

สิทธิของคนต่างด้าวภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ

คนต่างด้าวมิใช่เป็นพลเมืองของรัฐ แต่เป็นชนกลุ่มน้อยในรัฐหนึ่ง รัฐจึงมีความจำเป็น ต้องวางระเบียบกฎเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิและฐานะของคนต่างด้าว ภัยการตราเป็นกฎหมายหรือ ข้อบังคับเกี่ยวกับการปฏิบัติของคนต่างด้าว เริ่มตั้งแต่การยอมรับคนต่างด้าวให้เดินทางเข้าประเทศ ได้ การให้ที่พักอาศัย การให้ถิ่นที่อยู่ในประเทศ การให้ความคุ้มครองในความปลอดภัยแก่ชีวิต และทรัพย์สิน ตลอดจนการกำหนดสิทธิเฉพาะอย่างแก่คนต่างด้าว การที่จะกำหนดกฎเกณฑ์หรือตรา กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นปัญหาว่า ขอบเขตในการกำหนดสิทธิและฐานะของคนต่างด้าวนั้นมีหรือไม่ เพียงใด?

ในขณะที่มีฐานะเป็นคนต่างด้าวในรัฐผู้รับ ความเป็นพลเมืองของรัฐผู้ส่งก็ยังคงมีอยู่ คนต่างด้าวจึงมีสิทธิและหน้าที่ทั้งต่อรัฐที่ตนเข้าไปพำนักอยู่และรัฐเจ้าของสัญชาติ ในขณะที่เกี่ยวกับรัฐ ทั้งสองยอมมีอำนาจเหนือคนต่างด้าวนั้นด้วย ในฐานะของรัฐผู้รับเมื่อคนต่างด้าวได้เข้ามาอยู่ในดิน แดนแล้ว ภัยอำนาจอธิปไตยของรัฐทำให้รัฐผู้รับมีอำนาจเหนือคนต่างด้าว ส่วนในฐานะของรัฐผู้ ส่งซึ่งโดยที่คนต่างด้าวนั้นยังคงมีสัญชาติสังกัดอยู่ รัฐจึงจะมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สมาชิก แห่งรัฐตนในดินแดนต่างรัฐ อำนาจหน้าที่ทั้งของรัฐผู้รับและผู้ส่งเหนือคนต่างด้าวนั้นได้ปฏิบัติควบคู่กัน มาแต่โบราณกาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจของรัฐผู้รับเหนือคนต่างด้าวมักมีลักษณะเด่นกว่าการให้ ความคุ้มครองของรัฐผู้ส่ง ดังได้เห็นแล้วว่า ในสมัยโบราณสิทธิของคนต่างด้าวจะเป็นประการใด สุดแต่แต่รัฐผู้รับจะประสาทให้ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยแก่ชากรของรัฐเหนือคนต่างด้าว ความ คุ้มครองของรัฐผู้ส่งนั้นแม้จะไม่ประจักษ์แจ้ง แต่เป็นที่แน่นอนว่าได้มีมาพร้อม ๆ กับการรับรองฐานะ ของคนต่างด้าว ดังจะเห็นได้ในสมัยโรมัน ได้มีการให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองตนซึ่งอยู่ในดินแดน ต่างประเทศ การประทุษร้ายต่อคนต่างด้าวของรัฐอาจถูกตอบโต้ด้วยการประกาศสงครามจากรัฐ เจ้าของสัญชาติได้ ดังนั้นขอบเขตของการกำหนดสิทธิและฐานะของคนต่างด้าวของรัฐผู้รับจึง

9
Federick S. Dunn, The Diplomatic Protection of American in Mexico (Reprint; New York: Kraus Reprints, 1971), p.3.

ถูกจำกัดด้วยฐานะที่คนต่างค้ำวั้นเป็นสมาชิกแห่งรัฐ ๆ หนึ่ง ในสังคมนานาชาติ เพื่อความสงบเรียบร้อยและสัมพันธภาพอันดีระหว่างประเทศ รัฐหาอาจปฏิบัติต่อคนต่างค้ำวโดยพลการปราศจากขอบเขตใดได้ไม่

เมื่อการกำหนดสิทธิและฐานะของคนต่างค้ำวต้องมีขอบเขต ปัญหายุ่งยากที่ต้องเผชิญต่อมาคือ ขอบเขตนี้มีเพียงใด และมีมาตรการใดในการกำหนดขอบเขตดังกล่าว นักปราชญ์รุ่นแรกได้พยายามคอมปัญหาด้วยทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ แต่ในที่สุดทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตก็ถูกตีความและขยายความจนยากที่จะจำกัดความและอธิบายปัญหานี้ได้ต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหลังยุคปฏิรูปในยุโรป (Reformation) ได้มีทฤษฎีทั้งทางสังคมศาสตร์ รัฐศาสตร์ และนิติศาสตร์ เกิดขึ้นมากมาย รวมทั้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กฎหมายธรรมชาติได้ถูกอาศัยเป็นรากฐานและคำอธิบายมาทั้งสองทฤษฎี แม้ว่าสองทฤษฎีนี้จะแตกต่างกันในสารสำคัญ ทฤษฎีแรกมุ่งถึงสิทธิหรืออำนาจของรัฐ ส่วนทฤษฎีหลังมุ่งถึงสิทธิของเอกชน นักปราชญ์ที่สนับสนุนทฤษฎีหนึ่งก็พยายามหาเหตุผลมาอธิบายขยายขอบเขตแห่งทฤษฎีของตนออกให้กว้างขวางออกไป และหักล้างเหตุผลของนักปราชญ์ฝ่ายที่เชื่อในทฤษฎีตรงกันข้าม ในขณะที่เดียวกันก็มีนักปราชญ์ฝ่ายที่สามพยายามที่จะชักจูงสมานความคิดของทั้งสองฝ่ายให้ดำเนินไปในแนวเดียวกัน เพื่อเกิดความสมดุลในขอบเขตของแต่ละทฤษฎี และโดยที่ปัญหาในเรื่องสิทธิและฐานะของคนต่างค้ำวมิใช่เป็นปัญหาการใช้อำนาจอธิปไตยภายในของรัฐโดยเฉพาะ อีกทั้งมิใช่เป็นปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกรณีทั่ว ๆ ไป หากแต่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งมีผลกระทบต่อฐานะแห่งสมาชิกของรัฐอื่นในสังคมนานาชาติ และเป็นปัญหาสิทธิมนุษยชนซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐหนึ่ง แต่ในขณะที่เดียวกันก็อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นปัญหาระหว่างประเทศโดยแท้ การกำหนดใน เรื่องสิทธิและฐานะของคนต่างค้ำวจึงได้ อยู่ในขอบเขตแห่งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมาช้านาน เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศได้เป็นระบบที่ยอมรับกันแล้ว ปัญหาการกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิของคนต่างค้ำวจึงตกมาเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องสิทธิและฐานะของคนต่างค้ำวเป็นหัวข้อหนึ่งในบรรดาหัวข้ออื่น ๆ นักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความสนใจเป็นพิเศษ นักปราชญ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ นับตั้งแต่ นักปราชญ์ผู้ให้กำเนิดแกกฎหมายระหว่างประเทศมาจนถึง

นักวิชาการในยุคปัจจุบัน โดยได้เสนอหลักการทั้งทางทฤษฎีและปฏิบัติ เหตุผลและข้อโต้แย้งไว้อย่างเอนกอนันต์ อันเป็นผลให้ปัญหาเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวได้รับการพัฒนาสู่ระดับสูงไม่น้อยไปกว่าปัญหากฎหมายระหว่างประเทศในแขนงอื่น ๆ แต่ด้วยลักษณะแห่งความเป็นสังคมแห่งโลกซึ่งประกอบด้วยรัฐต่าง ๆ ซึ่งมีความแตกต่างทั้งในพื้นฐานทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และการเมือง ทำให้ความคิดในเรื่องความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ประสบอุปสรรคยากแก่การวางหลักเกณฑ์ตายตัว ทำนองเดียวกับปัญหากฎหมายระหว่างประเทศแขนงอื่น ๆ ที่ปัญหาปลีกย่อยจำนวนมากยังไม่อาจตกลงกันได้ แม้ทฤษฎีต่าง ๆ หลายทฤษฎีที่เป็นแนวความคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่จนถึงถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ก็ยังคงมีข้อโต้แย้งอยู่ อย่างไรก็ตาม ข้อโต้แย้งเหล่านี้ก็ได้เป็นมูลฐานแห่งการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศอย่างสำคัญ เมื่อนักกฎหมายระหว่างประเทศได้เสนอความเห็นสอดคล้องกันในหลักการใดแล้ว หลักการนั้นได้รับการสนับสนุนด้วยการนำไปปฏิบัติของนานาอารยประเทศจนเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ย่อมถือเป็นการผูกพันรัฐทั้งหลายในโลกเพื่อประโยชน์แห่งสันติสุขแห่งมวลสมาชิกในสังคมโลก ในสถานการณ์ปัจจุบัน ความแตกต่างในทางทฤษฎีและปฏิบัติในปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าวยังมีอยู่มาก บางปัญหาเป็นปัญหาซึ่งมีความเกี่ยวพันกับโครงสร้างของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ บางปัญหาก็ออยู่ในขอบเขตของเรื่องฐานะของคนต่างด้าวโดยเฉพาะ แม้ว่าประเทศต่าง ๆ จะยอมรับหลักการในเรื่องความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วก็ตาม แต่ประเทศที่ยังไม่พร้อมที่จะปฏิบัติตามจารีตประเพณีดังกล่าวอาจปฏิเสธความมีอยู่ของจารีตประเพณีได้

๑. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศ อำนาจอธิปไตยและคนต่างด้าว

นักกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐในการบัญญัติกฎหมายภายในและวางระเบียบเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิและการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ในทางตรงกันข้ามกลับได้ให้การสนับสนุนว่าเป็นอำนาจอันชอบธรรมของรัฐที่จะทำเช่นนั้นได้ แต่ที่ยังมีความเห็นไม่สอดคล้องกันอยู่และเป็นปัญหาที่สำคัญอยู่ได้แก่ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระ

หว่างประเทศ กล่าวคือ ความยากลำบากในการที่จะสมานแนวความคิดในเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจเด็ดขาดในกิจการภายในของรัฐให้เข้ากับแนวความคิดที่ว่าอำนาจของรัฐในเรื่องนี้ได้ถูกจำกัดขอบเขตโดยอำนาจที่เหนือกว่าของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเกี่ยวกับความคุ้มครองคนต่างด้าว ซึ่งเป็นปัญหาว่าขอบเขตแห่งอำนาจของรัฐในเรื่องนี้มีเพียงใด ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวภายในดินแดนของรัฐนั้น รัฐมีอำนาจโดยเด็ดขาดหรืออย่างไร? ปัญหานี้เป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ กับอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งเป็นปัญหาชั้นมูลฐานสมควรอย่างยิ่งที่จะได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก เพื่อจะไต่ตรามว่าอำนาจอธิปไตยที่ได้รับการรับรองและถูกจำกัดโดยกฎหมายระหว่างประเทศเพียงใด และมีความสัมพันธ์กับการกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวอย่างไร

๑.๑ กฎหมายระหว่างประเทศ กับอำนาจอธิปไตย

แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะได้รับการกล่าวขวัญควบคู่กับอำนาจอธิปไตยอยู่เนือง ๆ แต่ความคิดที่วุ่น ๆ ไปของหลักทั้งสองหาได้ดำเนินไปในแนวทางเดียวกันไม่ หากรัฐมีแนวโน้มที่จะยึดถืออำนาจอธิปไตยยิ่งมั่งขึ้นเพียงใด โอกาสที่จะให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมนานาชาติอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศก็ยิ่งน้อยลงเพียงนั้น ดังที่แฮนส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ไต่ถล่าวว่า ปัญหาว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยหรือไม่พึงพิจารณาควบคู่ไปกับปัญหาที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าสูงกว่ากฎหมายภายในหรือไม่^๒ การที่จะให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมนานาชาติโดยการควบคุมของกฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหาอำนาจอธิปไตยของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นปัญหาหนึ่งที่ได้รับการพิจารณาอย่างมาก และมีความเห็นแตกแยกเป็นหลายฝ่าย ส่วนหนึ่งและเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ความเห็นในเรื่องนี้ลงรอยกันก็คือ อิทธิพลทางรัฐศาสตร์ในเรื่องอำนาจอธิปไตยได้มีเหนือความคิดทางนิติศาสตร์ในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

^๒ Hans Kelsen, General Theory of Law and State (Cambridge: 1945), p. 384.

อิทธิพลทางรัฐศาสตร์ที่มีเหนือนิติศาสตร์นักได้เป็นที่ตระหนักของนักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ Dr. D.P. O'Connell ได้กล่าวเตือนว่า การเพิ่มอิทธิพลของความคิดทางรัฐศาสตร์ในเรื่องเกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศอาจเป็นผลทำให้กฎหมายระหว่างประเทศกลายเป็นเพียงเรื่องของความสัมพันธ์กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลเสียถึงขนาดที่จะทำให้กฎหมายระหว่างประเทศสูญเสียลักษณะทางนิติศาสตร์ได้^๓ ดังนั้น ในการพิจารณาความหมายในทางนิติศาสตร์ของอำนาจอธิปไตยจึงควรให้น้ำหนักแก่แนวความคิดในทางทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าทฤษฎีทางรัฐศาสตร์ แต่ก็มีอาจจะละเลยความคิดของนักรัฐศาสตร์เสียโดยสิ้นเชิง เพราะทฤษฎีอำนาจอธิปไตยได้ถูกนำมาใช้ทั้งในทางนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ควบคู่กันมาเป็นเวลาช้านาน

ในทางนิติศาสตร์ อำนาจอธิปไตยโดยนิตินัย หมายถึงอำนาจสูงสุดตามกฎหมาย และต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งระบบกฎหมาย ส่วนอำนาจอธิปไตยในทางรัฐศาสตร์เป็นความสูงสุดของอำนาจที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง กล่าวคือเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองแผ่นดิน เช่นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยให้แก่อำนาจซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการปกครองแผ่นดินยอมเป็นอำนาจอธิปไตยในความเห็นของนักรัฐศาสตร์ แต่สำหรับนักนิติศาสตร์การมีอำนาจสูงสุดตามข้อเท็จจริงมิใช่ผู้มีอำนาจอธิปไตยโดยนิตินัยก็ได้ ทั้งนี้ยอมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของระบบกฎหมายนั้น ๆ

ดังที่พิจารณามาแล้วว่า การกำหนดสิทธิของคนต่างค้ำเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อการสร้างความสงบเรียบร้อยในสังคมนานาชาติ ในระยะเวลาสามสิบปีที่ผ่านมาความสำเร็จและเหตุขัดข้องเพื่อการสร้างความสงบเรียบร้อยดังกล่าว อิทธิพลทั้ง

^๓ D.P.O'Connell, "The Role of International Law," in Conditions of World Order as cited by D.M. McRae "Sovereignty and International Legal Order," Western Ontario Law Review (10 : 1971), p.57.

ทางการเมืองและกฎหมายระหว่างประเทศ ให้ความสำคัญ อธิปไตยได้ช่วยเสริมสร้างพัฒนาการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศให้กว้างขวางยิ่งขึ้น ทั้งยังได้ให้กำเนิดแก่งหลักกฎหมายสำคัญ ๆ ในกิจการกฎหมายระหว่างประเทศมากมาย ทั้งที่เป็นกิจการเกี่ยวกับรัฐ องค์การระหว่างประเทศ เอกชน และนิติบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่งเกี่ยวกับเอกชนซึ่งเป็นคนต่างดาวและนิติบุคคลต่างประเทศซึ่งมีผลประโยชน์ในลักษณะระหว่างประเทศเกี่ยวข้อง

๑.๑.๑ กำเนิดแห่งทฤษฎีอำนาจอธิปไตย

ความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยในกฎหมายระหว่างประเทศมีรากฐานมาจากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งนักนิติศาสตร์รุ่นเก่าในศตวรรษที่ ๑๖ จาก โบแดง (Jean Bodin) เป็นผู้กำหนดขึ้นในผลงานที่มีชื่อเสียงของเขา ใน "Six Livres de la République" เมื่อปี ๑๕๗๖ ถ้วยจุมุขหมายที่จะสนับสนุนอำนาจของกษัตริย์ฝรั่งเศสภายใต้รากฐานแห่งกฎหมาย โบแดงได้ประสานแนวความคิดเรื่องอำนาจของรัฐเข้ากับความสูงสุดทางกฎหมายแห่งอำนาจนั้น เป็นทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดขึ้น เพื่อเป็นการระงับการแบ่งแยกอำนาจและชี้ชัดความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม เขาเชื่อว่ากฎหมายต้องให้การยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของผู้ปกครอง ซึ่งโบแดงเรียกว่า "อำนาจอธิปไตย" สำคัญสำคัญของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของโบแดงคือ เป็นอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดของผู้ปกครองเหนือกฎทั้งปวง โดยไม้อาจถูกจำกัดโดยกฎหมาย แม้ว่าการใช้อำนาจของผู้ปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมายของพระเจ้า กฎหมายธรรมชาติหรือกฎหมายระหว่างประเทศ พลเมืองทั้งปวงยอมอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเด็ดขาดและหาอาจมีสิทธิโต้แย้งในกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอธิปไตยแต่อย่างใดไม่

^๕ Wolfgang Friedman, The Changing Structure of International Law (New York: Columbia Uni. Press, 1964), (Chapter I).

^๕ Clarence W. Jenks, The Common Law of Mankind (London: Stevens, 1958), p. 58.

^๕ Marek Korowicz, Introduction to International Law (Hanque, Martins Nichoff, 1958), p. 28.

^๕ Jean Bodin, The Six Books of a Commonweale (Knollar Trans., 1606).

ความคิดของโเบแกท้านองเกี่ยวกับอะไควนัส (St. Thomas Aquinas) ที่พิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศควบคู่ไปกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ อะไควนัสเห็นว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายพระเจ้าโดยนัยแห่งเหตุผลตามธรรมชาติ เช่นเดียวกับโเบแกเขาได้ให้ความเห็นว่าความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมมนุษย์นี้อาจทำความเข้าใจได้โดยอาศัยเหตุผลตามธรรมชาติ เขามีความเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับปฏิบัติของรัฐเสียทั้งหมด แต่ได้รับรู้ว่าอำนาจที่เหนือกว่าอำนาจของรัฐในอันที่จะกำหนดขอบเขตการปฏิบัติของรัฐได้ อำนาจนั้นคืออำนาจตามกฎหมายพระเจ้าและตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นอำนาจที่อยู่เหนือผู้ปกครองและเหนือกฎหมายระหว่างประเทศ ภายการให้นำหนักแก่อำนาจเด็ดขาดของรัฐ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของโเบแกจึงก่อให้เกิดความคิดที่สำคัญในระบบกฎหมายขึ้น โดยมีการยอมรับอำนาจของรัฐในการตรากฎหมาย ให้มีผลบังคับเป็นอิสระจากหลักกฎหมายธรรมชาติ และในที่สุดทฤษฎีนี้ก็เข้าแทนที่หลักกฎหมายธรรมชาติด้วยการให้ความสำคัญแก่กฎหมายสารบัญญัติ (Positive Law) ที่ตราขึ้นโดยรัฐเหนือกฎหมายธรรมชาติโดยความคิดของทฤษฎีนิยมกฎหมายสารบัญญัติ (Postivism).

๑.๑.๒ อำนาจอธิปไตยในทัศนะของนักกฎหมายระหว่างประเทศ

ความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของโเบแกได้รับการสนับสนุนจากกลุ่มนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีกำเนิดจากกฎหมายธรรมชาติและกลุ่ม Postivism ซึ่งถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศอยู่บนรากฐานของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งถือว่าสนธิสัญญาเป็นกำเนิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุด

๑.๑.๒.๑ นักกฎหมายธรรมชาติ

นักปรัชญาทางการเมืองของอังกฤษ โทมัส ฮอบส์ ซึ่งเป็นผู้มีความคิดในกฎหมายธรรมชาติที่รุนแรง ให้ความสำคัญกฎหมายธรรมชาติส่งเสริมการทำสงครามระหว่างรัฐ พร้อม ๆ กับการปฏิเสธความมีอยู่ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยถือว่ารัฐอยู่

ภายใต้กฎหมายธรรมชาติเท่านั้น โดยสมมติฐานที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายธรรมชาติ
 นั้นเป็นสิ่งเดียวกัน ฮอบส์ได้ให้ความสัมพันธ์แก่อำนาจอธิปไตยของรัฐว่าเป็นอำนาจที่มาจาก
 กฎหมายธรรมชาติ จึงมีความเป็นอำนาจสูงสุดในนอกรัฐภายใต้กฎหมายใด ๆ ในโลก ปูเฟนดอร์ฟ
 (Samuel Pufendorf) ได้รับอิทธิพลในการวางองค์ประกอบของกฎหมายระหว่างประเทศ โดย
 อาศัยกฎธรรมชาติของฮอบส์ แต่ได้เพิ่มความเห็นเพิ่มเติมความเห็นของฮอบส์ในเรื่องอำนาจอธิปไตย
 โดยเขาเห็นว่า "อำนาจอธิปไตยของรัฐหมายความว่ารัฐไม่อาจถูกควบคุมโดยกฎหมายสารบัญญัติ
 แต่คงอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมชาติ" เขาเห็นว่าสนธิสัญญาก็มีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญา
 เอกชน ซึ่งไม่มีผลเป็นกฎหมาย ความเห็นนี้เป็นกรยอมรับความเสมอภาคของรัฐในสังคมนานาชาติ
 อำนาจของรัฐไม่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายสารบัญญัติสนธิสัญญาจึงไม่มีความมีอำนาจสูงสุดในสังค
 ระหว่างรัฐ แต่เขาก็ได้เปิดช่องให้แกกฎหมายธรรมชาติว่าเป็นเครื่องกำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง
 รัฐ ความเห็นของปูเฟนดอร์ฟจึงต่างกับความเห็นของฮอบส์ในแง่ที่ว่า ฮอบส์ได้ปฏิเสธความมีอยู่ของ
 กฎหมายระหว่างประเทศอย่างสิ้นเชิง แต่ปูเฟนดอร์ฟปฏิเสธเฉพาะความมีอยู่ของกฎหมายระหว่าง
 ประเทศสารบัญญัติ (Positive International Law) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งต่างหากจากกฎหมาย
 ธรรมชาติ

ความคิดของนักรัฐศาสตร์รุ่นแรกได้ให้ความสำคัญแก่อำนาจเด็ดขาดของรัฐ เพื่อสนับสนุน
 สนับสนุนความเป็นปึกแผ่นของรัฐสมัยใหม่ เพื่อความมั่นคงของรัฐบาลกลาง เป็นการเน้นในอำนา
 จธิปไตยภายใน ต่อมาได้ถูกขยายความเป็นอำนาจสูงสุดที่ไม่มีขอบเขตทั้งภายในและภายนอก
 โดยถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่ได้อำนาจจากกฎหมายธรรมชาติ ภาวะการดังกล่าวยอมรับเป็น
 ภาวะการอันไม่พึงปรารถนาของนักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแนนอน โกรเชียส (Hugo
 Grotius) ผู้ซึ่งได้รับการยกย่องว่าเป็นผู้ให้กำเนิดแกกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งโดยส่วน
 หนึ่ง ในความสามารถที่ได้เสนอความคิดประสานเหตุผลของฝ่ายที่ยึดมั่นในอำนาจอธิปไตยของรัฐเข้า
 กับฝ่ายเชื่อมั่นในเหตุผลกฎหมายระหว่างประเทศ งานชิ้นสำคัญของเขาคือ "De Jure Belli
 ac Pacis"

๕ Spinoza Hinsley, Sovereignty (1966), p. 184.

ได้แยกกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็นศาสตร์หนึ่งโดยเฉพาะต่างหากจากระบบศาสนา ได้พิจารณาปัญหาแทบทุกแง่มุมเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมความประพฤติของรัฐ โกรเซียสได้ยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยได้แบ่งรัฐออกจากกัน ในขณะที่เดียวกันเขาก็ได้หาหลักกฎหมายระหว่างประเทศจากการปฏิบัติของรัฐ และเห็นว่าหลักการชั้นมูลฐานของกฎหมายระหว่างประเทศเพียงบางประการเท่านั้นที่ได้มาจากกฎธรรมชาติตามความเห็นของโกรเซียส เชื่อว่ากฎที่ควบคุมความประพฤติของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่มีที่มาสองทางด้วยกัน ทางหนึ่งก็คือนิติธรรม (Jus Naturae) ซึ่งเกิดจากความมีเหตุผลของมนุษย์เป็นอิสระจากกฎที่มนุษย์ตราขึ้นและกฎแห่งธรรมชาตินี้ได้มาจากพระผู้เป็นเจ้าผู้สร้างธรรมชาติ รัฐจะต้องยอมตัวอยู่ภายใต้และโดยที่กฎทั่วไปเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ จึงเป็นกฎที่อยู่เหนือรัฐและมนุษย์สถาพรอยู่ชั่วนิรันดร์ ไม่มีใครสามารถเปลี่ยนแปลงได้และยอมผูกพันทุกรัฐและอยู่เหนือกฎที่รัฐสร้างขึ้นโดยสนธิสัญญา ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศอีกทางหนึ่งคือสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งโกรเซียสรวมเรียกว่า Jus Voluntarium เป็นกฎหมายที่เกิดจากการยินยอมร่วมกันของรัฐ ขณะที่กฎแห่งธรรมชาตินี้ต้องการความยินยอมเพราะมีความผูกพันอยู่แล้ว เนื่องจากอยู่เหนือรัฐ ระหว่างที่มาแห่งกฎระหว่างประเทศทั้งสอง เขาเห็นว่ากฎธรรมชาติเป็นที่มาสำคัญเป็นหลักการแรกที่กำหนดความถูกต้องของการกระทำของรัฐ^{๙๐}

แม้ว่าโกรเซียสจะไม่ได้ให้ความสำคัญแก่กฎหมายธรรมชาติเหนือสนธิสัญญา เป็นที่ยืนยันความเห็นของนักปราชญ์กฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนหลักความสูงสุดของกฎหมายธรรมชาติ หลักการใหม่ที่เขาสงวนขึ้นก็คือความศักดิ์สิทธิ์ของคำมั่นสัญญานั้น โดยถือว่ารัฐมีข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา งานของโกรเซียสจึงจัดเป็นงานชิ้นแรกที่พยายามประนีประนอมความคิดของนักกฎหมายธรรมชาตินักกฎหมายสารบัญญัติ ทั้งยังได้ก่อให้เกิดความสมมูลระหว่างหลักในเรื่อง

^{๙๐} D.M. McRae, *cp.cit.*, p. 59.

^{๙๑} ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, กฎหมายระหว่างประเทศ (พระนคร : คณะรัฐศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๑), หน้า ๒๑-๒๒

กฎแห่งศีลธรรมกับกฎแห่งอำนาจของรัฐ ซึ่งเกิดขึ้นจากความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ โกรเซียมได้ให้ความสำคัญแก่อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยเห็นว่าการมีอำนาจอธิปไตยภายในของรัฐเป็น "Sine qua non" ของสมาชิกแห่งสังคมระหว่างประเทศ ด้วยความเห็นนี้ โกรเซียมได้กำหนดเงื่อนไขของสงครามที่ขอมด้วยกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่งก็คือ "ผู้ประกาศสงครามของทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยในรัฐนั้น" ผลที่ตามมาจากความคิดนี้คือ เฉพาะรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยภายในโดยสมบูรณ์เท่านั้นที่ได้รับการยอมรับว่ามีสิทธิและมีส่วนในหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการของโกรเซียมจึงเป็นการปรองดองระหว่างการยอมรับอำนาจของรัฐ และขณะเดียวกันรัฐก็จะต้องยอมรับมาตรการบางประการเพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมนานาชาติด้วย ความคิดของโกรเซียมในเรื่องอำนาจอธิปไตยในกฎหมายระหว่างประเทศนี้ได้รับการอ้างอิงสนับสนุนและโต้แย้งจากนักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก ผู้สนับสนุนที่มีอิทธิพลสำคัญได้แก่ วอลฟ และแวกเคิล

คริสเตียน วอลฟ (Christain Wolff (1676 - 1753)) เห็นด้วยกับโกรเซียม ในข้อที่ว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นผู้กำหนดขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชน แต่ไม่เห็นด้วยกับ ฮอบส์ ผู้ซึ่งสนับสนุนทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติเช่นกัน ในข้อที่ว่า กฎหมายธรรมชาติสนับสนุนให้มีการต่อสู้ที่เลวร้ายเพื่อการรุกรานของตน ในความเห็นของวอลฟนั้น กฎแห่งธรรมชาตินี้จุกหมายปลายทางในทางที่ทำให้บุคคลและรัฐอยู่ในสภาพที่ค้ำคั้น การที่จะไปถึงจุดหมายปลายทางนั้นมีใช้กระทำโดยการต่อสู้ แต่ในทางธรรมชาตินี้จะต้องมีการร่วมมือช่วยเหลือกัน ซึ่งจะทำให้ทุกฝ่ายอยู่ในสภาพที่ค้ำคั้น เพราะว่าบุคคลยอมมีสิทธิและพันธะต่อกัน รัฐก็เช่นกันต้องมีสิทธิและพันธะต่อรัฐอื่น โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อการรักษาตนเองและให้ตนอยู่ในสภาพที่ดี รัฐยอมมีสิทธิจะเป็นอิสระและไม่

^{๑๒} Spinoza Hinsley. op.cit., pp. 191-192

^{๑๓} De Jure Belli ac Pacis - Classic of International Law (Scott ed., 1925), p. 97. as cited by McRae, op.cit., p. 60.

ถูกทำลาย ในขณะที่รัฐก็ยังไม่ทำลายและละเมิดสิทธิของรัฐอื่น วอลฟ์ได้ชื่อว่าเป็นผู้ให้กำเนิดแก่หลักกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิขั้นมูลฐานของรัฐ^{๑๔}

แวกเต็ล (Emmerich de Vattel (๑๗๑๔-๑๗๖๓)) นักปราชญ์กฎหมายระหว่างประเทศ เจ้าของงาน "Le Droits des Gens" ซึ่งได้ชื่อว่าเป็นตำรากฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นคู่มือวิชาชีพเล่มแรก^{๑๕} เขาได้ให้ความสนับสนุนความคิดของโกเรเชียสที่ว่า "กฎหมายระหว่างประเทศนั้นอันที่จริงก็เป็นกฎหมายที่มีกำเนิดมาจากกฎหมายธรรมชาติที่ใช้กับรัฐ^{๑๖} แต่เขาคัดค้านความเห็นของวอลฟ์ที่ถือเอา "civitas maxima" เป็นรากฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ งานของแวกเต็ลได้รับการยกย่องว่าเป็นความคิดที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยและให้การเคารพในสิทธิของมนุษย์มากกว่างานของวอลฟ์^{๑๗}

๑.๑.๑.๒. นักกฎหมายสารบัญญัติ (Postivism)

ควบคู่ไปกับแนวความคิดนักกฎหมายธรรมชาติ นักกฎหมายสารบัญญัติได้อาศัยแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของโมแองสร้าง ความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อสมมติฐานอีกแนวหนึ่ง โดยการละทิ้งความคิดในสิ่งที่เรียกว่ากฎหมายธรรมชาติ ริชาร์ด ซัช (Richard Zouche (1590 - 1611)) นักเขียนอังกฤษถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีแต่เพียงกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น และเป็นเคอร์โชค (Bynkershoek (1673 - 1743)) ชาวเนเธอร์แลนด์ถือว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้มาจากสนธิสัญญาและเอกสารโต้ตอบทางการทูต โดยนัยนี้กฎหมายระหว่างประเทศของกลุ่มนิยมกฎหมายสารบัญญัติคือสนธิสัญญาและการปฏิบัติของรัฐ^{๑๘}

^{๑๔} นักรัตนพิทย นาดสุภา, เรื่องเดิม, หน้า ๒๗.

^{๑๕} The first obviously professional manual of International Law, D.M. McRae, op.cit., p. 61.

^{๑๖} Droit des Gens - Classic of International Law, Scott ed. (1916), p. 4. as cited by, ibid.

^{๑๗} นักรัตนพิทย นาดสุภา, เรื่องเดิม, หน้า ๒๘

^{๑๘} D. M. McRae, op.cit., p. 61.

ต้นกำเนิดของทฤษฎีกฎหมายสารบัญญัติได้รับการสนับสนุนว่าเป็นอิทธิพลจากความคิดในปรัชญากฎหมายของจอห์น ออสติน (John Austin (1790 - 1859)) ที่ได้กำหนดขอบเขตของกฎหมายอยู่ในวงแคบ โดยเห็นว่ากฎหมายจะต้องตราขึ้นโดยผู้มีอำนาจสูงสุดทางการเมือง และต้องมีผลบังคับ กฎที่มีได้ตราขึ้นโดยอำนาจสูงสุดทางการเมืองไม่มีลักษณะบังคับ ซึ่งรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศยอมไม่ใช่กฎหมาย เพราะถ้าผู้มีอำนาจสูงสุดทางการเมืองต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วผู้มีอำนาจสูงสุดก็จะไม่ใช่ผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงก็ว่าจะต้องถูกจำกัดอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศ ออสตินจึงถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นเพียงบทบัญญัติทางศีลธรรม (Positive morality) เท่านั้น โดยนัยนี้ยอมเป็นการส่งเสริมให้รัฐตรากฎหมายใด ๆ ที่มีผลบังคับออกใช้ได้โดยไม่มีขอบเขต ทำนองเดียวกันความคิดของออสตินเห็นว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐไม่มีขอบเขตจำกัดทั้งภายในและภายนอก รัฐตรงกันข้ามกับนักนิยมกฎหมายธรรมชาติส่วนใหญ่ได้กำหนดขอบเขตของอำนาจอธิปไตยไว้ภายในกฎหมายธรรมชาติ ส่วนนักนิยมกฎหมายสารบัญญัติซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากในต้นศตวรรษที่ ๑๙ ได้ให้อำนาจสูงสุดแก่รัฐในการตรากฎหมาย แต่ก็ประสบความยุ่งยากในการที่จะอธิบายปัญหาที่ว่าเหตุใดรัฐจึงต้องผูกพันกับกฎหมายระหว่างประเทศ ทฤษฎีนี้ได้เชื่อมความนิยมลงในศตวรรษที่ ๒๐

จาค็อบ โมเซอร์ (Jacob Moser (1701 - 1785)) ได้วิจารณ์ความไม่แน่นอนของกฎหมายธรรมชาติ ทำให้กฎหมายธรรมชาติหย่อนความสำคัญลง และนี่หลายกรณีที่เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายธรรมชาติไม่อาจอธิบายได้ เพราะไม่เกี่ยวกับธรรมชาติจึงทำให้มีข้อสงสัยเกิดขึ้น เขาเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วยสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น เพราะเป็นสิ่งที่กฎหมายแสดงออกมาให้เห็นได้ โมเซอร์ได้รวบรวมสนธิสัญญาและเอกสารการติดต่อระหว่างรัฐไว้มากเป็นประโยชน์อย่างหนึ่งต่อการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามทฤษฎีของฝ่ายสารบัญญัติ ส่วน Jellinek ได้อธิบายว่าการที่รัฐต้องผูกพันกับกฎหมายระหว่างประเทศก็โดยเหตุที่รัฐมีความประสงค์จะผูกพัน เมื่อใดที่รัฐได้เข้าร่วม

๑๕ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, เรื่องเดิม, หน้า ๒๔

เป็นคู่สัญญาอำนาจอธิปไตยของรัฐยอมถูกจำกัดลงว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญานั้น แต่เขาก็มิได้ให้คำอธิบายว่าถ้ากฎหมายระหว่างประเทศขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐแล้ว รัฐมีสิทธิจะตั้งถิ่นใจเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่^{๒๐} ต่อมา Triepel ได้นำความคิดของ Jellinek มาสร้างทฤษฎี "เจตนารวม - Vereinbarung" ขึ้น เขาเห็นว่าลักษณะบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศมีใ้คอยู่ที่เจตนาอิสระของแต่ละรัฐในสังคมนานาชาติ หากแต่อยู่ในเจตนารวมกัน^{๒๑} ทฤษฎีของ Triepel พยายามหลีกเลี่ยงปัญหาขัดแย้งระหว่างนักกฎหมายธรรมชาติกับฝ่ายที่ถือความเป็นอิสระของรัฐในเรื่องหน้าที่ของรัฐในการเคารพกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งมิได้ให้ความกระจ่างว่าเหตุใดเจตนารวมกันของรัฐจึงเกิดอำนาจบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาในแนวทฤษฎี-เจตนารวมความมีอำนาจ ความมีอำนาจผูกพันของสนธิสัญญาย่อมอยู่บนรากฐานของเจตนารวมอย่างไม่มีปัญหา แต่ความผูกพันในเรื่องอื่น ๆ ที่ถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เจตนารวมของรัฐเป็นแต่เพียงสมมติฐานหนึ่งเท่านั้น

ตามแนวความคิดของฝ่ายนิยมกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งได้ให้ความสำคัญแก่อำนาจอธิปไตยของรัฐ และพยายามหาเหตุผลมาปฏิเสธผลบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎีของออสตินเห็นว่าข้อผูกพันของกฎหมายยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะมีผลบังคับตามกฎหมายนั้นได้ปฏิเสธผลบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะขาดลักษณะที่เป็นคำสั่ง และตามแนวความคิดของ Jellinek และ Triepel ได้ให้ผลบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐ ยิ่งไปกว่านั้นแฮนส เคลเซน (Hans Kelsen) ได้เสนอหลักการใหม่ในการที่จะปฏิเสธลักษณะกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยข้อสมมติฐานที่ว่า "อำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นอำนาจสูงสุดทั้งภายในและภายนอก และอาจดำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของตนไว้ด้วยการจำกัดรัฐอื่นที่มากกว่าภายใต้อำนาจอธิปไตยของตนได้"^{๒๒} นอกจากนี้เขายังเห็นว่าไม่มีระบบกฎหมายภายในของรัฐใดจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยนัยนี้ทฤษฎีของเคลเซน

^{๒๐} H. Lauterpacht, The Function of Law in International Community (Oxford: Clarendon, 1933), p. 410.

^{๒๑} Sukiennicki, La Souveraineté des Etats, (1927), pp. 212-213. as cited by D.M. McRae, op.cit., p. 63.

^{๒๒} Hans Kelsen, "Sovereignty and International Law," Georgetown Law Review, (48:1960), p.632.

เห็นว่า ธรรมเนียมกฎหมายภายในเป็นอิสระจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ กฎหมายภายในไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในมีสภาพเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์อยู่ในตัว จากการควบคุมของกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่ไม่มีความสำคัญแก่นานาของรัฐบาล

เขาก็ได้พยายามที่จะยกฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศให้มีคุณค่าสูงกว่ากฎหมายภายใน โดยกำหนดตัวเชื่อมที่เขาเรียกว่า "Groundnorm" ซึ่งเป็นอำนาจหรือกฎที่มีเหลืออำนาจที่ออกกฎเคลมเองก็ไม่สามารถอธิบายว่าสิ่งซึ่งเขาเรียกว่า Groundnorm นี้ให้อำนาจมาอย่างไร^{๒๓}

โดยข้อสมมติฐานของเขาเอง ในทางทฤษฎีของกฎทำให้เขาไม่อาจสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศอย่างสมเหตุผลได้ ทฤษฎีของเขาสามารถอธิบายกฎหมายที่เกิดขึ้นจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยกฎหมายอื่นเช่น กฎหมายภายในที่ได้อำนาจจากรัฐธรรมนูญได้แจ่มแจ้ง แต่เมื่อพิจารณามาถึงตัวรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอำนาจทางการเมืองโดยแท้ เช่นประกาศของคณะปฏิวัติ เขาก็ไม่อาจอธิบายได้ว่าประกาศของคณะปฏิวัตินี้เป็นกฎหมายหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่ยอมรับว่าในทางปฏิบัติประกาศของคณะปฏิวัตินี้มีอำนาจบังคับ เขาหลีกเลี่ยงที่จะยอมรับข้อสมมติฐานของออสตินที่ว่า กฎหมายเป็นกฎหมายที่ถูกต้องเพราะตราขึ้นโดยอำนาจสูงสุดทางการเมืองด้วยการให้ความสำคัญแก่สิ่งที่เขาเรียกว่า Groundnorm ในการวินิจฉัยความเป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญเขาเห็นว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ถูกต้องเพราะได้ออกมาตามที่ถูกกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ และว่าหากกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่แท้จริงแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องเป็นกฎหมายที่อยู่ในระบบเดียวกับกฎหมายภายใน และเมื่ออยู่ในระบบเดียวกันแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นกฎหมายที่มีอำนาจจะเหนือกว่ากฎหมายภายใน ในที่สุดเขาก็ได้ยอมรับว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่แท้จริง ด้วยการอธิบายว่าส่วนหนึ่งของ Groundnorm คือกฎหมายระหว่างประเทศ^{๒๔} โดยนัยนี้ แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตยสูงสุดในทางทฤษฎีแต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ^{๒๕} แต่ด้วยการให้ข้อสมมติฐานที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นระบบเดียวกับกฎหมายภายในทำให้

^{๒๓} ดู ซาคีปริคี ฉัตรภูติ "ปริวิตถลขันพันฐานแห่งนิติปรัชญา" นิติศาสตร์ (๒๕:๒๕๑๘), หน้า ๑๘๘

^{๒๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๘๘

^{๒๕}

กฎหมายภายในรอกพันไปจากการควบคุมของกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนข้อเท็จจริง ด้วยความพยายามที่จะอาศัยหลักการกฏวิทยาวินิจฉัยเพื่อสร้างทฤษฎีกฎหมายของ เคลเซนจึงไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ทั้งนี้เพราะ "ในอรรถกถาของรูกาง ๆ มิได้ถูกสร้างขึ้นตามหลักการกฏวิทยา แต่หลักต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาเพราะแรงผลักดันของสังคม เมื่อเป็นกฎหมายที่มีรากฐานมาจากความต้องการของสังคม กฎหมายเหล่านั้นจึงไม่ถูกคองคามหลักการกฏวิทยา" ^{๒๖} โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกฎหมายระหว่างประเทศมีหลักเกณฑ์เป็นอันมากที่ไม่อาจอธิบายด้วยหลักการกฏวิทยาได้ เคลเซนได้ยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของอำนาจอธิปไตยและเมื่อพิจารณาถึงอำนาจสูงสุดทางกฎหมาย เขาก็คงว่ากฎหมายที่สูงที่สุดคือกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อการเผชิญกับปัญหาอำนาจบังคับของกฎหมาย เคลเซนได้นำเรื่องการประกาศสงครามและการตอบโต้มาเป็นเครื่องบังคับให้รัฐปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ ^{๒๗}

แม้ว่าเคลเซนจะสามารถทำให้กฎหมายระหว่างประเทศสอดคล้องกับความกติกของทฤษฎีกฎหมายวินิจฉัยที่เขาสร้างขึ้น ความคิดของเขาได้รับการวิจารณ์ว่าไม่เหมาะสมอยู่บางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ใช้การตอบโต้และการประกาศสงครามเป็นมาตรการบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความประสงค์ที่จะสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยแก่สังคมนานาชาติ การใช้สงครามและการตอบโต้เป็นเครื่องตัดสินปัญหาระหว่างประเทศจึงเป็นการถอยหลังเข้าคลอง หากเป็นประโยชน์แก่สังคมระหว่างประเทศไม่ ^{๒๘} นอกจากนี้ ข้อสันนิษฐานที่ถือเอาว่า groundnorm ของกฎหมายภายในได้มาจากกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็มีเหตุผลประกอบแต่อย่างใด และจะไม่ใช่เป็นการสอดคล้องกับข้อเสนอของเขาเองที่ว่า groundnorm นั้น เป็นที่มาสุดท้ายของกฎหมาย มีผู้เห็นว่าการรวมระบบ

^{๒๖} ชาติปริทัศน์ นิตยภัคดี, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕๒

^{๒๗} Hans Kelsen, The Principle of International Law, op.cit., p.417. ^{๒๘}

Sir Gerald Fitzmaurice, "The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement," Modern Law Review (19:1: 1956), p. 4-6.

กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศตามวิธีการของเคลเซนน์หาจำเป็นไม่ เพราะกฎหมายทั้งสองแขนงใช้ในระบอบที่ต่างกัน และเมื่อเกิดการขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน กฎหมายแต่ละแขนงย่อมอาศัยความให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายในแขนงนั้นได้^{๒๕}

๑.๑.๓ ขอบเขตที่เหมาะสมของอำนาจอธิปไตยในกฎหมายระหว่างประเทศ

ความเห็นของนักกฎหมายสารบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เคลเซนน์ในเรื่องอำนาจอธิปไตยมีความเห็นทำนองเกี่ยวกับนักกฎหมายธรรมชาติที่นำโดยฮอบบ์ ซึ่งเห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดทั้งภายในและภายนอกประเทศ อิทธิพลที่ยังคงมีเหนือความคิดของนักเรียนในปัจจุบันคงจะเห็นได้จากความตอนหนึ่งของอาร์โนลด์ ทอยน์บี (Arnold Toynbee) กล่าววา^{๓๐}

"การเรียกร้องอำนาจอธิปไตยเป็นการเรียกร้องของสมรรถิแห่งสังคมนาชาติ ในมาตรฐานแห่งความเป็นอิสระภาพ ทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย รวมทั้งทางศีลธรรม เพื่อเป็นการยืนยันในเจตจำนงร่วมกันในการที่จะต่อต้านอำนาจที่ล่วงจากภายนอก"

โดยนัยนี้ กฎหมายระหว่างประเทศย่อมขาดความมั่นคง เนื่องจากมีรากฐานอยู่กับอำนาจอธิปไตยในความหมายที่เป็นอำนาจสิทธิ์ขาดของรัฐมิได้อยู่ได้บังคับบัญชาของสิ่งอื่นใด^{๓๑} และยอมไม่ใ้ขอบเขตที่เหมาะสมของอำนาจอธิปไตยในกฎหมายระหว่างประเทศ^{๓๒} ความคิด

^{๒๕} D.P.O'Connell, International Law, Vol. 1. (London: Stevens & Sons, 1970), pp. 42-46.

^{๓๐} Arnold Toynbee "The Reluctant Death of Sovereignty" Center Magazine, (1: 3: 1968), p. 20.

^{๓๑} Philip C. Jessup, A Modern Law of Nations (Reprint; U.S.A.: Archon Books, 1968), p.2.

^{๓๒} Arnold Tynbee, op.cit., p. 22.

นี้ไม่เพียงแต่มองข้ามความสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หากยังได้มองข้ามข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ ในการกำเนิดแห่งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยอีกด้วย ตามความคิดของโบแกง ได้สร้างทฤษฎีอำนาจอธิปไตยขึ้นเพื่อให้กษัตริย์มีอำนาจสูงสุดภายใน โดยให้อำนาจอธิปไตยแก่คนในบังคับ แม้ว่าเขาจะมีโคกล่าวถึงฐานะของคนที่อยู่ในภายใต้บังคับของกษัตริย์ แต่เขาก็ได้ตระหนักถึงปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่อยู่ในภายใต้ของอำนาจอธิปไตยคนอื่น เขาจึงได้กล่าวถึงปัญหาในเรื่องสิทธิและหน้าที่ "ระหว่าง" อำนาจอธิปไตย ปัญหาในเรื่องขอบเขตของรัฐในการกำหนดสิทธิของคนต่างคนต่างจะอนุโลมเข้าเป็นปัญหาระหว่างอำนาจอธิปไตย กล่าวคือ เป็นปัญหากฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศนี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ผูกครองพึงให้คนเคารพ ดังนั้นขอบเขตที่เหมาะสมของอำนาจอธิปไตยน่าจะได้แก่หลักเกณฑ์ของฮินส์ลีย์ (Hinsly) ใ้กว้างไว้ว่า ^{๓๓}

"หลักในเรื่องอำนาจอธิปไตยมิใช่มีความหมายตามประวัติศาสตร์หรือในทางรัฐศาสตร์ ที่มักจะอธิบายว่ากำหนดโคด้วยตนเองแต่ผู้เดียว กล่าวคือ มิใช่เป็นกรณีของรัฐหรือองค์กรเมือง จะกระทำหรือเลือกกระทำโคด้วยความพอใจ อำนาจอธิปไตยเป็นหลักการซึ่งมีความหมายแต่เพียงความมีอำนาจสูงสุดในสังคมการเมืองนั้นเท่านั้น"

หลักการนี้ได้รับการสนับสนุนอย่างมากว่าเป็นหลักการที่สมเหตุผล และสามารถสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมนานาชาติให้สภาพโค ^{๓๔} อำนาจอธิปไตยในความหมายนี้จึงมิได้หมายความว่าในสังคมนานาชาติประกอบด้วยองค์การที่อาจเรียกร้องความมีอำนาจสูงสุดโดยไม่มีขอบเขตจำกัด หากมีความหมายว่า รัฐทุกรัฐมีอำนาจสูงสุดภายในขอบเขตอันจำกัดในเขตแดนเหนือบุคคลภายใต้บังคับของตนเท่านั้น ส่วนอำนาจภายนอกและในกิจกรรมซึ่งจะกระทบกระเทือนถึงฐานะความเกี่ยวพันระหว่างรัฐนั้น แต่ละรัฐแม้จะเป็นอิสระต่อกันในระหว่างรัฐ แต่ก็มี

^{๓๓} Spinz Hinsley, op.cit., p.219.

^{๓๔} E.D. Dickinson, "A Working Theory of Sovereignty" Political Science Quaterly. (42: 1927), p.527.

เป็นความอิสระโดยปราศจากความควบคุม ทุกรัฐย่อมมีความรับผิดชอบต่อความสงบเรียบร้อยแห่ง
 สังคมนานาชาติ เพื่อความสันติสุขระหว่างประเทศ อันจะนำมาซึ่งคุณประโยชน์แก่รัฐและมวลสมาชิก
 ของรัฐทั้งปวง อำนาจอายนอกของรัฐจึงควรขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ
 การใช้อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐได้มีส่วนต่อความสงบสุขของสังคมระหว่างประเทศโดยตรง
 ในขณะเดียวกัน อำนาจอธิปไตยภายในก็มีส่วนสำคัญอยู่ไม่น้อย ดัง โกรเชียมและแวนเคิลได้อาศัย
 ฐานจากคามมีอำนาจอธิปไตยภายในของรัฐเพื่อบริหารอำนาจอธิปไตยภายนอก^{๓๕} โดย
 เฉพาะอย่างยิ่งในบางปัญหาเป็นการยากที่กำหนดว่าเป็นเรื่องของอำนาจอธิปไตยภายในหรือภายใน
 นอกได้โดยเด็ดขาด ดังเช่นปัญหาในเรื่องการกำหนดคสิทธิของคนต่างด้าว การที่รัฐจะกำหนดคสิทธิ
 ของบุคคลในดินแดนอย่างไร ถือได้ว่าเป็นอำนาจอธิปไตยภายใน แต่ในขณะเดียวกันขอบเขตแห่ง
 การกำหนดคสิทธิดังกล่าวต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนคสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติ เมื่อใดรัฐ
 ใช้อำนาจอธิปไตยภายในของรัฐอันกระทบกระเทือนถึงสิทธิของรัฐอื่นแล้วก็ย่อมเป็นการถือได้ว่า
 รัฐได้ใช้อำนาจภายในเกินขอบเขต จึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นผู้ควบคุมมิให้
 รัฐกระทำดังกล่าว

ดังนั้น ในปัจจุบันความหมายดั้งเดิมของอำนาจอธิปไตยที่เคยเชื่อกันว่า รัฐมีอำนาจ
 อันไม่จำกัดไม่อยู่ภายใต้กฎหมายควบคุมเสียได้แล้ว เพราะความเชื่อนี้ย่อมเป็นการขัดกับ "หลัก
 ผลประโยชน์ร่วมกันของชุมชน หรือหลักการพึ่งพาอาศัยกัน รวมทั้งหลักการที่จะถือว่าเอกชนเป็นผู้
 มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ" ^{๓๖} จึงเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ
 อย่างสำคัญ นอกจากนี้จาก "การปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ในสังคมประชาชาติปัจจุบัน แสดงว่ามีหลัก
 กฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยถือว่ารัฐจะออกกฎหมายภายในล้มเลิกความรับผิดชอบ
 ชอบที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ แม้จะถือหลักว่ากฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นจาก
 ความยินยอมของรัฐก็ตาม แต่เมื่อรัฐได้ให้ความยินยอมและก็เท่ากับเป็นความยอมรับว่ามีกฎหมาย

^{๓๕} D.M. McRae, *op.cit.*, p. 69.

^{๓๖} เจสส์ป ฟิลลิป ซี, กฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน, แปลจาก A Modern
 Law of Nations โดย สมศักดิ์ ชูโต และ นิตรทิพย์ นาดสุภา (พระนคร: สภาวิจัย
 แห่งชาติ, ๒๕๑๔), หน้า ๒๕.

ระหว่างประเทศ"^{๓๗}

เมื่อถือว่ารัฐพึงต้องเคารพตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ย่อมหมายรวมถึงการเคารพต่อสิทธิของคนต่างด้าวซึ่งกำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐในการที่จะต้องรับพลเมืองของรัฐอื่นจึงเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นโดยเฉพาะในการรับคนต่างด้าวเข้าเมือง แต่เมื่อรัฐไ้ยอมรับคนต่างด้าวให้เข้ามาในประเทศของคนแล้ว รัฐก็จำต้องปฏิบัติตามมาตรฐานบางประการในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว บุคคลต่างด้าวย่อมอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐที่เขาได้เข้าไปอยู่ ทั้งนี้เพราะบุคคลที่เข้ามาอยู่ในเขตอำนาจของประเทศหนึ่งไม่ว่าจะเข้ามาอยู่ในลักษณะที่ถาวรหรือชั่วคราว ต้องอยู่ภายใต้แห่งกฎหมายของประเทศนั้น ไม่ว่าจะเป็นพลเมืองหรือเป็นเพียงผู้อาศัย แต่หากว่าผู้ที่เข้ามาพำนักอาศัยนั้นเป็นคนต่างด้าว อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และในขณะเดียวกันรัฐก็จะต้องให้ความคุ้มครองป้องกันคนต่างด้าวในฐานะที่เขาเป็นบุคคลสัญชาติของอีกรัฐหนึ่ง มีหลักสามัญว่า คนต่างด้าวมีหน้าที่ชั่วคราวที่จะต้องเชื่อฟังรัฐที่ตนเข้ามาพำนักอยู่ แต่หน้าที่นี้จะมีมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่เขาพำนักอยู่ด้วย

๑.๒ ฐานะของคนต่างด้าวในกฎหมายระหว่างประเทศ

ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ การที่คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ ก็โดยการที่กฎหมายระหว่างประเทศได้วางขอบเขตของการใช้อำนาจของรัฐ ผู้รับไว้มีให้กำหนดมาตรการอันจะเป็นการกระหนกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมนานาชาติ มีผู้กล่าวว่า ความเชื่อในเรื่องอำนาจอันไม่จำกัดของรัฐนอกจากจะขัดกับหลักผลประโยชน์ร่วมกันของชุมชนแล้ว ยังขัดกับหลักการที่จะถือว่าเอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย^{๓๘} ดังนั้น ฐานะของเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีความสำคัญไม่น้อยไป

^{๓๗} นิตยพิทย นาดสุภา, เรื่องเกม, หน้า ๔๑.

^{๓๘} ขุขออ้างอิงที่ ๓๖.

กว่าฐานะของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศที่ไต่พิจารณาแล้ว^{๓๕} ในเรื่องฐานะของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ ไต่พิจารณาถึงปัญหาความเกี่ยวพันของรัฐกับกฎหมายระหว่างประเทศ การที่คนต่างด้าวได้รับประโยชน์ในความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศได้จำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับไว้ แต่มีไต่พิจารณาถึงปัญหาที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมุ่งแต่เพียงที่จะกำหนดพฤติกรรมของรัฐ หรือประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าว และถ้าเป็นการรวมถึงกรณีหลังด้วยแล้วยัง เป็นปัญหาต่อไปอีกว่าการที่กฎหมายระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองคนต่างด้าวนี้ เพราะถือว่าคนต่างด้าว เป็นพลเมืองแห่งรัฐ เจ้าของสัญชาติหรือถือว่าคนต่างด้าวมีฐานะเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งควรที่จะได้รับความคุ้มครอง ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้จึงเป็นเรื่องของปัญหาที่มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหาแรกๆ เป็นปัญหาสามัญที่อาจตอบได้จากคำจำกัดความที่ได้ถูกใช้มาแล้วอย่างแพร่หลายของกฎหมายระหว่างประเทศเองที่ถือว่า เป็นกฎหมายที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ รัฐจึงถูกถือว่าเป็นผู้มีส่วน มีสิทธิและหน้าที่ต่อกฎหมายระหว่างประเทศมาพร้อมกับการเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ถือว่ารัฐเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ หากพิจารณาถึงปัญหาวัตถุประสงค์ที่ประสงค์หรือประโยชน์สูงสุดแห่งการมีรัฐก็จะพบว่า รัฐมีแต่เพียงโครงสร้างทางบริหาร ที่ตั้งขึ้นเพื่อจะจัดทำผลประโยชน์ให้แก่พลมณูย์ อาจจะกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายหรือระบบสังคมทุกระบบมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สุขแห่งมวลมนุษย์ทั้งสิ้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงควรที่จะเป็นระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับมนุษย์ คือ เอกชนโดยตรงมากกว่าการให้ความสำคัญแก่รัฐ แต่โดยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้มีรากฐานมาจากรัฐ นักกฎหมายระหว่างประเทศจึงเชื่อว่าเมื่อกำหนดกฎเกณฑ์ความคุ้มครองประพฤติกของรัฐไว้แล้วย่อมจะส่งผลถึงประโยชน์แห่งประชาชนซึ่งเป็นสมาชิกของรัฐในที่สุด ยิ่งไปกว่านั้น การที่รัฐเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศย่อมเป็นวิธีที่ดีที่สุดของการคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชน นักกฎหมายระหว่างประเทศรุ่นแรก ๆ ดูเหมือนจะมีความพอใจในสภาวะการที่ถือว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้เฉพาะระหว่างรัฐ

^{๓๕} ภายใต้วลีขอ เรื่องกฎหมายระหว่างประเทศกับอำนาจอธิปไตย หน้า ๕๔ - ๕๖ ของวิทยานิพนธ์นี้

และเอกชนไม่มีสิทธิระหว่างประเทศซึ่งถือปฏิบัติเป็นไปอย่างกว้างหลักการขั้นมูลฐานของฐานะของ
เอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศไว้ว่า^{๕๐}

"โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศอยู่บนรากฐานของความยินยอมของแต่ละรัฐ และมี
โทษขึ้นอยู่กับ (ความยินยอม) ของเอกชน รัฐเคยเกี่ยวและโดยเฉพาะเท่านั้นที่เป็นผู้มีส่วนในกฎ
หมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายสำหรับควบคุมความประพฤติ
ระหว่างประเทศของรัฐ และมีให้เป็นกฎหมายสำหรับควบคุมความประพฤติของพลเมือง... เอกชน
บุคคลธรรมดาจึงหาอาจเป็นผู้มีส่วนโดยตรงในกฎหมายระหว่างประเทศได้ไม่... เอกชนจะเป็น
ได้ก็แต่เพียงผู้อยู่ใต้งบบังคับบัญชาของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น"

เมื่อความคิดในเรื่องความเคารพในการให้สิทธิของมนุษย์ไว้ด้วยความรุนแรงขึ้น กฎ
หมายระหว่างประเทศได้รับรู้สิทธิของเอกชนยิ่งขึ้นตามลำดับ ความคิดในเรื่องกฎหมายระหว่าง
ประเทศให้ความคุ้มครองแก่รัฐโดยไม่ยอมรับเอกชนเข้าเป็นผู้มีส่วนได้ถูกโต้แย้งและคัดค้านอย่าง
มากทั้งเหตุผลในทางนิติศาสตร์ และปรัชญา^{๕๑} และบางครั้งก็ได้รับการโจมตีด้วยถ้อยคำที่รุนแรง
ถึงที่ ยอร์ช สเซลเล (Scelle)^{๕๒} ไก่กล่าวโจมตีว่า "เป็นความคิดที่ผิดพลาด เป็นการเลื่อนลอย
ไม่มีหลักฐานแน่นอนทำให้กฎหมายไม่ก้าวหน้า" บราวน์ (Philip Marshall Brown)
ก็อุปมาฐานะของเอกชนที่เป็นเพียงผู้อยู่ใต้งบบังคับบัญชาของกฎหมายระหว่างประเทศว่า "มีสภาพ
ไม่แตกต่างไปจากชตากรรมของปศุสัตว์ที่จะเป็นประการโดยอมสุกแท้แต่ผู้เป็นเจ้าของจะกดมันคาล
ให้"^{๕๓}

^{๕๐} L. Oppenheim, International Law (2nd ed.; London, 1903),
p. 344.

^{๕๑} เจดส์ปี พิลลิป ซี, เรื่อง-เคิม, หน้า ๒๕.

^{๕๒} Scelle, "Regles générales du droit de la paix," อ้างโดย
เรื่อง เคียวกัน, หน้า เคียวกัน

^{๕๓} Philip Marshall Brown "The Individual and International
Law, " American Journal of International Law, (18: 1924), p. 532.

ความเปลี่ยนแปลงนี้เกิดจากวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง ดังที่
เซอร์ จอห์น ฟิชเชอร์ วิลเลียม (Sir John Fisher William) โคชท์ให้เห็นว่า ^{๕๕}
ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น มิได้จำกัดขอบเขตอยู่แค่เฉพาะในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่า
นั้น กล่าวคือกฎหมายระหว่างประเทศมีหน้าที่ในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในความสัมพันธ์
ระหว่างประเทศ ในอดีต ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นเรื่องระหว่าง
รัฐต่อรัฐ ข้อสมมติฐานที่ให้รัฐเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นข้อสมมติฐานที่ไม่ผิด
ไปจากข้อเท็จจริง ในปัจจุบันสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายที่กำลังเปลี่ยนตามไปก็ด้วย
หากไม่เปลี่ยนหลักกฎหมายให้เอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมเป็นการผิดข้อ
เท็จจริง เพราะการที่เอกชนไม่มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศย่อมเป็นผลให้เอกชนในอนาคตมี
สิทธิหรือถูกกำหนดหน้าที่ใด ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ แต่เขาอาจได้ประโยชน์จาก
กฎหมายระหว่างประเทศโดยทางอ้อม โดยผ่านรัฐซึ่งเป็นผู้มีส่วนในสิทธิและหน้าที่แต่เพียงผู้เดียว ^{๕๕}
สมมติฐานท่านองเดียวกันนี้ยอมรับใช้แก่คนต่างต่างด้วย โดยถือว่าคนต่างต่างไม่มีสิทธิในกฎหมาย
ระหว่างประเทศ สิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นของรัฐ ซึ่งคนต่างต่างนั้นมีสัญชาติ
คนต่างต่างไม่ว่าจะแสวงหาหรือสละเสียซึ่งสิทธิใด ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ^{๕๖}

๑.๒.๑ วิวัฒนาการแห่งฐานะของเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศ

ความคิดที่ไม่ยอมรับรัฐสิทธิและหน้าที่ของเอกชนในกฎหมายระหว่าง
ประเทศ ถูกถือได้ว่าเป็นความคิดมูลฐานของนักทฤษฎีกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งให้การสนับสนุน
อำนาจอธิปไตยว่าเป็นอำนาจสูงสุดปราศจากขอบเขต นักทฤษฎีฝ่ายนี้ยอมรับจะละเลยต่อการรับรู้

^{๕๕} Sir John Fisher William, Aspects of Modern International Law (1939) ^{๕๕} p. 18

Gaius, Ezejiolor, Protection of Human Rights under the Law (London: Butterworth, 1964), p. 15.

^{๕๖} H. Lauterpacht, International Law and Human Rights, (USA: Archon Books, 1968), p. 27.

สิทธิตามกฎหมายของเอกชนเป็นธรรมดา ส่วนความคิดในทางทฤษฎีที่เสนอให้ยอมรับให้เอกชนเป็นผู้ที่มีส่วนในกฎหมาย เป็นสารสำคัญประการหนึ่งของนักทฤษฎีสหวิธธรรมชาติของมนุษย์

"มนุษย์ทุกรูปทุกนามเมื่อกำเนิดเกิดมาย่อมเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายโดยสมบูรณ์ และในฐานะที่ดำรงชีวิตอยู่ มนุษย์พึงจะได้รับการรับรอง (ความเป็นผู้มีส่วนในกฎหมาย) ดังกล่าวจากระบบกฎหมายของนานอารยประเทศทั้งปวง" ^{๔๓} ในทางปฏิบัติ ตามระบบกฎหมายภายใน ความคิดในการยอมรับฐานะของเอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายโดยสมบูรณ์ก็พึงจะมีรากฐานมั่นคงในยุคปัจจุบัน โดยการอาศัยแนวความคิดในเรื่องสัญญาประชาคมอันเป็นจุดเริ่มต้นแห่งการยอมรับศักดิ์ศรีของมนุษย์ จนวิวัฒนาการต่อมาเป็นการให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน เกิดเป็นรัฐประชาธิปไตยขึ้นในปลายศตวรรษที่ ๑๙ ตัวอย่างของความไม่มีส่วนในกฎหมายของเอกชนมีมาตั้งแต่สมัยยุคแรกเริ่มของกฎหมายโรมันที่ถือว่าเฉพาะผู้นำของกูเลีย (curia) เท่านั้นที่ผู้มรดกนิติภาวะ (Sui juris) มีฐานะทางกฎหมาย ส่วนลูกบ้านเป็นเพียงผู้รับประโยชน์จากกฎหมายเท่านั้น แต่สภาการณชนนั้นก็คงอยู่ไม่นาน สภาการณทางสังคมและเศรษฐกิจรวมทั้งวิวัฒนาการแห่งกฎหมายโรมันได้ยอมรับให้พลเมืองทุกคนมีส่วนในกฎหมายโรมัน และหลักการนี้ได้ขยายตัวออกไปในที่สุดก็ได้ให้การยอมรับให้คนต่างคามมีส่วนในกฎหมายด้วย ^{๔๔}

๑.๒.๑๑.๑ เอกชนเป็นผู้ไม่มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ

การแตกสลายของจักรวรรดิโรมันไม่แต่เพียงทำให้หลักปฏิบัติในการยอมรับฐานะของเอกชนมีส่วนในกฎหมายไม่ก้าวหน้าเท่านั้น ลัทธิศักดินาที่เกิดขึ้นในสมัยกลางยังได้ปฏิเสธสิทธิของเอกชนโดยสิ้นเชิง ด้วยการถือว่าชีวิตของมนุษย์ทั้งชีวิตตกเป็นของ

^{๔๓} W. Paul Gormley, The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals, (The Hague, Martinus Nijhoff; 1966), p.10-11.

^{๔๔} Ibid., p. 18-19.

^{๔๕} See Guggenheim, "The Birth of Atonomous International Law," in International Law in a Changing World, (1963), p. 81.

บุคคล ยิงในระคับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐแล้ว ความสำคัญของเอกชนได้ถูกมองข้ามโดยสิ้นเชิง รัฐในสมัยกลางมีลักษณะเป็นรัฐผู้ครองนคร ภายใต้ระบบศักดินาเฉพาะบุคคลเท่านั้นที่ถือว่าเป็นผู้มีฐานะในกฎหมาย กล่าวคือ เป็นผู้บรรพบุรุษและมีส่วนในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นในระคับระหว่างประเทศ ประกอบด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมความประพฤติและความสัมพันธ์ของผู้ปกครองและผู้มีอิทธิพลทางการเมือง กฎหมายระหว่างประเทศจึงเสมือนหนึ่งประมวลกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์ หรือผู้ใช้อำนาจปกครอง ผลของสนธิสัญญาที่มีต่อกษัตริย์หรือผู้ปกครอง เช่น เรื่องเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางการทูต เรื่องสงคราม เป็นต้น หากจะมีการกล่าวถึงเอกชนบ้างก็เป็นเพียงข้อปลีกย่อย

การไ้รับรองสิทธิของเอกชนในกฎหมายคู่จะได้รับการสนับสนุนยิ่งขึ้น หลังจากไบแองไคคิงทฤษฎีอำนาจอธิปไตยขึ้นเพื่อส่งเสริมอำนาจของรัฐ พร้อม ๆ กับการสนับสนุนของกลุ่มนิยมกฎหมายสารบัญญัติที่เห็นความมนุษย์เป็นเพียงผู้ใ้บังคับบัญชาของกฎหมาย และสิทธิของมนุษย์เกิดจากการประสาทของรัฐ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ กลุ่มนิยมกฎหมายสารบัญญัติจึงได้เน้นความจริงข้อนี้เสมอ นอกจากความเห็นของออฟเพนไฮม์ที่ยึดมั่นในความคิดที่ว่า "กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระหว่างรัฐโดยเฉพาะและเด็ดขาด" แล้ว Briggs ก็ถือว่าเอกชนเป็นเพียงผู้ใ้บังคับบัญชาของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ความคิดที่ปฏิเสธความมีส่วนของเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศนี้ก็ได้ปฏิเสธความจริงที่ว่าเอกชนไ้รับประโยชน์แห่งความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ ประโยชน์ที่เอกชนไ้รับนั้นมีในสิทธิกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่เอกชนโดยตรง แต่เป็นสิทธิที่กฎหมายระหว่างประเทศให้แก่รัฐที่เอกชนนั้นมีสัญชาติ ศาสตราจารย์ Borchard ไ้กล่าวว่า

๕๐

W. Paul Gormley, *op. cit.*, p. 22.

๕๑

Herbert Briggs, *The Law of Nations* (2nd. ed.; (New York: Appleton, 1952), p. 94.



"ในการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อการแก้ไขเยียวยาของรัฐมิได้เป็นการให้ผลแก่สิทธิของเขา (เอกชน) หากแต่เป็นการใช้สิทธิของรัฐเอง เป็นสิทธิซึ่งพลเมืองพึงได้รับการปฏิบัติจากรัฐอันตามมาตรการที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ"^{๕๒}

๑.๒.๑.๒ เอกชนเป็นผู้รับประโยชน์ในกฎหมายระหว่างประเทศ

ความคิดที่ยอมรับว่าเอกชนอาจรับประโยชน์ได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่ยอมให้ฐานะแก่เอกชน เข้าเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น อันที่จริงเป็นการกระทบกระเทือนถึงความคุ้มครองสิทธิของเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนต่างด้าวในทางทฤษฎีมากกว่าทางปฏิบัติ^{๕๓} ก็จะเห็นได้ว่าความนิยมย้อนหลังไปถึงสมัยโกเซียส นักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ได้วางแทนความมีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศไว้แก่รัฐ ต่อมาได้ขยายแก่องค์การระหว่างประเทศ และดูเหมือนจะยังไม่พร้อมที่จะยอมรับโดยปราศจากเงื่อนไขที่จะให้เอกชนมีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันก็ตาม แนวความคิดและการปฏิบัติในเรื่องความคุ้มครองสิทธิของเอกชนและสิทธิของคนต่างด้าวก็ได้พัฒนาขึ้นเป็นลำดับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับทฤษฎีในเรื่องความคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าว เช่น ได้มีการยอมรับเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวที่จะได้รับความคุ้มครองทางการทูต สิทธิของคนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลของนานาอารยประเทศเป็นต้น แม้ว่าสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้จะมุ่งถึงประโยชน์สุดท้ายที่เอกชนคือคนต่างด้าว แต่ความขัดข้องในทางทฤษฎีที่ถือว่าคนต่างด้าวเป็นแค่เพียงผู้อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวได้โดยตรง ในหลักที่ว่าคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ถาวรในดินแดนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล หรือหลักความคุ้มครองทางการทูตจากการทำความเสียหายของรัฐก็ คนต่างด้าวหาอาจเรียกร้องสิทธิได้ไม่ เพราะสิทธินี้มีได้ให้แก่

^{๕๒} Edwin M. Lorchar, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, (New York, Kraus Reprint, 1970), p. 18.

^{๕๓} H. Lauterpatch., op.cit., p. 35.

คนต่างดาว แต่เป็นสิทธิที่ให้แก่รัฐซึ่งคนต่างดาวนั้นเป็นสมาชิกอยู่ ดังนั้นการที่คนต่างดาวจะเรียกร้องสิทธิใด ๆ โลกของกระทำตามรัฐซึ่งเขามีสัญชาติสังกัดอยู่ สัญชาติจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในการปฏิบัติของศาลระหว่างประเทศที่จะรับพิจารณาคดีที่รัฐกระทำละเมิดต่อคนต่างดาว ต่อเมื่อรัฐที่เสนอขอเรียกร้องนั้นเป็นเจ้าของสัญชาติของคนต่างดาว ผู้ถูกละเมิดโดยหลักการการเรียกร้องโดยอาศัยสัญชาตินั้น หลักปฏิบัตินี้จึงเป็นการสนับสนุนหลักกฎหมายน้อย นอกจากนี้ เอกชนยังไม่มีสิทธิที่จะส่งความคุ้มครองของรัฐเจ้าของสัญชาติแห่งตนได้ เพราะความคุ้มครองนี้ให้แก่รัฐมิได้ให้แก่คนต่างดาวเอง ดังนั้นในกรณีที่รัฐผู้รับโดยปฏิบัติคือ คนต่างดาวถึงขนาดที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ หรือในกรณีที่เอกชนได้ละสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือความคุ้มครองจากรัฐของตนโดยสัญญาก็ดี รัฐเจ้าของสัญชาติย่อมมีสิทธิให้ความคุ้มครองโดยผ่านเจตนาของ เอกชนได้ โดยอาศัยหลักว่ารัฐมีสิทธิป้องกันการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

ความคิดในทางทฤษฎีที่ไม่ให้เอกชนมีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นความคิดที่สืบเนื่องมาจากความคิดที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะไม่มีผลบังคับหากมิได้นำมาบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นความคิดที่แยกระบบกฎหมายภายในออกจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศของฝ่ายสนับสนุนอำนาจอธิปไตยของรัฐและเสถียรภาพของเอกชน แต่ก็ได้ผ่อนคลายลงได้โดยอาศัยหลักซึ่งถือว่าความยินยอมของรัฐเท่านั้นเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ภัยความยินยอมของรัฐ ทำให้รัฐเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ และอยู่ภายใต้บังคับมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยนัยเดียวกันรัฐอาจขยายความยินยอมของตนยอมรับเอกชนหรือนิติบุคคลอื่น ๆ เข้าเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศได้ ความคิดนี้ได้รับการยอมรับจากนักเขียนกลุ่มนิยมกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งเห็นว่า เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ที่จะให้บุคคลอื่น ๆ นอกจากรัฐ เข้าเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ หากมีสัญญาของรัฐโดยแจ้งชัด

^{๕๘} Ibid., p. 9.

แม้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิของคนต่างกั้ว
 จะไม่ถูกชักขวางโดยตรงจากความคิดที่ไม่ยอมรับเอกราชเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ
 แต่ความคิดนี้ได้เป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งในการชักขวางต่อความเจริญก้าวหน้าของกฎหมาย
 ระหว่างประเทศทั่ว ๆ ไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิของคน
 โดยมิได้ถือเอาสัญรัฐเป็นสื่อกลาง ไม่สามารถพัฒนาไปได้เลยภายใต้สมมติฐานนี้ คนต่างกั้วยังได้รับ
 ความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะความที่มีสัญชาติ เมื่อได้รับการปฏิบัติที่ไม่
 ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศก็ย่อมมาจกร้องขอต่อรัฐตนเพื่อการคุ้มครองก็ได้ แต่ในฐานะพล
 เมืองเมื่อถูกรัฐตนริกรอนสิทธิย่อมไม่มีโอกาสที่จะร้องขอความคุ้มครองได้ ความไม่มีส่วนในกฎ
 หมายระหว่างประเทศทำให้สิทธิของพลเมืองปราศจากภูเหิลี่ยวแล โดยนัยนี้จะไม่ผิดหากจะกล่าว
 ว่า พลเมืองมีโอกาสที่จะได้รับการปฏิบัติที่เลวร้ายกว่าคนต่างกั้ว^{๕๕} ยิ่งไปกว่านั้น ความคุ้มครอง
 ที่อาศัยสัญชาติเป็นสื่อให้เอกชนได้ประโยชน์จากกฎหมายระหว่างประเทศได้ก็กั้นคนไร้
 สัญชาติจากความคุ้มครองระหว่างประเทศ ตลอดในช่วงสองศตวรรษที่ผ่านมา แม้ว่าคนต่าง
 กั้วจะมีฐานะกั้ววาคคนไร้สัญชาติที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ และมีฐานะ
 กั้ววาคพลเมืองของรัฐนั่นเอง แต่ความไม่มีส่วนในกฎหมายทำให้ความคุ้มครองในทุกกรณีต้องกระทำ
 ผ่านรัฐ แม้จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเอกชนโดยแท้ รัฐก็เข้ามาทำการแทนเสียหมด^{๕๖} และใน
 บางครั้งรัฐอาจไม่ยอมให้ความคุ้มครองด้วยเหตุผลทางการเมืองหรือเหตุผลอื่นใด คนต่างกั้ว
 ก็ย่อมหมดหนทางที่จะได้รับการแก้ไขเยียวยาเช่นกัน ดังนั้นความเห็นของฝ่ายที่สนับสนุนให้เอกชน
 มีฐานะเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศจึงควรที่จะได้รับการพิจารณาอย่างยิ่งภายใต้สภาพ
 การณ์ปัจจุบัน

^{๕๕} Ibid., p. 50

^{๕๖} เจสส์ปี พิลลิป ซี, เรื่องเกิน, หน้า ๑๑

๑.๒.๑.๓ เอกชนเป็นผู้มีส่วนโดยสมบูรณ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ

อันที่จริงความคิดที่ว่าเอกชนเป็นผู้มีส่วนโดยสมบูรณ์นี้มิใช่เป็นความคิดใหม่ หากแต่เป็นความคิดที่ได้มีมาตั้งแต่สมัยแรกเริ่มของความคิดในกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ในขณะที่ความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ภายใต้อิทธิพลของกลุ่มนิยมกฎหมายสารบัญญัติ นักกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้แสดงแนวโน้มในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิขั้นมูลฐานของมนุษย์ โดยกล่าวว่า ในทางทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศได้เข้าแทรกแซงในความเป็นอยู่ของมนุษย์ เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และช่วยความคิดเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิมนุษยชนนี้ ได้เป็นแรงผลักดันอย่างสำคัญที่จะให้ฐานะของเอกชนได้รับการยอมรับเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศทั้งหลายได้รับการถ่ายทอดแนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีของมนุษย์โลกได้ตระหนักความจริงแล้วว่า สิทธิของมนุษย์มิได้มากจากรัฐ หากแต่เป็นสิทธิซึ่งเกิดจากความเป็มนุษย์ของเขาเอง รัฐบาลจึงมิใช่ผู้ประสาทสิทธิแก่เอกชน ในขณะที่เดียวกัน รัฐบาลก็มิใช่ผู้มีอำนาจอธิปไตยอีกต่อไป รัฐบาลเป็นเพียงตัวแทนหรือผู้แทนแห่งปวงชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย "วัตถุประสงค์ของการมีรัฐมิใช่เพื่อรัฐเอง หากแต่เป็นเพียงวิธีการที่จะนำมาซึ่งความมั่นคงและผาสุกแก่มนุษยชนแห่งรัฐนั่นเอง" ^{๕๗} ดังนั้น การมีรัฐบาลก็เพื่อทำหน้าที่ให้บริการและคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชน สิทธิของมนุษย์ไม่พึงถูกจำกัดโดยปราศจากเหตุผลในการปฏิบัติ การตัดสิน หรือการกระทำใด ๆ ของเจ้าพนักงาน ยิ่งไปกว่านั้นมันักเขียนจำนวนไม่น้อยได้เสนอให้อำนาจสัมมติฐานแห่งอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนนี้ไปใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังที่บราวน์ได้เสนอว่า

^{๕๗} Gaius Ezejiolor, op.cit., p. 33.

^{๕๘} Ténekidis, "The Influence of the International Regime Upon the International Organizations," Recueil des Cour, (110: 3: 1963), as cited by W. Paul Gormley, op.cit., p. 17.

^{๕๙} Philip M. Brown, op.cit., p. 535.

"อำนาจอธิปไตยของรัฐควรเปิดทางให้แก่ความคิดที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีรากฐานมาจากการให้ความคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนควรได้รับการปฏิบัติอย่างแท้จริง เพื่อความสำเร็จแห่งชีวิต ความรุ่งเรืองแห่งสติปัญญาและความมั่งคั่งแจ่มใสในทางวิญญาณแก่มวลมนุษยชาติ" ^{๖๐} เขาได้เสนอให้ศาลที่จะให้ความคุ้มครองแก่เอกชนในทุกกรณี รวมทั้งการฟ้องร้องรัฐบาลหรือบุคคลซึ่งละเมิดต่อสิทธิของเอกชนด้วย เขาเห็นว่ารัฐบาลเป็นตัวแทนที่เหมาะสมที่สุดสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการที่จะนำมาซึ่งสวัสดิภาพ ความเจริญและเป็นประโยชน์ต่อมวลมนุษยชาติ การมีไว้ซึ่งรัฐบาลก็เพื่อเป็นเครื่องมือที่จะเสริมสร้างให้มนุษย์ได้มาซึ่งความผาสุกวิบุรณ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้ความอุปถัมภ์และคุ้มครอง ความคิดในการลดอำนาจอธิปไตยของรัฐเพื่อได้มาซึ่งสันติสุขแห่งนานาชาติได้รับการสนับสนุนจากเซอร์ จอห์น ฟิชเชอร์ วิลเลียม ว่า "โลกได้รับการจัดการให้มีการปกครองที่ดีขึ้น ... การสูญเสียของรัฐย่อมจะหมายความว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะรวมเข้าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับกฎหมายทั่วไป ... ^{๖๑} อันจะก่อให้เกิด "กฎหมายโลก" ขึ้นในอนาคต ในปัจจุบันแม้ไม่อาจยืนยันได้ว่าแนวความคิดของนักปราชญ์ต้นศตวรรษที่ ๒๐ ดังกล่าวได้ประสบความสำเร็จ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการสร้างระบบกฎหมายโลก แต่ก็ต้องยอมรับว่าแนวความคิดที่จะให้เอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะเปลี่ยนคำจำกัดความของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า เป็นกฎหมายที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐมาเป็น "กฎหมายที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐหรือเอกชนต่อรัฐ" ^{๖๒} ได้พัฒนาไปเป็นอย่างมากที่เกี่ยวข้องในทางทฤษฎี ^{๖๒}

^{๖๐} Ibid.

^{๖๑} Sir John Fisher William, Chapter in Current International Law and League of Nations (New York, 1929), p. 19.

^{๖๒} เจตส์ปี ฟิลลิป ซี, เรื่องเดิม, หน้า ๒๓ -

๑.๒.๒ การรับรองเอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ

๑.๒.๒.๑ ทางปฏิบัติระหว่างประเทศและสนธิสัญญา

ในทางทฤษฎีความคิดที่สนับสนุนให้เอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ อาจพบได้จากผลงานของนักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียง เช่น ดูกกี (Duguit) กรับบี (Krabbe) เคลเซน (Kelsen) เลาเตอร์ปัท (Lauterpacht) รวมทั้ง Jessup^{๒๓} และ Gormley ในการเสนอข้อสนับสนุนแก่ทฤษฎีนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศนอกจากจะหักล้างความคิดของฝ่ายสนับสนุนอำนาจของรัฐแล้ว ยังได้อ้างอิงข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่าในความคิดของฝ่ายนิยมกฎหมายสารบัญญัติที่ถือว่ารัฐเท่านั้นเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ และหลักเกณฑ์ตามสนธิสัญญา ตัวอย่างที่ได้รับการกล่าวขวัญบ่อยที่สุดในการพิจารณาคดีข้อเท็จจริงของความมีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศของเอกชนก็คือ ความรับผิดชอบของเอกชนต่อกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีฐานเป็นโจรสลัด หรืออาชญากรสงคราม^{๒๔} ซึ่งถือว่าเป็นความผิดต่อความสงบสุขของสังคมนานาชาติ ในการลงโทษแก่บุคคลดังกล่าวหากรัฐใดคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำผิดหรือต้องรับความยินยอมจากเจ้าของสัญชาติไม่ นอกจากนี้ การลงโทษผู้ปลอมธนบัตรตามอนุสัญญาปี ๑๙๒๗ ก็ให้อาศัยหลักการทำนองเดียวกัน^{๒๕} ยิ่งไปกว่านั้นสนธิสัญญาแม้จะเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐแต่เมื่อพิจารณาถึงสนธิสัญญาส่วนใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาทางพาณิชย์ได้กำหนดขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนยิ่งกว่ารัฐ ดังเช่นกำหนดของสนธิสัญญาในเรื่องสิทธิการเข้าเมือง การตั้งถิ่นฐานในดินแดนต่างประเทศ การประกอบการค้าและการให้ความคุ้มครองในความปลอดภัยสาธารณะ เป็นต้น^{๒๖} สนธิสัญญาที่

^{๒๓} Philip Jessup, The Modern Law of Nations, Reprint (New York: Archon Books, 1952), p. 16.

^{๒๔} Philip M. Brown, op.cit., p. 64, and H. Lauterpacht, op.cit., pp. 38-40.

^{๒๕} Convention of 1929 on the Suppression of Counterfeiting Currency, M.O. Hudson, International Legislation, Vol. 4. (Washington: Carnegie, 1931-1941), p. 2692.

^{๒๖} W. Paul Gormley, op.cit., p. 23-24.

ให้ความคุ้มครองประโยชน์แก่เอกชนเหล่านี้ได้รับการยอมรับในหลายประเทศแล้วว่าเป็นกฎหมาย
 ที่ให้สิทธิแก่เอกชนโดยตรง กล่าวคือ ในปัจจุบันบางประเทศได้ถือว่าสนธิสัญญามีผลบังคับเป็นกฎ
 หมายโดยอัตโนมัติ ศาลยอมรับสิทธิของเอกชนตามสนธิสัญญาโดยรัฐ ไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎ
 หมายขึ้นใหม่ (*ex proprio vigore*)^{๖๗} ผลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้
 จึงมีว่า การที่รัฐยอมให้สนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน โดยให้การรับรองแก่สิทธิ
 และหน้าที่ซึ่งก่อกำเนิดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศบังคับได้โดยตรงแก่เอกชนด้วยการอาศัย
 กลไกของระบบศาลภายใน เท่ากับให้เอกชนเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ^{๖๘}

สนธิสัญญาที่ให้สิทธิระหว่างประเทศแก่เอกชนโดยตรงด้วยการยอมรับเอาตนเป็นผู้
 มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศก็อาจพบได้ในสนธิสัญญาแวร์ซายส์^{๖๙} และสนธิสัญญาสันติภาพ
 อื่น ๆ ที่ทำขึ้นในระยะต่อมาในสงครามโลกครั้งแรกได้ให้สิทธิแก่คนชาติของพันธมิตร ในอันที่จะ
 เรียกร้องกำหนดความเสียหายจากเยอรมันได้ เพื่อการบังคับตามสิทธินี้ได้มีการจัดตั้งศาลอนุญา
 โทตุลาการผสม ระหว่างพันธมิตรและเยอรมันขึ้น โดยให้สิทธิแก่เอกชนในการเสนอข้อเรียกร้อง
 ต่อศาลนี้ได้โดยตรง แต่ในทางปฏิบัติเอกชนก็ต้องอาศัยความช่วยเหลือของรัฐ^{๗๐} นอกจากสนธิ
 สัญญาแวร์ซายส์แล้ว สนธิสัญญาระหว่างประเทศอเมริกากลางทั้งห้า^{๗๑} ไคแก คอสตาริกา,
 กัวเตมาลา, ฮอนดูรัส, นิการากัว และเอลซัลวาดอร์ก็มีบทบัญญัติให้สิทธิแก่เอกชนฟ้องรัฐได้
 และได้มีการจัดตั้งศาลยุติธรรมอเมริกากลาง^{๗๒} และอนุสัญญาระหว่างโปแลนด์กับเยอรมัน
 เรื่องอัปเปอร์ซิลีเซีย^{๗๓} ก็ได้ให้สิทธิโดยตรงแก่เอกชนในการเสนอข้อเรียกร้องระหว่าง
 ประเทศได้เช่นกัน

^{๖๗} D.P.O'Connell, *op.cit.*, p.54. คุรายละเอียดในเรื่องนี้ในบทต่อไป

^{๖๘} H. Lauterpacht, *op.cit.*, p. 11-12.

^{๖๙} Treaty of Versailles 1919.

^{๗๐} H. Lauterpacht, *op.cit.*, p. 50.

^{๗๑} Five Control American Republics, Signed on Dec. 20, 1907.

^{๗๒} Central American Court of Justice.

^{๗๓} Polish German Upper Silesian Convention.

๑.๒.๒.๒ ทางศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

เอกชนมีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศนอกจากจะได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายทบทวนคดีแห่งสนธิสัญญาแล้ว ยังได้รับการรับรองจากศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศอีกด้วย ในคดีเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลแห่งคานซิก^{๑๔} ข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้ว่าตามอนุสัญญาปารีส ๑๙๒๐^{๑๕} ระหว่างคานซิกกับโปแลนด์ คานซิกได้ยกทางรถไฟส่วนใหญ่ให้แก่โปแลนด์ดำเนินการเกี่ยวกับพนักงานรถไฟในอนาคตด้วย และโดยผลแห่งการตกลงระหว่างโปแลนด์และคานซิกตามสนธิสัญญาเดือนตุลาคม ๑๙๒๑ ทำให้พนักงานรถไฟซึ่งเดิมสังกัดอยู่กับคานซิกได้ถูกโอนไปสังกัดอยู่กับองค์การรถไฟแห่งโปแลนด์ ต่อมาพนักงานได้ฟ้องโปแลนด์ ต่อศาลแห่งนครคานซิกเพื่อค่าเสียหายเป็นตัวแทนโดยอาศัยมูลตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา โปแลนด์ได้ต่อสู้ว่าศาลแห่งนครคานซิกไม่มีอำนาจเหนือคดี ซึ่งอาศัยมูลเหตุตามสนธิสัญญา เพราะตามสัญญานั้นแล้วแม้ว่าจะเป็นสัญญาวางข้อกำหนดเงื่อนไขการจ้างพนักงานชาวคานซิก แต่ก็เป็นสัญญาระหว่างประเทศซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างโปแลนด์และคานซิกเท่านั้น อีกทั้งสนธิสัญญานี้ยังมิได้ถูกตราขึ้นเป็นกฎหมายภายในของโปแลนด์ สนธิสัญญานี้จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่เอกชนเกี่ยวกับเอกชนใด หากโปแลนด์จะต้องรับผิดชอบจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศก็คงมีความรับผิดชอบต่อรัฐคานซิกเท่านั้น หากไร้ความรับผิดชอบพนักงานชาวคานซิกไป ดังนั้นในการที่พนักงานชาวคานซิกเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดีต่อศาลคานซิก ศาลคานซิกจึงไม่มีอำนาจเหนือคดีนี้

ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตอบข้อต่อสู้ของโปแลนด์ในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจศาลคานซิก ว่า

^{๑๔} Case Concerning the Jurisdiction of the Court of Danzig. PCIJ Series of B. 1920 No. 150 (1928-30).

^{๑๕} Paris Convention of 1920, INTS., Vol. 6, p. 189.

"เป็นความจริงที่ได้ยอมรับกันแล้วว่า ได้มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่า สนธิสัญญาซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่เอกชนโดยตรง แต่ในขณะที่เกี่ยวกับโอกาสที่แท้จริงของข้อตกลงระหว่างประเทศย่อมผูกมัด ความเจตนาของคู่กรณีในการยอมรับหลักการ โดยเฉพาะบางประการที่จะก่อให้เกิดสิทธิและ หน้าที่ของเอกชนและให้สามารถบังคับความสัมพันธ์โดยศาลภายในได้"

และเมื่อได้พิจารณาถึงความใน สนธิสัญญาดังกล่าวได้ปรากฏว่าคู่กรณีมีเจตนาจริง ที่จะให้สิทธิและหน้าที่แก่เอกชน สาระสำคัญของคำตัดสินในคดีนี้อาจสรุปได้ว่าไม่มีทฤษฎีใดที่จะมี นำหนักเพียงพอที่จะชักชวนมิใช่เอกชนมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ เมื่อรัฐได้ให้ความ ยินยอมเช่นนั้น นอกจากคดีเขตก้อนจากศาลแห่งคานซัสแล้ว ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ ยังได้ยืนยันสิทธิของเอกชนในการมีส่วนโดยตรงตามสนธิสัญญาอีกหลายคดี ^{๗๖}

ไม่เฉพาะแต่ศาลระหว่างประเทศ การรับรู้สิทธิของเอกชนตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ โดยไม่ต้องอาศัยการเรียกร้องของรัฐเจ้าของสัญชาติ ยังได้รับการตัดสินจากศาลภายใน ^{๗๗} โดยคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Paquett Hobana v. Lola (1898),

๑.๒.๒.๓ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม

ในคดีกฎหมายระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นแบบแผนเกี่ยวกับ เรื่องการลดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ความคุ้มกันของรัฐในด้านชีวิตและทรัพย์สินด้วยการเป็นตัวแทน ของเอกชนคนต่างด้าว หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสงคราม การไม่ให้เอกชนมีส่วนในกฎหมายระหว่าง ประเทศก็ยังไม่สู้จะขัดประโยชน์ของสังคมนานาชาติ แต่ในปัจจุบันบทบาทของเอกชนและกลุ่มชน

^{๗๖} H. Lauterpach, *op.cit.*, See Note 9, p. 29.

^{๗๗} 177 U.S. 677, as quoted in J.B. Scott, Cases on International Law, 2nd. ed. (St. Paul, 1922), p. 12.

ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ขยายตัวออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสะดวกในการคมนาคม การขยายตัวทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศทำให้เอกชนซึ่งประกอบทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างก้าวได้มีผลประโยชน์เกี่ยวของระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น Politis ได้กล่าวอุปมาไว้ว่า "ในสมัยก่อนรัฐเปรียบเสมือนกรงขังพลเมืองของรัฐนั้น ๆ การติดต่อกับโลกภายนอกจะกระทำได้อีกต้องผ่านลูกกรงอีกทียิบ ภายหลังมีเหตุการณ์ต่าง ๆ ทำลายอำนาจของรัฐให้หอนกำลังลงเมื่อลูกกรงถูกแกะออก ทำให้กรงอื่นเสถียรและในที่สุดก็ได้พังทลายลง มนุษย์ทุกชาติทุกภาษาจึงมีอิสระเสรีที่จะทำการติดต่อกับพรหมแดนของประเทศใดโดยสะดวก"^{๗๕}

นอกจากนี้บทบาทของบริษัทเอกชนที่ดำเนินกิจการระหว่างประเทศ (Multinational Corporation) ได้ขยายอิทธิพลขึ้นอย่างสำคัญในครึ่งหลังของศตวรรษที่ ๒๐ นี้ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนได้เป็นไปในทางที่จะให้ความเท่าเทียมกันในความคุ้มครองของกฎหมายมากยิ่งขึ้น^{๗๖} จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงอยู่ในตัวแล้วว่าฐานะของเอกชนโดยเฉพาะคนต่างก้าวได้ยอมรับว่า "เป็นส่วน" หนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว สำหรับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศในสิทธิของเอกชนซึ่งเป็นพลเมืองโดยทั่ว ๆ ไปแล้วได้วิวัฒนาการช้ากว่าความคุ้มครองสิทธิของคนต่างก้าว หลักปฏิบัติในการคุ้มครองพลเมืองยังไม่ได้ผลอย่างแท้จริงในสังคมนานาชาติ นอกจากภูมิภาคบางส่วน เนื่องด้วยความคิดที่ถือว่า เป็นปัญหาภายในของรัฐ ซึ่งต่างกันหลักการคุ้มครองคนต่างก้าวไม่ว่าจะถือว่าคนต่างก้าวเป็นผู้มีส่วนหรืออยู่ใต้อำนาจของกฎหมายระหว่างประเทศ ความแตกต่างมีเพียงว่าหากยอมรับหลักการว่าคนต่างก้าวมีส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ คนต่างก้าวก็อาจมีสิทธิและใช้สิทธิของตนโดยไม่ต้องกระทำโดยผ่านรัฐ แต่ในทางตรงกันข้ามหากมีฐานะแต่เพียงผู้อยู่ใต้อำนาจรัฐย่อมต้องเสนอขอเรียกร้องผ่านรัฐ ซึ่งย่อมต้องผ่านกระบวนการที่ยูกยากนานาประการ และอาจเป็นผลเสียแก่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐโดยอาศัยสาเหตุมาจากการรักษาผลประโยชน์ของเอกชนก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหาก ษัณธ์ถกถาม

^{๗๕} N. Politis, The New Aspects of International Law (Washington: 1928), p. 31.

^{๗๖} เจสส์ปี พิลลิป ซี, เรื่องเดิม, หน้า ๕๓

แนวความเห็นของฝ่ายที่ว่ามีวิธีทางสุดท้ายที่จะให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดย สงครามแล้ว ขอเรียกร้องของเอกชน (ถ้ามีอิทธิพลมากพอ) อาจเป็นฉนวนก่อให้เกิดความยุ่งยาก ระหว่างประเทศได้^{๕๐} ดังนั้น การยอมรับฐานะของคนต่างค่าในกฎหมายระหว่างประเทศจึงน่าจะ เป็นวิธีทางที่ดีที่สุดเพื่อประโยชน์และสันติสุขแก่รัฐและมวลสมาชิกแต่ละรัฐ

เมื่อประมวลหลักฐานทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติซึ่งประกอบด้วยความคิดเห็นของ นัก ปราชญ์ บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา คำพิพากษาของศาลเข้าด้วยกันแล้ว น่าจะเป็นการเพียงพอที่จะ ทักล้างข้อสมมติฐานที่ว่า เอกชนเป็นผู้ไม่มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศของฝ่ายนิยมกฎหมาย สารบัญญัติดังใดบ้าง จริงอยู่ เหตุผลที่นำมาอ้างอิงนี้ย่อมยังไม่เป็นที่สิ้นสุด เพราะกฎหมายระหว่าง ประเทศในเรื่องนี้ก็ยังอยู่ในระหว่างพัฒนาอีกทั้งมิใช่เป็นปัญหาที่จะชี้ให้ยุติลงโดยง่าย โดยเฉพาะ อย่างยิ่ง ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการยอมรับเอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศอาจโต้แย้ง ได้ว่า กรณีทั้งหลายที่ยกมาเป็นข้อสนับสนุนนี้เป็นเพียงข้อยกเว้น แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบ และใคร่ครวญแล้ว ย่อมจะพบว่าสถานการณ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบันได้เปลี่ยนเข้าสู่ แนวโน้มที่จะยอมรับเอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศแล้วอย่างแท้จริง ดังที่ศาลโลก ได้กล่าววว่า "การพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศได้รับอิทธิพลจากความจำเป็นแห่งชีวิตใน ระหว่างประเทศ มิใช่เป็นเพียงข้ออ้างในทางทฤษฎีอย่างลอย ๆ"^{๕๑}

แม้ว่าความคิดในทางอุดมคติจะมีอยู่ถึงกล่าว แต่ในทางปฏิบัติได้มีจุดบกพร่องประการ สำคัญที่ยังเป็นอุปสรรคต่อการให้ความคุ้มครอง เอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเหตุผล ประการสำคัญข้อหนึ่งที่ทำให้ได้รับการโจมตีจากฝ่ายตรงข้ามคือ เอกชนไม่อาจใช้สิทธิทางศาล (Locus Standi) โดยตรงต่อองค์กรยุติธรรมประเทศได้ เป็นความจริงที่ธรรมดาสามัญที่ธรรมดา

^{๕๐} E.C. Stowell, Intervention in International Law (Washington: 1921), p. ๕๓.

^{๕๑} Reports of the Judgments etc., of the International Court of Justice (194๕), p. 178.

ระหว่างประเทศ^{๔๖} ใ้บัญญัติไว้ว่า "รัฐเท่านั้นอาจเป็นคู่กรณีในคดีต่อศาลนี้ได้" แต่ดูจะเป็นการเกินความจริงหากจะกล่าววว่า เพราะผลแห่งบทบัญญัตินี้จึงถือว่าเอกชนได้ถูกกันออกจากผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ จริงอยู่ ในการให้สิทธิแก่เอกชนในองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศมีส่วนทำให้ความคุ้มครองสิทธิของเอกชนคนต่างค่าวสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ โดยกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้มีองค์กรกลางทำหน้าที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจเผด็จการ แต่ความคุ้มครองที่ไม่สมบูรณ์ย่อมไม่เพียงพอเป็นเหตุผลสนับสนุนว่าความคุ้มครองนั้นไม่มีอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของธรรมนูญศาล บทนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อการกำหนดอำนาจศาล หากใช่เป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศไม่^{๔๗} ในปัจจุบัน เอกชนก็มีได้ถูกกีดกันจากการใช้สิทธิทางองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศโดยสิ้นเชิง ในศาลระหว่างประเทศระบับภูมิภาค กล่าวโดยเฉพาะอนุสัญญาแห่งยุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ยอมรับสิทธิของ เอกชนในการที่จะเสนอข้อเรียกร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งมีผลจะทำให้คดีได้รับการพิจารณาโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปต่อไป สำหรับคนต่างค่าวมาครการทำงานบ้างมีความเสียหายจากการกระทำมิชอบของรัฐได้มีอยู่อย่างไม่มีข้อสงสัย แม้ไม่อาจใช้สิทธิโดยตรง ก็อาจเรียกร้องผ่านรัฐที่ตนมีสัญชาติได้ แม้จะมีอุปสรรคบ้างก็ยิ่งคิดว่าพลเมืองซึ่งไม่มีทางออกทางใดเลย ความคุ้มครองสิทธิของคนที่ต่างค่าวโดยศาลระหว่างประเทศได้รับการยืนยันจากข้อเท็จจริงที่ว่าบรรดาสิทธิของศาลระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของศาลสิทธิยุติธรรมระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่เป็นการพิจารณาคดีในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเอกชนต่างค่าวแทบทั้งสิ้น ในขณะที่สังคมโลกยังไม่ยอมรับที่จะใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาแก่พลเมืองในกฎหมายระหว่างประเทศได้ จึงอาจกล่าวโดยทั่วไปได้ว่า เอกชนเป็นผู้มีส่วนโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายหากแต่บกพร่องในการที่จะได้รับการบ้างมีความเสียหาย แม้ว่าตามแนวความคิดอนุกรมคดี

^{๔๖} Statute of International Court of Justice.

^{๔๗} H. Lauterpacht, *op.cit.*, p.49.

ของนักปรัชญาอุดมสิทธิธรรมชาติ ถือว่าเอกชนทรงไว้ซึ่งสิทธิธรรมชาติบางประการที่รัฐจะละเมิดมิได้ การที่จะมีองค์กรเพื่อให้การคุ้มครองแก่สิทธินี้ให้โดยผลในทางปฏิบัติ แต่ความคิดส่วนใหญ่ก็ยังเห็นว่าแม้จะเป็น "สิทธิที่ไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยา" ก็ยังเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ^{๘๔}

๒. ความคุ้มครองในสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าว

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๙ ปัญหาในขอบเขตแห่งความคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าว และประเทศแห่งสิทธิที่คนต่างด้าวพึงได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศได้รับความสนใจจากนักกฎหมายมากขึ้นเป็นลำดับ จนทำให้เกิดทฤษฎีในเรื่องนี้หลายทฤษฎี ทฤษฎีสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมก็เป็นทฤษฎีหนึ่งทีสร้างขึ้นเพื่อที่จะตอบปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและประเทศแห่งสิทธิซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิที่พึงได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ

๒.๑ วิวัฒนาการแห่งทฤษฎีสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม

อันที่จริงทฤษฎีสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ^{๘๕} นี้ มิใช่เป็นทฤษฎีในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองของสิทธิของคนต่างด้าวโดยตรง หากแต่เป็นทฤษฎีที่ใส่ใจอยู่ในระบบกฎหมายแพ่งภายใน และระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ^{๘๖} แล้ว แต่หลักเกณฑ์ที่ใส่ใจอยู่ในกฎหมายแต่ละระบบนั้นมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันมาก ^{๘๗}

^{๘๔} W. Paul Gormley, op.cit., p. 27.

^{๘๕} Doctrine of Vested Right, Acquired Right, Droits acquis.

^{๘๖} เรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมในระบบกฎหมายแผนกคดีบุคคล ดู กร.หยุดแสงอุทัย คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (พระนคร : รัชการณการพิมพ์และหล่อตัวพิมพ์, ๒๕๐๖) หน้า ๕๕

^{๘๗} Report of the 36th Conference of the International Law Association (1930), pp. 301-362.

๒.๑.๑ ความคิดตามระบบกฎหมายภายใน

ในทางกฎหมายหลักในเรื่องนี้ได้มีมาแต่โบราณกาล แต่ลักษณะเด่นในสมัยแรกถูกใช้เพื่อให้ความหมายต่างกับสิทธิที่มีมาแต่กำเนิด ต่อมาได้อธิบายว่าเป็นสิทธิของชนชั้นอภิสิทธิชนซึ่งแตกต่างจากสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้แก่ชนทั้งปวงหรือบางชนชั้นโดยหลักกฎหมาย โดยการเน้นถึง "การได้มา" เพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสิทธิเป็นสิทธิที่ได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กับสิทธิเช่นสิทธิที่ให้ปัจเจกสิทธิโดยเฉพาะในการที่จะได้มา และเป็นสิทธิไม่อาจถูกเพิกถอนได้ ในฝรั่งเศสไว้ว่างหลักต้องเป็นสิทธิที่ได้รับมาได้อย่างสมบูรณ์ มีสิทธิในอนาคต หรือที่จะพึงได้รับโดยการคาดคะเน สิทธิจะมีได้ก็ต่อเมื่อได้มาแล้วโดยสมบูรณ์ โดยนัยนี้จึงมีนักปรัชญากฎหมายบางท่านไม่แยกความคิดในเรื่องการได้มาซึ่งสิทธิ เพราะถ้าเป็นเพียงสิทธิ "จะได้อ" ก็ยังไม่มีสิ่งที่เรียกว่าสิทธิ

หลักของสิทธิโดยชอบธรรมคงกล่าว มีลักษณะเป็นปรัชญากฎหมายมากกว่าที่มุ่งหมายจะใช้ในลักษณะเฉพาะอย่างแท้จริง ต่อมาในศตวรรษที่ ๑๗-๑๘ นักปรัชญากฎหมายคนสำคัญ ๆ ได้สร้างทฤษฎีและให้คำจำกัดความแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ในกฎหมายเอกชนภายในเพื่ออธิบายความคู่ไปกับหลักเรื่องความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย งานที่เด่นที่สุดคือผลงานของ Karl และ Savigny ใน System des heutigen römischen Rechts และ Otto Gierke, Deutscher Privatrecht โดยได้วางหลักการใช้กฎหมายแขนงเอกชนไว้ว่ากฎหมายที่ออกใหม่ยอมไม่มีผลย้อนหลัง ดังนั้นกฎหมายที่ออกใหม่จึงไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่มีอยู่แล้วโดยชอบธรรม แต่ควยอิทธิพลของกฎหมายเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐที่มีอยู่ในสมัยนั้นทำให้หลักความไม่มีผลย้อนหลังบังคับของกฎหมายได้ถูกแบ่งออกเป็นสองหลักคือ หลักแรกเป็นหลักที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งเป็นหลักที่ใช้กับบัญญัติกฎหมาย และหลักที่สอง

๘๘ A. Fachiri, "International Law and the Property of Aliens," British Year Book of International Law (10: 1928), p. 32.

เป็นหลักที่ไม่กระทบกระเทือนต่อการมอบอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งเป็นหลักที่เข้ากับศาล หลักแรกถือว่าผู้บัญญัติกฎหมาย "ไม่ควร" ตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลัง แต่ไม่อาจบังคับรัฐได้ และเมื่อใดที่รัฐออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังแล้วก็ต้องบังคับตามกฎหมาย แม้เอกชนจะเสียหายจากผลแห่งกฎหมายนั้นก็หาอาจเรียกร้องจากรัฐแต่ประการใดได้ไม่ ส่วนหลักที่เข้ากับผู้พิพากษาหรือศาลนั้น ถือว่าผู้พิพากษาผู้พิพากษาที่ควรจะต้องเคารพในหลักสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ในกรณีที่มีกฎหมายออกใหม่ แม้จะมีความไม่ตรงไปกับกฎหมายเดิมเฉพาะกรณีนั้น ๆ ก็ตาม ศาลก็จะต้องไม่ตีความให้เป็นที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ทฤษฎีของนโยบายที่จะเกิดความมั่นคงและเกิดหลักประกันว่าสิทธิที่มีอยู่แล้ว จะไม่ถูกระทบกระเทือนโดยกฎหมายที่ออกใหม่ แต่อย่างไรก็ดีหลักนี้ก็มิใช่ข้อจำกัดและข้อยกเว้นโดยเฉพาะในคำนี้เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงสาธารณะความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

๒.๑.๒ ความคิดในทางกฎหมายชักรัน

หลังจากที่ได้มีรากฐานที่มั่นคงตามกฎหมายภายในแล้ว หลักความคุ้มครองในสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมนั้นก็ขยายขอบเขตด้วยการได้รับการรับรองสิทธิได้มาแล้วจากต่างประเทศด้วย แต่ทั้งงานของ Savigny หรือ Gierke และนักเขียนในรุ่นเดียวกัน มิได้กล่าวถึงเรื่องนี้เลย ต่อเมื่อได้เกิดหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหลายท่านได้วางหลักว่าที่จะให้การรับรองและบังคับในสิทธิซึ่งได้รับมาแล้วภายในกฎหมายแห่งอารยะประเทศ ดัง Dicey เจ้าคำรับกฎหมายชักรันของอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า.-

๘๘

Ibid.

"สิทธิใด ๆ ซึ่งได้รับมาแล้วโดยชอบภายใต้กฎหมายใด ๆ ในนานาอารยประเทศย่อมเป็นที่ยอมรับ และโดยทั่วไปบังคับได้ในศาลอังกฤษ และสิทธิที่ยังมิได้รับยอมไม้อาจบังคับหรือในกรณีทั่วไปรับรองโดยศาลอังกฤษ" ทั้งนี้ โดยมีข้อยกเว้นว่าสิทธิที่ได้รับมาจากในบางกรณี ย่อมไม้อาจบังคับได้ในศาลอังกฤษ เช่น กรณีที่ขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐสภา ขัดกับนโยบายแห่งกฎหมายอังกฤษ ขัดกับกฎแห่งศีลธรรมที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายอังกฤษ หรือข้อตกลงการค้าระหว่างรัฐสถานันทางการเมืองของอังกฤษ และประการสุดท้ายเป็นการก้าวท้าวต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ขอนาสั่งเกณฑ์ในหลักการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของ Dicey ก็คือ การที่ศาลบังคับให้เป็นการเคารพต่อสิทธิซึ่งเป็นของเอกชนหนึ่งได้รับมาแล้วจากต่างประเทศ มิใช่เป็นการบังคับตามกฎหมายต่างประเทศ เพราะถ้าเป็นกรณีหลังในประเทศอังกฤษ ได้ถือเป็นหลักเสมอมาว่าศาลยอมบังคับตามกฎหมายอังกฤษ การใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นเพียงข้อยกเว้น และเป็นเรื่องของความยินยอมระหว่างประเทศ (International comity) หากสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการบังคับตามกฎหมายต่างประเทศไม่ หลักในกฎหมายระหว่างประเทศในการให้การรับรองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้ว ซึ่งวางไว้โดย Dicey ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายระหว่างประเทศฝรั่งเศส Pillet^{๕๐} โดยการพิจารณาควบคู่ไปกับการรับรู้ถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐ

๒.๑.๓ ความคิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อความคิดในหลักสิทธิโดยชอบธรรมได้ขยายขอบเขตครอบคลุมถึงการรับรู้สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างกั้ว โดยการสนับสนุนของนักกฎหมายระหว่างประเทศ ในระยะแรกแม้จะอยู่ในขอบเขตของเรื่องกฎหมายขัดกัน แต่ลักษณะปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างกั้วหาได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่ในเรื่องกฎหมายขัดกันไม่ ด้วยสาระสำคัญของตัวปัญหาเอง

^{๕๐} Principes de Droit International Privé, as cited by J.L. Brierly, The Law of Nations (5th ed., New York: Oxford Uni Press, 1961), p. 177-178.

หลักในเรื่องสิทธิโดยชอบธรรม จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในความสนใจของนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตเกี่ยวกับเรื่องสิทธิของคนต่างด้าว นับแต่ต้นศตวรรษนี้เป็นต้นมา ปัญหาเรื่องผลทางกฎหมายของหลักสิทธิที่รับมาแล้วโดยชอบธรรมในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางไม่น้อยกว่าปัญหากฎหมายระหว่างประเทศในแขนงอื่น ๆ

๒.๒ สารสำคัญและบ่อเกิดของสิทธิที่รับมาแล้วโดยชอบธรรม

หลักในเรื่องสิทธิที่รับมาแล้วโดยชอบธรรม ในกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นการขยายมาจากความคิดในเรื่องการให้ความคุ้มครองในทางทรัพย์สินแก่คนต่างด้าว แต่โดยที่คำว่า "ทรัพย์สิน" (Property) เป็นคำที่ใช้กันแพร่หลายอยู่แล้วในระบบกฎหมายภายใน ซึ่งแต่ละระบบมีการตีความต่างกัน ในบางระบบ ทรัพย์สินจำกัดอยู่เฉพาะการรับรองกรรมสิทธิ์เท่านั้น เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนอันอาจเกิดขึ้นได้จากการตีความ จึงได้ใช้คำว่า "สิทธิที่รับมาแล้วโดยชอบธรรม (acquired right) แทนคำว่าทรัพย์สิน (property) ทฤษฎีสิทธิที่รับมาแล้วโดยชอบธรรมอาจแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากความสับสนในการจำกัดความได้ก็จริง แต่ข้อสับสนและสงสัยในปัญหาอื่น ๆ หาได้รับการขจัดไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเรื่องผลของการคุ้มครองสิทธิโดยชอบธรรมแก่คนต่างด้าวในกฎหมายระหว่างประเทศมีอยู่หรือไม่ และถ้ามีจะมีขอบเขตเพียงใด ในปัญหาแรกเป็นปัญหาที่ได้รับการถกเถียงกันอย่างมากในต้นศตวรรษนี้ ปัจจุบันน่าจะถือว่าความเห็นส่วนใหญ่ในการสนับสนุนในทางยืนยัน ส่วนปัญหาเรื่องขอบเขตของความ

๕๑ Ibid.

๕๒ Norwegian Shipowners Claim (Norway v. U.S.), United Nation Reports; Permanent Court of Arbitration (1: 1922), p. 307.

๕๓ D.P.O'Connell, op.cit., Vol. 1, pp. 377-378.

คุ้มครองสิทธิโดยชอบธรรมของคนต่างด้าวยังไม่อาจกล่าวได้ว่าโดยยุติแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาปัญหาเหล่านี้โดยละเอียด น่าจะพิจารณาถึงความหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม O'Connell ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า

"สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมได้แก่ บรรดาสิทธิซึ่งเป็นทั้งสิทธิที่มีตัวตน และสิทธิไม่มีตัวตน ซึ่งอาจประเมินค่าเป็นเงินได้ และเป็นสิทธิซึ่งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมีอยู่แล้ว โดยชอบภายใต้ระบบกฎหมายภายใน"^{๕๔}

ภายใต้คำจำกัดความนี้ สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองจึงประกอบด้วย สิทธิที่เกิดจากทรัพย์สิน และสิทธิที่เกิดจากสัญญา รวมทั้งการเลือกใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลยุติธรรมด้วย

หลักนี้ได้มีผู้ให้ความเห็นว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิไม่เฉพาะแต่สิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายท้องถิ่นเท่านั้น แต่ยังให้การรับรองแก่สิทธิที่มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายต่างประเทศด้วย อย่างไรก็ตาม ย่อมเป็นที่ตระหนักแล้วว่าหลักปฏิบัติที่ยังถือกันมาแต่อดีต รัฐซึ่งคนต่างด้าวอาศัยอยู่ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้การรับรองแก่สิทธิของคนต่างด้าว แม้จะเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้วอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายต่างประเทศ หากแต่ขัดกับหลักทั่วไปของกฎหมายแห่งรัฐนั้น แต่ในขณะเดียวกันก็ได้มีทั่วไปว่า

"กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐพึงต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างด้าวตามกฎหมายเอกชน ทั้งที่เป็นกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายภายใน สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยสมบูรณ์ภายใต้ระบบกฎหมายหนึ่งย่อมไม่สูญสิ้น เพียงแต่เพราะเหตุที่ผู้ทรงสิทธินั้นได้เข้าไปยังรัฐต่างประเทศ หากแต่พึงจะได้รับความคุ้มครองของทุกแห่งหน"^{๕๕}

^{๕๔} See *ibid.*, at Note 46.

^{๕๕} *Alwyn v. Freeman, The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Reprint; New York: Kraus Reprints Co., 1970), p. 237.

ความคิดนั้นคงมีความถูกต้องแต่เพียงในฐานะที่เป็นข้อความทั่วไปของหลัก ๆ หนึ่งเท่านั้น เพราะยังมีอีกหลักหนึ่งซึ่งก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่า หลักนี้คือว่ารัฐผู้รับไม่จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองตามกฎหมายแก่คนต่างด้าว ในสิทธิซึ่งรัฐนั้นไปปฏิบัติเสมือนอย่างแท้จริงที่จะให้แก่คนชาติเพราะเหตุที่ชี้ข้อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมนี้ เป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไม่มีข้อสงสัย แต่เหตุหนึ่งในเรื่องนี้ได้รับความยุ่งยากและมีการโต้แย้งกันมากเพราะความพยายามที่จะหาข้อสรุปยืนยันในปัญหาที่ว่า รัฐจะรองรับฉีกขอบหรือไม่จากการกระทำการอันละเมิดต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าว ปัญหาที่ยอมรับได้ทั้งในทางยืนยันหรือในทางปฏิเสธ องค์การสันนิบาตชาติได้เคยใช้ความพยายามจะหาคำตอบมาแล้ว โดยคณะกรรมการเตรียมงาน (Preparatory Committee) ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อวางรากฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ คณะกรรมาธิการได้ออกหนังสือเวียนไปยังรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ด้วยคำถามที่ว่า "รัฐจะต้องรองรับฉีกขอบต่อการบัญญัติกฎหมายที่ละเมิดสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าวหรือไม่" คำตอบที่ได้รับจากปัญหานี้ประกอบด้วยความเห็นที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างมาก จนทำให้เกิดความสงสัยว่ารัฐต่าง ๆ จะทำความเข้าใจในสาระสำคัญของสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมไปคนละทาง คำตอบบางรายยอมรับว่ารัฐต้องรองรับฉีกขอบ คำตอบอื่น ๆ เห็นว่าสิทธิตามปัญหาเมื่อได้รับมาแล้วตามกฎหมายแห่งรัฐก็ย่อมจะยกเลิกตามกฎหมายนั้น บางรัฐเห็นว่าเป็นไปได้ที่จะให้คำตอบอย่างทั่ว ๆ ไป เมื่อข้อเท็จจริงเป็นดังนี้ จึงมีผู้เสนอข้อสรุปว่า "ไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่ว ๆ ไป ให้การรับรองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าว"

๕๖ G. Kaeckenbeeck, "The Protection of Vested Rights" in International Law, British Year Book of International Law (17:1936), p.1.

๕๗ League of Nations Document C. 75(a) M 69(a) 1929V Vol.III p.37.

๕๘ G. Kaeckenbeeck, "International Experiment of Upper Silesia," British Year Book of International Law (17: 1936), p.52.

หากถือตามข้อสรุปนี้ย่อมหมายความว่า การบัญญัติกฎหมายที่ละเมิดต่อสิทธิที่ได้รับมา แล้วโดยชอบธรรมของคนต่างคำวไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐแต่อย่างใด หรืออีกนัยหนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีหลักการสำหรับการให้คุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วของคนต่างคำวเลย หากความเห็นนี้เป็นข้อยุติทฤษฎีเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมคงจะไม่มีปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป แต่การที่เรื่องนี้ได้มีปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยกฎหมายระหว่างประเทศตลอดมาในระหว่างเวลาไม่กี่ครั้งศตวรรษนี้ ย่อมแสดงว่ากฎหมายระหว่างประเทศมิได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างคำว โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

"การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิโดยชอบธรรมเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายทุกระบบ เพียงแต่อาจคัดค้านการดำรงไว้ซึ่งความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับโดยชอบธรรม กับการยึดทรัพย์เพื่อสาธารณะประโยชน์ การให้หลักประกันในการประสาทความยุติธรรมทางศาลเพื่อความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม และมาตรการในการชดเชยค่าทดแทนแก่การเวนคืน ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายทุกระบบนั้นย่อมขึ้นอยู่กับแนวความคิดในเรื่องนโยบายสาธารณะที่มีอยู่ในเวลานั้น"

ฉะนั้น จึงเป็นการสมควรถือว่าพิจารณาว่ากฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันนี้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างคำวที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักการเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของรัฐในการปฏิบัติต่อคนต่างคำวว่ามีอยู่อย่างไร

แม้ว่าตามหลักทั่วไปการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างคำวจะมีได้จำกัดอยู่แต่เพียงปัญหาในทรัพย์สินเท่านั้น แต่โดยข้อเท็จจริงปัญหาประจำวันที่มีมนุษย์ต้องเผชิญอยู่เสมอคือปัญหาเกี่ยวกับชีวิตร่างกายซึ่งมีส่วนให้ที่อยู่ในขอบข่ายของเสรีภาพ และปัญหาที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินซึ่งอยู่ภายในขอบเขตของเรื่องสิทธิ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นแกนแห่งปัญหาของการให้ความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับ

รับมาแล้วโดยชอบธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นเรื่องของการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินของคนต่างด้าวเสียเป็นส่วนใหญ่

ในสภาพการณ์ปัจจุบัน ไม่วารัฐจะมีข้อผูกพันต้องอนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งทรัพย์สินภายในดินแดนตนหรือไม่ก็ตาม^{๑๐๐} แต่เป็นที่แน่นอนว่าเมื่อคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศก็กำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองบางประการเพื่อให้มีการเคารพต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วนี้ และในขณะเดียวกันหลักนี้ก็ขยายให้ความคุ้มครองแก่สิทธิตามกฎหมายเอกชนที่ได้มีอยู่ก่อนแล้ว โดยได้รับมาแล้วในกรณีอื่น ๆ ด้วย การที่กฎหมายระหว่างประเทศต้องให้การคุ้มครองดังกล่าวก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้รัฐกระทำการอันเป็นการริบถอนสิทธิของคนต่างด้าวโดยพลการ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยการบัญญัติกฎหมายเพื่อริบถอนสิทธิแก่คนต่างด้าวโดยเฉพาะหรือเป็นการริบถอนสิทธิของราษฎรทั้งหมดภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เพราะกฎหมายระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งมาตรการอันเป็นหลักที่มั่นคงแก่ทรัพย์สิน—สิทธิของคนต่างด้าวมิให้ตกอยู่ในภาวะที่รัฐผู้รับจะวางข้อจำกัดใด ๆ ได้โดยพลการปราศจากขอบเขต

"การให้ความเคารพต่อทรัพย์สิน การให้ความเคารพต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ล้วนเป็นหลักกฎหมายของนานาอารยประเทศ..."^{๑๐๒}

^{๑๐๐} ดู เรื่องการได้มาซึ่งทรัพย์สิน บทที่ ๘ ของวิทยานิพนธ์

^{๑๐๑} Alwyn Freeman, op.cit., p.516.

^{๑๐๒} Observations Générales of British Government in the Protuguese Religious Properties case, as quoted in A. Fachiri, "Expropriation and International Law," British Year Book of International Law (6: 1925), p.168.

กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศได้วางข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะเคารพต่อทรัพย์สิน-สิทธิของคนต่างดาว แวดเกิดนักปราชญ์สมัยสนธิสัญญาอานาจอธิปไตยของรัฐก็ยอมรับถึงหลักข้อนี้ ด้วยข้อความว่า "สิทธิที่ผู้นำของรัฐพึงให้การรับรองแก่ทรัพย์สินของคนต่างดาวนั้น ควรให้ไม่น้อยกว่าสิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งเขาอยู่ในประเทศที่เขาเป็นสมาชิก สังกัดอยู่"^{๑๐๓}

การให้ความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมนี้ ได้รับการรับรองโดยสนธิสัญญา เช่น สนธิสัญญาระหว่างเยอรมันและโปแลนด์^{๑๐๔} ซึ่งมีบัญญัติข้อจำกัดบางประการที่ห้ามมิให้รัฐคู่สัญญานำบัญญัติกฎหมายอันเป็นการวิครอนในสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนชาติแห่งคู่สัญญา และมีบทบัญญัติให้รัฐชดเชยค่าเสียหายในกรณีละเมิดดังกล่าวด้วย

แม้ในกรณีไม่มีสนธิสัญญา สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมเมื่อถูกถือว่าเป็นหลักในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ย่อมมีผลบังคับ เมื่อมีประเด็นพิพาทขึ้นสู่การวินิจฉัยขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังที่ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยไว้ในคดี German Setterlers และต่อมาได้ยืนยันในคดี Certain German Interests in Polish Upper Silesia^{๑๐๕} โดยกล่าวว่า หลักสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมเป็นหลักเบื้องต้นที่ได้ให้การรับรองหลายครั้งแล้วว่าเกิดขึ้นจากส่วนหนึ่งของหลักทั่วไปที่กฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศในอีกจำนวนไม่น้อยได้ให้การรับรองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมตามหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ

^{๑๐๓} E. Vattel, de Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, Book 2 (Washington: Carnegie, 1916), Ch. VIII, § 109.

^{๑๐๔} German Polish Convention, 15 May 1922.

^{๑๐๕} Permanent Court of International Justice, Series A, No. 7. (1926).

เมื่อความคุ้มครองในสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมได้รับการสนับสนุนทั้งจากนักกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา และคำพิพากษาขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง เช่นนี้ คำกล่าวยืนยันที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศให้การคุ้มครองแกสิทธิของคนต่างด้าวจะสมเหตุผลและได้รับการสนับสนุน นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศมิได้ให้ความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมแก่คนต่างด้าวโดยเฉพาะเท่านั้น หากแต่ยังได้ให้ความคุ้มครองแกสิทธิที่ได้รับมาแล้ว - ของผู้ที่อยู่ในดินแดนที่มีการเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของรัฐอีกด้วย ๑๐b

อย่างไรก็ดี ความคุ้มครองนี้ย่อมมีขอบเขต มีคำวินิจฉัยขององค์กรระหว่างประเทศอีกจำนวนหนึ่ง ที่ได้ตัดสินใจไปในทางปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวในบางกรณี แต่มิได้เป็นการปฏิเสธในความบ่อน้อยของหลักสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าว เป็นแต่การจำกัดขอบเขตของหลักนี้ ข้อจำกัดขอบเขตจะสรุปได้เป็นสองกรณีคือ ขอบเขตของสิทธิโดยชอบธรรมและข้อจำกัดของความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้ว โดยชอบธรรม

๒.๓ ขอบเขตของสิทธิโดยชอบธรรม

การคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวทำนองเดียวกับปัญหาอื่น ๆ โดยทั่วไปมักมีอุปสรรคเมื่อรับเอาทฤษฎีมาใช้ในทางปฏิบัติ ปัญหาสำคัญประการหนึ่งก็คือ ปัญหาของการแปลความหมาย แม้ว่าจะมีผู้ให้ความหมายของ สิทธิโดยชอบธรรมไว้แล้วอย่างรัดกุม แต่ก็ไมอาจทราบอย่างแน่นอนว่าคำคุณแห่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองนั้นมีขอบเขตกว้างหรือแคบเพียงใด ในทางทฤษฎีก็มีขอบเขตไว้อย่างกว้าง ๆ เมื่อใดเกิดปัญหาทางปฏิบัติขึ้นก็จำเป็นต้องพิจารณาว่าขอบเขตเป็นเฉพาะเรื่องเฉพาะรายไป

โดยคำจำกัดความของ O'Connell นั้น ได้กำหนดเงื่อนไขจำกัดขอบเขตของสิทธิ โดยชอบธรรมที่จะได้รับความคุ้มครองประการหนึ่งคือ "อาจประเมินค่าเป็นเงินได้" ซึ่งทำนองเดียวกับสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สินโดยทั่ว ๆ ไป การที่จะมีขอบเขตเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับการศึกษา โดยความหมายอย่างกว้าง ความคิดหรือแรงงานก็อาจถือว่าอาจประเมินค่าเป็นเงินได้ในตัวหากมีการนำออกใช้ให้มีคุณค่าทางเศรษฐกิจเมื่อใดก็จะได้รับการตอบแทนเป็นเงิน หากจำกัดวงให้แคบก็เป็นเพียงสิทธิที่เป็นกรรมสิทธิในทรัพย์สิน มีทรัพย์สินซึ่งมองเห็นและจับต้องได้เป็นเครื่องรับรอง และหากตีความโดยเคร่งครัดตามความหมายตัวอักษรว่าสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองนี้จะต้องเป็นสิทธิ "ไ้รับ" มาแล้วเท่านั้นจึงจะได้รับความคุ้มครอง ส่วนสิทธิซึ่งได้มาอนาคตจะไม่ได้ความคุ้มครองก็จะกลบกลายเป็นสิ่งที่นักปราชญ์สมัยก่อนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกพิจารณาว่าอะไรเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้วหรือไม่ เพราะอะไรที่ยังไม่ได้รับมากยังไม่เป็นสิทธิ เป็นที่แน่นอนว่าในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองแก่กรรมสิทธิในทรัพย์สิน เพราะประจักษ์แจ้งว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ดังนั้น ย่อมไม่เป็นของแปลกที่ปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิโดยชอบธรรมที่ได้รับการพิจารณาจากนักกฎหมายระหว่างประเทศมากที่สุดได้แก่ เรื่องการยึดทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิของเอกชนเป็นของรัฐ แต่ก็เป็นที่แน่นอนเช่นเดียวกันว่า กฎหมายระหว่างประเทศมิได้จำกัดความคุ้มครองไว้แต่เพียงสิทธิในกรรมสิทธิแห่งทรัพย์สินเท่านั้น แต่โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศยังมีได้วิวัฒนาการถึงระดับที่ได้กำหนดประเภทวัตถุแห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้เป็นที่แน่นอน ปัญหาจึงคงเป็นปัญหาที่ศาลาการระหว่างประเทศจะได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว องค์การยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยตัดสินปัญหาทำนองนี้ เช่น คำตัดสินของ Upper Silesian Arbitral Tribunal ได้วางหลักเกณฑ์ในการที่จะพิจารณาว่าสิทธิใดเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้ว โดยชอบธรรมว่า สิทธิที่จะถือเป็นสิทธิโดยชอบธรรมได้ต้องมีลักษณะของการยึดถือในสิทธิ และได้รับการรับรองโดยกฎหมายในลักษณะที่เป็นอำนาจที่แท้จริงพอสมควร และได้ตัดสินว่า การที่จะประกอบวิชาชีพเป็นหนายความไม่ใช่สิทธิที่พึงจะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเปรียบเทียบว่าประโยชน์ของหนายความที่จะว่าความมีลักษณะทำนองเดียวกับประโยชน์ของ

แพทย์ไม่อาจถือว่าได้เป็นสิทธิหาก เป็นสิทธิหากเป็นแต่เพียง เสรีภาพในอันที่จะใช้ความสามารถ
ของบุคคลในการประกอบอาชีพเท่านั้น ^{๑๐๗}

ในคดี Oscar Chinn ^{๑๐๘} ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรได้
กล่าวหาว่ารัฐบาลเบลเยียมในการให้การผูกขาดการขนส่งสินค้าในแม่น้ำคองโกแก่บริษัทเบลเยียม
ทำให้กระทบกระเทือนต่อการค้าของประชาชาติอังกฤษ ซึ่งเป็นการขัดทั้งกฎหมายจารีตประเพณี
ระหว่างประเทศและข้อผูกพันตามสนธิสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม
ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า คน "ชาติอังกฤษห้ามมีสิทธิใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นสิทธิ
ที่ได้รับมาแล้วอย่างแท้จริงโดยชอบธรรมแต่อย่างใดไม่" และได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีบริษัท
เบลเยียมได้ประสบวิกฤตการณ์ว่า "รัฐบาลเบลเยียมยอมเป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะเป็นผู้พิจารณา
และแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าว ซึ่งเป็นที่แน่นอนยอมต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่าง
ประเทศยิ่งไปกว่านั้น ในกรณีที่วิกฤตการณ์ ทางเศรษฐกิจและมีความจำเป็นรีบด่วนก็อาจจะกำ
หนดกฎเกณฑ์บางประการที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมได้..." ^{๑๐๙}
ผลจากคดีนี้อาจวางหลักได้ว่ารัฐอาจให้สิทธิผูกขาดและห้ามคนต่างควาประกอบธุรกิจบางประเภท
ได้และจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญา

ในคดี Oscar Chinn นอกจากจะได้วินิจฉัยในประเด็นว่า เสรีภาพทางการค้ามิ
ใช้สิทธิโดยชอบธรรมที่พึงได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังได้กล่าวถึงข้อ
จำกัดในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมอีกประการหนึ่งว่า "ในกรณีที่วิกฤต
การณ์ทางเศรษฐกิจและความจำเป็นรีบด่วนรัฐก็อาจกำหนดกฎเกณฑ์บางประการที่อาจกระทบ
กระเทือนต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมได้" ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่รัฐในการจำกัดสิทธิ

^{๑๐๗} Ibid., p. 764.

^{๑๐๘} Permanant Court of International Justice, Series A/B
No. 63(1934).

^{๑๐๙} Ibid., pp. 79-88.

จึงแม้จะเป็นสิทธิที่รับการรับของจากกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของรัฐได้ ดังที่คำพิพากษาของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Certain German Interests in Upper Silesia ^{๑๑๐} นอกจากจะได้ยืนยันว่าสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังได้วางหลักว่าในการรับของสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมนี้มิได้เป็นการห้ามชาติมิให้รัฐใช้อำนาจในการยึดทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าว โดยเหตุผลเพื่อสาธารณะประโยชน์ กฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีหลักการใดที่จะปฏิเสธอำนาจของรัฐในการวางมาตรการทางเศรษฐกิจและสังคมเพื่อสาธารณะประโยชน์หรือความมั่นคงของรัฐ และเป็นความจริงที่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของคนต่างด้าวได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐในหลายกรณี ทำให้คนต่างด้าวเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องรับภาระบางอย่าง เช่น ภาษีอากรในทรัพย์สิน ^{๑๑๑}

โดยข้อยกเว้นซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ของหลักความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ที่เปิดช่องให้รัฐมีอำนาจวิจรฉนและจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวได้โดยวางเงื่อนไขไว้อย่างกว้าง ๆ นี้ ทำให้มีปัญหาที่เกี่ยวพันกับการใช้ข้อยกเว้นของหลักนี้ให้นักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นข้อถกเถียงเพิ่มขึ้นอีก ข้อยกเว้นนี้ได้ถูกใช้มากที่สุดจนอาจถือได้ว่าเป็นหลักการใหม่อีกหลักการหนึ่งก็คือ กรณีที่เกี่ยวกับการเวนคืนและยึดทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐเพื่อสาธารณะประโยชน์ แผน่อนาคู่ประสงค์อันเป็นสิ่งจำเป็น มิฉะนั้นการเวนคืนหรือยึดทรัพย์สินย่อมเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ แม้วางจะอนุญาตให้ยึดทรัพย์สินของเอกชนได้ แต่มาตรการยึดทรัพย์สินโดยไม่ชดเชยค่าทดแทนและเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินของคนต่างด้าวโดยตรงก็ย่อมจะเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ^{๑๑๒}

^{๑๑๐} The Judgement of Permanent Court of International Justice, Series A. No. 7. p.22.

^{๑๑๑} J.W. Cutler, "The Treatment of Foreigner," American Journal of International Law (27:1933), pp.236-7.

^{๑๑๒} G. Kaeckehbeck, op.cit., p.336.

จากหลักที่ว่ารัฐมีอำนาจโดยชอบในการที่จะตรากฎหมายวิครอนกรรมสิทธิในทรัพย์สิน
 ของเอกชนนี้ ทำให้เกิดปัญหาที่ควรแก่การพิจารณาต่อไปว่า ในกรณีที่รัฐได้ออกกฎหมายยึดทรัพย์สิน
 ซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไปทั้งประเทศไม่จำกัดเฉพาะคนต่างด้าวแล้ว รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องชดเชย
 ค่าชดเชยแก่คนต่างด้าว สำหรับความสูญเสียในทรัพย์สินที่ถูกวิครอนโดยการกระทำของรัฐหรือไม่
 หากเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายยึดทรัพย์สินที่กำหนดให้คาตกแทนแก่คนชาติ คนต่างด้าวย่อมมีสิทธิที่จะได้
 รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่เป็นเนืองนิจนั้น ส่วนใหญ่เป็นปัญหาที่ว่าหลัก
 ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐผูกพันที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสม
 สมแก่คนต่างด้าวเมื่อมีการวิครอนสิทธิในทรัพย์สินของคนต่างด้าวนั้น แม้ว่าโดยทบทวนคดีแห่งกฎหมาย
 ที่ยึดทรัพย์สินนี้กำหนดให้มีการจ่ายค่าชดเชยแก่คนชาติหรือคนต่างด้าวแต่ประการใด นักกฎหมาย
 ระหว่างประเทศได้ให้คำตอบแก่ปัญหานี้ด้วยความคิดเห็นที่แตกต่างกัน แต่ความเห็นส่วนใหญ่ซึ่ง
 อาจวางเป็นหลักได้ว่าคนต่างด้าวไม่อาจวิครอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินโดยปราศจากค่าชดเชยที่
 เหมาะสม ๑๑๘

ทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขัน ทั้งโดยผลงานของนักกฎหมายระหว่างประเทศ
 ได้วางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของนานาอารยประเทศในการให้ความคุ้มครองทางการทูต
 ตลอดจนคำพิพากษาขององค์การยุติธรรมระหว่างประเทศ จนอาจกล่าวได้ว่าหลักที่กำหนดให้รัฐ
 ต้องชดเชยค่าชดเชยแก่คนต่างด้าวเป็นหลักหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศสารบัญญัติ (Positive
 Law) ที่ปรากฏอย่างมั่นคง และถือได้ว่าเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักเกณฑ์การให้ความ
 คุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าว

ตัวอย่างเอกสารที่ตอบในทางการทูตในเรื่องนี้ส่วนใหญ่เป็นของประเทศสหรัฐอเมริกา
 ซึ่งเป็นประเทศที่มีผลประโยชน์โพ้นทะเลมากที่สุด และมีบทบาทการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่

ผลประโยชน์ของพลเมืองตนเองอย่างสำคัญด้วย ในเอกสารโต้ตอบระหว่าง Mr. Hughes and Mr. Summerlin ลงวันที่ ๘ กรกฎาคม ๑๙๑๑ ๑๑๕ ในกรณีเกี่ยวกับผลประโยชน์ของชาวอเมริกันในเม็กซิโก Mr. Hughes ได้แสดงความเห็นในการโต้แย้งการยึดทรัพย์สินชาวอเมริกันจากรัฐบาลเม็กซิโกตอนหนึ่งว่า

"ปัญหามูลฐานที่เผชิญหน้ารัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาดังความสัมพันธ์กับประเทศเม็กซิโกก็คือ ปัญหาการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินจากการยึดทรัพย์สิน เม็กซิโกยอมมีอิสระที่จะกำหนดนโยบายใด ๆ เกี่ยวกับที่ดินสาธารณะได้ตามความปรารถนา แต่หาสิทธิที่จะเพิกถอนโดยปราศจากการชดเชยทดแทนในกรณีสิทธิซึ่งชาวอเมริกันได้รับมาแล้วอย่างสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายเม็กซิกันไม่ นโยบายยึดทรัพย์สินนี้กระทบกระเทือนไม่แต่เพียงผลประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องเท่านั้น หากยังเป็นการกระทบกระเทือนต่อหลักความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันนำมาซึ่งพาณิชย์สัมพันธ์ระหว่างประชาชาติทั้งสอง และความร่วมมือกันในการประกอบกิจการอันเป็นคุณประโยชน์ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจะดำรงอยู่ได้โดยอาศัยรากฐานแห่งความมั่นคงในทรัพย์สินที่ได้รับมาแล้วอย่างสมบูรณ์ภายใต้กฎหมาย กฎหมายที่ไต่บังคับอยู่ในขณะที่ได้มาอันเป็นการอำนวยความสะดวกสัมพันธ์ระหว่างประชาชาติทั้งสองและเกิดความร่วมมือในการประกอบกิจการที่เป็นคุณประโยชน์ต่อกันด้วย

"ปัญหานี้เป็นปัญหาสำคัญเพราะได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของเม็กซิกัน ซึ่งประกาศในปี ๑๘๑๗ แล้ว หากว่าบทบัญญัติได้ถูกนำมาใช้ให้มีผลย้อนหลังทรัพย์สินของพลเมืองชาวอเมริกันเป็นจำนวนมากจะต้องถูกยึด การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดระหว่างประเทศอย่างมหันต์ และรัฐบาลนี้ (สหรัฐอเมริกา) ไม่อาจที่จะให้ความยินยอมอยู่ภายใต้บังคับของการกระทำเช่นนั้นได้"

ปัญหาที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ได้รับการวินิจฉัยในคดี De Sabla โดยคณะกรรมการพิจารณา
 พิจารณาข้อเรียกร้องของสหรัฐและปานามา ซึ่งข้อเท็จจริงว่านาง De Sabla เจ้าของกรรม
 สิทธิที่ดินในสาธารณรัฐแห่งปานามา ได้ยื่นข้อเรียกร้องเพื่อความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการใช้
 อำนาจของรัฐบาลในการยึดถือเอาที่ดินของนางเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ด้วยการจัดสรรที่
 ดินให้แก่เอกชนเป็นครั้งคราว และโดยการออกใบอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิทำการเพาะปลูกเหนือ
 ที่ดินบางส่วนของนางได้ ปานามาได้ต่อสู้ความกฎหมาย เจ้าหน้าที่งานจะต้องให้อุญญาตแก่คำร้อง
 บางรายที่ยื่นขอเข้ามาเว้นแต่ในกรณีที่มีข้อโต้แย้ง ดังนั้น การอนุญาตแก่คำร้องทั้งหมดจึงถูกต้อง
 รวมทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดินของนางด้วย ระบบนี้ไม่อาจถูกถือได้ว่าเป็นการยึดทรัพย์เพราะตาม
 กฎหมายที่ดินผู้ร้องได้มีมาตรการเหมาะสมที่จะป้องกันสิทธิใดควยการยื่นคำร้องคัดค้านแก่คำขอ
 ใบอนุญาตรายใด ๆ ก็ได้ และยอมถือเป็นความผิดของผู้ร้องเองหากนางต้องเสียหายเพราะ
 ละเลยต่อการยื่นคำร้องดังกล่าว และถูกกฎหมายคดีสิทธิแต่เฉพาะกรณี

คณะกรรมการไม่เห็นชอบด้วยกับมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าของที่ดินต้องยื่น
 คำคัดค้านสงวนสิทธิดินเพราะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่กรรมสิทธิในทรัพย์สินของผู้ร้องอย่างไม่
 เพียงพอ และได้สรุปว่าคำวินิจฉัยและใบอนุญาตที่ออกโดยเจ้าหน้าที่งานท้องถิ่นเป็นการกระทำที่ถือ
 ได้ว่าเป็นการละเมิดอันเป็นเหตุให้รัฐบาลปานามามีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ
 โดยสรุปว่า "ยอมเป็นการเห็นได้โดยแจ่มชัดแล้วว่าการกระทำของรัฐบาลในการริครอบสิทธิใน
 ทรัพย์สินของคนต่างด้าวโดยปราศจากการชดเชยค่าทดแทนนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประ
 ๑๑๖
 เทศ"

แม้ว่าหลักเกณฑ์นี้จะได้รับการสนับสนุนด้วยคำวินิจฉัยขององค์กรยุติธรรมระหว่างประ
 เทศและนักนิติศาสตร์อีกเป็นจำนวนมาก ศาสตราจารย์ไบรลได้ให้ข้อสังเกตว่า บรรพตฐานเหล่า

๑๑๖ Report of Bert L. Hunt, (Washington: Government Printing Office, 1934), p. 447.

นี้มิได้ให้การยืนยันแน่นอนว่ารัฐยังคงต้องชดเชยค่าทดแทนหากความมาตรการยึกทรพย์ได้ใช้เพื่อ
 สาธารณประโยชน์ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ๆ ซึ่งรวมทั้งไม่มีการเลือกปฏิบัติ
 ระหว่างคนชาติกับคนต่างต่าง ^{๑๑๗} หากจะถือเอาคำวินิจฉัยในคดี De Sabla ^{๑๑๘} เป็นบรรทัด
 ฐานในทางยืนยันแล้ว ผลแห่งคดีนี้อาจเป็นคำตอบแก่ศาสตราจารย์ไบรลด์ได้ เพราะความข้อเท็จจริง
 กฎหมาย ปานามาในปัญหาตามคดีนี้ได้ตราขึ้นเพื่อที่จะก่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยใน
 สังคมแก้ปัญหาคความยุ่งยากในระบบการบริหารเกี่ยวกับสิ่งทรมทรัพย์และที่ดินอันเป็นสาธารณ
 สมบัติของแผ่นดินและเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คนชาติและคนต่างต่างอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มี
 การเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด เป็นที่แน่นอนว่าบรรทัดฐานนี้แม้จะสมเหตุสมผลด้วยประการทั้งปวง และ
 เป็นการยืนยันหลักนี้อยู่ในตัว แต่ก็ได้หมายความว่ามีความ "แน่นอน" และแม้ว่าจะไม่มีคดีใด ๆ
 ที่ให้การสนับสนุนแก่ข้อสมมติฐานที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้รัฐยึดทรัพย์สินของคนต่าง
 ต่างได้โดยในท้องชดเชยค่าทดแทน และยอมให้รัฐใช้อำนาจอธิปไตยโดยเด็ดขาดในการออกกฎหมาย
 เกี่ยวกับการยึดทรัพย์ได้ก็ตาม ข้อเท็จจริงจากเหตุการณ์ของโลกมีรัฐเป็นจำนวนมากที่ใช้อำนาจ
 ในการยึดทรัพย์ของคนต่างต่าง โดยคนต่างต่างหาได้รับการชดเชยอย่างแท้จริงไม่ จึงเป็นการ
 ไม่ผิดข้อเท็จจริงในคำกล่าวของไบรลด์ที่ว่า .-

"... เป็นสิ่งที่ไม่จริงและไม่จำเป็นต้องมีหลักที่ตายตัวใด ๆ ในการห้ามรัฐมิให้ยึด
 เอาทรัพย์สินของคนต่างต่างโดยปราศจากค่าทดแทน การเคารพต่อกรรมสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน
 ทั่วไปก็อาจเป็นแต่เพียงคติพจน์ที่สมเหตุผลของนโยบายนิติบัญญัติ แต่ในสถานะการณ์ปัจจุบันเป็นการ
 ยากยิ่งที่จะยืนยันได้ว่าไม่มีสถานะการณ์ใด ๆ ที่หลักนี้ไปต้องปิดทางให้แก่ผลประโยชน์ของสาธารณะ
 ที่มีเหนือกว่า "กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ควณอิทธิพลของแนวความคิดระหว่างทฤษฎีสังคมนิยมกับ
 บัจเจนิยม ย่อมเป็นไปได้ที่จะยืนยันว่าอารยธรรมปัจจุบันสามารถทำให้รัฐทุกรัฐยอมรับโดย
 ปราศจากเงื่อนไข ทฤษฎีของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งขัดแย้งต่อระบบเศรษฐกิจอย่างมหันต์" ^{๑๑๘}

๑๑๗ J.L. Brieley, op. cit., p. 177.

๑๑๘ Ibids, p. 178,

๒.๘ การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมในทางปฏิบัติ

การให้ความคุ้มครองในสิทธิโดยชอบธรรมของคนต่างด้าวโดยเฉพาะในกรณีที่ยึดทรัพย์สินโดยไม่ซัดไซ้คาดหมายได้รับผลสำเร็จในทางกฎหมายตามสมควร โดยองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศได้สนับสนุนเสนอมาในหลักเกณฑ์การยึดทรัพย์สินต้องมีการซัดไซ้คาดหมายและประกอบด้วยมาตรการที่สมเหตุสมผล แต่โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศมิได้ห้ามการใช้อำนาจของรัฐในการยึดทรัพย์สิน และถือว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะกระทำเช่นนั้นได้เพื่อความปลอดภัยแห่งชาติ ทั้งนี้ ตามหลักการกฎหมายระหว่างประเทศทางแก่สำหรับผู้อยู่อาศัยทรัพย์สิน การยื่นขอเรียกร้องเพื่อให้ได้มาซึ่งคาดหมายและต้องกระทำโดยรัฐผ่านกระบวนการให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งยอมเป็นที่คาดคะเนได้ไม่ยากกว่าเป็นมาตรการคุ้มครองที่ไม่เหมาะสม ๑๑๕ อุปสรรคเบื้องต้นอยู่ที่รัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวผู้เสียหายอาจไม่มีความสนใจที่จะให้ความคุ้มครองหรือแม้จะสนใจที่จะให้ความคุ้มครอง การเรียกร้องค่าเสียหายก็ยังมีอุปสรรค โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาวะการณ์ปัจจุบัน รัฐที่ใช้อำนาจยึดทรัพย์สินอาจปฏิเสธขอเรียกร้องให้ชดเชยคาดหมายด้วยการไม่ยอมรับอำนาจศาลได้ ทางแก้โดยการกระทำผ่านกระบวนการยุติธรรมจึงมีโอกาสน้อยมาก นอกจากนี้ แม้รัฐที่ยึดทรัพย์สินจะยอมรับอำนาจศาล แต่ก็อาจปฏิเสธการชดเชยคาดหมายหรือชดเชยคาดหมายให้ต่ำกว่ามูลค่าแห่งความเสียหายที่แท้จริง แต่ก็เป็นที่แน่นอนว่าไม่มีใครปฏิเสธว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ต้องยอมรับว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยที่ไม่อาจแก้ไขโดยมาตรการทางกฎหมายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังมหาสงครามประเทศในระบอบคอมมิวนิสต์ซึ่งเป็นระบบการปกครองที่ไปรับรูกรรรมสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน และประเทศสังคมนิยมอีกหลายประเทศได้ใช้อำนาจโดยพลการยึดทรัพย์สินเอกชนมาเป็นของรัฐ ใโลกให้เกิดข้อพิพาททางการเมืองเสนอว่า บรรดาคำตัดสินขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ในทางปฏิบัติ แม้ว่า

เป็นเพียงส่วนน้อย แต่ก็นับว่าเป็นส่วนที่ประสบความสำเร็จพอสมควร นอกจากการแก้ไขเยียวยา
 โดยผ่านกระบวนการยุติธรรมแล้ว การเรียกร้องค่าชดเชยเพื่อทรัพย์สินที่ถูกยึด รัฐผู้เสียหายได้คำ
 เน้นการนำวิธีทางการทูตและอิทธิพลทางการเมืองเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการยึด
 ทรัพย์สินเป็นการกระทบกระเทือนต่อหลักเศรษฐกิจของประเทศ นับแต่ต้นศตวรรษที่ ๒๐ เป็นต้นมา
 การยึดทรัพย์สินของคนต่างควาได้เกิดเป็นข้อพิพาททางการเมืองที่รุนแรงหลายครั้ง

เริ่มต้นจากการปฏิบัติในประเทศรัสเซียเมื่อเดือนตุลาคม ๑๙๑๗ รัฐบาลได้ดำเนินการ
 ยึดทรัพย์สินของเอกชนโดยไม่คำนึงว่าเป็นทรัพย์สินของคนต่างควาหรือคนชาติ เริ่มตั้งแต่การโอนกิจ
 การธนาคาร การประกันภัย และการเดินเรือเข้าเป็นของรัฐ และขยายขอบเขตยึดทรัพย์สินของ
 คนต่างควา การกระทำดังกล่าวได้รับการประท้วงจากประเทศต่าง ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะ
 ผู้เสียหาย เมื่อปี ๑๙๒๑ บรรดาผู้แทนของชาติผู้เสียหายได้ประชุมกันที่กรุงบรัสเซล (Brussels
 Conference on Russia) ที่ประชุมได้ลงมติว่า

"การยึดทรัพย์สินและเวนคืนทรัพย์สินโดยพลการปราศจากการชดเชยค่าเสียหาย หรือการ
 ทดแทนในทรัพย์สินของคนต่างควาเป็นผู้ถือประโยชน์อยู่ ย่อมเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อการ
 ปฏิบัติของนานาอารยประเทศ เมื่อการยึดทรัพย์สินดังกล่าวเกิดขึ้นยอมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องใน
 ค่าเสียหายจากรัฐบาลของประเทศนั้นได้"^{๑๒๐} ผลของแรงกดดันในอิทธิพลทางการเมือง
 รัสเซียได้ตกลงที่จะชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนให้แก่บางประเทศ แต่โดยข้อเท็จจริงแล้วค่าเสียหายที่
 รัฐบาลอังกฤษได้รับการชดเชยภายใต้สนธิสัญญาทางการค้า ๑๙๓๔ นั้นต่ำกว่าจำนวนที่อังกฤษ
 เรียกร้องอย่างมาก"^{๑๒๑}

^{๑๒๐} D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 766.

^{๑๒๑} *Ibid.*

ในระยะเวลาไล่เลี่ยกับเหตุการณ์ในรัสเซีย การกระทำที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินของคนต่างด้าวได้เกิดขึ้นในประเทศเม็กซิโก ระหว่างปี ๑๙๓๔-๔๐ รัฐบาลได้เวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นไปตามนโยบายจัดสรรที่ดินและได้ยึดกิจการบริษัทน้ำมันซึ่งเป็นของเอกชนคนต่างด้าว เป็นของรัฐ รัฐบาลสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และเนเธอร์แลนด์ได้รับความเสียหายอย่างมากและเป็นผลให้อังกฤษประกาศตัดสัมพันธ์ทางการทูต แต่ในที่สุดรัฐบาลสหราชอาณาจักรและเนเธอร์แลนด์ก็ยอมรับค่าเสียหายโดยประเมินตามราคาทรัพย์สินในเวลาที่การยึดทรัพย์เกิดขึ้นพร้อมกับสถานะสิทธิเรียกร้องทั้งปวง ^{๑๒๒}

พร้อม ๆ กับการยุติของสงครามโลกครั้งที่สอง ระบบสังคมนิยมได้แพร่กระจายไปทั่วภาคพื้นยุโรปเป็นผลให้มีการยึดทรัพย์สินและเวนคืนทรัพย์สินเข้าเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐเป็นจำนวนมาก การปฏิบัติต่อการยึดทรัพย์สินนี้แตกต่างกันไปตามลักษณะทางการ เนื่องจากไม่เหมือนกันของยุโรปตะวันออกและยุโรปตะวันตก การยึดทรัพย์สินของประเทศในยุโรปตะวันตกกระทำโดยมีคำทบทวนด้วยการกำหนดการชดเชยคำทบทวนให้ตามกฎหมายภายใน ส่วนประเทศในยุโรปตะวันออกซึ่งทำการยึดกิจการที่ใหญ่ที่สุดในทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม โดยไม่มีการให้คำทบทวนเป็นการชดเชย นอกจากกรณีพิเศษโดยเฉพาะราย ประเทศอังกฤษซึ่งยึดทองคำของชาวโปแลนด์ได้ชดเชยคำทบทวนให้การตั้งคณะกรรมการผสมระหว่างสหราชอาณาจักรกับโปแลนด์เป็นผู้พิจารณา ส่วนการที่เช็กโกสโลวาเกียยึดทรัพย์สินของชาวเยอรมันและอิตาลีที่มีการชดเชยคำทบทวนไม่ ส่วนการกระทำของอังกฤษ ฝรั่งเศสเบลเยียม และสวีเดนที่มีการประนีประนอม ทำนองเดียวกับยูโกสลาเวีย อังการี บุลกาเรีย และรูมาเนีย ก็มีการประนีประนอมกันด้วยสัญญาสันติภาพ (Peace Treaties) ^{๑๒๓}

เมื่อเร็ว ๆ นี้ ก็มีการยึดทรัพย์สินในประเทศอาหรับซึ่งนับเป็นเหตุการณ์สำคัญอันกระทบกระเทือนแก่ความมั่นคงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ ^{๑๒๔} ได้แก่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศ

^{๑๒๒} Ducker, "The Nationalization", Transactions Proceedings of the Grotius Society (36:1951) p. 86.

^{๑๒๓} D.P. O'Connell, op. cit., 767

^{๑๒๔} Ibid.,

เทศอิหร่านและอียิปต์ กรณีแรกเกิดขึ้นเมื่อปี ๑๙๕๑ รัฐบาลอิหร่านได้เพิกถอนประทานบัตรของ
 บริษัทน้ำมันแองโกล-อิหร่าน (Anglo Iranian Oil Company) อังกฤษได้คัดค้านสู่การ
 พิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ภายขอเรียกร้องให้อิหร่านถอนคืนการยึด หรือมิฉะนั้น
 ก็ต้องชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนและอย่างพอเพียงให้แก่อังกฤษ รัฐบาลอิหร่านโต้แย้งว่าอิหร่านมี
 ขอบผูกพันเพียงแต่การชดเชยค่าทดแทนตามที่ตนเห็นสมควรเท่านั้น แต่ประเด็นข้อพิพาทนี้ได้รับการ
 วินิจฉัยจากศาล เพราะอิหร่านไม่ยอมรับอำนาจศาล ศาลจึงไม่มีอำนาจเหนือคดี^{๑๒๕} แต่ในที่สุด
 ก็ได้มีการประนีประนอมระหว่างรัฐบาลทั้งสอง ไม่ว่าจะ เป็นด้วยผลโดยตรงหรือโดยทางอ้อม
 จากการประนีประนอมกรณีบริษัทน้ำมันอิหร่านก็ตาม อียิปต์ได้ดำเนินการทำนองเดียวกับอิหร่าน
 ภาย การยึดกิจการของบริษัท คลองสุเอซ (The Universal Suez Canal Company)
 พร้อมทั้งเสนอที่จะชดเชยค่าทดแทนให้ตามราคาหุ้นในท้องตลาด รัฐบาลแห่งประเทศอังกฤษ
 สหรัฐอเมริกา ซึ่งมีผลประโยชน์อยู่ในบริษัทนี้จำต้องยอมรับว่าภายใต้สถานการณ์ที่สมเหตุสมผล
 อียิปต์มีอำนาจที่ยึดทรัพย์สินอันไม่กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ระหว่างประเทศได้

การยึดทรัพย์สินครั้งสำคัญของประเทศในเอเชีย คือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปี ๑๙๕๕
 เมื่ออินโดนีเซียยึดทรัพย์สินของชาวนเนเธอร์แลนด์เป็นการขัดต่อสัญญาโตะกลุมปี ๑๙๔๕^{๑๒๖} เป็นผล
 ให้อินโดนีเซียได้รับการประท้วงอย่างรุนแรง

จากประสบการณ์ในอดีตที่ประเทศต่าง ๆ ดำเนินการยึดทรัพย์สินของเอกชน ทำให้
 เห็นแนวโน้มว่าความคุ้มครองในสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมนี้อาจขึ้นอยู่กับรากฐานของกฎ
 หมายอย่างแท้จริง ปัญหาแรงบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่ได้ชัดชัดนี้ เป็นปัญหาที่นัก
 กฎหมายระหว่างประเทศได้ตระหนักเสมอมาและยังไม่อาจแก้จุดอ่อนของกฎหมายระหว่าง

^{๑๒๕} Anglo Iranian Oil Co. Case, International Court of Justice Report, (1952), p. 89.

^{๑๒๖} Round Table Agreement between the Natherland and Indonesia 1949.

ประเทศนี้ได้สำเร็จ จึงต้องยอมรับสภาพการณ์ของอำนาจการเบี่ยงมีเห็นอกกฎหมายไว้ แต่เมื่อพิจารณาในทางทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าวได้พัฒนาถึงระดับที่หลักการต่าง ๆ ได้รับการยอมรับและปฏิบัติของนานาอารยประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในภาคพื้นยุโรปและอเมริกา แต่ยอมรับในอาชลาว่าไควาหลักนี้เป็นที่ยอมรับของกลุ่มประเทศที่ปกครองด้วยระบอบคอมมิวนิสต์ หรือสังคมนิยม ก็ยังเห็นตัวอย่างได้จากประมวลกฎหมายแพ่งของโซเวียตซึ่งวางหลักทั่วไปปฏิเสธกฎหมายและสิทธิทางแพ่งที่มีอยู่ก่อนปฏิวัติเสียทั้งสิ้น สิทธิของเอกชนได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ถูกจำกัดอยู่ภายใต้นโยบายแห่งโซเวียต ๑๒๓) คุ้มครองความแตกต่างในโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนกฎหมายความคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าวทำนองเดียวกับปัญหาระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่ยังมีอุปสรรคอย่างมากในทางปฏิบัติ

อย่างไรก็ดี แม้จะมีเหตุขัดข้องในทางปฏิบัติ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธว่ากฎหมายระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองแก่สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าวและกำหนดหน้าที่ของรัฐต่อชาติซึ่งอาศัยอยู่ในกรณีที่มีการยึดทรัพย์สินของคนต่างด้าวด้วย ในขณะเดียวกันยอมรับไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินบางประการของคนต่างด้าวเพื่อประโยชน์แห่งสันติสุขและความมั่นคงของชาติได้ ในการเรียกร้องค่าเสียหายก็มีโซชันอยู่กับเหตุผลแต่เพียงว่าสิทธิของคนต่างด้าวได้ถูกรุกรอนหรือรบกวนเท่านั้น ส่วนปัญหาว่ารัฐได้ใช้อำนาจริกรอนสิทธิของคนต่างด้าวเกินขอบเขตดังกล่าวหนึ่งซึ่งเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าชอบเขตดังกล่าวได้มีอยู่ ๑๒๔) แต่การที่จะวางกำหนดหลักเกณฑ์ตายตัวให้อยู่ในแนวเดียวกันเพื่อครอบคลุมปัญหาทั้งหมดยังไม่อาจทำได้ในทางปฏิบัติแม้แต่ในระหว่างประเทศอารยะเองก็มีความแตกต่างกันอยู่มาก

๑๒๓) J.N. Hazard, Law and Social Change in the U.S.S.R. (1953), p. 21-24

๑๒๔) Alwyn v. Freeman, op. cit., p. 521.

การรับรองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยรอบธรรมของคนต่างด้าว เป็นการรับรองถึงสิทธิขั้นต่ำ (Minimum Rights) ของบุคคลซึ่งพึงได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อไปอยู่ในดินแดนต่างประเทศ ซึ่งในขณะเดียวกันก็มักจะได้รับการกล่าวขวัญควบคู่ไปกับการปฏิบัติตามมาตรฐานสากล (International Standard of Treatment) สิทธิขั้นนี้จะถือว่าเป็นสิทธิซึ่งเกิดขึ้นจากกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมอาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในด้วย สถาบันประสาทยุติธรรมภายในจึงพึงให้ความคุ้มครองให้แก่คนต่างด้าวด้วย มิฉะนั้น วัตถุประสงค์ของผลแห่งการทำความเสียหายให้แก่คนต่างด้าวได้ การให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวด้วยการควบคุมการประสาทยุติธรรมขององค์กรยุติธรรมภายในนี้ ทำให้เกิดความคิดที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าว คือ ทัศนคติความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างด้าวชน

๓. ความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างด้าว

เมื่อคนต่างด้าวได้เข้าไปอยู่ในดินแดนของรัฐต่างประเทศ ย่อมมีอำนาจเหนือคนต่างด้าวและในขณะเดียวกันก็มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวด้วย หน้าที่นี้รวมถึงการที่จะต้องมีการและมาตรการให้ความคุ้มครองในชีวิตและทรัพย์สิน ให้มีความมั่นคงปลอดภัยตามความเหมาะสม และจะต้องอนุญาตให้คนต่างด้าวได้รับการบำบัดความเสียหายเพื่อความมั่นคงนี้ถูกระทบกระเทือนไปว่าจะได้การกระทำของเอกชนหรือองค์อำนาจแห่งรัฐเอง ในกรณีที่คนต่างด้าวได้รับความเสียหายในเมืองแรกรัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องประสาทยุติธรรมตามระบบกฎหมายภายใน หากมีเหตุขัดข้อง เนื่องจากความบกพร่องของระบบกฎหมายภายใน มาตรการการบริหารกฎหมายไม่ดีพอ หรือขาดการจัดระบบยุติธรรมที่คู่ประการใดประการหนึ่งหรือหลายประการก็ตาม รัฐย่อมเกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อคนต่างด้าว

หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมีส่วนคล้ายคลึงอยู่บ้างกับหลักกฎหมาย
 แห่งในเรื่องละเมิด ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแขนงเดียวกันนี้อาจถูกเรียกว่า
 "ความรับผิดชอบของรัฐในการทำความเสียหายให้แก่คนต่างดาว" "การคุ้มครองบุคคลสัญชาติ
 คนในต่างประเทศ" หรือ "กฎหมายเกี่ยวกับการเรียกร้องระหว่างประเทศ" แต่อย่างไรก็ดี
 การที่เรียกว่า "ความรับผิดชอบของรัฐ" นี้ ขอบมีความหมายกว้างเพียงพอที่จะรวมถึงความรับ
 รับผิดชอบในการละเมิดสนธิสัญญา การใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และรวมถึงการละเมิดต่อ
 กฎหมายระหว่างประเทศในกรณีทั่ว ๆ ไป ^{๑๓๐} ไป

กฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดความรับผิดชอบของรัฐในการทำความเสียหายให้
 แก่คนต่างดาวนี้ แม้ว่าจะเป็นของใหม่ที่เกิดขึ้นในศตวรรษ ๑๙-๒๐ แต่ในแขนงของกฎหมายระ
 หว่างประเทศที่ได้พัฒนาไปมากที่สุดแขนงหนึ่ง ^{๑๓๑} ผลงานนี้อาจพบได้ทั้งในเอกสารโต้ตอบทาง
 การทูต คำวินิจฉัยคดีของอาญาโตตุลาการ และศาลระหว่างประเทศเป็นระยะเวลาติดกันมาจน
 ถึงปัจจุบันไม่น้อยกว่า ๑๒๐ ปี และคำวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรมภายใน ความเห็นของฝ่ายบริหาร
 สนธิสัญญาประนีประนอมเกี่ยวกับข้อเรียกร้องระหว่างประเทศและที่เกี่ยวกับการป้องกันความเสี
 หายอันจะเกิดขึ้นแก่คนต่างดาว ตลอดจนผลงานของนักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีอิทธิพลมาก
 ที่สุดในการสร้างทฤษฎีความรับผิดชอบของรัฐ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่คนต่างดาวให้ได้ในทาง
 ปฏิบัติ

๓.๑ วิวัฒนาการและสารสำคัญเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างดาว

๓.๑.๑ ในทางทฤษฎี

ความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างดาวได้เป็นหลักที่มีอยู่มาแต่โบราณแล้ว

^{๑๓๐} William W. Bishop, JR., International Law cases and Material., (Boston: Little, Brown & Co., 1971), p. 742.

^{๑๓๑} เจสส์ปี ฟิลลิป ซี, เรื่องเกม, หน้า ๑๓๘

ก็จะเห็นได้จากโกรเซียมส์คองถึงงานของซีเซโร และบทบัญญัติทางศาสนา (Holy Scriptures) ว่า รัฐบาลประกาศสงครามได้โดยชอบเพื่อคุ้มครองคนชาติตนจากการถูกปฏิบัติโดยไม่ยุติธรรม

...เมื่อเราไต่ถลาถึงปัญหาเกี่ยวกับการประกาศสงคราม เราได้สนับสนุนและแสดงให้เห็นแล้วว่า ตามกฎหมายธรรมชาติบุคคลพึงจะรับการประกาศความยุติธรรมไม่เพียงแต่การบังคับตามสิทธิของเขาเอง แต่รวมถึงสิทธิที่จะได้รับจากผู้อื่นด้วย ดังนั้น กรณีที่จะเป็นความยุติธรรมต่อบุคคลผู้ซึ่งผลประโยชน์ของเขาตกอยู่ในอันตราย ย่อมเป็นการยุติธรรมต่อบุคคลผู้ซึ่งให้ความช่วยเหลือแก่ผู้นั้นด้วย...

บัดนี้ ปัญหาแรกและจำเป็นที่จะต้องพิจารณาโดยเฉพาะก็คือ ปัญหาเรื่อง "ผู้มีส่วน" (subject) ไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนในอำนาจของครอบครัว หรือผู้มีส่วนในองค์กรทางการเมือง ดังที่เราไต่ถลามาแล้วในเรื่องเดียวกันว่า เขาเหล่านั้น อันที่จริงก็เป็นส่วนหนึ่งของผู้ปกครองนั่นเอง กวียเหตุผลนี้ประชาชนชาวอียิปต์ภายใต้การนำของ Joshua จึงได้เข้าทำสงครามในนามของ Gibeonites ผู้อยู่ในอารักขาของเขา ซีเซโรได้ประกาศแก่ชาวโรมันว่า "บรรพบุรุษของเรามักจะประกาศสงครามเพราะเหตุพอกาและนักเดินเรือได้รับการปฏิบัติที่มิชอบอยู่เป็นเนื่องนี้" อีกตอนหนึ่งของคำปราศรัยเขากล่าวว่า "หลายต่อหลายครั้งในสงครามที่บรรพบุรุษแห่งเราได้ประกาศโดยเหตุผลที่ว่าชาวโรมันได้รับการปฏิบัติที่เลวร้าย นักเดินเรือถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังและพอลูกปล้นสดมภ์"

อย่างไรก็ดี การให้ความคุ้มครองแก่คนสัญชาติตนในต่างประเทศได้เริ่มปฏิบัติอย่างมีหลักเกณฑ์และความจริงจังในศตวรรษที่ ๑๕ นี้ พร้อม ๆ การขยายตัวทางการค้า อุตสาหกรรม

๑๗๓

H. Grotius, De jure belli ac pacis, Book II Chapt. XXV; The Classics of International Law Carnegie Endowment in International Peace, (1925), p. 518 quoted by Federick Sherwood Dunn, The Diplomatic Protection of American in Mexico. (Reprint; New York: Draus Reprints, 1971), p. 3.



และความสะดวกในการสื่อสารคมนาคม ซึ่งเป็นเหตุให้จำนวนคนต่างกัว่าที่เข้าไปอาศัยอยู่ในประเทศต่าง ๆ ได้ทวีขึ้นเป็นลำดับเนื่องจากผลประโยชน์และความจำเป็นในทางการติดต่อธุรกิจการค้าและวัฒนธรรม เมื่อคนต่างกัว่าได้เข้าไปอยู่ในประเทศที่มีความแตกต่างกันอย่างมากในทางวัฒนธรรมและระบบกฎหมาย ความจำเป็นของรัฐเจ้าของสัญชาติจะต้องให้ความคุ้มครองก็มีมากขึ้น ดังที่คินันโลกกล่าววว่า

"ปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลสัญชาติคนในต่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่งทีเรียกว่าความรับผิดชอบของรัฐในการทำความเสียหายให้แก่คนต่างกัว่านี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำรงไว้ซึ่งระบบเศรษฐกิจและสังคมเดียวกันในพฤติกรรมทางการค้าระหว่างประเทศ และเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมืองที่อิสระมีวัฒนธรรมและระดัับแห่งความเจริญต่างกัน มีระบบกฎหมายและเศรษฐกิจไม่เหมือนกันและมีอำนาจและศักดิ์ศรีไม่เท่าเทียมกันด้วย"^{๑๓๔}

อิทธิพลสำคัญที่ทำให้แนวความคิดในทางทฤษฎี ความรับผิดชอบของรัฐได้รับความเห็นชอบอย่างกว้างขวาง ได้แก่ ความพยายามในการจัดทำประมวลกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การสันนิบาตชาติ ความคิดที่จะให้ประเทศต่าง ๆ มีหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสอดคล้องกันโดยร่วมกันยอมรับประมวลกฎหมายระหว่างประเทศนี้ได้ เริ่มมีมาตั้งแต่สมัยสงครามโลกครั้งแรก โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานขององค์การสันนิบาตชาติ โดยคณะกรรมการสิทธิการซุทธิสามแห่ง การประชุมเพื่อร่างประมวลกฎหมายระหว่างประเทศปี ๑๙๓๐ ได้จัดทำร่างความตกลงเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของตนต่อชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของคนต่างกัว่าขึ้น^{๑๓๕} แต่องค์การสันนิบาตชาติก็ไม่ประสบความสำเร็จในการ

๑๓๓

Charles G Fenwick, International Law, (3rd ed.; New York : Appleton Century - Crofts, Inc., 1948), P 275๑๓๔ Ferderick E. Dunn, The Protection of Nationals, (Baltimore: 1932) p. 125.

๑๓๕

Minute of the third Committes, League Documents, Vol. IV 1930, pp 236-237.

ตราประมวลกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น นอกจากนี้ กอนการประชุมที่กรุงเฮก (Hauge Conference) เล็กน้อย ได้มีนักกฎหมายอเมริกันแห่งสถาบันคนควาทางการระหว่างประเทศ สำนักกฎหมายมหาวิทยาลัยฮาวาร์ด ได้จัดทำร่างข้อตกลงเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐขึ้นในปี ๑๙๕๙ แม้ว่าจะไม่ประสบความสำเร็จในการที่จะให้มีการตกลงระหว่างประเทศในรูปสนธิสัญญาใดก็ได้ ผลงานที่ได้รับจากการประชุมร่างประมวลกฎหมาย ณ กรุงเฮก ๑๙๓๐ และสถาบันคนควาแห่งฮาวาร์ดในเรื่องนี้ ทำให้มีข้อยุติในปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐหลายประการ และได้เป็นผลให้ความคิดในเรื่องนี้วิวัฒนาการต่อมาอย่างสำคัญ

องค์การสหประชาชาติโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ได้ดำเนินการวิจัยปัญหาเรื่องนี้ต่อมาและได้ปรากฏผลงานที่มีคุณค่าอย่างยิ่ง โดย Special Rapporteur ของคณะกรรมการ ได้แก่ Garcia Amador ได้ทำรายงานในเรื่องนี้ขึ้น ๒ ฉบับ พร้อมทั้งร่างข้อตกลงขึ้นในปี ๑๙๖๑^{๑๓๖} ในขณะที่เดียวกันร่างข้อตกลงเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐซึ่งร่างขึ้นใน ๑๙๕๙ ของสถาบันคนควาทางการกฎหมายระหว่างประเทศของมหาวิทยาลัยฮาวาร์ดก็ได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยศาสตราจารย์ R. Baxter และศาสตราจารย์ L. B. Sohn สำหรับส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะ สถาบันกฎหมายอเมริกัน (The American Law Institute) ก็ได้จัดทำรวบรวมขึ้นใหม่ในปี ๑๙๖๕

๓.๑.๒ ในทางปฏิบัติ

โดยปกติความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างควาในทางปฏิบัติ เมื่อคนต่างความีความรู้ดีกว่าคนใดได้รับความไม่เป็นธรรมจากรัฐแห่งดินที่อยู่ ก็ยอมจะขอความคุ้มครองจากรัฐ ซึ่งตนมีสัญชาติ หากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เรียกร้องเชื่อว่ารัฐแห่งดินที่อยู่ได้ละเมิดกฎหมาย

ระหว่างประเทศจริง ก็ย่อมอาจดำเนินการในเบื้องต้นด้วยวิธีทางการทูต ในชั้นนี้หน่วยงานเกี่ยวกับกิจการระหว่างประเทศของรัฐทั้งสองยอมจะหาทางประนีประนอมกันและอาจเห็นพ้องตกลงกันว่าคดีไม่มีมูลที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ หรือรัฐผูกความเสียหายอาจยอมรับผิดและชดเชยค่าเสียหายได้ ก็คือยอมยุติลงเมื่อรัฐทั้งสองเห็นพ้องตกลงกันในกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าว แต่ถ้ามองจากตกลงกันโดยข้อเรียกร้องก็อาจเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ หรืออาจประวิงไว้จนกว่าจะมีการตกลงถึงอนุญาโตตุลาการขึ้น ถ้าเป็นกรณีของรัฐไม่ประสงค์หรือไม่อาจให้ข้อเรียกร้องได้รับการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ข้อเรียกร้องยอมจะเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในที่สุด

แม้ว่าในทางทฤษฎีความรับผิดชอบของรัฐยอมเกิดขึ้นแล้วทันทีที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างดาว โดยการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในทางปฏิบัติองค์ประกอบสำคัญที่สุดของการเรียกร้องค่าเสียหายได้แก่บทบาทของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็ตาม เพราะผลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของทฤษฎีของเวตเทิล ที่ถือว่าการทำความเสียหายให้แก่พลเมืองเป็นความเสียหายของรัฐก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำความเสียหายให้แก่คนต่างดาวนี้ คนต่างดาวเองหาไม่มีสิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด หากแต่เป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องระหว่างรัฐผู้เป็นเจ้าของสัญชาติหรือรัฐผู้เรียกร้องกับรัฐแห่งดินที่อยู่ซึ่งเป็นรัฐถูกเรียกร้องในฐานะผู้ก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้น^{๑๓๗} แม้ว่าในทางปฏิบัติขององค์การยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีแนวโน้มในการพิจารณาคดีเหล่านี้เสมือนหนึ่งว่าสิทธินี้เป็นคนต่างดาวเองยิ่งขึ้นทุกที และกฎหมายระหว่างประเทศได้วิวัฒนาการมาถึงระดับที่อาจเรียกได้ว่าได้ยอมรับฐานะของคนต่างดาวเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็ตาม แต่โดยเหตุขัดข้องที่คนต่างดาวยังไม่อาจเสนอข้อเรียกร้องของตนโดยตรงต่อองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศได้ จึงมีวิถีทางเกี่ยวที่ตองกระทำโดยรัฐซึ่งคนมีสัญชาติสังกัดอยู่ ทั้งนี้ กานแรกและ

๑๓๗

William W. Bishop, Jr. op.cit., p.849.

เป็นคำสำคัญที่จะให้รัฐที่ทำความเสียหายของคนต่างควมกฎหมายระหว่างประเทศรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น คือ การคัดสนใจหรืออีกนัยหนึ่งนโยบายการให้ความคุ้มครองแก่คนสัญชาติคนในดินแดนต่างประเทศของรัฐเจ้าของสัญชาติคนต่างควมผู้เสียหาย ความสำเร็จหรือความล้มเหลวแห่งนโยบายดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับประกอบหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสำนึกของรัฐบาลในการให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองของตน และอิทธิพลทางการเมืองระหว่างประเทศ^{๑๓๘} ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศตัวอย่างที่นับพหุพหุสำคัญที่สุดในการให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองตนในดินแดนต่างประเทศด้วยความเป็นประเทศที่มีอิทธิพลทางการเมืองและตระหนักในการให้ความคุ้มครองแก่เอกชน ประกอบกับเป็นประเทศที่มีผลประโยชน์โพ้นทะเลมหาศาลทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องพิทักษ์ผลประโยชน์นี้ไว้ ระบบกฎหมายและกรปฏิบัติในการใช้สิทธิเรียกร้องระหว่างประเทศมีรากฐานอย่างมั่นคง จึงควรที่จะได้รับการพิจารณาควบคู่ไปกับกรณีทั่ว ๆ ไป

คนต่างควมเมื่อได้รับความเสียหายและไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากรัฐแห่งถิ่นที่อยู่ได้แล้ว ย่อมต้องหาวิธีการเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองจากรัฐตนในเบื้องต้นก็อาจขอความคุ้มครองจากตัวแทนของรัฐตนซึ่งได้แก่ทูตหรือกงสุล ซึ่งอาจดำเนินการให้ความช่วยเหลือเบื้องต้นหรือระงับมิให้เกิดความเสียหายต่อไป หากเป็นกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว เรื่องราวก็ควรเสนอต่อกระทรวงการต่างประเทศของประเทศซึ่งผู้เสียหายมีสัญชาติสังกัดอยู่ ในกรณีที่อเมริกาอเมริกันได้รับความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำผิดที่รัฐบาลอื่นต้องรับผิดชอบ ขอเรียกร้องขอยืนยันคำที่ปรึกษากฎหมายกระทรวงการต่างประเทศ กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. (Legal Adviser.

Department of State, Washington D.C. 20520) หลักฐานเบื้องต้นในการที่รัฐจะพิจารณารับดำเนินการเรียกร้องทางการทูตหรือไม่ ยอมรับได้จากคำร้องขอผู้เสียหายโดยตรง ดังนั้น แม้ว่าวิธีปฏิบัติในการขอความคุ้มครองจะไม่มีแบบแผนเคร่งครัดเหมือนกระบวนการพิจารณาคดีของศาล แต่ความยุ่งยากของปัญหา การเตรียมพยานหลักฐานต่าง ๆ ตลอดจนเหตุผลที่จะ

^{๑๓๘} เจสส์ พีลลิป ซี, เรื่องเกม, หน้า ๑๕๐

แสดงว่ารัฐที่ก่อความเสียหายแก่คนใดละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมจะต้องอาศัยความ
 ช่วยเหลือของนักกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญทางกฎหมายระหว่างประเทศ
 เกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้อง ^{๑๓๕} ในกรณีนี้ทางการเห็นว่าขอเรียกร้องสมเหตุสมผลประกอบด้วย
 พยานหลักฐานสนับสนุน โดยปกติก็ย่อมจะดำเนินการเรียกร้องตามวิถีทางการทูตกับรัฐที่ต้องรับผิดชอบ
 ขอเรียกร้องมักจะตกลงกันด้วยดีโดยการเจรจาทางการทูตในชั้นนี้สำหรับกรณีที่เกิดตกลงกันไม่
 ได้ ก็ต้องเสนอขอเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการหรือองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศ ตามธรรมดา
 มักจะมีการขอให้เรื่องราวที่มากพอควรแก่การตั้งคณะกรรมการผสมเพื่อการพิจารณาขอเรียก
 ร้องระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่นในกรณี United States - Mexican Commission
 ภายใต้สนธิสัญญาปี ๑๙๒๓ แต่ในปัจจุบันการเรียกร้องระหว่างประเทศโดยการตั้งคณะกรรมการผสม
 ผสมชั้นพิจารณาได้รับความนิยมน้อยกว่าการประนีประนอมโดยการชดใช้เงินจำนวนแน่นอน วิธี
 การนี้เป็นวิธีการให้ความคุ้มครองทางการทูตวิธีหนึ่งด้วยการประนีประนอมในค่าเสียหายจำนวน
 แน่นอน และรัฐผู้เสียหายจะเป็นผู้จัดสรรเงินให้แก่ผู้เรียกร้องโดยองค์การภายใน ^{๑๔๐}

ในกรณีที่รัฐบาลแห่งสัญชาติผู้เสียหายเรียกร้องจะดำเนินการทางการทูตหรือเสนอ
 ขอเรียกร้องไปยังองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศต่อรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ ย่อมขึ้น
 อยู่กับบทบัญญัติกฎหมายภายในหรือนโยบายของรัฐโดยแท้ ^{๑๔๑} แทนทุกประเทศเอกชนที่มีสิทธิ
 ตามกฎหมายที่จะบังคับให้รัฐตนดำเนินการเรียกร้องทางการทูตหรือยื่นขอเรียกร้องต่อองค์การ
 กฎหมายระหว่างประเทศได้ไม่ ในประเทศสหรัฐอเมริกาคุณูปินิจในการให้ความคุ้มครองแก่คน

^{๑๓๕} William W. Bishop Jr, op.cit., p.845-847.

^{๑๔๐} Lump-sum settlement, ibid., p.842.

^{๑๔๑} Edwin M. Borchard, Diplomatic Protection of Citizen Abroad, or The Law of International Claims (New York: Kraus Reprints, 1970), p.355 - 398.

ชาติตามวิถีทางการทูตนี้เป็นของกระทรวงการต่างประเทศที่จะตัดสินใจโดยคำนึงถึงนโยบาย
ต่างประเทศและผลประโยชน์ของสหรัฐเป็นส่วนรวม ๑๕๒ คั้งที่รัฐมนตรีต่างประเทศ Frelin-
ghuysen กล่าวเมื่อ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๑๘๘๘ ว่า

"ในส่วนที่ระหว่างสหรัฐกับพลเมือง การเรียกร้องยังมีส่วนที่เป็นความสัมพันธ์ทาง
เอกชนอยู่มาก แต่เมื่อรัฐใดดำเนินการเรียกร้องและดำเนินการทางการทูตด้วยการเรียกร้อง
ต่อรัฐบาลต่างประเทศเป็นการเรียกร้องของประเทศในการเสนอขอเรียกร้องคั้งกล่าว รัฐบาล
มีอำนาจควบคุมโดยบริบูรณ์ ซึ่งเป็นสิทธิของรัฐโดยแท้ในการที่จะไม่เสนอขอเรียกร้อง การยอม
คดีหรือรับประนีประนอมโดยไม่จำเป็นต้องปรึกษากับผู้ร้อง" ๑๕๓

คั้งนั้น การเรียกร้องเพื่อทดแทนความเสียหายต่อคนต่างดาวทั้งระดับทางการทูต
หรือโดยองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นเรื่องของการเรียกร้องระหว่างรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่ง
ในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ เอกชนผู้ร้องโดยปกติถือว่าไม่มีสิทธิตามกฎหมายใด ๆ
จำนวนเงินที่รัฐผู้ร้องได้รับชำระเพื่อค่าเสียหาย แม้ว่าทางปฏิบัติรัฐจะจ่ายเงินให้แก่ผู้เสียหายที่
แท้จริงก็ตาม คั้งในคำพิพากษาของศาลสูงในคดี William v. Heard, ๑๕๔
พิพากษา Larmar J. กล่าวถึงกรณี Alabama Arbitration awards ๑๕๕ ตอนหนึ่งว่า

๑๕๒
อย่างไรก็ดี มีบทบัญญัติของกฎหมาย (๒๒ U.S.1732) กำหนดให้เป็นหน้าที่ของ
ประธานาธิบดีต้องดำเนินการคุ้มครองชาวอเมริกันที่ถูกจำคุก หรือกักขังอยู่ต่างประเทศ,
William W. Bishop, Jr. op.cit., p.148.

๑๕๓ John B. Moore, Digest of International Law, Vol. 6
(Washington, 1906), p.616.

๑๕๔ 140 U.S. 529, 537 (1891).

๑๕๕ Papers Relating to the Treaty of Washing, Vol. 4
(1872), p. 49.

"คาสเซอเซียนี้ได้ให้แก่อเมริกาในฐานะแห่งชาติ เงินจำนวนนี้จึงเป็นเงินของชาติที่รัฐสภาจะได้จัดสรรตามที่เห็นเหมาะสม จริงอยู่ในฐานะที่เป็นพลเมืองแห่งสหรัฐได้รับความเสียหาย ร่างกายและทรัพย์สินควรได้รับการชดเชยจากสหราชอาณาจักร และเป็นธรรมดาอย่างยิ่งที่รัฐสภาควรจัดสรรเงินที่ได้รับการชดเชยมาขึ้นให้แก่ผู้เสียหาย แต่เมื่อถือหลักโดยเคร่งครัดตามกฎหมายหรือสิทธิตามกฎหมายแล้ว เอกชนผู้ร้องหาสิทธิใด ๆ ในจำนวนเงินที่ได้รับมาจากการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ ในขณะที่เกี่ยวกับรัฐสภาที่ไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมายที่จะจ่ายเงินจำนวนใด ๆ แก่ขอเรียกร้องอันสืบเนื่องมาจากเงินจำนวนดังกล่าว "

แม้ว่าในทางทฤษฎีความเห็นส่วนใหญ่ได้มีการยอมรับว่าคนต่างด้าวเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรู้สิทธิของคนต่างด้าวในหลายๆ กรณี หากแต่ยังไม่อาจตกลงในหลักการที่จะให้เมืองครุยุติธรรมที่จะประสาทความยุติธรรมแก่คนต่างด้าวโดยตรง เมื่อมีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นได้โดยไม่ต้องผ่านรัฐ หากเมื่อใดบรรดา รัฐในสังคมนานาชาติพร้อมใจกันยอมรับหลักการที่ให้สิทธิแก่เอกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับสามารถจัดตั้งสถาบันเพื่อให้คนต่างด้าวใช้สิทธิเพื่อการแก้ไขเยียวยาในความเสียหายของคนของรัฐที่ต้องรับผิดชอบโดยตรง โดยไม่ต้องอาศัยความช่วยเหลือของรัฐที่ตนสังกัดอยู่^{๑๕๖} ผลที่ตามมาก็คือ เอกชนสามารถได้รับการบำบัดความเสียหายในสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยไม่ต้องผ่านชาติตน ถ้าเสียหายที่ทดแทนก็เป็นการให้แก่ผู้เสียหายโดยไม่จำกัดคำนึงถึงสัญชาติ ดังนั้นแม้คนไร้สัญชาติและพลเมืองของรัฐนั้นเองก็จะขอความคุ้มครอง

อย่างไรก็ดี ความคิดดังกล่าวหาได้เป็นอุปสรรคที่จะกีดกันคนต่างด้าว การคุ้มครองขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศอย่างสิ้นเชิงไม่ โดยเฉพาะสำหรับคนต่างด้าวที่เป็นสมาชิกของประเทศที่ให้ความสนใจในเรื่องนี้อย่างจริงจัง รัฐยอมจะดำเนินการเรียกร้องให้มีการบำบัด

ความเสียหายให้แก่คนชาติหนึ่งที่สูงที่สุดไม่จำกัดอยู่แค่เฉพาะการเรียกร้องตามวิถีทางการทูต
 เท่านั้น เมื่อพิจารณาจากการมีส่วนร่วมในองค์การตุลาการระหว่างประเทศที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย
 จัดตั้งขึ้นเพื่อกำเนินการเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องโดยเฉพาะ สหรัฐอเมริกาถูกจัดว่าเป็นประเทศ
 ที่มีส่วนร่วมต่อการพัฒนาและใช้ประโยชน์จากกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐที่สำคัญที่สุด^{๑๘๗}
 ทั้งในฐานะโจทก์และจำเลย ศาลระหว่างประเทศ เช่น ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศของ
 องค์การสันนิบาตชาติในอดีต ก็ได้ถูกใช้ให้เป็นองค์การพิจารณาพิพากษาคดีในข้อเรียกร้องเกี่ยวกับ
 ความรับผิดชอบของรัฐในการทำความเสียหายให้แก่คนต่างก่า สถิติในบรรดาคดีที่ผ่านการ
 พิจารณาของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศส่วนใหญ่เป็นคดีเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหาย
 ให้แก่คนต่างก่า อย่างไรก็ตาม นับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา การมอบข้อพิพาท
 ให้องค์การยุติธรรมระหว่างประเทศทั้งในระดับอนุญาโตตุลาการและศาลได้ลดน้อยลง ทั้งโดย
 ประเทศสหรัฐอเมริกาเองและประเทศอื่น ๆ ได้ดำเนินการเรียกร้องโดยวิถีทางการทูตในวิธี
 ประนีประนอมโดยชดใช้เงินจำนวนแน่นอนแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีทำความเสียหายให้แก่
 ประโยชน์ที่เป็นทรัพย์สินหรือการยึดทรัพย์ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะประเทศต่าง ๆ ได้เห็นพ้องต้องกัน
 ในความคิดเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐกว้างขวางขึ้น ทำให้การดำเนินการเรียกร้อง
 ประสบความสำเร็จอย่างดียิ่งในระดับการทางการทูต ทำให้คดีในข้อขึ้นสู่การพิจารณาขององค์การ
 ยุติธรรมระหว่างประเทศที่ยุ้งยากขึ้นไปอีก

จากวิวัฒนาการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐโดยสังเขป ได้แสดงให้เห็นถึงเจต
 จานงก์ของรัฐต่าง ๆ ในสังคมนานาชาติที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ให้รัฐมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย
 ระหว่างประเทศให้มั่นคงยิ่งขึ้นทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติ แต่ความสำเร็จนั้นได้เกิดขึ้นแต่เฉพาะ
 บางส่วนของโลก ซึ่งได้แก่ประเทศที่พร้อมที่จะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์อย่างมีความรับผิดชอบเท่านั้น
 ในหลาย ๆ ประเทศโดยเฉพาะประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง และประเทศ

ที่มีการปกครองในระบบคอมมิวนิสต์ ได้ปฏิเสธหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐในการทำความเสียหายแก่คนต่างด้าวโดยสิ้นเชิง^{๑๔๘}

การปฏิเสธนี้อาจพบได้เสมอจากขอลกเดียงของ International Law Commission, the Sixth Committee of the general Assembly และในบทความอื่นที่แสดงออกโดยผู้แทนของกลุ่มประเทศอเมริกาใต้ ประเทศเกิดใหม่ในทวีปเอเชียและแอฟริการวมทั้งผู้แทนของ Soviet bloc ซึ่งได้กล่าวโจมตีหลักกฎหมายจารีต กฎหมายประเพณีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐนี้ว่าเป็นความคิดที่ล้าสมัย "out of mode" เป็นลักษณะของการ "ล่าอาณานิคม" (Colonial) จักรวรรคินิยม "Imperialistic" หรือ "การทูตโดยดอลลาร์" (Dollar Diplomacy)^{๑๔๙} และมีได้เป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งในปัจจุบันและอนาคต ข้อปฏิเสธทำนองนี้ย่อมไม่เป็นที่ปรารถนาของผู้ที่ไม่ได้ให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนและเป็นหลักการที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายระหว่างประเทศ^{๑๕๐}

๓.๒ หลักเกณฑ์แห่งความรับผิดชอบของรัฐ

แม้ว่าโดยรากฐานแห่งความแตกค่างทางการเมืองของสมาชิกแห่งสังคมโลกที่ได้แบ่งเป็นฝ่ายเสรีนิยมและคอมมิวนิสต์ และฝ่ายหลังได้ใช้ความพยายามที่จะล้มล้างความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในการทำความเสียหายแก่คนต่างด้าว แต่เมื่อได้ถูกเรียกร้องค่าทดแทนในความเสียหายที่ประจักษ์แจ้ง ประเทศเหล่านั้นก็หาอาจปฏิเสธได้ไม่ ทั้งนี้ ความมีอยู่ของหลักความรับผิดชอบของรัฐในการทำความเสียหายแก่คนต่างด้าวได้เป็นส่วนหนึ่งแห่งจารีต

^{๑๔๘} William W. Bishop, cp. cit., p. 744

^{๑๔๙} เจสส์ปี พิลลิป ซี, เรื่องเดิม, หน้า ๑๔๒.

^{๑๕๐} O.S.N. Guha Roy, "Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law, American Journal of International Law (55:4: 1961), p. 863.

ประเพณีระหว่างประเทศแล้ว โดยไม่มีข้อสงสัย Borchard ได้กล่าวเมื่อต้นศตวรรษว่า

"ในกรณีที่ไม่มีความตกลงกันระหว่างประเทศหรือศาลยุติธรรม หน้าที่ชั้นมูลฐานของรัฐต่อกันต่างกล่าว และความรับผิดชอบระหว่างประเทศในการละเลยหน้าที่ของรัฐนั้นย่อมพิจารณาได้จากผลแห่งการวิวัฒนาการในทางปฏิบัติที่มีมาเป็นลำดับ การที่รัฐใดสมัครที่จะมีความสัมพันธ์ต่อกันย่อมเป็นการยอมรับหน้าที่บางประการอันเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์นั้น ในการที่ไม่ใช่ศูนย์กลางแห่งอำนาจที่จะบังคับให้รัฐแห่งอื่นที่อยู่ปฏิบัติตามหน้าที่ชั้นมูลฐานนี้ กฎหมายระหว่างประเทศได้อนุญาตให้รัฐเจ้าของสัญชาติคนต่างด้าวผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดมีสิทธิที่จะเรียกร้องและบังคับให้ศาลชดเชยเพื่อความเสียหายที่ได้รับ คนต่างด้าวย่อมได้รับการบำบัดความเสียหายในการถูกละเมิดสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอาศัยมาตรการทางการทูตเพื่อชดเชยแทนความเสียหายซึ่งอาจตีราคาเป็นเงินได้ มาตรการนี้เริ่มตั้งแต่การเสนอข้อเรียกร้องทางการทูตไปจนถึงการประกาศสงคราม"

ในผลงานที่มีชื่อเสียงของ คินัน^{๑๕๖} หลังจากได้ยืนยันหลักกฎหมายที่ให้คนต่างด้าวพึงได้รับความคุ้มครองทางการทูตแล้ว ยังได้กำหนดมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาถึงความเสียหายในการที่จะใช้ชีวิตหรือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศด้วย เขากล่าวว่า

"สถาบันแห่งการใช้สิทธิเรียกร้องทางการทูตย่อมถือได้ว่าเป็นองค์การที่จะให้ความคุ้มครองจากการเสี่ยงต่อความเสียหายและสูญเสียได้ และจำเป็นที่จะต้องมีความคู่ไปกับการปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศและความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ ตามปกติ... กฎหมาย... ควรจะกำหนดวิธีการจัดสรรความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเสี่ยงนั้นว่าผู้ใดสมควรที่จะรับไว้ โดย

^{๑๕๖} Edwin M. Borchard, op.cit., pp.177-8.

^{๑๕๗} F.S. Dunn, The Protection of Nationals (Baltimore: John Hopkins Press, 1932), commented by Borchard in American Journal of International Law (28: 1934), p.188.

ตระหนักถึงการจักให้ขึ้นและรักษาไว้ซึ่งสถานะอย่างต่ำสุด อันจำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ร่วมกันในความสัมพันธ์ระหว่างมวลสมาชิกในสังคม"

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่จะพิจารณาตามข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีว่า รัฐใดกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกันต่างแล้วหรือยังจะต้องพิจารณาด้วยการตั้งเป็นคำถาม หากรัฐปฏิบัติความรับผิดชอบในกรณีเช่นนั้น ความเสียหายจะเกิดขึ้นแก่ฉนวนระหว่างประเทศหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่ ^{๑๕๓} หากคำตอบว่าไม่เป็นการเสียหาย รัฐแห่งถิ่นที่อยู่ของกนต่างต่างยอมไม่มีความรับผิดชอบ

๓.๒.๑ มาตรฐานการปฏิบัติต่อกนต่างต่าง

แนวความในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติต่อกนต่างต่างนี้ ได้เกิดขึ้นเนื่องจากปัญหาที่มีความเห็นไม่ลงรอยกันระหว่างนักกฎหมายว่า ในการปฏิบัติต่อกนต่างต่างควรใช้มาตรฐานใดเป็นเครื่องกำหนดขอบเขตแห่งความรับผิดชอบของรัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งกนต่างต่างจะได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานอย่างไรจึงจะเป็นการยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งประกอบด้วยต่างต่าง รัฐซึ่งกนต่างต่างมีสัญชาติ และรัฐซึ่งกนต่างต่างมีถิ่นที่อยู่ เมื่อคำนึงถึงผลประโยชน์ของทุกฝ่ายจึงกล่าว ความคิดของฝ่ายนิยมกฎหมายสารบัญญัติ ที่ให้อำนาจแก่กษัตริย์กฎหมายระหว่างประเทศยอมไม่อาจให้ความยุติธรรมแก่กนต่างต่างได้ เพราะการที่กนต่างต่างต้องตกอยู่ภายใต้การปฏิบัติที่เป็นไปคามอำเภอใจของรัฐผู้รับ จึงเท่ากับว่ากนต่างต่างมิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไรเลย หากถือตามทฤษฎีของท่านเลาเซอร์ปัทท์ที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของ "ความมีเหตุผล" แล้ว ^{๑๕๔} ยอมรับ

^{๑๕๓} เจสส์ พิลลิป ซี, เรื่องเดิม, หน้า ๑๕๕

^{๑๕๔} "The reason of thing," See H. Lauterpacht, Private Law Source and Analogies of International Law (London: Longman, 1927).

ความว่าสิทธิของคนต่างค้ำวที่กฎหมายระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองนี้มีความยุติธรรมอยู่ใน
 ค้ำว ซึ่งทางปฏิบัติประเทศต่าง ๆ อาจใช้กฎหมายนี้สนับสนุนการกระทำของตนว่าเป็นการกระทำที่
 เหตุผล เพื่อให้ได้รับการรับรองจากนานาชาติได้ ในที่สุดก็ไม่อาจพบมาตรฐานที่แท้จริงได้
 ความยุติธรรมตามกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศน่าจะเป็น
 สิ่งที่มีรากฐานมาจากข้อเท็จจริงที่สำคัญประการหนึ่ง คือ นิไซเป็นแต่เพียงสิ่งซึ่งเป็นข้ออ้างว่า
 ไปปฏิบัติสอดคล้องกับความยุติธรรมตามธรรมชาติหรือหลักของเหตุผลแล้ว หากยังต้องประกอบ
 ด้วยหลักการซึ่งสมาชิกแห่งชุมชนนั้นได้ให้ความเห็นชอบด้วย หรืออย่างน้อยก็ได้รับความเห็นชอบ
 จากสมาชิกส่วนใหญ่ที่ประกอบด้วยผู้มีเหตุผล สมาชิกประเภทนี้สำหรับสังคมโลกปัจจุบันน่าจะได้แก่
 สิ่งที่เรียกกันจนเคยชินว่า "นานอารยประเทศ"

ดังนั้น ในเบื้องต้นจึงอาจวางหลักเกณฑ์ได้ว่า การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคน
 ต่างค้ำวหากรัฐไปปฏิบัติสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่รับรองแล้วของนานอารยประเทศแล้ว
 ย่อมถือได้ว่าเป็นยุติธรรมเพียงพอ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์นี้ยังคงต้องการการขยายความอีกมาก
 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อสิ่งที่กำหนดขึ้นไม่ว่าจะเรียกว่า "อารยธรรม" "ความยุติธรรม" หรือ
 "มาตรฐาน" เป็นข้อเท็จจริงที่ยากแก่การวางหลักเกณฑ์ให้แน่นอน ถึงแม้จะเห็นได้ว่าสังคมแต่ละ
 ระดับย่อมมีความแตกต่างกันในเรื่องนี้ อารยธรรมในโลกปัจจุบันย่อมต่างไปจากยุคโบราณหรือ
 สมัยกลาง ความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมและสิ่งซึ่งเป็นมาตรฐานย่อมต่างกันไปตามระดับแห่ง
 อารยธรรมด้วย แม้ในสมัยปัจจุบันการปฏิบัติในแต่ละประเทศก็ยังไม่เหมือนกัน ข้อแตกต่างที่เห็น
 ได้ชัดเจนคือ บรรทัดฐานในสังคมของประเทศเสรีนิยมและสังคมนิยมมีความขัดแย้งอันมากใน
 หลาย ๆ กรณี ระดับแห่งการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างค้ำวก็เช่นเดียวกัน ในโลกสมัย
 โบราณการให้สิทธิขึ้นอยู่กับความพอใจของบุปการอง คนต่างค้ำวจึงได้รับการปฏิบัติในทางถูก
 วิตรอนสิทธิมากกว่าการได้รับความคุ้มครอง ดังมีสุภาษิตโรมันที่ว่า "บรรยากาศแปลกถิ่นย่อม
 ทำให้มนุษย์ไร้อิสระ"^{๑๕๕} ในสมัยกลางเมื่อพ่อค้าต่างค้ำวชาวยุโรปได้ทำการติดต่อค้าขาย

^{๑๕๕} "a strange air makes man unfree," Philip M. Brown, *op.cit.*, p. 534.

ในดินแดนตะวันออกไกล ภัยความแตกต่างในทางวัฒนธรรมและศาสนาทำให้ได้รับความยินยอมจากเจ้าผู้ครองนครให้ได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม หากแต่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขต คนต่างควายภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของตนและได้รับความคุ้มครองจากศาลกงสุล ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐบาลตน คนต่างควายจึงมีเอกสิทธิเหนือคนพื้นเมืองในสมัยปัจจุบันมนุษย์ในฐานะที่เป็นสมาชิกของชุมชนรัฐได้รับความคุ้มครองจากรัฐ สิทธิขั้นมูลฐานได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิที่ไม่อาจละเมิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพในความคิด ความสำนึกและความยุติธรรมทั่วไปได้รับความคุ้มครอง โดยกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจของรัฐในขณะเดียวกันคนต่างควายในฐานะที่มีได้เป็นสมาชิกของรัฐผู้รับ ทำให้ขาดความมั่นคงในการที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐที่ตนมีถิ่นฐาน กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นสื่อกลางทำหน้าที่ทั้งทางตรงและทางอ้อม

จากรากฐานแห่งอารยธรรมปัจจุบันที่นานาชาติให้การเคารพต่อสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ จึงถือว่าคนต่างควายพึงได้รับการเคารพและความคุ้มครองในสิทธินี้ไม่ว่าจะไปอยู่ ณ ดินแดนใด ส่วนในการปฏิบัติอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับหลักนี้ ยังมีความที่ไม่ตรงกันอยู่หลายฝ่าย แต่พอสรุปได้เป็นสองฝ่ายใหญ่ ๆ ด้วยกันคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าในการที่รัฐปฏิบัติต่อคนต่างควายควายความเสมอภาคกับคนพื้นเมือง ย่อมถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่สมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ๑๕๖ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าในบางประเทศนี้การปฏิบัติต่อมนุษย์ต่ำกว่าของอารยประเทศ ส่วนใหญ่หรืออย่างน้อยหนึ่งพลเมืองมิได้รับการคุ้มครองในสิทธิมนุษยชนอย่างเหมาะสมกับมาตรฐานสากล คนต่างควายในฐานะที่เป็นสมาชิกของรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงควรที่จะได้รับการปฏิบัติในระดับที่เหมาะสมแก่มาตรฐานสากล

ในประวัติศาสตร์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในการทำความเสียหายให้แก่คนต่างดาว นักกฎหมายและรัฐบาลของประเทศลาตินอเมริกาได้กล่าวอ้างมาเป็นเวลานานแล้วว่า มาตรฐานการปฏิบัติต่อคนต่างดาวที่ถูกต้องโลกคือการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันกับที่รัฐนั้นปฏิบัติแก่คนชาติตน แต่นักกฎหมายประเทศเองไกลแชนซอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ยอมรับหลักแห่งความเสมอภาคระหว่างคนชาติและคนต่างดาวว่าเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำสุด (Minimum Standard) ที่คนต่างดาวพึงได้รับเท่านั้น คนต่างดาวพึงได้รับความคุ้มครองในระดับซึ่ง เป็นมาตรฐานสากลของการบริหารความยุติธรรม รัฐควรปฏิบัติทำให้ความคุ้มครองแก่เอกชนตามมาตรฐานดังกล่าว ถ้ารัฐใดมิได้ปฏิบัติตามมาตรฐานสากล รัฐบาลแห่งรัฐที่คนต่างดาวมีสัญชาติย่อมมีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองได้ ความคิดทั้งสองฝ่ายได้เผชิญหน้ากันตลอดมา ทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติ แม้ในปัจจุบันก็ยังไมอาจลงรอยกันได้ ทั้งสองฝ่ายต่างกับเหตุผลสนับสนุนทฤษฎีของตนและโต้แย้งของฝ่ายตรงข้าม จึงเป็นการสมควรที่จะพิจารณาสาระสำคัญในหลักการแห่งทฤษฎีทั้งสองนี้พอ เป็นสังเขป

๓.๒.๑.๑ ทฤษฎีแห่งความเสมอภาค

นับตั้งแต่กฎหมายระหว่างประเทศได้เป็นระบบที่ยอมรับกันแล้ว ได้มีนักทฤษฎีหลายท่านใช้ความพยายามที่จะสมานแนวทางปฏิบัติต่อคนต่างดาวและคนชาติให้อยู่ในระดับเดียวกัน และเมื่อคนต่างดาวจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบคนพื้นเมืองก็ได้มีการเสนอให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ แก่คนต่างดาวเพิ่มขึ้น เพื่อให้มีฐานะเท่าเทียมกับคนเมือง แต่ความพยายามที่จะให้มีการเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนต่างดาวและคนพื้นเมืองนั้นเป็นการยากที่จะวางแนวบรรทัดฐานให้เป็น
ที่แน่นอน ๑๕๗

ทั้งโลกกล่าวมาแล้ว คนต่างต่างในฐานะที่เป็นบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่จะได้รับการเคารพและการคุ้มครองไม่ว่าจะอยู่ ณ ในถิ่นแดนแห่งใด หลักนี้มาจากทฤษฎีว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของมนุษยชน ซึ่งวิททอเรียเห็นว่าเมื่อคนต่างต่างเข้าไปมีถิ่นฐานหรือพำนักอาศัยอยู่ในรัฐอื่น ย่อมจะได้รับการปฏิบัติทำนองเดียวกับคนพื้นเมือง^{๑๕๘} เพราะคนพื้นเมืองนั้นมีสิทธิตามกฎหมายสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์มีอยู่แล้ว

ทฤษฎีของวิททอเรีย ได้ถูกถือเป็นรากฐานที่ว่า เมื่อรัฐผู้รับไปปฏิบัติแก่คนต่างต่างด้วยความเท่าเทียมกับคนชาติแล้ว ย่อมถือได้ว่าไปปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด ในขณะที่เกี่ยวกับฝ่ายที่สนับสนุนอำนาจของรัฐที่ถือตามสิทธิแห่งความเท่าเทียมของรัฐ^{๑๕๙} ก็เห็นว่าเมื่อคนต่างต่างเข้ามาอยู่ในถิ่นแดนแล้ว ย่อมอยู่ภายใต้แห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ ผลจึงตามมาว่าเมื่อรัฐได้ให้การปฏิบัติแก่คนต่างต่างเท่าเทียมกับคนชาติของตนแล้ว รัฐย่อมไม่ตองรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าการปฏิบัตินั้นจะเป็นการปฏิบัติภายใต้กฎหมายที่ขาดความยุติธรรมหรือเป็นการใช้อำนาจอย่างพลการก็ตาม^{๑๖๐} คนต่างต่างจะได้รับสิทธิสูงสุดก็แต่เพียงเท่าคนชาติเท่านั้น^{๑๖๑}

ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายหลักแห่งความเสมอภาคนั้นถือว่ารัฐผู้ส่งในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมนานาชาติทำนองเดียวกับรัฐผู้รับ ย่อมไม่อาจเรียกร้องให้รัฐอธิปไตยอื่น คือรัฐผู้รับ ให้อำนาจเงื่อนไขปฏิบัติหรือกำหนดสถานะแก่พลเมืองของตนให้เหนือกว่าพลเมืองของรัฐผู้รับนั้นเองได้ ไม่วาจะเป็นกรณีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองจากความเสียหายทั่วไปหรือในกรณีเกี่ยวกับกฎหมายรักษาความสงบ ความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำความ

^{๑๕๘} De Indis III, as cited by ibid.

^{๑๕๙} " The Doctrine of Equality of State"

^{๑๖๐} Alwyn v. Freeman, op.cit., p.7.

^{๑๖๑} W.C. Beckett, "Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies," Translations of the Grotious Society (17:1932), p.179.

เสียหายแก่คนต่างดาว หรือการบริหารความยุติธรรมทั่วไปในทุกกรณี ความรับผิดชอบของรัฐผู้รับ
ต่อพลเมืองของรัฐต่างประเทศย่อมจำกัดอยู่เพียงเท่าที่มีต่อพลเมืองแห่งรัฐตน ดังนั้น ความเสมอ
ภาคจึงถือว่าเป็นมาตรฐานสูงสุดแห่งหน้าที่ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้ปฏิบัติต่อกันต่าง
" ๑๒๒
การ

ผู้สนับสนุนในความคิดนี้ได้พยายามที่จะวางหลักเกณฑ์ด้วยการสรุปว่า หน้าที่ของรัฐ
ตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมสิ้นสุดลงในขณะที่ได้ยอมให้คนต่างดาวมีความเท่าเทียมกับชนชาติ
ในทุกกรณีที่เกี่ยวข้องสิทธิทางแพ่งแห่งเอกชนสิทธิ พร้อมทั้งได้เห็นว่า การปฏิบัติด้วยความเสมอภาค
นี้ถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไป ซึ่งเป็นรากฐานในสังคมนานาชาติในการให้ความคุ้มครองในสิทธิขั้นต่ำ
ของคนต่างดาวที่เหมาะสมที่สุด ๑๒๓ ทฤษฎีความเสมอภาคนี้ได้รับการสนับสนุนทั้งจากคำตัดสิน
ขององคกรยุติธรรมระหว่างประเทศ และนักกฎหมายระหว่างประเทศในต้นศตวรรษที่ ๒๐ ตัวอย่าง
ในเรื่องนี้อาจพบได้ในคดีคาเคนเฮค ๑๒๔ เป็นกรณีเรียกร้องระหว่างอังกฤษกับสหรัฐอเมริกาต่อ
คณะกรรมการโคคูลากการผสมระหว่างอเมริกันและสหราชอาณาจักรในการพิจารณาข้อเรียกร้อง

(American British Pecuniary Claims Arbitration Tribunal)

เกี่ยวกับกรณีนี้ชาวอังกฤษถูกคนขายอเมริกันทำให้เสียชีวิตโดยอุบัติเหตุ คณะกรรมการได้ลงข้อ
สังเกตตอนหนึ่งว่า

" ไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงว่าได้มีการปฏิเสธความยุติธรรม หรือได้มีพฤติการณ์พิเศษหรือ
เหตุผลใด ๆ ที่จะมาหักล้างกับกฎเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้เป็นที่รับรองแล้ว
ว่าคนต่างดาวในสหรัฐอเมริกาย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายมหาชนของสหรัฐ และยอมมี

๑๒๒ Alwyn v. Freeman, op.cit., p.131.

๑๒๓ J. Westlake, Collected Paper is in Pyblic International Law (Cambridge: 1914), p.103.

๑๒๔ See Cadenhead in American Journal of International Law (3: 1914), p.663.

สิทธิไม่มากไปกว่าคนชาติในประเทศนั้น"

ความเห็นทำนองเดียวกับหลักการที่ไค้วงไว้นในคดีคาเคนเฮค ได้รับการสนับสนุนคดีระหว่างคณะกรรมการชกไซคาปฏิกรรมและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา^{๑๖๕} ในคำชี้แจงแห่งคำตัดสินซึ่งเป็นความเห็นของอนุญาโตตุลาการฝ่ายข้างมาก มีข้อความตอนหนึ่งว่า :

"ไค้วงหลักเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า เมื่อบุคคลใดเข้าไปตั้งถิ่นฐานหรือลงทุนในต่างประเทศยอมเป็นที่สนับนฐานไค้วง พร้อมแล้วที่จะอยู่ในความเสี่ยงและยอมรับมาตรการทั้งปวงที่จะได้รับผลจากการปฏิบัติที่แตกต่างตามกฎหมายทั้งปวงของประเทศนั้น ในฐานะที่ตนเป็นคนต่าง
 ๑๖๕

"...ความเห็นนี้ไค้วงปฏิเสธขอเรียกร้องช่วยเหลือที่ว่าคนต่างต่างทั้งปวงรวมทั้งคนชาติพันธมิตรและสหายุติสงคราม ซึ่งมีถิ่นฐานหรือทรัพย์สินในประเทศเยอรมัน ยอมถือไค้วงเป็นผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายทำนองเดียวกับเยอรมันเกี่ยวกับการชำระค่าเสียหายตามแผน "Dawes Plan "

ความเห็นของนักกฎหมายอื่น ๆ ที่สนับสนุนทฤษฎีเสมอภาคระหว่างคนชาติและคนต่างต่างนี้ ไค้วงมีอยู่จำนวนไม่น้อย แต่ที่สำคัญอาจพบได้ในรายงานของคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ ภายใต้การสนับสนุนขององค์การสันนิบาตชาติในรายงานของอนุกรรมการ Wang Chung Nai ในคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญการพิจารณาประมวลกฎหมายระหว่างประเทศแห่งองค์การสันนิบาตชาติ^{๑๖๖} ไค้วงกล่าวไว้ตอนหนึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า

"สิทธิ : สิทธิบางประเภทยอมไม่อาจจะถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐเพื่อเป็นประโยชน์แก่คนชาติหรือคนต่างต่างใด เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะมีเสรีภาพและสิทธิในกรรมสิทธิทรัพย์สิน ชุมชนยอมให้การรับรองในความมีอยู่แห่งสิทธิเหล่านี้ก็เป็นการเพียงพอและรัฐได้ร่วมกันให้ความคุ้มครอง

^{๑๖๕} Reparation Commission v. U.S. in Sir John F. William, "Internat. al Law and the property of Aliens", British Year Book of International Law (9:1928) p. 10

^{๑๖๖} The League of Nations Committee for Progressive Confica-tion of International Law

ให้การใช้สิทธินี้ได้โดยสะดวก...

การปฏิบัติ : เรื่องนี้เกี่ยวข้องกับเจตนารมณ์ของประชาชนแห่งชุมชนที่กำหนดขึ้นโดยชัดแจ้ง ได้เป็นที่ยอมรับแล้วว่าสิทธิดังกล่าวข้างต้นเป็นมาตรฐานต่ำสุดซึ่งรัฐพึงให้แก่คนต่างด้าวซึ่งอยู่ในดินแดน แต่มีได้เป็นการรับรองสิทธิเรียกร้องแก่กรณีของคนต่างด้าวให้การปฏิบัติที่ต่ำกว่าคนชาติ มาตรฐานสูงสุดที่อาจเรียกร้องแก่คนต่างด้าวมีเพียงความเสมอภาคในทางแพ่งกับคนชาติ ในกรณีนี้มิได้หมายความว่ารัฐมีพันธะที่จะต้องให้การปฏิบัติดังกล่าวแก่คนต่างด้าวนอกจากจะมีข้อผูกพันซึ่งกำหนดขึ้นไว้ตามสนธิสัญญา ดังนั้น เราจึงลงความเห็นว่ารัฐยอมหมกหน้าที่ของตนเมื่อได้ให้คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับคนชาติแล้ว นอกจากนี้รัฐก็ไม่มีหน้าที่อย่างใดต่อคนต่างด้าวอีก และการอ้างสิทธิใด ๆ ที่แตกต่างไปจากที่กล่าวมานี้ย่อมไม่อาจเป็นที่ยอมรับได้ทั้งยังเป็น การไม่ยุติธรรม ทั้งทางศีลธรรมและทางกฎหมาย"^{๑๒๓}

การประชุมการวางมรดกกฎหมาย ณ กรุงเฮก (Hague Codification Conference) ปัญหานี้ได้มีการออกเสียงลงมติโดยการประชุมสมัยที่ ๑๕ ของคณะกรรมการชุดที่สามเมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๑๙๓๐ ในข้อเสนอลงมติของจีนซึ่งมีความว่า :

"รัฐยอมรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ก่อขึ้นโดยเอกชนต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวเพียงเท่าที่ประจักษ์แจ้งชัดใ้ถาวรรัฐใดละเลยในการดำเนินมาตรการป้องกันหรือลดโทษความเสียหายการดำเนินงานเกี่ยวกับผู้เสียหายซึ่งเป็นคนสัญชาติคน"^{๑๒๔}

^{๑๒๓} League of Nations Document No. 1926 v. 3 at p. 5 reprinted in American Journal of International Law (Supp.) (20:1926) pp. 176, 182. See Borchard, Comment, "Responsibility of State for Damage Done in Their Territories to the Person or Property of Foreigners," Ibid., (20:1926), p. 73

^{๑๒๔} Minutes of the Third Committee, League of Nations Document No. 1930 v. 17 pp 185-188. See also Hachworth "Responsibility of States for Damages Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners," American Journal of International Law (24:1930), pp. 500, 513-514.

ผลของการลงคะแนนเสียง ประเทศที่ให้การสนับสนุนแก่มาตรฐาน การปฏิบัติเท่า
 คนชาติ ไค้แก บราซิล ชิลี จีน โคลัมเบีย เช็กโกสโลวาเกีย คานซิก อียิปต์ เม็กซิโก นิการากัว
 เปรู เซีย โปแลนด์ โปรตุเกส ภูเมเนีย ฮาลวาตอร์ เคอร์กี อูรุกวัย และยูโกสลาเวีย ส่วน
 ประเทศที่คัดค้านและได้แสดงให้เห็นว่าประสงค์จะรับรองทฤษฎีมาตรฐานสากล ไค้แก ออสเตรเลีย
 ออสเตรเลีย เบลเยียม แคนาดา เคนมารค เอธิโอเปีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมันนี สหราชอาณาจักร
 จักร กรีซ ฮังการี อินเดีย ไอร์แลนด์ อิตาลี ญี่ปุ่น เนเธอร์แลนด์ นอร์เว ออฟริกาใต้ สเปน
 สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ และสหรัฐอเมริกา ส่วนประเทศคิวบาและเลทเวียไม่ออกเสียง ๑๒๕

กลุ่มประเทศลาตินอเมริกาไม่แต่เพียงการสนับสนุนในทางทฤษฎีเสมอภาคเท่านั้น
 ประเทศเหล่านี้ยังได้ยึดถือความคิดมีในทางปฏิบัติโดยกำหนดนโยบายในการให้สิทธิแก่คนต่าง
 ชาติโดยเสมอภาคกับคนชาติเป็นมาตรฐานสูงสุด ทั้งในทางสนธิสัญญา กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมาย
 ภายในบางฉบับ และยังมีเงื่อนไขลักษณะทำนองเดียวกันนี้ กำหนดไว้ในสัญญาหรือประมวล
 ซึ่งคนต่างชาติน่าจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องของ เงื่อนไข แห่ง ข้อสัญญานี้เป็นที่รู้จักกันว่า "คาลโว คลอส"

(Calvo Clause)

ตัวอย่างของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่แสดงถึงลักษณะการใช้สิทธิคนต่างชาตัวอย่าง
 สูงสุดก็เพียงเสมอคนชาติ ไค้แกอนุสัญญาวาด ขสสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ๑๓๐ มาตรา ๕ มีความว่า:

"อำนาจแห่งรัฐภายในขอบเขตจำกัดแห่งดินแดนของรัฐย่อมใช้บังคับแก่ทุกคนที่อยู่ใน
 ดินแดนคนชาติ และคนต่างชาตินายภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายและอำนาจแห่งชาติในทำนอง
 เดียวกัน และคนต่างชาตินายไม่อาจเรียกร้องสิทธิอื่นใดหรือนอกเหนือไปจากที่คนชาติได้มีอยู่"

๑๒๕ Ibid.

๑๓๐ The Convention on Rights and Duties of States, adopted at
 Montevideo in 1933. (U.S. Treaties Series No. 881)

ข้อกำหนดซึ่งให้ฐานะตามกฎหมายของคนต่างด้าวเท่ากับคนชาติทั้งในด้านการให้
 ความคุ้มครองและการถูกจำกัดสิทธิก็ยังคงกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งฮอนดูรัส
 ปี ๑๙๖๕ บัญญัติว่า "นับตั้งแต่เวลาที่ได้เข้ามาในดินแดนแห่งสาธารณรัฐแล้ว คนต่างด้าวยอมผูก
 พันที่จะต้อง เคารพต่ออำนาจและ เชื้อพังกฎหมาย"^{๑๗๑} ตามรัฐธรรมนูญเปรู นอกจากให้ความคุ้ม
 ครองแก่คนต่างด้าวเสมอภาคกับคนชาติแล้ว ยังได้จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการที่จะได้รับการ
 แก่ไขเยียวยาภายใต้ศาลท้องถิ่นเท่านั้น ดังมาตรา ๗ ได้บัญญัติไว้ว่า"ในสิ่งที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน
 คนต่างด้าวยอมผูกภายใต้เงื่อนไขที่ตนเองเกี่ยวกับชาวเปรู และในทุกกรณีย่อมไม่อาจจะได้รับการ
 ยกเว้นในฐานะที่เกี่ยวกับทรัพย์สินได้ ทั้งยังไม่อาจจะมีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองทางการทูต
 ไคควย"^{๑๗๒}

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดขอห้ามมิให้คนต่างด้าว เรียกร้องสิทธิของ ความคุ้มครองทางการ
 ทูตหรือทางกฎหมายระหว่างประเทศ อันที่จริงก็เป็นการยืนยันหลักความเสมอภาคระหว่างคนชาติกับ
 คนต่างด้าวให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น เพราะในสภาพการณ์ปัจจุบัน กฎหมายระหว่างประเทศรับรู้อย่างเฉพาะ
 สิทธิของคนต่างด้าวที่จะได้รับการทดแทนความเสียหายโดยอาศัยรัฐซึ่งคนมีสัญชาติสังกัดอยู่เท่านั้น
 ส่วนคนชาติหาที่มีสิทธิที่จะเรียกร้องตามกฎหมายระหว่างประเทศจากรัฐคนใดไม่ การที่จะยอมให้คน
 ต่างด้าว เรียกร้องสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองนี้จึงเป็นการให้เปรียบแก่คนต่างด้าวเหนือคนชาติยอม
 ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีเสมอภาค ในขณะที่เกี่ยวกับความคิดที่ยอมให้คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครอง
 จากรัฐซึ่งคนมีสัญชาตินี้ได้รับการยอมรับอย่างมั่นคงว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ
 แม้ทั้งกฎหมายและประเทศที่ให้การสนับสนุนหลักปฏิบัติโดยเสมอภาคระหว่างคนชาติและคนต่างด้าว
 ก็ไม่อาจปฏิเสธหลักการนี้ ดังนั้น เพื่อที่จะให้คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกับคนชาติ
 จึงต้องห้ามมาตรการซึ่งจะทำให้คนต่างด้าวสูญเสียสิทธิความคุ้มครองทางการทูต และยอมรับความคุ้ม
 ครองตามกฎหมายและองค์กฤษฎีธรรมภายในซึ่งเป็นมาตรฐานสูงสุดที่มีอยู่เท่านั้น ความคิดที่ให้คน
 ต่างด้าวสูญเสียความคุ้มครองทางการทูตนั้นสืบเนื่องมาจากกรณีที่ประเทศที่มีความเข้มแข็งในทาง

^{๑๗๑} Constitution of Honduras, June 3, 1965, Art. 24, Amcs J Peaslee, op.cit., 3 rd ed., Vol IV, p 754.
^{๑๗๒} Constitution of the Republic of Peru, April 9, 1933 as amended 1936, 1940, 1952, 1955, 1961 and 1964., Art.32. Ibid. p 1109.

เศรษฐกิจและการเมืองได้ประกอบธุรกิจการลงทุนในประเทศที่กำลังพัฒนา ในขณะที่ฝ่ายหลัง
ได้รับประโยชน์จากความช่วยเหลือในด้านการเงินและทางวิชาการเพื่อการพัฒนาทรัพยากรธรรม
ชาติของตน แต่ต้องประสบกับการแทรกแซงทางการเมือง และข้อเรียกร้องในทางการทูตเมื่อ
ได้ปฏิบัติการณ์อันไม่เป็นที่สมอารมณ์แก่ฝ่ายแรก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกิดความเสี
หายแก่คนต่างต่าง หง ๆ ที่ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำตามปกติที่เคยปฏิบัติต่อคนชาติตน
อยู่แล้ว จึงทำให้เกิดความคิดที่จะหามาตรการทางกฎหมายเพื่อกำจัดการแทรกแซงของต่าง
ประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ข้อเรียกร้องอันเกิดจากสัญญา ในทางปฏิบัติสัญญาที่ทำกับ
คนต่างต่างจะบรรจุง่อนไขให้คนต่างต่างนั้นสละสิทธิความคุ้มครองอันใดที่พึงหวงนอกจากความคุ้ม
ครองตามกฎหมายภายใน ง่อนไขนี้ได้เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างว่า "คาลโวคลอส"

๓.๒.๑.๒ ทฤษฎีคาลโว

ทฤษฎีนี้ได้ตั้งขึ้นตามชื่อของนักนิติศาสตร์ชาวอิตาลี ซึ่งเป็นผู้ให้
กำเนิดแก่ความคิดให้เอกชนยอมสละสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลตนเสียเมื่ออยู่ในดิน
แดนต่างประเทศ^{๑๓๓} เนื่องจากการที่เอกชนยังคงได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลตนเมื่อได้รับ
ความเสียหายซึ่งส่วนใหญ่เป็นความเสียหายเกี่ยวกับทางการเงินในกรณีที่มิชำระเงินต้นและ
ดอกเบี้ย รัฐเจ้าของสัญชาตินั้นจะให้ความคุ้มครอง ข้ออ้างทางการเงินนี้เป็นเครื่องมือในการรูก
รานซึ่ง เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

"ตามความเห็นของคาลโว รัฐโดยเฉพาะรัฐในอเมริกาใต้ไม่ควรถูกผูกมัดโดยข้อเรียกร
้องระหว่างประเทศให้รับผิดชอบต่อการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ของตน การจราจล หรือการ
กบฏ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างต่าง นอกจากความเสียหายหรือความบกพร่องในการบำ

^{๑๓๓} ศาสตราจารย์ พลโท สุข เปรมานันท์, กฎหมายระหว่างประเทศ, คำสอนชั้นปริญญาตรี,
เล่ม ๑ (พิมพ์ครั้งที่ ๗ พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๑), หน้า ๑๓๘.

บทความเสียหายให้เกิดขึ้นเนื่องจากการเลือกปฏิบัติคนชาติและคนต่างคว่ำ ข้อเรียกร้องซึ่งมีลักษณะที่เป็นทรัพย์สินควรจะถูกนำเสนอบริษัทต่างคว่ำนั้นเอง และต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและอำนาจศาลภายในโดยเด็ดขาด" ^{๑๓๘}

ข้อเสนอซึ่งกล่าวถึงผู้คัดค้านและให้การสนับสนุน การคัดค้านส่วนใหญ่เป็นเสียงของประเทศที่มีผลประโยชน์ในดินแดนต่างประเทศที่ยังคงต้องการรักษาผลประโยชน์ด้วยการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินของคนต่างคว่ำ แต่ได้รับการสนับสนุนโดยการรับไปปฏิบัติของประเทศซึ่งอยู่ในระดับกำลังพัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกา ประเทศในกลุ่มอเมริกาใต้เกือบทุกประเทศได้ใช้หลักนี้แก่สัญญาที่รัฐทำกับคนต่างคว่ำ ทั้งที่เป็นเอกชนและนิติบุคคล บางประเทศก็ได้บัญญัติหลักการนี้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้องกับคนต่างคว่ำด้วย

สาระสำคัญของเงื่อนไขชกาลโว

สาระสำคัญของสัญญาที่บรรจุเงื่อนไขชกาลโวนี้ แม้ประเทศต่าง ๆ ในลาตินอเมริกา จะปฏิบัติสอดคล้องกันในหลักการแต่ก็มีความแตกต่างในรายละเอียด ท่าน Dr. K. Lipstein ^{๑๓๙} ได้สรุปเงื่อนไขใหญ่ ๆ ของสัญญาประเภทนี้ที่ปรากฏของเศรษฐกิจระหว่างประเทศในช่วงระยะเวลา ๓๐ ปีที่ผ่านมา โดยแยกพิจารณาตามประเภทแห่งเงื่อนไขทั่วไปของสัญญาได้ ดังนี้.-

ก. อำนาจศาล สัญญาประเภทนี้มักจะมีเงื่อนไขว่า คนต่างคว่ำสัญญาตกลงยอมรับอำนาจศาลแห่งสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สัญญาตกลงกันว่า บรรดาข้อพิพาทจะได้รับการพิจารณาโดย "ศาลยุติธรรมแห่งเวเนซุเอลา" "โดยศาลสามัญแห่งสาธารณรัฐ" "โดยศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐบาลของอีกฝ่ายหนึ่ง" เป็นต้น สัญญาบางฉบับก็จะมีข้อตกลงให้มีการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการ

^{๑๓๘} K. Lipstein, "The Place of Calvo Clause," British Year Book of International Law (22:1945), p. 130

^{๑๓๙} ibid., pp. 130-145

เอกชน หรือบางครั้งก็ให้อยู่ในอำนาจศาลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ เจื่อนไซในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจศาลนี้สอดคล้องกับหลักทั่วไปของสัญญาที่นานาประเทศในการรับรองว่า คู่กรณีอาจตกลงในเรื่องอำนาจศาลได้

ข. กฎหมายที่บังคับแก่สัญญา โดยทั่วไปของกฎหมายขัดกัน การพิจารณาปัญหาที่มีลักษณะเกี่ยวพันระหว่างประเทศคู่สัญญามี เจื่อนไซที่จะเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาได้ แต่เดิมหลักการนี้ก็มีใช้อยู่บ้างในสัญญาที่บรรจุกาลวิ กาลอส เช่น อาจะมีเจื่อนไซว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการบังคับของกฎหมายสาธารณรัฐ หรือในกรณีที่มีปัญหาโต้แย้ง การโต้แย้งนี้ยอมได้รับการวินิจฉัยตามกฎหมายของสาธารณรัฐ คอมมอนลอร์ หรือหลักกฎหมายทั่วไปแล้วแต่กรณี แต่หลักการส่วนที่ให้อิสระแก่การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายไม่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน สัญญาส่วนใหญ่จะกำหนดเจื่อนไซทำนองว่า "คนต่างด้าวคู่สัญญาผู้รับโอนและบุคคลทั้งปวงที่มีผลประโยชน์อยู่ในบริษัทคนต่างด้าวคู่สัญญา ไม่มีและจะต้องไม่ใช่สิทธิเรียกร้องหรือดำเนินการใด ๆ ในการบังคับซึ่งสิทธิออกเหนือไปจากที่ได้รับอยู่แล้วตามกฎหมายแห่งสาธารณรัฐเม็กซิกัน และ "มีสิทธิและหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐได้กำหนดไว้แก่ชาวเม็กซิกันและคนต่างด้าวโดยเท่าเทียมกัน หากจะมีข้อยกเว้นก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้เท่านั้น"

ค. ขอบเขตของการใช้เจื่อนไซศาลวิ เจื่อนไซที่ใช้ในสัญญาแต่ละฉบับย่อมมีขอบเขตแคบและกว้างไม่เท่ากัน ในสมัยแรก ๆ ใช้หลักศาลวิ แต่เฉพาะที่เกี่ยวกับ "วัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญาเท่านั้น" ในบางกรณีเพื่อการตีความและบังคับตามสัญญาเมื่อเกิดปัญหา ในปัจจุบันมีแนวโน้มว่าจะบังคับแก่ทุกกรณีดังที่ที่กำหนดไว้ว่า "ปัญหาทั้งปวงที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญา"

องการสละความคุ้มครอง เงื่อนไขนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญที่สุดของหลักศาลโว ญัตติซึ่ง
เป็นคนที่วางก้าวนอกจากถูกบังคับให้แสดง เจตนายอมรับอำนาจศาลและอยู่ภายใต้กฎหมายแล้ว ยัง
ต้องสละสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐซึ่งตนมีสัญชาติด้วย ในปัจจุบันสัญญาส่วนใหญ่ให้สละ
สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐทั้งหมด ส่วนความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศบาง
ประเทศก็ยังยอมยกเว้นให้มิได้ในบางกรณี แต่ก็มีสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขให้ "คนต่างก้าวต้องสละ
สิทธิในฐานะที่เป็นคนต่างก้าวทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นสิทธิอะไรก็ตาม"

บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศาลโว คลอส

ข้อกำหนดที่ให้อ่าง เงื่อนไขในสัญญาเพื่อให้คนต่างก้าวสละสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครอง
ทางการทูตนั้นอาจพบได้จากบทบัญญัติทั้งในกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญ
ของเปรู มาตรา ๑๗ บัญญัติว่า

"สัญญาทุกฉบับที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับคนต่างก้าวหรือในประธานาธิบดีที่ออกให้แก่คนต่าง
ก้าว จะต้องมียุทธความระบุไว้โดยแจ้งชัดว่า คนต่างก้าวจะต้องยอมอยู่ภายใต้กฎหมายศาลแห่ง
สาธารณรัฐ และสละสิทธิความคุ้มครองทางการทูตทั้งปวง" ^{๑๗๖}

กฎหมายของหลายประเทศในอเมริกาใต้ได้วางมาตรการบังคับไว้ว่า หากคนต่างก้าว
ละเมิดข้อกำหนดนี้ โดยได้ให้สิทธิเพื่อการที่จะได้รับการคุ้มครองทางการทูตเมื่อโดยยอมจะได้รับ
โทษถึงกับเนรเทศหรือถูกเพิกถอนสิทธิทั้งปวง ^{๑๗๗} นอกจากนี้ศาลโว คลอส อาจกำหนดขึ้นเป็น
เงื่อนไขบังคับก่อนเพื่อการได้มาซึ่งสิทธิบางประการของคนต่างก้าว คนต่างก้าวยอมตกอยู่ในภาวะ
ที่จำต้องยอมรับในเงื่อนไขศาลโว คลอส ตามที่กำหนดไว้แล้ว หรือมิฉะนั้นก็ไม่อาจได้สิทธิเลย
ลักษณะของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวอย่างแก่กรณีต่าง ๆ ดังกล่าวที่ไต่ถามบทบัญญัติในมาตรา
๒๗ แห่งรัฐธรรมนูญเม็กซิโกซึ่งบัญญัติไว้ตอนหนึ่งว่า

๑๗๖

Constitution of the Republic of Peru, Art. 17, Amos J. Peaslee, *op cit.*, p 1108.

๑๗๗

Ibid.

...ความสามารถตามกฎหมายในการที่จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินและทางน้ำแห่ง
ชาติย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติต่อไปนี้

(๑) เฉพาะชาวเม็กซิโกโดยกำเนิด หรือโดยการแปลงชาติ และบริษัทเม็กซิกันเท่านั้น
ที่มีสิทธิที่จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ทางน้ำ และส่วนควบในสิ่งดังกล่าว หรือในการที่จะได้มาซึ่ง
ประทานบัตร เพื่อการทำเหมืองแร่ หรือเพื่อการใช้ประโยชน์จากทางน้ำ หรือ เชื้อเพลิงธรรมชาติ
ในสาธารณรัฐเม็กซิโก สิทธิทำนองเดียวกันนี้อาจอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวได้ เมื่อคนต่างด้าวได้
ให้ความยินยอมต่อกระทรวงต่างประเทศว่า ยอมที่จะให้ตนเองได้รับการปฏิบัติทำนองเดียวกับชาว
เม็กซิกันในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินดังกล่าว และยอมผูกพันตนเองว่าจะไม่เรียกร้องความคุ้มครอง
จากรัฐบาลแห่งตนในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว โทษของในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามความตกลงนี้
ได้แก่การยึดทรัพย์สินที่ใดมานั้น เขาเป็นของรัฐ ๑๗๘

บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวส่วนใหญ่เป็นเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นสำหรับสัญญาระหว่างรัฐกับ
คนต่างด้าว แต่รัฐธรรมนูญของอิตาลีกำหนดรวมถึงสัญญากับ ชาวอิตาลีและนิติบุคคลใดๆ
ด้วย ๑๗๘

ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้คนต่างด้าวต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลท้องถิ่น
ตามหลักของกาลโวนี้ ได้มีบางประเทศยอมให้คนต่างด้าวอาจใช้สิทธิในการได้รับการคุ้มครองทาง
การทูตได้หากว่าได้ถูกปฏิเสธความยุติธรรม เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศโบลีเวีย เอลซาวา
กัวเตมาลา ฮอนดูรัส และนิคาลากัวสำหรับรัฐธรรมนูญของนิคาลากัวได้มีบทบัญญัติขยายกว่าต่อไป
ว่า การกลับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมนั้นมิอาจถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม ส่วน

๑๗๘
Constitution of Mexico, January 31, 1917 as amended to
October 11, 1966, Amos J. Peaslee, op cit., p. 898

๑๗๘
Constitution of Ecuador, May 25, 1967, Art. 82. Amos J.
Peaslee, op. cit., p.278.

ประเทศคอซตาริกาได้ยอมให้มีการคุ้มครองทางทหารเฉพาะ "กรณีที่มีกำหนดไว้ในสนธิสัญญา
ระหว่างประเทศ" เท่านั้น ^{๑๘๐}

นอกจากกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อกำหนดให้คนต่างด้าวอภุภายได้บังคับของกฎหมาย
ท้องถิ่นและสถานะอื่น ๆ ที่จะได้รับคุ้มครองทางทหาร ยังได้บัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน
ของประเทศกลุ่มลาตินอเมริกาด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับการวิชัยประโยชน์จาก
ทรัพยากรธรรมชาติ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการพัฒนาผลิตภัณฑ์ ^{๑๘๑} ของปานามา ^{๑๘๒}
กฎหมายปิโตเลียม ^{๑๘๓} ของโมลิเวีย

อย่างไรก็ดี ในกรณีทั่ว ๆ ไป แม้ว่าจะมีได้มีบทบัญญัติในกฎหมายโดยตรง เองนี้ไซ
ศาลโลกก็ได้อภิปรายในสัญญาเกือบทุกฉบับที่รัฐบาลในประเทศลาตินอเมริกาทำกับคนต่างด้าวซึ่งที่เป็น
เอกชนและนิติบุคคล ส่วนประเทศอื่น ๆ นอกภูมิภาคอเมริกาใต้ดูเหมือนจะยังมีได้ให้ความสนใจ
ในการที่จะบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเรียกร้องที่จะให้มีการคุ้มครองทางทหาร
ของเอกชนต่างด้าว ^{๑๘๓} หลักการในการให้เอกชนสถานะสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองความ
กฎหมายระหว่างประเทศ จึงคงแพร่หลายอยู่แต่เฉพาะประเทศกลุ่มอเมริกาใต้เท่านั้น

ผลทางกฎหมาย

แม้ว่าหลักการที่กำหนดให้คนต่างด้าวสถานะสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางทหารจะมี
ปฏิบัติอยู่แต่ในประเทศอเมริกาใต้ แต่ขอบเขตแห่งปัญหาได้ถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะในดินแดนที่ใช้

^{๑๘๐} Constitution of Costa Rica, Amos J. Peaslee, op. cit.,
p. 123.

^{๑๘๑} Law on Development of Production No. 25, 1 Feb. 1957.

^{๑๘๒} Bolivia, Petroleum Code of 1955, Art. 11

^{๑๘๓} F.S. Dunn, op. cit., p. 54.

หลักการนี้ไม่ หมายความว่าได้รับการพิจารณาจากนักกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป ทั้งในทางทฤษฎี และทางปฏิบัติ ความเห็นส่วนใหญ่คัดค้านหลักการ เบื้องต้นที่จะยอมให้เอกชนสละความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศและจากรัฐซึ่งตนมีสัญชาติ^{๑๘๔} แต่การคัดค้านนี้หาได้ทำให้หลักการว่า หมดความสำคัญไปแต่อย่างใดไม่ หลักการนี้ไ้วางรากฐานอย่างมั่นคงในระบบกฎหมายของประเทศ อเมริกาได้เป็นเวลาร่วมศตวรรษ ทั้งโดยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ กฎหมายภายในอื่น ๆ และ หลักปฏิบัติเกี่ยวกับข้อบัญญัติในสัญญา และยังคงมีผลบังคับอยู่ตามระบบกฎหมายภายใน แต่ในระบบ กฎหมายระหว่างประเทศ ความสมบูรณ์ของเงื่อนไขศาลไ้ได้รับการพิจารณาอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาพิพากษาคำขออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในเบื้องต้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับศาลไ้ ส่วนใหญ่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความในเงื่อนไขในสัญญา^{๑๘๕} ในระยะ ต่อมาจึงได้มีประเด็นข้อพิพาทในปัญหาแห่งความสมบูรณ์ของเงื่อนไขศาลไ้ ตามกฎหมายระหว่าง ประเทศโดยตรง คดี North American Dredging Company^{๑๘๖} อาจถือได้ว่าเป็นคดีตัวอย่างที่เด่นที่สุดเกี่ยวกับประเด็นนี้

ประเด็นแห่งคดีนี้ได้นำสู่การพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาสิทธิเรียกร้องระหว่าง สหรัฐอเมริกากับเม็กซิโก โดยคำร้องเสนอให้ยกฟ้องของรัฐบาลเม็กซิโก ด้วยเหตุผลที่ว่า คณะ กรรมการไ้มีอำนาจเหนือคดีเพราะบริษัทผู้ร้องได้สละสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางการทูต แล้ว คณะกรรมการไ้ได้รับฟัง เหตุผลคำร้องและยกฟ้องข้อเรียกร้องของบริษัท คำวินิจฉัยประการหนึ่ง เป็นการให้การสนับสนุนความสมบูรณ์ของเงื่อนไขศาลไ้ แต่โดยสาระสำคัญคณะกรรมการไ้เห็นว่า

^{๑๘๔} ขอเสนอของศาลไ้ที่จะให้เอกชนสละสิทธิความคุ้มครองจากรัฐบาลของตนเมื่อไป อยู่ต่างประเทศนี้ มิได้เป็นที่ยอมรับของที่ประชุมสัมมนาภาพ ณ กรุงเฮก ดู ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, เรื่องเดิม, หน้า ๗๖.

^{๑๘๕} D.P. O'Connell, op. cit., Vol. 2., p. 1060.

^{๑๘๖} North American Dredging Company of Texas v. United States, American Journal of International Law, (20:1926) p. 800.

ไม่มีหลักแน่นอนที่จะวินิจฉัยชี้ขาดถึงความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของเงื่อนไขศาลไวกิ้ง การชี้ขาด
 ยอมรับโดยข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเป็นรายไป สำหรับคดีนี้ คณะกรรมาธิการเห็นว่าวิธีที่ได้ใช้
 สิทธิโดยไม่สุจริตต่อรัฐบาลเม็กซิกัน เนื่องจากยังมีได้ใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาภายในให้หมดสิ้นก่อน
 การเรียกร้องระหว่างประเทศ ในปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของเงื่อนไขศาลไวกิ้งการใช้สิทธิ
 คู่คุ้มครองทางการทูต คณะกรรมาธิการโดยความเห็นส่วนใหญ่ดูเหมือนจะสนับสนุนความเห็นของ
 สหรัฐอเมริกาซึ่งเห็นว่า ข้อกำหนดที่ห้ามรัฐบาลให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือทางอื่นแก่ราษฎร
 คน ซึ่งถูกรัฐบาลอื่นละเมิดสิทธิอันเป็นการขัดต่อกฎและหลักกฎหมายระหว่างประเทศย่อมตกเป็น
 โทษะ ทั้งตอนหนึ่งของความเห็นของคณะกรรมาธิการกล่าววว่า

"คณะกรรมาธิการได้กล่าวซ้ำหลายครั้งว่า เงื่อนไขศาลไวกิ้งไม่มีผลในการห้ามรัฐบาลใช้
 สิทธิเรียกร้อง เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็เห็นว่าเมื่อมีข้อ
 จำกัดภายใต้เงื่อนไขศาลไวกิ้ง รัฐบาลอาจถูกจำกัดการใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองได้โดยความ
 ตกลงที่จะจำกัดสิทธิของรัฐบาลแห่งตนโดยเอกชนตามสัญญาได้ โดยคณะกรรมาธิการเห็นว่า
 "จุดประสงค์ของข้อสัญญาดังกล่าว เป็นการป้องกันมิให้รัฐบาลของตนใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครอง
 ที่ผิด มีได้เป็นการทำลายสิทธิของรัฐบาลโดยตรง" ^{๑๘๗}

ความเห็นของคณะกรรมาธิการที่มีได้ชี้ขาดถึงความมีหรือไม่มีผลของเงื่อนไขศาลไวกิ้งใน
 คดีนี้ ได้เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก แก่นที่จริงการชี้ขาดปัญหานี้มิใช่เป็นของง่าย เพราะเมื่อ
 ได้วางหลักว่าความสมบูรณ์ขึ้นอยู่กับการศึกษาตามข้อเท็จจริงเฉพาะรายแล้ว เงื่อนไขศาลไวกิ้งก็
 อาจตีความได้ทั้งนัยสอดคล้องและขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และความสอดคล้องหรือ
 ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นในอาจุพิได้ด้วยการเพียงกำหนดให้เป็นภาระการ
 พิสูจน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งว่ากฎหมายระหว่างประเทศกีดกันหรือสนับสนุนหลักศาลไวกิ้ง หรืออนุญาต

หรือห้ามใจหลักนี้ อย่างไรก็ดี ปัญหาที่แท้จริงในประเด็นที่จะต้องตัดสินใจถึงความสมบูรณ์ของเงื่อนไข
 ศาลไฉน น่าจะเป็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้สัญญาที่เป็นเอกชนละเมิดสิทธิซึ่งปวงคาม
 กฎหมายระหว่างประเทศและบอกปิดความคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติหรือไม่? ซึ่งในคดีที่
 ผ่านการวินิจฉัยในประเด็นนี้ส่วนใหญ่เห็นหนักไปในทางปฏิเสธ สำหรับเงื่อนไขศาลไฉนในเฉพาะ
 กรณีซึ่งจะมีผลบังคับได้ก็ต้อง เป็นกรณีที่แปลความโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ^{๑๘๘}
 และจากถ้อยคำที่ว่า โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันเป็นที่แน่นอนแล้วว่า ส่วนของเงื่อนไข
 ศาลไฉนที่ละเมิดสิทธิความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ และจากรัฐที่ตนมีสัญชาติสังกัดอยู่
 นั้นไม่มีผลบังคับ แต่เพียงสังเกตว่าข้อสรุปดังกล่าวมิได้หมายความว่าเงื่อนไขในศาลไฉน ศาลส เป็น
 เงื่อนไขที่ไม่มีผลบังคับเสียทั้งหมด หากแต่เป็นการแยกพิจารณาส่วนที่ไม่มีผลบังคับออกจากส่วนที่มี
 ผลบังคับ ถึงความอีกตอนหนึ่งในคดี North American Dredging Company มีว่า

"ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศคนต่างด้าวจะให้ขอสัญญา (ละเมิดสิทธิที่ได้รับ
 การคุ้มครองทางการทูต) ดังกล่าวได้หรือไม่ คณะกรรมการเห็นว่าคนต่างด้าวย่อมอาจกระทำ
 เช่นนั้นได้ แต่ในขณะที่เดียวกันก็เห็นว่าคนต่างด้าวไม่อาจวิรอนสิทธิแห่งรัฐบาลซึ่งตนมีสัญชาติในสิทธิ
 โดยชอบธรรมที่จะอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องแก้ไขเยียวยาต่อการกระทำที่เป็นการ
 ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ อันเป็นผลเสียหายแก่รัฐนั้น"^{๑๘๙}

ตามความเห็นของคณะกรรมการข้างต้นหมายความว่า เงื่อนไขที่จะได้รับการคุ้มครอง
 ทางการทูตที่เอกชนได้ละแล้วนั้นย่อมเป็นการผูกพันเอกชนโดยถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิ
 มิให้เอกชนเสนอข้อเรียกร้องใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาต่อรัฐบาลแห่งตน แต่ในขณะที่เงื่อนไข
 ศาลไฉนไม่ผูกพันรัฐ กล่าวคือ รัฐไม่ผูกพันต่อการละเมิดสิทธิความคุ้มครองของเอกชน การละเมิดสิทธิ
 ของเอกชนจึงไม่เป็นการขัดขวางต่อการใช้สิทธิของรัฐในการที่จะใช้สิทธิเรียกร้อง ซึ่งสืบเนื่อง

๑๘๘

D.P. O'Connell, op. cit., p. 1061, at note 31.

๑๘๙

Ibid., p. 1065.



๑๕๐
มาจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

ความเห็นซึ่งปรากฏเป็นสารสำคัญในคดี North American Dredging Company ในลักษณะ คังกลาวได้ถูกใช้เป็นหลักฐานอ้างอิงทั้งในการประชุมระหว่างประเทศในการพิจารณาปัญหาเรื่องนี้ และได้นำไปปรับแก้คดีต่าง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันอีกหลายคดี สหราชอาณาจักรก็ได้ แสดงออกอย่างแจ่มชัดในการให้การสนับสนุนความเห็นข้างต้น

ในการเตรียมงานเพื่อการประชุมร่างประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีขึ้น ณ กรุงเฮก ในปี ๑๙๓๐ ภายใต้การอุปถัมภ์ขององค์การสันนิบาตชาติ คณะกรรมการเตรียมงาน ได้ส่งคำถามไปยังรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ เพื่อทราบทัศนะและหลักปฏิบัติของแต่ละประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ และได้รับคำตอบจากประเทศต่าง ๆ ความตอนหนึ่งซึ่ง รัฐบาลสหราชอาณาจักรได้ตอบคำถามที่ได้ถามถึงปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขศาลโลว มีดังต่อไปนี้

"รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรได้ยึดถือหลักในคำตัดสินซึ่งคณะกรรมการสิทธิเรียกร้อง ระหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโกในคดี North American Dredging Company of Texas ลงวันที่ ๓๑ มีนาคม ๑๙๒๖ ลงพิมพ์ในเอกสารชื่อ ความเห็นของกรรมการ (Opinion of Commissioners) หน้า ๒๑ ซึ่งได้วางหลักไว้ในความเห็นนี้ว่า เมื่อมีข้อกำหนดเงื่อนไข ในสัญญาซึ่งมีความประสงค์ที่จะผูกพันผู้รองมีให้รองขอต่อรัฐบาลแห่งตน การแทรกแซงทางการทูตหรือ โดยวิธีการอื่นใด ถ้าเป็นกรณีที่เป็นการปฏิเสธหรือหย่อนยานในความยุติธรรม หรือกรณีที่ละเมิดต่อกฎหรือหลักแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ข้อกำหนดเช่นนี้ย่อมตกเป็นโมฆะ และ (ในทำนองเดียวกัน) ข้อกำหนดเงื่อนไขซึ่งประสงค์ที่จะผูกพันรัฐบาลของผู้รองมีให้ใช้สิทธิแทรกแซงในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศก็ย่อมตกเป็นโมฆะเช่นกัน แต่ไม่มีหลักกฎหมาย

๑๕๐ See Shea, The Calvo Clause (1955), p. 217.

๑๕๑ The First Conference for the Progressive Codification of International Law.
๑๕๒

"Calvo Clause" League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Base of Discussion, Vol. III, Doc. C, 75, M. 69. 1292 v. p. 133.

ระหว่างประเทศใดที่ห้ามมิให้มีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาระหว่างรัฐบาลกับคนต่างคำว่า กรณี
ทั้งปวงที่กำหนดไว้ในสัญญาให้อยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาโดยศาลท้องถิ่นโดยเด็ดขาด
แต่ผู้เดียว อีกทั้งไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ที่จะทำให้ข้อกำหนดนั้นไม่มีผลผูกพัน สำหรับกรณีที่ไม่มีสัญญา
พิเศษใด ๆ ชัดกับข้อกำหนดระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องของทั้งสองฝ่าย ข้อเรียกร้องที่เกิดขึ้นนอกเหนือ
ไปจากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาย่อมจะต้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลระหว่างประเทศ"

แม้ข้อความข้างต้นจะมีความหมายไม่สู้กระจ่างแจ้งนัก แต่ก็อาจแปลความได้ว่า ในการ
ที่เอกชนไต่ลงนามในสัญญาที่มีเงื่อนไขศาลไว้ ย่อมต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่จะต้องอยู่ภายใต้อำนาจ
ของกฎหมายและศาลแห่งท้องถิ่น^{๑๕๓} ซึ่งเท่ากับว่ารัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรได้แปลความ
หมายหลักในเงื่อนไขศาลไว้ให้มีผลไม่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับ
รองแล้วในเรื่องข้อใช้การแก้ไขเยียวยาของศาลท้องถิ่นให้หมดเสียก่อน

ส่วนความเห็นของรัฐบาลอื่น ๆ แม้จะมีให้เห็นในแนวเดียวกันแต่ส่วนใหญ่ก็เห็นว่า
เงื่อนไขศาลไว้ไม่มีผลเป็นการห้ามการแทรกแซงทางการทูต ในกรณีที่มีการปฏิเสธความยุติธรรม
หรือละเมิดคอกกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้อ้างคดี North American
Dredging ประกอบความเห็นที่ว่า "กล่าวโดยทั่วไป สัญญาที่ทำโดยเอกชนที่จะเพิกถอนความ
คุ้มครองทางการทูตย่อมไม่มีผลบังคับแก่ประการใด หากการบังคับนั้นจะทำให้เป็นการ เปลี่ยนหรือ
แก้ไขหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วตามปกติ" และได้เพิ่มความเห็นนี้ว่า "ในกรณีที่มีการ
"ยึดทรัพย์สินเป็นการละเมิดสัญญาแล้ว ข้อตกลงที่ยอมผูกพันกับศาลท้องถิ่นย่อมไม่มีผลบังคับ คู่สัญญา
อีกต่อไป"^{๑๕๔} คณะกรรมาธิการเตรียมงานเพื่อการประชุมร่างประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ
ได้สรุปความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า

๑๕๓

D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 1016.

๑๕๔

Ferderick S. Dunn, *The Protection of National, op cit.*,

"คำคอมที่ได้รับจากรัฐต่าง ๆ เกี่ยวกับการที่เอกชนได้ยอมรับข้อผูกพันตามสัญญาว่าจะไม่ใช้สิทธิเรียกร้องโดยอาศัยความคุ้มครองทางการทูต ย่อมไม่ผูกพันรัฐซึ่งเอกชนนั้นมีสัญชาติ และ ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงความรับผิดชอบตามระหว่างประเทศที่รัฐอื่นมีอยู่ แต่อย่างไรก็ดีในขณะที่ เกี่ยวกันความ **เคร่งครัด** ของหลักฐานข้อพิจารณาให้ลดหย่อนลงได้โดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศ"^{๑๘๕}

คณะกรรมการกล่าวต่อไปถึงในการที่จะลดหย่อนความเคร่งครัดของหลักฐานว่า "ถ้าในสัญญาซึ่งคนต่างค้าได้ทำให้มีผลเป็นการตกลงว่าเฉพาะศาลท้องถิ่นเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจ พิเคราะห์พิพากษาคดี ข้อสัญญาย่อมผูกพันศาลระหว่างประเทศทั้งปวงซึ่งพิจารณาข้อเรียกร้องภายใต้ สัญญา ทั้งนี้ รัฐย่อมมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่คนต่างค้าได้รับเฉพาะกรณีปฏิบัติ เสรี ความยุติธรรมเท่านั้น"

ในการประชุมเพื่อจัดทำประมวลกฎหมายระหว่างประเทศปี ๑๙๓๐ นี้ไม่ประสบความสำเร็จเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศแต่ประการใด แต่โดยผลของการที่รัฐบาลอังกฤษได้ยอมรับ หลักการในคำตัดสินของคณะกรรมการในคดี **North American Dredging Company** หลักการนี้จึงได้ถูกนำมาใช้ต่ออังกฤษเมื่ออังกฤษได้เสนอข้อเรียกร้องในนามของบริษัทอังกฤษ **Mexican Union Railway Ltd** ต่อ คณะกรรมการพิจารณาข้อเรียกร้องพิเศษระหว่าง อังกฤษกับเม็กซิโก ปี ๑๙๒๖ คดีนี้อังกฤษได้เรียกค่าทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินของบริษัท เนื่องจากการปฏิบัติในเม็กซิโก รัฐบาลเม็กซิโกได้เสนอให้ยกฟ้องโดยอ้างเหตุผลว่า ประธานมัตถ์ของบริษัทได้มีเงื่อนไขเวลาไว้ คำร้องของเม็กซิโกได้รับสนับสนุนจากอนุญาโตตุลาการ ข้างมาก อนุญาโตตุลาการอังกฤษ **Sir John Percival** ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว จึงมีใกลงลายมือชื่อ

๑๘๕

Ibid., p. 414

๑๘๖

Anglo-Mexican Special Claims Commission 1926.

ตุลาการส่วนใหญ่สนับสนุนโดยอ้างหลักในคดี **North American Dredging** และอ้างข้อเท็จจริงที่ว่าอังกฤษได้ยอมรับหลักนี้แล้ว คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวย้ำความเห็นที่ว่า ลำพังแต่การกระทำของเอกชนไม่อาจวิกรอนสิทธิของรัฐบาลที่ดำเนินมาตรการแก้ไขเยียวยา ระหว่างประเทศในกรณีที่มีการกระทำอันละเมิดคอกฎหมายระหว่างประเทศได้ แต่การแก้ไขเยียวยาต่อการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องเป็นไปตามความประสงค์ของรัฐบาลโดยแท้ เป็นอิสระจากความประสงค์หรือการริเริ่มของเอกชนผู้เสียหาย

ปัญหาเดียวกันนี้ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการข้อเรียกร้องระหว่างสหรัฐกับ **เม็กซิโกในคดี International Fisheries Company** ^{๑๙๑๗} ทำนองเดียวกับคดี **North American Dredging** รัฐบาลเม็กซิโกอ้างเงื่อนไขศาลไว้ในสัญญาทำห้คณะกรรมการพิจารณาไปมีอำนาจพิจารณา ความเห็นส่วนใหญ่ยกฟ้องคำร้องของรัฐบาลเม็กซิโก อนุญาโตตุลาการอเมริกัน **Mr. Fred K Nielsen** ^{๑๙๑๘} ได้เสนอความเห็นแย้งสนับสนุนหลักการที่กว้างไว้แล้ว ในคดี **North American Dredging**

กล่าวโดยสรุป ในการที่คนต่างคามั่งเป็นคู่สัญญาได้ตกลงอย่างแจ่มชัดยอมรับเงื่อนไขศาลไว้ เงื่อนไขนี้มีผลผูกพันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับศาลภายใน และการใช้กฎหมายภายใน การตกลงนี้ถือว่าคนต่างคามั่งได้แสดงออกซึ่งเจตนาแจ้งชัดว่าจะยอมอยู่ใต้อำนาจของศาล และกฎหมายแห่งรัฐคู่สัญญา พร้อมทั้งยอมรับว่าการเรียกร้องขอความช่วยเหลือจากรัฐตนในการให้ความคุ้มครองเพื่อบังคับให้รัฐคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญานั้นจะกระทำมิได้ แต่ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ เงื่อนไขทำนองนี้ย่อมไม่มีผลบังคับในองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศ รัฐยังคงใช้สิทธิของตนในการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนเมื่อมีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคนชาติตนได้สูญเสียสิทธิแล้วหรือไม่ เงื่อนไขสำคัญที่ทำให้รัฐซึ่งคนต่างคามั่งใช้สิทธิ

๑๙๑๗

Opinion of the U.S.-Mexican Commission, Vol. III, p. 207

๑๙๑๘

William W. Lishop, op. cit., p 317

ไต่ถามไต่ถามผู้ทำการกระทำของเอกชน หากพิจารณาถึงการกระทำของรัฐแห่งหนึ่งที่ถือว่าไต่ถามไต่ถาม
 หมายระหว่างประเทศหรือยัง ในเรื่องนี้ก็ต้องพิจารณาควบคู่กับหลักที่ว่าต้อง ใช้สิทธิอำนาจอธิปไตย
 เสียหายต่อศาลภายในให้หมดสิ้นก่อน (exhaustion of local remedies) กล่าวคือ
 หากกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าจะต้องมีการ ใช้สิทธิอำนาจอธิปไตย เสียหายต่อศาลภายในให้หมด
 สิ้นเสียก่อน จึงจะเสนอข้อเรียกร้องให้รัฐผู้กระทำ ความเสียหายรัฐนั้นจะยอมตามกฎหมายระหว่าง
 ประเทศได้แล้ว ศาลโลว คลอส เป็นการยืนยันหลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว แคลดากฎ
 หมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดว่าจะต้อง ใช้สิทธิอำนาจอธิปไตย เสียหายต่อศาลภายในเสียก่อนแล้ว
 ศาลโลวก็ห้ามมิได้อย่างไรในกฎหมายระหว่างประเทศใด หรืออีกนัยหนึ่ง เมื่อมีการปฏิเสธความยุติธรรม
 สิทธิเรียกร้องของรัฐซึ่งคนต่างควรมีสัญชาติก็เกิดขึ้น ศาลโลว คลอส ไม่น่าจะรอนสิทธิเรียกร้อง
 ของรัฐบาลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือก็กั้นอำนาจแห่งองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศได้ ^{๒๕๕}

๓.๒.๑.๓ ทฤษฎีมาตรฐานสากล

จากทฤษฎีว่าด้วยสิทธิหลักมูลของมนุษยชนที่วิหคอเรียไควางไว้ว่า
 คนต่างควรมิจะได้รับปฏิบัติเช่นเดียวกับคนพื้นเมือง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติ
 นั้น ในเวลาต่อมาได้รับการอธิบายขยายความเพิ่มเติมว่า โดยที่คนต่างควรมิได้พ้นจากพันธะแห่ง
 อำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งตนมีสัญชาติ คนต่างควรมิควรมิฐานะพิเศษและอาจเรียกร้องให้มีการ
 ปฏิบัติต่อฐานะพิเศษนี้ได้ ในการที่คนต่างควรมิได้เข้าไปพำนักอยู่ในรัฐอื่นแล้ว มิได้หมายความว่า
 คนต่างควรมิจะต้องหลีกพ้นจากสิทธิที่ได้รับการปฏิบัติโดยทั่วไป และจะต้องตกอยู่ในวงแห่งกับ
 คักของรัฐใหม่ ความคิดนี้จึง เป็นจุดเริ่มต้นของทฤษฎีมาตรฐานสากลซึ่งถือว่าคนต่างควรมิจะได้รับ
 การปฏิบัติตามมาตรฐานซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ ^{๒๐๐} และรัฐซึ่งคนต่างควรมิมี
 สัญชาติย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าทดแทนในความเสียหายที่เกิดแก่คนสัญชาติตนได้ ในกรณีที่มี

๑๕๕ เซต นาวาร์ตัน, "ความรับผิดชอบทางแพ่งของรัฐต่อคนต่างควรมิ", วิทยานิพนธ์
 ทางกฎหมาย, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า ๒๕.
 ๒๐๐

การปฏิบัติตามมาตรฐานคังกล่าว

ความคิดที่ให้สิทธิแก่คนต่างกวางตามมาตรฐานสากลนี้อาจกล่าวได้ว่า สืบเนื่องมาจาก ความต้องการที่จะให้มีการคุ้มครองแก่บุคคลผู้ไปอยู่ในดินแดนที่ตนไม่รู้จัก หรือคนต่างกวางซึ่งยอม ไม่มีความคุ้นเคยกับภาษาและประเพณีของตน เจ้าของดิน และกฎหมายของดินแดนนั้น โดย เฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศซึ่งคนต่างกวางได้เข้าไปอยู่นั้นมีอารยธรรมที่จักวางอยู่ในระดับต่ำ จึงไม่ควรถือ จะให้ความปลอดภัยแก่ชีวิตและทรัพย์สินของคนต่างกวางต้องตกอยู่ภาวะแห่งความเสียหาย "การ ปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างคนชาติและคนต่างกวางมิใช่มาตรการสุดท้ายแห่งความเหมาะสมของ การใช้อำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศ การทดสอบในขั้นสุดท้ายนั้นเมื่อผู้ว่า คนต่างกวางได้รับการ ปฏิบัติก็ตามมาตรฐานแห่งอารยธรรม โดยทั่วไปหรือไม่"

ฮอดสโลว์กล่าวไว้ว่า หลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศได้วิวัฒนาการจากอารยธรรม ซึ่งมีลักษณะพิเศษของทวีปยุโรปของสมัยใหม่ ซึ่งได้แสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่มีความ สัมพันธ์ต่อกันของอารยธรรมและความถูกต้องไปกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ และจากข้อเท็จจริงเหล่านี้ได้ปรากฏ เป็นผลแห่งการกำหนดกฎหมายภายในของรัฐให้สอดคล้องกับความคิดของยุโรปสมัยใหม่ว่า คนต่าง กวางจะได้รับความยุติธรรมทั้งในทางแพ่งและทางอาญาจากรัฐที่คนต่างกวางนั้นเข้าไปพำนักอยู่ รัฐ ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมจะต้องมีกฎเกณฑ์อยู่ในตัว ดังนั้น หลักที่ว่า คนต่างกวางจำต้องยอมรับสถาบันต่าง ๆ ของรัฐต่างประเทศนั้นก็จะต้องดำเนินควบคู่ไปกับหลักที่ว่า สถาบันต่าง ๆ เหล่านี้จะต้องมีมาตรฐานซึ่งกำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ๒๐๓ มาตรฐานระหว่างประเทศคังกล่าวจึงไม่อาจวางกฎเกณฑ์ให้เป็นที่แน่นอนได้ เพราะการที่จะกำหนด ว่าสิ่งใดเป็นมาตรฐานที่สมเหตุผลของรัฐนั้นจะต้องเป็นสิ่งซึ่งยอมรับกันโดยทั่วไปในอารยธรรมสมัย ใหม่ได้ ทั้งนี้คณะกรรมการสิทธิเรียกร้องระหว่างสหรัฐกับเม็กซิโกได้อธิบายไว้ว่า

๒๐๑ เจสส์ป ฟิลลิป ซี, เรื่องเดิม, หน้า ๑๒๐.

๒๐๒ เซต นาวาร์ตัน, เรื่องเดิม, หน้า ๑๔

๒๐๓ J.L. Brierly, op. cit., p. 287.

"การปฏิบัติต่าง ๆ ของรัฐบาลจำเป็นต้องสอดคล้องกับมาตรฐานสากลระหว่างประเทศ และการปฏิบัติต่อกันต่างดาวที่ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะถือว่าเป็นการกระทำที่เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ป่าเถื่อน กระทำลงโดยมีเจตนารายอันเป็นการฝ่าฝืนโดยจงใจ หรือโดยการกระทำของรัฐบาลที่ไร้ประสิทธิภาพ ทั้งยังห่างไกลต่อมาตรฐานระหว่างประเทศซึ่งบุคคลที่มีเหตุผล และความเที่ยงธรรมเพียงพอจนอาจเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ขาดสมรรถภาพไปโดยแท้จริง ทั้งนี้ไม่ว่าความไร้สมรรถภาพนั้นจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายหรือสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายของประเทศนั้นได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของประเทศนั้นกระทำกันให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลระหว่างประเทศก็ตาม"^{๒๐๘}

ดังนั้น มาตรฐานดังกล่าวจึงไม่เป็นที่แน่นอนและไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับสมรรถภาพของรัฐบาลในทุก ๆ สถานการณ์ และเมื่อใดก็ตามที่เอาสิ่งใดเป็นมาตรฐานจนได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐระหว่างประเทศย่อมเป็นไปตามมาตรฐานนั้น รัฐบาลของรัฐต่าง ๆ หากอาทลึกละเลยความรับผิดชอบด้วยการออกกฎหมายใดขึ้นเพื่อจำกัดขอบเขตความรับผิดชอบของตนตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ไม่

ในการที่ประเทศใดมีระบอบการบริหารความยุติธรรมต่ำกว่ามาตรฐานสากล ประเทศนั้นย่อมต้องให้สิทธิพิเศษแก่คนต่างดาวเพื่อให้คนต่างดาวได้รับความยุติธรรมที่เหมาะสมแก่มาตรฐานดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้จึงอาจทำให้คนต่างดาวได้รับการปฏิบัติที่สูงกว่าคนชาติใด การที่คนต่างดาวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าพลเมืองนี้ได้ถูกตั้งเป็นข้อสังเกตมาแล้วเป็นเวลายาวนาน และมีไซเต้เพียงกรณีนี้กรณีย์ก็ยาว ^{๒๐๙} การที่กฎหมายระหว่างประเทศได้รับรู้หลักความคุ้มครองทางการทูต แม้จะไม่ได้ประกอบด้วยหลักมาตรฐานสากลก็ทำให้สิทธิของคนต่าง

^{๒๐๘}

Ibid.

^{๒๐๙}

H. Lauterpacht, An International Bill of Rights of Man, (New York, 1945), p.48.

คำว่าได้รับความคุ้มครองดีกว่าพลเมืองอยู่มาก อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติตามมาตรฐานสากลมิได้
 หมายความว่าคนต่างด้าวจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับคนชาติในทุกกรณี หากแต่เป็นการ
 แสดงให้เห็นถึงหน้าที่พิเศษที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้แก่รัฐในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว
 โดยนัยนี้การที่รัฐไปปฏิบัติแก่คนต่างด้าวด้วยความเสมอภาคกับคนชาติย่อมไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อ
 สอดคล้องการเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ แม้จะปรากฏว่ามาตรฐานของรัฐนั้นสอดคล้อง
 คล่องกับมาตรฐานสากลก็ตาม ข้ออ้างที่จะยกขึ้นต่อสู้ได้มีเพียงว่าได้มีการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว
 สอดคล้องกับมาตรฐานสากลแล้วหรือไม่ ส่วนการที่คนชาติจะได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานอย่าง
 เดียวกันทั้งคนต่างด้าวหรือไม่เป็นเรื่องนอกประเด็น ^{๒๐๖}

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้การสนับสนุนทฤษฎีมาตรฐานสากล
 นี้หาได้ละเลยทฤษฎีความเสมอภาคอย่างสิ้นเชิงไม่ ส่วนใหญ่ได้ถือว่าการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวให้
 เท่าเทียมกับคนชาติเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำที่คนต่างด้าว "ควรจะ" ได้รับ และมีมาตรฐานที่
 สูงไปกว่านั้นคือ มาตรฐานสากลซึ่งคนต่างด้าว "ต้อง" ได้รับ ออฟเฟนไฮม์ เห็นว่า

ทุกรัฐถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องให้สิทธิต่าง ๆ แก่คนต่างด้าว
 อย่างน้อยที่สุดเท่าเทียมกับกับคนชาติของตนในเรื่องที่เกี่ยวกับความปลอดภัยและเกี่ยวกับทรัพย์สิน
 คนต่างด้าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องไม่ได้รับการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมในเรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัย
 ของตนหรือเกี่ยวกับทรัพย์สินจากเจ้าหน้าที่และของรัฐเจ้าของบ้าน ^{๒๐๘}

รัฐได้กำหนดกฎเกณฑ์ของการให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองตนในต่างประเทศ โดยอาศัย
 รากฐานของทฤษฎีเสมอภาคและทฤษฎีมาตรฐานสากลความคุ้มครองนี้ คุ้มครองความต่อไปนี้

^{๒๐๖}

J.L. Brierly, op.cit., p. 278.

^{๒๐๗}

Philip C. Jessup, op.cit., p.102.

^{๒๐๘}

L. Oppenheim, op.cit., p. ๑88.

"ทุกประเทศผูกพันที่จะให้คนชาติของอีกประเทศหนึ่งซึ่งอยู่ภายในเขตแดนตนได้รับประโยชน์ด้านองเดียวกับที่ได้ให้แก่พลเมืองของรัฐนั้นเอง ในกฎหมายเดียวกัน ระคับความคุ้มครองจากการบริหารกฎหมายที่เท่าเทียมกัน และการบำบัดความเสียหายในมาตรการเดียวกัน และในขณะที่เกี่ยวกับหลักการที่ต้องประกอด้วยเงื่อนไขที่ว่า ความคุ้มครองที่ประเทศหนึ่งให้แก่พลเมืองของตนนั้นไม่มากและไม่น้อยไปกว่ามาตรฐานที่มีอยู่ในนานอารยประเทศ ซึ่งเป็นมาตรฐานแห่งความยุติธรรม เป็นหลักการขั้นมูลฐานไม่ยุ่งยาก และเป็นหลักการที่ใดเป็นที่ยอมรับแล้วของอารยประเทศทั้งปวงซึ่งเป็นการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศของโลกขึ้นส่วนหนึ่ง เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นเพื่อให้สิทธิแก่รัฐในการที่จะกำหนดความยุติธรรมให้แก่คนต่างด้าวตามที่ได้ให้แก่คนชาติแห่งรัฐตนแล้ว ใดกระบบกฎหมายและระบบบริหารจะต้องสอดคล้องกับมาตรฐานทั่วไป หากกระบบกฎหมายหรือระบบบริหารของประเทศใดไม่สอดคล้องกับมาตรฐานนั้น แม้ว่าพลเมืองของรัฐนั้นเองอาจพอใจหรือถูกบังคับให้อยู่ภายใต้ภาวะเช่นนั้นก็ตาม รัฐอื่นใดหาจำต้องถูกบังคับให้ยอมรับสภาวะการดังกล่าวว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่จะปฏิบัติต่อพลเมืองของคนต่างด้าวไม่ว่าคนต่างด้าวมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและการบำบัดความเสียหายด้านองเดียวกับคนชาติ ค้วยข้อเท็จจริงที่ว่าความเป็นพลเมืองทำให้ไม่อาจเรียกร้องสิทธิเพื่อตนได้ จึงจำต้องพอใจกับความบกพร่องของระบบบริหารที่ให้ความคุ้มครองในสิทธิเหล่านั้น สำหรับคนต่างด้าวย่อมมีเหตุผลเพียงพอที่จะเรียกร้องสิทธิเหล่านั้นได้ เพราะรัฐไม่มีข้อแก้ตัวที่จะปฏิเสธการให้สิทธิเหล่านั้นแก่คนต่างด้าวใด"

ผู้ให้การสนับสนุนแก่อังกฤษมีมาตรฐานสากลได้ให้เหตุผลคัดค้านความคิดของฝ่ายทฤษฎีเสนอกล่าว หากขอจำกัดขอบเขตแห่งอำนาจของรัฐมีเพียงเท่าที่ให้แก่คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกับคนพื้นเมืองใดโดยปราศจากเงื่อนไขอื่นใดแล้ว คนต่างด้าวยอมจะตกอยู่ในภาวะที่ถูกวิกรวนสิทธิอันพึงจะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายจนหมดสิ้น โดยเหตุผลแต่เพียงว่า คนพื้น

๒๐๘

E. Root, "The Basis of Protection to Citizen Residing Abroad," Proceedings of the American Society of International Law, (4: 1910), pp. 20-22.

เมืองใดตกอยู่ในสภาวะที่ไม่เป็นธรรมทำนองเดียวกันนั้นด้วย สมมติฐานเช่นนี้ ย่อมเห็นได้ชัด
 ว่าไม่สอดคล้องกับหลักการขั้นมูลฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยที่จะก่อให้เกิด
 สิทธิขั้นมูลฐานของคนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ แม้ตามทฤษฎีเสมอภาคจะถือ
 ว่ารัฐอาจวิเคราะหสิทธิต่างของคนชาติและคนต่างด้าวโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเลยก็ตาม แต่สำหรับ
 ส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าว ย่อมมิได้หมายความว่ารัฐจะทำได้โดยไม่มีขอบเขต และเมื่อ
 มีการกระทำเกินขอบเขตแล้ว รัฐต่างประเทศย่อมไม่จะถูกห้ามจากการแทรกแซงเพื่อการให้ความ
 คุ้มครองแก่พลเมืองของตน การที่กฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะ
 ให้ความคุ้มครองในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าวได้ ย่อมแสดงว่าทฤษฎีแห่งความเสมอภาค
 นี้มิได้มีความสมบูรณ์อยู่ในตัว หากแต่เป็นทฤษฎีที่ยังมีเงื่อนไขอยู่ และเป็นเงื่อนไขที่ขึ้นอยู่กับกฎหมาย
 ระหว่างประเทศ ที่ถือว่าทฤษฎีความเสมอภาคนี้จะสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ
 ก็ต่อเมื่อ เป็นความเสมอภาคในความหมายที่ให้การรับรองว่าคนต่างด้าวจะได้รับการปฏิบัติและคุ้มครอง
 คุ้มครองในสิทธิขั้นต่ำอย่างน้อยที่สุดก็เท่ากับคนชาติ โดยนัยนี้รัฐย่อมไม่มีอำนาจกำหนดสิทธิหรือปฏิบัติ
 แก่คนต่างด้าวเสมอคนชาติได้ในทุกกรณี ทั้งนี้ เพราะมาตรการสุดท้ายในการกำหนดความรับผิดชอบ
 ของรัฐในการที่จะให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเท่าเทียมกับคนชาติซึ่งมีใจขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในหาก
 แต่เป็นมาตรการที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อสังเกตของทฤษฎีมาตรฐานสากลนี้ประการหนึ่งก็คือ กฎหมายระหว่างประเทศได้
 กำหนดขอบเขตเกี่ยวกับการปฏิบัติของรัฐไว้ว่า รัฐพึงให้การปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามมาตรฐานระดับ
 หนึ่ง ซึ่งอาจจะสูงหรือต่ำกว่ามาตรฐานที่รัฐใดปฏิบัติอยู่แล้ว นี้ได้หมายความว่าคนต่างด้าวจะคง
 ได้รับการปฏิบัติที่ดีเลิศโดยไม่มีพร่อง เพราะมาตรฐานในอุดมคติ กับมาตรฐานสากลหรือมาตรฐาน
 ระหว่างประเทศนี้มีความหมายต่างกัน การเสนอหลักการในอุดมคดีย่อมจะประสมกับอุปสรรค
 เพราะในทุกประเทศย่อมไม่มีประเทศใดที่มีลักษณะสมบูรณ์ได้โดยทุกกรณี ดังประเทศสหรัฐอเมริกา
 ซึ่งถูกจัดว่าเป็นประเทศที่มีอารยธรรมสูงก็ยังมีเรื่องบุพพิพากษากินสินบนเกิดขึ้นได้เช่นกัน หลักมาตรฐาน
 สากลนี้ถือเอาเรื่อง "อารยธรรมทั่วไป" เป็นเครื่องตัดสินคือเป็นการเดินสายกลาง เพื่อให้การ

คำร้องชีวิตในทางแค้นของคนต่างคำว่าเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ตัวอย่างที่อาจถือว่าเป็นมาตรฐานสากลได้แก่หลักที่ถือว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง หรือบุคคลไม่พึงจะถูกลงโทษทางอาญาโดยมิได้ผ่านกระบวนการยุติธรรมทางศาล หรือสิ่งที่ได้พิจารณาแล้วในเรื่องการคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมก็เป็นสิ่งหนึ่งที่ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานสากล แต่ปัญหาจะกำหนดว่าสิ่งใดเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมมีความยุ่งยากไม่น้อยไปกว่าการพิจารณาว่าสิ่งใดจะถือได้ว่าเป็นมาตรฐานสากล อย่างไรก็ตาม มาตรฐานสากลย่อมไม่ใช่สิ่งที่กำหนดขึ้นโดยปราศจากหลักเกณฑ์และต้องกำหนดขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงเฉพาะราย เช่น ในการที่กฎหมายภายในไม่ได้กำหนดมาตรการบังคับความเสียหายแก่คนต่างคำยอมไม่ไซจะละเมิดมาตรฐานระหว่างประเทศเสียทุกกรณี ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดแก่คนต่างคำนั้นเป็นความเสียหายที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่ให้รัฐแก้ไข เยียวยาเพื่อประโยชน์แห่งการดำรงไว้ซึ่งหลักมาตรฐานการปฏิบัติระหว่างประเทศหรือไม่ ดังนั้น การที่จะให้ทฤษฎีมาตรฐานสากลได้ผลอย่างสมบูรณ์ในทางปฏิบัติ กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องกำหนดเหตุการณเฉพาะกรณีที่มีความสำคัญขึ้นว่ากรณีใดบ้างมีลักษณะถือได้ว่าเป็นมาตรฐานอันจะก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องได้ แก่การวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวยอมเป็นการยากที่จะทำได้ เพราะระดับแห่งมาตรฐานย่อมมีความสัมพันธ์อย่างแนบแน่นกับวิวัฒนาการทางอารยธรรม ความไม่สงบของอารยธรรมยอมทำให้สิ่งที่ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานสากลความแน่นอน แต่ที่แน่นอนเมื่อหลักการนี้ได้เป็นที่ยอมรับก็คือ มาตรฐานระหว่างประเทศที่จะเกิดการสิทธิเรียกร้องนี้ไม่จำเป็นต้องให้หลักเกณฑ์สอดคล้องกับหลักที่มีอยู่ภายในกฎหมายภายใน

๓.๒.๑.๔ หลักการเลือกปฏิบัติ

ในความนึกคิดของนักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ คนต่างคำและชนชาติต่างก็เป็นมนุษย์มีสิทธิธรรมชาติดูในตัวเอง บุคคลทุกรูปทุกนามเมื่อเป็นมนุษย์แล้วจึงไม่ควรจะมีสิทธิและได้ความคุ้มครองตามกฎหมายที่แตกต่างกัน หลักอุดมคติที่จะขจัดการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งเพศ ผิว ศาสนา และชาติ นี้ แม้จะได้รับการสำเร็จถึงกับได้มีการตราเอกสาร

ชั้นรับรอง แต่ในทางปฏิบัติคงได้รับผลสำเร็จในการให้กับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในหมู่ชนที่นับแตกต่างกัน
ประการอื่น ๆ เท่านั้น สำหรับความแตกต่างในเรื่องสัญชาติหรือการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติ
กับคนต่างด้าวนี้ยังคงถือเป็นสาระสำคัญของประการหนึ่งซึ่งต้องคงไว้ทั้งในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ
และระบบกฎหมายภายใน

การเลือกปฏิบัติหรือการให้ความคุ้มครองไม่เท่าเทียมกันระหว่างคนชาติและคนต่างด้าว
ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เห็นได้ชัดก็คือ กฎหมายระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองแก่คนต่าง
ด้าวดีกว่าคนชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการที่จะได้รับการบำบัดความเสียหายเนื่องจากการ
กระทำของรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศในแขนงความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างด้าวได้พัฒนาขึ้น
เรื่อย ๆ จนอาจกล่าวได้ว่า ความคิดที่จะให้คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติในระดับที่สูงกว่าคนชาติใน
บางกรณีก็เกือบเป็นที่ยอมรับแล้ว ที่เป็นดังนี้มีผู้เห็นว่า เนื่องจากความผิดพลาดในทางโครงสร้างของ
กฎหมายระหว่างประเทศที่ถือมาแต่แรก เริ่มว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นวัตถุในกฎหมายระหว่างประเทศ
คนต่างด้าวจึงอาศัยความคุ้มครองของรัฐที่ตนมีสัญชาติได้ หากเมื่อใดกฎหมายระหว่างประเทศยอม
รับหลักการที่ให้เอกชนเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศทั้งทางทฤษฎีและปฏิบัติแล้ว ความ
แตกต่างนี้ย่อมจะหมดไป แต่อย่างไรก็ดี การเลือกปฏิบัติที่มีอยู่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศใน
เรื่องนี้หาได้มีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจังแต่ประการใดไป ทั้งนี้เพราะโดยปกติรัฐต่าง ๆ ย่อม
ให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองของตนอยู่แล้ว รัฐบาลของรัฐทุกรัฐย่อมต้องถือผลประโยชน์ของพลเมือง
ตนมาก่อนชนชาติอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อความต้องการรักษามลประโยชน์ของชาติหรือรัฐสัญชาติ
นิยมมีมากขึ้นเพียงใด ความรุนแรงของการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าวก็มีมากขึ้นเป็นเงาตามตัว
กฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องวางขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการใช้การเลือกปฏิบัติที่เกินขอบเขต

ตามทฤษฎีมาตรฐานการปฏิบัติคนต่างด้าวที่พิจารณามาแล้วทุกทฤษฎี หลักการในเรื่องการ
เลือกปฏิบัติเป็นข้อยกเว้นในทฤษฎีนั้น ตามทฤษฎีเสมอภาค ความเท่าเทียมระหว่างคนต่างด้าวและ
คนชาติมีความหมายเพียงแต่สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่เท่ากันในสิทธิ

คำอื่น ๆ แก่โดยหลักการความเสมอภาคในกฎหมายเป็นกฎที่เห็นยั้งรัฐจากการเลือกปฏิบัติ
 อยู่บาง ^{๒๑๐} ในทฤษฎีศาลใจ เมื่อคนต่างก้าวต้องยอมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายโดยเด็ดขาด
 แล้วยอมไม่มีข้อโต้แย้ง เมื่อมีกฎหมายวิครอนสิทธิให้ต่างไปจากคนชาติ สำหรับทฤษฎีมาตรฐาน
 สากลโดยยอมรับการปฏิบัติความแตกต่างระหว่างคนชาติและคนต่างก้าว คนต่างก้าวอาจได้เปรียบ
 คนชาติได้ใ้หมายกรณี ในทำนองเดียวกันคนชาติก็ยอมรับการปฏิบัติที่ได้เปรียบคนต่างก้าวได้

การเลือกปฏิบัตินี้มีโทษต้องผิดกฎหมายระหว่างประเทศเสมอไป รัฐยอมมีสิทธิโดย
 กว้างขวางที่จะให้หรือไปให้สิทธิบางประการได้ และความยืดหยุ่นในการให้สิทธินี้อาจใช้เป็น
 เครื่องมือรองแลกเปลี่ยนได้ ^{๒๑๑}

การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างคนชาติและคนต่างก้าว กล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ยอมรับ
 กันแล้ว ที่ยังเป็นอุปสรรคอยู่ก็แต่เพียงการที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ของการเลือกปฏิบัติให้อยู่ในขอบเขต
 อันจำกัด หากถือตามความคิดมาตรฐานสากลก็หมายความว่ารัฐจะเลือกปฏิบัติแก่คนต่างก้าวได้ในสิ่ง
 ที่นานอารยประเทศยอมรับ ^{๒๑๒} ความไม่เสมอภาคหรือการเลือกปฏิบัติในการแบ่งทรัพย์สินของผู้
 ลมละลายระหว่างเจ้าหนึ่ง เป็นพลเมืองของรัฐกับเจ้าหนึ่ง เป็นคนต่างก้าวนั้นเป็นที่เข้าใจกันโดย
 ทั่วไปว่าเป็นผลร้ายและเป็นอุปสรรคในการค้า" ^{๒๑๒} เป็นต้น

นอกจากการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติและคนต่างก้าวแล้ว ในบางกรณีการเลือกปฏิบัติ
 อาจมีขึ้นระหว่างคนต่างก้าวซึ่งเป็นสมาชิกของรัฐต่างรัฐกัน กล่าวคือ รัฐอาจให้สิทธิแก่คนต่างก้าว
 ของรัฐหนึ่งก็ไปกวาดคนต่างก้าวอีกรัฐหนึ่ง ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคนต่างก้าวด้วยกัน
 กัน การกระทำดังกล่าวยอมทำให้รัฐของคนต่างก้าวที่ได้รับสิทธิต่อกว่ามีความรู้สึกว่า พลเมือง
 ของตนไม่ได้รับความยุติธรรม เป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตร และอาจทำการประท้วงได้ เช่น

^{๒๑๐} เจสส์ ฟิลลิป ซี, เรื่องเกม, หน้า ๕๐

^{๒๑๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๕

^{๒๑๒} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๖

กรณีสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายคนเข้าเมือง ๑๙๒๔ ที่วางหลักการยอมรับเฉพาะคนต่าง
 ที่อาจแปลงชาติเป็นคนอเมริกันได้เท่านั้น และตามกฎหมายแปลงชาติของสหรัฐก็ได้ให้สิทธิในแก่น
 ผิวขาวและคนที่มีเชื้อสายอาฟริกันเท่านั้น คนผิวเหลืองและผิวสีน้ำตาลจึงไม่อาจเข้าเมืองสหรัฐ
 ได้ กฎหมายลักษณะนี้ ใ้รับกตริวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่ยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศญี่ปุ่น
 ได้ทำการประท้วงและกล่าวว่า กฎหมายนี้มีความ "มุ่งหมายที่จะใช้ต่อ (ท่าน) ชาติญี่ปุ่นโดยตรง"^{๒๑๓}
 และในกรณีที่รัสเซียได้ทำการเลือกปฏิบัติต่อชาวยิว เจ้าหน้าที่อังกฤษก็เห็นวาร์สเซียจะเลือกปฏิบัติ
 ต่อคนยิวสัญชาติอังกฤษไว้ก่อน เมื่อคนยิวสัญชาติรัสเซียได้ถูกปฏิบัติในทางองเดียวกันด้วย^{๒๑๔}

ในปัจจุบันอาจวางหลักโดยทั่ว ๆ ไปได้ว่า เมื่อบุคคลได้สมัครใจที่จะเข้าไปในดินแดน
 ของรัฐหนึ่งมีสิทธิของรัฐของคนแล้ว ย่อมจะต้องยอมรับสถาบันต่าง ๆ ของรัฐซึ่งตนเข้าไปอยู่ บุคคล
 นั้นย่อมไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับชนชาติของรัฐที่ตนเข้าไปอยู่นั้นได้
 เป็นต้นว่า คนต่างกัวย่อมไม่มีสิทธิในทางการเมืองซึ่งเป็นสิทธิที่ให้แก่พลเมืองของรัฐนั้นโดยเฉพาะ
 เท่านั้น และโดยปกติคนต่างกัวย่อมจะไม่ได้รับอนุญาตให้ทำการค้าขายฝัง หรือทำการประมง
 ในเขตทะเลน่านน้ำอาณาเขต และอาจถูกห้ามมิให้ไปมาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เป็นต้น ปัญหาการ
 เลือกปฏิบัติต่าง ๆ ดังกล่าวมิได้ถูกห้ามไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นอำนาจอธิปไตย
 ของรัฐที่อาจกำหนดขึ้นได้

๓.๒.๑.๕ สรุปความมาตรฐานการปฏิบัติต่อคนต่างกัวย

แม้ว่าทฤษฎีสมอบภาค ทฤษฎีมาตรฐานสากลและการเลือกปฏิบัติ
 จะมีทั้งส่วนที่ขัดแย้งและสอดคล้องกันอยู่แต่ก็มีอิทธิพลควบคู่กันไป

๒๑๓ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๖
 ๒๑๔ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕๑

กฎหมายกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติของคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ นับแต่ก่อนศตวรรษที่ ๑๕ จนถึงทุกวันนี้ ทั้งทางทฤษฎีและปฏิบัติหลักการทั้งสามนี้ได้รับความสนใจ ไม่ยิ่งหย่อนกว่ากันเท่าใดนัก คงจะเห็นมาแล้วว่าได้มีนักทฤษฎีหลายท่านกล่าวถึงถึงหลักแห่ง ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวว่าเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในกฎหมายระหว่างประเทศในส่วน ที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว มีนักเขียนบางท่านไม่เห็นด้วยกับการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าว และก็อ้าง ท่านที่เห็นว่าคนต่างด้าวไม่ควรจะได้รับการปฏิบัติที่ดียิ่งไปกว่าคนพื้นเมือง ประเทศต่าง ๆ ใน ลาตินอเมริกาอาจอ้างหลักทฤษฎีความเสมอภาคและมาตรฐานขั้นต่ำ กล่าวคือ กำหนดสิทธิที่กฎหมาย จะให้แก่คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครอง เช่นเดียวกับคนสัญชาติของตน แตกมิได้ให้สิทธิทุกอย่างแก่ คนต่างด้าวเท่าเทียมกับบุคคลสัญชาติของรัฐเป็นแต่เพียง ให้ความคุ้มครองสิทธิที่เท่าเทียมกับเท่านั้น ^{๒๑๕} ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเองไกลแวนชอนเป็นประเทศที่นิยมทฤษฎีมาตรฐานสากลซึ่ง เชื่อ ว่ามีสิ่งซึ่ง เป็นมาตรฐานสากลของการบริหารความยุติธรรมและรัฐจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสากล นั้น ถ้ารัฐใดไม่ถือตามมาตรฐานสากลรัฐที่คนต่างด้าวมีสัญชาติย่อมมีสิทธิที่จะให้การคุ้มครองได้โดย ถ้อยคำคนชาติตนได้รับการปฏิเสธความยุติธรรมในประเทศที่มีมาตรฐานต่ำกว่ามาตรฐานสากลนั้น อย่างไรก็ตาม ทั้งในคำทฤษฎีและทางปฏิบัติการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามทฤษฎีดังกล่าวย่อมไม่อาจ ปฏิบัติได้โดยเด็ดขาดคงยกการอาศัยทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเพียงทฤษฎีเดียว ทั้งนี้เนื่องจากการเลือก ปฏิบัตินั้น นับเป็นสาร สำคัญของความแตกต่างระหว่างคนต่างด้าว และในขณะเดียวกันก็มีทฤษฎี ในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการเคารพต่อสิทธิของคนต่างด้าว กล่าวโดยสรุป

ความคิดเห็นในเรื่องจารีตประเพณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ได้กำหนดหน้าที่ของ รัฐเจ้าของดินแดนที่จะให้สิทธิแก่คนต่างด้าวยังมีความเห็นไม่ลงรอยกันว่า รัฐจะต้องปฏิบัติต่อคน ต่างด้าวให้เท่าเทียมกับบุคคลสัญชาติของตน คืออาศัยทฤษฎีความเสมอภาคและมาตรฐานขั้นต่ำ

๒๑๕ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๗๓

หรือจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสากล ๒๑๖

๓.๒.๒ การปฏิเสธความยุติธรรม

คำว่า "การปฏิเสธความยุติธรรม" นี้ เป็นคำที่นักกฎหมายระหว่างประเทศ ใ้บ่อยที่สุด เมื่อกล่าวถึงพฤติกรรม อันจะเป็นผลให้รัฐมีความรับผิดชอบต่อกันต่างคำ แต่ขอบเขต ของการใ้ยังมีความกว้างแค้นไม่เท่ากัน ในบางครั้ง เช่น รายงานของ Guerrero ต่อสภา ประมวลกฎหมายแห่งกรุงเฮก (Hague Calification Congress 1930) ใ้ความ หมายอย่างแคบโดยจำกัด ความหมายอยู่เพียงการปฏิเสธที่จะให้สิทธิทางศาลหรือการที่ศาลปฏิเสธ การพิจารณาหรือพิพากษาคดีใดหรือปัญหาใด ๆ โดยเฉพาะ ในบางกรณีคำ ๆ นี้ใ้ใ้กับการกระทำ ทั้ทั้งปวงของอำนาจตุลาการ และการบริหารความยุติธรรมที่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อกันต่างคำ เช่น การกล่าวอ้างว่าศาลขาดประสิทธิภาพและไม่ได้มาตรฐาน ๒๑๗ แต่ในหลาย ๆ กรณี คำว่า การปฏิเสธความยุติธรรมนี้ มักจะถูกนำมาใ้ในความหมายอย่างกว้างครอบคลุมถึงพฤติกรรมทั้ ปรังทุกประเภท อันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐต่อกันต่างคำ ๒๑๘ อย่างไรก็ตาม ความหมาย ทั้ทั้งปวงและคำจำกัดความย่อมมีความสำคัญน้อยลง เมื่อคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการใ้คำ ๆ นี้ ก็เพื่อที่จะตอบคำถามของปัญหาที่ว่าในพฤติกรรมเช่นใด รัฐจึงเกิดความรับผิดชอบต่อกันต่างคำ เมื่อใ้ใ้ที่มีการวางหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของรัฐใ้เป็นที่แน่นอนแล้ว การใ้คำ ๆ นี้ใ้ใ้ ใ้ เป็น เพราะในบางครั้งการใ้คำเฉพาะเช่นนี้อาจทำให้เกิดความสับสนขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเคร่งครัดต่อคำจำกัดความและการจำกัดขอบเขตที่แน่นอนนั้น การปฏิเสธความยุติธรรมหากจะ นำมาใ้ใ้เป็นเพียง เครื่องวินิจฉัยการกระทำของรัฐซึ่งถือว่เป็นการละเมิดต่อพันธระหวาง

๒๑๖ D.P.O'Connell, op.cit., Vol. 2. p.94.

๒๑๗ เขต นาวาร์ตัน, เรื่องเคิม, หน้า ๖๘

๒๑๘ William W. Bishop, op.cit., 760 (n.3)

ประเทศ ที่มีต่อรัฐอื่นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว

การกระทำของรัฐตามพันธะระหว่างประเทศ อันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบเป็นผลให้รัฐผู้ถูกระทำ เรียกร้องความเสียหายให้ชน หากมองในแง่ผู้เสียหาย รัฐอาจได้รับความเสียหายทั้งทางตรงและทางอ้อม ในทางตรง ได้แก่การกระทำที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ เช่นการละเมิดสนธิสัญญา ส่วนความเสียหายในทางอ้อมได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคนชาติของตนโดยการกระทำของรัฐต่างประเทศ ในกรณีหลังนี้ความรับผิดชอบของรัฐหาได้เกิดขึ้นทันทีที่เป็นแต่เพียงเพราะการที่คนต่างด้าวได้ถูกทำร้ายหรือทำให้เสียหายในดินแดนของรัฐแห่งใดที่อยู่เท่านั้น ทั้งนี้เมื่อคนต่างด้าวได้รับความเสียหายจากการกระทำของเอกชน โดยปกติก็ต้องดำเนินการบังคับความเสียหายต่อผู้กระทำผิดนั้นโดยตรง ความรับผิดชอบของรัฐยังไม่เกิดขึ้นหากผู้เสียหายไม่เรียกร้องความยุติธรรมจากรัฐ เพราะเป็นการไม่สมควรที่จะให้รัฐต้องรับผิดชอบเพราะความบกพร่องในหน้าที่ในการเสนอการบังคับความเสียหาย ผู้เสียหายมีหน้าที่แสวงหาความยุติธรรม และเมื่อความยุติธรรมภายในรัฐแห่งใดที่อยู่มีอยู่ คนต่างด้าวย่อมยังไม่อยู่ในฐานะที่ร้องขอความคุ้มครองจากรัฐ จึงตนมีสัญชาติใด ต่อเมื่อได้ใช้กระบวนการบังคับความเสียหายภายในที่มีอยู่จนหมดสิ้น และได้รับการปฏิเสธความยุติธรรมแล้ว สิทธิดังกล่าวจึงเกิดขึ้น ความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างด้าวนั้นมิได้เกิดขึ้นจากการที่คนต่างด้าวถูกทำร้ายในการกระทำผิดโดยเอกชนในครั้งแรก หากแต่เกิดขึ้นจากการที่รัฐบกพร่องในหน้าที่ที่จะให้การเยียวยาให้เพียงพอ

หลักที่ให้รัฐต้องรับผิดชอบเมื่อเกิดการปฏิเสธความยุติธรรมนี้สืบเนื่องมาจากข้อสมมติฐานที่ว่า รัฐยอมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนแห่งคน และยอมจะต้องมีมาตรการในทางบริหารและระบบยุติธรรมตุลาการที่มีประสิทธิภาพเพียงพอรักษาความสงบเรียบร้อยและแก่การประสาคความ

๒๑๕

Green H. Hackworth, Digest of International Law (Washington, 1943), p. 471.

๒๑๖

Ibid., p. 472.

ยุติธรรมแก่คนต่างค่าได้ในสภาพกรณีปกติ ^{๒๒๑} ในทางทฤษฎี การปฏิเสธที่จะนำมูลค่าความเสียหายแก่คนต่างค่าถือว่าเป็นการกระทำที่ทำความเสียหายแก่รัฐเจ้าของสัญชาติ และก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศขึ้น ^{๒๒๒}

ความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างค่านี้อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐโดยตรง กล่าวคือ เป็นการกระทำขององค์กร และตัวแทนผู้ใช้อำนาจของรัฐ ได้แก่ ผู้ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งรวมถึงการกระทำของเจ้าพนักงานที่ไต่กระทำการตามหน้าที่ด้วย นอกจากนี้รัฐยังมีส่วนโดยทางอ้อมในการรับผิดชอบต่อการกระทำของเอกชน เมื่อมีการปฏิเสธความยุติธรรมแก่คนต่างค่าแล้วนั้นอีกด้วย โดยปกติความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิตและทรัพย์สินมักจะเป็นการกระทำของเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ในบางครั้งก็เป็นการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของพลเมืองมากที่สุด ในการใช้อำนาจตุลาการทางศาล ความเสียหายก็อาจเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลได้เช่นกัน ส่วนการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติโดยปกติ ความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นจากการตรากฎหมายโดยตรง หากเกิดขึ้นเมื่อมีการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นแล้ว การกระทำของเอกชนและองค์กรแห่งอำนาจของรัฐดังกล่าวย่อมเป็นเหตุที่จะให้มีการกล่าวอ้างว่าไม่ยุติธรรม ในการพิจารณาปัญหาการปฏิเสธยุติธรรมในความหมายอย่างกว้าง จึงควรที่จะพิจารณาดังการปฏิเสธความยุติธรรมที่เกิดจากการกระทำของเอกชนและการกระทำของรัฐ ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการควบคู่กันไปด้วย

๓.๒.๒.๑. การกระทำของเอกชน

การกระทำของเอกชนแม้จะก่อความเสียหายให้แก่คนต่างค่าก็มีใช้เป็นการกระทำผิดระหว่างประเทศ ^{๒๒๓} รัฐจึงไม่ตองรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อคนต่างค่า เพียง

^{๒๒๑} D.P.O'Connell, *op.cit.*, Vol. 2. p.994.

^{๒๒๒} Green H. Hackworth, *ibid.*, p.471.

^{๒๒๓} ดู เชต นาวารัตน์, เรื่องเกม, หน้า ๗๑

เพราะเหตุว่าคนต่างด้าวได้รับความเสียหายภายในดินแดนของรัฐนั้น

นักนิติศาสตร์ ใกล้เคียงกันแล้วว่า รัฐไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดขึ้น โดยเอกชน เว้นแต่รัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐจะมีส่วนผิดช่วยในการกระทำ ความเสียหายนั้น แต่เมื่อใดก็ตามถึงผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คนต่างด้าว กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการบางประการที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษ พร้อมทั้งการจ้กให้มีวิธีของกรรมวิธีธรรมเพื่อคนต่างด้าวผู้เสียหายจะใช้เป็น เครื่องมือในการบำบัดความเสียหายของตนด้วย ความบกพร่องของรัฐในกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าว อาจมีผลทำให้เป็นการละเมิดพันธะระหว่างประเทศ และก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐได้ ความรับผิดชอบของรัฐนี้เกิดขึ้นจากหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำผิดและจ้กไว้ซึ่ง มาตรการบำบัดความเสียหายแก่คนต่างด้าวผู้เสียหาย โดยนัยนี้ความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้นเพราะ ความบกพร่องในสิ่งดังกล่าวเท่านั้นมิใช่เกิดขึ้นจากการกระทำของเอกชนใดก่อให้เกิดความเสียหายในครั้งแรกด้วยพันธะของรัฐดังกล่าวยอมเท่ากับว่ารัฐมีข้อผูกพันต่อการกระทำของเอกชนเมื่อ เอกชนใดก่อความเสียหายขึ้นแล้ว ทั้งนี้ ในการที่จะกล่าวหาให้รัฐรับผิดชอบได้จะต้องปรากฏว่า ได้มีการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการบกพร่องขององค์การบริหารหรือการกระทำของเอกชนก็ตาม

อย่างไรก็ดี พันธะกรรมดังกล่าวจะต้องแยกพิจารณาจากกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ในประการแรก พันธะดังกล่าวต่างจากหน้าที่ของรัฐที่จะต้องป้องกันการกระทำผิด ซึ่งเป็นข้อผูกพัน ต่างหากอีกกรณีหนึ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้และความบกพร่องในการให้ความคุ้มครอง ก็เป็นอีกกรณีหนึ่งที่รัฐอาจกล่าวหาให้รับผิดชอบต่อการกระทำของเอกชนได้ ข้อที่สอง การที่รัฐต้อง รับผิดชอบเพราะละเลยต่อการดำเนินการแก้ไขนั้นย่อมแตกต่างจากกรณีที่รัฐต้องรับผิดชอบโดยตรง

bbc

Frederick S. Dunn, The Protection of Nationals, op.cit.,

ต่อการกระทำของเอกชนหรือองค์กรของรัฐ เพราะการกระทำนั้น ๆ ถือได้ว่าเป็นความผิดของรัฐ
ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นต่อคนต่างด้าว
เนื่องจากการกระทำของเอกชน เว้นแต่รัฐจะมีส่วนร่วมกระทำการหรือละเว้นการให้ความเสีย
หายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้รับการบำบัดโดยวิธีที่ควร หรือเป็นเพราะรัฐบกพร่องต่อการป้องกันใน
พฤติการณ์เฉพาะกรณี ซึ่งพึงคาดได้ว่าคนต่างด้าวอาจเสี่ยงต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำ
ของเอกชน ดังนั้นความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐมีได้เนื่องมาจากการกระทำของเอกชน
แต่เนื่องมาจากการปฏิบัติของรัฐที่ไม่สามารถกระทำหน้าที่ของตนในการรักษาความสงบเรียบร้อย
ได้ ความไม่สามารถของรัฐบาลในการให้ความเอาใจใส่ระมัดระวังอันควรที่จะป้องกันมิให้เอกชน
ก่อความเสียหายนี้ เป็นข้ออ้างของความรับผิดชอบระหว่างประเทศที่โต้ตั้งขึ้นมั่นคงแล้ว แม้
ทางทฤษฎีรัฐจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของเอกชนโดยตรงแต่จากข้อยกเว้นต่าง ๆ ดังกล่าว
ได้แสดงให้เห็นว่า เมื่อเอกชนก่อความเสียหายแก่คนต่างด้าว รัฐก็อาจต้องรับผิดชอบ ในการ
พิจารณาเพื่อให้รัฐรับผิดชอบในกรณีเช่นนี้มีปัญหายุ่งยากอยู่มากในทางปฏิบัติ ไบรลได้วางหลักเกณฑ์ใน
การพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างด้าวโดยเอกชนไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า ในประการแรก
ต้องพิจารณาว่าในพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นรัฐจำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ และประการที่สอง
รัฐได้ใช้มาตรการบำบัดความเสียหายที่เกิดขึ้นบ้างหรือไม่ หากรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้
มาตรการทั้งทางป้องกันที่เหมาะสมแล้ว ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น แต่การที่ความเสียหายเกิด
ขึ้นเพราะรัฐได้บกพร่องในหน้าที่ประการใดประการหนึ่งหรือสองประการดังกล่าว รัฐจึงต้องรับผิด
ในทางตรงกันข้ามถ้ารัฐได้กระทำหน้าที่ที่เหมาะสมแล้วความเสียหายนั้นยังเกิดขึ้นอยู่ก็รัฐย่อมไม่ต้อง
รับผิด ออฟเฟนไฮม์ก็กล่าวว่

๒๒๘

See Amerasinghe, State Responsibility to Injury to Aliens, (1957), pp. 50-51.

E. M. Borchard, Diplomatic Protection of Citizen Abroad, op.cit. 217.

J. L. Bierley, op.cit., p.240.

"หน้าที่ประการเดียวของรัฐในเรื่องความรับผิดชอบต่อกันต่างกันในกรกระทำของเอกชน
นี้คือ รัฐต้องใช้ "ความเอาใจใส่ระมัดระวังอันควร" ในอันที่จะป้องกันกรกระทำของเอกชนที่จะ
ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างค่านั้น และเมื่อได้ใช้ความเอาใจใส่ระมัดระวังอันควรแล้ว
การกระทำ ความเสียหายนั้นยังเกิดขึ้นอีก รัฐก็จะต้องจัดให้รัฐที่ได้รับความเสียหายได้รับความพอ
ใจ และได้รับการทดแทนโดยการลงโทษผู้กระทำผิดและบังคับให้ผู้กระทำ ความเสียหายชดเชย
ทดแทน"^{๒๒๔}

การกำหนดให้รัฐต้องใช้ "ความเอาใจใส่ระมัดระวังอันควร" นี้ มีความหมายทำนอง
เดียวกับ "มาตรฐานสากล" คือ เป็นหลักการกว้าง ๆ ที่กล่าวถึงความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ
รัฐต้องดำเนินมาตรการที่จะพึงใช้ได้ตามอำนาจของตน เพราะ "ความเอาใจใส่ระมัดระวังอัน
ควร" นี้ แสดงถึง "ประสิทธิภาพและความเอาใจใส่ที่จะพึงใช้โดยเครื่องมือของรัฐบาลมากกว่า
เป็นตัวเครื่องมือเอง"^{๒๒๕} คำอธิบายดังกล่าวมีได้วางหลักเกณฑ์แน่นอนในพฤติการณ์เช่นไรจึงถือ
ได้ว่า รัฐได้ใช้ความระมัดระวังอันควรแล้ว การวินิจฉัยก็เป็นทำนองเดียวกับเรื่องมาตรฐานสากล
ซึ่งยอมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์เป็นเรื่องเป็นรายไป

ทั้งร่างประมวลกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ ของสถาบันกษัตริย์แห่งมหาวิทยาลัย
ฮาวาร์ด ก็กล่าวถึงเรื่องนี้ว่า

"รัฐต้องรับผิดชอบถ้าหากเสียหายที่เกิดแก่คนต่างคาวเป็นผลเนื่องมาจากความไม่สามารถ
ของรัฐที่จะให้ความเอาใจใส่ระมัดระวังอันควรที่จะป้องกันความเสียหาย ในกรณีที่ได้ดำเนินการ
นำภัยความเสียหายภายในจนหมดสิ้นแล้ว ยังมีได้รับค่าทดแทนเพื่อความไม่สามารถนั้นอย่างพอเพียง
ความเอาใจใส่ระมัดระวังนั้นอาจแตกต่างกันตามลักษณะของคนต่างคาวว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือ

^{๒๒๔} L. Oppenheim, *op.cit.*, p. 331.

^{๒๒๕} Herbert W. Briggs, The Law of Nations (2nd ed., 1938), p. 712.

บุคคลสาธารณะ (public person) และตามพฤติการณ์แห่งกรณี".... และ

"รัฐต้องรับผิดชอบหากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อคนต่างด้าวนั้นเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำของเอกชนหรือจากการกระทำการรุนแรงของฝูงชน ถ้ารัฐให้ความเอาใจใส่ระมัดระวังอันควรที่จะป้องกันความเสียหายเช่นนั้น และหากได้ดำเนินการบำบัดความเสียหายภายในจนหมดสิ้นแล้วยังไม่ได้รับค่าทดแทนเพื่อความสามารถนั้นอย่างเพียงพอ หรือหากได้มีการปฏิเสธความยุติธรรม"

ความยากลำบากในการวางหลักเกณฑ์ว่าแค่นั้นเพียงใดจึงถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมก็ รัฐจะต้องใช้ความระมัดระวังเพียงใดจะถือว่าสมควร หรือเหมาะสมแก่มาตรฐานสากลก็ ล้วนแต่เป็นปัญหาที่ยากในทางปฏิบัติ แต่เมื่อหลักการนี้เป็นที่ยอมรับแล้ว ศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ลงนำหลักนี้ปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามพฤติการณ์แต่ละกรณีได้ อย่างไรก็ดีนักนิติศาสตร์หาได้พอใจต่อความไม่แน่นอนนี้ไม่ ได้มีความพยายามจำกัดขอบเขตนี้ให้แคบลง ด้วยการหลีกเลี่ยงคำที่อาจก่อให้เกิดปัญหาได้ดังกล่าว ดังเช่น ร่างประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อคนต่างด้าวได้ใช้ข้อความว่า.-

"ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิตและทรัพย์สินของคนต่างด้าวโดยการกระทำของเอกชนนั้น รัฐจะต้อง รับผิดชอบเมื่อความเสียหายที่คนต่างด้าวได้รับนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐมิได้ดำเนินการมาตรการโดยที่ในพฤติการณ์เช่นนั้นสมควรจะได้ดำเนินการโดยปกติ เพื่อการป้องกันแก้ไขหรือลงโทษแก่การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น"

แม้คำจำกัดความในร่างขององค์การสันนิบาตชาติจะได้จำกัดขอบเขตการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐให้แคบลงกว่าเดิม แต่ก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่ในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ ตัวอย่างในเรื่อง

๒๓๐ Draft Convention and Comment on the State Responsibility of the Harvard Research in International Law, 1929, Art. 10
๒๓๑ Ibid., Art. 11.

๒๓๒ Minute of the Third Committee, League of Nations Document, p. 237.

นี้คงจะไม่ทำอะไรที่ไปกว่าคำตัดสินของศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คำตัดสินที่ให้รัฐรับผิดชอบเพราะการกระทำของเอกชนนั้นมิได้อยู่เป็นจำนวนมาก ฉะนั้นจะยกตัวอย่างเพียงบางคดีเท่านั้น

ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำของเอกชนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าวที่น่าสนใจส่วนใหญ่เป็นคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการพิจารณาขอเรียกร้องระหว่างสหรัฐอเมริกา กับเม็กซิโก เช่น คดี เจน (Janes)^{๒๓๓} รัฐบาลสหรัฐได้เรียกร้องค่าเสียหายจำนวน ๒๕,๐๐๐ ในนามของทายาทผู้เสียหาย คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า Byron Everett Janes ได้ถูกฆาตกรรมโดยอดีตรัฐจางเหมื่องซึ่งเขาเป็นผู้อยู่คนเดียว คนร้ายไม่ได้รับการลงโทษ คณะกรรมการเห็นว่า เป็นความผิดของเจ้าพนักงานเม็กซิโกที่ไม่ดำเนินการที่เพียงพอในการจับตัวคนร้าย เป็นการละเมิดค่าน้ำที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ คำตัดสินให้เม็กซิกันรับผิดชอบค่าเสียหายซึ่งละเลยต่อการลงโทษคนร้ายซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐ แต่ไม่ใช้ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฆาตกรรม คดี Jane นี้ได้เป็นบรรทัดฐานของอีก ๓ คดีต่อมา คือ คดี Massey^{๒๓๔} ซึ่งกรรมการเห็นว่า เจ้าพนักงานเม็กซิกันได้ประมาทอย่างร้ายแรงในการที่ทำให้คนร้ายซึ่งฆาตกรรมชนชาติอเมริกันหลบหนีไปได้ในระหว่างรอการพิจารณา คำตัดสินให้ชดเชย ๑๕,๐๐๐ แกลสหรัฐ ในคดี Putman^{๒๓๕} เมื่อคนร้ายหนีไปจากที่คุมขังโดยอ้างหลักคดี Janes เช่นกัน ในคดี Kenedy^{๒๓๖} เป็นคดีซึ่ง เคมซาล เม็กซิกันตัดสินลงโทษชาว เม็กซิกันผู้ทำร้ายร่างกายชาวอเมริกันจนพิการตลอดชีวิตเพียง ๒ เดือน คณะกรรมการได้ตัดสินให้เม็กซิโกชดเชยแก่สหรัฐอเมริกาเป็นเงิน ๖,๐๐๐ สำหรับการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งเกิดจากการกำหนดโทษไม่ได้อย่างดีร่วมกับความผิด ในคดี Noyes^{๒๓๗} ซึ่งสหรัฐอเมริกาเรียกร้องให้รัฐบาลปานามาชดเชยเงินค่าทดแทนเนื่องจาก Mr. Walter A.

^{๒๓๓} Byron Everett Janes; Janes (U.S.A. v. United Mexican State; W.E. Holder, G.A. Brennan, The International Legal System, (Sydney: Butterworth, 1972), pp. 642-644.

^{๒๓๔} Massey (United States v. Mexico), Opinion 228 (1927), American Journal of International Law (21: 1927), p.783.

^{๒๓๕} Putnam (United States v. Mexico), Opinion 222 (1927), ibid., p.789.

^{๒๓๖} Kenedy (United States v. Mexico), Opinion 289 (1927), American Journal of International Law (22: 1928), p.174.

^{๒๓๗} United States (Noyes) v. Panama, see William W. Bishop, Jr. op.cit., pp. 766-767.

royes คนสัญชาติอเมริกันถูกชาวปานามาทำร้ายและทำให้รถยนต์เสียหาย ศาลอนุญาโตตุลาการผสมระหว่างสหรัฐอเมริกากับปานามา คัดสินยกฟ้องด้วยเหตุผลที่ว่า "เพียงข้อเท็จจริงซึ่งฟังได้ว่ากนตางควาไ้รับความเสียหายจากการทำร้ายของเอกชนซึ่งรัฐอาจป้องกันลงมาได้ หากได้จัดให้กำลังตำรวจเพียงพอเพียงในสถานที่เกิดเหตุ ทั้งนี้ หากทำให้รัฐบาลต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายนั้นตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ แต่ในคดีบอลวิน (Baldwin) ข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันหากแต่ความีพฤติการณ์ที่แน่นอนแฟ้นกว่า นายบอลวินชาวอเมริกันไ้ถูกคนร้ายกลุ่มหนึ่งประมาณ ๕-๖ คน ฆาตกรรม ข้อเท็จจริงมีว่าก่อนเกิดเหตุไ้เคยมีเหตุการร้ายแรงทำนองเดียวกันเกิดขึ้นแล้ว และเจ้าหน้าที่เหมืองก็เคยร้องขอให้รัฐบาลเม็กซิโกไ้เพิ่มความคุ้มครองเพิ่มเติม นอกจากนี้ คนร้ายที่ฆาตกรรมนายบอลวินก็เคยฆาตกรรมอเมริกันมาก่อน ซึ่งเจ้าหน้าที่เหมืองก็ไ้แจ้งขอเจ้าพนักงานให้จับกุมตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่เจ้าหน้าที่เม็กซิโกก็มิไ้ดำเนินการแต่อย่างใด คณะกรรมการพิจารณาขอเรียกร้องระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกไ้คัดสินให้สหรัฐไ้รับกาทดแทน

๓.๒.๒.๒ การกระทำของรัฐ

การกระทำของรัฐในที่นี้หมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามหน้าที่ทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ภายความแตกต่างในขอบเขตแห่งหน้าที่ขององค์กรทั้งสามทำให้ลักษณะแห่งความรับผิดชอบของกันไ้ไปด้วย

ก. ฝ่ายนิติบัญญัติ

หน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ คือ การตรากฎหมาย โดยปกติคำพิ้งแต่การกระทำการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะวิตรอนสัทธิคนต่างควาซึ่งถือไ้ว่าการขัดตอกกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างควาโดยตรง ต่อเมื่อมีการบังคับให้เป็น

ไปตามกฎหมายนั้นแล้ว ความกระทบกระเทือนในสิทธิจึงเกิดขึ้นดังออฟเป็นไฮม์ ใต้กล่าวว่า

"เกี่ยวกับความเสียหายระหว่างประเทศที่เกิดจากรัฐสภานั้น ต้องระลึกอยู่เสมอ
ว่า แม้ว่ารัฐสภาจะมีส่วนสำคัญในชีวิตทางการเมืองของประเทศเพียงใดก็ตาม รัฐสภาก็ไม่เป็น
ตัวแทนของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้นแม้กิจกรรมของรัฐสภาจะทำความเสียหายแก่
รัฐต่างประเทศเพียงไรก็ไม่อาจความผิดระหว่างประเทศได้" ๒๓๘

อย่างไรก็ดีแม้ว่าการกระทำของรัฐสภาไม่มีความผิดระหว่างประเทศ แต่ผลงานของ
รัฐสภาคือ กฎหมายนั้นเมื่อฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หากการบังคับตามกฎหมายนั้นก่อให้เกิด
ให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างคว่ำ รัฐก็ควรรับผิดชอบ ทั้งนี้ร่างขององค์การสันนิบาตชาติ มาตรา ๒
บัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายที่คนต่างคว่ำได้รับนั้นสืบเนื่องมาจากการตราซึ่งไม่สอดคล้องกับพันธะ
ระหว่างประเทศ หรือไม่ออกกฎหมายจึงจำเป็นแก่การปฏิบัติตามพันธะเช่นนั้น" ๒๔๐

ดังนั้น การที่ความเสียหายของคนต่างคว่ำเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของรัฐสภาซึ่ง
ละเว้นไม่ตรากฎหมายกรณีหนึ่งหรือตรากฎหมายขัดแย้งกับสนธิสัญญาหรือหลักกฎหมายที่มุ่งหมายที่จะ
ให้ประกันการปฏิบัติของคนต่างคว่ำเกี่ยวกับชีวิตและทรัพย์สินตามหลักที่ไต่รับรองแล้วในสังคมนานาชาติ
รัฐก็ควรรับผิดชอบ Hackworth กล่าวว่า

"เมื่อคนต่างคว่ำได้รับผลประโยชน์จากกฎหมาย ความคุ้มครองและการบำบัดความเสียหายซึ่งรัฐได้ให้ทำนองเดียวกับคนชาติแล้ว ย่อมไม่เป็นการชอบด้วยเหตุผลที่จะโต้แย้ง เว้นแต่จะ
ปรากฏวาระบทกฎหมายหรือการบริหารนั้นค่าความมาตรฐาน ได้รับการรับรองโดยทั่วไปในสังคมนานาชาติว่าเป็นสิ่งสำคัญ ข้อเท็จจริงแต่เพียงว่ากฎหมายและกลไกทางบริหารของรัฐซึ่งคน

๒๓๘

L. Oppenheim, *op.cit.*, p.329.

๒๔๐

Minute of the Third Committee, League of Nation Documents.

ต่างกวางนั้นมันที่อยู่แตกต่างไปจากรัฐที่เขามีสัญชาติหาเป็นเหตุผลเพียงพอที่จะให้เกิดการโต้แย้ง
ไม" ๒๔๑

ในคดี Shufeldt Claim ระหว่างสหรัฐกับกัวเตมาลา สหรัฐอเมริกาได้เรียก
ร้องค่าเสียหาย เนื่องจากกัวเตมาลาออกกฎหมายยกเลิกประธานาธิบดีของ Shufeldt
กัวเตมาลาได้ยกข้อต่อสู้ว่า การยกเลิกประธานาธิบดีนั้นเป็นการกระทำอันชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ของอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยรัฐสภา ถูกต้องตามแบบของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ กฎหมายลักษณะ
นี้จึงมีผลทั้งรูปแบบและอำนาจบังคับ จึงไม่อาจถูกโต้แย้งได้ในอำนาจศาลใด ๆ อนุญาโตตุลาการ
ได้ให้ความเห็นเมื่อ ๒๔ กรกฎาคม ๑๙๓๐ ตอนหนึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า

"รัฐบาลกัวเตมาลาขอมมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในการที่จะออกกฎหมายไปตามความ
ปรารถนาและด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นสมควร และเหตุผลนั้นหาเกี่ยวข้องกับศาลนี้แต่
อย่างใดไม่ แต่ศาลนี้คำนึงถึงเฉพาะกรณีที่เกิดของกฎหมายนั้นให้ความไม่ยุติธรรมแก่คนต่างดาว
แม้ว่าจะเป็นกฎหมายที่ก่อรับด้วยเหตุผลที่เลิศก็ตาม ในกรณีเช่นนี้รัฐบาลยอมต้องชดเชยค่าเสียหาย
ที่เกิดขึ้นและไม่อาจอ้างเอากฎหมายภายในขึ้นเป็นข้อต่อสู้..." (ตามข้อต่อสู้ของกัวเตมาลานั้น)
อาจเป็นไปได้หากมองในแง่ระบอบชาติ แต่เป็นสิ่งไม่ถูกต้องหากมองในแง่ระหว่างประเทศเพราะว่า
"ได้มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าอำนาจอธิปไตยไม่อาจถูกอนุญาโตให้
กำหนดกฎหมายภายในของตนขึ้นเอง เพื่อเป็นการห้ามการใช้สิทธิเรียกร้องของอำนาจอธิปไตยต่าง
ชาติ ในการที่คนชาติตนได้ถูกกระทำที่" ๒๔๒

๒๔๑ Green H. Hackworth, op.cit., p.473.

๒๔๒ Ibid., p.4๐5.

ข. การกระทำของฝ่ายบริหาร

รัฐนอกจากจะต้องรับผิดชอบการกระทำของฝ่ายบริหารในการที่ได้มีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างดาวโดยผลแห่งการกระทำของเอกชนแล้ว ยังต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยตรงอีกด้วย โดยลักษณะของอำนาจบริหารมีอำนาจหน้าที่ทั้งอำนาจการปกครอง และดำเนินการปกครอง รัฐบาลมีหน้าที่โดยตรงในอำนาจหน้าที่ประการแรก ส่วนอำนาจหน้าที่ประการหลังรัฐอาจมอบหมายให้หน่วยงานที่รองลงมากระทำได้ ผู้ใช้อำนาจบริหารจึงประกอบด้วย ประมุขแห่งรัฐ คณะรัฐมนตรี พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปวงในระบอบกระทรวงทบวงกรมและองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ นอกจากสมาชิกวุฒิสภาและผู้พิพากษาแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่อื่นใดทั้งหมดย่อมถูกจัดรวมอยู่ในฝ่ายบริหาร อำนาจหน้าที่ที่กว้างขวางและต้องเกี่ยวข้องกับวิถีประจำวันของประชาชนมากที่สุดของฝ่ายบริหารนี้ โอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่คนต่างดาวอันเป็นผลให้รัฐต้องรับผิดชอบกฎหมายระหว่างประเทศก็มีมากขึ้นด้วยเป็นเงาตามตัว อย่างไรก็ตามการกระทำของฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลมีความสัมพันธ์กับคนต่างดาวน้อยกว่าการใช้อำนาจหน้าที่ทางปกครอง ปัญหาที่เรียกว่า "ร้องให้รัฐรับผิดชอบค่าเสียหายส่วนใหญ่จึงเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง"

การที่ฝ่ายบริหารได้กระทำการตามอำนาจหน้าที่ของตนไม่ว่าในฐานะของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครองย่อมเป็นผลให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐโดยเท่าเทียมกัน นับตั้งแต่ ประมุขของรัฐ หากได้กระทำการในหน้าที่แล้ว รัฐต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ เพราะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐโดยตรง แม้ว่าในทางทฤษฎีความรับผิดชอบนี้รวมถึงประเทศที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์เป็นประมุขด้วย แต่ในทางปฏิบัติความรับผิดชอบเหล่านี้จะไม่เกิดขึ้น เพราะการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีกษัตริย์เป็นประมุขพระมหากษัตริย์มิได้ทรงใช้อำนาจโดยพระองค์เอง การกระทำ

ในอำนาจหน้าที่ที่ส่งผู้สนองพระบรมราชโองการรับผิดชอบอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามก็ พระมหากษัตริย์อาจทรงทำ ความเสียหายแก่คนต่างต่างในตำแหน่งพระองค์ได้ โดยหลักที่ถือว่า "พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดไม่ได้" (**The King can do no wrong**) รัฐจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำของกษัตริย์ในทุกกรณีทั้ง ในหรือนอกขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่^{๒๘๘} สำหรับการกระทำของรัฐบาลหรือสมาชิกในคณะรัฐบาล ซึ่งได้แก่คณะรัฐมนตรี หากเป็นการกระทำในอำนาจหน้าที่แล้ว รัฐก็ต้องรับผิดชอบโดยตรง เพราะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐทำนองเดียวกันกับการกระทำของประมุขแห่งรัฐ^{๒๘๘}

ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร หลักการพิจารณาความผิดของรัฐก็อยู่ในลักษณะเดียวกัน คือ หากความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ย่อมสันนิษฐานได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ แต่ความรับผิดนี้ไม่จำกัดวงแคบอยู่แต่เฉพาะภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่เท่านั้น หากแต่ยังขยายถึงการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วย เพราะกรณีจะเกิดเป็นความผิดได้ก็เป็นการกระทำนอกขอบเขตอำนาจหน้าที่เสียส่วนมาก หากยอมให้มีการจำกัดขอบเขตดังกล่าวรัฐยอมจะอ้างได้เสมอว่า การกระทำผิดนั้นเป็นการกระทำที่นอกขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ เพราะความอำนาจอหนะที่แล้ว เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติสิ่งที่ชอบและถูกต้องเท่านั้น ดังที่ Dunn กล่าวว่า "เป็นการยากที่เจ้าหน้าที่จะได้รับมอบอำนาจให้กระทำ ความผิด"^{๒๘๙}

ตามร่างประมวลกฎหมายของกรมการทูตที่สามมาตรา ๗ ได้วางหลักเกณฑ์ความรับผิดของรัฐต่อคนต่างต่างในการกระทำของฝ่ายบริหารไว้ว่า "รัฐต้องรับผิดชอบต่อความรับผิด"

^{๒๘๘} L. Oppenheim, op.cit., p.323-324.

^{๒๘๘} Charles G. Fenwick, op.cit., p.280.

^{๒๘๖} Ibid., p.290.

^{๒๘๙} Frederick S. Dunn, The Protection of National, op.cit., p.135-136.

มติชอบระหว่างประเทศ หากความเสียหายที่เกินต่างก้าวได้รับเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำหรือการรบกวนกระทำของอำนาจบริหาร ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับพันธระหวางประเทศของรัฐ" และมาตรา ๕ ได้ขยายความในส่วนที่เป็นการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ต่อไปว่า

(๑) รัฐต้องรับผิดชอบต่อความรับผิดชอบระหว่างประเทศ หากความเสียหายที่เกินต่างก้าวได้รับเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำหรือการรบกวนกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นกระทำการภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ การกระทำหรือการรบกวนกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนพันธระหวางประเทศ

(๒) รัฐต้องรับผิดชอบต่อความรับผิดชอบระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกัน ถ้าความเสียหายที่เกินต่างก้าวได้รับเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำที่โดยปราศจากอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งกระทำการโดยการแสดงตัวว่าเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ถ้าการกระทำนั้นฝ่าฝืนพันธระหวางประเทศของรัฐ

แต่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ถ้าการที่ไม่ใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นได้เป็นที่ประจักษ์แจ้งแก่คนต่างก้าวและทุกุณคนต่างก้าวอาจหลีกเลี่ยงความเสียหายได้" ๒๔๘

หลักการความรับผิดชอบต่อการกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวยังคงได้รับการรับรองอยู่ในปัจจุบันจะแตกคางข้างก็เป็นเพียงข้อปลัดถ้อยคดีที่ Dr. O'Connell ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ตอนหนึ่งว่า

"ไม่เป็นปัญหาสำหรับการที่จะให้รัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจ แต่ที่ยังอาจเป็นปัญหาข้อหนึ่งคือการแจกแจงถึงหน้าที่ของรัฐในการ

กระทำของฝ่ายบริหาร หน้าที่เหล่านี้ได้แก่ ให้ความเคารพต่อชีวิตและทรัพย์สินอันมีค่า (respecting sovereign property and persons) และของทูตานุทูต ขอมเขตจำกัดแห่งอำนาจ หน้าที่และให้การเคารพต่อสิทธิทางเอกชนและเสรีภาพส่วนบุคคล นอกจากนี้ในปัจจุบันนี้อาจเพิ่ม หน้าที่อีกประการหนึ่งคือ การให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน หากพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติเสมือนที่ เหล่านี้รัฐต้องรับผิดชอบ..." ๒๘๕

ปัญหาที่พึงได้รับการพิจารณาในที่นี้คือ กรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่กระทำการ ในตำแหน่งหน้าที่เกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน ทั้งนี้มีปัญหาวากฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนด ให้รัฐรับผิดชอบต่อภัยหรือไม่ว่า คำตอบย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดว่าเป็นไปในทางยืนยัน โดยมีคำตัดสินของ องค์การยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากที่ได้ปฏิเสธที่จะยอมรับข้ออ้างที่ว่า การกระทำนั้น เป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นข้อต่อสู้ในข้อเรียกร้องสิทธิระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่าง ประเทศยอมไม่เอาถาวรวงในปัญหาเกี่ยวกับอำนาจภายใน (internal vires) และจะต้อง สันนิษฐานว่า พนักงานเจ้าหน้าที่ได้กระทำในนามของรัฐ แต่เมื่อการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้เป็นที่ประจักษ์แจ้งชัดว่าอยู่นอกขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวยอมไม่ อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำในทางมหาชน หากเป็นเพียงการกระทำของเอกชนคนธรรมดาเท่านั้น รัฐหาต้องรับผิดชอบไม่

ทำนองเดียวกันกับความรับผิดชอบต่อรัฐของคนต่างด้าวในกรณีอื่น ๆ ความรับผิดชอบต่อ รัฐต่อการกระทำของฝ่ายบริหารนี้ ได้มีคำตัดสินขององค์การยุติธรรมวางหลักเกณฑ์ไว้เป็นจำนวน มาก ข้อเรียกร้องเพื่อทดแทนความเสียหายแก่คนต่างด้าวนี้เกิดจากการกระทำของฝ่ายบริหาร และพนักงานเจ้าหน้าที่ในสถานการณ์ต่าง ๆ กัน และมีอยู่ไม่น้อยที่เกิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน ตัวอย่างในคดี Garcia and Garza ซึ่งมี

ขอเท็จจริงว่า เจาหน้าที่ทหารรักษาชายแดนของสหรัฐได้ยิงหญิงสาวชาวเม็กซิโก ขณะอยู่บน
 แห่งก้ำลิ่งข้ามแม่น้ำ Rio Grande ซึ่งเป็นที่ตองห้ามทั้งตามกฎหมายเม็กซิโกและสหรัฐ
 ทางการสหรัฐได้เคยมีคำสั่งให้กวักขันในเรื่องการลักลอบเข้าเมือง แต่ได้มีคำสั่งของทางทหาร
 ซึ่งออกมาก่อนเกิดเหตุในถึง ๒ เดือนว่าห้ามมิผู้ลักลอบเข้าเมืองซึ่งไม่มีอาวุธ ศาลทหารแห่งสหรัฐ
 อเมริกาได้เห็นว่า เจาหน้าที่ผู้ยิงนั้นมีความผิดและมีคำสั่งปลดประจำการเพราะในฐานะละเมิด
 คำสั่ง แต่ประธานาธิบดีไม่เห็นกับคำสั่งตัดสินของศาลทหาร ทหารรักษาชายแดนผู้ยิงจึงได้กลับมา
 หน้าที่ความเดิม คณะกรรมาธิการเห็นว่าสหรัฐควรให้ค่าเสียหายสำหรับการพรากชีวิตมนุษย์ เพราะ
 ความนโยบายของการคุ้มครองชีวิตมนุษย์ควรจะกวักขันในการใช้อาวุธปืน แต่มิใช่ให้รับผิดเพราะ
 เป็นการปฏิบัติด้วยความยุติธรรม

"การที่จะถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติด้วยความยุติธรรมนั้น จะต้องมีหลักฐานโดยถือเอาตาม
 มาตรฐานสากลที่เชื่อถือได้ การที่ประธานาธิบดีไม่อนุมัติคำพิพากษาของศาลทหารนั้น ได้เป็นการ
 ไร้อำนาจทางยุติธรรมที่ไม่ถูกต้อง มีเจตนารายหรือทุจริตต่อหน้าที่ หรือเป็นการกระทำที่ไร้สมรรถ-
 ภาพของรัฐบาลที่ไม่ดีระดับมาตรฐานสากล ซึ่งวิญญูชนและผู้มีใจเป็นกลางย่อมเห็นได้ชัดในความไร้
 สมรรถภาพนั้น แต่ตามหลักฐานในคดีนี้ปรากฏความบกพร่องดังกล่าว" ๒๕๐

ค. การกระทำของฝ่ายตุลาการ

ท่านองเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร การกระทำของฝ่าย
 ตุลาการนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างดาว รัฐต้องรับผิดชอบเช่นกัน ดังที่ Dupuis ได้กล่าว
 ว่า "ถ้ารัฐต้องรับผิดชอบสำหรับกฎหมายและการปกครองของตน รัฐก็ต้องรับผิดชอบสำหรับการ
 ตัดสินคดีของคนต่าง รัฐไม่มีสิทธิ์ที่จะฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศโดยข้อโต้แย้งเรื่องอำนาจศาล

ท่านเอง เกี่ยวพันกับโอกาสของความคึกฉิวแดนของรัฐสภาหรือความวอดคีของรัฐบาลของตน " ๒๕๑
 อำนาจตุลาการหรือศาลนี้เป็นองค์กรที่จะประสานความยุติธรรมเพื่อให้ความเสียหายที่เกิดขึ้น
 แล้วได้รับการแก้ไขมาด้วยความเสียหายที่คนต่างก้าวได้รับจากการกระทำของอำนาจบริหารก็ดี
 พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ดี ฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี หรือเอกชนก็ดี ผู้เสียหายยังมีโอกาสที่จะขอความยุติธรรม
 จากศาลได้ แต่เมื่อใดศาลไม่เปิดโอกาสให้หรือชักชวนคดีไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่าง
 ประเทศ ของถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม ในความหมายดั้งเดิมการปฏิเสธ
 ความยุติธรรมก็หมายแต่เฉพาะการกระทำของฝ่ายตุลาการเท่านั้น ดังที่ Bireley ได้กล่าว
 ว่า "การปฏิเสธความยุติธรรมในความหมายที่แท้จริงคือการกระทำของศาลยุติธรรมซึ่งมีผลเกี่ยว
 ข้องกับความรับผิดชอบของรัฐผู้ก่อความเสียหาย" ในทัศนะของ Hackworth:

การปฏิเสธความยุติธรรมนี้มักจะใช้เกี่ยวกับการกระทำหรือการละเว้นกระทำการของ
 อำนาจฝ่ายตุลาการ เพื่อให้ต่างกับอำนาจของรัฐบาลในสาขาอื่น ๆ เพราะอาจกล่าวได้ทั่วไปว่า
 การที่กล่าวเป็นกระบวนการเพื่อมาด้วยความเสียหายที่ถืออยู่ในรัฐจนหมดสิ้นแล้ว ถือเป็นองค์
 ประกอบสำคัญประการหนึ่งของการที่จะร้องทุกข์จากคนต่างก้าวได้ถูกปฏิเสธความยุติธรรม การปฏิเสธ
 เสธความยุติธรรมอาจประกอบด้วยทั้งการปฏิเสธที่จะให้สิทธิทางศาล หรือความไม่ยุติธรรมจากการ
 กระทำของศาล อยางไรก็ดี เพียงแต่ความแตกตางของคำพิพากษา หรือโดยวิธีวิญญูชนยอมมี
 ความแตกตางกันในการวินิจฉัยความถูกต้องแล้ว ย่อมไม่อาจถือเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมได้ แม
 วนานาชาติจะมีความเสมอภาคกันแต่ วยชยยกเว้นบางประการ คำพิพากษาของศาลสูงสุดจึงต้อง
 เป็นคำพิพากษาที่ถือได้ว่ายุติธรรมและเหมาะสมเป็นที่ยอมรับกันได้ ทั้งนี้ โดยปกติย่อมมีข้อ
 สันนิษฐานเบื้องต้นถึงความถูกต้องของคำพิพากษา และในกรณีที่ผู้ร้องได้ขอความคุ้มครองโดยอ้าง
 ว่าศาลไม่ปฏิเสธความยุติธรรม ย่อมมีภาระในการพิสูจน์ด้วยหลักฐานที่แน่ชัดว่า ข้อสันนิษฐานนั้น

๒๕๑ เขต นาวาร์ตัน, เรืองเกม, หน้า ๒๓ ขอดางอิง ๒.

ไม่ว่าจะนำมาปรับกับกรณีของผู้ร้องได้ กล่าวโดยทั่วไป หากคำพิพากษาใดมีแนวโน้มแสดงว่าได้รับความยุติธรรมหรือปรากฏว่าถูกอิทธิพลโดยมีมูลเหตุจูงใจที่มีชอบ หรือได้ปรากฏว่ามีการศึกษาบนแก่ศาล หรือเป็นเพราะอคติ หรือเลือกปฏิบัติต่อคนต่างคำว โดยเหตุแห่งสัญชาติของคนต่างคำว นั้น หรือเป็นการต่อต้านคนต่างคำวโดยทั่ว ๆ ไป ฝ่ายในต่อระเบียบซึ่งเป็นผลหรือมีการลาช้อย่างผิดปกติในการพิจารณาคดีของศาล หรือกรณีฝ่ายในต่อระเบียบที่ร้ายแรงอื่น ๆ อันเป็นผลทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมอย่างยิ่ง กรณีต่าง ๆ เหล่านี้ย่อมเป็นรากฐานสำหรับการเสนอขอเรียกช่องทาง การทูลหรือสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลระหว่างประเทศ" ^{๒๕๖}

การวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำของฝ่ายตุลาการก็อาศัยหลักเกณฑ์ ในทำนองเกี่ยวกับการกระทำขององค์การอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐจะรับผิดชอบเมื่อมีการ ฝ่ายในพันธระหวางประเทศ ดังกล่าวมาแล้วว่าการที่ศาลวินิจฉัยผิดพลาดยังไม่เป็นเหตุให้เกิด สิทธิเรียกร้องขึ้นได้ หากมีการเรียกร้องไปยังองค์การยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว องค์การ นั้นจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าศาลได้กระทำการฝ่ายในพันธระหวางประเทศหรือไม่ ^{๒๕๓} ดังนั้น โดย ปกติพันธระหวางประเทศย่อมจะยังไม่เกิดขึ้นหากการดำเนินคดียังไม่ถึงที่สุด แม้ว่าโดยปกติ การได้เห็นได้ชัดแล้วว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของศาลชั้นต้นได้ก่อให้เกิดความ เสียหายแก่คนต่างคำวอย่างไม่เป็นธรรม อำนาจอของรัฐเจ้าของสัญชาติยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าคนต่าง คำวผู้เสียหายจะได้ดำเนินคดีต่อไปจนมีคำพิพากษาของศาลสูงสุดยังคงยืนยันคำพิพากษาของศาล ชั้นต้น ^{๒๕๔}

๒๕๖

Green H. Hackworth, op.cit., p. 526-527.

๒๕๓

ดูคำอธิบายของ Professor Basedevant, Minute of the Third Committee, League of Nations Document, p. 103.

๒๕๔

C.C. Hyde, op.cit., P. 391, 992.

๓.๓ ความรับผิดชอบของรัฐก่อนต่างกันในปัจจุบัน

ในทุกวันนี้ นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ได้พยายามที่จะสมานหลักการของทฤษฎีทั้งหลาย และวางแนวทางสายกลางขึ้น เพื่อให้มีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติในกรณีต่าง ๆ รวมทั้งหลักการในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐก่อนต่างกันในด้วย แม้ว่าความพยายามนี้ได้ปรากฏผลงานเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความมั่นคงพอสมควร แต่ก็ยังไม่ปลอดจากการโต้แย้งโดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งก้ำกั๊กคำที่ไม่อาจทำให้หลักการนั้นมีผลในทางปฏิบัติ ส่วนใหญ่เกิดจากแนวความคิดที่สนับสนุนด้วยอิทธิพลทางการเมือง แทนที่จะเป็นการโต้แย้งในหลักนิติศาสตร์ดังที่เป็นมาในอดีต ลักษณะนี้ปรากฏเสมอในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ แห่งองค์การสหประชาชาติที่ได้ใช้ความพยายามที่จะรวบรวมกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ บัญญัติขึ้นเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ

คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประชุมกันครั้งแรกเมื่อ ๑๙๔๕ ได้รับหลักการที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐและเรื่องอื่น ๆ อีก ๑๓ เรื่อง สมควรที่จะรวบรวมจัดทำเป็นประมวลกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำประมวลกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐคณะกรรมการได้เริ่มงานขึ้นอย่างจริงจังตั้งแต่ปี ๑๙๕๕ ในการประชุมระยะแรกปัญหาเรื่องนี้มีข้อขัดแย้งต่าง ๆ มากมายทั้งในแง่นิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ ได้มีการถกเถียงกันในที่ประชุมสมัชชาใหญ่ องค์การสหประชาชาติและคณะกรรมการชุดที่ ๖ แห่งสมัชชา (Six Committee) ดังจะเห็นได้จากรายงาน ๖ ฉบับของ Garcia Amador, Special Rapporteur ของคณะกรรมการในเรื่องนี้^{๒๕๕} ในปี ๑๙๖๑ ปัญหาข้อถกเถียงนี้ว่ายุติลงขั้นหนึ่งด้วยข้อเสนอ

^{๒๕๕} See, Year Book of International Law Commission, (2 : 1956), p. 173; ibid., (2 : 1957), p. 104; ibid., (2 : 1958) p. 47; ibid., (2 : 1959), p. 1; ibid., (2 : 1960) p. 41; ibid., (2 : 1961), p. 1

"ร่างความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐต่อความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นเหนือดินแดนแก่ชีวิตและทรัพย์สินของชนต่างดาว" ^{๒๕๖} ในการประชุมของสมัชชาใหญ่ของการสหประชาชาติเมื่อวันที่ ๑ ธันวาคม ๑๙๖๘ สมัชชาได้ให้ข้อเสนอแนะคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศว่า "ควรใช้ความพยายามทุกวิถีทางเพื่อเริ่มงานในด้านเนื้อหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐตั้งแต่การประชุมสมัยหน้าเป็นต้นไป" ^{๒๕๗} ในการประชุมครั้งหลังสุดของคณะกรรมการเมื่อปี ๑๙๖๙ ดูเหมือนว่าได้ประสบความสำเร็จพอสมควร โดยสามารถผ่านอุปสรรคที่ตั้งค้างอยู่แล้วในเรื่องการที่จะรับเอาวิธีการใดเพื่อการจัดทำประมวล ^{๒๕๘} แต่อุปสรรคสำคัญที่จะชักขวางมิให้การจัดทำประมวลในเรื่องนี้ได้รับผลสำเร็จในอนาคตก็น่าใกล้เคียง ความแตกต่างในชั้นมูลฐานของระบบทางการเมืองและเศรษฐกิจของโลกปัจจุบัน

ในรายงานฉบับแรกเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ วันที่ ๒๐ มกราคม ๑๙๕๖

Gasia Amador ในฐานะที่ดำรงตำแหน่ง **Special Reporter** ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ศึกษาเปรียบเทียบปัญหาระหว่างมาตรฐานสากลและหลักความเสมอภาคระหว่างชนชาติและคนต่างดาว ตอนที่หนึ่งแห่งข้อสรุปเขาได้กล่าวว่า "ณ ที่นี้ อาจกล่าวได้ว่าความคิดเห็นที่ตรงกันข้ามและไม่สอดคล้องกันนี้สามารถที่จะปฏิรูปและรวบรวมขึ้นใหม่ เป็นหลักนิติศาสตร์ที่ก่อรูปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ และสมประสงค์ของทั้งสองฝ่าย" ในการนี้อาจทำได้ด้วยการ "ให้มีการเคารพโดยสากลและดำรงไว้ซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน" สำหรับชนทั้งปวงให้ "หลักประกันในการคุ้มครองผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษยชนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติ" หลักการและเหตุผลต่าง ๆ ของทฤษฎีมาตรฐานการปฏิบัติต่อคนต่างดาว" ย่อมจะถูกขจัดไปจากกฎหมายระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน เมื่อกฎหมายได้ให้การรับรองแก่สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานโดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างว่าเป็นคนชาติหรือคนต่างดาว" และโดย

^{๒๕๖}

Revised Draft Convention on State Responsibility,
Year Book of the International Law Commission (2: 1961).

^{๒๕๗}

General Assembly Resolution 2400 (XXIII). See also
W.E. Holder, op.cit., p.633.

^{๒๕๘}

Year Book of International Law Commission (2:1969), p.233.

สรุป Gacia Amador เห็นว่า สารสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ "ได้ให้มาตรการคุ้มครองที่สูงกว่าความคุ้มครองขั้นต่ำที่ทฤษฎีของ "มาตรฐานสากลแห่งการบริหารความยุติธรรม" เรียกร้อง เพื่อให้เป็นหลักประกันของคนต่างด้าวอีก"^{๒๕๕}

หลักการนี้แม้จะเป็นหลักการที่สอดคล้องกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ แต่ก็ได้รับการคัดค้าน ที่น่าสนใจควรแก่การพิจารณาอย่างยิ่งได้แก่... ความเห็นของ Mr. Nervo แห่งเม็กซิโก ซึ่งได้แสดงออกในกรณีเกี่ยวกับความผิดชอบของรัฐในระหว่างการประชุมของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ องค์การสหประชาชาติ เมื่อวันที่ ๗ มิถุนายน ๑๙๕๗ ดังมีความตอนหนึ่งว่า

"ในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศลาตินอเมริกาแล้ว ประวัติของสถาบันแห่งความรับผิดชอบของรัฐเป็นเรื่องที่ถูกกำหนดขึ้นเป็นอุปสรรคขัดขวางวิถีทางแห่งของประเทศลาตินอเมริกา ที่เกิดขึ้นใหม่ เป็นการต่อต้านการที่จะป้องกันตนเองในฐานะประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราช (ในสมัยนั้น) เป็นการต่อต้านต่อการมีกรรมสิทธิและการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติของคน ทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการดำรงไว้ซึ่งบูรณภาพทางสังคมของประเทศเหล่านั้นด้วย...

... รัฐที่เกิดขึ้นใหม่เป็นจำนวนมากไม่เคยมีส่วนร่วมในการก่อตั้งสถาบันแห่งกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็นสถาบันที่ไ้รวมตัวเป็นระบบที่มั่นคงขึ้นในศตวรรษที่ ๑๙... อย่างไรก็ตามก็หลักการระหว่างประเทศที่กำหนดขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐนั้น ไม่เพียงแต่เป็นหลักการไม่คำนึงถึงรัฐเล็ก ๆ เท่านั้น แต่ยังเป็นหลักการที่ต่อต้านรัฐเล็ก ๆ อีกด้วย หลักการเหล่านี้ส่วนใหญ่เกิดขึ้นจากรากฐานแห่งความสัมพันธ์ที่ไม่เสมอภาคระหว่างรัฐมหาอำนาจกับรัฐเล็ก ๆ อากกล่าวได้ว่าประมาณร้อยละ ๕๕ ของข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ

^{๒๕๕}

Ibid., (2: 1956), pp.173, 203. See also William W. Bishop, Jr. *op.cit.*, p. 752 at note 29.

ในศตวรรษที่ผ่านมา เป็นเรื่องระหว่างประเทศอุตสาหกรรมที่เป็นมหาอำนาจกับประเทศเล็ก ๆ ซึ่งเป็นประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ การขาดดุลภาพแห่งอำนาจเป็นผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสิทธิ ซึ่งทำให้หลักการสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า *per in parem non habet imperium* ได้ถูกมองข้ามโดยสิ้นเชิง

... เมื่อพิจารณาถึงเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ คณะกรรมาธิการได้ใช้ความพยายามอย่างยิ่งที่จะนำหลักการเพื่อปรับเข้ากับโครงสร้าง และสภาพการณ์ของสังคมนานาชาติสมัยหลังสงครามโลก และเพื่อจะหักล้างหลักที่มีอยู่ในยุคเริ่มก่อตั้งทฤษฎีกฎหมายสารบัญญัติ

โดยการเปลี่ยนแนวความคิดเพื่อให้สอดคล้องกับค่านิยมใหม่ ๆ และความต้องการของโลกปัจจุบัน ค่านิยมและความต้องการเหล่านี้โดยมีอยู่ในวัตถุประสงค์และหลักการขององค์การสหประชาชาติ ทั้งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งเป็นเครื่องกำจุนเพื่อให้เกิดสันติภาพร่วมกันแห่งรัฐทั้งปวง เป็นการยกระดับมาตรฐานการดำรงชีวิตแห่งมวลมนุษย โดยเฉพาะสำหรับรัฐที่กำลังขยายตัวทาง เศรษฐกิจและพัฒนาการ สังคม และเพื่อเป็นการเคารพต่อประเทศที่ยังพัฒนาความเสมอภาคในอำนาจอธิปไตยของรัฐ...

... ต้องมีการรับรองอย่างแท้จริงโดยปราศจากเงื่อนไขและข้อยกเว้นใดๆ ว่าหลักการขั้นมูลฐานในความเสมอภาคระหว่างคนชาติและคนต่างค่านั้นเป็นหลักการเดียวกับที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในอำนาจอธิปไตยของรัฐอย่างแท้จริง

ความคิดของ Mr. Nervo ได้รับการสนับสนุนโดยคำปราศรัยของผู้แทนชาติอื่น ๆ คือ อินเดียน รัสเซีย และซีเรีย

ในที่สุดญูหน่าไคมียุติเบื้องต้นโดยข้อสรุปของ Garcia Amador ในตำแหน่ง Special Reporter ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐแห่งคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่าง

bbo

ประเทศ ใ้สรุปว่า มาตรฐานการปฏิบัติต่อกันต่างค่านั้น ควรถือหลักเสมอภาคกับคนชาติ แต่มาตรฐานนี้จะทอ้งไม่ว่ากวามาตรฐานสากลในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน จากข้อสรุปนี้เขาได้เสนอร่างบทบัญญัติความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐต่อความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นเหนือดินแดนแก่ชีวิตและทรัพย์สินของคนต่างค่าง ๒๒๑ กิ่ง ในมาตรา ๑ มีบัญญัติข้อความว่า เกี่ยวกับสิทธิของคนต่างค่างว่า :

"เพื่อวัตถุประสงค์แห่งการใ้บทบัญญัติในร่างนี้ คนต่างค่างย่อมมีสิทธิและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทุกคนชาติ แต่สิทธิและความคุ้มครองนี้ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตามต้องไม่น้อยกว่าสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน ซึ่งใ้รับการรับรองและกำหนดไว้ในมาตรฐานระหว่างประเทศในปัจจุบัน"