

ความคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล

3.1 คำนำ

เนื่องมาจากแต่ละประเทศมีอำนาจอธิปไตยในการที่จะจัดระเบียบภายในของรัฐและออกกำหนดกฎหมายออกมาใช้บังคับได้ ภายใต้ดินแดนหรืออาณาเขตของตนเอง¹ ในการพิจารณากำหนดสัญชาติของนิติบุคคล โดยออกมาเป็นรูปของกฎหมายภายในนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาหรือวินิจฉัยเคราะห์เป็นอย่างดี เพราะเกี่ยวข้องกับสังคมของคนหลายกลุ่มโดยเฉพาะเกี่ยวกับสังคมของคนต่างชาติ ซึ่งโดยปกติรัฐแต่ละรัฐ ก็มีความพยายามที่จะปกป้องพลเมืองหรือคนชาติของตนจากคนต่างชาติอยู่แล้ว ดังนั้นการกำหนดหลักการที่ทฤษฎีที่เหมาะสม สำหรับการกำหนดสัญชาติให้นิติบุคคลจึงจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของรัฐที่นิติบุคคลนั้นจะได้รับผลกระทบเสียก่อนเพื่อที่ว่าจะ เป็นประโยชน์ในการตรวจสอบและปฏิบัติต่อนิติบุคคลที่มีสัญชาติแล้วต่อไป

3.2 ทฤษฎีหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล

ทฤษฎีหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลมีขึ้นเพื่อจะเป็นประโยชน์ในการที่จะรู้ว่าจะใช้กฎหมายใดที่จะใช้บังคับกับนิติบุคคล และการกำหนดประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีความผูกพันอยู่ด้วยยิ่งกว่าประเทศอื่น ๆ อันเป็นการหาความสัมพันธ์ที่แท้จริง เพื่อจะ

¹ สมยศ เชื้อไทย, "รัฐ: ปัญหาเกี่ยวกับข้อความคิดและสาระสำคัญ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2530): 102.

3.2.1 ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Place of Incorporation)

1. ประวัติความเป็นมาของทฤษฎีนี้

ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียนนี้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 18³ กล่าวคือ เป็นหลักที่ถือเอาประเทศที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้งเป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล และกฎหมายที่จะใช้บังคับนิติบุคคลที่ก่อตั้งตามกฎหมายของประเทศใดก็จะได้สัญชาติของประเทศนั้น ตามหลักนี้จะคำนึงถึงการจดทะเบียนการก่อตั้งเป็นสำคัญ สาเหตุที่อังกฤษเป็นคนริเริ่มทฤษฎีนี้ เพราะในตอนนั้นประเทศอังกฤษเป็นประเทศเจ้าของอาณานิคมทั่วโลก จึงต้องการที่จะใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะเรื่องการจดทะเบียนของบริษัท ในประเทศอังกฤษสามารถใช้กฎหมายประเทศอังกฤษได้ แม้บริษัทนั้นจะไม่ได้กระทำการอยู่ ณ ประเทศอังกฤษ คือบริษัทนั้นอาจจะไปประกอบกิจการอยู่ที่ประเทศในเครือจักรภพอังกฤษต่าง ๆ ซึ่งเรียกว่าเป็นการนำกฎหมายของประเทศอังกฤษ "ส่งออก" ไปยังประเทศอาณานิคมต่าง ๆ (export of British Law to its colonies) และจุดประสงค์ของประเทศอังกฤษในการก่อตั้งทฤษฎีนี้อีกอย่างหนึ่งคือ การยอมรับสภาพนิติบุคคลและการบังคับใช้ของกฎหมายต่างประเทศในประเทศอังกฤษ เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of Law) กล่าวคือ ถ้าบริษัทต่างประเทศนั้นได้จดทะเบียนหรือก่อตั้งในประเทศอื่น ๆ แล้ว เข้ามาประกอบกิจการในประเทศอังกฤษก็จะถือว่าบริษัทนั้นมีสถานภาพบุคคลขึ้นแล้วเป็นนิติบุคคล ไม่ต้องมาจดทะเบียนในประเทศอังกฤษอีก ซึ่งนับว่าสอดคล้องกับความต้องการของผู้ลงทุนต่างประเทศ ที่จะมาประกอบกิจการในประเทศอังกฤษมาก เพราะไม่ว่าต้องการมาจดทะเบียนบริษัทในอังกฤษก็สามารถเข้ามาประกอบกิจการได้ในรูปของบริษัทนั้น ถ้าหากได้จดทะเบียนและก่อตั้งแล้วในประเทศอื่น หรือในทางกลับกันบริษัทต้องการที่จะมาจดทะเบียนและก่อตั้งในประเทศอังกฤษ เพื่อที่จะเป็นบริษัทสัญชาติประเทศอังกฤษ แต่ไม่จำเป็นต้องมาประกอบกิจการในประเทศอังกฤษ

³ Dimitris Tzouganatos, "Private International Law as a means to control the multinational enterprise". Vanderbilt Journal of Transnational Law 19, (1931): 479.

ดังนั้น ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน โดยประเทศอังกฤษ เป็นผู้ริเริ่มคิดค้นขึ้นนี้ จึงมีผู้นิยมและนำไปปรับใช้กันอย่างแพร่หลายในเวลาต่อมา เพราะสอดคล้องกับความต้องการของนักลงทุนต่างประเทศ ในแง่ของความสะดวกสบายและผลประโยชน์ของผู้ลงทุนต่างประเทศในตลาดลงทุนต่างประเทศ (foreign markets) เพราะไม่ต้องกังวลว่า เมื่อจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทแล้วจะต้องมีสำนักงานใหญ่ หรือจะต้องประกอบกิจการ หรือมีธุรกิจในประเทศที่ก่อตั้งนั้น (Host states) และผู้ลงทุนต่างประเทศก็เป็นอิสระที่จะสามารถเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับบริษัทนั้นได้ด้วย (Freedom to choose) ซึ่งต่อมามีประเทศที่ยึดถือหลักนี้ ได้แก่ ประเทศลาตินอเมริกา เช่น บราซิล เปรู คิวบา⁴ กัวเตมาลา ฯลฯ และประเทศในเครือจักรภพอังกฤษเป็นส่วนใหญ่ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย ฯลฯ เป็นต้น

2. สาระสำคัญของทฤษฎีนี้

ภายใต้แนวความคิดของทฤษฎีนี้ ซึ่งบางทีเรียกกันว่าเป็นแนวความคิดของกฎหมายแองโกลอเมริกัน (Anglo - American rule) นิติบุคคล คือ สิ่งที่รัฐหรือประเทศที่ก่อตั้งนิติบุคคลนั้นได้สร้างขึ้นมา ดังนั้นถ้านิติบุคคลไปกระทำการที่อื่น ๆ นอกจากประเทศหรือสถานที่นิติบุคคลได้ก่อตั้งขึ้น จะถูกพิจารณาว่าเป็นนิติบุคคลต่างชาติ ในประเทศที่ไปประกอบกิจการอยู่นั้น แต่จะสามารถบังคับใช้กฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้งหรือจดทะเบียนขึ้นมาได้

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียนนี้ พัฒนามาจากหลัก ภูมิลำเนาของนิติบุคคล ซึ่งเปรียบเทียบกับหลักดินแดน (Jus soli) ของกรณีการได้มาซึ่งสัญชาติของบุคคลธรรมดา ดังนั้นภูมิลำเนาจึงเป็นตัวกำหนดกฎหมายที่จะบังคับใช้กับนิติบุคคล ซึ่งตามทฤษฎีนี้จะตัดสินโดยกฎหมายที่ประเทศนั้นได้ก่อตั้งนิติบุคคลนั้นขึ้น แม้ว่าความสำคัญของ

⁴ E. Rabel, The Conflict of Law, (1960) p. 32.

ภูมิสำเนาของนิติบุคคลได้หมดความสำคัญไปมากในกฎหมายแองโกลซอเมริกัน แต่ว่าได้มีการพัฒนาแนวความคิดเรื่อง การเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับนิติบุคคล (choice of Law) เข้ามาแทนที่ซึ่งปกติแล้วภูมิสำเนาของนิติบุคคลก็คือ ประเทศที่ก่อตั้งหรือจดทะเบียนนิติบุคคลนั้น อย่างไรก็ตามนิติบุคคลก็ยังสามารถที่จะประกอบธุรกิจหรือมีสำนักงาน มีพนักงาน ผู้อำนวยการ และมีคลังสินค้าในประเทศหรือรัฐอื่น ๆ นอกจากประเทศที่ตนได้จดทะเบียนหรือก่อตั้งขึ้น และสามารถเป็นนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ (residence) ในต่างประเทศนั้นได้ โดยที่ยังมีภูมิสำเนาเดิมอยู่ที่ประเทศที่ก่อตั้งขึ้นนั้นอยู่ด้วย

ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียนนี้ มีการยืดหยุ่น (flexible) มากในเรื่องการปรับใช้ ทำให้เกิดทั้งข้อดีและข้อเสียพร้อมกันไป เช่น ข้อดีหรือจุดเด่นของทฤษฎีนี้อยู่ที่นิติบุคคลมีความอิสระสามารถเลือกกฎหมายของประเทศใด ๆ เพื่อมาบังคับใช้กับนิติบุคคล โดยที่ไม่ต้องมีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับประเทศที่ได้ก่อตั้งหรือจดทะเบียนเลย อีกทั้งไม่ต้องเผชิญกับปัญหาเรื่องการยอมรับสภาพของนิติบุคคลว่าจะมีความสามารถทางกฎหมายหรือไม่ของประเทศที่นิติบุคคลนั้นได้ไปประกอบกิจการ เพราะนิติบุคคลนั้นก่อตั้งและจดทะเบียนแล้วภายใต้กฎหมายของประเทศที่ได้ก่อตั้งและจดทะเบียนนั้น นิติบุคคลก็ย่อมมีสภาพทางกฎหมายขึ้นทันที

ในเรื่องข้อเสียนั้น จากการมีอิสระที่จะเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้นี้ อาจทำให้เกิดการใช้กฎหมายอย่างผิดวัตถุประสงค์ไปได้ ตัวอย่างเช่น

การที่บริษัทหนึ่งก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศหนึ่ง โดยปกติจะมีที่ตั้งหรือที่ทำการ (Seat) อยู่ในประเทศนั้น แต่อาจมีความจำเป็นบางประการ เช่น บริษัทอาจก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศ X แต่โดยความต้องการของผู้ริเริ่มและผู้ประกอบกิจการต้องการให้มีที่ตั้งสำนักงานหรือศูนย์กลางการบริหารในประเทศ Y เป็นต้น การก่อตั้งบริษัทภายใต้กฎหมายของรัฐหนึ่ง แต่มีจุดประสงค์เพื่อประกอบกิจการทั้งหมดของบริษัทในอีกรัฐหนึ่ง เป็นเรื่องที่ธรรมดาตามาก โดยเฉพาะในประเทศอเมริกา เหตุผลที่ว่าทำไมผู้ประกอบการทำธุรกิจในประเทศของตนต้องการให้กิจการของเขาอยู่ภายใต้กฎหมายของอีกรัฐหนึ่ง ก็เพราะว่ากฎหมายของรัฐของผู้ประกอบกิจการนั้น บางทีอาจเข้มงวดต่อความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น หรือผู้ให้เครดิตมากเกินไปหรืออาจสนับสนุนการเงินเขาน้อยไป หรือเข้มงวดในเรื่องการชำระบัญชีประจำปี

การเสียภาษีอากร หรือไม่อำนวยความสะดวกและความคล่องตัวของกิจการเท่าที่ควร หรือการก่อตั้งบริษัทในรัฐอาจจะมีค่าใช้จ่ายแพงกว่ากฎหมายของรัฐอื่น เป็นต้น ตัวอย่างใน ค.ศ. 1899 ในสหรัฐอเมริกา มีรัฐหนึ่ง คือรัฐ Delaware ที่มีนิติบุคคลโดยเฉพาะในรูปแบบของบริษัทต่าง ๆ นิยมไปจดทะเบียนและก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของรัฐ Delaware นี้ เหตุผลก็เพราะว่าการจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทที่รัฐ Delaware นี้มีผลดีคือในเรื่องการเสียภาษีซ้อน กล่าวคือ ภายใต้กฎหมายของรัฐ Delaware บริษัทที่มาจดทะเบียนก่อตั้ง ณ รัฐนี้ จะไม่มีการเรียกเก็บภาษีอากรจากบริษัทนั้น ๆ แม้ว่าบริษัทจะมีสำนักงานใหญ่หรือไปประกอบกิจการ ณ ที่รัฐแห่งอื่นก็ตาม จึงเป็นเหตุผลสำคัญในด้านผลประโยชน์ของบริษัทอันหนึ่ง ที่ทำให้บริษัทต่าง ๆ นิยมมาจดทะเบียนและก่อตั้งกัน ณ รัฐ Delaware นี้⁵ ซึ่งในตัวอย่างดังกล่าวนี้ กฎหมายก่อตั้งบริษัทนี้จะไม่ใช้กฎหมายของที่บริษัทไปมีที่ตั้งจริง (real seat) แต่เป็นกฎหมายของรัฐที่บริษัทก่อตั้งขึ้นนี้ จึงเป็นจุดอ่อนของการใช้หลัก the place of incorporation ซึ่งมีจุดประสงค์ไม่ต้องการให้ผู้ประกอบกิจการสามารถจะมีอิสระในการเลือกกฎหมายที่บริษัทจะเกิดขึ้นได้ โดยไม่สนใจว่าจะมีความสัมพันธ์จริง ๆ ระหว่างการดำเนินกิจการของบริษัทกับกฎหมายที่ตนเลือกหรือไม่ ซึ่งอาจจะเป็นช่องว่างของกฎหมายและเป็นผลเสียต่อไปในอนาคตได้ อย่างไรก็ตามอาจแก้ไขได้โดยอาจจะกำหนดไปเลยว่าการให้สถานบุคคลต่อนิติบุคคล เช่น บริษัทนั้น จะต้องก่อตั้งศูนย์กลางการบริหารที่แท้จริง หรือสำนักงานอยู่ภายในรัฐนั้น ๆ ด้วย หรือการที่รัฐที่มีศูนย์กลางบริหารนั้นสามารถปฏิเสธการยอมรับบริษัทที่ก่อตั้งโดยกฎหมายต่างประเทศ สิ่งเหล่านี้ถ้าสามารถแก้ไขได้ ถึงเรื่องนี้ ต้องขึ้นอยู่กับรัฐหรือประเทศนั้น ๆ ว่าจะมีทัศนคติ (attitude) กับรัฐต่างชาติอย่างไร

⁵ การที่รัฐหรือประเทศยกเว้นภาษีให้แก่บริษัทที่มาจดทะเบียนและก่อตั้ง ณ ประเทศหรือรัฐตนนั้น โดยให้บริษัทมีสัญชาติของประเทศนั้น ได้เรียกกันว่า "Tax heavens" หรือเขตปลอดภาษี ซึ่งมีประเทศที่ปฏิบัติตามต่อมา เช่น สวิตเซอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก ลิกเตนสไตน์ บาฮามาส เบอร์มิวดา หมู่เกาะบริติชเวอร์จิน และปานามา (Yitzhak Hadari, Ibid, p. 21 - 22).

3. แนวคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำเอา
ทฤษฎีการก่อตั้งหรือจดทะเบียนมาใช้

1) **คดี Flack Claim (1929) (อังกฤษ - เม็กซิโก)** ⁶

ในคดีนี้ คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่มีความเห็นว่า บริษัทนี้มีสัญชาติอังกฤษ โดยนิสจน์ได้ 3 ประการคือ

- (1) การรับรองว่าบริษัทนี้ก่อตั้งขึ้น (incorporation) ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ
- (2) การที่บริษัทมีภูมิลำเนา (domicile) อยู่ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ
- (3) การควบคุม (conduct) บริษัทนี้ในการปฏิบัติงานต่าง ๆ ก็มาจากศูนย์กลาง ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ

2) **คดี Interoceanic Failway of Mixico (1931) ระหว่างอังกฤษ -
เม็กซิโก** ⁷

คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการยืนยันในความเห็นที่ว่า ถ้าได้จดทะเบียนก่อตั้งในประเทศอังกฤษและมีภูมิลำเนาอยู่ในอังกฤษด้วยแล้ว ก็ถือว่าเป็นพยานหลักฐานเพียงพอแล้วในการที่บริษัทมีสัญชาติอังกฤษ ทั้งนี้ โดยคณะกรรมการฯ ไม่ยอมรับข้อตกลงที่ว่าจะต้องมีความจำเป็นในการแสดงผลประโยชน์ส่วนใหญ่ของอังกฤษในบริษัทด้วย

⁶ United Nations Reports of International Arbitral Awards, (R.I.A.A.) (1934) cited by D.J. Harris, Case and Materials on International Law, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1979) p. 178.

⁷ American Journal of International Law (A.J.I.L.) (1934) p. 590. cited by D.J. Harris, Case and Materials on International Law, (London: Sweet & Maxwell, 1979).

3. คดี Madera Company Claim (1931) ^๘

คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการได้มีความเห็น ในเรื่องภูมิลำเนาและการก่อตั้ง ในประเทศนั้น ๆ โดยกล่าวว่า "แม้ว่าจะมีการขัดแย้งเกิดขึ้นอย่างมากในเรื่องสัญชาติของบริษัท แต่ก็สามารถกล่าวได้ว่า ในประเทศส่วนใหญ่แล้วถือว่าการจดทะเบียนและก่อตั้งและมีภูมิลำเนา ในประเทศตนแล้ว เป็นการยอมรับว่าบริษัทมีสัญชาติของประเทศตนโดยปริยาย" ตัวอย่างข้อเท็จจริงในคดีนี้ คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการกำหนดสัญชาติของบริษัทนี้ว่าเป็นสัญชาติอังกฤษ โดยหลักการก่อตั้งและภูมิลำเนา (incorporation and domicile)

4. คดี Stirling Claim (1898) ^๙ ระหว่างประเทศชิลีกับประเทศอังกฤษ

บริษัท Stirling จำกัด ได้ก่อตั้ง ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ดังนั้น ในความเห็นของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการแองโกล-ชิลีเลียน (Anglo-Chilean) ถือว่าบริษัทนี้ ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษ จึงไม่สามารถมีเป็นสภาพนิติบุคคลภายใต้กฎหมายของประเทศชิลี แต่อย่างไรก็ตาม โดยความต้องการของกฎหมายชิลี บริษัทอาจมีสภาพทางกฎหมายในประเทศชิลีได้ ซึ่งกฎหมายพาณิชย์ของชิลีได้บัญญัติตั้งเรื่องนี้ไว้ว่า โดยอำนาจในการออกกฎหมายของประธานาธิบดีแห่งชิลี บริษัทต่างประเทศที่มีสิทธิที่จะตั้งสาขาในประเทศชิลี ดังนั้น บริษัท Stirling จึงได้รับรองว่ามีสภาพเป็นบริษัทต่างชาติที่มีสิทธิปฏิบัติงานในประเทศชิลี ^{๑๐}

^๘ United Nations Reports of International Arbitral Awards, (R.I.A.A.) (1934) p. 61. cited by D.J. Harris, Case and Materials on International Law, (London: Sweet & Maxwell, 1979).

^๙ Schwarzenberger George, International Law, (1957) p.p. 395-396.

^{๑๐} ดู Reclamaciones presentados al Tribunal Anglo-Chilean หน้า 128 และ หน้า 158. อ้างจาก Schwarzenberger George, International Law, (London: Stevan & Sons, 1957).

ในความเห็นของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ อีกอย่างหนึ่งคือความเป็นไปได้ที่จะให้สัญชาติแก่บริษัทนี้ โดยที่การให้สัญชาตินี้จะกำหนดด้วยภูมิลำเนาของบริษัท (domicile) ไม่ใช่สถานที่แสวงหาผลประโยชน์ (exploitation) หรือกิจการของบริษัทนอกประเทศ แต่จะเป็นสถานที่ที่เป็น ศูนย์กลางของการบริหารงานและจัดการของบริษัท (The centre of the company's administration and management) อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ ได้มีความเห็นเพิ่มเติมว่า นิติบุคคลจะมีสัญชาติของประเทศหรือรัฐใด ทั้งนี้ ต้องดูว่ากฎหมายของประเทศใดที่ก่อตั้งนิติบุคคลนั้นขึ้นมาจากด้วย

ดังนั้น คณะกรรมการฯ ได้ใช้หลักการเรื่อง "ภูมิลำเนา" ในเบื้องต้นและประกอบด้วย การใช้หลักการก่อตั้งและจดทะเบียน (incorporation) ทำให้ตัดสินว่าสัญชาติของบริษัท Stiriling นี้คือ สัญชาติอังกฤษ

5) คดี Rudan & Co. (1870)¹¹ ระหว่างประเทศเปรูกับสหรัฐอเมริกา
คดีนี้ปรากฏให้เห็นว่า Rudan & Co. นี้ ได้ก่อตั้งขึ้นในรูปของห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน (Partnership) ในประเทศเปรู และภายใต้กฎหมายเปรู ห้างหุ้นส่วนนี้มีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย¹²

ภายใต้สนธิสัญญา วันที่ 12 เดือนมกราคม 1863 ระหว่างเปรูกับสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้ว่า "จะต้องปฏิบัติต่อกันตามหลักการของความยุติธรรมและความเท่าเทียมกัน หลักของกฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญาอื่น ๆ" ดังนั้น คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่า

¹¹ Schwarzenberger George, *International Law*, (1957) p. 397.

¹² อนุมาตรา 205 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ประเทศเปรู ปี 1853 (The Peruvian Commercial Code of 1835).

"ถ้าสามารถจะกล่าวได้ว่ากิจการธุรกิจนี้มีสัญชาติได้ โดยที่สัญชาตินี้คือประเทศที่นิติบุคคลนั้นได้ อาศัยอยู่ภายใต้กฎหมายที่ก่อตั้งมันขึ้นมา และได้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลด้วย" ดังนั้น ห้างหุ้นส่วน Ruden & Co. นี้มีสัญชาติเปรู

6. คดี Chamberlain and Hookham, Ltd. V. Solar Zahlerwerke, G.M. B.H. (1922) ¹³

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัทใหญ่ได้ก่อตั้งที่ประเทศอังกฤษและมีบริษัทสาขาที่ประเทศเยอรมัน โดยที่บริษัทใหญ่ มีทุนจดทะเบียนส่วนใหญ่ของบริษัทไว้ ประเทศเยอรมัน ปฏิเสธว่าบริษัทนี้มีสัญชาติอังกฤษ โดยอ้างว่า บริษัทสาขาดังอยู่ในประเทศเยอรมันและภายใน มาตรา 296 ของ Peace Treaty ที่กล่าวไว้ว่า "การชำระหนี้สินก่อนสงครามเกิดขึ้นจะจ่าย โดยบริษัทที่มีสัญชาติหนึ่ง ของคู่สัญญานี้ที่อาศัยอยู่ในดินแดนประเทศนั้น ๆ....." และเทียบเคียงกับคำตัดสินของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการผสม Franco - German ในคดี Societe du Chemin de Fer de Kamas - Hamah V. La compagnie du Chemin de Fer de Bagda (1921) ประเทศเยอรมันจึงเห็นว่าสัญชาติของบริษัทนี้คือ สัญชาติเยอรมันโดยอ้างหลักการควบคุม (Control Test)

คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ ร่วม Anglo - German กล่าวว่า "ความคิดเห็นก่อน ๆ มา เกี่ยวกับนิติบุคคลว่าสัญชาตินั้นขึ้นอยู่กับประเทศที่กฎหมายก่อตั้งขึ้น และมีการบริหารงานในประเทศนั้น ได้ถูกระทบกระเทือนอย่างมากระหว่างเกิดสงครามนี้" จึงปฏิเสธที่ให้หลักที่ประเทศเยอรมันอ้างถึง และถือว่าบริษัทนี้มีสัญชาติอังกฤษ มีความเห็นต่อไปกับสนธิสัญญา Peace Treaty มาตรา 296 ว่า ให้ความหมายของ "คนชาติ" รวมถึงบริษัทต่าง ๆ ที่ได้ก่อตั้งบริษัทขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศคู่สัญญานั้น ๆ"

¹³ Schwarzenberger George, International Law, (1957) p. 398.

ดังนี้ ข้อถกเถียงในนี้เป็นอันยุติ โดยสรุปคณะกรรมการฯ ใช้หลักการก่อตั้ง (incorporation) มากำหนดสัญชาติของบริษัทนี้

7) คดี Standard Oil company Tanker (1926)¹⁴ ระหว่างประเทศ
สหรัฐอเมริกา กับ เยอรมัน

คดีนี้ ภายในสนธิสัญญาสันติภาพแวร์ซายส์ (Peace Treaty of Versailler 1919) ประเทศเยอรมันจะต้องส่งมอบบรรดาเรือสินค้า ทั้งหมดของเยอรมันที่มีระหว่างซบเข้า ประมาณ 1600 ตัน หรือมากกว่านั้นให้แก่พันธมิตรประเทศ เรือพวกนี้รวมถึงเรือทั้งหลายที่ใช้ ธงชาติเยอรมันหรือมีคนเยอรมันเป็นเจ้าของเรือ รวมทั้งบริษัทด้วย ในการปลดภาระหนี้เยอรมัน ได้ส่งมอบเรือ 9 ลำ ที่บริษัท Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft เป็นเจ้าของให้แก่คณะกรรมการฟื้นฟูหลังสงคราม (The reparation commission)

ซึ่งต่อมาบริษัท Standard Oil Company ได้เข้ามาครอบครองบรรดาทรัพย์สินของ บริษัทเยอรมันในนามของประเทศอเมริกาตามสนธิสัญญาสันติภาพ จึงได้ร้องเรียนให้คณะกรรมการ นี้พิจารณาว่าบริษัทนี้เป็นบริษัทเยอรมัน ดังนั้น ต้องส่งมอบเรือ 9 ลำ ให้แก่บริษัท Standard Oil ของอเมริกาด้วย

ในที่สุด คณะกรรมการฯ มีมติว่าบริษัทนี้มีสัญชาติเยอรมัน เพราะได้จดทะเบียนที่ เมือง Hamburg ประเทศเยอรมันภายใต้หลักการก่อตั้ง (Law of incorporation) โดย คณะกรรมการฯ ตระหนักถึงสิทธิที่เรียกร้องทั้งหลาย อันเกี่ยวด้วยการสูญหายหรือถูกทำลาย โดยคนเยอรมัน หรือบริษัทสมาคมที่เป็นนิติบุคคลเยอรมันด้วย ดังนั้น บริษัทนี้ได้จดทะเบียนใน เยอรมันและปฏิบัติงานใน Hamburg จึงเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมัน¹⁵

¹⁴ Ibid, pp. 399 -400.

¹⁵ Standard Oil company's Arbitration, British Law Journal Year Book, (B.Y.I.J.) (1927) pp. 156 - 178.

3.2.2 ทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานใหญ่ (Siege Social)

1. ประวัติความเป็นมาของทฤษฎี

แรกเริ่มนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้ค้นพบทฤษฎีนี้และได้พัฒนาต่อไปอย่างแพร่หลาย ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ระหว่างศตวรรษที่ 19 บ่อเกิดของทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานใหญ่ คือ ภูมิลำเนา (domicile) ซึ่งในกฎหมายของแองโกล-อเมริกัน คือ ประเทศอังกฤษ ภูมิลำเนา¹⁶จะเป็นตัวกำหนดถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ๆ โดยกฎหมายของอังกฤษยึดหลักว่า ภูมิลำเนาของนิติบุคคลอยู่ ณ ที่นิติบุคคลนั้นได้ถูกก่อตั้งขึ้น กล่าวโดยสรุปถือว่า หลักที่ตั้งสำนักงานใหญ่ (Siege Social)¹⁶ เป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากหลัก Incorporation กล่าวคือ เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เพิ่มเติมจากทฤษฎีหลัก Incorporation โดยการเพิ่มกฎเกณฑ์ของภูมิลำเนาของการก่อตั้งบริษัทนั้น ด้วยการบังคับให้ที่ตั้ง สำนักงานใหญ่ ของบริษัทหรือนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วยเพื่อประสงค์ในการที่จะป้องกันผลประโยชน์ของประเทศ เนื่องจากว่ามีนิติบุคคลต่างชาติเข้ามาทำธุรกิจ โดยจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทขึ้น ซึ่งถ้าจะถือตามกฎหมายของประเทศแองโกล-อเมริกันแล้ว เมื่อจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทแล้ว บริษัทนั้นไม่จำเป็นต้องทำธุรกิจในประเทศนั้นเลยคืออาศัยเป็นที่จดทะเบียนก่อตั้งบริษัทขึ้นเท่านั้น ก็จะได้รับ ความคุ้มครองต่าง ๆ ของบริษัทภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น เมื่อได้จดทะเบียนบริษัทแล้ว ก็อาจไปทำธุรกิจที่ประเทศอื่น ๆ โดยอาศัยความคุ้มครองและสิทธิประโยชน์พิเศษต่าง ๆ จากประเทศที่บริษัทนั้นได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้น ทำให้มีการพยายามปกป้องของประเทศโดยพยายามพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับภูมิลำเนาของนิติบุคคล

¹⁶ จาก Capitant, Vocabulaire Juridique, (1967) ได้ให้ความหมายของ "Siege Social" ว่า เป็นสถานที่ที่สถานทางกฎหมายของบริษัทได้ถูกควบคุมและก่อตั้ง โดยเป็นสถานที่บริหารงานขององค์กรต่าง ๆ ของบริษัท และเป็นที่ที่มีการประชุมโดยปกติทั่วไปของบริษัท "Siege Social" แตกต่างจากสถานที่ที่บริษัทมีการกระทำกิจการหรือธุรกิจ หรือที่บริษัทมีการตั้งอุตสาหกรรมหรือโรงงานต่าง ๆ.

ขึ้น¹⁷ โดยกำหนดว่านิติบุคคลต้องมีสำนักงานใหญ่หรือที่ตั้งแห่งใหญ่ (Seat) ภายในประเทศนั้นจึงจะถือว่านิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของประเทศนั้น ซึ่งการพิจารณาถึงที่ตั้งแห่งใหญ่ (Seat) นั้นมีการพิจารณาได้ 2 แนวความคิดคือ

1) สถานที่ที่บริษัทนั้นได้ทำการผลิตหรือแสวงหาผลประโยชน์หรือประกอบกิจการขึ้นจริง ๆ (siege d' exploitation) ซึ่งต่อมาพัฒนาเป็นทฤษฎีศูนย์กลางแสวงหาผลประโยชน์

2) สถานที่ที่บริษัทนั้นได้บริหารงานเป็นศูนย์กลางการควบคุมนโยบายและวางแผนต่าง ๆ (Siege reel or siege social)¹⁸

ซึ่งในการพิจารณาถึงที่ตั้งแห่งใหญ่ นั้น ประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปส่วนใหญ่จะพิจารณาโดยยึดถือศูนย์กลางการบริหารงาน หรือสำนักงานใหญ่ (Siege Social) ซึ่งก็มีปัญหาต่อมาอีกว่า ศูนย์กลางการบริหารงานของนิติบุคคลนั้น จะเป็นสถานที่ประชุมของบรรดากฎมการอำนาจการทั้งหลายหรือสถานที่ประชุมของผู้ถือหุ้น ซึ่งอันที่จริงแล้วก็ต้องขึ้นอยู่กับโครงสร้างของนิติบุคคลนั้น ๆ ว่าจะถือว่าสถานที่ใดเป็นศูนย์กลางการบริหารงาน ดังนั้น ต้องให้มีความยืดหยุ่น

¹⁷ เช่น กฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการการค้าอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยและความผาสุกของประชาชน พ.ศ. 2471 (ค.ศ. 1928) ของประเทศฝรั่งเศส บังคับให้บริษัทประกันภัยต่างประเทศจดทะเบียนแก่เจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับบริษัทฝรั่งเศส และการจดทะเบียนนั้น เจ้าหน้าที่จะไม่ยอมจดให้ก็ได้ (ที่มา : H. Kronstein, "The nationality of international enterprises", 52 Columbia Law Review, (1952: 986).

¹⁸ E. Rabel, The Conflict of Laws: A Comparative Study, (1960) p.p. 33-38.

ในการปรับใช้หลักกฎหมายเข้ากับหลักข้อเท็จจริง ซึ่งต้องพิจารณาปรับใช้ตามความเหมาะสม แล้วแต่ข้อเท็จจริงของนิติบุคคลนั้น ๆ ซึ่งจะต้องพยายามหลีกเลี่ยงผลกระทบต่อเศรษฐกิจ เพราะต้องเข้าใจถึงธรรมชาติของนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วยว่ามีรูปแบบในการดำเนินธุรกิจอย่างไร ดังนั้นศาลแต่ละประเทศอาจใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยในเรื่องศูนย์กลางการบริหารงานใหม่เหมือนกัน ซึ่งก็ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในคดีนั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีสถานงานที่ตั้งแห่งใหญ่ มีแนวคิดสำคัญคือ ถือว่าประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีศูนย์กลางการบริหารงานมีผลกระทบมากที่สุดในกิจกรรมต่าง ๆ ของนิติบุคคล ดังนั้นประเทศนั้นควรจะรับการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศให้มากที่สุด โดยต้องให้นิติบุคคลมีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในประเทศ และประเทศนั้นจึงจะสามารถใช้กฎหมายบังคับกับนิติบุคคลนั้นได้ เพราะเมื่อมีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ บรรดาผลประโยชน์ต่าง ๆ ของบริษัทก็จะตกอยู่ภายในประเทศนั้นด้วย และประการสำคัญที่สุด ทฤษฎีสถานงานแห่งใหญ่มีแนวความคิด ป้องกัน (Defensive) ผลประโยชน์ของประเทศ โดยเฉพาะป้องกันการเข้ามาบังคับใช้ของกฎหมายต่างประเทศ โดยการบังคับใช้กฎหมายของประเทศเจ้าบ้าน (Host states) เนื่องจากว่านิติบุคคลนั้นต้องมีสำนักงานแห่งใหญ่จึงจะได้สัญชาติของประเทศนั้น และใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับ

2. ลักษณะและวิธีกำหนดทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่

ทฤษฎีนี้จะถือเอาถิ่นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลเป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลและกฎหมายที่จะใช้บังคับ กล่าวคือ หากนิติบุคคลใดมีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศใดก็จะได้รับสัญชาติของประเทศนั้น และใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับ ทั้งนี้ไม่คำนึงว่านิติบุคคลนั้นจะจดทะเบียนหรือก่อตั้งในประเทศใด ตามหลักนี้จะคำนึงถึงที่ตั้งของสำนักงานที่เป็นศูนย์กลางการบริหารงานเป็นสำคัญ ซึ่งสถานที่นี้จะมีการตัดสินใจ และการควบคุมจัดการต่าง ๆ เป็นส่วนใหญ่ ประเทศที่ยึดหลักนี้คือประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปเป็นส่วนใหญ่ เช่น ฝรั่งเศส

เยอรมัน อิตาลี สเปน ออสเตรีย สวิสเซอร์แลนด์ โปแลนด์ ฯลฯ¹⁹ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ส่วนมาก และจะเห็นได้ว่า หลักถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่อยู่นอกจาก จะกำหนด สัญชาติของนิติบุคคลและกฎหมายที่จะใช้บังคับแล้ว ยังมีผลต่อการยอมรับสภาพของนิติบุคคลอีกด้วย กล่าวคือเมื่อมีสัญชาติของประเทศนั้นแล้ว แสดงว่าในประเทศนั้น การยอมรับสภาพนิติบุคคลนั้นด้วย เพราะใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับ นอกจากนี้ภายใต้การพิจารณาที่กำหนด ที่ตั้ง (Seat) หรือสำนักงานแห่งใหญ่ นี้มีการพิจารณากำหนดกันโดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องไป ซึ่งมีแนวโน้มที่กำหนดถึงศูนย์กลางบริหารงานเป็นความสำคัญอันดับแรก ส่วนสถานที่อื่นเช่น สถานที่ประชุมเป็นประจำของกรรมการอำนาจการก็มีพิจารณากำหนดกันในบางประเทศหรือสถานที่เป็นที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น ซึ่งตัวอย่างคือประเทศอิตาลี เป็นประเทศที่ถือสถานที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นเป็นหลักพิจารณาสำคัญสำหรับที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ (Seat) นี้²⁰

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ไม่ใช่เป็นข้อตัดสินชี้ขาดแน่นอนเสมอไป เพราะแม้แต่ในประเทศเดียวกัน ศาลภายในประเทศนั้นก็ยังมีกรณีวินิจฉัยที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ (Seat) แตกต่างกันไปเลย ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมในข้อเท็จจริงแต่ละคดีนั้น ตัวอย่าง เช่น ในประเทศเยอรมัน²¹ มีหลาย ๆ คดีที่ศาลเยอรมันพิจารณาคิดว่า ที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ (Seat) หมายถึง ศูนย์กลางการบริหารงาน (Headquarters) หรือสถานที่กรรมการอำนาจการพบปะประชุมกัน หรือสถานที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นมีอำนาจ

¹⁹ Martin Woff, Private International Law, (1977) p. 299.

²⁰ Yitzhak Hadari, The Choice of national law applicable to the multinational enterprise and the nationality of such enterprises, Duke Law Journal, (March 1974): 9-10.

²¹ Yitzhak Hadari, Duke Law Journal, pp. 10-11.

ควบคุมกรรมการบริหารโดยตรง ส่วนในคดีอื่น ๆ ก็มีเช่น ให้หมายถึงสถานที่ที่บริษัทมีการประกอบกิจการส่วนใหญ่ โดยที่มีการบริหารงานของบริษัทอยู่อีกที่หนึ่ง และศาลเยอรมันบางทีก็มีการวินิจฉัยซึ่งไปไกลกว่านั้น คือใกล้เคียงกับหลักของกฎหมาย Common Law คือให้หมายถึงสถานที่ที่จดทะเบียนบริษัทนั้น โดยพิจารณาจากข้อบังคับและวัตถุประสงค์ของบริษัท และโดยที่มีสำนักงานใหญ่ (Headquarters) อยู่อีกแห่งหนึ่งซึ่งนับว่าศาลเยอรมันมีการพัฒนาแนวความคิดของทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานใหญ่ไปไกลมากและสอดคล้องกับสภาพตามเป็นจริงของโครงสร้างของนิติบุคคลต่าง ๆ เช่น ในรูปแบบของบริษัทในระบบธุรกิจปัจจุบัน โดยเฉพาะในรูปแบบของบริษัทข้ามชาติ (Multinational Enterprise) ซึ่งในคดีหนึ่งในหลาย ๆ คดีของศาลเยอรมันก็เคยมีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้อเท็จจริงที่บริษัทสาขา (Branch) ได้รับความช่วยเหลือทั้งหมด (subsidiary) จากบริษัทใหญ่ต่างประเทศ (foreign parent) หรือไม่²²

ในกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัทในหลาย ๆ ประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปมีการกำหนดหลักเกณฑ์ ด้วว่า ในข้อบังคับและวัตถุประสงค์ของบริษัทจะต้องมีการประกาศสถานที่ที่เป็นสำนักงานใหญ่ของบริษัท (The company seat) ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงสถานที่ที่เป็นสำนักงานใหญ่ของบริษัททุกครั้ง จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในข้อบังคับและวัตถุประสงค์ของบริษัท คือจะต้องจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวคล้าย ๆ

²² Ibid, p.p. 11-12.

กับกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัทของประเทศไทย แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีปรากฏในประเทศที่ใช้กฎหมาย Common Law ²³

ในประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทเพียงแต่จดทะเบียนสำนักงานในรัฐที่ก่อตั้งบริษัทนั้น โดยที่สำนักงานนั้นอาจไม่ใช่สถานที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของบริษัทก็ได้ (The Seat Company) ซึ่งถือเป็นเรื่องปกติมากสำหรับบรรดาบริษัทใหญ่ ๆ ในอเมริกาที่จะจดทะเบียนบริษัทในรัฐหนึ่ง แต่ไปประกอบกิจการหรือมีสำนักงานบริหารงาน (Headquarters) อยู่อีกรัฐหนึ่ง ซึ่งก็คล้าย ๆ กับกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษที่ต้องการให้บริษัทจดทะเบียนในประเทศอังกฤษ หรือประเทศสกอตแลนด์ โดยสามารถที่จะมีสำนักงานบริหารงาน (Headquarters) หรือไปประกอบกิจการส่วนใหญ่อยู่ ณ ประเทศอื่นได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า จากตัวอย่างในหลาย ๆ ประเทศ ทฤษฎีหลักสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่ตั้งแห่งใหญ่ (The Seat) สะท้อนให้เห็นถึงสภาพความ

²³ E. Rabel, The Conflict of Law, (1960) p.p. 38-40 มีตัวอย่างคือ มาตรา 5 ของกฎหมายเยอรมัน Aktiengesellschaft (The German Stock Corporation Act of 1965) บัญญัติไว้ดังนี้

(1) The domicile [Seat or Sitz] of the company shall be the place specified in the articles of incorporation.

(2) As a rule, the articles of incorporation shall designate as the domicile the place where the company is engaged in business, or the place from which the company is managed or administered.

เป็นจริงของเศรษฐกิจและป้องกันการใช้กฎหมายที่ผิดวัตถุประสงค์ หรือการเลี่ยงกฎหมาย (fraud or abuse of Law)²⁴ โดยขณะที่ทฤษฎีหลักของกฎหมายเอง โกล-อเมริกันจะให้สิทธิในการเลือกกฎหมายได้ (choice of Law) โดยที่บริษัทจดทะเบียนกับรัฐหนึ่ง สามารถไปอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศอื่นได้ ซึ่งทฤษฎีหลักสำนักงานแห่งใหญ่มีแนวความคิดที่จะเน้นความสำคัญของภูมิลำเนาทางเศรษฐกิจของบริษัท (commercial domicile) โดยถือว่าบริษัทนั้นจะต้องประกอบธุรกิจและมีสำนักงานแห่งใหญ่จริง ๆ ในประเทศ ซึ่งก็มีปัญหาที่ตามมา กล่าวคือในปัจจุบันเนื่องจากมีการพัฒนาเศรษฐกิจมากมาย ทำให้การวินิจฉัยว่าสถานที่ใดเป็นสถานที่แท้จริงของสำนักงานแห่งใหญ่ของบริษัท (The Company Seat) กระทำได้ยาก เพราะบริษัทหนึ่ง ๆ อาจมีการประกอบ กิจการหลาย ๆ อย่าง และมีผลประโยชน์อย่างแพร่หลายไปในหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก อย่างไรก็ตาม ความคิดทางทฤษฎี Siege social ดูเหมือนว่าจะเป็นที่พอใจกับผู้เชี่ยวชาญในหลาย ๆ ประเทศ ซึ่งเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ทฤษฎีนี้เป็นที่พอใจคือ เมื่อคนหนึ่งที่เข้ามาทำธุรกิจติดต่อกับบริษัทจะสามารถตรวจสอบได้ง่าย เพราะศูนย์กลางการบริหารงานไม่สามารถที่จะเก็บเป็นความลับได้ แต่ก็มีข้อโต้แย้งกับทฤษฎีนี้ว่า หลัก Siege social นี้ไม่มีการโยกย้ายบริษัทจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ถ้าบริษัทในประเทศแรกนั้นยังไม่ได้เลิกบริษัท และมาตั้งบริษัทขึ้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง นับว่าเป็นการเข้าใจผิดในการมองทฤษฎีนี้เพราะ

²⁴ หลักที่ตั้งแห่งใหญ่ที่แท้จริง (The real seat rule) เป็นการตั้งสมมุติฐานที่ว่าบริษัทจะต้องมีการประกอบกิจการแท้จริง เนื่องในรัฐเดียวเท่านั้น จุดประสงค์ของหลักนี้ก็เพื่อพยายามจะหาความสัมพันธ์ที่แท้จริง ทางกฎหมายระหว่างประเทศกับบริษัทนั้น ๆ ซึ่งจะเป็นสถานที่ที่บริษัทนั้นได้มีการประกอบกิจการส่วนใหญ่ ณ ประเทศนั้น เพื่อที่บริษัทจะไม่สามารถหลีกเลี่ยงจากนโยบายและกฎหมายของประเทศนั้น (ที่มา : E. Stern, Harmonization of European Company Law, (London: Steven & Sons, 1971) p. 32.

ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งภาคพื้นทวีปหลักนี้จะขึ้นอยู่กับกฎหมายของสถานที่ใหม่ (the new seat) เสมอ²⁵ ไม่ว่าบริษัทเก่าจะยังมีสภาพนิติบุคคลอยู่ในขณะที่เปลี่ยนแปลงหรือโยกย้ายบริษัท ดังนั้น ถ้ากฎหมายของสถานที่ใหม่ของบริษัทสามารถครอบคลุมหรือบังคับใช้ได้แล้ว บริษัทนั้นก็จะมีสัญชาติใหม่ตามกฎหมายใหม่นั้น

3. แนวคำตัดสินของศาลเกี่ยวกับการนำเอาทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานใหญ่มาใช้

1. คดีสะพานข้ามน้ำของ Cadix²⁶ (คดีในศาลประเทศฝรั่งเศส)

คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า กิจการเกี่ยวกับการเก็บค่าผ่านเรือของสะพานข้ามแม่น้ำในเมือง Cadix ประเทศฝรั่งเศสดำเนินกิจการโดยบริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง บริษัทนี้มีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนชาติเบลเยียม และไม่มีภูมิลำเนาในประเทศฝรั่งเศส และบริษัทนี้ได้ขอยกเว้นเรื่องการเก็บภาษีอากรต่อรัฐบาลฝรั่งเศส เนื่องจากอ้างว่าเป็นบริษัทจดทะเบียนก่อตั้งในประเทศฝรั่งเศส ดังนั้นจึงถือว่าเป็นบริษัทฝรั่งเศส และย่อมมีสิทธิพิเศษได้รับการยกเว้นภาษีอากรด้วย

ตามคำพิพากษาของศาลแพ่งของฝรั่งเศส (la chambre civile) เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 1870 ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องว่าบริษัทนี้มีสัญชาติใดโดยตรง แต่มีการยกเรื่องที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ (Siege Social) มาประกอบการตัดสินคดีนี้ กล่าวคือศาลแพ่งได้อ้างว่าบริษัทนี้ไม่มีสำนักแห่งใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส จึงไม่ได้รับสิทธิพิเศษเรื่องการยกเว้นภาษีอากรนี้

²⁵ Schmitthoff, Clive M. The English Conflict of Laws, 3rd., ed. (London : Steven & Sons, 1954) p. 69.

²⁶ Levy, Laurent, La Nationalite des Societes, (1984), p. 192.

และศาล la cour supreme ก็พิพากษาให้ความเห็นคล้าย ๆ คำพิพากษาของศาลแห่งเดียวว่า ในการพิจารณาว่าบริษัทหรือสมาคมจะเป็นบริษัทหรือสมาคมของประเทศใดแน่ นั้น ควรจะใช้เรื่องที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลนั้นมาประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งปรากฏว่าหลังจากศาลได้ตัดสินคดีนี้ไปไม่นาน รัฐบาลฝรั่งเศสก็ออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องบริษัทและสมาคมในประเทศฝรั่งเศส โดยกำหนดให้ต้องมีการประกาศหรือจดทะเบียนที่ตั้งสำนักงานใหญ่ด้วย เพื่อนำไปสู่การพิจารณากำหนดสัญชาติของบริษัทหรือสมาคมนั้นได้ง่ายขึ้น

2. คดี Mayal - Frires ²⁷ (คดีในศาลประเทศฝรั่งเศส)

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าสมาคม Mayal - Frires เป็นสมาคมของชาวสเปนในประเทศฝรั่งเศส สมาคมนี้อ้างถึง สนธิสัญญาระหว่างฝรั่งเศส - สเปน (Franco - Espagnol) เพื่อที่จะได้รับการยกเว้นการเก็บค่าภาษีอากรสำหรับรายได้ของสมาคมนี้ โดยอ้างว่าสมาคมนี้มีสัญชาติสเปน เนื่องจากว่ามีแต่คนสเปนเท่านั้นที่เป็นสมาชิกของสมาคม

ศาลฎีกา (la Cour de Cassation) ได้มีคำพิพากษาในวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1953 โดยมีความเห็นว่า "ตามมาตรา 3 แห่งคำสั่งของพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1945 ให้เก็บภาษีอากรเฉพาะมูลนิธหรือสมาคม ที่มีสัญชาติฝรั่งเศสที่มีที่ตั้งสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น และให้ตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากมีผลกระทบเกี่ยวกับความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจของชาติโดยตรง ดังนั้น สมาคมนี้มีสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ที่ประเทศฝรั่งเศส แม้จะมีสมาชิกทั้งหมดเป็นคนชาติสเปนก็ตาม สมาคมนี้ถือว่ามีสัญชาติฝรั่งเศส ดังนั้นจึงไม่ได้รับการยกเว้นการเก็บภาษีอากรสำหรับสมาคมต่างชาติ

²⁷ Levy, Lavrent, La Nationalite des Societes, (1984) p. 193.

3. คดี Chaplin²⁸ (คดีในศาลประเทศฝรั่งเศส)

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า บริษัท Chaplin จำกัด จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศลิกเตนสไตน์ แต่ได้มาประกอบกิจการส่วนใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส และมีผู้ถือหุ้นตลอดจนผู้จัดการเป็นคนชาติลิกเตนสไตน์ ต่อมามีปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับสถานภาพนิติบุคคลของบริษัทขึ้น เพราะบริษัทไม่ได้จดทะเบียนก่อตั้งหรือมีที่ตั้งสำนักงานใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส คดีนี้ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาของศาลว่า บริษัทนี้ไม่มีสถานภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส แม้ว่าบริษัทได้จดทะเบียนและมีที่ตั้งอยู่จริงในประเทศลิกเตนสไตน์ และได้ประกอบกิจการส่วนใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส แต่ไม่มีการปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ว่าด้วยการจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท ในคดีนี้มีผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายไม่เห็นด้วยหลายท่านและศาลฎีกาไม่ได้ใช้คำว่า "Nationalite" กับบริษัท Chaplin จำกัดนี้

4. คดี La Soie Artificielle de Calsis²⁹

(คดีในประเทศฝรั่งเศส)

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า บริษัท La Soie Artificielle de Calsis ได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในประเทศฝรั่งเศส โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างโรงงานแห่งหนึ่ง แต่มีสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่อยู่ประเทศอังกฤษ และมีผู้บริหารชั้นสูงส่วนมากเป็นคนสัญชาติอังกฤษด้วย มีปัญหาในคดีนี้อยู่่า บริษัทนี้จะได้สิทธิพิเศษในเรื่องการยกเว้นค่าภาษีอากรตามกฎหมายว่าด้วยการตั้งโรงงาน เพราะว่าเป็นบริษัทฝรั่งเศสที่ก่อตั้งด้วยกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสหรือไม่

²⁸ Levy, Lavrent, La Nationalite des Societes, (1984) p. 194.

²⁹ Levy, Laurent, La Nationalite des Societes, (1984) p.p.

จากคำพิพากษาของศาล La cour de cassation ได้กล่าวว่า บริษัท LaSoie Artificielle de Calais นี้ ไม่มีสิทธิพิเศษได้รับการยกเว้นค่าภาษีอากร เนื่องจากมีที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ ณ ประเทศอังกฤษ และมีผู้บริหารชั้นสูงของบริษัทเป็นคนอังกฤษด้วยและให้เหตุผลต่อมาอีกว่า ที่ตั้งของสำนักงานใหญ่มีอิทธิพลในการกำหนดการให้สัญชาติแก่บริษัทหรือนิติบุคคลด้วย เพราะเป็นระยะเวลาอันมาแล้วที่ชาวต่างชาติมีมาจัดตั้งบริษัทในประเทศฝรั่งเศส แต่ให้ผลประโยชน์โดยส่วนรวมแก่ชาวฝรั่งเศส และประเทศฝรั่งเศสน้อยมาก กล่าวคือมาตั้งบริษัทขึ้นในประเทศฝรั่งเศส แต่ไปประกอบกิจการส่วนใหญ่และมีสำนักงานใหญ่อยู่ประเทศอื่น ๆ ทำให้ประเทศเจ้าบ้าน (Host states) ในที่นี้คือประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับบริษัทนี้เลย นอกจากในแง่ของกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งบริษัท โดยได้ค่าธรรมเนียมจากการก่อตั้งบริษัทเล็กน้อย ซึ่งก็เทียบกับกิจการของบริษัทที่ไปดำเนินกิจการในต่างประเทศ แล้วเปรียบเทียบมูลค่ากันไม่ได้เลย และยิ่งไปกว่านั้น ประเทศเจ้าบ้าน (Host states) ยังอาจต้องใช้สิทธิคุ้มครองแก่บริษัทนี้อีก ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นในบางกรณีเกี่ยวกับสิทธิของบริษัทอันเกี่ยวกับผลประโยชน์ของบริษัท

5. คดี Canevaro (Italy V. Peru, 1912) ³⁰

(คดีในศาลประเทศอิตาลี-เปรู)

มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า บริษัท Jose Canevaro and Sons จำกัด ซึ่งตั้งขึ้นโดย นาย Jose Canevaro กับลูก ๆ ที่มีสัญชาติอิตาลี โดยที่บริษัทนี้ได้จดทะเบียนก่อตั้ง ณ เมืองลิมา (Lima) ประเทศเปรู ต่อมามีปัญหา นาย Jose Canevaro ได้ขอให้ประเทศอิตาลีใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) กับบริษัทนี้ โดยอ้างว่า บริษัทนี้มีสัญชาติอิตาลีและสมาชิกผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทมีสัญชาติอิตาลี

³⁰ Schwarzenberger George, International Law, (London: Steven & Son Limited, 1957), p. 393.

ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (The Permanent Court of Arbitration) ได้วินิจฉัยว่า บริษัท Jose Canevaro and Sons จำกัด มีสัญชาติเปรู เพราะมีที่ตั้งสำนักงานใหญ่ ณ ประเทศเปรู ไม่ได้มีสัญชาติอิตาลี แม้ว่าจะมีสมาชิกผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นคนสัญชาติอิตาลี ดังนั้น ประเทศอิตาลีจึงไม่มีสิทธิในการคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทนี้ ทำให้สิ้นปัญหาข้อสงสัยในข้อที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องของบริษัท

6. คดี La Suedoise Grammont V. Roller (1923)³¹

(คดีในประเทศเบลเยียม-เยอรมัน)

คดีนี้อนุญาโตตุลาการร่วมเบลเยียม - เยอรมัน ได้ร่วมกันวินิจฉัยว่า บริษัท La Suedois Grammont จำกัด มีสัญชาติเบลเยียม เนื่องจากมีที่ตั้งสำนักงานใหญ่ (Siege Social) อยู่ในประเทศเบลเยียม แม้ว่าสำนักงานบริหาร (Administrative office) จะอยู่ ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส และบรรดาผู้ถือหุ้นและผู้บริหารทั้งหมดของบริษัทเป็นคนสัญชาติฝรั่งเศสก็ตาม

มีข้อสังเกตในคดีนี้อยู่ที่ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้ยกเว้นไม่ใช้ทฤษฎีหลักการควบคุม (Le Control) ที่ปรับใช้ในกรณีเวลาเกิดสงครามและเวลาหลังสงครามเกี่ยวกับเรื่องบริษัทที่มีลักษณะศัตรู (Enemy Character) ตามอำนาจในบทบัญญัติของสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace Treaties 1919)³² โดยได้ให้ความเห็นว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรม หากจะไม่ใช่หลักเรื่อง Siege Social ที่เป็นหลักปกติทั่วไปที่ใช้ในยามเวลาปกติเกี่ยวกับเรื่องการกำหนด

³¹ Schwarzenberger, George, International Law, p. 394.

³² มาตรา 299 (b) และมาตรา 304 (b) ของสนธิสัญญาสันติภาพ ค.ศ. 1919 และหลักการควบคุม (Control) สัญชาติของศัตรูยามสงคราม มีหลักว่าต้องพิจารณาว่าใครมีอำนาจควบคุมบริษัทอย่างแท้จริงในขณะเกิดสงครามนั้น.

สัญชาติของบริษัท (Generally accepted rules regarding the nationality of corporations) ดังนั้น สำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ของบริษัทจะเป็นสิ่งที่จะตัดสินว่าสัญชาติของบริษัทนั้นจะเป็นสัญชาติของประเทศใด เมื่อบริษัท La Suedoise Grammont นี้ มีสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่อยู่ที่ประเทศเบลเยียม ดังนั้น บริษัทนี้จึงมีสัญชาติของประเทศเบลเยียม

3.2.3 ทฤษฎีหลักศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ (Centre d' exploitation)

1. ประวัติความเป็นมาของทฤษฎีนี้

จากการพัฒนาของกฎหมายว่าด้วยภูมิลำเนาของนิติบุคคลว่านิติบุคคลต้องมีที่ตั้งแห่งใหญ่หรือสำนักงานแห่งใหญ่ (Seat) ซึ่งจะถือเป็นภูมิลำเนาของนิติบุคคล จากความเป็นจริงในข้อนี้ซึ่งเกิดการพิจารณา The Seat นี้ ขึ้นว่าหมายความถึงสถานที่ใดแน่ โดยมีแนวความคิดทางทฤษฎีดังนี้คือ^{๓๓}

- 1) Siege d'exploitation หมายถึง สถานที่ที่บริษัทนั้นได้ทำการผลิตหรือทำการแสวงหาผลประโยชน์
- 2) Siege reel or Siege social หมายถึง สถานที่ที่บริษัทนั้นมีศูนย์กลางการควบคุมนโยบายและวางแผนต่าง ๆ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีหลักศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ (Centre d'exploitation) ได้พัฒนามาจากแนวความคิดพื้นฐานเดียวกัน คือ เรื่องภูมิลำเนาของนิติบุคคลนั่นเอง โดยเฉพาะเรื่องของที่ตั้งแห่งใหญ่ (Seat) ทฤษฎีนี้จึงคล้ายคลึงกับทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ (Siege Social) ในแง่คิดที่ว่ามาจากแนวความคิดพื้นฐานเรื่องภูมิลำเนา

^{๓๓} E. Rabel, The Conflict of Laws: A Comparative Study, (1960) p. 33-38.

ของนิติบุคคลด้วยกัน แต่จะแตกต่างกันในแง่ของการปรับใช้ในการให้คำจำกัดความของที่ตั้งแห่งใหญ่ (Seat) เท่านั้นเอง เพราะตามหลักทฤษฎีนี้ "Seat" หมายความว่า สถานที่ที่บริษัทนั้นได้ทำการผลิตหรือทำการแสวงหาผลประโยชน์

สาเหตุสำคัญที่มีการให้คำจำกัดความของ "Seat" อย่างนั้นเป็นเพราะว่า นิติบุคคลบางประเภทมีการประกอบกิจการ โดยมีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องข้องกับการใช้แรงงาน (Physical labours) เป็นหลัก เช่น การทำเหมืองถ่านหิน การทำธุรกิจโรงเลื่อย หรือกิจการประเภทโรงงานต่าง ๆ เหตุผลสำคัญที่กำหนดให้ "Seat" คือสถานที่ที่นิติบุคคลหรือบริษัทนั้นได้ทำการผลิตหรือทำการแสวงหาผลประโยชน์ เป็นเพราะว่ากิจการประเภทนี้ส่วนมากจะไม่ได้ประกอบกิจการกัน ณ สถานที่ที่คณะกรรมการบริหารได้ประชุมกัน หรือสถานที่ที่ตัดสินใจในการดำเนินธุรกิจหรือเป็นที่ที่ผู้ถือหุ้นได้มาประชุมกัน แต่เป็นสถานที่ที่บริษัทนั้นได้ประกอบกิจการขึ้นจริง ๆ ในที่นี้ก็คือพวกโรงงานต่าง ๆ

จากข้อเท็จจริงดังได้กล่าวมาข้างต้น ได้มีการตั้งข้อสังเกตถึงลักษณะของกิจการประเภทนี้³⁴ ว่า กิจการประเภทนี้ประกอบด้วย 2 ส่วน คือ ส่วนหัวและส่วนมันสมอง (The head and brain) ซึ่งในกิจการทั่ว ๆ ไปแล้วทั้งสองส่วนนี้จะพบว่ารวมอยู่ในศูนย์กลางการบริหารงานจัดการต่าง ๆ ของบริษัทอันเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจในการดำเนินงานต่าง ๆ ของบริษัท แต่ในกิจกรรมประเภทที่กล่าวมาข้างต้นคือกิจการประเภทอุตสาหกรรมนี้ จะแบ่งกันไป โดยจะพบส่วนหัว (The head) ในสำนักงานศูนย์กลางการบริหารคนของบริษัท แต่ในส่วนของ "มันสมอง" (The brain) นั้นอาจสามารถพบได้ในส่วนของพวกช่างเทคนิคหรือพวกทำงานวิจัย

³⁴ Martin woff, Private International Law, (1977) p. 298.

ต่าง ๆ ที่อยู่ในโรงงานของบริษัทซึ่งเป็นสถานที่ได้มีการค้นพบสิ่งประดิษฐ์หรืองานวิจัยโครงการใหม่ ๆ เกิดขึ้น ดังนั้นจากทฤษฎีนี้ความหมายของ Seat คือ สถานที่ที่บริษัทได้มีศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ของบริษัทนั้น ซึ่งหากมีการพิจารณาข้อเท็จจริงลึก ๆ ลงไป จะเห็นว่าในกิจการอุตสาหกรรมทุกประเภทนั้น จะมีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจอีกหลายประเภท เช่น การซื้อวัตถุดิบ การขายผลิตภัณฑ์ การทำสัญญากับธนาคาร การทำประกันภัยและอื่น ๆ อีกมาก ซึ่งได้เกิดปัญหาข้อสงสัยทางกฎหมายว่า ธุรกิจหลาย ๆ ประเภทนี้จะเกิดผลผูกพันทางกฎหมาย ณ สถานที่ใด ณ ที่ส่วนมันสมองคือเหมืองขุดเจาะหาแร่ โรงงาน ที่อยู่อาศัยของบรรดานายช่างเทคนิคหรือ ณ ส่วนหัวที่สำนักงานบริหารงานของบริษัท ซึ่งคำตอบก็คือธุรกิจพวกนี้ต้องอาศัยสถานที่ที่เป็นศูนย์กลางการบริหารงานจัดการของผู้ที่ทำการค้าขายติดต่อต่าง ๆ ซึ่งในที่สุดก็คือสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ของบริษัท อันถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุด (Centre of Gravity) ไม่ใช่สถานที่ที่ประกอบการผลิตของบริษัท เช่น โรงงาน ซึ่งไปกว่านั้นในบรรดาบริษัทที่ทำอุตสาหกรรมประเภทอุตสาหกรรมหนักนี้ ส่วนใหญ่จะมีสถานที่แสวงหาผลประโยชน์ หรือทำการผลิตมากกว่าหนึ่งที่ เช่น บริษัทเหมืองแร่ทองคำ อาจทำการขุดเจาะเหมืองทั้งในแอฟริกาใต้และในประเทศอเมริกาด้วย หรือบริษัทข้ามชาติต่าง ๆ เช่น บริษัท East India ที่ก่อตั้ง ณ ประเทศอังกฤษและประกอบกิจการไปในหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก เป็นต้น

ดังนั้น จึงเป็นสาเหตุหลาย ๆ อย่างที่ทำให้ทฤษฎีศูนย์กลางแสวงหาผลประโยชน์ (Centre d' exploitation) มีปัญหาในทางปฏิบัติมาก และไม่ค่อยมีประเทศใดนิยมใช้กันในการกำหนดสัญชาติให้แก่นิติบุคคล

2. สาระสำคัญของทฤษฎีนี้และการนำไปปรับใช้

ทฤษฎีนี้จะถือว่า สถานที่ที่นิติบุคคลหรือบริษัทนั้น ได้ทำการผลิตหรือประกอบกิจการในการแสวงหาผลประโยชน์ เป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลและกฎหมายที่จะใช้บังคับ กล่าวคือนิติบุคคลใดมีสถานที่ที่นิติบุคคลนั้น ได้ทำการผลิตหรือประกอบกิจการในการแสวงหาผลประโยชน์ก็จะได้สัญชาติของประเทศนั้น และใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับ ทั้งนี้ ไม่คำนึงถึงว่านิติบุคคลนั้นจะจดทะเบียนก่อตั้ง หรือมีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศใด ตามหลักนี้จะคำนึงถึงศูนย์กลางของการแสวงหาผลประโยชน์เป็นสำคัญ

ปัจจุบันนี้เนื่องจากบริษัทต่าง ๆ มักมีสถานที่ประกอบธุรกิจกันในรัฐต่างแดนมากมาย หลายรัฐหลายประเทศ จึงเป็นการยากแก่การพิจารณาว่าที่ใดจะเป็นศูนย์กลางการแสวงหาผล ประโยชน์ (Centre d'exploitation) อย่างแท้จริง เพราะฉะนั้นประเทศในภาคพื้นทวีป ยุโรปส่วนใหญ่และประเทศอังกฤษจึงไม่นำทฤษฎีนี้ไปปรับใช้ นอกจากประเทศฝรั่งเศสในอดีตเท่านั้นที่เคยมีคำพิพากษาของศาลสูงของประเทศฝรั่งเศส ได้เคยยอมรับทฤษฎีนี้ในการตัดสินคดี เมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1937³⁵ และปรากฏในกฎหมายของประเทศเยอรมันเรื่องหุ้นส่วนและ บริษัทได้มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับทฤษฎีนี้กล่าวคือ ในการตัดสินว่า ที่ตั้งแห่งใหญ่ (Seat) ของหุ้นส่วนและบริษัทจะต้องกำหนดจดทะเบียนในหนังสือบริคณห์สนธิ่นั้น โดยจะให้ผู้เริ่มกิจการ บริษัท (promoters) เป็นผู้เลือกตัดสินใจว่าจะเป็นสถานที่ใด ระหว่างสถานที่แสวงหาผล ประโยชน์หรือประกอบกิจการ (The place of exploitation) หรือสถานที่บริหารงานจัดการ (The place of management) ซึ่งเป็นการนำทฤษฎีนี้ไปปรับใช้กับบทบัญญัติของกฎหมายซึ่ง ถึงแม้จะไม่เกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง แต่ก็มีส่วนในการตัดสินใจว่าบริษัท นั้น ๆ จะมีที่ตั้งแห่งใหญ่ (seat) ณ สถานที่ใด ซึ่งหากทราบที่ตั้งแห่งใหญ่แล้ว ก็สามารถ ใช้ทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่กำหนดสัญชาติของบริษัทนั้นได้เหมือนกัน

อย่างไรก็ตามเนื่องจากในปัจจุบันนี้ ธุรกิจที่ถือว่าเป็นธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่ง ปัจจุบันนิยมทำการค้าขายระหว่างประเทศกันอย่างแพร่หลายในรูปแบบของบริษัทข้ามชาติ หรือ บริษัทระหว่างประเทศ (multinational corporation หรือ transnational corporation หรือ international enterprise)³⁶ อันหมายถึง บริษัทที่ได้จดทะเบียน หรือมีสาขาในหลายประเทศ โดยมีบริษัทที่เป็นสำนักงานใหญ่เป็นผู้ควบคุม และกำหนดนโยบาย อันถือได้ว่าเป็นบริษัทซึ่งมีที่ทำการอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง ตัวอย่างของบริษัทข้ามชาติ เช่น บริษัท IBM (International Business Machines Company) อันเป็นบริษัทที่ทำการผลิต และทำเครื่องพิมพ์ดีดและคอมพิวเตอร์ หรือบริษัท General Motor ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตและ

³⁵ Martin Wolff, *Private International Law*, (1977) p. 299.

³⁶ ฉันทลักษณ์ โชติรัตนดิถก, *วารสารนิติศาสตร์*, (2528) หน้า 63.

ประกอบรถยนต์ เป็นต้น บริษัทข้ามชาติที่มีปัญหา มาก คือบริษัทพวกทำการขุดเจาะน้ำมัน เช่น บริษัท B.P. (British Petrol) บริษัท Exxon ฯลฯ บริษัทเหล่านี้ได้มาขุดเจาะแสวงหาผล ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติทำให้เป็นในหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก เช่นในประเทศเขมร ประเทศไทย เป็นต้น ซึ่งบริษัทน้ำมันพวกนี้หากไม่นำทฤษฎีหลักศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ มาปรับใช้ให้บริษัทพวกนี้มีสัญชาติของประเทศผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ (Host states) ก็ดูว่าจะสร้างความไม่พอใจกับประเทศผู้เป็นเจ้าของเป็นแน่แท้ ตัวอย่างเช่น บริษัท Exxon ของอเมริกามาขุดเจาะน้ำมันในบริเวณอ่าวไทย จะให้บริษัท Exxon มีสัญชาติอเมริกันหรือสัญชาติ ไทย และยังไม่สอดคล้องกับหลักอธิปไตยถาวรของรัฐ (permanent sovereignty) ของ กฎหมายระหว่างประเทศอันมีอยู่เหนือทรัพย์สิน ทรัพยากรและกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ดังที่ ปรากฏในข้อ 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States 1974) หรือเรียกว่า CERDS³⁷ ซึ่งมีหลักทั่วไปอยู่ว่ารัฐ ทุกรัฐมีสิทธิในการที่จะควบคุมบรรดาการลงทุนของต่างชาติในประเทศของตน และสามารถออก กฎหมายมาควบคุมกิจการของบริษัทข้ามชาติในเขตอำนาจศาล และสามารถใช้อำนาจที่จะ เวณคืน หรือโอนเป็นของรัฐ (nationalization) ทรัพย์สินของคนต่างชาติได้ในทุกกรณี

จะเห็นได้ว่า ถ้าหากให้ปรับใช้ทฤษฎีหลักศูนย์กลางแสวงหาผลประโยชน์กับกรณีพวก บริษัทน้ำมันนี้จะทำให้รัฐผู้เป็นเจ้าของทรัพยากร (Host states) สามารถควบคุมและบังคับ บริษัทน้ำมันพวกนี้ได้โดยสมบูรณ์ เพราะถือว่าบริษัทน้ำมันพวกนี้มีสัญชาติของประเทศผู้เป็นเจ้าของ

³⁷ Timothy B. Hansen, "The legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements", Virginia Journal of International Law, 28(1988): 1025-1028.

ทรัพยากร ไม่ใช่สัญชาติของประเทศที่มีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ และสอดคล้องกับหลักอริปไตย
ถาวรของรัฐใน CERDS ^{๓๘} นี้ด้วย

^{๓๘} CERDS, Article 2(2) Declares:

Each State has the right:

(a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment;

(b) To regulate and supervise the activities of transnational corporations within its national jurisdiction and take measures to ensure that such activities comply with its laws, rules and regulations and conform with its economic and social policies. Transnational corporations shall not intervene in the internal affairs of a host State. Every State should, with full regard for its sovereign rights, co-operate with other States in the exercise of the right set forth in this subparagraph;

(c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent...

3.2.4 ทฤษฎีหลักการควบคุม (Le controle of The Controle Test)

1. ประวัติความเป็นมาของทฤษฎีนี้

ทฤษฎีหลักการควบคุมนี้ เกิดขึ้นระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1³⁹

โดยมีจุดประสงค์ เพื่อจะทราบถึงสัญชาติที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น ๆ และเพื่อที่จะได้รู้ว่านิติบุคคลนั้นเข้าคุณลักษณะเป็นนิติบุคคลชนชาติศัตรู (Enemy Character) หรือไม่ เนื่องจากว่า การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในทฤษฎีอื่น ๆ เช่น การถือเอาสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Siege Social) หรือการถือหลักจดทะเบียนหรือก่อตั้งนิติบุคคล (Incorporation) หรือทฤษฎีหลักการอื่น ๆ นั้น ได้ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการควบคุมทรัพย์สินของชนชาติศัตรูของฝ่ายพันธมิตร เพราะมีนิติบุคคลหลายแห่งที่อยู่ในความควบคุมของชนชาติศัตรู แต่มีสัญชาติของฝ่ายพันธมิตร เพราะเหตุที่มีสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่หรือได้จดทะเบียนหรือก่อตั้งนิติบุคคลนั้นในประเทศฝ่ายสัมพันธมิตร จึงทำให้เกิดมีความคิดให้ถือว่านิติบุคคลมีสัญชาติตามหลักการควบคุม โดยอาจถือเอาสัญชาติของสมาชิกของนิติบุคคลหรือผู้ควบคุมนิติบุคคลแทนทฤษฎีหลักการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลทฤษฎีอื่น ๆ ซึ่งทั้งนี้และทั้งนี้ทฤษฎีหลักการควบคุมนี้มีจุดประสงค์หลักแท้จริงคือ ป้องกันผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจส่วนรวมของชาติมิให้ตกอยู่ในความควบคุมของชนชาติศัตรู ในยามที่เกิดศึกสงครามระหว่างกันขึ้น ซึ่งต้องการควบคุมนิติบุคคล โดยเฉพาะนิติบุคคลในรูปแบบองค์กรธุรกิจต่าง ๆ เช่น ห้างหุ้นส่วนและบริษัทต่าง ๆ⁴⁰ และถ้าหากให้องค์กรธุรกิจดังกล่าวนี้ถูกกลุ่มบุคคลผู้อยู่เบื้องหลังบริษัทหรือองค์กรธุรกิจต่าง ๆ นี้ สามารถควบคุมและกำหนดการบริหารงานหรือจัดการได้ หากกลุ่มบุคคลนั้นมีชนชาติของศัตรูอาจจะทำลายระบบเศรษฐกิจของชาติได้ โดยอาจจะฝังไว้ในชนชาติที่ตนเองสังกัดอยู่ก็ได้ ดังนั้น ในเวลาเกิดสงคราม ประเทศต่าง ๆ จึงต้องพยายามปกป้องรักษาผลประโยชน์ของชาติ โดยเฉพาะผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจ ซึ่งถ้าหากให้ตกอยู่ในอ้อมมือของชนชาติศัตรูแล้ว จะทำให้เกิดความเสียหายในด้านความมั่นคงของประเทศ อันอาจนำไปสู่

³⁹ วิเชียร วัฒนคุณ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2506 หน้า 150.

⁴⁰ Gerhard Vonglahn, Law among Nations, (New York : The MacMillian Company) 1971, pp. 188 - 189.

ความเสียหายของประเทศชาติได้ด้วย ดังนั้น จึงมีการพิจารณานำทฤษฎีหลักการควบคุมมาใช้ในการพิจารณา กำหนดสัญชาติของนิติบุคคลทั้งหลายที่มาประกอบธุรกิจ หรือมาตั้งกิจการในประเทศ ซึ่งมาใช้ในภาวะสงครามเท่านั้น และในภาวะการณปกติแล้ว ก็ใช้ทฤษฎีหลักการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลอื่นได้ตามปกติ ซึ่งเป็นสิ่งที่ประเทศทั้งหลายหลีกเลี่ยงไม่ได้ เมื่อเกิดภาวะสงครามขึ้น ต้องถือเหตุผลทางด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศเป็นหลักในการตัดสินใจ ในการปรับใช้ทฤษฎีหลักการควบคุมเข้ากับกฎหมายดังกล่าวนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า "ทฤษฎีหลักการควบคุม" นี้ เป็นข้อยกเว้นหรือหลักการพิเศษของทฤษฎีทั่วไปอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล

2. สาระสำคัญและหลักการกำหนดทฤษฎีหลักการควบคุม

ดังที่กล่าวไว้แล้วในเบื้องต้นว่า จุดประสงค์ในการกำหนดทฤษฎีหลักการควบคุมนี้ ก็เพื่อที่จะทราบถึงสัญชาติที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น ๆ ต้องการทราบว่าผู้อยู่เบื้องหลังที่มีอำนาจ "ควบคุม" นิติบุคคลนั้น เป็นใครและมีสัญชาติของชนชาติศัตรูหรือชนชาติอื่นหรือไม่ ซึ่งการที่จะทราบว่าใครมีอำนาจควบคุมนิติบุคคลนั้น ก็มีหลักการทดสอบอยู่หลักหนึ่ง อาจเรียกว่่า "เป็นการทดสอบการบริหารงาน" หรือ "เครื่องทดสอบหน้าที่การงาน"⁴¹ (Functional Test) ซึ่งหลักการทดสอบอันนี้ เป็นการทดสอบการบริหารงานของนิติบุคคลนั้น ๆ เพื่อที่จะได้ทราบว่าใครเป็นผู้มีอำนาจแท้จริงในการบริหารงาน และจัดการงานต่าง ๆ ของนิติบุคคล อันจะทำให้ทราบถึงอำนาจการควบคุมของนิติบุคคลนั้นด้วย ซึ่งถือผู้มีอำนาจแท้จริงในการควบคุมนิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของชนชาติศัตรู ก็จะได้บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการค้าขายกับชนชาติศัตรู (The Trading with the Enemy Acts) ซึ่งส่วนมากประเทศต่าง ๆ ได้ออกกฎหมายลักษณะนี้มาบังคับใช้ในขณะเกิดภาวะสงครามขึ้น

อนึ่ง เครื่องทดสอบการบริหารงาน (functional test) นี้ มีลักษณะเป็นเครื่องทดสอบที่ใช้ได้คงที่ตายตัว กล่าวคือ ต้องขึ้นอยู่กับองค์ประกอบอื่น ๆ สภาวะแวดล้อมอื่น ๆ ด้วย

⁴¹ สมปอง สุจริตกุล, รายงานต่อสภาวิจัยแห่งชาติ, (2516) หน้า 34.

ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปได้แล้วแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อันเกี่ยวกับนิติบุคคลนั้น การทดสอบการบริหารงานมีดังต่อไปนี้

1) การทดสอบสัญชาติของผู้ถือหุ้นหรือสมาชิก ⁴²

ในการพิจารณาว่าใครเป็นผู้มีอำนาจควบคุมในนิติบุคคลอันแท้จริง การทดสอบอันแรกสุดเลยก็คือ สัญชาติของผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกของนิติบุคคล โดยจำเป็นจะต้องสืบสวนให้ถ่องแท่ว่านิติบุคคลนั้นมีผู้ถือหุ้นเท่าใด อย่างไร เช่น ในกรณีเป็นบริษัทจำกัด ต้องทราบว่ามีผู้ถือหุ้นต่างชาติจำนวนกี่หุ้น หรือกรณีของสมาคมและมูลนิธิก็ต้องดูที่สัญชาติของสมาชิก ว่าสมาชิกเป็นคนที่ชาติหรือคนต่างด้าวร้อยละเท่าใดของจำนวนหุ้น หรือร้อยละเท่าใดของจำนวนผู้ถือหุ้นหรือสมาชิก ซึ่งตามปกติแล้วก็มีผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกมากกว่ากึ่งหนึ่ง เป็นคนต่างด้าว ก็ถือว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลสัญชาติต่างด้าว เพราะอำนาจในการควบคุมและการบริหารกิจการต่าง ๆ ตลอดจนการตัดสินใจอันเกี่ยวกับนิติบุคคลนั้น มีคะแนนเสียงหรือจำนวนหุ้นของคนต่างด้าวมากกว่าคนชาติ ทำให้คนต่างด้าวสามารถควบคุมอำนาจในการบริหารงานของนิติบุคคลนั้น ๆ ได้อย่างแท้จริงทั้งหมดนี้ก็เพื่อให้ทราบลักษณะแห่งชาติ (National character) อันแท้จริงของนิติบุคคล

⁴² เปรียบเทียบกับกรณีกฎหมายของไทย ได้นำมาใช้ควบคุมกิจกรรมของคนต่างด้าว แต่ไม่ได้ปรับใช้ในเรื่องการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มีจุดประสงค์เพื่อควบคุมกิจกรรมของคนต่างด้าวเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281, พระราชบัญญัติเรือสยาม พ.ศ. 2481 ฯลฯ กฎหมายเหล่านี้ล้วนไม่เกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล แต่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งทำให้สับสนในการให้ความหมายของเรื่องสัญชาตินิติบุคคลด้วย เช่น มีการใช้คำว่า "นิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย" ดังนี้ ไม่ได้หมายความว่า เป็น "นิติบุคคลสัญชาติต่างด้าว" จะเป็นนิติบุคคลสัญชาติใดหรือไม่ ต้องดูเรื่องการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ซึ่งในประเทศไทยเรายังไม่มีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในกฎหมายไทยอย่างชัดเจนก่องแท้

ตัวอย่างคดีระหว่างประเทศที่ใช้การทดสอบสัญชาติผู้ถือหุ้น หรือสมาชิกดังต่อไปนี้

1. คดี Warsaw Electricity company (1932) ระหว่างฝรั่งเศสกับโปแลนด์⁴³

ตามสนธิสัญญาลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1922 ได้กำหนดสัญชาตินิติบุคคลโดยหลักการควบคุม (Control Test) บัญญัติไว้ว่า บริษัทที่มีสัญชาติฝรั่งเศสหรือโปแลนด์ ซึ่งตามสนธิสัญญานี้ อนุญาตตุลาการได้ตัดสินโดยถือว่า สัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ทั้งหมดของบริษัท เป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของบริษัท ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท (Share capital) เป็นคนชาติโปแลนด์ดังนั้น ศาลอนุญาตตุลาการจึงตัดสินให้บริษัทนี้จึงมีสัญชาติโปแลนด์

2. คดี Radio - Orient Company (1940) ระหว่างอียิปต์กับฝรั่งเศส⁴⁴

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัท Radio-Orient จำกัด นี้ ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบริษัทในประเทศฝรั่งเศส และมีสำนักงานใหญ่ (Headquarters) ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส แต่ไปประกอบกิจการส่วนใหญ่ในกรุงเบรุต ประเทศเลบานอน โดยมีผู้จัดการเป็นคนชาติอียิปต์ และมีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนชาติฝรั่งเศส

คณะกรรมการอนุญาตตุลาการ พิจารณาตัดสินว่า บริษัทนี้มีสัญชาติฝรั่งเศสโดยถือหลักการควบคุม (The Control Test) โดยการทดสอบสัญชาติผู้ถือหุ้น

⁴³ Schwarzenberger, George, International Law, (1957) p. 405.

⁴⁴ Ibid, p. 410.

2) การทดสอบสัญชาติของผู้ที่มีผลประโยชน์ได้เสียส่วนใหญ่⁴⁵

การทดสอบนี้ บางครั้งกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นการทดสอบสัญชาติของผู้ที่มีผลประโยชน์ได้เสียชั้นควบคุม (Controlling interests) การทดสอบนี้ก็คล้ายคลึงกับการทดสอบเรื่องสัญชาติของผู้ถือหุ้นหรือสมาชิก กล่าวคือ ต้องดูว่าใคร เป็นผู้ที่มีผลประโยชน์ได้เสียในนิติบุคคลอย่างแท้จริง คือต้องมองอย่างกว้าง ๆ ไม่จำกัดแค่ผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกเท่านั้น แต่ให้รวมถึงบุคคลภายนอกด้วย หรือบุคคลผู้ใดก็ตามที่จะมาอิทธิพลหรือมีผลประโยชน์ได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมกับนิติบุคคลนั้น แต่บุคคลผู้นั้นจะมี อำนาจอิทธิพลอย่างแท้จริงและสามารถพิสูจน์ได้ด้วย กล่าวคือต้องมีหลักฐานประกอบการพิสูจน์ด้วยการทดสอบลักษณะนี้ เป็นการมองทะลุไปถึงเบื้องหลังถึงผลประโยชน์ของนิติบุคคลนั้น ๆ ดังนั้นจึงจะทราบแน่แท้ว่า นิติบุคคลนั้นมีลักษณะของชนชาติศัตรู (Enemy Character) หรือไม่ จึงเป็นเกณฑ์การทดสอบอันหนึ่งของการพิสูจน์สัญชาติของนิติบุคคลชนชาติศัตรู

3) การทดสอบสัญชาติของผู้ควบคุมนิติบุคคล

การทดสอบนี้ถือเอาสัญชาติของบุคคลธรรมดาที่รับผิดชอบในการควบคุมการบริหารและดำเนินนโยบายของนิติบุคคล ซึ่งโดยทั่วไป ก็คือ สัญชาติของผู้อำนวยการหรือกรรมการผู้จัดการของนิติบุคคลนั้น ๆ ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการทดสอบเกี่ยวกับสัญชาติของผู้มีส่วนได้เสีย ส่วนใหญ่ ผิดกันที่เน้นหนักไปทางสัญชาติของบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว หรือไม่ก็คน ทำหน้าที่บริหารงานหรือกำหนดนโยบายของนิติบุคคลเท่านั้น ในกรณีที่เป็นคณะกรรมการบริหาร (board of directors) ส่วนในกรณีของสมาคมและมูลนิธิก็ถือเอาสัญชาติของผู้จัดการนั้นเป็นเกณฑ์การทดสอบ

⁴⁵ เปรียบเทียบกับกรณีคดี Barcelona Traction Case, 1970 ซึ่งในข้อเท็จจริงของคดีประเทศเบลเยียม มีส่วนได้ส่วนเสียส่วนใหญ่ในบริษัทนี้ จึงถือว่าเป็นผู้ที่มีผลประโยชน์ได้เสียส่วนใหญ่ตามหลักการควบคุม (The Control) แต่ในคดีนี้ ศาลได้ตัดสินโน้มเอียงไปทางหลักที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ ซึ่งรายละเอียดในคดีนี้กล่าวไว้ในบทต่อไป

มีตัวอย่างของคดีระหว่างประเทศที่ใช้การทดสอบสัญชาติของผู้ควบคุมนิติบุคคลดังต่อไปนี้

1. คดี Giesche Co.⁴⁶

ศาลได้พิจารณาว่า บริษัท Giesche จำกัดนี้ เป็นบริษัทที่ "ถูกควบคุมโดยคนชาติเยอรมันหรือไม่" ทั้งนี้พิจารณาข้อเท็จจริงบริษัทนี้มีผู้จัดการสัญชาติเยอรมัน ที่มีอำนาจเหนือคณะกรรมการบริหารของบริษัท ซึ่งใน 5 ใน 7 คนของสมาชิกของคณะกรรมการบริหารเป็นคนชาติเยอรมัน และหุ้นทั้งหมดของบริษัทได้ออนไปให้บริษัทที่จดทะเบียนสำนักงานที่ Breslav ที่คนชาติเยอรมันเป็นผู้จัดการอยู่ จากการพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมดนี้ ศาลได้ตัดสินให้บริษัท Giesche Co. มีสัญชาติเยอรมัน โดยหลักการควบคุม (German - controlled company)

2. คดี Vereinigte Königs - und Lauratutte Co.⁴⁷

คดีนี้ศาลได้พิจารณาความสำคัญของความสัมพันธ์ในโครงสร้างของบริษัทโดยมองเห็นว่า มีผู้ถือหุ้นหลาย ๆ สัญชาติตามสัดส่วนของหุ้นทั้งหมดในบริษัท จากหลักการควบคุมสามารถจะกำหนดการควบคุมที่สัดส่วนของคณะกรรมการบริหาร และจากการประชุมทั่วไปของผู้ถือหุ้น ซึ่งศาลยอมรับว่าหากหุ้นส่วน ส่วนใหญ่อยู่ในมือของคนสัญชาติใดเพียงสัญชาติเดียวแล้ว การควบคุมที่แท้จริงก็อาจจะแสดงออกโดยผ่านคณะกรรมการบริหาร (Board of control) นั้นเอง ในคดีนี้ศาลได้มองไปถึงข้อเท็จจริงอันสำคัญว่า หุ้น 4 ใน 5 ส่วนของหุ้นทั้งหมดเป็นของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ ซึ่งไม่ได้เป็นคนชาติเยอรมัน และพวกเขาก็เป็นคณะกรรมการบริหารทั้งหมด ดังนั้นในข้อเท็จจริงแม้พวกเขาไม่ได้เป็นผู้จัดการของบริษัท แต่แท้จริงแล้วพวกเขาได้ควบคุมกิจการทั้งหมดของบริษัทโดยผ่านคณะกรรมการบริหาร ดังนั้นบริษัทนี้จึงไม่เป็นบริษัทสัญชาติเยอรมัน

⁴⁶ Schwarzenberger, George, International Law, (1957) p. 404.

⁴⁷ Schwarzenberger, George, International Law, (1957) pp.

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีหลักการควบคุมนี้มีหลักการทดสอบหลาย ๆ ประการ ก็เพื่อที่จะปกป้องผลประโยชน์ของชาติ (national interests) เป็นหลักประการสำคัญที่สุด ซึ่งทฤษฎีนี้เกิดขึ้นมีเหตุผลคือ เพื่อความมั่นคงของชาติ ดังนั้นจึงเป็นการพัฒนาทฤษฎีนี้จากทฤษฎีหลักทั่วไป ๆ เช่น ทฤษฎีหลักการจดทะเบียน หรือทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานแห่งใหม่ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎีหลักการควบคุมนี้เป็นทฤษฎีพิเศษหรือทฤษฎียกเว้นทฤษฎีหลักการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล โดยทั่วไปตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว

3. การนำทฤษฎีการควบคุมไปปรับใช้ในประเทศต่าง ๆ

ในประเทศฝรั่งเศสมีการนำไปใช้โดยมีพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1914 ประกาศห้ามมิให้ทำการค้าขายกับศัตรู หรือการจัดการที่นักอาศัยสำหรับบุคคลต่างชาติ ซึ่งถือว่าเป็น "ศัตรู" โดยให้อำนาจของศาลในการใช้ดุลยพินิจในการตัดสินว่าบริษัทใดหรือห้างหุ้นส่วนที่มีคุณลักษณะเป็นชนชาติศัตรู (Enemy Character) โดยอาศัยทฤษฎีหลักการควบคุม (Le Controle) ⁴⁸

ในประเทศอังกฤษหลังจากที่มีชื่อเสียงคดีหนึ่ง คือคดี Daimler ทำให้มีการออกกฎหมายว่าด้วยการค้าขายกับชนชาติศัตรู ค.ศ. 1939 (Trading with Enemy Act of 1939) มาบังคับใช้ โดยใช้หลักการทดสอบการควบคุม (Control Test) ในกฎหมายฉบับนี้ ⁴⁹

⁴⁸ Levy, Laurent, La Nationalite des Societes, (1984) p. 190.

⁴⁹ Cheshire P.M. North, Cheshire Private International Law, 9th ed. (London: Butterworths 1974), p. 504.

สำหรับ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในระยะเวลาก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ปฏิเสธการใช้ทฤษฎีมีหลักการควบคุมนี้ ตัวอย่างคดี เช่น คดี Hamburg - American Co., V. Untied States, 277 U.S. 138 (1928) ⁵⁰ ศาลได้ถือว่า ทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัท Hamburg - American จำกัด ที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีเจ้าของที่แท้จริงเป็นคนชนชาติศัตรู คือคนสัญชาติเยอรมัน ได้มีกฎหมายว่าด้วยการค้ากับประเทศศัตรู ค.ศ. 1917 ไม่ถือว่า เป็นทรัพย์สินของชนชาติศัตรู แม้ว่าบรรดาหุ้นทั้งหมดของบริษัทเป็นของผู้ถือหุ้นของชนชาติศัตรู ซึ่งคล้าย ๆ กับอีกคดีหนึ่งคือ คดี Bein Meyer Co. V. Miller, 266 U.S. 457 (1925) ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า แม้บรรดาหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทอังกฤษ ที่มีกิจการในประเทศฟิลิปปินส์จะถูกครอบครองโดยคนชาติเยอรมันที่ถือว่าเป็นคนชาติศัตรู ไม่ถือว่า บริษัทนี้มีสัญชาติของชนชาติศัตรู แต่อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ ค.ศ. 1941 กฎหมายว่าด้วยการค้ากับประเทศศัตรู ค.ศ. 1917 ได้ถูกตีความโดยศาลของสหรัฐอเมริกาว่า ให้ปรับใช้ทฤษฎีมีหลักการทดสอบการควบคุม (Control Test) ซึ่งตอนนั้น สหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 2 แล้ว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของชาติ ดังนั้น จึงใช้ทฤษฎีหลักการควบคุม (Control Test) แทนทฤษฎีมีหลักการจดทะเบียนและก่อตั้ง (the place of incorporation) ในระยะเวลาที่เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2

ส่วนในประเทศสวีเดน ได้เคยมีการออกกฎหมาย ⁵¹ เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1916 และเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1925 ให้ศาลทำการยึดทรัพย์สินที่ดินและเหมืองแร่ที่เป็นของบริษัทต่างชาติที่เป็นชนชาติศัตรู โดยบริษัทนี้ได้ก่อตั้งในประเทศสวีเดน แต่ในข้อเท็จจริงแล้ว การควบคุมโดยคนต่างชาติที่เป็นชนชาติศัตรูทั้งหมด ซึ่งมีตัวอย่างคือมีบริษัทก่อตั้งขึ้นในประเทศสวีเดน แต่ควบคุมโดยคนชาติเยอรมัน และมีพฤติการณ์ที่บ่อนทำลายชาติ โดยการทำการซื้อป่าไม้และเหมืองแร่ของสวีเดน เพื่อหวังจะทำลายเศรษฐกิจของประเทศสวีเดน

⁵⁰ Ibid, p.p. 504-505.

⁵¹ Martin Wollf, Private International Law, (1977) p. 309.

สรุป

ในบรรดาทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล จะเห็นได้ว่าไม่มีทฤษฎีไหนที่จะเหมาะสมหรือไม่มีข้อเสียเลย เพราะในแต่ละทฤษฎีก็มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ในการที่จะนำไปปรับใช้กัน ซึ่งก็ต้องแล้วแต่ว่าประเทศหรือรัฐนั้นจะมีแนวโน้มในการนำทฤษฎีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง ไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพกฎหมายและเศรษฐกิจของประเทศตนเอง ซึ่งโดยปกติแล้ว ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนี้ จะถูกกำหนดโดยกฎเกณฑ์ภายใต้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ ภายใต้ต้นบัญญัติของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยที่เป็นเอกลักษณ์ของประเทศนั้น ๆ และประเทศต่าง ๆ ไม่สามารถที่จะก้าวล่วงล้ำเข้าไปในอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นได้ เพราะประเทศหนึ่ง ๆ ย่อมมีอำนาจอัดขาดภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศนั้นแต่เพียงผู้เดียว ในกรณีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนี้ด้วย กล่าวคือ แนวโน้มของศาลของประเทศอังกฤษจะยึดถือทฤษฎีหลักการจดทะเบียนหรือก่อตั้งเป็นบรรทัดฐาน เพราะประเทศอังกฤษต้องการที่จะใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะเรื่องการจดทะเบียนของบริษัท คือแม้บริษัทจะไม่ได้กระทำการอยู่ ณ ประเทศอังกฤษ ก็ถือว่าบริษัทนั้นเป็นบริษัทของประเทศอังกฤษ ส่วนศาลของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กล่าวถึงการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง แต่มีการยึดทฤษฎีหลักที่ตั้งแห่งใหญ่มาตัดสินประกอบในหลาย ๆ คดี โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับภาษีอากร ส่วนการปรับใช้ทฤษฎีหลักการแสวงหาผลประโยชน์นั้น มักจะมีประเทศใดนำไปปรับใช้ นอกจากประเทศฝรั่งเศสในอดีต และทฤษฎีหลักการควบคุมนั้น ศาลฯ ของทุกประเทศจะปรับใช้ในกรณีเกิดสงครามขึ้นเท่านั้น เพื่อที่จะทราบถึงสัญชาติที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น ๆ ว่าเป็นมิตรหรือศัตรู

ซึ่งในการพิจารณาในระดับในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว เราอาจจะแบ่งการพิจารณาได้เป็น 2 ระดับคือ ⁵²

1. ระดับภายในรัฐ (Internal Levels)

ประเทศแต่ละประเทศ มีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาด (exclusive jurisdiction) ในรายที่จะกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลขึ้นตามกฎหมายเกณฑ์ของแต่ละประเทศเอง หรือจะไม่มีกำหนดไว้โดยชัดแจ้งก็ได้ ดังเช่น ประเทศอังกฤษ ดังนั้น แต่ละประเทศมีสิทธิเต็มๆ ในการบัญญัติกฎหมายภายในมากำหนดสัญชาติของนิติบุคคลขึ้นเอง ตามความประสงค์ของประเทศนั้น ๆ ดังนั้นเมื่อมีการขัดแย้งกันระหว่างนิติบุคคลภายในประเทศด้วยกันเอง ก็ต้องเคารพกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ

2. ระดับภายนอกรัฐ (External Levels)

ในกรณีเกิดการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) เกิดขึ้น ตามกฎหมายระหว่างประเทศคือ เกี่ยวกับข้อขัดแย้งกันระหว่างประเทศหนึ่งกับอีกประเทศหนึ่งในเรื่องเกี่ยวกับปัญหาเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว แนวความคิดทฤษฎีต่าง ๆ ทั้ง 4 ทฤษฎีก็สามารถนำมาปรับใช้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศอื่น ๆ ได้ เพราะทฤษฎีมีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลดังกล่าว ในปัจจุบันนี้ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและเป็นหลักเกณฑ์กฎหมายทั่วไปยอมรับ โดยนานาอารยประเทศแล้ว (international customary law and a general principle of law recognise by civilised nations)

⁵² Gerhard Vonglahn, Law among Nation, (1963) pp. 190 - 191.

ดังนั้น แนวความคิดทางทฤษฎีทั้งหมดที่กล่าวมานี้ จึงเป็นการพิจารณาการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในระดับภายนอก (External Levels) ซึ่งบรรดาทฤษฎีต่าง ๆ นี้ มีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐต่าง ๆ ได้กำหนดสัญชาติของนิติบุคคลขึ้นโดยเทียบเคียง (analogy) คล้าย ๆ กันกับการกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดา ซึ่งแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ นี้ เป็นความพยายามที่จะตัดสินหาความสัมพันธ์ที่แท้จริง (genuine connection) ระหว่างผู้มีส่วนโดยตรงหรือนิติบุคคลกับรัฐนั้น ๆ โดยพยายามจะให้มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริง กับรัฐเพียงรัฐเดียวเท่านั้น โดยพยายามขจัดปัญหาที่นิติบุคคลมีสัญชาติ 2 สัญชาติ คล้าย ๆ กับกรณีบุคคลธรรมดามี 2 สัญชาติ ซึ่งจะเกิดปัญหาต่อมาคือ เรื่องการใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) และสิทธิในการนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาล (locus standi) ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ ในคดียุติธรรมระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคล

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนี้ ก็มีการเปลี่ยนแปลงการนำไปปรับใช้โดยสอดคล้องกับสถานการณ์หลาย ๆ อย่างของประเทศด้วย จะเห็นได้ว่าในอดีตมีการนิยมนำทฤษฎีหลักสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Sieve Social) ไปปรับใช้ เพราะเห็นว่าเป็นการปกป้องผลประโยชน์ส่วนใหญ่ของชาติ แต่ต่อมาผ่านมาอีกระยะหนึ่งก็เปลี่ยนไปนิยมใช้ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Place of Incorporation) เพราะเหตุว่ามีอิสระในการเลือกกฎหมายที่บังคับใช้ และปกป้องผลประโยชน์ของนิติบุคคล ส่วนปัจจุบันมีแนวโน้มว่าทฤษฎีหลักศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ (Center of exploitation) จะกลับมานิยมในการปรับใช้อีก เพราะเหตุว่ามีบริษัทต่างชาติเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะเขตเจาะหาน้ำมันและก๊าซธรรมชาติ ประเทศเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติจึงต้องการใช้ทฤษฎีนี้ เพื่อจะทำให้ผลประโยชน์ของชาติไม่ถูกนำออกนอกประเทศ โดยรัฐเจ้าของประเทศไม่ได้ผลประโยชน์อะไรเลย คือต้องการปกป้องผลประโยชน์ของชาติเป็นหลัก

จะเห็นได้ว่า ในทุก ๆ ทฤษฎีจะเอื้ออำนวยให้ผลประโยชน์แก่ทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าต่อนิติบุคคลหรือประเทศ ซึ่งก็ต้องหาทฤษฎีที่มีแนวทางยืดหยุ่น (flexible approach) และเข้ากับผลประโยชน์ของทุกฝ่ายด้วย

ดังนั้น ทฤษฎีการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลนั้น จะต้องไม่อยู่ภายใต้พื้นฐานแนวคิดที่แข็งกระด้าง (rigid) หรือความคิดที่แคบ ๆ (narrow rules) แต่จะต้องเปิดกว้างโดยทั่วไป และยอมรับกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่อาจมีการพัฒนาเกิดขึ้นได้ในอนาคต เพื่อที่จะเกิดให้มีความกลมกลืนกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (harmonious international relation) ต่อไป
