้น แท้ที่จริงแล้วข้อเรียกร้องดังกล่าวเป็นกรณีของความเสียหายโดยตรงหรือโดยอ้อมมากกว่ากัน

3.2 ช่องทางในการเยียวยาความเสียหายนั้นต้องเป็นการเยียวยาทางกฎหมาย

ถึงแม้ว่าบุคคลผู้เสียหายจะต้องใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจนสิ้นสุดเสียก่อนก็ตาม แต่ก็มิใช่จะหมายความว่าผู้เสียหายดังกล่าวจะต้องใช้หมดทุกช่องทางเท่าที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องแต่อย่างใด เนื่องจากช่องทางการเยียวยาในที่นี้หมายถึงแต่เฉพาะการเยียวยาทางกฎหมาย (legal remedies) เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในคดี *Ambatielos* ว่า “มันคือระบบของความคุ้มครองทางกฎหมายทั้งระบบตามที่กฎหมายภายในได้กำหนดไว้ ซึ่งต้องถูกนำมาใช้”³⁸ ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการเยียวยาใดที่ไม่มีลักษณะเป็นการเยียวยาทางกฎหมาย การเยียวยานั้นก็ไม่อยู่ในความหมายของการเยียวยาที่บุคคลผู้เสียหายต้องใช้จนสิ้นสุดช่องทางแต่อย่างใด

³⁶ John R. Dugard., *supra* note 19, p. 13.

³⁷ *Ibid.*, p. 14.

³⁸ *Greece v UK*, 12 UNRIAA p. 120 (1956).

3.3 การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายต้องทั้งการเยียวยาทางศาลและการเยียวยาทางปกครอง

วิธีการเยียวยาความเสียหายซึ่งบุคคลผู้เสียหายจะต้องใช้จนสิ้นสุดช่องทางตามที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐที่ต้องรับผิดชอบนั้น หมายถึงทั้งการเยียวยาทางศาล(judicial remedies)และการเยียวยาทางปกครอง(administrative remedies)

การเยียวยาทางศาลนั้น คือ ถ้าตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นอนุญาตให้มีการอุทธรณ์คดีดังกล่าวต่อศาลสูง บุคคลผู้เสียหายก็ต้องอุทธรณ์เพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อโต้เถียงเกี่ยวกับเรื่องคำตัดสินของศาลสูงสุด นอกจากนี้ ในกรณีถึงแม้ว่าจะไม่มีการอุทธรณ์เพราะเนื่องจากเป็นสิทธิของศาลสูงที่จะมีดุลพินิจในการอนุญาตให้อุทธรณ์หรือไม่ก็ได้นั้น ในกรณีดังกล่าวคนต่างชาติผู้เสียหายก็ยังคงต้องยื่นขออนุญาตเพื่อจะอุทธรณ์ต่อศาลสูง ซึ่งคำว่า “ศาล” ในที่นี้หมายรวมถึงทั้งศาลปกติและศาลพิเศษ เพราะว่าปัญหาสำคัญไม่ได้อยู่ที่ว่าเป็นการเยียวยาตามกฎหมายในกรณีปกติหรือกรณีพิเศษ แต่อยู่ที่ว่าสามารถให้วิธีการชดเชยที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอหรือไม่³⁹

ในคดี Interhandel⁴⁰ นั้นเป็นตัวอย่างคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ตัดสินในประเด็นเกี่ยวกับการเยียวยาทางศาล กล่าวคือ ในปีค.ศ.1942 สหรัฐอเมริกาได้ยึดหุ้นจำนวนร้อยละ 90 ของบริษัท General Aniline and Film Corporation ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันในฐานะที่เป็นทรัพย์สินของชาติศัตรูตามรัฐบัญญัติการค้ากับศัตรู ซึ่งหุ้นดังกล่าวเป็นของบริษัท Interhandel ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติสวิตเซอร์แลนด์ แต่สหรัฐอเมริกาอ้างว่าบริษัทดังกล่าวถูกควบคุมโดยบริษัทสัญชาติเยอรมันชื่อ I.G. Farbenindustrie A.G. ต่อมาในวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1946 สวิตเซอร์แลนด์ทำความตกลงกับสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสซึ่งเรียกว่าความตกลงกรุงวอชิงตันซึ่งบัญญัติถึงการยึดทรัพย์สินและการชำระบัญชีทรัพย์สินของเยอรมันในสวิตเซอร์แลนด์และการปล่อยสินทรัพย์ของสวิตเซอร์แลนด์ในสหรัฐอเมริกา แต่ทรัพย์สินของบริษัท Interhandel ในสวิตเซอร์แลนด์ก็ยังไม่ได้รับการสะสางแต่ประการใดจนกระทั่งเจ้าหน้าที่พิจารณาบททวนของสวิตเซอร์แลนด์ซึ่งมีอำนาจในเรื่องดังกล่าวได้

³⁹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 72

⁴⁰ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมคดีนี้ได้ใน K.R. Simmonds, “The Interhandel Case,” *The International and Comparative Law Quarterly* 10, pp. 495-547 (July 1961). Retrieved September 22, 2009, from <http://www.jstor.org/stable/755927>

ปล่อยสินทรัพย์ของ Interhandel ในสวิตเซอร์แลนด์ในปีค.ศ.1948 ในขณะที่เดียวกันรัฐบาล สวิตเซอร์แลนด์ก็พยายามที่จะให้ได้รับการปล่อยสินทรัพย์ของ Interhandel ในสหรัฐอเมริกาด้วย เช่นกัน แต่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามโดยโต้แย้งว่าการวินิจฉัยชี้ขาดของ สวิตเซอร์แลนด์นั้นไม่ผูกพันสหรัฐอเมริกาตามความตกลงกรุงวอชิงตันและไม่เกี่ยวข้องกับ ทรัพย์สินที่ได้ตกเป็นของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาแล้ว

ในเดือนตุลาคม ค.ศ.1948 บริษัท Interhandel นำคดีขึ้นสู่ศาลของสหรัฐอเมริกา เพื่อเรียกให้คืนทรัพย์สินให้แก่ตน แต่ศาลอุทธรณ์ยกคำฟ้องด้วยเหตุผลทางกระบวนการพิจารณา นอกจากนี้ ศาลฎีกาก็ปฏิเสธคำร้องขอให้ทบทวน และสหรัฐอเมริกาก็ไม่ยอมรับข้อเสนองของ สวิตเซอร์แลนด์ที่ให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา ดังนั้น ในวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1957 สวิตเซอร์แลนด์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยอ้างว่าสหรัฐอเมริกาอยู่ ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ยึดให้แก่บริษัท Interhandel หรือเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาตามความตกลงกรุงวอชิงตัน หรือใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นๆที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย ค.ศ.1931

ในขณะเดียวกัน เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ.1957 ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาก็ได้ตกลงที่จะทบทวนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์และออกคำสั่งเรียกสำนวนโดยศาลสูง(writ of certiorari) นอกจากนี้ยังกลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์และส่งคดีให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่อีกด้วย ดังนั้น คดีของ Interhandel ยังคงอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกาต่อไปในขณะที่ สวิตเซอร์แลนด์นำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

สหรัฐอเมริกายกประเด็นในการคัดค้านเขตอำนาจของศาลด้วยกัน 4 ประการ⁴¹ แต่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นอยู่ในประเด็นที่ 3 โดยกล่าวว่า บริษัท Interhandel ยังไม่ได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในศาลสหรัฐอเมริกาจนสิ้นสุดแต่อย่างใด ซึ่งในประเด็นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า ข้อโต้แย้งดังกล่าวศาลตีความว่าเกี่ยวข้องโดยตรงกับการยอมรับคำร้องของสวิตเซอร์แลนด์ และเนื่องจากคดีของ Interhandel ยังคงอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกา ประกอบกับหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นเป็นหลักของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งนำมาปรับใช้กับคดีนี้ ดังนั้น จากข้อเท็จจริงที่ว่ากรณีที่รัฐบาลสหรัฐอเมริการิบ หุ่นของ Interhandel เป็นของรัฐบาลเองนั้น ไม่แสดงเหตุผลอันสมควรในการยกเว้นหลักดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเสนอการเยียวยาต่อการกระทำของรัฐอย่างเพียงพอ ฉะนั้น

⁴¹ Interhandel case, I.C.J. Reports (1959), pp. 10-11.

ข้อโต้แย้งของสวิตเซอร์แลนด์ที่ว่าศาลสหรัฐอเมริกาไม่อยู่ในสถานะที่จะวินิจฉัยคดีโดยอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศก็ถูกหักล้างเพราะทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาบ่งชี้ไปในทางตรงกันข้าม นอกจากนี้ ประเด็นหลักของข้อพิพาทก็ไม่ใช่ว่าการละเมิดสิทธิของสวิตเซอร์แลนด์โดยตรง แต่เป็นเรื่องการเรียกร้องโดยคนชาติสวิตที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของตนในสหรัฐอเมริกาซึ่งสวิตเซอร์แลนด์สนับสนุน ตราบที่หลักช่องทางเยียวยาความเสียหายถูกเกี่ยวข้อง ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องแยกความแตกต่างระหว่างการเรียกร้องที่ต่างกัน ดังนั้น ศาลโดยคะแนนเสียง 9 ต่อ 6 สนับสนุนข้อโต้แย้งประการที่ 3 ของสหรัฐอเมริกา และตัดสินว่าคำร้องของสวิตเซอร์แลนด์ไม่สามารถจะยอมรับได้⁴²

ส่วนการเยียวยาทางปกครองนั้น หมายถึง วิธีการเยียวยาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่โดยผ่านทางผู้บริหารหน่วยงานของรัฐบาลที่มีหน้าที่โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับการเยียวยาพิเศษซึ่งถูกจัดให้โดยการกระทำในทางนิติบัญญัติ ถ้าการเรียกร้องถูกกระทำอย่างเป็นปกติโดยผ่านทางกฎหมายเอกชนเพื่อการบรรเทา⁴³ โดยทั้งนี้วิธีการดังกล่าวต้องเป็นวิธีการเยียวยาที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลผูกพันต่อคำตัดสิน และจะต้องไม่เป็นวิธีการเยียวยาที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของรัฐอีกด้วย นอกจากนี้ การเยียวยาทางปกครองนั้นจะไม่รวมถึงวิธีการเยียวยาที่มีจุดประสงค์เพื่อก่อให้เกิดสิทธิในการแก้แค้นอีกด้วย

สำหรับการเยียวยาที่มีลักษณะเป็นการอภัยโทษ (act of grace) นั้นไม่ถือเป็นวิธีการเยียวยาที่บุคคลผู้เสียหายต้องใช้จนสิ้นสุดแต่อย่างใด ถ้าการเยียวยาดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดเงื่อนไขบังคับก่อนที่จำเป็นสำหรับการยอมรับกระบวนการพิจารณาที่มีข้อพิพาทในภายหลัง⁴⁴ นอกจากนี้การ

⁴² *Ibid.*, pp. 26-30.

⁴³ L.B. Sohn and R.R. Baxter, Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens (1961), p. 164., cited by John R. Dugard., *supra* note 19, pp. 7-8.

⁴⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 72.

สำหรับการอภัยโทษนั้น ศาลในคดี Avena ได้กล่าวถึงวิธีดำเนินการในการอภัยโทษว่า สิ่งที่เป็นประเด็นในคดีนี้ก็คือ กระบวนการในการอภัยโทษตามที่ได้รับการปฏิบัติภายในระบบความยุติธรรมทางอาญาของหลายรัฐในสหรัฐอเมริกานั้น มีคุณสมบัติในฐานะที่เป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับการรับรองความมีประสิทธิภาพในการทบทวนและการพิจารณาใหม่ในการพิพากษาลงโทษหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงการละเมิดสิทธิที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ศาลได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า กระบวนการในการ

เยียวยาซึ่งมีผลเป็นเพียงคำแนะนำของคณะกรรมการผู้ตัดสินที่มีไปถึงองค์กรบริหารของรัฐเจ้าของดินแดนนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นหนึ่งในช่องทางเยียวยาความเสียหายที่ต้องสิ้นสุดเช่นกัน เนื่องจากคำแนะนำดังกล่าวไม่มีลักษณะที่ก่อให้เกิดผลผูกพันแต่ประการใด⁴⁵ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า วิธีการเยียวยาความเสียหายที่บุคคลผู้เสียหายจะต้องใช้จนสิ้นสุดช่องทางนั้นต้องมีลักษณะเป็นวิธีการเยียวยาที่มีผลผูกพันประการหนึ่งประการใดอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาในที่นี้ก็ได้ไม่ได้หมายความว่าจะสามารถขยายขอบเขตของการเยียวยาออกไปได้อย่างไม่จำกัดจนถึงขนาดที่ว่าต้องใช้วิธีการเยียวยาจนหมดทุกประเภทของการเยียวยาที่มีอยู่แต่อย่างใด เพราะถึงแม้ว่ารัฐที่ถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบจะได้รับโอกาสในการเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีการที่มีอยู่ภายในรัฐของตนก่อนก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันคนต่างด้าวผู้เสียหายนั้นก็ยังคงได้รับการป้องกันจากสิ่งที่ไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมโดยการร้องขอไปยังศาลระหว่างประเทศโดยตรงได้เช่นกัน ดังนั้น เพื่อความเหมาะสมแล้ว คนต่างด้าวผู้เสียหายจึงควรถูกบังคับให้ใช้เฉพาะวิธีการเยียวยาที่ทำให้มีโอกาสได้รับความยุติธรรมตามกฎหมายเท่านั้น⁴⁶

ตัวอย่างคดีที่มีการวินิจฉัยประเด็นในเรื่องหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง ในที่นี้จะยกตัวอย่างคดี ELSI ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลี โดยสหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่าอิตาลีละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือ(the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation หรือ FCN Treaty)⁴⁷ และละเมิดความตกลงเพิ่มเติม(the Supplementary Agreement)ที่ทำขึ้นระหว่างกัน ซึ่งคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงดังนี้⁴⁸

อภัยโทษในกรณีนี้ไม่เป็นไปตามข้อเรียกร้องที่ว่า การละเมิดและความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากการละเมิดดังกล่าวจะได้รับการตรวจสอบและพิจารณาในกระบวนการทบทวนและการพิจารณาใหม่ด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้กระบวนการอภัยโทษดังกล่าวไม่สามารถที่จะใช้เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการทบทวนและพิจารณาใหม่ได้แต่อย่างใด (รายละเอียดดู Case Concerning Avena and other Mexican Nationals, I.C.J. Reports (2004), paras. 135-143.)

⁴⁵ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 146.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 148.

⁴⁷ ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า สนธิสัญญา FCN

⁴⁸ ELSI Case, I.C.J. Reports (1989), paras. 13-45.

บริษัท ELSI เป็นบริษัทอิตาลี แต่มีผู้ถือหุ้นรายใหญ่เป็นบริษัทอเมริกัน 2 บริษัท คือ Raytheon และ Machlett บริษัท ELSI ตั้งอยู่ในเมือง Palermo และมีโรงงานผลิตส่วนประกอบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งตั้งแต่ปีค.ศ.1964 ถึงค.ศ.1966 บริษัท ELSI มีผลกำไรแต่ก็ไม่เพียงพอที่จะชดเชยภาระหนี้สินของบริษัท ต่อมาการประชุมร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่อิตาลีและบริษัท เพื่อหาหุ้นส่วนชาวอิตาลีที่มีอำนาจและอิทธิพลทางเศรษฐกิจมาร่วมลงทุนและเพื่อสำรวจความเป็นไปได้ที่จะได้รับการสนับสนุนในระดับรัฐบาล แต่อย่างไรก็ตาม การประชุมดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จ ในที่สุด Raytheon และ Machlett ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นจึงวางแผนที่จะปิดกิจการและชำระบัญชีหนี้สินของบริษัทเพื่อลดความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งบริษัทได้ยุติการดำเนินงานเมื่อวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ.1968 แต่อย่างไรก็ตาม การประชุมกับเจ้าหน้าที่อิตาลีก็ยังคงดำเนินต่อไป โดยทั้งนี้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องการให้บริษัทปิดโรงงานและไล่นักงานออกแต่อย่างใด

ต่อมาในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1968 The Mayor of Palermo ก็มีคำสั่งยึดโรงงานของบริษัท ELSI และสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องเป็นเวลา 6 เดือน แต่บริษัท ELSI ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวจึงอุทธรณ์ทางปกครองต่อ The Perfect of Palermo เมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ.1968

26 เมษายน ค.ศ.1968 บริษัท ELSI ก็ได้ยื่นคำร้องขอล้มละลายโดยอ้างถึงการยึดว่าเป็นสาเหตุที่ทำให้บริษัทสูญเสียการควบคุมโรงงานและไม่สามารถใช้ประโยชน์จากแหล่งเงินทุนที่เปลี่ยนเป็นเงินสดได้ทัน และต่อมาในวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ.1968 The Tribunale di Palermo ก็ได้มีคำสั่งให้ล้มละลาย

สำหรับการอุทธรณ์ทางปกครองที่บริษัท ELSI ได้ยื่นไว้ นั้น The Perfect of Palermo ก็ได้มีคำตัดสินเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ.1969 ให้ยกเลิกคำสั่งยึดดังกล่าว และในขณะเดียวกันในวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ.1970 ผู้จัดการดูแลทรัพย์สินในการล้มละลายก็ได้ดำเนินการในศาล Palermo เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการยึดโรงงาน ซึ่งศาลอุทธรณ์ของ Palermo ก็ตัดสินให้ค่าเสียหายสำหรับความสูญเสียในการใช้โรงงานระหว่างช่วงเวลาที่ยึด แต่อย่างไรก็ตามเมื่อการดำเนินการล้มละลายได้สิ้นสุดลงในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1985 นั้น ก็ไม่มีส่วนเกินเหลืออยู่สำหรับการแจกจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้นี้ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลอิตาลี ซึ่งอิตาลีได้คัดค้านการยอมรับคดีนี้ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยให้เหตุผลว่า ก่อนนำคดีมาสู่ศาลนั้น Raytheon และ Machlett ยังไม่ได้ดำเนินการขอเยียวยาความเสียหายตามช่องทางที่มีอยู่ภายในอิตาลีให้เสร็จสิ้นเสียก่อน ฉะนั้น สหรัฐอเมริกาจึงยังไม่มีสิทธิเสนอข้อเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในขณะที่สหรัฐอเมริกาก็ได้แย้งว่าคดีนี้เป็นเรื่องที่อิตาลีก่อให้เกิดความ

เสียหายโดยตรงต่อสหรัฐอเมริกาโดยการล่วงละเมิดสิทธิของสหรัฐอเมริกาตามสนธิสัญญา FCN และด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับคดีนี้ได้

ดังนั้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น **ประเด็นแรก**ที่จะต้องพิจารณาก็คือ คดีนี้จะต้องนำหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องมาปรับใช้แก้คดีหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาหักล้างตามเหตุผลของสหรัฐอเมริกาที่ได้ให้ไว้นั้น ก็จะสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้⁴⁹

เหตุผลประการแรกที่ว่า ข้อบทเกี่ยวกับเขตอำนาจ(jurisdictional clause)ไม่ได้กล่าวถึงหลักการเยียวยาความเสียหายไว้แต่อย่างใด และดังนั้นหลักนี้จึงไม่สามารถปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสนธิสัญญานี้ได้⁵⁰ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้คณะตุลาการยอมรับว่า ภาควิชาสนธิสัญญาสามารถทำความเข้าใจหลักการเยียวยาความเสียหายนี้ได้ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่เชื่อว่าหลักสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีจะสามารถถูกยกขึ้นมาเพื่อยกเลิกอย่างเป็นที่เข้าใจกันโดยที่ไม่ปรากฏคำกล่าวใดๆที่แสดงถึงเจตนาอย่างชัดเจนที่จะทำเช่นนั้น⁵¹ ดังนั้น คำกล่าวข้างต้นจึงเป็นที่ยืนยันถึงคุณลักษณะของกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจเรียกร้องให้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายจนสิ้นสุดเสียก่อน และยังทำให้เกิดความชัดเจนอีกด้วยว่าถึงแม้หลักดังกล่าวจะไม่ใช้กฎหมายเด็ดขาด(jus cogen)ก็ตาม แต่ถ้อยคำที่ชัดเจนและไม่กำกวมก็เป็นสิ่งจำเป็นหากรัฐต้องการที่จะนำข้อเรียกร้องในส่วนของคนชาติเสนอโดยตรงต่อศาลระหว่างประเทศ

เหตุผลประการต่อมาที่ว่า หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องไม่สามารถนำมาปรับใช้กับส่วนของคำขอซึ่งเรียกร้องการประกาศว่าสิทธิของสหรัฐอเมริกาตามสนธิสัญญาถูกล่วงละเมิด⁵² ซึ่งในกรณีนี้คณะตุลาการเห็นด้วยกับข้อเสนอของสหรัฐอเมริกาที่ว่าหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่สามารถนำไปใช้กับกรณีความเสียหายโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม ต้องตรวจสอบสาระสำคัญของประเด็น

⁴⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ใน Martin Dixon, "Case concerning Elettronica Sicula S.p.A.(ELSI) (United States of America v. Italy)," *The International and Comparative Law Quarterly* 41, pp. 702-703 (July 1992). Retrieved September 22, 2009, from <http://www.jstor.org/stable/760557>

⁵⁰ ELSI Case, I.C.J. Reports (1989), para. 50.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, para. 51.

พิพาทมากกว่าเพิ่งไปถึงประเพณีของการบรรเทาที่ถูกเรียกร้อง⁵³ และคณะตุลาการก็สรุปว่าไม่มีการละเมิดสิทธิของสหรัฐอเมริกาตามสนธิสัญญาอย่างทีกล่าวหา ซึ่งอาจถือว่าแตกต่างจากการละเมิดสิทธิของ Raytheon และ Machlett ที่สนธิสัญญาดังกล่าวให้การรับรอง⁵⁴ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังตั้งข้อสังเกตอีกด้วยว่า ไม่มีเวลาใดจนกระทั่งรัฐที่ต้องรับผิดชอบยื่น Counter-Memorial ในการดำเนินกระบวนการในปัจจุบันที่อิตาลีจะแนะนำว่า Raytheon และ Machlett ควรฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลอิตาลีซึ่งอยู่บนพื้นฐานของสนธิสัญญา

เหตุผลประการสุดท้ายที่ว่า อิตาลีถูกปิดปากจากการแก้ต่างหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องโดยการไม่พูดถึงประเด็นดังกล่าวเมื่อเสนอข้อเรียกร้องในทางการทูตต่อสหรัฐอเมริกาในปีค.ศ.1974⁵⁵ สำหรับประเด็นนี้ถึงแม้ว่าคณะตุลาการจะยอมรับความเป็นไปได้ของกฎหมายการปิดปาก(estoppel)ในสถานการณ์ที่เหมาะสม แต่คณะตุลาการก็ปฏิเสธข้อโต้แย้งนี้โดยให้เหตุผลว่า มีความยากลำบากอย่างเห็นได้ชัดในการตีความกฎหมายปิดปากจากเพียงความล้มเหลวในการกล่าวถึงปัญหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการแลกเปลี่ยนทางการทูตที่ไม่ต่อเนื่องบางส่วนเท่านั้น⁵⁶

จากการหักล้างเหตุผลต่างๆข้างต้นประกอบกับความเห็นของศาลที่ว่า ความเสียหายที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องในคดีนี้เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ Raytheon และ Machlett ซึ่งเป็นผลมาจากความเสียหายที่เจ้าของบริษัท ELSI ได้รับอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงที่ไม่ได้สมัครใจในวิธีการจัดการสินทรัพย์ของ ELSI และจากคำสั่งยึดโรงงานที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลง

⁵³ จากการให้ความเห็นดังกล่าวของศาลอาจสรุปได้ว่า ในกรณีที่มีการเรียกร้องของรัฐมีทั้งส่วนที่เกิดจากความเสียหายโดยตรงและความเสียหายโดยอ้อม การที่จะพิจารณาว่าต้องนำหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องมาปรับใช้กับการเรียกร้องในกรณีดังกล่าวหรือไม่นั้น ควรพิจารณาจากสาระสำคัญของประเด็นข้อพิพาทมากกว่าที่จะพิจารณาจากลักษณะของการเยียวยาความเสียหายที่ถูกเรียกร้อง (ประเด็นดังกล่าวดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ใน Matthew H. Adler, "The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision in ELSI," *The International and Comparative Law Quarterly* 39, pp. 641-653 (July 1990). Retrieved September 22, 2009, from <http://www.jstor.org/stable/760120>

⁵⁴ ELSI Case, I.C.J. Reports (1989), para. 51.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 53.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 54.

ดังกล่าว และด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เองที่ทำให้เกิดการเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาในคดีนี้ขึ้น⁵⁷ ฉะนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องที่สหรัฐอเมริกาดำเนินการเรียกร้องสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่ Raytheon และ Machlett มิใช่เป็นกรณีการละเมิดสนธิสัญญา FCN ระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิตาลีแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงต้องนำหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องมาปรับใช้

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นจะต้องถูกมาปรับใช้ ดังนั้น **ประเด็นที่สอง**ที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในอิตาลีนั้นได้ถูกใช้จนหมดสิ้นแล้วหรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหานี้จะเห็นได้ว่า สาระสำคัญของข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาก็คือ การที่บริษัท ELSI ถูกนำเข้าสู่กระบวนการล้มละลายนั้น เกิดจากคำสั่งยึดโรงงานของ Mayor of Palermo ฉะนั้นเมื่อพิจารณาจากการกระทำของ ELSI ในการอุทธรณ์คัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งยึดดังกล่าวต่อศาลอิตาลี และการกระทำของผู้ดูแลทรัพย์สินในการล้มละลายที่ได้เรียกร้องค่าเสียหายจากการยึดนั้น คณะตุลาการจึงเห็นว่าศาลภายในได้มีโอกาที่จะพิจารณาปัญหาซึ่งเป็นสาระสำคัญของข้อเรียกร้องแล้ว ซึ่งในสถานการณ์ดังกล่าวช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นจะถือว่าสิ้นสุดถ้ากฎหมายอิตาลีไม่ให้อำนาจ Raytheon และ Machlett ฟ้องศาลเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในส่วนของตน แต่อย่างไรก็ตาม อิตาลีได้โต้แย้งว่าการเยียวยาดังกล่าวนั้นมีอยู่ โดยต่อสู้ว่าอาจเป็นไปได้ที่จะกล่าวอ้างบทบัญญัติของสนธิสัญญาต่อศาลภายในโดยเชื่อมโยงกับมาตรา 2043 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ซึ่งมาตรานี้ได้ให้สิทธิในการกระทำการดังกล่าวในกรณีที่ละเมิดบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่บังคับตามกฎหมายได้ด้วยตัวเอง(self-executing) แต่ทั้งนี้การกล่าวอ้างดังกล่าวก็ไม่เคยเกิดขึ้นแต่อย่างใด สำหรับข้อโต้แย้งในประเด็นดังกล่าวของอิตาลีนั้น เมื่อได้ตรวจสอบระบบกฎหมายที่อิตาลีได้อ้างแล้ว คณะตุลาการก็สรุปว่า เป็นไปไม่ได้ที่จะสรุปจากสิ่งที่เป็นทัศนคติของศาลอิตาลีที่อาจมีขึ้นถ้าข้อเรียกร้องเช่นนั้นถูกนำมาสู่ศาล นอกจากนี้ คณะตุลาการยังให้ความเห็นอีกด้วยว่าเป็นภาระการพิสูจน์ของอิตาลีที่จะต้องแสดงว่ายังคงมีช่องทางในการเยียวยาความเสียหายอื่นอยู่อีก และเมื่ออิตาลีไม่สามารถทำให้เป็นที่พอใจแก่คณะตุลาการได้ว่ายังคงมีช่องทางเยียวยาความเสียหายบางช่องทางที่ Raytheon และ Machlett ควรที่จะดำเนินการให้เสร็จสิ้น ด้วยเหตุนี้ คณะตุลาการ

⁵⁷ *Ibid.*, paras. 55-56.

จึงปฏิเสธคำคัดค้านในเรื่องการไม่สิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง⁵⁸

4. ข้อยกเว้นการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

ถึงแม้ว่าโดยหลักการแล้ว การจะให้ความคุ้มครองทางทูตได้ต้องผ่านเงื่อนไขที่ว่าบุคคลผู้เสียหายได้ใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจนสิ้นสุดหนทางแล้ว แต่ก็ยังคงไม่ได้รับความเป็นธรรมอยู่นั่นเอง ซึ่งเป็นไปตามหลักในการคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ต้องรับผิดชอบโดยการเปิดโอกาสให้รัฐดังกล่าวได้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนที่จะใช้กระบวนการในทางระหว่างประเทศเพื่อเยียวยาความเสียหายต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนี้ก็คำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลผู้เสียหายด้วยเช่นกัน กล่าวคือ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้บุคคลดังกล่าวได้รับความยากลำบากเกินสมควรและเสียค่าใช้จ่ายเกินจำเป็นในการใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้น ตลอดจนถึงเพื่อให้บุคคลผู้เสียหายสามารถดำเนินกระบวนการในการระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพอีกด้วย⁵⁹ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นในบางกรณีที่รัฐซึ่งมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับบุคคลผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตได้ในทันทีโดยไม่ต้องรอให้สิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องเสียก่อน ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้

4.1 ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่มีประสิทธิภาพ

ข้อยกเว้นนี้เกิดจากข้อเรียกร้องที่ว่าช่องทางเียวยานั้นต้องมีประสิทธิภาพและเพียงพอ ฉะนั้นจึงกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการเียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพก็ไม่จำเป็นต้องใช้จนสิ้นสุดแต่อย่างใด ซึ่งการเียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพนี้พัฒนามาจากคดี Finish Ships Arbitration และต่อมาก็ถูกนำไปใช้ในคดี Norwegian Loans Case โดยผู้พิพากษา Lauterpacht ซึ่งในคดี

⁵⁸ *Ibid.*, para. 63.

⁵⁹ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, pp. 149-150.

ดังกล่าวได้มีการยกประเด็นเรื่องการไม่ต้องสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นขึ้นกล่าวอ้าง แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็ไม่ได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด⁶⁰

ในการวินิจฉัยว่าช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องมีประสิทธิภาพหรือไม่นั้น คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบความไม่มีประสิทธิภาพของการเยียวยาไว้ 3 กรณี ดังนี้⁶¹

กรณีแรก การเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นไม่เป็นประโยชน์อย่างเห็นได้ชัด

กรณีที่สอง การเยียวยาความเสียหายนั้นไม่ปรากฏโอกาสที่จะสำเร็จอย่างเหมาะสม

กรณีที่สาม การเยียวยาความเสียหายนั้นไม่ให้เป็นไปได้ในทางคดีที่มีประสิทธิภาพอย่างเหมาะสม

กรณีแรก การเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นไม่เป็นประโยชน์อย่างเห็นได้ชัด หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบนี้ได้รับการยอมรับจากคดี Finnish Ships Arbitration ซึ่งคดีดังกล่าวทำให้เกิดความชัดเจนว่า สิ่งที่ใช้ในการตรวจสอบการเยียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพนั้นก็คือการไร้ประโยชน์ที่เห็นได้ชัดหรือความไม่มีประสิทธิภาพซึ่งปรากฏอย่างชัดเจน มิใช่เพียงแต่ไม่มีโอกาสที่จะสำเร็จอย่างเหมาะสมหรือเพียงความไม่น่าจะเป็นไปได้ที่จะสำเร็จ ซึ่งเป็นการตรวจสอบที่เข้มงวดน้อยกว่า⁶² ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการตรวจสอบความไร้ประโยชน์อย่างชัดเจนในกรณีแรกนี้จึงอยู่ระหว่างความเป็นไปได้ของความล้มเหลวหรือความไม่น่าจะเป็นไปได้ของความสำเร็จกับความแน่นอนของความล้มเหลวอย่างเด็ดขาดนั่นเอง⁶³ แต่ทั้งนี้ คนต่างดาวผู้เสียหายจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดๆต่อการไร้ประโยชน์ของช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง เพราะหากว่าการไร้ประโยชน์ของการเยียวยานั้นเป็นผลมาจากความผิดของคนต่างดาวผู้เสียหายเอง บุคคลดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการยกเว้นจากการใช้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องแต่อย่างใด⁶⁴

⁶⁰ *Ibid.*, p. 152.

⁶¹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 77.

⁶² Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 152.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Ambatielos (Greece v UK), 12 UNRIAA 122 (1956), cited by Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p.155.

แต่อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบความไม่มีประสิทธิภาพของช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องในกรณีแรกนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นว่า วิธีการตรวจสอบดังกล่าวเป็นการตั้งข้อจำกัดที่สูงเกินไป⁶⁵

กรณีที่สอง การเยียวยาความเสียหายไม่ปรากฏโอกาสที่จะสำเร็จอย่างเหมาะสม ซึ่งการตรวจสอบวิธีนี้ส่วนใหญ่มักใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁶⁶ แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าการตรวจสอบความไม่มีประสิทธิภาพของการเยียวยาด้วยวิธีนี้เป็นการตั้งข้อจำกัดที่กว้างเกินไปสำหรับผู้เรียกร้อง⁶⁷ เนื่องจากเพียงแต่ไม่ปรากฏโอกาสที่จะสำเร็จเท่านั้นก็ส่งผลให้การเยียวยาไม่มีประสิทธิภาพทันทีด้วยเหตุนี้จึงทำให้วิธีการตรวจสอบดังกล่าวไม่สมควรที่จะนำไปใช้กับกรณีของความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด

กรณีที่สาม การเยียวยาความเสียหายไม่ให้เป็นไปได้ในทางคดีที่มีประสิทธิภาพอย่างเหมาะสม การตรวจสอบด้วยวิธีนี้มีที่มาจากความเห็นส่วนบุคคลของผู้พิพากษา Lauterpacht ที่กล่าวไว้ในคดี Norwegian Loans Case ว่า “สถานะในทางกฎหมายของเรื่องดังกล่าวไม่อาจถือว่าชัดเจนอย่างยิ่งในเรื่องของการไม่ยอมรับความเป็นไปได้ในทางคดีที่มีประสิทธิภาพอย่างเหมาะสมซึ่งถูกพิจารณาโดยศาลนอร์เวย์”⁶⁸ ซึ่งคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นด้วยกับวิธีการตรวจสอบนี้ ดังจะเห็นได้จากการที่คณะกรรมาธิการเลือกวิธีการตรวจสอบนี้เป็นหนึ่งในข้อยกเว้นหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวิธีการตรวจสอบนี้ไม่ได้รวมองค์ประกอบที่ว่าวิธีการเยียวยานั้นเป็นวิธีที่สามารถหาได้ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ได้รับการรับรองจากคณะกรรมาธิการในการร่างเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเพื่อการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ และนอกจากนี้ยังได้รับการพิจารณาจากศาลและนักวิชาการด้วยว่าเป็นองค์ประกอบของการตรวจสอบวิธีนี้อีกด้วย⁶⁹ ฉะนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้นำองค์ประกอบดังกล่าวมาเพิ่มเติมไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต โดยบัญญัติไว้ว่า “ช่องทาง

⁶⁵ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 77.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 77-78.

⁶⁷ *Ibid.*; Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 156.

⁶⁸ Norwegian Loans Case, I.C.J. Reports 1957, p. 39., cited by Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p.156.

⁶⁹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 78.

เยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่จำเป็นต้องใช้จนสิ้นสุด ในกรณีที่ไม่มี การเยียวยาความเสียหายซึ่งหาได้อย่างเหมาะสมที่ให้การชดเชยที่มีประสิทธิภาพ หรือการเยียวยาความเสียหายไม่ให้ความเป็นไปได้ในการชดเชยเช่นนั้นอย่างเหมาะสม”⁷⁰

แต่อย่างไรก็ตาม Amerasinghe เห็นว่าคำกล่าวของผู้พิพากษา Lauterpacht อันเป็นที่มาของการตรวจสอบความไม่มีประสิทธิภาพของช่องทางเยียวยาความเสียหายด้วยวิธี ดังกล่าวนั้น เป็นเพียงการอธิบายถึงการตรวจสอบความไร้ประโยชน์อย่างชัดเจนอีกครั้งหนึ่ง เท่านั้น เนื่องจากการอ้างถึงความเป็นไปได้มากกว่าความแน่นอนและการไม่ปฏิเสธอย่างชัดเจน หรือแม้แต่การอ้างถึงการตรวจสอบความไร้ประโยชน์อย่างชัดเจนที่มีอยู่ทั่วไปนั้น เป็นเรื่องที่อยู่ใน ความรับรู้ของผู้พิพากษาอยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการกล่าวที่เกินไปในการที่จะสรุปว่าผู้พิพากษา Lauterpacht กำลังแทนที่การยอมรับวิธีการตรวจสอบหนึ่งด้วยวิธีการตรวจสอบอีกวิธีหนึ่งโดย ปราศจากแม้แต่การอ้างถึงหรือยกเลิกการตรวจสอบด้วยวิธีเดิม นอกจากนี้ สิ่งที่ผู้พิพากษา Lauterpacht เสนอนั้นไม่ได้มากไปกว่าการให้ความหมายของคำว่า “การไร้ประโยชน์อย่างเห็นได้ ชัด” เท่านั้น เนื่องจากการตรวจสอบในกรณีนี้ไม่ต้องการความแน่นอนของความล้มเหลว ซึ่ง หมายความว่าอยู่บนพื้นฐานของการไม่ปรากฏแม้แต่ความเป็นไปได้ที่จะสำเร็จ และสำหรับการใช้ คำว่า “ที่เหมาะสม” ในการอธิบายความเป็นไปได้นั้น ก็เพียงเพื่อให้ความหมายที่ให้แก่การไร้ ประโยชน์อย่างเห็นได้ชัดนั้นเบาบางลงนั่นเอง⁷¹

นอกจากนี้ การพิจารณาถึงเรื่องความมีหรือไม่มีประสิทธิภาพของช่องทางเยียวยา ความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้น ยังอาจพิจารณาจากประเด็นดังต่อไปนี้ได้อีกด้วย กล่าวคือ⁷²

- 1) มีศาลภายในที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาหรือไม่ (Tribunal with Jurisdiction)
- 2) การชดเชยความเสียหายที่สมควร (Due Reparation)
- 3) การใช้เวลาในการอำนวยความสะดวกอย่างเหมาะสม (Proper Timing)
- 4) ความเป็นกลาง (Absence of Bias)
- 5) มีวิธีการพิจารณาอย่างยุติธรรม (Fair Hearing)

⁷⁰ Article 15(a) of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

⁷¹ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 156.

⁷² David R. Mummery, “The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies,” *The American Journal of International Law* 58, pp. 396-404 (April 1964). Retrieved September 22, 2009, from <http://www.jstor.org/stable/2196218>

เมื่อได้ทราบถึงวิธีในการตรวจสอบความไม่มีประสิทธิภาพของช่องทางเยียวยาความเสียหายแล้ว ต่อไปก็จะกล่าวถึงสถานการณ์ที่ทำให้ช่องทางการเยียวยาที่มีอยู่ภายในรัฐเป็นการเยียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากหลายกรณี⁷³ เช่น กรณีที่การใช้มาตรการทางศาลนั้นจะมีผลต่อการกระทำซ้ำแนวทางอย่างเดียวกันในการตัดสินที่เป็นผลร้ายต่อคนต่างชาติ หรือกรณีที่ศาลภายในของรัฐนั้นไม่มีเขตอำนาจเหนือประเด็นข้อพิพาทที่คนต่างด้าวผู้เสียหายยกขึ้นกล่าวอ้าง ทั้งนี้ไม่ว่าศาลนั้นจะเป็นศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ก็ตาม หรือกรณีที่กฎหมายภายในแสดงเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำซึ่งคนต่างด้าวร้องเรียนนั้นเป็นสิ่งที่ศาลภายในหรือองค์กรภายในของรัฐจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นเป็นการเยียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพ หรือกรณีที่ศาลภายในของรัฐนั้นขาดความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี หรือกรณีที่การเยียวยาที่มีอยู่นั้นไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้เป็นไปตามที่ผู้เรียกร้องมุ่งหวังได้ แต่ทั้งนี้ความไม่เพียงพอในการเฝ้าระวังดังกล่าวจะต้องได้รับการพิสูจน์จนสิ้นสงสัยตามสมควร หรือกรณีที่ไม่ปรากฏวิถีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมาย (due process of law) ในระบบกฎหมายของรัฐที่ถูกเรียกร้อง นอกจากนี้ ยังอาจเกิดจาก⁷⁴ กรณีที่สมานติบัญญัติของรัฐนั้นแสดงเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำที่คนต่างชาติร้องเรียนนั้นจะไม่ถูกพิจารณาโดยศาลภายในของรัฐนั้น หรือบรรทัดฐานที่ปฏิบัติมาอย่างสม่ำเสมอที่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อคนต่างชาติที่เสียหาย หรือศาลภายในไม่มีความสามารถที่จะให้การเยียวยาที่เหมาะสมและพอเพียงแก่คนต่างชาติได้ หรือรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่มีระบบความคุ้มครองทางศาลที่เพียงพออีกด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กรณีต่างๆ เหล่านี้เป็นกรณีที่ทำให้บุคคลผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องจนสิ้นสุดแต่อย่างใด เนื่องจากทำให้การเยียวยาความเสียหายนั้นเป็นการเยียวยาที่ไม่มีประสิทธิภาพนั่นเอง

4.2 กระบวนการในการเฝ้าระวังล่าช้าเกินสมควร

ข้อยกเว้นในกรณีนี้เกิดจากการที่รัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดแก่คนต่างชาตินั้น ได้ก่อให้เกิดความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควรในการดำเนินการเพื่อเยียวยาความเสียหายตามวิธีการที่มีอยู่ภายในรัฐนั้น ซึ่งถึงแม้ว่าการเฝ้าระวังล่าช้าเกินสมควรนี้

⁷³ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, pp. 153-155.; Chittharanjan Felix Amerasinghe, *infra* note 79, pp. 206-210.

⁷⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 79.

จะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับกรณีการเยียวยาที่ไร้ประโยชน์อย่างชัดเจนก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวก็ควรได้รับการพิจารณาแยกออกมาต่างหากจากข้อยกเว้นในกรณีแรก เนื่องจากการล่าช้านั้นไม่แน่นอนเสมอไปว่าท้ายที่สุดแล้วบุคคลผู้เสียหายจะไม่ได้รับประโยชน์จากการเยียวยาดังกล่าวแต่อย่างใด⁷⁵

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นในเรื่องกระบวนการในการเยียวยาที่ล่าช้าเกินสมควรนี้ก็มีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ระยะเวลาที่ใช้ในการเยียวยายาวนานเพียงใดถึงจะควรเรียกว่าเป็นการล่าช้าเกินสมควร ดังจะเห็นได้จากในคดี El Oro Mining and Railway Co Case ที่ถือว่าการล่าช้าของศาลในการดำเนินการเป็นเวลาถึง 9 ปีนั้นเพียงพอที่จะทำให้การเยียวยาไม่มีประสิทธิภาพ⁷⁶ แต่ในขณะที่ในคดี Interhandel นั้น ถึงแม้ว่าจะผ่านไปแล้ว 10 ปีนับแต่มีการกระทำเกิดขึ้นแล้วก็ตาม ศาลก็ไม่ถือว่ามี การล่าช้าเกินสมควรในข้อกำหนดของการเยียวยา (provision of remedy)⁷⁷ ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่าไม่สามารถกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนสำหรับทุกกรณีได้ว่าระยะเวลายาวนานเพียงใดถึงจะกล่าวได้ว่าล่าช้าเกินสมควร โดยทั้งนี้การล่าช้าเกินสมควรจึงขึ้นอยู่กับสถานการณ์แวดล้อมในแต่ละคดี ดังที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ว่าไม่อาจให้คำจำกัดความของคำว่า “ล่าช้าเกินสมควร” ได้ว่ามีขอบเขตนานน้อยเพียงใด เนื่องจากแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นจะถูกตัดสินบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ด้วยเหตุดังกล่าว จึงเป็นการยากที่จะให้ขอบเขตหรือความหมายหรือการจำกัดระยะเวลาที่แน่นอนของการดำเนินการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้น⁷⁸

4.3 บุคคลผู้เสียหายกับรัฐที่ถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในวันที่เกิดความเสียหาย

ตามปกติแล้วในทุกกรณีที่ต้องใช้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้น จะต้องมีความเชื่อมโยงบางประการระหว่างบุคคลผู้เสียหายกับรัฐที่ต้องรับผิดชอบ เช่น มีการแสดงออกทางกายภาพ การอยู่อาศัยไม่ว่าจะชั่วคราวหรือถาวร ความเป็น

⁷⁵ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 157.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Interhandel case, I.C.J. Reports 1957, p. 6., cited by Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 157.

⁷⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 80.

เจ้าของทรัพย์สิน หรือมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับรัฐที่ถูกเรียกครอง⁷⁹ ซึ่งความเชื่อมโยงเหล่านี้ อาจเรียกอีกนัยหนึ่งว่าเป็นความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจ (jurisdictional connection) นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจนี้มีความสัมพันธ์กับหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐ กล่าวคือ เฉพาะบุคคลผู้เสียหายที่มีความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจกับรัฐที่ต้องรับผิดชอบเท่านั้นที่ถูกคาดหวังให้ใช้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในคดีที่ตัดสินเกือบจะทุกคดีที่มีการใช้หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้น จะไม่เกิดคำถามขึ้นเลยว่ามีเชื่อมโยงทางเขตอำนาจเพียงพอหรือไม่ เนื่องจากความเชื่อมโยงดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจน กล่าวคือ ในอดีตโดยทั่วไปคดีส่วนใหญ่มักเกี่ยวกับสถานการณ์ที่คนต่างด้าวอาศัยอยู่ทั้งอย่างถาวรหรือชั่วคราวในดินแดนของรัฐอื่น หรือประกอบธุรกิจ หรือเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับรัฐเจ้าของดินแดน หรือปรากฏความเกี่ยวโยงทางกายภาพอื่นๆ เป็นต้น⁸⁰ ด้วยเหตุนี้ ศาลหรือนักกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ค่อยต้องเผชิญกับปัญหาในเรื่องความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจมากเท่าใด แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบันสถานการณ์ต่างๆ มีความหลากหลายมากขึ้น ซึ่งไม่จำกัดแต่เฉพาะสถานการณ์ที่มีความเกี่ยวโยงอย่างชัดเจนดังเช่นในอดีต ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจเพื่อให้สามารถปรับใช้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ในการพิจารณาความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจนั้น มีแนวคิดที่เกี่ยวข้องโดยตรงหลายแนวคิด เช่น สถานที่ในการกระทำความผิด, การอยู่ใต้เขตอำนาจโดยสมัครใจโดยการเข้าสู่การดำเนินการ, การอยู่ใต้เขตอำนาจโดยปริยาย, หรือการยอมรับเขตอำนาจโดยอิสระและสมัครใจ เป็นต้น ซึ่งแนวคิดเหล่านี้สามารถแบ่งแยกได้ 2 กลุ่มด้วยกัน คือ แนวคิดในเรื่องสถานที่ในการกระทำความผิด และแนวคิดในเรื่องการยอมรับเขตอำนาจโดยอิสระและสมัครใจ โดยมีรายละเอียดดังนี้⁸¹

⁷⁹ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp. 168-169.

⁸⁰ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 182.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 184-186.

แนวคิดแรก: สถานที่ในการกระทำความผิด

แนวคิดแรกนี้มาจากคำกล่าวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Interhandel ที่ว่า “รัฐที่การละเมิดเกิดขึ้นควรมีโอกาสที่จะเยียวยาความเสียหายโดยวิธีของรัฐเอง”⁸² ซึ่งจากคำกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า จุดเริ่มต้นที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาข้อจำกัดการเยียวยาความเสียหายก็คือ สถานที่ในการกระทำความผิดนั่นเอง ซึ่งถ้าความผิดต้องตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐที่กระทำความผิดแล้ว โดยทั่วไปก็หมายความว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นก็ต้องตั้งอยู่ในรัฐที่กระทำความผิดด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีปัญหาในเรื่องสถานที่ในการกระทำความผิดนี้ก็อาจเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ อาจเป็นไปได้ว่าสถานที่ที่บุคคลหรือทรัพย์สินได้รับความเสียหายนั้นอาจอยู่นอกรัฐที่กระทำความผิด ในขณะที่สถานที่ในการกระทำความผิดยังคงอยู่ภายในรัฐนั้น ซึ่งอาจเกิดขึ้นเมื่อการกระทำที่ก่อให้เกิดความผิดนั้นเริ่มต้นจากภายในรัฐที่กระทำความผิดแต่สิ้นสุดที่บุคคลหรือทรัพย์สินภายนอกประเทศที่กระทำความผิด ซึ่งในกรณีนี้สามารถแก้ไขได้โดยการยอมรับการตรวจสอบสถานที่ดังกล่าวและกำหนดสถานที่ซึ่งเป็นกรณีสุดท้ายที่จำเป็นที่จะต้องจัดหาบุคคลผู้รับผิดชอบสำหรับความผิดที่เกิดขึ้นนั้น

แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีสถานที่ในการกระทำความผิดนี้อาจต้องถูกปรับเปลี่ยนหากการกำหนดว่าสถานที่ในการกระทำความผิดอยู่ในรัฐที่กระทำความผิดนั้นขึ้นอยู่กับกรรมสิทธิ์ของบุคคลต่างด้าวหรือทรัพย์สินของบุคคลต่างด้าวในรัฐที่กระทำความผิด และการมีอยู่ดังกล่าวก็เป็นผลมาจากการจับกุมหรือยึดทรัพย์สินที่ทำโดยละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งถือว่าการกระทำของรัฐที่กระทำความผิดนั้นด้วย ซึ่งในกรณีนี้หลัก “ex iniuria non oritur ius”⁸³ จึงถูกนำมาใช้ แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ใช่ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ไม่มี ความสมัครใจหรือการให้ความยินยอมอย่างเป็นอิสระ และถึงแม้ว่าในการเกิดขึ้นของข้อยกเว้นนั้นอาจพบว่าไม่มีความสมัครใจหรือความยินยอมก็ตาม แต่ก็มิใช่ว่าจะเป็นอย่างนั้นในทุกกรณีที่ไม่มี ความสมัครใจหรือความยินยอมแต่อย่างใด ฉะนั้นในกรณีนี้ข้อยกเว้นก็ยังคงนำมาใช้ ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงในคดี Aerial Incident นั้นอาจแสดงให้เห็นว่าข้อยกเว้นจะไม่นำมาใช้ ไม่ว่าจะมีปัญหาว่าอากาศยานอยู่ที่นั้นโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากการปรากฏของอากาศยานในน่านฟ้าของบัลแกเรียนั้น

⁸² Interhandel case, I.C.J. Reports (1959), p. 27.

⁸³ “ex iniuria non oritur ius: a legal right or entitlement cannot arise from an unlawful act or omission.” Retrieved March 21, 2010, from <http://duhaime.org/LegalDictionary/J/JusExIniuriaNonOritur.aspx>

โดยปกติหลักการนี้จะนำไปใช้กับปัญหาเรื่องเขตอำนาจในกรณีที่มีการยึดขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ไม่ได้สืบเนื่องมาจากการยึดที่มีขอบด้วยกฎหมายของบังแกเรียนั่นเอง แต่ในทางกลับกันในกรณีของกฎหมายอังกฤษดั้งเดิมที่เห็นว่าการยึดในทะเลหลวงเรียกร้องการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายในรัฐที่กระทำผิดนั้น จะเห็นได้ว่าไม่ได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายปัจจุบันซึ่งใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้แต่อย่างใด ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลัก *ex iniuria non oritur ius* ซึ่งใช้ในบริบทนี้หมายความว่าถึงแต่เฉพาะความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากการกระทำของรัฐที่ต้องรับผิดชอบเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม การใช้ทฤษฎีสถานที่ในการกระทำความผิดนี้อาจเกิดความยุ่งยากในการปรับใช้กับกรณีของการละเมิดสัญญา เพราะว่าการละเมิดสัญญาส่วนใหญ่มักจะเป็นการละเว้นกระทำการ โดยทางออกของกรณีดังกล่าวนี้อาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับสิทธิในสัญญาของคนต่างด้าว เช่น สิทธิในการชำระหนี้ เนื่องจากสิทธินี้อยู่ในลักษณะของการเลือกกระทำการ ฉะนั้นสถานที่ (*situs*)⁸⁴ ในการเลือกกระทำการก็จะเป็นตัวกำหนดสถานที่ในการกระทำความผิดนั่นเอง ทั้งนี้การกำหนดสถานที่นั้นจะขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายทั่วไปที่พบในกฎหมายขัดกัน⁸⁵

แนวคิดที่สอง: การยอมรับเขตอำนาจโดยอิสระและสมัครใจ

สำหรับแนวคิดที่สองนี้มีที่มาจากข้อยกเว้นของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่อิสราเอลยกขึ้นโต้แย้งในคดี *Aerial Incident*⁸⁶ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้สามารถอธิบายโดยการยกตัวอย่างดังนี้ ถ้าผู้ร้ายจับคนต่างด้าว(ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับรัฐบี)ในรัฐเอแล้วนำตัวบุคคลดังกล่าวนั้นข้ามชายแดนไปยังรัฐบี ซึ่งส่งผลให้เกิดการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีของคนต่างด้าวในความสัมพันธ์กับรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นในเวลาต่อมา ในกรณีนี้

⁸⁴ “*situs*: The location or position (of something) for legal purposes, as in *lex situs*, the law of the place where the thing in issue is situated” Bryan A. Garner (editor), *Black’s Law Dictionary*, 8th ed. (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004), p. 1421.

⁸⁵ การละเมิดสัญญาโดยรัฐนั้น โดยตัวของการละเมิดสัญญานั้นเองจะไม่ใช้การละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่จะต้องมีการปฏิเสธความยุติธรรมในสัญญาเช่นว่านั้นก่อน การละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวจึงจะเกิดขึ้น

⁸⁶ ในคดีนี้อิสราเอลโต้แย้งว่าข้อยกเว้นของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดในเรื่อง *voluntary link* ในขณะที่บัลแกเรียก็คัดค้านข้อโต้แย้งดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า *voluntary link* นี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็ไม่ได้ตัดสินในประเด็นปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด (ICJ Pleadings (1959), 531-532., 565., cited by Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 183)

จึงไม่มีเหตุผลว่าเพราะเหตุใดจึงไม่ควรมีความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจสำหรับการใช้เขตอำนาจบนพื้นฐานที่ว่าไม่มีการยอมรับเขตอำนาจของรัฐบีโดยอิสระและสมัครใจจากคนต่างด้าว ในที่ซึ่งความผิดได้เกิดขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีตามตัวอย่างนี้ไม่สามารถนำหลัก *ex iniuria non oritur ius* มาใช้ได้ เพราะว่าตามหลักการดังกล่าวนั้นความเสียหายต้องเกิดจากการกระทำของรัฐบี ฉะนั้นจึงไม่มีเหตุผลอย่างชัดเจนว่าเพราะเหตุใดจึงควรมีข้อยกเว้นเพื่อให้สิทธิแก่รัฐบีในการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในดินแดนของรัฐตน ในกรณีนี้ผลประโยชน์ของรัฐบีเป็นสิ่งสำคัญที่สุดอย่างชัดเจน

ดังนั้น ตามแนวคิดที่สองนี้การไม่ปรากฏข้อยกเว้นที่เด่นชัดในเรื่องการยอมรับโดยอิสระและสมัครใจนั้น อาจไม่ได้เป็นแต่เพียงปัจจัยเดียวที่เกี่ยวข้องโดยตรงสำหรับการตัดสินว่าหลักการเยียวยาความเสียหายจะไม่นำมาใช้ นอกจากนี้ หลัก *ex iniuria non oritur ius* เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ในขณะที่หลักการยอมรับเขตอำนาจโดยอิสระและสมัครใจนั้นไม่มีข้อสนับสนุนว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแต่อย่างใด

สำหรับความเห็นของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศในประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้น เมื่อพิจารณาจากร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตแล้วก็จะพบว่า คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้เอาแนวคิดที่สองมาบัญญัติเป็นข้อยกเว้นของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหาย ดังจะเห็นได้จากข้อ 15(c) ของร่างฉบับดังกล่าว โดยทั้งนี้ได้อธิบายเหตุผลของข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ว่า เนื่องจากในอดีตนั้นความคุ้มครองทางทูตมักเกี่ยวกับสถานการณ์ซึ่งคนต่างชาติที่อาศัยอยู่และประกอบธุรกิจในรัฐอื่นได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐนั้น ดังนั้นจึงถูกคาดหวังว่าจะต้องใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นจนสิ้นสุดเสียก่อน ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่าคนชาติที่อยู่ในดินแดนของรัฐอื่นโดยทั่วไปควรถูกผูกพันเพื่อยอมรับกฎหมายภายในของรัฐนั้นซึ่งรวมถึงวิธีการในการเยียวยาความเสียหายด้วย แต่ในปัจจุบันนี้บุคคลอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐต่างชาตินอกดินแดนของรัฐนั้นหรือจากการกระทำภายในดินแดนของรัฐนั้นในสถานการณ์ซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงกับดินแดนแต่อย่างใด⁸⁷ ตัวอย่างเช่น ในกรณีการระเบิดโรงงานนิวเคลียร์เชอร์โนบีลซึ่งก่อให้เกิดละอองกัมมันตภาพรังสีจำนวนมากส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในหลายๆ รัฐ หรือการยิงเครื่องบินโดยสารที่หลงเข้าสู่่านฟ้าของอีกรัฐหนึ่งโดยบังเอิญ เป็นต้น ซึ่งพื้นฐานสำหรับกฎเกณฑ์ในเรื่องความเชื่อมโยงทางดินแดน (*territorial connection*) หรือที่เรียกว่า *voluntary link* นี้ ก็คือการสันนิษฐานในเรื่องความเสี่ยงโดยคนต่างด้าวในรัฐต่างประเทศนั่นเอง

⁸⁷ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 81.

แต่ทั้งนี้เฉพาะกรณีที่คนต่างด้าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐที่ต้องรับผิดชอบอย่างสมครใจเท่านั้นที่จะถูกคาดหวังให้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นจนสิ้นสุดเสียก่อน

ฉะนั้น หากเป็นกรณีที่ไม่มี ความเชื่อมโยงทางดินแดนหรือ voluntary link ระหว่างบุคคลผู้เสียหายกับรัฐที่ต้องรับผิดชอบแล้ว เช่น ในกรณีที่ทรัพย์สินของคนต่างด้าวได้รับความเสียหายจากสิ่งแวดลอมอันเกิดจากมลภาวะ, ละอองกัมมันตภาพรังสี หรือวัตถุอวกาศที่ตกลงมาซึ่งพุ่งกระจายมาจากรัฐซึ่งทรัพย์สินนั้นไม่ได้ตั้งอยู่ หรือในกรณีที่บุคคลโดยสารในเครื่องบินที่ยกยติตกขณะบินอยู่เหนือดินแดนของอีกรัฐหนึ่ง เป็นต้น จึงมีการเสนอว่าในสถานการณ์เหล่านี้การเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องไม่จำเป็นต้องสิ้นสุดแต่อย่างใด⁸⁸ ประกอบกับการที่มีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้กล่าวไว้ว่า การสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นไม่นำไปใช้กับกรณีที่คนต่างด้าวผู้เสียหายไม่มี voluntary link กับรัฐที่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากไม่มีความเชื่อมโยงทางดินแดนระหว่างบุคคลและรัฐดังกล่าว⁸⁹ อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นในกรณีนี้สำหรับศาลแล้วยังไม่อาจสรุปให้เป็นที่ยุติได้ว่าตามแนวทางของศาลนั้นยอมรับข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวหรือไม่ เนื่องจากบางคดี⁹⁰ ศาลก็สนับสนุนการใช้หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง ทั้งๆที่ในคดีเหล่านั้นไม่ปรากฏ voluntary link ระหว่างบุคคลผู้เสียหายกับรัฐที่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด หรือในบางคดี⁹¹ ที่มีการโต้แย้งในเรื่อง voluntary link แต่ศาลก็ไม่ได้ตัดสินประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด หรือในบางคดี⁹² ที่หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐไม่ถูกนำมาใช้กับกรณีที่ไม่มี ความเชื่อมโยงทางดินแดนนั้นก็ถูกตีความว่าเป็นการสนับสนุนข้อเรียกร้องในเรื่องการยอมรับเขตอำนาจโดยสมครใจในฐานะที่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนสำหรับการใช้หลักการเยียวยาความเสียหาย เป็นต้น ซึ่งความล้มเหลวในการยืนยันการใช้หลักการเยียวยาความเสียหายในกรณีเหล่านี้ได้ถูกอธิบายว่าเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายโดยตรงต่อรัฐที่เรียกร้อง จึงทำให้หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูก

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ D.P. O'Connell, *International Law*, Volume 2, 2nd ed. (London: Stevens & Sons, 1970), p. 951.

⁹⁰ Finnish Ships Arbitration, at p. 1504; Ambatielos Claim, at p. 99.

⁹¹ The Aerial Incident case, Oral Pleadings of Israel, I.C.J. Pleadings 1959, pp. 531-532.; The Norwegian Loans case, Oral Pleadings of France, I.C.J. Pleadings 1957, Vol. I, p. 408

⁹² The Trail Smelter case, UNRIAA, vol.III, p. 1905.

เรียกร้องไม่จำเป็นต้องสิ้นสุดช่องทางในการเยียวยา หรืออธิบายว่าเป็นกรณีที่ความตกลงจัดตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ได้เรียกร้องหลักการดังกล่าว⁹³

ดังนั้น เพื่อรองรับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าว ซึ่งถึงแม้ว่าช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐจะมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่เพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่บุคคลผู้เสียหาย ในร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตนั้นคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศจึงกำหนดให้สถานการณ์ดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง⁹⁴ แต่ทั้งนี้โดยใช้คำว่า “relevant connection”⁹⁵ แทนคำว่า “voluntary link” ในบริบทของข้อยกเว้นนี้ เนื่องจากต้องการที่จะให้ความสำคัญกับการไม่ปรากฏความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ที่สามารถกำหนดได้อย่างเป็นภาวะวิสัยระหว่างบุคคลกับรัฐเจ้าของดินแดนมากกว่าที่จะให้ความสำคัญกับเจตนาของบุคคลผู้เสียหายในทางอัตวิสัยซึ่งในทางปฏิบัตินั้นยากที่จะพิสูจน์ได้⁹⁶

แต่อย่างไรก็ตาม Amerasinghe ได้ตั้งข้อสังเกตต่อหลัก voluntary link ที่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้นำมาบัญญัติเป็นข้อยกเว้นหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายไว้ว่า ถ้าพิจารณาจากการอธิบายและการวิเคราะห์ข้อบทดังกล่าวในรายงานของผู้รายงานพิเศษแล้ว⁹⁷ จะพบว่า ไม่เพียงแต่ไม่มีข้อพิสูจน์ที่เป็นการยอมรับหลักดังกล่าวในทางปฏิบัติของรัฐหรือคำวินิจฉัยของศาลหรือความเห็นของนักกฎหมายแล้ว แต่ยังสนับสนุนการไม่ยอมรับหลักดังกล่าวอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากหลักฐานต่างๆ ที่ผู้รายงานพิเศษได้กล่าวถึงนั้นมีข้อสงสัยดังนี้ **ประการแรก** เมื่อหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นข้อยกเว้น ก็มีการละสิทธิการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายในสถานการณ์เช่นนั้นอย่างชัดแจ้งหรืออย่างโดยนัยบนพื้นฐานของหลักการดังกล่าว **ประการที่สอง** การอ้างถึงสนธิสัญญาในฐานะที่เป็นการกำหนดข้อยกเว้นนั้นไม่ได้แสดงให้เห็นว่าสนธิสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดกฎหมาย

⁹³ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 82.

⁹⁴ Article 15(c) of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

⁹⁵ คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศใช้คำนี้ในความหมายว่าต้องมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับบุคคลผู้เสียหายไมทางใดก็ทางหนึ่ง

⁹⁶ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 82.

⁹⁷ John R. Dugard., Third report on diplomatic protection: Document A/CN.4/523, Yearbook of the International Law Commission, 2002., pp. 26-35.

⁹⁸ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, pp. 186-187.

จารีตประเพณี เพราะว่าไม่มีความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (opinion juris) ที่ชัดเจนในกรณีใดๆ นอกเหนือจากการไม่ปรากฏทางปฏิบัติที่น่าเชื่อถือ **ประการที่สาม** คำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อยกเว้นดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้ใกล้เคียงกับการสนับสนุนหลักนี้ในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นแต่อย่างใด และ**ประการสุดท้าย** นักกฎหมายก็ไม่ได้เห็นด้วยทั้งหมดว่าข้อยกเว้นดังกล่าวนำไปใช้ได้แต่กลับละเลยข้อยกเว้นนี้ นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลก็จะพบว่ามีคำวินิจฉัยของศาลซึ่งสนับสนุนความเห็นที่ว่า หลักการพื้นฐานของเขตอำนาจนั้นก็คือหลักในเรื่องสถานที่ในการกระทำความผิด ในขณะที่ข้อยกเว้นที่อยู่บนพื้นฐานของการไม่ปรากฏการยอมรับโดยสมัครใจนั้น มีการอธิบายเพียงเล็กน้อยหรืออาจกล่าวได้ว่าไม่มีเลย ซึ่งการอ้างถึงหลักการดังกล่าวนี้มีเพียงอย่างเดียวก็คือในข้อโต้แย้งของอิสราเอลในคดี Aerial Incident เท่านั้น แต่ก็เป็นการอ้างที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของคำพิพากษาในคดีก่อน อำนาจผูกมัด หรือหลักกฎหมายทั่วไปใดๆเลย อีกทั้งไม่ได้รับการยืนยันอย่างชัดเจนจากเหตุผลทางนโยบายอีกด้วย ยกเว้นแต่แนวคิดที่ว่าคนต่างด้าวโดยสมัครใจต้องสมมติว่าความเสี่ยงของการเยียวาความเสียหายนั้นนำไปใช้สำหรับการปรับใช้หลักการดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นคุณค่าทางนโยบายที่ตรงประเด็น แต่อย่างไรก็ตามต้องชั่งน้ำหนักกับสิทธิอธิปไตยของรัฐในการใช้เขตอำนาจเหนือการละเมิดกฎหมายในดินแดนของรัฐตนด้วย

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าหลัก ex iniuria non oritur ius อาจไม่ถูกนำมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศในเรื่องหลักการเยียวาความเสียหาย แต่ก็มีคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศซึ่งยอมรับหลักดังกล่าวในเรื่องอื่น และหลักนี้ก็ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับอีกด้วย ดังนั้น จึงไม่มีความยากลำบากในการปรับใช้หลักการดังกล่าวในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในในบริบทของหลักการเยียวาความเสียหาย

นอกจากนี้ Amerasinghe ยังตั้งข้อสังเกตอีกด้วยว่า⁹⁹ ในคำอธิบายร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตของบทบัญญัติในข้อ 15(c) นั้น มีการอ้างถึงหลัก voluntary link แต่ก็ไม่ได้มีการตรวจสอบอย่างละเอียดแต่อย่างใด ในขณะที่แนวคิดที่ว่าต้องมีข้อสันนิษฐานในเรื่องความเสี่ยงโดยคนต่างด้าวผู้เสียหายนั้นกลับได้รับการสนับสนุน แต่อย่างไรก็ตาม อาจเป็นการมากเกินไปที่จะตัดโอกาสในการเยียวาความเสียหายแก่คนต่างด้าวของรัฐที่ต้องรับผิดชอบถึงแม้ว่าจะไม่มี voluntary link ระหว่างคนต่างด้าวกับรัฐดังกล่าวก็ตาม ถ้าหากหลัก ex iniuria non oritur ius ก็ไม่สามารถใช้ได้กับสถานการณ์ดังกล่าวเช่นกัน ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การไม่ปรากฏ

⁹⁹ Ibid., p. 187.

การยอมรับเขตอำนาจโดยอิสระและสมัครใจในฐานะที่เป็นหลักการสำหรับการไม่ใช้หลักการเยียวยาความเสียหายนั้นอาจเป็นการอธิบายในลักษณะที่กว้างเกินไป

4.4 บุคคลผู้เสียหายถูกขัดขวางอย่างชัดแจ้งจากการดำเนินการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

ข้อยกเว้นในกรณีนี้ถูกพัฒนาขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰⁰ อันถือเป็นการพัฒนาที่ก้าวหน้า (progressive development) ข้อบทหนึ่ง¹⁰¹ ซึ่งตามข้อยกเว้นนี้ บุคคลผู้เสียหายมีภาระในการพิสูจน์เพื่อแสดงให้เห็นว่ามีอุปสรรคที่สำคัญและยากต่อการใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นจนสิ้นสุดหนทางได้ และนอกจากนี้ ผู้เสียหายยังต้องพิสูจน์อีกด้วยว่าตนถูกขัดขวางอย่างชัดแจ้งจากการดำเนินการเยียวยาเช่นนั้น¹⁰² ซึ่งถึงแม้ว่าจะไม่มีการกำหนดว่าสถานการณ์ใดเข้าข่ายเป็นการขัดขวางผู้เสียหายอย่างชัดแจ้งในการดำเนินการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นก็ตาม แต่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้กล่าวถึงสถานการณ์ที่เข้าข่ายเป็นการขัดขวางอย่างชัดแจ้งว่า ใหัรวมถึงสถานการณ์ซึ่งบุคคลผู้เสียหายถูกห้ามโดยรัฐที่ถูกเรียกร้องในการเข้าสู่ดินแดนของรัฐดังกล่าว ไม่ว่าจะการห้ามนั้นจะโดยกฎหมายหรือโดยการข่มขู่ว่าจะเกิดอันตรายต่อความปลอดภัยส่วนบุคคลก็ตาม และสถานการณ์ซึ่งมีการปฏิเสธโอกาสในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมภายในรัฐนั้นของผู้เสียหาย นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะถูกคาดหวังว่าจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการทางศาลภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องก็ตาม แต่ในบางสถานการณ์ที่ค่าใช้จ่ายดังกล่าวสูงเกินจำเป็นซึ่งดูเหมือนเพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้เสียหายสามารถเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวได้ กรณีนี้ก็ถือเป็นการขัดขวางอย่างชัดแจ้งในการปฏิบัติตามเพื่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหายตามวิธีการที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นอีกด้วย¹⁰³

¹⁰⁰ Article 15(d) of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006.

¹⁰¹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 83.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

4.5 รัฐที่ถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบยกเลิกหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนี้มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการไม่ชอบต่อคนต่างชาติให้ได้มีโอกาสได้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามวิธีการภายในรัฐนั้นก่อน ดังนั้นเมื่อใดก็ตามที่รัฐที่ถูกเรียกร้องไม่ต้องการประโยชน์ดังกล่าว รัฐก็สามารถยกเลิกหรือสละหลักการนี้ได้ ซึ่งการยกเลิกหรือสละหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักความยินยอมนั่นเอง¹⁰⁴ โดยทั้งนี้การยกเลิกอาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ เช่น ในสนธิสัญญาทั้งทวิภาคีและพหุภาคีซึ่งทำขึ้นก่อนหรือหลังเกิดข้อพิพาท หรือในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคนต่างด้าวและรัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบ หรือการสละโดยชัดแจ้งหรือโดยนัย หรือโดยการอนุমানเอาจากการกระทำของรัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบ อันเป็นการปิดปาก¹⁰⁵ ดังนั้นเพื่อความสะดวกในการศึกษาจึงแบ่งประเด็นต่างๆออกเป็น 3 ประเด็นดังนี้

4.5.1 การสละโดยชัดแจ้ง

การสละโดยชัดแจ้งนั้น เกิดขึ้นเมื่อรัฐเจ้าของดินแดนหรือรัฐที่ต้องรับผิดชอบตกลงอย่างชัดแจ้งว่าหลักการเยียวยาความเสียหายจะไม่นำมาใช้กับข้อพิพาทใดข้อพิพาทหนึ่งหรือหลายๆข้อพิพาท ซึ่งความตกลงดังกล่าวอาจเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้ และรูปแบบในการเกิดนั้นอาจเกิดขึ้นโดยการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ต้องรับผิดชอบหรืออาจเกิดโดยสนธิสัญญาทั้งพหุภาคีหรือทวิภาคีก็ได้เช่นกัน¹⁰⁶ นอกจากนี้ความตกลงสละหลักการเยียวยาความเสียหายยังอาจถูกรวมอยู่ในความตกลงจัดตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจที่ทำขึ้นเพื่อแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือในสนธิสัญญาทั่วไปซึ่งกำหนดว่าข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นให้ถูกระงับโดยอนุญาโตตุลาการหรือการระงับข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศโดยรูปแบบอื่น

¹⁰⁴ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 161.

¹⁰⁵ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 84.

¹⁰⁶ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 162.

หรืออาจถูกรวมอยู่ในสัญญาระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวก็ได้เช่นกัน¹⁰⁷ ตัวอย่างของข้อบทละสิทธิ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป คือ ข้อ 26 ของอนุสัญญาฉบับข้อพิพาทในการลงทุน¹⁰⁸

สำหรับผลของการสละโดยชัดแจ้งนั้น มีความเห็นโดยทั่วไปว่า ไม่ว่าข้อบทละสิทธิ ดังกล่าวจะอยู่ในความตกลงระหว่างรัฐหรืออยู่ในสัญญาระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวก็ตาม ก็ไม่สามารถเพิกถอนได้ ถึงแม้ว่าสัญญานั้นจะทำตามกฎหมายภายในของรัฐก็ตาม¹⁰⁹ แต่อย่างไรก็ตาม ก็อาจมีบางกรณีที่มีการสละสิทธิโดยชัดแจ้งนั้นอาจถูกเพิกถอนโดยความตกลงของคู่ภาคี หรือด้วยความยินยอมของรัฐของคนต่างด้าวผู้ได้รับผลกระทบ ดังจะเห็นได้จากกรณีของ อนุสัญญา ICSID ซึ่งการสละโดยชัดแจ้งนั้นในอนุสัญญาดังกล่าวยอมให้มีการเพิกถอนได้โดยการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ต้องรับผิดชอบหรือรัฐเจ้าของดินแดนในเวลาที่ให้ความยินยอมแก่อนุญาตตุลาการตามอนุสัญญา ซึ่งการให้ความยินยอมนี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรแยกต่างหาก ดังนั้น ในขณะที่ข้อตกลงที่จะมอบให้ตุลาการเป็นผู้ตัดสินนั้นก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานว่ามีการสละหลักการเยียวยาความเสียหายโดยชัดแจ้ง แต่ในขณะเดียวกันข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็สามารถพิสูจน์หักล้างได้โดยการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเจ้าของดินแดนหรือรัฐที่ต้องรับผิดชอบ หรือโดยความตกลงระหว่างคนต่างด้าวและรัฐคู่พิพาทในการให้การเพิกถอนการสละดังกล่าว ซึ่งต้องทำก่อนหรือในเวลาที่รัฐเจ้าของดินแดนหรือรัฐที่ต้องรับผิดชอบให้ความยินยอมแก่อนุญาตตุลาการนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีความตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีระหว่างรัฐที่จะยอมให้อนุญาตตุลาการหรือศาลระหว่างประเทศระงับข้อพิพาทระหว่างคนชาติของตนกับรัฐเจ้าของดินแดนนั้น ในกรณีดังกล่าวโดยทั่วไปไม่ถือว่าหลักการเยียวยาความเสียหายถูกยกเลิกโดยการยอมให้อนุญาตตุลาการหรือศาลระงับข้อพิพาทเช่นนั้น¹¹⁰

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า หากความตกลงละสิทธินี้ปรากฏในสัญญาซึ่งเป็นไปตามกฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดนและต่อมาสัญญาดังกล่าวก็สิ้นสุดไปตาม

¹⁰⁷ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 84.

¹⁰⁸ Article 26 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes.

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

¹⁰⁹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 84.

¹¹⁰ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 163.

กฎหมายดังกล่าวแล้ว ปัญหาก็คือความตกลงสถานะสิทธิดังกล่าวจะยังคงมีผลอยู่ต่อไปอีกหรือไม่ ซึ่งคำตอบของกรณีนี้นั้นก็ขึ้นอยู่กับว่า ส่วนใดของสัญญาที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายที่แตกต่างจากที่ควบคุมส่วนอื่น ในประเด็นปัญหาดังกล่าวเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีข้อบทอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวแล้วจะพบว่า หากมีการยกเลิกสัญญาก็จะไม่มีผลต่อการยกเลิกข้อบทอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ซึ่งทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่าข้อบทอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถอยู่ได้โดยลำพังตัวเองและไม่ได้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดนโดยสิ้นเชิงอีกด้วย ดังนั้น จึงอาจนำหลักการเดียวกันนี้มาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าวได้เช่นกัน¹¹¹

4.5.2 การสละโดยปริยาย

สำหรับการสละโดยปริยายนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยแสดงความเห็นว่าการจะสละสิทธิที่จะใช้หลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐนั้น ไม่สามารถสละโดยปริยายได้¹¹² แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นแย้งว่า เมื่อใดที่เจตนาในการสละสิทธิที่จะใช้หลักการดังกล่าวของคู่สัญญานั้นชัดเจน ก็จะมีผลเป็นไปตามเจตนาที่ได้ให้ไว้ถึงแม้จะเป็นการสละโดยปริยายก็ตาม¹¹³ ซึ่งการสละโดยปริยายอาจเกิดขึ้นในกรณีใดได้บ้างนั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ดังนี้¹¹⁴

1) ข้อบทเพื่อเลือก (The optional clause)

ในความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการลงนามในข้อบทเพื่อเลือกตามข้อ 36 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Panavezys-Saldutiskis Railway เห็นว่า การลงนามดังกล่าวในข้อบทที่คล้ายกันตามธรรมนูญนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการสละโดยปริยายของหลักการเยียวยาความเสียหายโดยประเทศผู้ลงนามแต่อย่างใด¹¹⁵ ซึ่งความเห็นของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวนี้มีเหตุผลเนื่องจากการยอมรับเขตอำนาจบังคับ

¹¹¹ *Ibid.*, p. 164.

¹¹² ELSI case, I.C.J. Reports (1989), p. 42, para. 50., cited by Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 85.

¹¹³ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 85.

¹¹⁴ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, pp. 165-169.

¹¹⁵ คดีดังกล่าวมีความเห็นแย้งของผู้พิพากษา van Eysinga ที่ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวข้างต้นของศาล

ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยพื้นฐานแล้วไม่มีผลกระทบต่อการสงวนเขตอำนาจของศาลภายในนั่นเอง

2) การเสนอโดยรัฐให้ชี้ขาดตัดสินในทางระหว่างประเทศหรือให้อนุญาตตุลาการตัดสิน

ในกรณีที่รัฐทำความตกลงกันเสนอให้มีการตัดสินชี้ขาดในทางระหว่างประเทศหรือตัดสินโดยอนุญาตตุลาการนั้น ถ้าความตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ในกรณีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ว่า “ความตกลงในสนธิสัญญาที่เสนอให้มีการตัดสินชี้ขาดโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้นนั้น โดยตัวของความตกลงดังกล่าวนั้นเองไม่ได้บอกเป็นนัยว่าสละหลักการเยียวยาความเสียหายแต่อย่างใด”¹¹⁶ ในทางตรงกันข้าม หากความตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้ว ในกรณีนี้ทั้งศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต่างก็ไม่ได้กล่าวถึงสถานการณ์ในกรณีดังกล่าวไว้ แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีดังกล่าวนี้มีความเห็นซึ่งอาจแยกได้เป็น 2 ฝ่าย โดยความเห็นส่วนใหญ่เห็นเห็นว่า ไม่ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะถูกลงนามก่อนหรือหลังจากที่เกิดข้อพิพาทก็ตาม ก็ไม่มีการสละหลักการเยียวยาความเสียหายโดยปริยายแต่อย่างใด ในขณะที่ฝ่ายข้างน้อยซึ่งรวมถึงคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศด้วยกลับเห็นว่า การสละหลักการเยียวยาความเสียหายอาจเกิดขึ้นโดยปริยายได้ในกรณีที่ความตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้ว โดยทั้งนี้รัฐที่รับผิดชอบต้องมีส่วนร่วมในความตกลงดังกล่าวกับรัฐผู้เรียกร้อง และเนื้อหาของความตกลงนั้นต้องครอบคลุมถึงการปฏิบัติต่อคนชาติภายหลังที่เกิดความเสียหายแก่คนชาติผู้ซึ่งเป็นบุคคลผู้เสียหายจากข้อพิพาทดังกล่าวอีกด้วย¹¹⁷

3) ประเด็นเรื่องความสามารถในการพิจารณาตัดสิน (arbitrability)

การสละสิทธิโดยปริยายอาจถูกตีความให้มีผลอันเนื่องมาจากสถานการณ์ที่แวดล้อมความตกลงระหว่างรัฐในกรณีที่ประเด็นที่ถูกตัดสินโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นเกี่ยวข้องกับความสามารถในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาท ในสถานการณ์ดังกล่าวศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือว่าหลักการเยียวยาความเสียหายไม่สามารถนำมาใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในหลายคดีก็จะพบว่า คำตัดสินเหล่านี้ขัดแย้งกัน ดังจะเห็นได้จากในคดี Interhandel นั้น ศาลปฏิเสธที่จะตัดสินปัญหาในเรื่องความสามารถในการพิจารณาตัดสิน เนื่องจากการเยียวยาความเสียหายนั้นยังไม่สิ้นสุด แต่ใน

¹¹⁶ ELSI Case, I.C.J. Reports (1989), p. 42.

¹¹⁷ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, pp. 85-86.

ขณะเดียวกันคดีนี้ก็มีความเห็นแย้งซึ่งเห็นว่าเป็นความเห็นที่ได้รับการยอมรับมาก่อนในคดี Ambatielos ที่ว่าหลักการเยียวยาความเสียหายไม่สามารถนำไปใช้กับประเด็นเรื่องความสามารถในการพิจารณาตัดสินได้ ดังนั้น สำหรับประเด็นดังกล่าวแล้วแนวความเห็นที่น่าจะเหมาะสมมากกว่าก็คือแนวความเห็นที่ว่า ปัญหาในเรื่องความสามารถในการพิจารณาตัดสินอาจได้รับการตัดสินโดยไม่จำเป็นต้องใช้หลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประเด็นดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระในการชดเชยหรือชดใช้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามมีการตั้งข้อสังเกตว่า ในกรณีนี้อาจถือเป็นการตกลงยอมรับอย่างชัดแจ้งแล้วว่าการเยียวยาความเสียหายควรที่จะสิ้นสุดก่อนที่ศาลระหว่างประเทศจะตัดสินประเด็นดังกล่าวก็ได้

4) ความตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่ระดับรัฐ: ความตกลงระหว่างรัฐกับบุคคล

ปัญหาที่ว่ามีการสละหลักการเยียวยาความเสียหายโดยปริยายได้หรือไม่นั้นอาจเกิดขึ้นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อบทอนุญาโตตุลาการที่ถูกรวมอยู่ในสัญญาระหว่างรัฐกับคนต่างด้าว โดยที่ความตกลงในระดับรัฐระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องนั้นไม่ได้ครอบคลุมถึงข้อบทดังกล่าวแต่อย่างใด นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าสัญญาดังกล่าวอาจตกอยู่ภายใต้กฎหมายข้ามชาติ(transnational law)ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีสัญญาดังกล่าวก็ไม่อาจอยู่ในระดับมาตรฐานเดียวกับสนธิสัญญา และไม่ใช่สัญญาภายในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งไม่ได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลในทางระหว่างประเทศอีกด้วย ฉะนั้น ในกรณีดังกล่าวนี้ปัญหาประการแรกที่จะต้องพิจารณาก็คือ ข้อบทอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมอยู่ในสัญญานั้นจะกลายเป็นไม่มีประสิทธิภาพด้วยหรือไม่หากตัวสัญญาดังกล่าวนั้นสิ้นสุดลงหรือยุติการมีผลบังคับด้วยเหตุผลบางประการ ซึ่งปัญหานี้มีความสำคัญเนื่องจากถ้าข้อบทอนุญาโตตุลาการกลายเป็นไม่มีประสิทธิภาพด้วยวิธีดังกล่าวนี้แล้ว ปัญหาที่ว่ามีการสละหลักการเยียวยาความเสียหายโดยปริยายหรือไม่นั้นก็มักจะกลายเป็นปัญหาที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อถกเถียงกัน นอกจากนี้ปัญหาดังกล่าวอาจกลายเป็นสิ่งที่มีนัยสำคัญมากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสัญญาตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาและสัญญาดังกล่าวก็สิ้นสุดลงตามกฎหมายนั้นซึ่งบางครั้งอาจเกิดจากการบัญญัติกฎหมายก็ได้

สำหรับคำตอบของปัญหาดังกล่าวข้างต้นก็คือ ในกรณีนี้ข้อบทอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่ต่อไปในสัญญาระหว่างรัฐและคนต่างด้าว ดังนั้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ในกรณีที่ข้อบทอนุญาโตตุลาการดังกล่าวยังคงมีความสำคัญอยู่ต่อไปนั้น ในกรณีนี้จะสามารถสละหลักการเยียวยาความเสียหายโดยปริยายได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้มีปรากฏในหลายคดีที่อนุญาโตตุลาการถูกนำมาใช้ตามสัญญาระหว่างรัฐกับคนต่างด้าว และรัฐที่ต้องรับผิดชอบก็ไม่ได้ยกข้อโต้แย้งว่าคนต่างด้าวไม่ต้องสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่

ภายในรัฐนั้นก่อนเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ดังนั้น จากข้อเท็จจริงที่ว่า ในคดีส่วนใหญ่ประเด็นในเรื่องการเยียวยาความเสียหายนั้นจะไม่ถูกคัดค้านจึงอาจนำไปสู่การสนับสนุนความเห็นที่ว่า ข้อบทอนุญาโตตุลาการในกรณีดังกล่าวเป็นการสละหลักการเยียวยาความเสียหายโดยปริยาย ซึ่งถึงแม้ว่าจะไม่อาจสรุปได้อย่างแน่ชัดก็ตามแต่อย่างน้อยที่สุดก็ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาของข้อพิพาท นอกจากนี้ การไม่ปรากฏคำตัดสินในทางระหว่างประเทศที่ขัดแย้งนั้นจึงไม่อาจมีผลกระทบที่ขัดต่อข้อสรุปดังกล่าวด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม แท้ที่จริงแล้วอาจเหมาะสมกว่าที่จะสรุปจากข้อเท็จจริงดังกล่าวว่า อนุญาโตตุลาการถูกเลือกในฐานะที่เป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทซึ่งมุ่งหมายเช่นนั้น โดยไม่มีการบ่งชี้ในทางตรงกันข้ามที่จะเพิกถอนเนื้อหาของข้อพิพาทจากเขตอำนาจของศาลภายในและอย่างน้อยที่สุดจนกระทั่งมีคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว

5) ความล้มเหลวที่จะยกคำคัดค้านเบื้องต้น (preliminary objection)

รัฐที่ถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบอาจจะต้องสละสิทธิในการคัดค้านเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของรัฐตนในการยกคำคัดค้านซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักการเยียวยาความเสียหายในเวลาที่เหมาะสมในการดำเนินกระบวนการในทางระหว่างประเทศ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการสละโดยปริยายในการปรับใช้หลักการเยียวยาความเสียหายอันอยู่ในส่วนของกระบวนการที่เกิดขึ้นโดยรัฐที่ต้องรับผิดชอบและเกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการในทางระหว่างประเทศอีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตที่สำคัญประการหนึ่งว่า เมื่อมีการสละเกิดขึ้นแล้วก็ไม่สามารถเพิกถอนได้แต่อย่างใด

6) การร้องขอคำตัดสินแสดงสิทธิ (declaratory judgment)

จากคำตัดสินของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี German Interests in Polish Upper Silesia และคดี Chorzow Factory ในเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจนั้น อาจนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า การร้องขอคำตัดสินแสดงสิทธินั้นขัดขวางการยกคำคัดค้านของรัฐที่ต้องรับผิดชอบที่ว่าช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องยังไม่สิ้นสุด

สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงแรกเห็นไปในแนวทางที่ว่าหลักการเยียวยาความเสียหายไม่นำมาใช้กับในกรณีที่มุ่งแต่เฉพาะคำตัดสินแสดงสิทธิเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นไปในทางตรงกันข้าม ดังจะเห็นได้จากข้อ 14(3) ของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 นั้นอยู่บนหลักที่ว่า การร้องขอคำตัดสินแสดงสิทธิอาจเป็นหนึ่งในวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายก็ได้

4.5.3 กรณีกฎหมายปิดปาก

สำหรับกรณีของกฎหมายปิดปากนั้นมีรากฐานมาจากหลักสุจริต โดยหลักกฎหมายปิดปากในความหมายอย่างกว้างก็เพื่อป้องกันรัฐภาคีรัฐหนึ่งจากการทำให้ได้เปรียบรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง กล่าวคือ เป็นกรณีที่ภาคีฝ่ายแรกกระทำการโดยมีเจตนาที่จะชักจูงหรือโน้มน้าวภาคีอีกรัฐหนึ่งให้กระทำการในลักษณะซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของตน ซึ่งการกระทำของรัฐฝ่ายแรกนั้นไม่เพียงแต่มีเจตนาที่จะชักจูงคนต่างด้าวหรือบุคคลให้เชื่อว่าช่องทางเยียวความเสียหายไม่จำเป็นต้องสิ้นสุดอีกต่อไป แต่คนต่างด้าวหรือบุคคลนั้นก็ถูกคาดหวังอย่างมีเหตุมีผลให้เชื่อการกระทำของรัฐฝ่ายแรกเช่นกัน และด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้ไม่ต้องใช้ช่องทางเยียวความเสียหายซึ่งมีอยู่แต่อย่างใด¹¹⁸

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะมีข้อสนับสนุนว่าการกระทำของรัฐที่ถูกเรียกร้องในระหว่างการดำเนินคดีในทางระหว่างประเทศ อาจส่งผลให้รัฐนั้นถูกปิดปากจากการเรียกร้องว่าต้องเยียวความเสียหายตามวิธีการที่มีอยู่ภายในรัฐนั้นจนสิ้นสุดก่อนก็ตาม แต่เนื่องจากหลักกฎหมายปิดปากนี้ยังไม่มีข้อสรุปที่แน่นอนในทางระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ ร่างของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มครองทางทูตจึงไม่นำหลักกฎหมายปิดปากนี้มาใช้เป็นหนึ่งในวิธีการยกเลิกหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง¹¹⁹

นอกจากข้อยกเว้นหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องดังที่ได้กล่าวในข้างต้นแล้วนั้น นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านยังได้เสนอข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวเพิ่มเติมอีกด้วย ดังนี้

กรณีแรก การเกิดขึ้นซ้ำของความเสียหายและความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายอื่น¹²⁰

ในกรณีที่ความเสียหายอย่างอื่นถูกคาดคิดไว้หรือความเสียหายเดิมอาจเกิดขึ้นซ้ำขึ้นอีกนั้น มีข้อเสนอแนะว่าในกรณีเหล่านี้การเยียวไม่จำเป็นต้องใช้ เนื่องจากการใช้มาตรการในการเยียวความเสียหายอาจเป็นการสิ้นเปลืองเวลาและก่อให้เกิดความยากลำบากเกินสมควรแก่ผู้

¹¹⁸ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, p. 170.

¹¹⁹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, p. 86.

¹²⁰ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, pp. 158-159.; Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 79, p. 212.

เรียกร้อง ด้วยเหตุนี้จึงไม่จำเป็นต้องรอคอยคำตัดสินที่เป็นที่สุด โดยทั้งนี้ช้อยกเว้นดังกล่าวอาจพบได้ในคำตัดสินคดี De Sabla Claim

แต่อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ที่คาดคิดไว้นั้นไม่อาจบังคับว่าจะต้องมีข้อสรุปว่าการเยียวยาอาจไม่เป็นประโยชน์อย่างเห็นได้ชัด ตราบเท่าที่ในแต่ละคดีมีความเป็นไปได้ที่จะมีคำตัดสินที่เป็นที่สุด ฉะนั้น ถึงแม้ว่าช้อยกเว้นในกรณีนี้อาจดูเหมือนว่าเกิดมาจากความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของคนต่างด้าวผู้เรียกร้องกับผลประโยชน์ของรัฐที่ต้องรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากลักษณะเนื้อหาของช้อยกเว้นดังกล่าวแล้วจะพบว่ามีความโน้มเอียงไปยังผลประโยชน์ของคนต่างด้าวที่เรียกร้องมากกว่า¹²¹

กรณีที่สอง สถานการณ์ที่ไม่ทำให้เกิดข้อจำกัดในการดำเนินการของหลักการเยียวยาความเสียหาย¹²²

ในการพัฒนาหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องนั้น ได้มีการระบุถึงสถานการณ์ที่แน่นอนเพื่อจะได้ไม่ก่อให้เกิดข้อจำกัดหรือช้อยกเว้นหลักการดังกล่าว ดังนั้น ในทางกลับกันจึงกล่าวได้ว่าสถานการณ์เหล่านี้ไม่มีผลต่อการดำเนินการของหลักการดังกล่าวแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าในบางครั้งผู้มีอำนาจทางศาลและทางอนุญาโตตุลาการตลอดจนถึงนักกฎหมายระหว่างประเทศจะกล่าวว่า หลักการเยียวยานั้นยืดหยุ่นได้และถูกนำไปใช้ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ต่างๆก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถกล่าวได้ว่ามีขอบเขตในการพิจารณาที่แสดงถึงความเป็นธรรมอย่างกว้างขวางในการพัฒนาช้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวแต่อย่างใด ความเข้มแข็งของคุณค่าที่เกี่ยวข้องกับสิทธิอธิปไตยของรัฐที่ต้องรับผิดชอบในการอำนวยความสะดวกด้วยวิถีทางของรัฐเองนั้นแผ่ขยายมากเสียจนกระทั่งมีเพียงกรณีที่ผลประโยชน์ของคนต่างด้าวผู้เรียกร้องมีน้ำหนักมากกว่าผลประโยชน์ของรัฐที่ต้องรับผิดชอบอย่างชัดเจนเท่านั้นที่ยอมให้มีช้อยกเว้นหลักการดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีหลายสถานการณ์ที่มียกข้อโต้แย้งที่ว่าหลักการเยียวยาไม่สามารถนำไปใช้ได้ขึ้นกล่าวอ้างแต่ก็ถูกปฏิเสธ

สำหรับกรณีที่ไม่มีวิธีการในการจ่ายเงินในส่วนของคนต่างด้าวผู้เรียกร้องนั้นไม่เป็นเหตุผลอันสมควรในการไม่ปฏิบัติตามหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง

¹²¹ ข้อสังเกต ในร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ.2006 นั้นไม่ได้กล่าวถึงช้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวนี้แต่อย่างใด

¹²² Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 4, pp. 159-160.; Chittharanjan Felix Amerasinghe, *supra* note 79, pp. 214-215.

เมื่อได้ทราบถึงข้อยกเว้นของหลักการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องแล้ว ต่อไปก็จะกล่าวถึงตัวอย่างคดีล่าสุดที่เกี่ยวกับความคุ้มครองทางทูตก็คือคดี The Ahmadou Sadio Diallo ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างสาธารณรัฐกินี (Republic of Guinea) กับสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก (Democratic Republic of the Congo) โดยคดีนี้ยังไม่ได้มีคำพิพากษาคัดสินในเนื้อหาแห่งคดีแต่มีเพียงคำพิพากษาคัดสินคำคัดค้านเบื้องต้นเท่านั้น ซึ่งคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงดังนี้¹²³

Ahmadou Sadio Diallo เป็นพลเมืองชาวกินีที่ย้ายเข้าไปอาศัยอยู่ในคองโก¹²⁴ เมื่อปี ค.ศ. 1964 ต่อมาในปี ค.ศ. 1974 ก็ได้ตั้งบริษัท Africom-Zaire เพื่อนำเข้า-ส่งออกซึ่งเป็นบริษัทเอกชนจำกัด (private limited liability company) ที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายชาอีร์และจดทะเบียนทางการค้าที่เมือง Kinshasa โดยมีตัวเขานั้นเป็นผู้จัดการ (gerant/manager) ต่อมาในปี ค.ศ. 1979 Diallo ก็ได้ขยายกิจการและได้รับการสนับสนุนจากหุ้นส่วนอีก 2 คนจึงก่อตั้งบริษัท Africontainers-Zaire ซึ่งอีกหนึ่งปีต่อมาหุ้นส่วนสองคนของบริษัท Africom-Zaire ก็ได้ถอนหุ้นออกจากบริษัท Africontainers-Zaire จึงทำให้สัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวเปลี่ยนเป็นบริษัท Africom-Zaire ถือหุ้น 60% และ Diallo ถือหุ้น 40% ส่งผลให้ Diallo กลายเป็นผู้จัดการของบริษัท Africontainers-Zaire อีกด้วย จนกระทั่งปลายคริสต์ทศวรรษที่ 1980 ความสัมพันธ์ของทั้งสองบริษัทกับหุ้นส่วนก็เริ่มแย่งชิงกัน ทั้งสองบริษัทจึงพยายามที่จะฟื้นฟูหุ้นส่วนซึ่งส่งผลให้เกิดข้อพิพาทระหว่างบริษัทกับหุ้นส่วนธุรกิจตลอดมาจนถึงทุกวันนี้ ดังนั้น บริษัท Africom-Zaire จึงเรียกร้องให้คองโกชำระหนี้อันเป็นผลมาจากการผิดนัดในการจ่ายเงินสำหรับการส่งมอบสินค้าให้แก่รัฐชาอีร์ระหว่างปี ค.ศ. 1983-1986 นอกจากนี้ก็ยังมีข้อพิพาทเกี่ยวกับเงินค้างชำระหรือการชำระเงินเกินในค่าเช่าอีกด้วย สำหรับบริษัท Africontainers-Zaire นั้นก็มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดข้อตกลงในสัญญา รวมถึงการใช้ไม่เหมาะสม ทำลาย หรือสูญหายของคอนเทนเนอร์

ในวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1995 นายกรัฐมนตรีชาอีร์จึงมีคำสั่งขับไล่ Diallo โดยให้เหตุผลว่าการอยู่และความประพฤติของ Diallo นั้นฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยของประชาชนในชา

¹²³ Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007, I.C.J. Reports (2007), paras. 13-25. Retrieved December 8, 2009, from <http://www.icj-cij.org>.

¹²⁴ ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกนั้น เดิมระหว่างปี ค.ศ. 1960-1971 เรียกว่าคองโก ต่อมาระหว่างปี ค.ศ. 1971-1997 ก็เปลี่ยนชื่อเป็นสาธารณรัฐชาอีร์ และภายหลังจากนั้นก็กลับมาใช้คองโกตามเดิม

อิรีโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางเศรษฐกิจ การเงิน และยังคงกระทำเช่นนั้นต่อไป ต่อมาในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1996 Diallo ซึ่งถูกจับกุมแล้วก็ได้ถูกส่งตัวออกจากซาอีร์กลับไปยังกินีโดยทางเครื่องบิน โดยทั้งนี้รัฐได้ส่งหนังสือแจ้งการปฏิเสธการเข้าดินแดนเนื่องจากอยู่อาศัยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปยังสนามบิน Kinshasa ในวันเดียวกันอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าตลอดกระบวนการพิจารณาระหว่างกินีและคองโกที่ยังมีต่อไปนั้นอาจมีความแตกต่างในข้อเท็จจริงขึ้นอยู่กับบ้างก็ตาม แต่สถานการณ์เฉพาะในเรื่องการจับกุม กักขัง และขับไล่ Diallo นั้นก็ยังคงไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวนี้กินีเห็นว่าเป็นจุดสำคัญของนโยบายของคองโกเพื่อขัดขวาง Diallo จากการฟื้นฟูหนี้สินของบริษัทตน ในขณะที่คองโกปฏิเสธข้อกล่าวหาและโต้แย้งว่าการขับไล่ดังกล่าวถูกอธิบายด้วยข้อเท็จจริงที่ว่า การมีอยู่และความประพฤติของ Diallo ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยของประชาชนในซาอีร์

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น กินีจึงมุ่งให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ Diallo ใน 3 กรณีด้วยกัน¹²⁵ กล่าวคือ กรณีแรก สำหรับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลที่เกิดขึ้นในเวลาที่ถูกจับกุม กักขัง และขับไล่ หรือเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว กรณีที่สอง สำหรับการละเมิดสิทธิโดยตรงของ Diallo ในฐานะที่เป็น *associe*¹²⁶ (ต่อไปนี้จะเรียกว่าผู้ถือหุ้น) ของทั้งสองบริษัท และกรณีที่สาม สำหรับการละเมิดสิทธิของบริษัทดังกล่าวโดยการเข้าแทนที่ (by substitution) ฉะนั้นจึงต้องพิจารณาว่าศาลจะยอมรับคำขอของกินีในกรณีดังกล่าวหรือไม่ โดยมีรายละเอียดดังนี้

กรณีแรก ความคุ้มครองสิทธิของ Diallo ในฐานะที่เป็นบุคคล¹²⁷

คองโกกล่าวว่าข้อเรียกร้องของกินีในเรื่องสิทธิของ Diallo ในฐานะที่เป็นบุคคลนั้นไม่สามารถยอมรับได้เพราะ Diallo ยังไม่ได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่หาได้และมีประสิทธิภาพจนถึงสุดช่องทางตามที่มีอยู่ในซาอีร์และต่อมาในสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก แต่อย่างไรก็ตาม ศาลตั้งข้อสังเกตว่าในกระบวนการพิจารณานั้นคองโกกล่าวถึงแต่เฉพาะข้อคัดค้านที่เกี่ยวกับการขับไล่ Diallo ออกจากดินแดนของคองโก ซึ่งแสดงว่าในประเด็นนี้คองโกยืนยันว่าระบบกฎหมายภายในของตนให้การเยียวยาที่ใช้ประโยชน์ได้และมีประสิทธิภาพซึ่ง Diallo ควรใช้จนถึงสุดรวมถึงยืนยันว่าการขับไล่เขาออกจากดินแดนนั้นชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ คองโกยังยอมรับว่าหนังสือแจ้งที่ลงนามโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองนั้นกล่าวถึงการปฏิเสธการเข้าดินแดนแทนที่จะเป็นการขับไล่ แต่ก็ไม่ได้คัดค้านการยืนยันของกินีที่ว่ากฎหมายคองโกกำหนดว่า

¹²⁵ *Ibid.*, paras. 26-31.

¹²⁶ ดูที่มาของคำนี้ได้ใน *Ibid.*, pp. 13-14., para. 25.

¹²⁷ *Ibid.*, paras. 33-48.

การปฏิเสธการเข้าดินแดนนั้นไม่สามารถอุทธรณ์ได้ แต่อย่างไรก็ตาม คองโกก็ยังยืนยันว่าทั้งที่สิ่งนี้ผิดพลาดแต่ก็ไม่สามารถโต้แย้งได้....ว่าแท้ที่จริงแล้วเป็นการขับไล่และไม่ใช้การปฏิเสธการเข้าดินแดน ดังนั้น การที่คองโกเรียกการกระทำดังกล่าวว่าการปฏิเสธการเข้าดินแดนนั้นจึงไม่มีเจตนาตัดสิทธิ์ diallo ในการเยียวยาแต่อย่างใด

กินีได้ตอบในประเด็นเกี่ยวกับการขับไล่ Diallo ออกจากดินแดนคองโกว่า ไม่มีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพทั้งในชาอัวร์และในคองโก ซึ่งคำสั่งขับไล่ต่อ Diallo นั้นถูกปฏิบัติโดยการกระทำที่ถูกเรียกว่าการปฏิเสธการเข้าดินแดนซึ่งขัดขวางความเป็นไปได้ในการเยียวยา นอกจากนี้ กินียังเพิ่มเติมอีกว่าการเยียวยาทางปกครองหรือทางอื่นที่ไม่ใช่ทางศาลหรือกึ่งศาลและมีลักษณะเป็นดุลพินิจนั้นไม่ได้รับการพิจารณาโดยหลักการเยียวยาความเสียหายอีกด้วย กินีโต้แย้งอีกว่า ถึงแม้ว่าการเยียวยาบางอย่างในทางทฤษฎีอาจมีให้แก่ Diallo ตามระบบกฎหมายของคองโก แต่ก็อาจไม่ให้เป็นไปได้อย่างเหมาะสมในการคุ้มครองอย่างเหมาะสมในขณะที่จุดประสงค์ในการขับไล่ Diallo ก็คือเพื่อขัดขวางเขาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายต่อไป

ในกรณีนี้ศาลกล่าวว่าตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ความคุ้มครองทางทูตประกอบด้วยการร้องขอโดยรัฐผ่านการกระทำทางทูต หรือวิธีอื่นในการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ให้อีกรัฐหนึ่งรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐนั้นต่อบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นคนชาติของรัฐที่ร้องขอ เพื่อที่จะดำเนินการตามความรับผิดชอบเช่นนั้น (ข้อ 1 ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความคุ้มครองทางทูตซึ่งได้รับการรับรองจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ) ในคดีนี้ศาลต้องทำให้ชัดเจนว่ารัฐผู้ร้องขอทำตามข้อเรียกร้องสำหรับการให้ความคุ้มครองทางทูตหรือไม่ กล่าวคือ Diallo เป็นคนชาติของกินีหรือไม่และได้ใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในคองโกจนสิ้นสุดแล้วหรือไม่

ในประเด็นแรก ศาลตั้งข้อสังเกตว่าคองโกไม่ได้โต้แย้งว่าสัญชาติเพียงสัญชาติเดียวของ Diallo นั้นก็คือกินีและเขาถือสัญชาติดังกล่าวอย่างต่อเนื่องตั้งแต่วันที่เสียหายจนถึงวันที่กระบวนการพิจารณาได้เริ่มต้นขึ้น

ประเด็นที่สอง ศาลตั้งข้อสังเกตว่าตามที่ได้กล่าวไว้ในคดี Interhandel ว่าหลักที่ว่า การเยียวยาความเสียหายต้องสิ้นสุดก่อนที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางระหว่างประเทศเกิดขึ้นนั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งโดยทั่วไปได้รับการปฏิบัติตามในคดีที่รัฐยอมรับมูลเหตุที่สิทธิของคนชาติของรัฐตนถูกเรียกร้องนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับอีกรัฐหนึ่งในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลตั้งข้อสังเกตว่าคู่ความไม่มีคำถามเกี่ยวกับหลักการเยียวยาความเสียหาย แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงแตกต่างกันในเรื่องที่ว่าระบบกฎหมายคองโกให้การเยียวยาความเสียหาย ซึ่ง Diallo ควรใช้จนสิ้นสุดก่อนที่ปัญหาของเขาจะได้รับการสนับสนุนจากกินีเพื่อให้ได้รับการพิจารณาจากศาลหรือไม่ นอกจากนี้ ศาลเห็นว่าปัญหาเรื่องความคุ้มครองทางทูตนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ร้องขอที่จะพิสูจน์ว่าการเยียวยาความเสียหายสิ้นสุดแล้วหรือเป็นสถานการณ์ที่ได้รับยกเว้น ซึ่งบุคคลผู้เสียหายที่รัฐผู้ร้องมุ่งให้ความคุ้มครองนั้นปลดเปลื้องพันธหน้าที่ในการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ ซึ่งในกรณีนี้รัฐที่ต้องรับผิดชอบต้องทำให้ศาลเชื่อว่ายังมีการเยียวยาความเสียหายที่มีประสิทธิภาพในระบบกฎหมายภายในของรัฐตนซึ่งยังไม่ได้สิ้นสุดอยู่อีก

จากข้อโต้แย้งของคู่ความ ศาลกล่าวถึงแต่เพียงปัญหาในการเยียวยาความเสียหาย ในกรณีการขับไล่ Diallo เท่านั้น โดยตั้งข้อสังเกตว่าการขับไล่นั้นมีลักษณะเป็นการปฏิเสธการเข้าดินแดนเมื่อถูกปฏิบัติดังที่คู่ความ 2 ฝ่ายรับรู้และได้รับการยืนยันจากหนังสือแจ้งที่ทำขึ้นโดยกองตรวจคนเข้าเมืองแห่งชาติของชาอิร์ ซึ่งกรณีนี้การปฏิเสธการเข้าดินแดนนั้นไม่สามารถอุทธรณ์ตามกฎหมายคองโกได้ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงพิจารณาว่าคองโกไม่สามารถอ้างความผิดพลาดที่ถูกทำโดยตัวแทนฝ่ายบริหารในขณะที่ Diallo ถูกปฏิเสธการเข้าดินแดนเพื่อเรียกร้องว่าเขาควรปฏิบัติตามมาตรการในฐานะที่เป็นการขับไล่ ดังนั้น Diallo จึงไม่ได้รับเหตุผลอันสมควรโดยอาศัยผลของลักษณะทางกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ชาอิร์ให้ซึ่งรวมถึงเพื่อจุดประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายด้วย

ศาลตั้งข้อสังเกตอีกว่า ถึงแม้ว่ากรณีนี้จะเป็นกรณีการขับไล่ไม่ใช้การปฏิเสธการเข้าดินแดนก็ตาม แต่คองโกก็ไม่ได้แสดงว่าวิธีในการเยียวยาความเสียหายต่อการตัดสินใจขับไล่นั้นยังคงมีอยู่ตามกฎหมายภายในของตน นอกจากนี้ ถึงแม้คองโกจะอ้างถึงความเป็นไปได้ในการร้องขอให้เจ้าหน้าที่บริหารที่มีอำนาจพิจารณาใหม่อีกครั้งก็ตาม แต่ศาลเห็นว่าการเยียวยาความเสียหายที่ต้องสิ้นสุดนั้น รวมการเยียวยาทางกฎหมายทุกอย่างทั้งการเยียวยาทางศาล การเยียวยาที่ถูกพิจารณาโดยองค์กรฝ่ายบริหาร ตลอดจนการเยียวยาทางปกครอง ซึ่งการเยียวยาเหล่านี้จะถูกพิจารณาเพื่อจุดประสงค์ของหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องก็ต่อเมื่อเป็นการเยียวยาที่มุ่งปกป้องสิทธิและไม่ใช้การได้รับความกรุณา ถึงแม้ว่าการเยียวยาเหล่านี้จะไม่ก่อให้เกิดเงื่อนไขบังคับก่อนที่จำเป็นสำหรับการยอมรับกระบวนการพิจารณาที่ได้แย้งกันในเวลาต่อมาก็ตาม ด้วยเหตุนี้ ความเป็นไปได้ในการเปิดโอกาสให้ Diallo ส่งคำร้องขอสำหรับการพิจารณาการตัดสินใจขับไล่ใหม่อีกครั้งไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารด้วยความหวังที่ว่าอาจ

มีการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวตามความเมตตา นั่นจึงไม่ถือว่าเป็นช่องทางเยียวยาความเสียหายที่ต้องใช้จนสิ้นสุดแต่อย่างใด

การที่คองโกไม่ได้พิสูจน์การมีอยู่ของการเยียวยาความเสียหายที่ใช้ได้และมีประสิทธิภาพในกฎหมายภายในของรัฐซึ่งให้ Diallo คัดค้านการขับไล่ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงสรุปว่า คำคัดค้านการยอมรับของคองโกซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความล้มเหลวในการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายนั้นไม่ได้รับการสนับสนุนในกรณีการขับไล่ดังกล่าว

กรณีที่สอง ความคุ้มครองสิทธิโดยตรงของ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire

สำหรับคำขอของกินีในกรณีที่สองนี้ คองโกยกข้อคัดค้านการยอมรับใน 2 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือ คองโกโต้แย้งสถานะของกินีและเสนอว่า Diallo ยังไม่ได้สิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในคองโกเพื่อยืนยันสิทธิของตน ซึ่งศาลพิจารณาข้อคัดค้านเหล่านี้ตามลำดับดังนี้

ประเด็นแรก: สถานะของกินี (Guinea's standing)¹²⁸

คองโกนั้นยอมรับว่าตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเจ้าของสัญชาติมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ถือหุ้นเมื่อมีความเสียหายต่อสิทธิโดยตรงบุคคลดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม คองโกก็โต้แย้งว่า กฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาความคุ้มครองนี้ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดเท่านั้นซึ่งคดีนี้ไม่อาจปฏิบัติตามได้ โดยคองโกยืนยันในขั้นแรกว่าคดีนี้กินีไม่ได้มุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิโดยตรงของของ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น แต่กินีแสดงถึงการละเมิดสิทธิของบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire พร้อมกับการละเมิดสิทธิของ Diallo นอกจากนี้ คองโกยังยืนยันเพิ่มเติมว่าการคุ้มครองสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นในกรณีดังกล่าวนำไปใช้กับคดีที่จำกัดอย่างมากเท่านั้นโดยอาศัยคำตัดสินของศาลในคดี Barcelona Traction และคองโกโต้แย้งอีกด้วยว่าการกระทำเดียวที่สามารถละเมิดสิทธิดังกล่าวได้นั้นอาจเป็นการกระทำที่รบกวนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้นนั่นเอง ดังนั้น สำหรับคองโกแล้วการจับกุม กักขัง และขับไล่ Diallo จึงไม่สามารถก่อให้เกิดการกระทำที่รบกวนความสัมพันธ์ระหว่าง Diallo ผู้ถือหุ้นกับบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire ได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่สามารถทำให้สิทธิโดยตรงของ Diallo เสียหายได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ คองโกจึงกล่าวว่า Diallo ควรใช้สิทธิของตนจากดินแดนต่างประเทศและควรมอบหมายงานให้ผู้ดำเนินการในคองโกทำแทน

¹²⁸ *Ibid.*, paras. 50-67.

ในส่วนของกินีนั้นก็อ้างถึงคำตัดสินในคดี Barcelona Traction เช่นกัน โดยอ้างว่า ศาลในคดีดังกล่าวได้ตัดสินว่าการกระทำโดยตรงต่อและละเมิดสิทธิของบริษัทเท่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับ ความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นถึงแม้ว่าผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะถูกกระทบก็ตาม และศาลยัง กล่าวอีกว่าสถานการณ์จะแตกต่างออกไปถ้าการกระทำที่กล่าวหาในนั้นมุ่งหมายไปยังสิทธิโดยตรง ของผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ กินีกล่าวอ้างอีกว่ามุมมองดังกล่าวของศาลถูกหยิบยกขึ้นมาในข้อ 12 ของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตอีกด้วย กินีอธิบายว่า ‘parts sociales’ ไม่สามารถโอน ได้อย่างอิสระซึ่งทำให้ลักษณะ ‘intuitu personae’ ของบริษัทดังกล่าวเด่นชัด และลักษณะ ดังกล่าวจะพบได้ในกรณีของ Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire เนื่องจาก Diallo เป็น ผู้จัดการเพียงคนเดียวและเป็นผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ กินีจึงกล่าวว่าตาม ข้อเท็จจริงและตามกฎหมายจึงเป็นไปได้ที่จะแยก Diallo ออกจากบริษัท ฉะนั้นการจับกุม กักขัง และขับไล่ Diallo จึงไม่เพียงแต่มีผลต่อการขัดขวางเขาจากการดูแล จัดการ ควบคุม หรือ ดำเนินการอย่างใดๆในบริษัทต่อไปเท่านั้น แต่ยังถูกจงใจด้วยเจตนาที่จะขัดขวางเขาจากการใช้ สิทธิเหล่านี้ จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายต่อไปในนามของบริษัท และรวมถึง จากการฟื้นฟูหนี้สินอีกด้วย ดังนั้น กินีจึงยืนยันว่า Diallo ไม่สามารถใช้สิทธิโดยตรงของตนใน สถานะที่เป็นผู้ถือหุ้นได้อย่างสมบูรณ์จากประเทศกินี

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตั้งข้อสังเกตถึงคดี Barcelona Traction ที่คู่ความอ้างถึงว่า คดีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งทุนถูกแสดงออกเป็นหุ้น ในขณะที่คดีนี้เกี่ยวกับ บริษัทเอกชนจำกัดซึ่งทุนประกอบด้วย ‘parts sociales’ ฉะนั้นเพื่อที่จะกำหนดลักษณะทาง กฎหมายที่ถูกต้องของบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire ศาลต้องอ้างถึงกฎหมาย ภายในของคองโก ซึ่งกฎหมายของคองโกนั้นให้บริษัทเอกชนจำกัดมีสภาพนิติบุคคลที่เป็นอิสระ แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นนั้นแยกจากทรัพย์สินของ บริษัทอย่างสมบูรณ์ และผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทเพียงเท่าที่อยู่ในขอบเขตของ ทรัพย์สินของบริษัทที่ตนเป็นสมาชิกเท่านั้น ดังนั้น หนี้สินของบริษัทที่รับมาจากและเนื่องจาก บุคคลที่สามนั้นจึงเกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของบริษัทด้วย

ศาลกล่าวว่าทำให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐในนามของบุคคลธรรมดาหรือนิติ บุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติของรัฐนั้น มุ่งที่จะผูกมัดความรับผิดชอบของอีกรัฐหนึ่งสำหรับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลดังกล่าวจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศที่ก่อขึ้นโดยรัฐ นั้น สำหรับกรณีของผู้ถือหุ้นนั้นสิ่งที่ก่อให้เกิดการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศก็คือ การที่รัฐ ที่ต้องรับผิดชอบละเมิดสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับนิติบุคคล ซึ่งสิทธิโดยตรงนี้ถูกกำหนด

โดยกฎหมายภายในของรัฐนั้น ด้วยพื้นฐานนี้ ความคุ้มครองทางทูตที่เกี่ยวกับสิทธิโดยตรงของผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชนจำกัดหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดนั้น จึงไม่อาจถือเป็นข้อยกเว้นของระบบกฎหมายทั่วไปในเรื่องความคุ้มครองทางทูตสำหรับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ได้มาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาข้อโต้แย้งของทั้งสองฝ่ายแล้ว ศาลจึงวินิจฉัยว่ากีนีมีสถานะในคดีนี้ตรงกับที่การกระทำของกีนีเกี่ยวข้องกับ Diallo คนชาติของตนและดำเนินการกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของกองโกที่ละเมิดสิทธิของ Diallo โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิโดยตรงในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของทั้งสองบริษัท นอกจากนี้ ศาลยังตั้งข้อสังเกตว่า Diallo ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นนั้นมีตำแหน่งเป็นผู้จัดการในแต่ละบริษัทอีกด้วย ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชนจำกัดนั้นครอบครอง 'parts sociales' ในทุนของบริษัท ในขณะที่ผู้จัดการนั้นเป็นส่วนหนึ่งของบริษัทซึ่งกระทำการในนามของตนเอง

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลจึงสรุปว่าคำคัดค้านการไม่ยอมรับที่กองโกยกขึ้นในประเด็นเกี่ยวกับสถานะของกีนีในการคุ้มครองสิทธิโดยตรงของ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวนั้นไม่ได้รับการสนับสนุน

ประเด็นที่สอง: การไม่สิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง¹²⁹

กองโกอ้างว่ากีนีไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางทูตสำหรับการละเมิดสิทธิโดยตรงของ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นบริษัทดังกล่าวได้ เนื่องจาก Diallo ไม่พยายามที่จะใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในกฎหมายกองโกจนสิ้นสุด ซึ่งการที่ Diallo ไม่ได้อยู่ในดินแดนของกองโกนั้นไม่เป็นอุปสรรคต่อกระบวนการพิจารณาที่ได้เริ่มไปแล้วตอนที่ Diallo ยังอยู่ในกองโกหรือในการนำไปสู่กระบวนการพิจารณาอื่นๆ ซึ่ง Diallo สามารถตั้งตัวแทนดำเนินการต่างๆจนเสร็จสิ้นได้ นอกจากนี้กองโกยังยืนยันอีกด้วยว่าการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของกองโกนั้นมีประสิทธิภาพ

สำหรับกีนีนักกล่าวหาว่า รัฐกองโกเลือกที่จะปฏิเสธการเข้าสู่ดินแดนของ Diallo ก็เพราะกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายที่ Diallo ได้เริ่มขึ้นในนามบริษัท ซึ่งในกรณีนี้การกล่าวหาว่า Diallo ไม่ได้สิ้นสุดการเยียวยานั้นไม่เพียงแต่เป็นการไม่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นธรรมแล้ว ยังเป็นการใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายโดยมิชอบอีกด้วย นอกจากนี้ การขับไล่ Diallo นั้นยังเป็นการขัดขวางเขาจากการใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหาย

¹²⁹ *Ibid.*, paras. 68-75.

ในนามของตัวเองและบริษัทด้วย ฉะนั้น ก็เห็นว่า การมีอยู่ของการเยียวยาตามระบบกฎหมายของคองโกจึงไม่มีประสิทธิภาพ ถ้าเข้าไป การดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนการบังคับคำตัดสินทางกฎหมายนั้นก็ขึ้นอยู่กับโมติวิติของรัฐบาลเท่านั้น

ในประเด็นนี้ศาลตั้งข้อสังเกตไว้ว่าการละเมิดสิทธิโดยตรงของ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นนั้นเกี่ยวข้องกับกนิในฐานะที่เป็นผลโดยตรงของการขับไล่ ซึ่งคองโกไม่ได้พิสูจน์ว่ามีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพตามกฎหมายคองโกต่อคำสั่งขับไล่ดังกล่าว นอกจากนี้ คองโกก็ไม่ได้โต้แย้งว่าการเยียวยาความเสียหายแตกต่างชัดเจนจากกรณีการขับไล่ Diallo ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของคองโกต่อการละเมิดสิทธิโดยตรงของเขาในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น และเขาก็ควรจะสิ้นสุดการเยียวยานั้นด้วย ศาลเห็นว่าแท้จริงแล้วคู่ความกำลังอภิปรายกันในปัญหาความมีประสิทธิภาพของการเยียวยาความเสียหายในคองโก แต่จำกัดตนเองเพื่อตรวจสอบการเยียวยาที่มีให้แก่บริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire โดยไม่ได้พิจารณาถึงการเยียวยาที่มีให้กับ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทแต่อย่างใด ฉะนั้น เนื่องจากไม่ได้โต้แย้งว่ามีการเยียวยาที่ Diallo ควรใช้จนสิ้นสุดในแง่ของสิทธิโดยตรงของตนในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้น ด้วยเหตุนี้ ทำให้ปัญหาในเรื่องความมีประสิทธิภาพของการเยียวยานั้นจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้แต่อย่างใด

จากเหตุผลดังกล่าวศาลจึงสรุปว่า คำคัดค้านเกี่ยวกับการไม่ยอมรับที่คองโกยกขึ้นบนพื้นฐานของความล้มเหลวในการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายต่อการละเมิดสิทธิโดยตรงของ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของทั้งสองบริษัทนั้นไม่ได้รับการสนับสนุน

กรณีที่สาม การให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ Diallo โดยการเข้าแทนที่ (by substitution for) บริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire¹³⁰

คำขอของกนิในกรณีนี้ คองโกได้ยกข้อคัดค้านการยอมรับใน 2 ประเด็น คือในเรื่องสถานะของกนิและความล้มเหลวในการสิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหาย โดยศาลได้พิจารณาตามลำดับดังนี้

¹³⁰ คำขอของกนิในกรณีความคุ้มครองผู้ถือหุ้นนี้ มีผู้วิเคราะห์ความเห็นของศาลในกรณีดังกล่าวไว้ รายละเอียดดู Annemarieke Vermeer- Künzli, "Diallo and the Draft Articles: The application of the draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo case," *Leiden Journal of International Law* 20, pp. 946-952 (2007). Retrieved January 22, 2008, from <http://journals.cambridge.org>

ประเด็นแรก: สถานะของกินี (Guinea's standing)¹³¹

คองโกโต้แย้งว่ากินีไม่สามารถเรียกร้องการพิจารณาความเที่ยงธรรม (equity) เพื่อแสดงถึงสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อ Diallo และโดยการเข้าแทนที่สำหรับบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire ในการละเมิดสิทธิโดยตรงของ Diallo ได้ด้วยหลักการที่ว่ารัฐที่ต้องรับผิดชอบนั้นเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ความคุ้มครองทางทูตโดยการเข้าแทนที่นั้น คองโกเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไกลเกินกว่าสิ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ อีกทั้งประมวลคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของศาลและทางปฏิบัติของรัฐก็ไม่ได้ยอมรับความเป็นไปได้ดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้คองโกมองว่าแท้จริงแล้วกินีกำลังขอให้ศาลอนุญาตให้ตนให้ความคุ้มครองทางทูตในลักษณะที่ขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย โดยทั้งนี้คองโกเห็นว่าศาลควรจะไม่พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการใช้ความเที่ยงธรรมในการตัดสินคดี (equity contra legem)¹³² นอกจากนี้ คองโกชี้แจงอีกว่ากินีไม่ได้แสดงให้เห็นว่าความคุ้มครองผู้ถือหุ้นโดยการเข้าแทนที่บริษัทซึ่งมีสัญชาติของรัฐที่ต้องรับผิดชอบนั้นอาจเป็นเหตุผลอันสมควรในคดีนี้ ซึ่งตามความเห็นของคองโกนั้นเห็นว่าความคุ้มครองดังกล่าวโดยการเข้าแทนที่อาจนำไปสู่ระบบความคุ้มครองที่เป็นการเลือกปฏิบัติส่งผลให้เกิดการปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นอย่างไม่เป็นธรรม

สำหรับกินีนั้นกล่าวว่าไม่ได้ขอให้ศาลใช้ความเที่ยงธรรมในการตัดสินคดีแต่อย่างใด แต่โต้แย้งว่าในคดี Barcelona Traction ศาลได้อ้างถึงความเป็นไปได้ของการยกเว้นกฎเกณฑ์ทั่วไปในการคุ้มครองบริษัทโดยรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทเมื่อรัฐที่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวข้องเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัท ซึ่งในข้อสังเกตของผู้พิพากษานั้นจะพบว่าการกล่าวถึงเหตุผลในเรื่องความเที่ยงธรรมนี้ด้วย นอกจากนี้ กินีโต้แย้งอีกว่าการปรากฏหลักความคุ้มครองโดยการแทนที่และลักษณะทางจารีตประเพณีของหลักดังกล่าวนั้นได้รับการยืนยันจากคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำนวนมาก ซึ่งทางปฏิบัติต่อมาภายหลังจากคดี Barcelona Traction หรือในทางอนุสัญญาหรือในทางคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานนั้นได้ขจัดความไม่แน่นอนของลักษณะของการยกเว้น และสุดท้ายกินีอ้างว่าคำขอในเรื่องความคุ้มครองโดยการเข้าแทนที่นั้นเหมาะสมกับคดีนี้ เพราะว่าเป็นบริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire เป็นบริษัทเอกชนจำกัดซึ่งมี

¹³¹ Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, *supra* note 123, paras. 77-94.

¹³² “equity contra legem: the use of equity in derogation of the law, where, under the circumstances of case, an exception to the law is needed to achieve an equitable and just result.” Bryan A. Garner (editor), *supra* note 84, p. 580.

ลักษณะของ ‘intuitu personae’ ที่ชัดเจนอีกทั้งยังถูกควบคุมและจัดการโดยบุคคลเดียวกัน นอกจากนี้ กินีได้ชี้แจงเพิ่มเติมอีกว่า Diallo ถูกผูกพันตามกฎหมายชาอิตาลีให้ก่อตั้งบริษัทในชาอิตาลีอีกด้วย

ในประเด็นนี้ศาลกล่าวว่าหลักการที่สำคัญในคดี Barcelona Traction ที่เกี่ยวกับความคุ้มครองทางทูตก็คือที่กล่าวว่า “ไม่ใช่เพียงผลกระทบทางผลประโยชน์ แต่เฉพาะสิทธิที่ถูกละเมิดเท่านั้นที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบ ดังนั้น การกระทำโดยตรงต่อการละเมิดสิทธิของบริษัทเท่านั้นจึงไม่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบโดยตรงต่อผู้ถือหุ้นถึงแม้ว่าผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะได้รับผลกระทบก็ตาม” ซึ่งศาลตั้งข้อสังเกตว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่มีโอกาสที่จะวางกฎเกณฑ์ว่าแท้จริงแล้วในทางระหว่างประเทศมีข้อยกเว้นกฎเกณฑ์ “ที่ว่าสิทธิในความคุ้มครองทางทูตบริษัทเป็นของรัฐเจ้าสัญชาติบริษัทดังกล่าว” ซึ่งอนุญาตให้รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นโดยการเข้าแทนที่หรือไม่ นอกจากนี้ ศาลยังตั้งข้อสังเกตถึงคดี ELSI ไว้ว่า การที่ศาลในคดีนั้นยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาในนามของบริษัทอเมริกัน 2 บริษัท ซึ่งเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่อิตาลีที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบริษัทดังกล่าวนั้นก็เพราะว่าการยอมรับข้อเรียกร้องดังกล่าวไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่อยู่บนพื้นฐานของสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือระหว่างสองประเทศ ซึ่งให้สิทธิโดยตรงแก่คนชาติ บริษัท สมาคมเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในบริษัทหรือสมาคมที่มีสัญชาติของรัฐภาคี

นอกจากนี้ ศาลยังตรวจสอบว่าข้อยกเว้นที่กินีเรียกร้องนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าบทบาทของความคุ้มครองทางทูตค่อนข้างน้อย เนื่องจากในทางปฏิบัติมักใช้วิธีการดังกล่าวก็ต่อเมื่อระบบของสัญญาไม่ปรากฏวิธีดำเนินการหรือปรากฏแต่ไม่มีผลใช้บังคับ สำหรับความคุ้มครองทางทูตในกรณีดังกล่าวนี้ ศาลเห็นว่า ทฤษฎีความคุ้มครองโดยการเข้าแทนที่นี้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติผู้ซึ่งไม่สามารถอาศัยประโยชน์จากสนธิสัญญาระหว่างประเทศและผู้ซึ่งไม่สามารถใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายอื่นได้อีก ซึ่งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ถูกกล่าวหาานั้นถูกก่อกวนต่อบริษัทโดยรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทนั่นเอง ฉะนั้นความคุ้มครองโดยการเข้าแทนที่นี้จึงเป็นมาตรการสุดท้ายในการคุ้มครองผู้ลงทุนชาวต่างชาติ และเมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐและคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศจนถึงปัจจุบันแล้วจะพบว่าไม่ได้แสดงให้เห็นถึงข้อยกเว้นตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่อนุญาตสำหรับความคุ้มครองโดยการเข้าแทนที่ดังเช่นที่กินีเชื่อแต่อย่างใด นอกจากนี้ศาลยังเพิ่มเติมอีกว่า จากข้อเท็จจริงที่กินีกล่าวว่ามีข้อตกลงระหว่างประเทศ

มากมายที่กำหนดระบบกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองการลงทุนหรือที่ว่ามีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ถูกรวมอยู่ในสัญญาที่สร้างขึ้นโดยตรงระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนชาวต่างชาตินั้น ศาลเห็นว่าไม่เพียงพอที่จะแสดงว่ามี การเปลี่ยนแปลงในจารีตประเพณีของความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด

สำหรับปัญหาที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีกฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มครองโดยการเข้าแทนที่ที่จำกัดมากกว่าหรือไม่ เช่นที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติไว้ในร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ซึ่งอาจนำมาใช้เฉพาะกรณีที่มีการก่อตั้งบริษัทในรัฐที่กระทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถูกเรียกร้องโดยรัฐดังกล่าวในฐานะที่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนสำหรับดำเนินธุรกิจของรัฐนั้น (ข้อ 11(b)) แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวนี้ดูเหมือนว่าจะไม่เข้ากันกับคดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่นี้ นอกจากนี้ ศาลยังได้ตั้งข้อสังเกตว่าเป็นเรื่องปกติที่บริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire จะถูกก่อตั้งในซาอีร์ และเข้าสู่การจดทะเบียนการค้าของเมือง Kinshasa โดย Diallo ซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ.1964 แล้ว ประกอบกับไม่ได้ทำให้เป็นที่ยอมรับต่อศาลว่าการก่อตั้งบริษัทในคองโกนั้นอาจถูกเรียกร้องจากรัฐดังกล่าวให้ก่อตั้งเพื่อดำเนินการในส่วนเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงสรุปว่าบริษัททั้งสองดังกล่าวไม่ได้ถูกก่อตั้งในแนวทางที่จะตกอยู่ภายในขอบเขตของความคุ้มครองโดยการเข้าแทนที่ในความหมายของข้อ 11(b) ของร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตแต่อย่างใด ดังนั้น ปัญหาที่ว่าข้อ 11(b) นี้จะสะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่นั้น จึงไม่เกิดขึ้นในคดีนี้

ศาลไม่สามารถยอมรับข้อเรียกร้องของกินีที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตโดยการเข้าแทนที่ ฉะนั้น ในกรณีนี้จึงใช้กฎเกณฑ์ของสัญชาติตามปกติมาพิจารณาปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ บริษัท Africom-Zaire และ Africontainers-Zaire จึงมีสัญชาติคองโก

ข้อคัดค้านการยอมรับที่คองโกยกขึ้นมามีว่ากินีไม่มีสถานะที่จะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่ Diallo อันเนื่องมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของคองโกต่อสิทธิของทั้งสองบริษัท นั้นมีเหตุผลและต้องได้รับการสนับสนุน

ประเด็นที่สอง: การไม่สิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้อง¹³³

จากข้อสรุปในประเด็นแรกดังกล่าวข้างต้นนั้น ศาลจึงไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาข้อคัดค้านของคองโกในเรื่องการไม่สิ้นสุดช่องทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในรัฐที่ถูกเรียกร้องเพิ่มเติมอีกแต่อย่างใด

¹³³ Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, *supra* note 123, para. 95.

เมื่อพิจารณาคำขอของกินีครบทั้ง 3 กรณีแล้ว จึงสรุปได้ว่า ศาลยอมรับคำขอของกินีเฉพาะกรณีความคุ้มครองสิทธิของ Diallo ในฐานะที่เป็นบุคคล และความคุ้มครองสิทธิโดยตรงของ Diallo ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire เท่านั้น สำหรับคำขอของกินีเกี่ยวกับความคุ้มครอง Diallo ในกรณีการละเมิดสิทธิของบริษัท Africom-Zaire และบริษัท Africontainers-Zaire นั้น ศาลไม่ยอมรับคำขอดังกล่าวแต่อย่างใด