



## บทที่ 2

### แนวคิดพื้นฐานของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และทฤษฎีว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ รวมทั้งความเป็นมาและวัตถุประสงค์ในการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ตลอดจนศึกษาขอบทของอนุสัญญา เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตและสาระสำคัญของอนุสัญญา ซึ่งจะทำให้เกิดความเข้าใจเรื่องการให้ความคุ้มกันของรัฐได้ดียิ่งขึ้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 2.1 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

ในการศึกษาเรื่องความคุ้มกันของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ควรทำความเข้าใจเบื้องต้นถึงแนวคิดที่เป็นพื้นฐาน และสถานะในทางกฎหมายระหว่างประเทศของความคุ้มกันของรัฐก่อน โดยเริ่มศึกษาจากนิยามและความหมาย และเมื่อได้ทราบนิยามและความหมายแล้วก็จะได้ศึกษาต่อว่าความคุ้มกันของรัฐนั้นแบ่งออกเป็นกี่ประเภท โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

##### 2.1.1 คำนิยามและความหมายของความคุ้มกันของรัฐ

ความคุ้มกัน (Immunity) แปลมาจากภาษาละตินว่า *immunis* (*in + muneris = charge*)<sup>1</sup> และมีความหมายทั่วไปคือ ความปลอดพ้นจากอำนาจ ภาระหรือภัยอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การไม่มีหรือปลอดจากอำนาจ หรือความจำเป็นที่จะต้องระงับการใช้อำนาจอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยจุดเริ่มต้นของแนวคิดเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) นั้นมาจากแนวความคิดเรื่อง

---

<sup>1</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, "กฎหมายการทูต," ใน เอกสารประกอบชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2528), หน้า 233.

ความคุ้มกันขององค์อธิปัตย์ (Sovereign immunity) ที่ว่าองค์อธิปัตย์จะไม่อยู่ภายใต้อำนาจศาลภายในดินแดนของพระองค์และมีอาจอยู่ภายใต้อำนาจศาลของรัฐอื่นเช่นกัน<sup>2</sup> ดังนั้นความคุ้มกันของรัฐ จึงเป็นความคุ้มกันอย่างหนึ่งซึ่งรัฐต่างประเทศเป็นผู้อุปโภค โดยได้มีการให้คำนิยามของคำว่า "ความคุ้มกันของรัฐ" ไว้ดังนี้

1. Bledsone ได้อธิบายว่าความคุ้มกันของรัฐ หมายถึง การที่รัฐหนึ่งซึ่งรวมถึงตัวแทนของรัฐและทรัพย์สินของรัฐได้รับความคุ้มกันจากกระบวนการในทางตุลาการของรัฐอธิปไตยที่เท่าเทียมกัน<sup>3</sup>

2. Hazel Fox ได้อธิบายว่าความคุ้มกันของรัฐ หมายถึง ขอบข่ายของรัฐหนึ่งต่อศาลของอีกรัฐหนึ่ง ในกระบวนการพิจารณาและบังคับตามคำพิพากษาของศาลภายใน โดยรัฐนั้นอ้างว่าตนได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลตามทฤษฎีของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>4</sup>

จากการศึกษาพบว่า "ความคุ้มกัน" (Immunity) ในทางนิติศาสตร์นั้น เป็นข้อความคิดในทางกฎหมาย (legal concept) ซึ่งปรากฏในขอบเขตของความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย ในฐานะที่เป็น "สิทธิ" อย่างหนึ่งที่มีความสัมพันธ์กับ "หน้าที่" ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อสิทธินั้นมีความสัมพันธ์กับหน้าที่แล้ว ความคุ้มกันจึงมีความสัมพันธ์กับการไม่มีอำนาจ (no power) กล่าวคือ เมื่อบุคคลหรือคู่กรณีหรือรัฐหนึ่งได้รับความคุ้มกันแล้วก็จะเกิดการไม่มีอำนาจ ในลักษณะที่เป็นหน้าที่ให้อีกฝ่ายหนึ่งยับยั้งหรืองดเว้นการใช้อำนาจแก่บุคคลหรือรัฐที่ได้รับความคุ้มกันนั้น ดังนั้น ความคุ้มกันจึงแสดงถึงการไม่มีอำนาจหรือการงดเว้นการใช้อำนาจของรัฐเจ้าของดินแดน<sup>5</sup> โดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของรัฐภาคีผู้ที่มีสิทธิได้รับความคุ้มกันไว้ในข้อบทที่ 5 ว่า

<sup>2</sup> M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p.698.

<sup>3</sup> จิตรา ลิ้มเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 9.

<sup>4</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*. 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p.1.

<sup>5</sup> จิตรา ลิ้มเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ", หน้า 6.

"รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของอนุสัญญา" (A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.)

และได้บัญญัติหน้าที่ของรัฐภาคีผู้ที่มีหน้าที่ให้ความคุ้มกันแก่รัฐภาคีอื่น ไว้ในข้อบทที่ 6 ว่า

"รัฐจะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐตามข้อบทที่ 5 มีผลโดยการละเว้นจากการใช้อำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาของศาลของรัฐตนต่อรัฐอีกรัฐหนึ่ง และเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้องทำให้เชื่อมั่นว่า ศาลของตนซึ่งได้โดยความริเริ่มของตนเองว่า ความคุ้มกันของรัฐหนึ่งภายใต้ข้อ 5 นั้น ได้รับการเคารพ" (A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its court against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.)

จึงเห็นได้ว่า "ความคุ้มกันของรัฐ" นั้นก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐคู่กรณี ดังนี้

	รัฐภาคีที่เป็นผู้ได้รับความคุ้มกัน	รัฐภาคีที่เป็นผู้ให้ความคุ้มกัน
สิทธิ	รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้ (ข้อบทที่ 5)	
หน้าที่		รัฐจะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐตามข้อบทที่ 5 มีผลโดยการละเว้นจากการใช้อำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาของศาลของรัฐตนต่อรัฐอีกรัฐหนึ่ง และเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้อง

	รัฐภาคีที่เป็นผู้ได้รับความคุ้มกัน	รัฐภาคีที่เป็นผู้ให้ความคุ้มกัน
		ทำให้เชื่อมั่นว่า ศาลของตนซึ่งได้โดยความริเริ่มของตนเองว่า ความคุ้มกันของอีกรัฐหนึ่งภายใต้ข้อ 5 นั้น ได้รับการเคารพ (ข้อบทที่ 6)

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า “ความคุ้มกัน” เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่จะเรียกร้องหรือบังคับให้ผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายงดเว้นการใช้อำนาจนั้นแก่ตน กล่าวคือ รัฐที่เป็นเจ้าของดินแดนจำต้องงดเว้นการใช้อำนาจ หรือไม่อาจใช้อำนาจแก่ผู้ที่ได้รับความคุ้มกันนั่นเอง

โดยกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) ว่าเป็นความคุ้มกันอย่างหนึ่งที่รัฐต่างประเทศเป็นผู้อุปโภค โดยรัฐหนึ่งซึ่งรวมถึงตัวแทนของรัฐและทรัพย์สินของรัฐได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่ง ตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 5 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ว่า “รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของอนุสัญญานี้” (A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.) แสดงให้เห็นว่านอกจากรัฐ (State) จะอุปโภคความคุ้มกันของรัฐแล้ว ยังรวมถึงทรัพย์สินของรัฐ (State property) อีกด้วย โดยความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะเป็นความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) เท่านั้น แต่มิได้มีผลให้รัฐซึ่งได้รับความคุ้มกันนั้นเป็นผู้ที่อยู่เหนือกฎหมายหรือได้รับสิทธิยกเว้นจากการบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ ไม่มีรัฐต่างประเทศใดได้รับความคุ้มกันจากกฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดน บรรดารัฐต่างๆ ที่เข้าไปทำกิจกรรมของตนภายในดินแดนของรัฐอื่นยังคงอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดนนั้น นอกจากนี้ ความคุ้มกันของรัฐนั้น ไม่ใช่ความคุ้มกันจากการรับผิดในทางกฎหมาย (legal liability) ดังนั้น รัฐซึ่งกระทำผิดอาจถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีในศาลภายในของรัฐเจ้าของดินแดนได้ หากรัฐนั้นได้สละความคุ้มกันหรืออาจจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนโดยยอมรับเขตอำนาจศาลของรัฐเจ้าของดินแดน ซึ่งจะได้กล่าวถึงในส่วนต่อไป

### 2.1.2 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ

เมื่อได้ศึกษาถึงลักษณะทางกฎหมายของแนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ตลอดจนประวัติศาสตร์และการพัฒนาของแนวความคิดแล้ว ในส่วนนี้จะได้ศึกษาถึงพื้นฐานของแนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐเพื่อให้ทราบว่แนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐมีพื้นฐานอย่างไร โดยพบว่าแนวคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐมีพื้นฐานมาจากหลักสำคัญ ได้แก่ หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ (sovereignty) หลักเขตอำนาจรัฐ (jurisdiction) หลักความคุ้มกัน (immunity)<sup>6</sup> เนื่องจากแนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐนั้นเกิดขึ้นมาจากการที่ถือว่า รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง และในขณะเดียวกันรัฐก็มีเขตอำนาจเหนือดินแดนของตนโดยสมบูรณ์อีกด้วย ซึ่งหากว่ารัฐสามารถอยู่เพียงลำพังได้โดยไม่ต้องติดต่อกับรัฐใดแล้ว ปัญหาในเรื่องความคุ้มกันของรัฐคงไม่อาจเกิดขึ้นได้ แต่จากการที่รัฐต้องมีการติดต่อสัมพันธ์กับรัฐอื่นนี้เอง จึงทำให้อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ ดังนั้นในส่วนนี้จึงได้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐตามลำดับ ดังนี้

#### 1) หลักอำนาจอธิปไตย (sovereignty)

หลักว่าด้วยความอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นทฤษฎีที่มีมานานแล้วตั้งแต่มีการเกิดรัฐชาติ (Nation-States) ขึ้นเป็นครั้งแรกในยุโรปเมื่อคริสต์ศตวรรษที่ 16 นักปราชญ์ในสมัยนั้นอธิบายว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุด แต่การที่รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยทุกรัฐอธิปไตยทุกรัฐมีฐานะเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>7</sup> ผลทางกฎหมาย โดยอธิบายว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดเด็ดขาดเหนือพลเมืองของรัฐ อันไม่อาจถูกจำกัดหรือยับยั้งได้โดยกฎหมายใดๆ ดังนั้นภายใต้ดินแดนของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ จึงไม่อาจถูกจำกัดโดยอำนาจอื่นใดทั้งภายในและภายนอก อำนาจอธิปไตยนี้ อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

<sup>6</sup> อารยา กิตติเวช, "การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย: ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ห้ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 37.

<sup>7</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง เล่มที่สอง(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 31.

### ก. อำนาจอธิปไตยภายในของรัฐ

ในระบบกฎหมายภายใน รัฐเป็นองค์อธิปัตย์เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลและผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ รัฐมีอำนาจสมบูรณ์ ทั่วไปและเหนือกว่าองค์กรอื่นๆ และใช้อำนาจรัฐต่อผู้อยู่ใต้บังคับของตน<sup>8</sup> ดังนั้น อำนาจอธิปไตยภายในของรัฐถือเป็นอำนาจของรัฐในการกำหนดความเป็นอยู่ของตนเอง กำหนดระเบียบแบบแผนของตนเอง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของกฎหมาย การเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมก็ตาม โดยปราศจากการแทรกแซงจากภายนอก ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าภายในดินแดนของรัฐ รัฐย่อมมีอำนาจที่จะกระทำการใดๆ ภายในดินแดนของตนเอง อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นในส่วนี้ จึงถูกแสดงออกในฐานะที่เป็นสิทธิของรัฐหนึ่งที่มีเอกราช มีความเท่าเทียมกัน และไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจอื่นใด ดังนั้น หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐในดินแดนของตนเองแล้ว ศาลภายในของรัฐอื่นจึงย่อมไม่สามารถพิจารณาการกระทำของรัฐนั้นได้เลย

### ข. อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐ

ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเป็นองค์อธิปัตย์ในความหมายที่ไม่มีผู้ใดที่มีอำนาจอยู่เหนือรัฐ กล่าวคือไม่อยู่ภายใต้บังคับของอำนาจอื่นใด นอกจากนี้อธิปไตยยังเกี่ยวข้องกับความเสมอของรัฐอีกด้วย ทั้งนี้เนื่องจากในเมื่อสำหรับรัฐทั้งปวงซึ่งต่างเป็นองค์อธิปัตย์ อำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบของความเป็นรัฐที่ได้รับการรับรอง ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจตกอยู่ในบังคับของรัฐอื่นที่มีความเสมอภาคอธิปไตยหรือเป็นองค์อธิปัตย์อย่างเท่าเทียมกัน รวมถึงการไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐอื่นที่มีฐานะเท่าเทียมกับตนรวมถึงไม่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐอื่นด้วย<sup>9</sup> ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าเมื่อรัฐมีอำนาจอธิปไตยแล้ว รัฐอื่นก็ไม่สามารถที่จะมีอำนาจอธิปไตยเหนือรัฐนั้นได้ ซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้ถือเป็นอำนาจอธิปไตยที่เด็ดขาด ดังนั้น หากพิจารณาถึงความเกี่ยวพันระหว่างอำนาจอธิปไตยกับแนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐแล้วจึงเห็นได้ว่าแนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐนั้น มีพื้นฐานมาจากการยอมรับในอำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐนั่นเอง เพราะหากรัฐหนึ่งได้กระทำการใดๆ ในดินแดนของอีกรัฐหนึ่งในฐานะที่เป็นรัฐแล้ว การที่

<sup>8</sup> จตุรงค์ ดิระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 267.

<sup>9</sup> เบื้องเดียวกัน, หน้า 267-268.

รัฐนั้นจะได้รับความคุ้มกันหรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐนั้นก็ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้แต่อย่างใด เมื่อถือว่ารัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง มีความเป็นอิสระ มีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ไม่มีรัฐใดสามารถใช้อำนาจอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นได้ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐนั้นแล้วเช่นนี้ รัฐทุกรัฐจึงเคารพในสิทธิความเป็นอิสระหรือการมีเอกราชของรัฐอื่นโดยยินยอมที่จะไม่ใช้อำนาจของตนเหนือรัฐต่างประเทศ จากแนวคิดนี้จึงเกิดเป็นหลัก *par in parem nom habet imperium* หรือรัฐหนึ่งย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น<sup>10</sup> ซึ่งย่อมาหมายความว่า รัฐนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นด้วย ดังนั้น รัฐหนึ่งๆ ย่อมได้รับความคุ้มกันที่จะไม่ถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีในศาลภายในของรัฐอื่น

จึงสรุปได้ว่าหลักอำนาจอธิปไตยถือเป็นพื้นฐานของแนวคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐในฐานะที่เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดหลักความคุ้มกันของรัฐ ทั้งนี้ เพราะเมื่อถือว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตย รัฐจึงไม่อาจตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นได้ แต่อย่างไรก็ตามรัฐจำต้องยอมรับว่า รัฐอื่นก็มีอำนาจอธิปไตยเช่นเดียวกับตน ดังนั้น รัฐจึงยอมให้ความคุ้มกันแก่รัฐอื่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยยอมงดเว้นที่จะใช้เขตอำนาจอธิปไตยของตนเหนือรัฐต่างประเทศ ทั้งนี้ ด้วยความเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น จึงทำให้รัฐหนึ่งยอมได้รับความคุ้มกันจากอำนาจอธิปไตยภายในของรัฐอื่น เพราะหากรัฐต้องตกเป็นจำเลยในศาลภายในของรัฐหนึ่งได้แล้ว ก็จะเท่ากับว่ารัฐนั้นอยู่ภายใต้เขตอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐที่พิจารณาคดีนั่นเอง ซึ่งไม่อาจถือได้เลยว่ารัฐนั้นมีอำนาจอธิปไตยและมีความเท่าเทียมกัน

## 2) หลักเขตอำนาจอธิรัฐ (jurisdiction)

ตามกฎหมายระหว่างประเทศการที่รัฐมีสิทธิเหนือดินแดนทำให้รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตน จากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยจึงทำให้รัฐมีเขตอำนาจอธิปไตยในดินแดนของรัฐ ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจึงมีความเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจอธิรัฐ ในลักษณะที่เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดเขตอำนาจอธิรัฐขึ้น เมื่อรัฐมีอำนาจอ

<sup>10</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 57.

อธิปไตย รัฐจึงย่อมมีเขตอำนาจเป็นของตนเองเสมอ โดยเขตอำนาจของรัฐนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ เขตอำนาจเหนือดินแดน (territorial jurisdiction) และเขตอำนาจเหนือบุคคล (personal jurisdiction) กล่าวคือ รัฐย่อมมีอำนาจเหนือทุกๆ สิ่งที่อยู่ในดินแดนของตนเอง และในขณะเดียวกันรัฐก็มีอำนาจเหนือบุคคลซึ่งเป็นคนชาติของรัฐด้วย ซึ่งอำนาจเหนือบุคคลนี้เป็นอำนาจที่รัฐมีได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ ณ ที่ใดก็ตาม เพราะถือเป็นอำนาจที่จะติดตามบุคคลนั้นไปทุกหนทุกแห่ง โดยสิ่งที่เป็นตัวกำหนดการใช้อำนาจของรัฐนั้น ได้แก่ สัญชาติ นั้นเอง โดยเขตอำนาจของรัฐที่มีความเด็ดขาดที่สุดคือ เขตอำนาจเหนือดินแดน ซึ่งเป็นอำนาจที่รัฐสามารถดำเนินกิจการใดๆ ได้ภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่า การใช้อำนาจรัฐภายในเขตอำนาจของตนเป็นสิทธิเด็ดขาดของรัฐนั้นที่จะใช้ดุลยพินิจของตน แต่ทั้งนี้ก็อาจมีข้อยกเว้นที่เกิดขึ้นตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือโดยการทำความตกลงระหว่างรัฐได้ ภายในเขตอำนาจของรัฐนี้ รัฐมีสิทธิที่จะสามารถทำอะไรก็ได้ภายในดินแดนของตนเอง เช่น สิทธิในการบัญญัติกฎหมายและบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามรัฐไม่อาจใช้เขตอำนาจของตนนอกเหนือไปจากดินแดนของตนได้ เว้นแต่เป็นการใช้อำนาจเหนือคนชาติของตน แต่ทั้งนี้ การใช้เขตอำนาจของรัฐนี้จะต้องไม่กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น<sup>11</sup> ซึ่งการใช้เขตอำนาจในดินแดนของรัฐนี้ อาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ

#### ก. เขตอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย (Prescriptive or legislative jurisdiction)

คือ รัฐอาจใช้อำนาจเหนือดินแดนในรูปแบบของการบัญญัติกฎหมาย โดยอำนาจในการบัญญัติกฎหมายคือการสร้างกฎหมายเกี่ยวกับบุคคล ทรัพย์สินหรือสถานการณที่ อยู่ได้บังคับของกฎหมายนั้น ไม่ว่าจะเป็กฎหมายทั่วไปหรือเป็นเฉพาะกรณี โดยกฎหมายทั่วไปเกิดจากกฎหมายภายในหรือสนธิสัญญาที่ทำกับรัฐอื่น<sup>12</sup> โดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ<sup>13</sup>

<sup>11</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง เล่มที่สอง(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 37.

<sup>12</sup> จตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ( กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 288.

<sup>13</sup> จุมพต สายสุนทร,กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มหนึ่ง(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 236.



### ข. อำนาจในการบังคับตามกฎหมาย (Enforcement or prerogative jurisdiction)

คือ อำนาจของรัฐในการที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่รัฐได้สร้างขึ้น ซึ่งบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจในส่วนนี้ ได้แก่ องค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งมีอำนาจในการจัดระเบียบ บริหารองค์กรต่างๆ ของรัฐ และองค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้น ดังนั้น รัฐอาจจะตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อบุคคลทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ และฝ่ายบริหารอาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว เช่น จับกุมบุคคล ยึดทรัพย์สินหรือกระทำการบางอย่างเกี่ยวกับเหตุการณ์ ในขณะที่ฝ่ายตุลาการจะพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์นั้น<sup>14</sup>

จึงสรุปได้ว่าหลักเขตอำนาจรัฐเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็อำนาจในการตรากฎหมาย หรืออำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งหลักความคุ้มกันจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับหลักเขตอำนาจรัฐที่ว่า หลักความคุ้มกันถือเป็นข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นของเขตอำนาจรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งก็คือข้อยกเว้นของเขตอำนาจศาลนั่นเอง กล่าวคือ เมื่อเป็นกรณีที่ศาลภายในของรัฐสามารถใช้เขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เนื่องจากเป็นกรณีที่เกิดอยู่ในเขตอำนาจของศาลแล้ว หากการใช้อำนาจของรัฐนั้นอาจเป็นการกระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นแล้ว ศาลภายในของรัฐก็จำเป็นต้องงดเว้นการใช้เขตอำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ ด้วยความเคารพต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ซึ่งเป็นไปตามหลักความคุ้มกันของรัฐนั่นเองก็จำเป็นต้องงดเว้นการใช้เขตอำนาจดังกล่าว ซึ่งหลักนี้ได้รับการยืนยันในศาลภายในของรัฐต่างๆ เช่น ในคดี *The Schooner Exchange v. McFaddon* ปี ค.ศ. 1812 โดยศาลสูงสุดสหรัฐได้วางหลักไว้ว่า "ความเสมอภาคและความเป็นเอกราชระหว่างองค์อธิปัตย์ และความจำเป็นที่จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างองค์อธิปัตย์ ก่อให้เกิดความยินยอมโดยปริยายที่จะไม่ใช้อำนาจอธิปไตยต่อองค์อธิปัตย์ของรัฐอื่นหรือตัวแทนขององค์อธิปัตย์นั้น"<sup>15</sup> และในคดี *Holland v.*

<sup>14</sup> จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มหนึ่ง(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 236.

<sup>15</sup> M.N. Shaw, *International Law* (sixth edition). (New York: Cambridge University press, 2008) p.699.

Lampen – Wolfe ปี ค.ศ. 2000 โดยศาลอังกฤษได้ วางหลักไว้ว่า "ความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและมีแนวคิดมาจากหลักความเสมอภาคขององค์อธิปัตย์ที่ว่าองค์อธิปัตย์จะไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลภายในดินแดนของตน ซึ่งประเทศอังกฤษก็ได้ยอมรับหลักการนี้ในการให้ความคุ้มกันแก่องค์อธิปัตย์ของรัฐอื่นเช่นกัน"<sup>16</sup>

### 3) หลักความคุ้มกัน (immunity)

หลักความคุ้มกันถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญของแนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ โดยความคุ้มกันของรัฐจัดเป็นประเภทหนึ่งของความคุ้มกัน ซึ่งความคุ้มกันของรัฐนี้ หมายถึง การที่รัฐหนึ่งซึ่งรวมถึงตัวแทนของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐ ได้รับความคุ้มกันจากกระบวนการในทาง ตุลาการของรัฐอธิปไตยที่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ เป็นสิทธิที่รัฐต่างประเทศจะได้รับความยกเว้นจากอำนาจศาลภายในของรัฐ ทำให้ศาลภายในของรัฐไม่มีอำนาจหรือไม่อาจเห็นอริรัฐต่างประเทศได้ โดยความคุ้มกันนี้จะรวมถึงรัฐบาล องค์กรของรัฐ ผู้แทนของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐนั้นด้วย โดยความคุ้มกันของในฐานะที่เป็นรัฐนี้ อาจแบ่งออกได้เป็น ความคุ้มกันของประมุขแห่งรัฐ (Sovereign immunity) และความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) ซึ่งความคุ้มกันทั้ง 2 ประเภทนี้ มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันมากจนบางครั้งได้รับการกล่าวถึงในลักษณะเดียวกัน ซึ่งความคุ้มกันของรัฐนั้นแตกต่างจากความคุ้มกันของประมุขแห่งรัฐ คือ ความคุ้มกันของรัฐนั้นเป็นความคุ้มกันที่ให้แก่รัฐ ซึ่งรวมตลอดทั้งรัฐบาล องค์กรของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐด้วย ในขณะที่ความคุ้มกันของประมุขแห่งรัฐ เป็นความคุ้มกันที่ให้ในฐานะที่บุคคลดังกล่าวเป็นองค์อธิปัตย์หรือประมุขของรัฐที่จะได้รับความคุ้มกันเมื่ออยู่ในดินแดนของอริรัฐหนึ่ง โดยถือว่าไม่สามารถที่จะนำประมุขของรัฐต่างชาติมาขึ้นศาลภายในของรัฐได้ ทั้งในศาลภายในของรัฐแห่งประมุขนั้นเอง หรือศาลภายในของรัฐอื่นใด ซึ่งหลักดังกล่าวนี้มาจากหลักที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ไม่อาจถูกฟ้องร้องในศาลภายในของตนเอง<sup>17</sup> โดยแนวคิดว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ มีความหมายแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ

#### 1. รัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐต่างประเทศ (Immunity from Jurisdiction)

<sup>16</sup> M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p.699.

<sup>17</sup> Ibid, p.698.

ความคุ้มกันของรัฐจากอำนาจศาล (Immunity from Jurisdiction) คำว่า "jurisdiction" อาจมีความหมายหลายความหมายแตกต่างกันออกไป เช่น ในกฎหมายเปรียบเทียบคำว่า "jurisdiction" นี้ อาจมีความหมายถึงระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่งโดยเฉพาะหรือขอบเขตเกี่ยวกับดินแดนในการใช้ระบบศาล ในขั้นตอนการยกเว้นอำนาจอธิปไตยของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ดร. สมปอง สุจริตกุล ได้กล่าวว่า คำว่า "jurisdiction" มีความหมายคล้ายคลึงกับคำว่า "อำนาจ" (competence) และเมื่อนำมาใช้กับศาลจึงหมายถึงอำนาจในทางศาล (the judicial competence) หรืออำนาจของศาลพิเศษ (the power of a tribunal) ที่จะพิจารณาหรือยุติข้อพิพาท หรือการพิจารณาพิพากษาคดีในทางศาล โดยคำว่า "jurisdiction" นี้ เมื่อนำมาใช้ในบริบทของความคุ้มกันของรัฐ ไม่ได้มีความหมายเฉพาะสิทธิของรัฐอธิปไตยที่จะได้รับการยกเว้นจากการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น แต่ในบางครั้งยังใช้รวมถึงอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ใดๆ ของรัฐเกี่ยวกับกระบวนการในทางตุลาการทั้งหมด นับตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณา การส่งหมายเรียก การสืบสวน การสอบสวน การไต่สวน การมีคำสั่งใดๆ ซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดมาตรการชั่วคราว ตลอดไปจนถึงการมีคำพิพากษา และการบังคับคดีตามคำพิพากษา<sup>18</sup>

2. ทรัพย์สินของรัฐซึ่งอยู่ในดินแดนต่างประเทศ จะไม่อยู่ภายใต้บังคับการอายัดและการบังคับคดี (Immunity from execution)

ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี (Immunity from execution) คำว่า "การบังคับคดี" (execution) โดยทั่วไปแล้วหมายถึงกระบวนการทางกฎหมายในการบังคับ หรือทำให้บังเกิดผลตามคำพิพากษา ซึ่งโดยปกติกระทำด้วยการยึดและการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ สำหรับ "การบังคับคดี" ในที่นี้ ก็ใช้ในความหมายเช่นเดียวกับความหมายโดยทั่วไป กล่าวคือ หมายถึงขั้นตอนหรือกระบวนการอายัด (attachment) จับ (arrest) หรือยึดทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ เพื่อความมุ่งหมายที่จะช่วยหรือนำไปสู่การดำเนินการให้บรรลุผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล โดยการบังคับคดีรวมถึงกระบวนการหรือขั้นตอนต่างๆ เช่น การส่งหมายยึดทรัพย์ (garnishment) การพิทักษ์ทรัพย์ (trustee process) หรือ

<sup>18</sup> จิตรา ลิ้มเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 11.

การบังคับอายัดทรัพย์สิน (attachment execution) เมื่อใช้บรรยายถึงกระบวนการภายหลังจากมีคำพิพากษาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งอยู่ในมือของบุคคลที่สาม กระบวนการหรือขั้นตอนดังกล่าวก็คือการบังคับคดีแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา แม้อาจจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำแก่บุคคลที่สามก็ตาม นอกจากนี้การบังคับคดียังรวมถึงกระบวนการใดๆ ภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งถูกอายัดไว้เมื่อเริ่มฟ้องคดีด้วย

### 2.1.3 ทฤษฎีว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 จนถึงศตวรรษที่ 19 อันเป็นช่วงที่เกิดพัฒนาการของรัฐชาติ (Nation-States) อย่างกว้างขวางนั้น มีการยอมรับโดยทั่วไปว่ารัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเสมอกัน และย่อมได้รับความคุ้มกันจากกันและกัน จึงไม่ต้องตกอยู่ใต้บังคับของอำนาจศาลในรัฐอื่นโดยเด็ดขาด ดังนั้น การฟ้องร้องรัฐต่างประเทศเป็นจำเลยหรือขอให้ศาลบังคับเอากับรัฐต่างประเทศจึงทำไม่ได้ ไม่ว่าในกรณีใดๆ แต่แนวคิดเช่นนี้ยังคงอยู่ได้เพียงถึงช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เท่านั้น ทั้งนี้เพราะนับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา รัฐทั้งหลายต่างดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และเกิดความสัมพันธ์ติดต่อค้าขายกันอย่างกว้างขวางมากขึ้นทุกที และรัฐจำนวนหนึ่งได้เริ่มเล็งเห็นว่า การยึดถือทฤษฎีรับรองความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดในทุกกรณีนั้นจะเป็นเหตุให้ฟ้องร้องรัฐต่างประเทศที่เป็นลูกหนี้การค้าชำระหนี้ไม่ได้ นับเป็นอุปสรรคแก่ความสัมพันธ์เชิงการค้าพาณิชย์ระหว่างกัน หากรัฐใดรับรองให้รัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันในทุกกรณี ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับอำนาจศาลของรัฐนั้น รัฐนั้นก็จะต้องอยู่ในฐานะลำบาก เพราะบรรดาเอกชน ผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ หรืออุตสาหกรรมที่จะลงทุนหรือเข้าประกอบการค้าหรืออุตสาหกรรมในรัฐนั้นๆ ย่อมจะหวาดเกรงว่าจะไม่ได้รับความคุ้มครองทางศาล หรือไม่อาจบังคับชำระหนี้เอากับรัฐต่างประเทศที่เป็นลูกหนี้ได้ หากรัฐต่างประเทศที่เป็นลูกหนี้เกิดผิดสัญญาเข้าแล้วศาลยอมให้อ้างความคุ้มกันเป็นเหตุให้ไม่ต้องตกอยู่ใต้อำนาจของศาลที่ควรมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเหล่านั้น เพราะถ้าถือตามหลักการให้ความคุ้มกันแบบเด็ดขาด ก็จะทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหายจากการผิดสัญญาย่อมไม่อาจฟ้องร้องรัฐต่างประเทศที่ผิดสัญญาได้ ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 20 ก็เริ่มมีการยอมรับกันมากขึ้นว่าการรับรองให้รัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดโดยกว้างขวางนั้น ไม่น่าจะเป็นประโยชน์ เพราะจะเป็นเหตุให้รัฐต่างประเทศไม่ต้องตกอยู่ใต้อำนาจบังคับของศาลแพ่งในประเทศเจ้าบ้าน และเกิดอุปสรรคแก่การบังคับชำระหนี้ทาง

การค้าพาณิชย์ อันจะทำให้ไม่มีเอกชนใดประสงค์จะเข้ามาดำเนินกิจการในดินแดนของรัฐที่ให้ความคุ้มครองแก่รัฐต่างประเทศโดยไม่มีข้อจำกัดนั้น และนับว่าหลักการรับรองความคุ้มครองอย่างเด็ดขาดเป็นปฏิปักษ์ต่อการค้าพาณิชย์อย่างร้ายแรง ทำให้เกิดแนวคิดที่จะรับรองความคุ้มครองแบบมีข้อจำกัดขึ้น โดยจะให้ความคุ้มครองแก่รัฐต่างประเทศเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐโดยตรงเท่านั้น

หลักความคุ้มครองของรัฐถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานว่า รัฐหนึ่งย่อมไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีใดๆ ได้ในศาลภายในของอีกรัฐหนึ่ง เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นเสียก่อน ซึ่งเป็นผลมาจากความเท่าเทียมกันอย่างสมบูรณ์และความเป็นอิสระอย่างเด็ดขาดของรัฐอธิปไตย ที่ถือว่ารัฐทุกรัฐเป็นรัฐอธิปไตยและโดยหลักการทุกรัฐมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ดังนั้น รัฐหนึ่งจึงไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของอีกรัฐหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ ศาลของรัฐหนึ่งจึงไม่อาจใช้กฎหมายภายในของตน และนำเอากฎหมายของตนนั้นมาบังคับต่ออีกรัฐหนึ่งได้ โดยทฤษฎีว่าด้วยความคุ้มครองของรัฐนี้ แบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีความคุ้มครองแบบเด็ดขาด และทฤษฎีความคุ้มครองแบบจำกัด ซึ่งในส่วนนี้จะได้ศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มครองของรัฐ ดังนี้

### 1) ทฤษฎีความคุ้มครองแบบเด็ดขาด

ก่อนศตวรรษที่ 19 รัฐส่วนใหญ่ได้ยึดถือหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มครองแบบเด็ดขาด ซึ่งทฤษฎีนี้ถือว่ารัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มครองจากอำนาจศาลภายในของรัฐในทุกกรณี ไม่ว่ารัฐต่างประเทศนั้นจะได้กระทำการในลักษณะใดก็ตาม ดังนั้น แม้ว่าจะเป็นการกระทำในทางเอกชน หรือกิจกรรมในทางพาณิชย์ รัฐต่างประเทศนั้นก็ยังคงได้รับความคุ้มครองจากอำนาจศาลภายในของรัฐต่างๆ หลักความคุ้มครองของรัฐนั้นปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในคดี *The Schooner Exchange v. M'Fadden and Other* ปี ค.ศ. 1812 คดีนี้ถูกตัดสินโดยศาล Supreme Court ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยหัวหน้าผู้พิพากษา Marshall มีความเห็นว่า "อำนาจของศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่มีมูลเกิดขึ้นภายในประเทศของตน เป็นความจำเป็นและเป็นอำนาจเด็ดขาด แต่ในโลกนี้ประกอบด้วยผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยทั้งหลายที่มีสิทธิและเอกราชที่เท่าเทียมกัน ซึ่งผลประโยชน์ของเขาเหล่านั้นได้รับการสนับสนุนโดยอาศัยความร่วมมือซึ่งกันและกัน และความ

จำเป็นในทางปฏิบัติในกรณีต่างๆ ภายใต้สถานการณ์พิเศษบางประการที่ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยดังกล่าวนั้น จะต้องให้ความยินยอม ในอันที่จะผ่อนคลายนานาชาติที่สมบูรณ์และเด็ดขาดเหนือดินแดนของตนอันสืบเนื่องมาจากอำนาจอธิปไตย ความเท่าเทียมกัน และความมีเอกราชที่สมบูรณ์ของผู้ทรงอำนาจอธิปไตย และผลประโยชน์ร่วมกันดังกล่าวซึ่งช่วยผลักดันให้มีความร่วมมือซึ่งกันและกัน ทำให้ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยทั้งหลายตระหนักถึงการงดเว้นการใช้อำนาจศาลที่สมบูรณ์และเด็ดขาดเหนือดินแดนอันเป็นคุณสมบัติของรัฐทุกรัฐ”<sup>19</sup> และช่วงระยะเวลา นับตั้งแต่คดี *The Schooner Exchange* จนถึงช่วงสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นเวลามากกว่าหนึ่งร้อยปีที่รัฐส่วนใหญ่ได้ให้การยอมรับแนวคิดความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาด โดยถือว่าการกระทำทุกอย่างของรัฐอธิปไตยจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นในทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นสถานการณ์ใดก็ตาม และประเทศอังกฤษในคดี *The Prins Frederik* ปี ค.ศ. 1820 คดีนี้เป็นคดีแรกที่ศาลอังกฤษตัดสินเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ โดยคดีนี้ศาลปฏิเสธการใช้เขตอำนาจศาล โดยให้เหตุผลว่า “รัฐต่างประเทศนั้นมีอธิปไตยที่เท่าเทียมกันและมีความเป็นเอกราช และเห็นว่าการฟ้องร้องกษัตริย์ถือเป็นการดูหมิ่นเกียรติของพระองค์”<sup>20</sup> และคดี *The Parlement Belge* ปี ค.ศ. 1878-1879 ในคดีนี้ผู้พิพากษา Brett L.J มีความเห็นว่า “การเป็นมิตรย่อมจะรวมถึงการไม่ดูหมิ่นกษัตริย์หรือรัฐบาลต่างประเทศ ถ้าหากว่าศาลจะอนุญาตให้ยึดทรัพย์สินของรัฐบาลต่างประเทศได้แล้ว ก็จะทำให้เกิดการกระทบกระเทือนความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งหลักความคุ้มกันของรัฐ เป็นผลของความเป็นเอกราชที่สมบูรณ์ของผู้ทรงอำนาจอธิปไตยทั้งหลาย และสันถวไมตรีระหว่างประเทศ ซึ่งโน้มนำให้รัฐอธิปไตยทุกรัฐเคารพต่อความเป็นเอกราชและศักดิ์ศรีของรัฐอธิปไตยอื่นๆ ทุกรัฐ แต่ละรัฐจึงปฏิเสธที่จะใช้อำนาจศาลเหนือดินแดนแก่บุคคลของรัฐอธิปไตยอื่นๆ หรือแก่ทรัพย์สินสาธารณะของรัฐอื่น ซึ่งมุ่งเพื่อใช้ในการสาธารณะ แม้ว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ภายในดินแดนของตน และอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของตนก็ตาม”<sup>21</sup> นอกจากนั้น ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวกลุ่มประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศสได้มีการสนับสนุนแนวความคิดการให้ความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดเช่นกัน โดยในปี ค.ศ. 1849 ศาล the Cour de Cassation ได้พิจารณาคดีที่มีการฟ้องร้องรัฐบาลสเปนเกี่ยวกับการ

<sup>19</sup> Dahai Qi, State Immunity, “China and Its Shifting Position,” *Chinese Journal of International Law* (Oxford : Oxford University Press, 2008), p. 3.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>21</sup> *Ibid.*

จัดซื้อหรือเช่าเพื่อใช้ในกองทัพ ซึ่งคดีนี้ศาลได้ปฏิเสธการแบ่งแยกระหว่างการกระทำของรัฐต่างประเทศที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public act) และการกระทำที่เป็นไปในทางส่วนตัว (private act) และให้ความเห็นว่ารัฐบาลไม่สามารถเป็นคู่กรณีกับเอกชนได้<sup>22</sup> ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดนี้มีหลักการพื้นฐานสำคัญมาจากหลักอำนาจอธิปไตยและความเป็นเอกราชของรัฐทั้งหลาย และหลักความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของศาลท้องถิ่น และอิสรภาพของทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศจากการยึดทรัพย์ ถึงแม้ว่าช่วงระยะเวลาที่รัฐส่วนใหญ่จะยึดแนวทางในการใช้ความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดก็ตาม แต่พบว่าแต่ละรัฐมีแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่เหตุผลที่มักจะทำให้อ้างมากที่สุดเมื่อมีคดีเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐก็คือ ความเป็นเอกราชและความเสมอภาคของรัฐทั้งหลาย ซึ่งทำให้รัฐหนึ่งไม่สามารถใช้อำนาจศาลของตนเหนือรัฐอื่นได้ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัยและสังคมนานาชาติ<sup>23</sup>

อย่างไรก็ตามการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาดนี้มีข้อยกเว้นในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศด้วย ซึ่งข้อยกเว้นในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาดนั้น ได้แก่ ข้อยกเว้นที่มาจากความยินยอมของรัฐต่างประเทศนั่นเอง ความยินยอมถือเป็นสิ่งที่ทำให้ศาลภายในของรัฐอื่นสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาเหนือรัฐต่างประเทศได้ เช่น

## 2) ทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา หลังจากที่มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม การขยายตัวทางการค้า การพาณิชย์ทั้งภายในและภายนอกดินแดนของรัฐ การเพิ่มขึ้นของผลประโยชน์ในการส่งเสริมการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และการเกิดขึ้นของระบบการค้าเสรี ทำให้รัฐต่างๆ ได้เริ่มเข้ามาทำธุรกิจการพาณิชย์มากขึ้นในลักษณะเช่นเดียวกับเอกชน โดยลักษณะของกิจการค้าที่รัฐได้เข้ามาทำนี้อาจเป็นไปในลักษณะของการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติ การส่งเสริมการพัฒนาทางเศรษฐกิจ

<sup>22</sup> Dahai Qi, State Immunity, "China and Its Shifting Position," *Chinese Journal of International Law* (Oxford : Oxford University Press, 2008), p. 5.

<sup>23</sup> Ibid.

กิจกรรมของรัฐและตัวแทนของรัฐ การร่วมทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือในรูปของธุรกิจเงินทุนที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนา จากการศึกษาที่ผ่านมา มีส่วนร่วมในทางการค้านี้เองทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนมีมากขึ้น และจากการที่รัฐได้เริ่มเข้ามาควบคุมระบบเศรษฐกิจหรือเข้ามาผูกขาดการค้าระหว่างประเทศ เช่น เข้ามาควบคุมการนำเข้าหรือส่งออกสินค้า การขนส่ง และการเงินการธนาคาร ในลักษณะที่เป็นการแข่งขันกับเอกชนหรือมีการร่วมลงทุนกับเอกชน ดังนั้น จึงมีแนวคิดที่ว่าถ้าเกิดกรณีข้อพิพาทระหว่างรัฐต่างประเทศและเอกชนคู่กรณีขึ้น และศาลยังคงยึดแนวหลักความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดอยู่ ก็จะเป็นการทำให้เอกชนคู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรมในข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ<sup>24</sup> ทำให้เอกชนไม่ได้รับความยุติธรรมในการตัดสินคดี หรือหากจะฟ้องร้องศาลภายในของรัฐอื่นก็ไม่อาจทำได้เพราะติดขัดกับปัญหาเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งทำให้เอกชนอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบและมีความเสี่ยงเป็นอย่างมากในการทำการค้ากับรัฐต่างประเทศ ดังนั้น ทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดจึงได้เกิดขึ้นเพื่อรองรับสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป และได้แยกความแตกต่างระหว่างการกระทำของรัฐออกเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นกิจการของรัฐโดยแท้ (jure imperii) กับการกระทำที่มีลักษณะเป็นกิจกรรมในทางพาณิชย์ (jure gestionis) และถือว่าการกระทำของรัฐที่มีลักษณะเป็นกิจการของรัฐโดยแท้เท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มกัน ส่วนการกระทำของรัฐ ที่มีลักษณะเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์นั้นจะไม่ได้รับความคุ้มกันจากอำนาจศาลภายในของรัฐแต่อย่างใด และทรัพย์สินของรัฐที่จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นนั้น จะต้องเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐต่างประเทศที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public act) แต่ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นไปในทางส่วนตัว (private act) แล้ว ทรัพย์สินเช่นนี้ย่อมอยู่ภายใต้การอายัดและการบังคับคดี<sup>25</sup>

แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดนี้ได้อธิบายโดย Lord Wilberforce ในคดี *I Congreso del Partido* ปี ค.ศ. 1983 ว่า “ประเด็นข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดที่อยู่ในหลักความคุ้มกันของรัฐตามทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดนั้น เป็นผลมาจากความสมัครใจของรัฐทั้งหลายใน

<sup>24</sup> Dahai Qi, State Immunity, “China and Its Shifting Position,” *Chinese Journal of International Law* (Oxford : Oxford University Press, 2008), p. 6.

<sup>25</sup> Ibid.



การยินยอมอยู่ภายใต้กฎหมายพาณิชย์และกฎหมายเอกชนอื่นๆ ในการทำธุรกรรมกับปัจเจกบุคคล โดยทฤษฎีนี้มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการ คือ 1) ความจำเป็นในการให้ความยุติธรรมแก่ปัจเจกบุคคลทั้งหลายที่มีการทำธุรกรรมกับรัฐ 2) การเรียกร้องต่อรัฐ โดยอยู่บนพื้นฐานของธุรกรรม เช่นว่านั้นไม่เป็นการก้าวล่วงไปในเรื่องของกรกระทำของกษัตริย์หรือการกระทำของรัฐบาลของรัฐต่างประเทศ”<sup>26</sup> จากการศึกษาพบว่าประเทศเบลเยียมและอิตาลีเป็นประเทศแรกๆ ในการนำทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดมาปรับใช้ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 เช่นในคดี *The Havre case* ปี ค.ศ. 1879 คดีนี้ศาลเบลเยียมได้ตัดสินว่า “กิจกรรมทางการค้าของรัฐต่างประเทศนั้นย่อมได้รับความคุ้มกัน โดยศาลจะไม่พิจารณาให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ หากรัฐต่างประเทศนั้นได้เข้ามาทำสัญญาในทางการค้า”<sup>27</sup> และในคดี *S.A. des Chemins de Fer Liegeois Luxembourgeois v. Etat Neerlandais* ปี ค.ศ. 1903 คดีนี้เป็นคดีที่บริษัทรถไฟเป็นโจทก์ฟ้องประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลเบลเยียมได้ตัดสินว่า “เมื่อรัฐต่างประเทศที่พิพาทได้กระทำในฐานะเช่นเดียวกับเอกชน ไม่ได้กระทำในขอบเขตแห่งอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ศาลจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาเหนือคดีนี้ได้ เพราะหลักความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจะมีได้ต่อเมื่อเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐหรือในกิจการที่เกี่ยวกับการเมืองเท่านั้น”<sup>28</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่าศาลภายในเริ่มมีการแบ่งแยกระหว่างการกระทำของรัฐต่างประเทศที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public act) และการกระทำที่เป็นไปในทางส่วนตัว (private act) ของรัฐต่างประเทศ นอกจากนั้นแนวคิดดังกล่าวยังได้แพร่ไปสู่ประเทศต่างๆ เช่น อียิปต์ ออสเตรเลีย สวีเดน ฝรั่งเศส กรีซ เนเธอร์แลนด์ ตุรกี และเยอรมัน<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Dahai QI, State Immunity, “China and Its Shifting Position,” *Chinese Journal of International Law* (Oxford : Oxford University Press, 2008), p. 6.

<sup>27</sup> อารยา กิตติเวช, “การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย: ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 144.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>29</sup> Dahai QI, State Immunity, “China and Its Shifting Position,” *Chinese Journal of International Law*, p. 7.

## 2.2 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ในการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับความเป็นมาและวัตถุประสงค์ในการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงเหตุผลเบื้องหลังและความเป็นมาในการจัดทำอนุสัญญาดังกล่าว

### 2.2.1 ความเป็นมาในการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law Commission) แห่งสหประชาชาติได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 30 เมื่อปี ค.ศ. 1978 เพื่อยกร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับ "ความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากอำนาจศาล" (jurisdictional Immunities of States and their Property) ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามมติที่ 32/151 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1977 เพื่อจัดทำเป็นร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศในลักษณะที่เป็น law-making treaty โดยมีความพยายามที่จะทำการประมวล (codification) จากหลักกฎหมายที่มีอยู่ (*lex lata*) และชี้ให้เห็นถึงแนวโน้มของหลักกฎหมายว่าควรเป็นอย่างไร (*de lege ferenda*) โดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วยนักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงและมีความเชี่ยวชาญของประเทศต่างๆ และได้ทำการค้นคว้าจากแนวทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ตลอดทั้งความเห็นของนักกฎหมายต่างๆ และในตำรากฎหมาย โดย ดร.สมปอง สุจริตกุล ในฐานะ Special Rapporteur ได้เสนอรายงานฉบับแรกต่อคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศในการประชุมครั้งที่ 31 เมื่อปี ค.ศ. 1979 และคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีมติให้ส่งแบบสอบถามไปยังรัฐสมาชิกของสหประชาชาติเพื่อขอข้อมูลและความคิดเห็นกระทั่งในการประชุมครั้งที่ 33 ปี ค.ศ. 1981 คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้รับข้อมูลและความคิดเห็นของบรรดารัฐสมาชิก ต่อมา ดร.สมปอง สุจริตกุล ได้เสนอรายงานในหัวข้อนี้อีกรวมทั้งสิ้น 7 ฉบับ ต่อคณะกรรมการการกฎหมาย

ระหว่างประเทศ นับตั้งแต่สมัยการประชุมครั้งที่ 32 ปี ค.ศ. 1980 จนถึงสมัยการประชุมครั้งที่ 38 ปี ค.ศ. 1986<sup>30</sup>

ในการพิจารณาครั้งแรก (first reading) คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้รับเอา (adopt) ร่างข้อบททั้งหมดในหัวข้อดังกล่าวไว้ และเมื่อสมัยประชุมครั้งที่ 38 ได้มอบหมายให้เลขาธิการใหญ่สหประชาชาติ (The Secretary-General) ส่งร่างข้อบทดังกล่าวไปยังรัฐสมาชิก พร้อมทั้งให้ส่งความเห็นและข้อสังเกตภายในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1988 โดยในการประชุมครั้งที่ 39 ปี ค.ศ. 1987 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้มอบหมายให้ Mr. Motoo Ogiso เป็น Special Rapporteur ในหัวข้อนี้ต่อจาก ดร.สมปอง สุจริตกุล ซึ่งในการประชุมครั้งที่ 40 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรายงานฉบับแรกจาก Mr. Motoo Ogiso และได้รับความเห็นและข้อสังเกตจากรัฐสมาชิก ต่อมาสมัยประชุมครั้งที่ 41 ปี ค.ศ. 1989 Mr. Motoo Ogiso ได้เสนอรายงานฉบับที่สอง หลังจากการอภิปรายรายงานฉบับนี้ประกอบกับความเห็นและข้อสังเกตของรัฐสมาชิกแล้ว คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้เสนอร่างข้อบทบางส่วนรวมทั้งข้อเสนอแนะของ Special Rapporteur และกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศไปยังคณะกรรมาธิการร่าง (Drafting Committee) และในการประชุมครั้งที่ 42 ปี ค.ศ. 1990 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรายงานฉบับที่สาม ของ Mr. Motoo Ogiso เมื่อได้มีการพิจารณาแล้ว คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้เสนอร่างข้อบทที่เหลือพร้อมทั้งได้เสนอข้อเสนอแนะของ Special Rapporteur และกรรมาธิการไปยังคณะกรรมาธิการร่าง (Drafting Committee) และเสร็จสิ้นในการประชุมครั้งที่ 43 โดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้รับเอาร่างข้อบททั้งสิ้น 22 ข้อบท ในหัวข้อดังกล่าวพร้อมทั้งได้มี recommendation ไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ แนะนำให้จัดการประชุมระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐต่างๆ ได้เข้าร่วมพิจารณาร่างข้อบทต่างๆ และจัดทำเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ต่อมาในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1991 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติ (resolution) ที่ 46/55 เชิญให้รัฐต่างๆ ส่งความเห็นและข้อสังเกตเกี่ยวกับร่างข้อบทที่คณะกรรมาธิการ

<sup>30</sup> International Law Commission. *Jurisdictional Immunities of States and Their Property*[Online]. 2012 Jan 10.

กฎหมายระหว่างประเทศรับเอาไว้ และมีแผนงานที่จะจัดการประชุมระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1994 เพื่อที่จะจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว<sup>31</sup>

จนกระทั่ง ในที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติครั้งที่ 65 ได้มีมติที่ A/58/38 เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 2004 เพื่อรับเอา (adopt) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 โดยมาตรา 28 และ 33 ของอนุสัญญา ได้เปิดโอกาสให้ประเทศต่างๆ ได้ลงนามตั้งแต่วันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2005 จนถึง 17 มกราคม ค.ศ. 2005 ณ สำนักงานใหญ่สหประชาชาติ กรุงนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ปัจจุบันมีประเทศที่รวมลงนามแล้วทั้งหมด 28 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม จีน สาธารณรัฐเชค เดนมาร์ค เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส ไชล์แลนด์ อินเดีย อิหร่าน ญี่ปุ่น คาซัคสถาน เลบานอน มาดากัสการ์ โมร็อกโค นอร์เวย์ ปารากวัย โปตุเกตุ โรมาเนีย รัสเซีย ซาอุดีอาระเบีย เซเนกัล ประเทศเซียร์ราลีโอน สโลวาเกีย สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ตีมอร์-เลสเต สหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือ โดยประเทศที่ได้มีการให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบ หรือภาคยานุวัติ แล้ว จำนวนทั้งสิ้น 13 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส อิหร่าน ญี่ปุ่น คาซัคสถาน เลบานอน นอร์เวย์ โปรตุเกตุ โรมาเนีย ซาอุดีอาระเบีย สเปน สวีเดน และสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งอนุสัญญานี้จะมีผลบังคับใช้เมื่อมีรัฐที่ได้มีการให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบ หรือภาคยานุวัติ ครบ 30 ประเทศ<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Burkhard HeB, *The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 1995, p.1.

<sup>32</sup> Ad Hoc Committee on jurisdictional immunities of States and their property, The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property was adopted on 2 December 2004, and opened for signature from 17 January 2005 to 17 January 2007[online], 2013 May 10. Available from : <http://www.un.org/law/jurisdictionalimmunities/index.html>

### 2.2.2 วัตถุประสงค์ในการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

เนื่องจากแนวทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ ในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศยังขาดความชัดเจนแน่นอน ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงพยายามแก้ไขปัญหานี้โดยการทำให้หลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยได้มีแนวคิดในการจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลขึ้น เพื่อทำให้หลักกฎหมายในเรื่องนี้มีความชัดเจนแน่นอนขึ้น โดยการรวบรวมหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐมาจัดทำเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และขณะเดียวกันก็ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ

#### 1) เพื่อรวบรวมหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐมาจัดทำเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 มีจุดมุ่งหมายเพื่อรวบรวมหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐที่มีผลบังคับหรือผูกพันรัฐต่างๆ โดยทั่วไปมาจัดทำเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ยังได้รวบรวมแนวคิดในการให้ความคุ้มกันของรัฐจากสนธิสัญญาต่างๆ ที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ<sup>33</sup> เช่น

เรื่อง	ที่มา
1. ความคุ้มกันของรัฐ	- The European Convention on State Immunity 1972
2. ความคุ้มกันและความรับผิดชอบของเรือที่เป็นเจ้าของ	- The 1926 Brussels Convention and 1934 Protocol on State Owned or Operated Ships

<sup>33</sup> Hazel Fox. *The Law of State Immunity*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 173-187.

เรื่อง	ที่มา
โดยรัฐ (state ship) ที่ใช้ในทางพาณิชย์	
3. ความคุ้มกันทางการทูต	- The Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961
4. ความคุ้มกันที่ให้แกกงสุล	- The Vienna Convention on Consular Relations 1963
5. ความคุ้มกันของเรือรบในทะเลหลวง	- The Geneva Convention on the High Seas 1958
6. ความคุ้มกันของเรือหรืออากาศยานที่ได้รับความคุ้มกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ	<ul style="list-style-type: none"> <li>- the 1972 London Convention on Prevention of Marine Pollution on Dumping of Wastes ข้อที่ 7(4) "This Convention shall not apply to those vessels and aircraft entitled to sovereign immunity under international law"</li> <li>- the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage ข้อที่ 13 "warships and other government ships or military aircraft with sovereign immunity, operated for non-commercial purpose"</li> <li>- the Chicago Agreement of 1944</li> <li>- the 1919 Paris Air Navigation Convention for State Aircraft</li> <li>- the Rome Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Precautionary Attachment of Aircraft of 1993</li> <li>- The Warsaw Convention on Carriage of Goods by Air 1929</li> </ul>
7. ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม	<ul style="list-style-type: none"> <li>- the 1954 Hague Convention for Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict</li> <li>- The 1970 UNESCO Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export, and transfer of ownership of cultural property</li> </ul>
8. อนุญาโตตุลาการ	-the 1965 Convention for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

## 2) เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ

นอกจากรวบรวมกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ได้สร้างกฎเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมในปัจจุบัน ในลักษณะของการจัดทำกฎหมายให้มีความพัฒนาก้าวหน้าขึ้น (progressive development of international law) เพื่อชี้ให้เห็นถึงแนวโน้มของหลักกฎหมายที่ควรจะเป็น (*de lege ferenda*) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของศาลที่รัฐเจ้าของดินแดนจะพึงมีให้ต่อรัฐต่างประเทศ และทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้ยึดถือทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดเป็นหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ เนื่องจากรัฐต่างๆ ยังคงมีแนวทางปฏิบัติในเรื่องความคุ้มกันของรัฐที่แตกต่างกัน ดังนั้นอนุสัญญาฉบับนี้จึงได้พยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ด้วยการผสมผสานแนวทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ที่แตกต่างกันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน<sup>34</sup> ซึ่งประกอบด้วยหลักกฎหมายและข้อยกเว้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น นอกจากนี้ยังได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาดีของศาล เช่น มาตรการบังคับก่อนและหลังคำพิพากษา การส่งหมายศาลให้คู่ความ เป็นต้น ซึ่งหากอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อใด ก็จะมีผลผูกพันรัฐภาคีในฐานะที่เป็นกฎหมายสนธิสัญญา

### 2.3 ขอบเขตและสาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

เนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้ยึดถือทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดมาเป็นหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ ซึ่งมีแนวคิดในการแบ่งแยกการกระทำของรัฐออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (*acta jure imperii*) และการกระทำในทางพาณิชย์

<sup>34</sup> อารยา กิตติเวช, "การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย: ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 174.

(*acta jure gestionis*) โดยมีหลักว่าเฉพาะการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเท่านั้นจึงจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล รวมทั้งมีแนวคิดในการแบ่งแยกทรัพย์สินของรัฐออกเป็นทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาล และทรัพย์สินของรัฐที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ โดยมีหลักว่าทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาลเท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นประการอื่นเนื่องมาจากการที่รัฐต่างประเทศได้ให้ความยินยอมหรือสละความคุ้มกัน รวมถึงการกระทำอื่นๆ ของรัฐต่างประเทศที่ทำให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในส่วนต่อไป

### 2.3.1 ขอบเขตของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 เป็นมีวัตถุประสงค์ที่จะนำมาใช้บังคับกับตัวรัฐและทรัพย์สินของรัฐ ดังที่ปรากฏอยู่ในข้อบทที่ 1 ของอนุสัญญานี้ว่า “อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐหนึ่งจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่ง” (The present Convention applies to the immunity of State and its property from the jurisdiction of the courts of another State.) กล่าวคือ รัฐหนึ่งจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล (jurisdictional immunities) ของรัฐอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลนี้ นอกจากจะหมายถึงความคุ้มกันจากพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นการใช้อำนาจทางตุลาการแล้ว ยังรวมถึงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเจ้าของดินแดนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการศาลทั้งหมดตั้งแต่เริ่มกระบวนการ เช่น การส่งหมายต่างๆ การสืบสวน การสอบสวน การพิจารณาคดี การออกคำสั่งหรือออกมาตรการชั่วคราว การตัดสินคดีและการบังคับคดี เป็นต้น และนอกจากนั้นแล้วทรัพย์สินของรัฐยังได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ (measures of constraint) เช่น การอายัดทรัพย์สิน และการบังคับคดีที่เกี่ยวข้องจากการพิจารณาคดีของศาลของอีกรัฐหนึ่ง<sup>35</sup> ซึ่งอนุสัญญานี้ได้นิยามความหมายของคำว่า “ศาล” (court) ไว้ในข้อบทที่ 2 วรรคแรก (a) ว่าหมายถึง องค์กรใดๆของรัฐ ซึ่งมีสิทธิในการใช้อำนาจทางตุลาการ (any organ of a State empowered to exercise judicial functions is a court) และถึงแม้ว่าในอนุสัญญานี้จะไม่ได้

<sup>35</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p. 13.



นิยามความหมายของคำว่า "กระบวนการ" (proceeding) เอาไว้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจว่าอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาความอาญา (criminal proceeding)<sup>36</sup> โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายความหมายของคำว่า "อำนาจทางตุลาการ" (judicial functions) ว่าขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ (constitutional) และระบบกฎหมาย (legal system) ซึ่งองค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการนี้อาจจะเป็นศาลต่างๆ หรือองค์กรของฝ่ายบริหารก็ได้ เช่น การระงับข้อพิพาท การกำหนดประเด็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง การออกมาตรการชั่วคราวและมาตรการบังคับคดี เป็นต้น ที่โดยปกติแล้วเป็นการใช้อำนาจโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการของรัฐ<sup>37</sup>

นอกจากนั้นอนุสัญญาฉบับนี้ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนในข้อบทที่ 3 ว่าอนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อความคุ้มกันประเภทอื่นๆ โดยเป็นการกำหนดขอบเขตระหว่างอนุสัญญาฉบับนี้กับอนุสัญญาฉบับอื่นๆที่มีอยู่ในปัจจุบันในเรื่องที่เกี่ยวกับ สถานภาพ เอกสิทธิ์ ความคุ้มกัน และข้อกำหนดเฉพาะสำหรับตัวแทนของรัฐบาล

1. อนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อเอกสิทธิ์และความคุ้มกันซึ่งรัฐอุปโภคภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจหน้าที่ของ

1.1 คณะผู้แทนทางการทูต สถานที่ทำการทางกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือคณะผู้แทนประจำองค์กรขององค์การระหว่างประเทศหรือในการประชุมระหว่างประเทศ

1.2 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคณะผู้แทนทางการทูต สถานที่ทำการทางกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือคณะผู้แทนประจำองค์กรขององค์การระหว่างประเทศหรือในการประชุมระหว่างประเทศ

2. อนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อเอกสิทธิ์และความคุ้มกันที่ประมุขแห่งรัฐ ได้รับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศตามเหตุผลเนื่องจากตัวบุคคล

<sup>36</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p. 14.

<sup>37</sup> Ibid.

3.อนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อเอกสิทธิ์และความคุ้มกันซึ่งรัฐอุปโภคภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวเนื่องกับอากาศยานหรือวัตถุทางอวกาศต่างๆ ซึ่งรัฐเป็นเจ้าของหรือดำเนินการ

นอกจากนั้น อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาความอาญา (criminal proceedings) เนื่องจากในขั้นตอนการรับเอาอนุสัญญาฉบับนี้ บรรดารัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้ลงคะแนนเสียง (voting) ให้อนุสัญญาฉบับนี้ไม่มีผลครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาความอาญา ดังนั้น ถึงแม้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้จะไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า “กระบวนการพิจารณาความอาญา” (proceeding) แต่ก็เป็นที่เข้าใจทั่วไปว่าอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาความอาญา<sup>38</sup>

### 2.3.2 สาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าอนุสัญญาฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อรวบรวมกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐที่มีอยู่ในปัจจุบันมาจัดทำเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น ประกอบกับสร้างกฎเกณฑ์เพิ่มเติมให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมในปัจจุบัน ในลักษณะของการจัดทำกฎหมายให้มีความพัฒนาก้าวหน้าขึ้น โดยมีความพยายามวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐด้วยการผสมผสานแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ที่แตกต่างกันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยยึดถือทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดเป็นหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ โดยในบทนี้ผู้เขียนจะมุ่งศึกษาในประเด็นที่เป็นสาระสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้ ได้แก่ 1. รัฐที่ได้รับความคุ้มกัน 2. กิจกรรมของรัฐต่างประเทศ 3. ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ 4. รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ 5. การสละความคุ้มกันของรัฐ 6. การบังคับคดี โดยจะได้อธิบายแต่ละหัวข้อตามลำดับดังนี้

<sup>38</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 401.

### 2.3.2.1 รัฐที่ได้รับความคุ้มกัน

ในส่วนนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดความหมายของคำว่า “รัฐ” (State) ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลที่มีสภาพบุคคลอันก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น การฟ้องร้องรัฐต่างประเทศจึงเป็นการฟ้องร้องในลักษณะที่เป็นการฟ้องร้องในทางบุคคลสิทธิ (*action in personam*) ดังนั้น ประโยชน์ที่จะได้รับการศึกษา ในส่วนนี้คือนอกจากจะทำให้ศาลทราบว่าจะองคภาวะ (entity) นั้น เป็นรัฐต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มกันจากอำนาจศาลจริงหรือไม่ แล้วยังเป็นประโยชน์ต่อโจทก์และจำเลยอีกด้วย กล่าวคือ

โจทก์	โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยไม่ใช่รัฐต่างประเทศ ซึ่งหากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้เช่นนั้น ศาลก็จะมีอำนาจในการดำเนินพิจารณาคดีต่อไป เนื่องจากจำเลยนั้นไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล เพราะไม่ถือว่าเป็นรัฐต่างประเทศ และหากจำเลยเป็นรัฐต่างประเทศจริง โจทก์ต้องพิสูจน์ต่อไปอีกว่า ข้อโต้แย้งนั้นอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ และข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นในเขตอำนาจศาล
จำเลย	จำเลยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นรัฐต่างประเทศ และคดีไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาล และถ้าจำเลยเป็นรัฐต่างประเทศจริง จำเลยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ข้อพิพาทนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ

ดังนั้น ประเด็นในเรื่องการกำหนดคำนิยามของคำว่า “รัฐ” (State) จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญทั้งต่อศาลและคู่ความในคดี เนื่องจากรัฐเป็นผู้ที่อุปโภคความคุ้มกันตามอนุสัญญาฉบับนี้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้คำนิยามของคำว่ารัฐ ไว้อย่างไร ซึ่งเมื่อศึกษาจากอนุสัญญาแล้วพบว่า ได้อธิบายความหมายของคำว่า “รัฐ” ไว้ในข้อบทที่ 2 (b) ไว้ 4 ความหมาย ได้แก่

1. รัฐและองค์กรต่างๆของรัฐบาลนั้น

2. หน่วยที่ประกอบเป็นสหพันธรัฐ หรือส่วนย่อยทางการเมืองของรัฐ ซึ่งมีสิทธิกระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยและกำลังกระทำการในฐานะดังกล่าว

3. หน่วยงานหรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือองค์กรอื่นๆ ในขอบเขตที่ว่าหน่วยงานนั้นมีสิทธิที่จะกระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

4. ผู้แทนต่างๆ ของรัฐซึ่งกระทำการในฐานะนั้น

โดยแต่ละประเภทมีลักษณะดังต่อไปนี้

#### 1) รัฐและองค์กรต่างๆ ของรัฐบาลนั้น

คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศได้อธิบายความหมายของคำว่า "รัฐและองค์กรต่างๆ ของรัฐ" (The State and its various organs of government) ว่าหมายความรวมถึง ตัวรัฐเองที่กระทำในนามของรัฐและกระทำผ่านทางองค์กรต่างๆ ของรัฐบาล รวมทั้งกษัตริย์และผู้นำรัฐ ผู้นำรัฐบาล รัฐบาลกลาง กระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ของรัฐบาล รัฐมนตรี อาคารสำนักงาน และหน่วยงานในสังกัด และคณะผู้แทนของรัฐ รวมถึงคณะผู้แทนทางการทูตและสถานกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำ เป็นต้น โดยคำว่า "องค์กรต่างๆ ของรัฐบาล" นั้น หมายความรวมถึงทุกหน่วยงานของรัฐบาล และไม่จำกัดเพียงแค่งานฝ่ายบริหารเท่านั้นนอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศได้อธิบายเพิ่มอีกว่า "รัฐ" (State) หมายความรวมถึง รัฐต่างประเทศที่มีอำนาจอธิปไตยเต็มที่ (full sovereign) และมีเอกราช และยังรวมถึง องค์ภาวะ (entities) ที่ยังไม่มีเอกราชเป็นของตนเองหรือมีอำนาจอธิปไตยแค่บางส่วน ไม่ว่าจะเป็น อาณาจักร จักรวรรดิ สาธารณรัฐ สหพันธรัฐ สมาพันธรัฐ หรืออะไรก็ตาม นอกจากนี้ ยังได้อธิบายว่าองค์กรต่างๆ ของรัฐบาลนั้น โดยทั่วไปแล้ว รัฐบาลเป็นผู้กระทำการต่างๆ แทนรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศหรือการทำความธุรกรรมใดๆ ดังนั้น การกระทำของรัฐบาลจึงเท่ากับว่าได้กระทำไปในนามของรัฐนั้น และในขณะเดียวกันรัฐต่างๆ ก็ยอมรับว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อรัฐบาลก็เหมือนกันกับการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อรัฐเช่นกัน<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 428.

2) หน่วยที่ประกอบเป็นสหพันธรัฐ หรือส่วนย่อยทางการเมืองของรัฐ ซึ่งมีสิทธิกระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยและกำลังกระทำการในฐานะดังกล่าว

สหพันธรัฐ คือ การที่รัฐ 2 รัฐร่วมกันยินยอมสละอำนาจอธิปไตยให้แก่สหพันธรัฐอย่างสิ้นเชิง ทั้งยอมสละอำนาจอธิปไตยภายในบางส่วนให้สหพันธรัฐอีกด้วย กรณีของรัฐดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นรัฐที่ไม่สมบูรณ์ เพราะไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยของตนได้อย่างเต็มที่ กล่าวคือ โดยปกติแล้วจะใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐมากกว่าในนามของตัวเอง ถ้าหน่วยที่ประกอบเป็นสหพันธรัฐ (constituent) หรือส่วนย่อยทางการเมืองของรัฐ (instrumentality) นั้น กระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ก็จะได้รับความคุ้มกัน<sup>40</sup>

3) หน่วยงานหรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือองค์กรอื่นๆ ในขอบเขตที่ว่าหน่วยงานนั้นมีสิทธิที่จะกระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานของรัฐ (State agencies) สามารถเข้าร่วมในกิจกรรมในทางเศรษฐกิจและกิจกรรมทางพาณิชย์ และหน่วยงานของรัฐนี้มีหลายรูปแบบเช่น หน่วยงานย่อยของรัฐบาล บริษัทมหาชนที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือบริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนโดยมีรัฐบาลเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก<sup>41</sup> แต่หน่วยงานของรัฐที่จะได้รับความคุ้มกันของรัฐนั้น จะต้องเป็นหน่วยงานที่ได้กระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

ในส่วนขององค์กรอื่นๆ (other entities) นั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายว่าให้มีความหมายครอบคลุมถึงองค์กรเอกชน (private entities) ที่รัฐได้มอบหมายอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย เช่น มอบหมายให้ธนาคารพาณิชย์ทำหน้าที่ออกใบอนุญาตนำเข้าและส่งออก<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 435.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid, p. 444.

#### 4) ผู้แทนต่างๆ ของรัฐซึ่งกระทำการในฐานะนั้น

ในกรณีที่ตัวแทนของรัฐหนึ่งได้เข้าไปอยู่ในดินแดนของอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งโดยหลักการแล้วรัฐเจ้าของดินแดนสามารถใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลทุกคนและทรัพย์สินทุกสิ่งที่อยู่ในดินแดนของตนได้ แต่เมื่อตัวแทนของรัฐที่เข้ามาในดินแดนของตนนั้นเป็นตัวแทนของรัฐอธิปไตย ซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองเช่นเดียวกับรัฐเจ้าของดินแดนเช่นนี้แล้ว อาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาได้ว่า รัฐเจ้าของดินแดนจะสามารถใช้เขตอำนาจของตนเหนือตัวแทนของรัฐอธิปไตยนั้นได้หรือไม่ในกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หากรัฐเจ้าของดินแดนสามารถใช้เขตอำนาจบังคับบัญชาเหนืออีกรัฐหนึ่งหรือตัวแทนของอีกรัฐหนึ่งได้แล้วก็ไม่อาจถือได้เลยว่ารัฐมีความเท่าเทียมกันหรือมีอำนาจอธิปไตย ทั้งนี้ เพราะตามหลักอำนาจอธิปไตยนั้นถือว่า รัฐหนึ่งย่อมไม่อาจตกอยู่ภายใต้อำนาจของอีกรัฐหนึ่งได้ ดังนั้น หลักความคุ้มกันของรัฐจึงเกิดขึ้นเพื่อสนับสนุนหลักอธิปไตยของรัฐ เป็นการให้สิทธิแก่รัฐอธิปไตยที่จะไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาคดีของศาลภายในของอีกรัฐหนึ่ง ในลักษณะที่ศาลภายในของรัฐหนึ่งจำต้องงดเว้นการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือรัฐต่างประเทศ ความคุ้มกันของรัฐจึงเป็นข้อยกเว้นจากเขตอำนาจเหนือดินแดน ที่ทำให้รัฐเจ้าของดินแดนไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอื่นใดเหนือรัฐอธิปไตยอีกรัฐหนึ่งได้

โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศได้อธิบายว่า “ผู้แทนต่างๆ ของรัฐ” ที่ได้รับความคุ้มกันของรัฐตามอนุสัญญาฉบับนี้ หมายความรวมถึง บุคคลใดๆ ก็ตาม ที่ได้รับมอบอำนาจ (authorized) ให้ดำเนินการต่างๆ แทนรัฐ ดังนั้น “ผู้แทนต่างๆ ของรัฐ” จึงหมายความรวมถึง พระมหากษัตริย์ (sovereigns) และผู้นำของรัฐ (heads of State) ที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะนั้น นอกจากนี้ตัวแทนของรัฐยังหมายความรวมถึง ผู้นำรัฐบาล หัวหน้าคณะรัฐมนตรี เอกอัครราชทูต หัวหน้าคณะผู้แทน ตัวแทนทูต และเจ้าหน้าที่กงสุล ที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนนั้น โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศเห็นว่าในกระบวนการพิจารณาคดีนั้นไม่ได้มีผลเฉพาะกระทรวง ทบวง กรม หรือสำนักงานที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ยังมีผลต่อหัวหน้าของหน่วยงานหรือผู้ปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรนั้น โดยเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York : Oxford University Press, 2008), p. 459.

### 2.3.2.2 กิจกรรมของรัฐต่างประเทศ

เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ได้ยึดถือทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดมาเป็นหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ ซึ่งมีแนวคิดในการแบ่งแยกการกระทำของรัฐออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (*acta jure imperii*) และการกระทำในทางพาณิชย์ (*acta jure gestionis*) โดยมีหลักว่าเฉพาะการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเท่านั้นจึงจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะศึกษาว่ากิจกรรมใดบ้างที่จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐภาคีอื่นได้ โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดกิจกรรมที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น ได้แก่

1. การที่รัฐต่างประเทศได้เข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ
2. สัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐต่างประเทศกับปัจเจกบุคคลสำหรับงานที่ปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของรัฐอื่น
3. การกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐต่างประเทศ ที่เป็นเหตุให้เกิดความบาดเจ็บส่วนบุคคล และความเสียหายต่อทรัพย์สินที่จับต้องได้
4. กระบวนพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหรือประโยชน์ใดๆ ของรัฐต่างประเทศ ในกรณีสิทธิการครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน
5. กระบวนพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินอุตสาหกรรม
6. การที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัว

7. กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเรือซึ่งเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐต่างประเทศในทางพาณิชย์

8. ผลของความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการกระทำในทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศ โดยแต่ละกิจกรรมมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) การที่รัฐต่างประเทศได้เข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์กับบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลต่างชาติ

ธุรกรรมทางพาณิชย์ถือเป็นข้อยกเว้นที่สำคัญที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล สาเหตุที่ทำให้ธุรกรรมทางพาณิชย์เป็นข้อยกเว้นที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่ได้รับความคุ้มกันนี้มาจากหลักความเท่าเทียมกันในการค้า ซึ่งถือว่าคุณสัญญาควรมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยวัตถุประสงค์ของข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ก็คือการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่เอกชนที่เข้าร่วมในธุรกรรมทางพาณิชย์กับรัฐต่างประเทศ<sup>44</sup> ดังนั้น ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้อธิบายลักษณะของธุรกรรมทางพาณิชย์ไว้ว่าอย่างไร โดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “ธุรกรรมทางพาณิชย์” (commercial transaction) ไว้ในข้อบทที่ 2 วรรคแรก (c) ไว้ว่า “ธุรกรรมทางพาณิชย์” หมายถึง

1. สัญญาหรือธุรกรรมทางพาณิชย์ใดๆ เพื่อการซื้อขายสินค้าหรือการให้บริการ
2. สัญญาเพื่อการกู้ยืมเงินหรือธุรกรรมที่มีลักษณะทางการเงินใดๆ รวมถึงหนี้ที่เกิดจากการค้า ประกันหรือจากการรับประกันอันเกี่ยวเนื่องกับการกู้ยืมหรือธุรกรรมเช่นว่านั้น

<sup>44</sup> David Gaukrodger, *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors*. OECD Working Papers on International Investment, 2010/2. (Paris : OECD Publishing, 2010), p. 5.



3. สัญญาหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีคุณลักษณะทางพาณิชย์ อุตสาหกรรม การค้าหรือด้านวิชาชีพ แต่ไม่รวมถึงสัญญาจ้างแรงงาน

ซึ่งการที่ได้มีการนิยามความหมายของคำว่า “ธุรกรรมทางพาณิชย์” เอาไว้ในอนุสัญญาเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ศาลในการพิจารณาว่ากิจกรรมของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ากระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ การกระทำในลักษณะนี้รัฐต่างประเทศนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล ตามข้อบทที่ 10 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า

“หากรัฐเข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ เมื่อเกิดข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่ง รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจนั้นในกระบวนการพิจารณาซึ่งเกิดจากธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นได้”

เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างรัฐกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ ซึ่งตามทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดนั้น ถือว่าในกรณีที่ไม่เข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์กับเอกชนนั้น ถือว่ารัฐนั้นมีฐานะเช่นเดียวกับเอกชน ดังนั้น รัฐจึงไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐต่อเขตอำนาจศาลได้ แต่หากเป็นสัญญาหรือธุรกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐด้วยกัน ยังคงถือว่ารัฐนั้นยังได้รับความคุ้มกันของรัฐ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 10 วรรคสอง

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ถ้าเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ก็จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นได้ ดังนั้น

นอกจากนี้ อนุสัญญาดังกล่าวก็ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาหรือธุรกรรมที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมนั้นเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ โดยได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ในข้อบทที่ 2 วรรคสอง ดังนี้

1. ให้พิจารณาจากลักษณะ (nature) ของสัญญาหรือธุรกรรมเป็นหลัก
2. ในกรณีคู่สัญญาดกกลงกันไว้ว่าให้พิจารณาจากวัตถุประสงค์ (purpose) ของสัญญาหรือธุรกรรมนั้น ก็ให้ศาลคำนึงถึงด้วย
3. หากในทางปฏิบัติของรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่วัตถุประสงค์นั้นเป็นประเด็นในการที่ลักษณะที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์ของสัญญาหรือธุรกรรมดังกล่าวก็ให้ศาลคำนึงถึงด้วย

ซึ่งเหตุผลที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาหรือธุรกรรมที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมนั้นเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ โดยให้พิจารณาจากลักษณะ (nature) ของสัญญาหรือธุรกรรมเป็นหลักนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศให้เหตุผลว่า เพื่อเป็นการคุ้มครองและปกป้องประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลาย (developing countries) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่พยายามส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติ<sup>45</sup>

2) กรณีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐต่างประเทศกับปัจเจกบุคคลสำหรับงานที่ปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของรัฐอื่น

ข้อบทที่ 11 บัญญัติว่า

"1. หากไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่ง ซึ่งมีจะนั้นมีอำนาจในกระบวนการพิจารณาซึ่งเกี่ยวเนื่องกับสัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐกับปัจเจกชนสำหรับงานที่ปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในดินแดนของรัฐอื่นนั้น

2.วรรค 1 จะไม่ปรับใช้หาก

(a) ลูกจ้างนั้นได้รับการจ้างเพื่อปฏิบัติหน้าที่เฉพาะเจาะจงในการใช้อำนาจของรัฐบาล

(b) ลูกจ้างดังกล่าวเป็น

1. ตัวแทนทูตตามที่ได้รับการให้คำจำกัดความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

<sup>45</sup> M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*, (New York: Cambridge University press, 2008), p. 710.

2. ตัวแทนทางกงสุลตามที่ได้รับการให้คำจำกัดความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

3. สมาชิกคณะผู้แทนทางการทูตของคณะทูตถาวรประจำองค์การระหว่างประเทศหรือตัวแทนของคณะทูตพิเศษหรือได้รับการจ้างให้เป็นตัวแทนรัฐในการประชุมระหว่างประเทศ

4. บุคคลอื่นใดที่อุปโภคความคุ้มกันทางการทูต

(c) สารของกระบวนการพิจารณาคือการจ้างงาน การต่อสัญญาจ้างหรือการรับบุคคลกับเข้าทำงาน

(d) สารของกระบวนการพิจารณาคือการไล่ออกหรือการเลิกสัญญาจ้างแรงงานบุคคล และตามที่ประมุขแห่งรัฐ หัวหน้ารัฐบาลหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของรัฐนายจ้างชี้แจงว่ากระบวนการพิจารณาเช่นนั้นจะกระทบต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐนั้น

(e) ลูกจ้างดังกล่าวเป็นพลเมืองของรัฐต่างประเทศนั้นที่เป็นนายจ้างในขณะที่เริ่มกระบวนการพิจารณา เว้นแต่ลูกจ้างนั้นมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่

(d) รัฐต่างประเทศที่เป็นนายจ้างนั้นได้ตกลงกับลูกจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้บังคับของข้อพิจารณาของนโยบายสาธารณะ ให้ศาลของรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะเนื่องจากเหตุผลของสารของกระบวนการพิจารณา"

จากการที่ประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่เป็นประเทศอุตสาหกรรมที่มีความต้องการแรงงานจากประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมาก และประเทศกำลังพัฒนาเองก็ต้องการจ้างบุคลากรจากประเทศที่พัฒนาแล้ว มาทำงานให้กับรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้เชี่ยวชาญ ทำให้เกิดการฟ้องร้องรัฐต่างประเทศต่อศาลภายใน ในคดีข้อพิพาทที่มีเหตุมาจากสัญญาจ้างแรงงานเพิ่มมากขึ้น ซึ่งสัญญาจ้างแรงงาน (Contract of employment) ได้ถูกแยกออกจากการใช้คำว่า "ธุรกรรมทางพาณิชย์" (commercial transaction) ที่นิยามไว้ในมาตรา 2 ย่อหน้า 1 (c) เนื่องจากมีลักษณะ (nature) ที่แตกต่างจากธุรกรรมทางพาณิชย์<sup>46</sup> โดยข้อยกเว้นหลักความคุ้มกันของรัฐภายใต้มาตรานี้เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาบริการระหว่างรัฐและบุคคลธรรมดา (natural person) หรือปัจเจกชน (individual) ที่ปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในดินแดนของรัฐอื่น

<sup>46</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p.41.

ข้อบทนี้เกี่ยวข้องกับรัฐอธิปไตย 2 รัฐ คือ รัฐที่เป็นนายจ้าง (the employer State) และรัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศมีความพยามในการรักษาความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐนายจ้างในการปรับใช้กฎหมายภายในของตนฝ่ายหนึ่ง และรัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการปรับใช้กฎหมายแรงงานของตนอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>47</sup> โดยปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดาเป็นองค์ประกอบสำคัญในฐานะคู่สัญญา (party) ของสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งได้รับการสรรหา (recruited) มาเพื่อปฏิบัติงานในรัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) โดยนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาปรับใช้กับเรื่องของบริษัทและเงื่อนไขที่อยู่ในสัญญาจ้างแรงงาน<sup>48</sup>

ซึ่งสัญญาจ้างแรงงานดังกล่าวจะไม่นำมาปรับใช้กับกรณี ดังต่อไปนี้

1. ในกรณีที่สัญญาจ้างแรงงานนั้น ลูกจ้างนั้นได้รับการจ้างเพื่อปฏิบัติหน้าที่เฉพาะเจาะจงในการใช้อำนาจของรัฐบาล กล่าวคือ เป็นลูกจ้างของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่โดยเป็นการใช้อำนาจรัฐอย่างแท้จริง เช่น เลขานุการ เสมียนตรา เจ้าหน้าที่แปลเอกสาร ล่ามภาษา และบุคคลอื่นๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของรัฐหรือเพื่อประโยชน์พื้นฐานของรัฐ เป็นต้น โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศอธิบายคำว่า "บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เฉพาะเจาะจงในการใช้อำนาจของรัฐบาล" (people performing functions in the exercise of governmental authority) นั้นครอบคลุมถึงลูกจ้างทุกระดับที่ปฏิบัติงานในภาครัฐ (public sector) เนื่องจากจากในบางประเทศนั้นมีระบบราชการที่ใหญ่มาก จึงอาจรวมถึง คนงานของสถานที่ทำการไปรษณีย์ คนงานบนรถไฟ และลูกจ้างอื่นๆ<sup>49</sup>

2. ในกรณีที่ถ้าลูกจ้างดังกล่าวเป็นบุคคลดังต่อไปนี้ ได้แก่ ตัวแทนทูตตามที่ได้รับการให้คำจำกัดความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ตัวแทนทางกงสุล

<sup>47</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 522.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 554.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 555.

ตามที่ได้รับมาให้คำจำกัดความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และสมาชิกคณะผู้แทนทางการทูตของคณะทูตถาวรประจำองค์การระหว่างประเทศหรือตัวแทนของคณะทูตพิเศษหรือได้รับการจ้างให้เป็นตัวแทนรัฐในการประชุมระหว่างประเทศ โดยสัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐต่างประเทศกับบุคคลดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติข้อนี้ เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในข้อบทที่ 3 วรรคแรก (a) ว่า อนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อเอกสิทธิ์และความคุ้มกันซึ่งรัฐอุปโภคภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อันเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูต สถานที่ทำการกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือคณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศหรือในการประชุมระหว่างประเทศ<sup>50</sup>

3. ในกรณีที่สาระของกระบวนการพิจารณาคือการจ้างงาน การต่อสัญญาจ้างหรือการรับบุคคลกับเข้าทำงาน โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล (*acte de gouvernement*) หรือเป็นเรื่องของนโยบายของรัฐบาลนั้นๆ เมื่อพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐส่วนใหญ่ พบว่าในกรณีนี้ศาลภายในของรัฐนั้นจะไม่พิจารณาถึงเหตุผลในการเลิกจ้าง และศาลจะไม่เรียกให้รัฐนายจ้างมาอธิบายถึงสาเหตุของการเลิกจ้างแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลแล้วจึงไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลท้องถิ่น<sup>51</sup>

4. ในกรณีที่สาระของกระบวนการพิจารณาคือการไล่ออกหรือการเลิกสัญญาจ้างแรงงานบุคคล และตามที่ประมุขแห่งรัฐ หัวหน้ารัฐบาลหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของรัฐนายจ้างชี้แจงว่ากระบวนการพิจารณาเช่นนั้นจะกระทบต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐนั้น ในเรื่องนี้เป็นกรณีการไล่ออกหรือเลิกจ้างด้วยเหตุผลที่ว่าจ้างแรงงานดังกล่าวนั้นกระทบต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ ในเรื่องนี้ UNGA Sixth Committee เห็นว่าเป็นสิทธิของรัฐที่จะกระทำได้ ซึ่งปกติแล้วลูกจ้างเหล่านั้นก็ต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบของรัฐอยู่แล้ว<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 557.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 560.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 561.

5. ในกรณีที่ลูกจ้างดังกล่าวเป็นพลเมืองของรัฐต่างประเทศนั้นที่เป็นนายจ้างในขณะที่เริ่มกระบวนการพิจารณา เว้นแต่ลูกจ้างนั้นมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่ แสดงให้เห็นว่ารัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) ไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีหรือไม่สามารถปรับใช้กฎหมายแรงงานของตนได้ ทั้งๆ การจ้างงานหรือการปฏิบัติการตามสัญญาจ้างแรงงานนั้นอยู่ในดินแดนของตน ซึ่งเรื่องนี้ UNGA Sixth committee ได้วางหลักไว้ว่าการที่ศาลจะมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานได้นั้น ต้องปรากฏว่าลูกจ้างดังกล่าวจะต้องเป็นพลเมืองหรือมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่<sup>53</sup>

6. รัฐต่างประเทศที่เป็นนายจ้างนั้นได้ตกลงกับลูกจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้บังคับของข้อพิจารณาของนโยบายสาธารณะ ให้ศาลของรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะเนื่องจากเหตุผลของสาระของกระบวนการพิจารณา คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศอธิบายในเรื่องนี้เป็นเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract)<sup>54</sup>

### 3) กรณีความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐต่างประเทศ

ข้อบทที่ 12 บัญญัติว่า

“เว้นแต่จะมีการตกลงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการชดเชยทางการเงิน (pecuniary compensation)\* สำหรับการเสียชีวิตหรือความบาดเจ็บส่วนบุคคล หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible property) ซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นที่รัฐถูกกล่าวหาเป็นต้นเหตุของการกระทำ หากการกระทำหรือละเว้นนั้น ปรากฏขึ้นทั้งหมดหรือแต่

<sup>53</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*. 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 562.

<sup>54</sup> Ibid, p. 563.

\* การประชุมคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Commission) สมัยที่ 43 วาระที่ 2 ได้เพิ่มคำว่า “ทางการเงิน” (pecuniary) เพื่อระบุให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจากเดิมคำว่า “การชดเชย” (compensation) นั้น ไม่รวมถึงการชดเชยที่เป็นตัวเงิน

บางส่วนในอาณาเขตของอีกรัฐหนึ่งนั้น และหากผู้กระทำหรือละเว้น\* ปรากฏตัวในอาณาเขตนั้น ในขณะที่เกิดการกระทำหรือการละเว้นนั้น"

ข้อบทนี้ได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือปัจเจกชน (individual) ผู้ที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากการสูญเสียอวัยวะ (physical damage) ของตัวเองหรือการเสียชีวิตของบรรพบุรุษหรือทายาท (ancestor) หรือสูญเสียทรัพย์สินของเขา โดยสาเหตุของการกระทำต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือการสูญเสียอวัยวะที่เกิดขึ้นในรัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) กับผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ปรากฏตัวในเวลาที่มีการกระทำเกิดขึ้น จึงก่อให้เกิดความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายของรัฐ (State of the forum) ภายใต้หลัก *lex loci delicti commissi* โดยเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นทั่วไปของหลักความคุ้มกันของรัฐเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดจากการละเมิด (tort) หรือรับผิดทางแพ่ง (civil liability) ที่เป็นผลมาจากการกระทำหรือการละเว้นกระทำการ (act or omission) เป็นเหตุให้เกิดความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible property) โดยข้อยกเว้นดังกล่าวจะนำมาปรับใช้ในกรณีที่รัฐมีส่วนเกี่ยวข้องหรือต้องรับผิดชอบ\* ภายใต้หลัก *lex loci delicti commissi* หรือหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิด โดยบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะช่วยบรรเทาและให้ความยุติธรรมแก่ปัจเจกชน (individual) ผู้ที่ต้องประสบกับความบาดเจ็บส่วนบุคคล (personal injury) ความตายหรือความสูญเสียอวัยวะ (death or physical damage) หรือการสูญเสียทรัพย์สิน (loss of property) ที่เป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ไม่ว่าจะทำด้วยความจงใจ (intentional) อุบัติเหตุ (accidental) หรือความประมาท (negligence) ของรัฐต่างประเทศ โดยไม่แยกว่าเป็นการกระทำใน

\* การประชุมคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Commission) สมัยที่ 43 วาระที่ 2 ได้อธิบายคำว่า "ผู้กระทำ" (author of the act) เข้าใจว่าหมายถึงตัวแทน (agents) หรือข้าราชการ (officials) ของรัฐ ซึ่งการกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

\* การใช้คำว่า "เนื่องมาจากรัฐ" (attributable to the State) มีความตั้งใจที่จะสร้างความแตกต่างระหว่างการกระทำของบุคคลที่ไม่สืบเนื่องจากรัฐและการกระทำของบุคคลที่สืบเนื่องจากรัฐ ในการกระทำหรือ ละเว้นการกระทำนั้น โดยไม่มีผลต่อหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (the rules of State responsibility) โดยมาตราไม่ได้มุ่งเน้นไปที่ความรับผิดชอบของรัฐแต่เป็นเรื่องของการที่รัฐไม่อาจอ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น ในกรณีที่ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของตัวแทนรัฐหรือลูกจ้าง (State's agents or employees) ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำโดยสืบเนื่องจากรัฐ การที่จะระบุว่าเป็นการกระทำที่สืบเนื่องมาจากรัฐหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบหรือไม่นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับขอบเขตของมาตรา นี้ และไม่มีผลต่อความคุ้มกันทางการทูต (diplomatic immunity) และไม่นำมาปรับใช้ในสถานการณ์ที่เกิดการขัดแย้งทางทหาร (armed conflict)

ฐานะรัฐหรือในฐานะเอกชน<sup>55</sup> โดยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาล (the State of forum) ซึ่งหากผู้เสียหายเป็นคนต่างชาติดศาลอาจจะทำการโอนคดีไปยังศาลที่สะดวกในการพิจารณาคดีได้ ตามหลัก *forum non conveniens*<sup>56</sup> นอกจากนี้ยังครอบคลุมไปถึงความตายหรือได้รับบาดเจ็บหรือทรัพย์สินเสียหายที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุ เช่น รถยนต์ รถจักรยานยนต์ รถจักร เรือเร็ว และอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากการขนส่งสินค้า (the transport of goods) และการขนส่งผู้โดยสาร (passengers) ทางบก ทางระบบราง ทางอากาศ หรือทางน้ำ และรวมถึงทำร้ายร่างกายโดยเจตนา เช่น การประทุษร้ายหรือชู่ว่าจะประทุษร้าย (assault) และการมุ่งประสงค์ร้ายต่อทรัพย์สิน (battery malicious damage to property) วางเพลิง (arson) หรือฆาตกรรม (homicide) และรวมถึงการลอบสังหารทางการเมือง (political assassination) แต่อย่างไรก็ตามข้อบ่งชี้นี้ ไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่มีการกระทำไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง (reputation) หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท (defamation) ที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความบาดเจ็บส่วนบุคคลในลักษณะที่เป็นกายภาพ (physical sense) และไม่ก้าวล่วงไปถึงสิทธิตามสัญญาหรือสิทธิใดๆ (contract rights or any rights) รวมถึง สิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) สิทธิทางสังคม (social rights)

คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศอธิบายว่าการที่รัฐต่างประเทศจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นนั้นต้องประกอบด้วย 2 เงื่อนไข<sup>57</sup> ดังต่อไปนี้

1. การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่เป็นเหตุให้เกิดความตาย ความบาดเจ็บหรือความเสียหายนั้น ต้องเกิดขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของรัฐซึ่งมีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) นอกจากนี้ผู้กระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นจะต้องปรากฏตัวในรัฐเช่นว่านั้นในขณะที่มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นหรืออยู่ในดินแดนที่ติดกับรัฐเช่นว่านั้น

<sup>55</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 571.

<sup>56</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p.44.

<sup>57</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 573.



2. การปรากฏตัวของผู้กระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นเหตุให้เกิดความบาดเจ็บหรือความเสียหายภายในดินแดนของรัฐเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) ในขณะที่มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น จะต้องไม่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความบาดเจ็บข้ามพรมแดน (trans-boundary) หรือการละเมิดหรือความเสียหายข้ามชายแดน (trans-frontier torts or damage) เช่น การส่งออกวัตถุระเบิด ดอกไม้ไฟ หรือวัตถุอันตราย ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถเกิดระเบิดหรือเป็นต้นเหตุของความเสียหายด้วยความประมาท (negligence) ความเลินเล่อ (inadvertence) หรืออุบัติเหตุ (accident) ยกตัวอย่างเช่น การยิงปืนข้ามพรมแดน (shooting or firing across a boundary) หรือการระดมยิงปืนข้ามพรมแดนที่เกิดจากการขัดแย้งทางทหาร เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ไม่อยู่ในขอบเขตของข้อบทนี้<sup>58</sup>

#### 4) กรณีที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ การครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน

ข้อบทที่ 13 บัญญัติว่า

“เว้นแต่ได้มีการตกลงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยในเรื่องดังต่อไปนี้

(a) สิทธิใดๆหรือผลประโยชน์ใดๆของรัฐนั้น หรือการครอบครองหรือการใช้ หรือข้อผูกพันใดๆของรัฐที่เกิดขึ้นจากผลประโยชน์ใน หรือการครอบครองหรือการใช้สังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในรัฐที่มีการฟ้องร้อง\*

(b) สิทธิใดๆหรือผลประโยชน์ใดๆของรัฐนั้น ในสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่เกิดขึ้นจากการสืบสิทธิ การให้ หรือทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ

<sup>58</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 573.

\* ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ (immovable property) ตามข้อ 13 (a) คำว่า “ที่ตั้งอยู่ในรัฐที่มีการฟ้องร้อง” (situated in the State of the forum) เนื่องจากได้มีการยอมรับหลักกฎหมายที่เป็นการทั่วไป คือ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (lex situs) และหลักกฎหมายของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (forum rei sitae)

(c) สิทธิใดๆหรือผลประโยชน์ใดๆของรัฐนั้น ในการบริหารทรัพย์สิน อาทิเช่น ทรัพย์สินที่มีการมอบหมายให้จัดการดูแลทรัพย์สินแทนเจ้าของ กองทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย หรือทรัพย์สินของบริษัทในกรณีที่มีการเลิกกิจการ”

ข้อบทนี้เป็นข้อยกเว้นที่สำคัญในเรื่องหลักความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น นอกเหนือจากความคุ้มกันของรัฐในทรัพย์สินของรัฐจากมาตรการยึด อาศัยทรัพย์สิน (attachment) และบังคับตามคำพิพากษา (execution) โดยไม่มีผลกระทบต่อเอกสิทธิ์และความคุ้มกันที่รัฐอุบภาค ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่อง ทรัพย์สินของคณะทูต (property of diplomatic missions) และเจ้าหน้าที่อื่นที่เป็นตัวแทนของรัฐบาล

เมื่อพิจารณาจากข้อ 6 ย่อหน้าที่ 2 (b) พบว่าความคุ้มกันของรัฐอาจจะถูกกล่าวอ้างในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลที่ โดยคดีนี้ไม่ได้มีผลโดยตรงต่อรัฐต่างประเทศ เพียงแต่ว่าผลของกระบวนการพิจารณานั้นมุ่งที่จะให้มีผลกระทบต่อทรัพย์สิน สิทธิ ประโยชน์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่รัฐได้ครอบครองหรือควบคุมอยู่ (possession or control)<sup>59</sup> โดยข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ได้เป็นการต่อต้านการใช้อำนาจรัฐในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร โดยได้มีการบัญญัติถ้อยคำให้มีความสอดคล้องกับธรรมชาติที่แตกต่างกันของรัฐและทฤษฎีที่แตกต่างกัน เกี่ยวกับหลักการพื้นฐานสำหรับการใช้เขตอำนาจศาลโดยศาลของอีกรัฐหนึ่งในอดีตที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอสังหาริมทรัพย์ (immovable property) ที่ตั้งอยู่ในรัฐที่มีการฟ้องร้อง ในกรณีที่รัฐได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อกล่าวอ้างสิทธิ์หรือยืนยันสิทธิ์ (assert) ในสิทธิหรือประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นประเด็นของคำตัดสินหรือการฟ้องร้องคดี<sup>60</sup>

<sup>59</sup> ข้อ 6 ย่อหน้าที่ 2 (b) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

กระบวนการพิจารณาของศาลของรัฐหนึ่งจะถือว่าได้เกิดขึ้นต่ออีกรัฐหนึ่ง

(b) ไม่ถูกระบุชื่อเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณา แต่ผลของกระบวนการพิจารณามุ่งที่จะให้มีผลกระทบต่อทรัพย์สิน สิทธิ ประโยชน์ หรือกิจกรรมต่างๆของอีกรัฐหนึ่งนั้น

<sup>60</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), pp. 46-47.

การใช้คำว่า "สิทธิหรือประโยชน์" (right or interest) ในย่อหน้านี้มีความมุ่งยากในการอธิบายความหมาย ซึ่งในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (The law of property) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความหมายของคำว่า "อสังหาริมทรัพย์" (real property หรือ immoveable property) อาจจะมีการให้ความหมายที่ไม่เหมือนกันในแต่ละระบบกฎหมาย กล่าวคือ "สิทธิในทรัพย์สิน" (right in property) ในระบบกฎหมายหนึ่ง อาจจะเป็นแค่ "ประโยชน์" (interest) ในอีกระบบกฎหมายหนึ่ง ดังนั้นการรวมกันของคำว่า "สิทธิหรือประโยชน์" (right or interest) เป็นการใช้คำศัพท์เพื่อต้องการระบุความหมายทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็สิทธิหรือประโยชน์อะไรก็ตามที่รัฐอาจมีได้ภายใต้ระบบกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในประเทศฝรั่งเศสซึ่งได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญา the 1972 European Convention on State Immunity โดยในมาตรา 9 ใช้คำว่า "สิทธิ" (droit) ซึ่งเป็นความหมายอย่างกว้างที่สุด โดยไม่ต้องมีการเพิ่มคำว่า "ประโยชน์" (interest)<sup>61</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิหรือประโยชน์ของรัฐในสังหาริมทรัพย์ (movable property) หรืออสังหาริมทรัพย์ (immovable property) เกิดขึ้นจากการสืบสิทธิ (succession) การให้ (gift) หรือทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (*bona vacantia*) ตามข้อ 13 (b) นั้น ยังไม่มีความชัดเจนว่าในกรณีที่ว่า ถ้าการพิจารณาคดีนั้นไม่ได้มีเฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้น แต่รวมถึงอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ภายในเขตอำนาจของศาลซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) นอกจากจะแยกพิจารณา (separate proceeding) แล้วยังอาจจะต้องมีการกำหนดตั้งแต่การเริ่มพิจารณา โดยการกำหนดสิทธิหรือประโยชน์ต่อหน้าศาลของรัฐที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ตามหลักกฎหมายของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (*forum rei sitae*) ในส่วนของข้อ 13 (c) นั้น ไม่ได้มีความประสงค์หรือเกี่ยวข้องใดๆกับการพิจารณากำหนดสิทธิหรือประโยชน์ของทรัพย์สินของรัฐ เพียงแต่บัญญัติเพื่อให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ในหลายๆประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (the common-law system) ซึ่งศาลใช้อำนาจในการควบคุมดูแลหรือหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการทรัพย์สินที่มีการมอบหมายให้จัดการดูแลทรัพย์สินแทนเจ้าของ (trust property) หรือเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) ในทรัพย์สินของบุคคลที่เสียชีวิตไปแล้ว (the estate of a deceased person) หรือกองทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย หรือ

<sup>61</sup> Ibid.

ทรัพย์สินของบริษัทในกรณีที่มีการเลิกกิจการ (winding-up) ถ้าการใช้อำนาจในการจัดการดูแลที่เกิดขึ้นโดยบริสุทธิ์หรือโดยชอบด้วยกฎหมาย (purely incidental) ในบางขั้นตอนของการพิจารณา อาจจะมีการพิจารณาเพื่อกำหนด (determination) หรือค้นหา (ascertainment) สิทธิหรือประโยชน์ของภาคีที่มีส่วนได้ส่วนเสีย (the interested parties) ทั้งหมด

#### 5) กรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินอุตสาหกรรม

ข้อบทที่ 14 บัญญัติว่า

“เว้นแต่ได้มีการตกลงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับ

(a) การพิจารณากำหนดสิทธิใดๆ ของรัฐในเรื่องสิทธิบัตร งานออกแบบอุตสาหกรรม ชื่อทางการค้าหรือชื่อทางธุรกิจ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ หรือรูปแบบอื่นๆ ของทรัพย์สินทางปัญญา หรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมซึ่งได้รับการคุ้มครองภายใต้มาตรการคุ้มครองทางกฎหมายแม้ว่าจะเป็นการชั่วคราวในรัฐที่มีการฟ้องร้อง

(b) การละเมิดสิทธิโดยรัฐต่างประเทศถูกกล่าวหาในดินแดนของรัฐที่มีการฟ้องร้องซึ่งสิทธิที่มีคุณลักษณะตามข้อ 1 ซึ่งเป็นของบุคคลที่สามและที่ได้รับความคุ้มครองในรัฐที่มีการฟ้องร้องนั้น”

ข้อบทนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property rights) โดยข้อบทนี้เกี่ยวข้องกับสาขาเฉพาะของกฎหมายภายใน เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินอุตสาหกรรม (industrial property) โดยได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the State of the forum) และเป็นการสนับสนุนพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐทั้งหลายได้เข้าร่วมในอนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ<sup>62</sup> ข้อบทนี้มีความประสงค์ในการส่งเสริมการคิดสร้างสรรค์ผลงานและขณะเดียวกันก็เป็นการควบคุมดูแลเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในการค้าระหว่างประเทศ โดยให้การคุ้มครองเจ้าของสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์

<sup>62</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p.47.

หรือการออกแบบอุตสาหกรรม หรือคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานการประพันธ์หรืองานศิลปะ<sup>63</sup> ซึ่งการได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น อาจเกิดขึ้นจากการจดทะเบียนหรือการใช้ประโยชน์จากสิทธิต่างๆ ในทรัพย์สินเหล่านั้นได้รับการรับรองโดยกฎหมายภายในของรัฐ นอกจากนี้แล้วยังคุ้มครองไปถึงสิทธิของบุคคลที่สามเกี่ยวกับการพิจารณาการเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเหล่านั้น<sup>64</sup>

## 6) กรณีที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัว

ข้อบทที่ 15 บัญญัติว่า

"1. รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่งซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมของรัฐต่างประเทศในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นบริษัทที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างประเทศนั้นกับองค์กรที่มีการรวมตัวนั้น หรือกับผู้ร่วมอื่นๆ ภายในองค์กรนั้นทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่าองค์กรดังกล่าว

(a) มีผู้เข้าร่วมนอกเหนือจากรัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศ

(b) เป็นบริษัทที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายหรือก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของรัฐที่มีการฟ้องร้อง หรือมีที่ตั้ง หรือถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่อยู่ภายในรัฐนั้น

2. อย่างไรก็ตามรัฐต่างประเทศนั้นสามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นว่า หากรัฐที่เกี่ยวข้องได้ตกลงตามนั้น หรือหากคู่ความในข้อพิพาทกำหนดไว้เช่นว่า โดยความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร หรือหากตราสารก่อตั้งหรือควบคุมองค์กรที่เป็นประเด็น มีบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดผลเช่นนั้น"

ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวอื่นๆ เป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ภายในองค์กรหรือบริษัท โดยนิติสัมพันธ์เช่นนั้นครอบคลุมทั้งสิทธิและ

<sup>63</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 563.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 564.

หน้าที่ของรัฐในฐานะผู้เข้าร่วม (participant) ในองค์กรหรือบริษัท โดยมีความสัมพันธ์กับองค์กรหรือบริษัท และมีขณะเดียวกันก็มีความสัมพันธ์กับผู้เข้าร่วมคนอื่นๆ ภายในองค์กรหรือบริษัทนั้น<sup>65</sup> โดยลักษณะขององค์กรหรือบริษัทที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมนั้น อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดว่า "บริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวอื่นๆ ไม่ว่าจะบริษัทที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม" (company or other collective body, whether incorporated or unincorporated) ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายว่าให้ความหมายครอบคลุมองค์กรที่มีประเภทและหมวดหมู่ที่แตกต่างกันที่มีการรวมตัวและจัดกลุ่มภายใต้การเรียกชื่อที่แตกต่างกันออกไป เช่น บริษัท (corporations) สมาคม (associations) ห้างหุ้นส่วน (partnership) และองค์กรที่มีการรวมตัวอื่นๆ ที่มีรูปแบบคล้ายกัน ซึ่งอาจจะแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายนั้นๆ โดยมีความสามารถทางกฎหมายและสถานะที่แตกต่างกันไป<sup>66</sup> ซึ่งองค์กรที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมเหล่านั้น อาจเป็นการเข้าร่วมกับสมาชิกหรือหุ้นส่วนที่เป็นเอกชนจากภาคเอกชน (the private sector) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาผลกำไร (profit-making) เช่น บริษัทการค้า (trading company) บริษัทธุรกิจ (business enterprise) หรือ องค์ภาวะทางพาณิชย์ (commercial entity) หรือองค์กรที่มีการรวมตัว (corporate body) อื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายกัน ในทางตรงกันข้ามรัฐก็อาจจะเข้าร่วมในองค์กรที่มีการรวมตัวที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาผลกำไร (non-profit-making) เช่น การศึกษาสังคม วัด กลุ่มศาสนา สมาคม การกุศล หรือองค์กรการกุศลอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายกัน เป็นต้น<sup>67</sup>

ซึ่งเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันในเรื่องนี้มี 2 เงื่อนไข ได้แก่

ข้อแรก คือ องค์กรนั้นจะต้องมีผู้เข้าร่วมอื่นนอกเหนือจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือจะต้องมีภาคเอกชนเข้าร่วมด้วย ดังนั้นหากการเข้าร่วมดังกล่าวมีเพียงการเข้าร่วมโดยเฉพาะรัฐ และหรือองค์การระหว่างประเทศเท่านั้นโดยไม่มีการเข้าร่วมจากภาคเอกชนเลย ก็จะไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรานี้ และ

<sup>65</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 566.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p.49.

ข้อที่สอง คือ เป็นบริษัทที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายหรือก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของรัฐที่มีการฟ้องร้อง หรือมีที่ตั้ง หรือถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในรัฐนั้น ซึ่งการมีที่ตั้ง หมายถึง สถานที่บัญชาการหรือสั่งการขององค์การนั้น และถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่ หมายถึง สถานที่ซึ่งส่วนสำคัญของการบริหารจัดการธุรกิจ หมายถึงสถานที่ควบคุม (the place of control) คล้ายกับบทบัญญัติข้อ 6 ของ the European Convention on State Immunity

ดังนั้น เมื่อรัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัว ไม่ว่าจะเป็นการเข้าร่วมโดย การได้รับมา (acquiring) หรือการเข้าถือหุ้น (holding shares) ในบริษัทหรือการกลายเป็นสมาชิกขององค์กรที่มีการรวมตัวเช่นนั้น ซึ่งเป็นองค์กรหรือบริษัทที่ถูกจัดตั้งหรือได้ดำเนินการในอีกรัฐหนึ่ง โดยองค์กรหรือบริษัทนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายของรัฐเช่นนั้น และยอมรับผลผูกพันภายใต้ระบบกฎหมายนั้น ดังนั้นรัฐต่างประเทศที่ได้เข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรเหล่านั้นจึงมีสิทธิและหน้าที่ภายใต้ข้อบังคับของบริษัทจดทะเบียน ข้อบังคับของสมาคมหรือข้อกำหนดอื่นๆที่มีลักษณะคล้ายกัน และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน หรือระหว่างผู้ถือหุ้นและบริษัทหรือองค์กรให้ เป็นไปตามกฎหมายของรัฐซึ่งบริษัทหรือองค์กรนั้นได้จดทะเบียนตามกฎหมายหรือก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น หรือมีที่ตั้ง หรือถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในรัฐนั้น จึงส่งผลให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ เว้นแต่ในกรณีที่มีการตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น มีการทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่างประเทศกับรัฐที่เป็นที่ตั้งของบริษัทหรือองค์กรนั้น เป็นต้น หรือมีการบัญญัติไว้ในตราสารก่อตั้งหรือควบคุมองค์กรนั้น ให้นำให้รัฐต่างประเทศสามารถอ้างความคุ้มกันได้<sup>68</sup>

#### 7) กรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับเรือซึ่งรัฐต่างประเทศเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐต่างประเทศ

ข้อบทที่ 16 บัญญัติว่า

“1. เว้นแต่จะได้มีการตกลงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐซึ่งเป็นเจ้าของหรือผู้ปฏิบัติการเดินเรือไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการ

<sup>68</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 567.

ดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการเดินเรือนั้น หากในเวลาที่มีเหตุฟ้องเกิดขึ้นนั้น มีการใช้เรือด้วยวัตถุประสงค์นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล

2. วรรคหนึ่งไม่ให้นำมาใช้กับเรือรบ เรือช่วยรบ เรือเดินสมุทรขนาดใหญ่ที่รัฐเป็นเจ้าของหรือใช้หรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐ และถูกใช้เพียงเพื่อการบริการที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาลในขณะนั้น

3. เว้นแต่ได้มีการตกลงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งสินค้าบรรทุกบนเรือที่เป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐนั้น ถ้าในเวลาที่มีเหตุฟ้องเกิดขึ้นมีการใช้เรือด้วยวัตถุประสงค์นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล

4. วรรคสามไม่ให้นำมาใช้ต่อสินค้าบรรทุกบนเรือใดๆ ที่กล่าวถึงในวรรคสอง หรือแม้กระทั่งกับสินค้าบรรทุกที่รัฐเป็นเจ้าของ และถูกใช้หรือมีเจตนาเฉพาะเพื่อการใช้โดยวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล

5. รัฐอาจให้การโดยยกมาตรการป้องกัน อายุความ และการจำกัดความรับผิดชอบซึ่งสามารถยกขึ้นสำหรับเรือและสินค้าบรรทุกส่วนบุคคล และเจ้าของกิจการดังกล่าว

6. หากประเด็นที่ยกขึ้นเกี่ยวกับรัฐบาลและคุณลักษณะที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของเรือที่เป็นเจ้าของหรือปฏิบัติการโดยรัฐ สินค้าบรรทุกที่เป็นเจ้าของโดยรัฐให้หนังสือรับรองที่ได้ลงนามโดยตัวแทนทางทูตหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นๆ ของรัฐนั้นและที่ได้สื่อสารกับศาล เป็นหลักฐานแสดงคุณลักษณะเรือหรือสินค้าบรรทุกนั้นๆ”

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรือรบของรัฐและเรือของรัฐที่ใช้เพื่อราชการอันมิใช่การพาณิชย์นั้น เช่น เรือตรวจการณ์ของตำรวจ (police patrol boats) เรือตรวจการณ์ของศุลกากร (customs inspection boats) เรือพยาบาล (hospital ships) เรือสำรวจมหาสมุทร (oceanographic survey ships) เรือขุดเลน (dredgers) เป็นต้น<sup>69</sup> จะได้รับความคุ้มกันโดยสมบูรณ์จากเขตอำนาจศาล

<sup>69</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 568.



ของรัฐใดๆ นอกเหนือไปจากรัฐเจ้าของธง เมื่อเรือเช่นว่านั้นอยู่ในทะเลหลวง โดยฐานะของเรือหลวง ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เรือหลวงบางประเภทเช่น เรือรบ (warships) เรือช่วยรบ (naval auxiliaries) และเรืออื่นๆของรัฐบาล<sup>70</sup> ถือว่าเสมือนกับรัฐ ถือเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนลอยน้ำ (floating portions) ของรัฐไม่ว่าจะอยู่ในทะเลหลวงหรือในท่าเรือของรัฐต่างประเทศ ใครจะตรวจค้นไม่ได้ ถ้าไปอยู่ในเขตน่านน้ำต่างประเทศก็ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ ดังที่ปรากฏในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ข้อบทที่ 95 บัญญัติว่า "เรือรบในทะเลหลวงมีความคุ้มกันโดยสมบูรณ์จากเขตอำนาจของรัฐอื่นที่มีรัฐเจ้าของธง" และข้อบทที่ 29 ได้ให้ความหมายของเรือรบไว้ดังนี้ "เรือรบ หมายถึง เรือซึ่งเป็นของกำลังทหารของรัฐซึ่งมีเครื่องหมายภายนอกแสดงสัญชาติของเรือดังกล่าวอย่างชัดเจน และอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายทหารซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาลของรัฐ และมีชื่อปรากฏอยู่ในบัญชีประจำการที่ถูกต้องหรือบัญชีอื่นในทำนองเดียวกัน และมีลูกเรือประจำการอยู่ภายใต้วินัยของกำลังทหารประจำ"

ส่วนเรือประเภทอื่นของรัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐก็ต่อเมื่อเรือนั้นได้ถูกใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์ ดังที่ปรากฏในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ข้อบทที่ 96 บัญญัติว่า "เรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินกิจการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์ เมื่ออยู่ในทะเลหลวง จะมีความคุ้มกันโดยสมบูรณ์จากเขตอำนาจของรัฐอื่นที่มีรัฐเจ้าของธง" และข้อบทที่ 32 บัญญัติว่า "...ไม่มีบทบัญญัติใดในอนุสัญญานี้ที่กระทบกระเทือนความคุ้มกันของเรือรบและเรืออื่นของรัฐบาลที่มีได้ใช้เพื่อการพาณิชย์"<sup>71</sup> แต่หากเรือซึ่งเป็นของรัฐดังกล่าวได้นำไปใช้เพื่อกิจการทางพาณิชย์ ไม่ว่าจะเรือนั้นจะอยู่ในทะเลหลวงหรือไม่ก็ตาม เรือเช่นว่านั้นไม่อาจอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลหรือบริหารของรัฐซึ่งมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อเรือเช่นว่านั้นเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรือดังกล่าว เช่น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเรือดังกล่าวในกรณีเรือชนกัน (collision) หรือฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับการช่วยเหลือ (assistance) การกู้เรือ (salvage) และการเฉลี่ยความเสียหาย (general average) หรือการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับการซ่อมแซมเรือการส่งเสบียง (supplies) หรือสัญญาอื่นใด

<sup>71</sup> กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, หนังสืออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982, กรุงเทพฯ, 2548

เกี่ยวกับตัวเรือ รวมถึงการฟ้องร้องเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าเช่นว่านั้นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์<sup>72</sup> เช่นเดียวกันกับ มาตรา 1 ของ the Brussels Convention ที่เป็นการกำหนดให้สถานะของเรือพาณิชย์ที่รัฐใช้ปฏิบัติการ (State-operated merchant ships) ได้รับความคุ้มครองเหมือนเรือพาณิชย์ (private vessels of commerce) ของเอกชน<sup>73</sup> โดยการพิจารณาว่าเรือลำนั้นถูกใช้โดยรัฐต่างประเทศหรือไม่นั้นให้พิจารณาจากความเป็นเจ้าของหรือครอบครอง (possession) การควบคุม (control) การบริหารจัดการ (management) หรือการเช่าเรือ (charter) ไม่ว่าจะเป็นการเช่าเรือเป็นเที่ยว (voyage charter) หรือเป็นการเช่าเรือเปล่าโดยไม่มีคนประจำการ (bare-boat charter) เป็นต้น<sup>74</sup>

และในส่วนที่เกี่ยวข้องสินค้าที่บรรทุกบนเรือนั้น ถ้าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่รัฐเป็นเจ้าของ และถูกใช้หรือมีเจตนาเฉพาะเพื่อการใช้โดยวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล สินค้าที่บรรทุกบนเรือลำนั้นก็จะได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีที่เป็นกรณีการขนส่งสินค้าในสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย เช่น การขนส่งอาหารหรือยารักษาโรคเพื่อบรรเทาความเดือดร้อน เป็นต้น<sup>75</sup>

อย่างไรก็ตามรัฐต่างประเทศสามารถกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่ออ้างความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่งดังนี้

1. รัฐต่างประเทศอาจให้การโดยยกมาตรการป้องกัน อายุความ และการจำกัดความรับผิดซึ่งสามารถยกขึ้นสำหรับเรือและสินค้าบรรทุกส่วนบุคคล และเจ้าของกิจการ

<sup>72</sup> จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มสอง. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550 หน้า 417.

<sup>73</sup> มาตรา 1 ของ the Brussels Convention ปี ค.ศ. 1926

“เรือเดินสมุทรที่เป็นของรัฐหรือได้ปฏิบัติการโดยรัฐ การขนส่งสินค้าที่เป็นของรัฐโดยเรือดังกล่าว และการขนส่งสินค้าและการโดยสารที่ได้ดำเนินการโดยเรือของรัฐบาล และรัฐได้เป็นเจ้าของหรือได้ใช้เรือลำนั้น หรือเป็นเจ้าของสินค้าที่ขนส่งนั้น หรือเป็นปัจเจกในประเด็นเรียกร้องเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรือลำนั้นหรือการขนส่งสินค้าเช่นว่านั้น ซึ่งสามารถนำหลักความรับผิด (rule of liability) และหนี้ (obligations) ที่ปรับใช้กับเรือเอกชน สินค้าของเอกชน และอุปกรณ์ของเอกชนมาปรับใช้”

<sup>74</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 569.

<sup>75</sup> Ibid.

2. รัฐต่างประเทศได้ให้หนังสือรับรองที่ได้ลงนามโดยตัวแทนทูตหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นๆ ของรัฐนั้น แสดงต่อศาลเพื่อเป็นหลักฐานเกี่ยวกับคุณลักษณะเรือหรือสินค้าบรรทุกนั้นๆ ไม่ได้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของเรือที่เป็นเจ้าของหรือปฏิบัติการโดยรัฐต่างประเทศ

โดยสองข้อนี้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้คัดลอกมาอนุสัญญา the 1926 Brussels Convention ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิสูจน์คุณลักษณะทางพาณิชย์ของกิจกรรม<sup>76</sup>

### 8) กรณีเกี่ยวกับผลของความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

ข้อบทที่ 17 บัญญัติว่า

“หากรัฐเข้าทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ เพื่อยอมรับอนุญาโตตุลาการในเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับธุรกรรมเชิงพาณิชย์ รัฐนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้อง

(a) ความสมบูรณ์ของการตีความ

(b) กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(c) การยืนยันหรือการเพิกถอนคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

ข้อยกเว้นเกี่ยวกับความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนี้เกี่ยวข้องกับการยินยอมของรัฐต่ออำนาจศาล

### 2.3.2.3 ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

ตามทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดได้แบ่งการกระทำของรัฐออกเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ และการกระทำที่มีลักษณะเป็นกิจกรรมในเชิงพาณิชย์ เมื่อศาลจะต้องใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ ศาลก็ต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินที่จะทำการบังคับคดีนั้นเป็นทรัพย์สินประเภทใด เนื่องจากทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดแบ่งแยกทรัพย์สินของรัฐออกเป็นทรัพย์สินของรัฐ

<sup>76</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 569.

(public property) และทรัพย์สินในทางพาณิชย์ (commercial property) ซึ่งตามกฎหมายนี้เฉพาะทรัพย์สินของรัฐเท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครองจากมาตรการบังคับคดี ส่วนทรัพย์สินในทางพาณิชย์จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากมาตรการบังคับคดี โดยสามารถอธิบายความหมายของทรัพย์สินทั้ง 2 ประเภทได้ ดังนี้

1. ทรัพย์สินของรัฐ (public property) หรือทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้ใช้เกี่ยวกับการกระทำของรัฐ (public acts) หรือการบริการสาธารณะ (public service) หรือการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (*acta jure imperii*) หรือทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาล (used for governmental purpose)

2. ทรัพย์สินในทางพาณิชย์ (commercial property) หรือทรัพย์สินของรัฐซึ่งมีไว้ใช้เกี่ยวกับการกระทำในทางพาณิชย์ (*acta jure gestionis*) หรือทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ (used for commercial purpose)

เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ทรัพย์สินของรัฐ” (State property) ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ในส่วนนี้จึงได้ทำการศึกษาว่า “ทรัพย์สินของรัฐ” (State property) นั้นมีความหมายว่าอย่างไร และได้แก่ทรัพย์สินประเภทใดบ้าง

โดย Helmut Steinberger ได้ให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สินของรัฐ” หมายถึง วัตถุใดๆ ที่สามารถจับต้องได้ทั้งที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ สิทธิต่างๆ เช่น สิทธิเรียกร้อง (claims) สิทธิยึดหน่วง (liens) สิทธิในทรัพย์สินจำนอง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม หรือผลประโยชน์ในทางกฎหมาย (legal interest) ซึ่งเป็นของหรืออยู่ในการครอบครองหรืออยู่ภายใต้การควบคุมโดยแท้จริงของรัฐต่างประเทศ<sup>77</sup>

<sup>77</sup> จิตรา ลิ้มเจริญ. “ความคุ้มครองของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ.” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 51.

ดร. สมปอง สุจริตกุล ได้ให้ความหมายของคำว่า "ทรัพย์สินของรัฐ" หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ หรือทรัพย์สินซึ่งอยู่ในการครอบครองหรือการควบคุมของรัฐหรือทรัพย์สินซึ่งรัฐมีผลประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสีย<sup>78</sup>

เมื่อทำการศึกษาจากประวัติการยกร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลแล้วพบว่า คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการอภิปรายว่า "ทรัพย์สินของรัฐ" (State property) ไว้ในความหมายว่า

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอนุสัญญานี้มีแนวคิดในการแบ่งแยกทรัพย์สินของรัฐออกเป็นทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาล และทรัพย์สินของรัฐที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ โดยมีหลักว่าทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาลเท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี แต่เนื่องจากอนุสัญญานี้ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า ทำการศึกษาว่า "ทรัพย์สินของรัฐ" (State property) ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ในส่วนนี้จึงได้ทำการศึกษาว่า "ทรัพย์สินของรัฐ" (State property) นั้นมีความหมายว่าอย่างไร และได้แก่ทรัพย์สินประเภทใดบ้าง

โดย Helmet Steinberger ได้ให้ความหมายของคำว่า "ทรัพย์สินของรัฐ" หมายถึง วัตถุใดๆ ที่สามารถจับต้องได้ทั้งที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ สิทธิต่างๆ เช่น สิทธิเรียกร้อง (claims) สิทธิยึดหน่วง (liens) สิทธิในทรัพย์สินจำนอง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม หรือผลประโยชน์ในทางกฎหมาย (legal interest) ซึ่งเป็นของหรืออยู่ในการครอบครองหรืออยู่ภายใต้การควบคุมโดยแท้จริงของรัฐต่างประเทศ

ดร. สมปอง สุจริตกุล ได้ให้ความหมายของคำว่า "ทรัพย์สินของรัฐ" หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ หรือทรัพย์สินซึ่งอยู่ในการครอบครองหรือการควบคุมของรัฐหรือทรัพย์สินซึ่งรัฐมีผลประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสีย<sup>79</sup>

<sup>78</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>79</sup> จิตรา ลิมเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 51.

เมื่อทำการศึกษาจากประวัติการยกร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลแล้วพบว่า คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการอภิปรายว่า“ทรัพย์สินของรัฐ” (State property) ไว้ในความหมายว่า

#### ก. เป็นทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ

หมายถึง ทรัพย์สินที่รัฐมีกรรมสิทธิ์หรือเป็นเจ้าของ

#### ข. เป็นทรัพย์สินซึ่งอยู่ในการครอบครองหรือการควบคุมของรัฐ

หมายถึง ทรัพย์สินซึ่งอยู่ในการควบคุมของรัฐว่าการควบคุม (control) ใช้ในกรณีที่ทรัพย์สินอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือโดยผ่านหน่วยงานของรัฐหรือผู้กระทำการแทนรัฐ เช่น เรือหรืออากาศยาน อาจอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐใดรัฐหนึ่ง โดยผ่านกัปตันหรือลูกเรือในอากาศยานนั้น เช่นเดียวกันกับการครอบครอง (possession) ซึ่งใช้ในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในการครอบครองของรัฐนั่นเอง หรือโดยผ่านหน่วยงานของรัฐหรือผู้กระทำการแทนรัฐ แต่ไม่ได้มุ่งที่จะให้ครอบคลุมถึงสินทรัพย์ของบริษัทต่างๆ ในวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อจะเป็นหนทางให้บริษัทเหล่านั้นได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี

#### ค. เป็นทรัพย์สินซึ่งรัฐมีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย

ในส่วนนี้ ดร. สมปอง สุจริตกุล ได้อธิบายคำว่า “ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย” (interest) ซึ่งใช้ในบริบทนี้ไม่เกี่ยวข้องกับความคิดเกี่ยวกับ “ผลประโยชน์ในการควบคุม” (controlling interest) ในบริษัท ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยบริษัท แต่คำว่า “ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย” ในที่นี้ นำมาใช้ในความหมายเช่นเดียวกันกับผลประโยชน์ต่างๆ ในทรัพย์สิน (interest in property) ซึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมายภายในว่าด้วยทรัพย์สิน (property law)

เนื่องจากในช่วงระยะเวลาก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น หลายๆ รัฐได้ยอมรับโดยทั่วไปว่า ความคุ้มกันของรัฐนั้นครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินของรัฐด้วย ดังนั้น จึงได้มีการยอมรับว่าทรัพย์สินของรัฐบางประเภทไม่ต้องอยู่ภายใต้มาตรการบังคับคดี<sup>80</sup> ดังนั้น อนุสัญญาฉบับนี้จึงได้ระบุประเภทของทรัพย์สินของรัฐ ที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาลซึ่งไม่อยู่ภายใต้การบังคับคดีของศาลไว้ในข้อบทที่ 21 ของอนุสัญญา ได้แก่ทรัพย์สินของรัฐ 4 ประเภท ได้แก่

- 1) ทรัพย์สินรวมถึงบัญชีธนาคารใดๆ ที่มีการใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูตของรัฐหรือสถานที่ทำการทางกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือคณะผู้แทนประจำองค์กรขององค์การระหว่างประเทศหรือของการประชุมระหว่างประเทศ
- 2) ทรัพย์สินที่มีคุณลักษณะในทางทหารหรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ทางทหาร
- 3) ทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือหน่วยงานทางการเงินอื่นๆของรัฐ
- 4) ทรัพย์สินซึ่งประกอบเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของรัฐหรือเป็นส่วนหนึ่งของบรรณสาร และไม่ได้วางขายหรือเจตนาเพื่อวางขาย

จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินทั้ง 4 ประเภทนี้ มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศได้ใช้หรือมีเจตนาที่จะใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐต่างประเทศ ดังนั้น ทรัพย์สินเหล่านี้จึงได้รับการยอมรับจากรัฐทั้งหลายว่าทรัพย์สินเหล่านี้ได้รับความคุ้มกันจากการอายัด การยึด หรือการบังคับคดีใดๆ ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศจึงได้นำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยทรัพย์สินของรัฐแต่ละประเภทยังมีลักษณะดังต่อไปนี้

<sup>80</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p.634.

1) ทรัพย์สินรวมถึงบัญญัติธนาคารใด ๆ ที่มีการใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูตของรัฐหรือสถานที่ทำการทางกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือคณะผู้แทนประจำองค์การขององค์การระหว่างประเทศหรือของการประชุมระหว่างประเทศ

ความคุ้มกันจากการบังคับคดีของทรัพย์สินของคณะผู้แทนทางการทูต (diplomatic property) นั้น เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีพื้นฐานมาจากสนธิสัญญาต่างๆ หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความคุ้มกันทางการทูต (diplomatic immunities) โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ข้อ 22 วรรค 3 ได้วางหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มกันแก่สถานทูตจากการบังคับคดีไว้ว่า "สถานที่ของคณะผู้แทน เครื่องตกแต่ง และทรัพย์สินอื่นของคณะผู้แทนในสถานทูตนั้น และพาหนะในการขนส่งของคณะผู้แทนจะได้รับความคุ้มกันจากการค้น การเรียกเกณฑ์ การอายัด หรือการบังคับคดี" นอกจากนั้นข้อบทที่ 24<sup>81</sup> และ 30<sup>82</sup> ยังได้กำหนดถึงความละเมิดมิได้ในบรรณสารและเอกสารของคณะผู้แทน และที่อยู่อาศัยส่วนตัวของตัวแทนทางทูต กระดาษเอกสาร หนังสือโต้ตอบ และทรัพย์สินของตัวแทนทางทูตซึ่งได้ครอบไว้ในนามของรัฐผู้ส่ง นอกจากนี้ยังพบในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ข้อ 31 วรรค 4<sup>83</sup> ข้อ 33<sup>84</sup> และข้อ 61<sup>85</sup> กล่าวคือ ทรัพย์สินของคณะผู้แทนทางการทูตและ

<sup>81</sup> ข้อ 24 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

"บรรณสารและเอกสารของคณะผู้แทนจะถูกละเมิดมิได้ ไม่ว่าเวลาใด และไม่ว่าจะอยู่ที่ใด"

<sup>82</sup> ข้อ 30 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

"1. ที่อยู่ส่วนตัวของตัวแทนทางทูตจะได้อุปโภคความละเมิดมิได้ และความคุ้มครองเช่นเดียวกับสถานที่ของคณะผู้แทน

2. กระดาษเอกสาร หนังสือโต้ตอบ และยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในวรรค 3 ของข้อ 31 ทรัพย์สินของตัวแทนทางทูตจะได้อุปโภคความละเมิดมิได้เช่นกัน"

<sup>83</sup> ข้อ 33 วรรค 4 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

"สถานที่ทางกงสุลและเครื่องเรือน ทรัพย์สินและพาหนะของสถานทำการทางกงสุลจะได้รับความคุ้มกันจากการเรียกเกณฑ์ ไม่ว่าในรูปใดเพื่อความมุ่งประสงค์ในการป้องกันประเทศหรือสาธารณูปโภค หากจำเป็นต้องมีการเวนคืนเพื่อความมุ่งประสงค์เช่นว่านั้น จะต้องดำเนินการทั้งปวงที่เป็นไปได้เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ทางกงสุล และจะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เพียงพอและมีประสิทธิผลแก่รัฐผู้ส่งโดยพลัน"

<sup>84</sup> ข้อ 33 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

"บรรณสารและเอกสารทางกงสุลจะถูกละเมิดมิได้ตลอดเวลา และไม่ว่าจะอยู่ที่ใด"

<sup>85</sup> ข้อ 61 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963



คณะผู้แทนทางการกงสุล และทรัพย์สินที่มีไว้ใช้สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูต และคณะผู้แทนทางการกงสุล ได้รับการยกเว้นไม่ให้อถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีจุดมุ่งหมายทางพาณิชย์ และได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี ซึ่งความคุ้มกันนี้เป็นผลมาจากการละเมิดมิได้ (inviolability) ของทรัพย์สินเหล่านั้นภายใต้กฎหมายเรื่องการทูตและกงสุล นอกจากนี้แนวปฏิบัติของศาลต่างๆ ที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของทรัพย์สินและสถานที่ของคณะผู้แทนนั้น แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าความคุ้มกันจากการบังคับคดีของสถานทูตนั้น จะได้รับความคุ้มกันตราบเท่าที่สถานที่แห่งนั้นยังคงใช้สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้แทน ดังนั้น ถ้าสถานที่แห่งนั้นไม่ได้ใช้สำหรับวัตถุประสงค์ของคณะผู้แทนทางการทูตแล้ว สถานที่ดังกล่าวก็จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีอีกต่อไป<sup>66</sup> และนอกจากทรัพย์สินแล้ว ยังรวมถึงบัญชีธนาคารใดๆ ที่มีการใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูตของรัฐ โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายว่า บัญชีธนาคารดังกล่าวไม่รวมถึงบัญชีของสถานทูตที่มีไว้สำหรับวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ (commercial purposes) แต่บางครั้งก็มีความยุ่งยากในการพิจารณาในกรณีที่บัญชีดังกล่าวมีลักษณะเป็นบัญชีที่มีวัตถุประสงค์ปะปนกัน (mixed account) โดยบัญชีดังกล่าวถูกเก็บรักษาไว้ในนามของคณะผู้แทนทางการทูตแต่บางครั้งเงินในบัญชีดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้จ่าย เช่น ชำระค่าสินค้าหรือบริการที่เป็นการดูแลคณะทูต ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลภายในจะไม่แบ่งแยกว่าบัญชีเงินฝากใดเป็นบัญชีเงินฝากของคณะทูตหรือบัญชีเงินฝากใดเป็นของคณะกงสุล ซึ่งศาลมองว่าบัญชีเงินฝากเหล่านั้นถูกใช้เพื่อภารกิจของคณะผู้แทนทางการทูตหรือคณะผู้แทนทางการทูตกงสุลนั้นๆ โดยปกติศาลจะพิจารณาว่าเงินในบัญชีดังกล่าวมีไว้เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (non-commercial purpose or public purpose) และได้รับการปกป้องโดยความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยึดทรัพย์สิน หรืออายัดทรัพย์สิน<sup>67</sup>

---

บรรณสารและเอกสารทางกงสุลของสถานทำการทางกงสุลที่มีหัวหน้าเป็นเจ้าพนักงานกงสุลกิตติมศักดิ์จะถูกละเมิดมิได้ตลอดเวลา และไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด โดยไม่มีเงื่อนไขว่าบรรณสารเหล่านั้นจะต้องแยกเก็บไว้ต่างหากจากกระดาษเอกสารและเอกสารอื่นๆ และโดยเฉพาะแยกจากหนังสือติดต่อส่วนตัวของหัวหน้าสถานทำการทางกงสุลและของบุคคลใดที่ปฏิบัติงานกับหัวหน้าสถานทำการทางกงสุล และแยกจากวัสดุ หนังสือ หรือเอกสารที่เกี่ยวกับวิชาชีพหรือการค้าของบุคคลดังกล่าว”

<sup>66</sup> August Reinish. European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. *The European Journal of International Law*. 2006. p. 824.

<sup>67</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p. 59.

## ทรัพย์สินที่มีคุณลักษณะในทางทหารหรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ทางทหาร

เมื่อพิจารณาจากข้อบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 จึงกล่าวได้ว่า อนุสัญญานี้ได้ให้การรับรองต่อความคุ้มกันโดยสมบูรณ์จากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินในทางทหาร โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาจากคุณลักษณะ (character) ของทรัพย์สินว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีคุณลักษณะในทางทหารหรือไม่ เช่น รถถัง เรือรบ เป็นต้น หรือใช้หลักเกณฑ์พิจารณาความมุ่งหมายในการใช้ทรัพย์สินว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นถูกใช้หรือเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ทางทหารหรือไม่ โดยที่ประชุมคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายความหมายของคำว่า "ทางทหาร" (military) หมายความว่ารวมถึง กองทัพเรือ กองทัพอากาศ และกองทัพบก<sup>88</sup> โดยในส่วนของเรือรบนั้นได้รับการยอมรับว่าได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลท้องถิ่นมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 และนอกจากนี้ เรือรบและเรืออื่นๆ ของรัฐที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาลยังได้รับการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศให้ได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี เช่น อนุสัญญา The 1926 Brussels Convention อนุสัญญา the Law of the Sea Conventions และอนุสัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น<sup>89</sup>

## 2) ทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือหน่วยงานทางการเงินอื่นๆของรัฐ

เหตุผลในการให้ความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินในธนาคารกลาง เนื่องมาจากหน้าที่ปกติทั่วไปของธนาคารกลางหรือองค์กรทางการเงินของรัฐดูจะชัดเจนว่าเป็นการหน้าที่ของรัฐบาล กล่าวคือ มีหน้าที่ในการจัดการการเงินของชาติและนโยบายทางการเงิน รวมทั้งเป็นผู้เสนอเกี่ยวกับกฎหมาย เป็นผู้ออกใช้หรือจำหน่ายเงินตราให้การสนับสนุนการสำรองเงินตราของชาติโดยการจัดให้มีการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ ทองคำ และตราสารที่เป็นหลักประกัน เช่น พันธบัตรหรือตั๋วเงินต่างประเทศหรือกระทำการในฐานะหน่วยงานในการเงินประเทศซึ่งเป็นสมาชิกของ The

<sup>88</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p. 59.

<sup>89</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p.645.

International Monetary Fund (IMF) ดำเนินการในฐานะเป็นธนาคารของรัฐบาล ดูแล อนุญาตและตรวจตราธนาคารหรือสถาบันการเงินเอกชน การรับและจ่ายเงินทุนของรัฐ (public funds) หรือจัดการเกี่ยวกับหนี้สาธารณะและการหน้าที่อื่นๆ ที่จำเป็นในการดำรงไว้ซึ่งภารกิจในระบบการเงินและความเชื่อถือโดยแท้จริง หน้าที่ทั่วไปเหล่านี้ได้รับรองยอมรับในฐานะเป็นหน้าที่หลักของธนาคารกลางภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองและการเข้าสู่ยุคของการปลดปล่อยอาณานิคมเป็นผลให้รัฐบาลเข้ามาเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพิ่มมากยิ่งขึ้น ธนาคารกลางในยุคสมัยใหม่จึงมีหน้าที่อื่นๆ ซึ่งได้รับมอบหมายโดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายบัญญัติ หน้าที่เสริมส่วนใหญ่สะท้อนความจำเป็นของความช่วยเหลือในการธนาคารต่อการพัฒนาในทางเศรษฐกิจของชาติ บางครั้งธนาคารกลางอาจเข้าช่วยเหลือในการพัฒนาในทางเศรษฐกิจการเงิน โดยการจัดตั้งธนาคารเพื่อการพัฒนา เช่น ธนาคารเพื่อการพัฒนาการเกษตรและอุตสาหกรรมในประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ ธนาคารกลางจะเป็นผู้ให้การช่วยเหลือเงินท่ตรงแก่สถาบันดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา ธนาคารกลางจะให้การส่งเสริมสถาบันการเงินซึ่งเอื้ออำนวยในการพัฒนาประเทศ ในขณะที่ในกลุ่มประเทศที่มีเศรษฐกิจที่พัฒนาแล้ว ธนาคารกลางจะไม่มีบทบาทมากนักในการพัฒนาเศรษฐกิจ<sup>90</sup> โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อให้ธนาคารกลางหรือองค์กรทางการเงินของรัฐต่างประเทศได้รับความมั่นใจว่าเงินทุนซึ่งยึดถือไว้เพื่อความมุ่งหมายของธนาคารกลางจะไม่ถูกรบกวนโดยปราศจากความยินยอม และเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากความพยายามที่จะบังคับเอาแก่เงินทุนดังกล่าว<sup>91</sup> อย่างไรก็ตามคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดให้ทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือหน่วยงานทางการเงินอื่นๆ นั้น จะได้รับความคุ้มกันก็ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นถูกใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้สำหรับวัตถุประสงค์ในทางการเงิน (monetary purpose) เท่านั้น หากทรัพย์สินของธนาคารกลางเหล่านั้นถูกใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้สำหรับความมุ่งหมายทางพาณิชย์ก็จะไม่ได้รับความคุ้มกัน<sup>92</sup>

<sup>90</sup> จิตร ลัมเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 70.

<sup>91</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

<sup>92</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 637.

3) ทรัพย์สินซึ่งประกอบเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของรัฐหรือเป็นส่วนหนึ่งของบรรณสาร และไม่ได้วางขายหรือเจตนาเพื่อวางขาย

จากการศึกษาพบว่า คำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” (cultural property) ถูกนำมาใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศครั้งแรก โดยปรากฏอยู่ในอนุสัญญา the 1954 Hague Convention for Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict ซึ่ง “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” (cultural property) นั้น หมายความรวมถึงสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรม (cultural heritage) เช่น อาคารสถานที่ (buildings) โบราณสถาน (monuments) พิพิธภัณฑ์ (museums) และอนุสัญญา The 1970 UNESCO Convention ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามเกี่ยวกับการนำเข้า การส่งออก หรือการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยผิดกฎหมาย โดยคำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” (cultural property) นั้น จะต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินในทางศาสนาหรือทางโลก ที่ถูกกำหนดไว้โดยเฉพาะในแต่ละรัฐ ซึ่งมีความสำคัญทางโบราณคดี วรรณคดี ศิลปะ และวิทยาศาสตร์ เป็นต้น และมีความสำคัญต่อชาติในฐานะที่เป็นทรัพย์สินของชาติ<sup>93</sup> ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law Commission) จึงได้ตระหนักว่าทรัพย์สินบางประเภทซึ่งจัดว่าเป็นมรดกแห่งชาติ โดยสภาพแล้วย่อมเป็นทรัพย์สินส่วนรัฐโดยแท้จริงสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองโดยสมบูรณ์จากการบังคับคดี โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองทรัพย์สินซึ่งจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของมรดกในทางวัฒนธรรมหรือเอกสารสำคัญของรัฐ แต่ถ้าทรัพย์สินดังกล่าวถูกจัดไว้หรือเจตนาที่จะจัดไว้ขายก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดี ซึ่งบรรดาคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อประเทศกำลังพัฒนา และความพยายามของประเทศเหล่านั้นในอันที่จะคุ้มครองมรดกแห่งชาติ<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 647.

<sup>94</sup> Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April-19 July 1991), p.59.

### 2.3.2.4 รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ

เมื่อพิจารณาจากข้อบทที่ 1 ของอนุสัญญาที่บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐหนึ่งจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่ง” (The present convention applies to the immunity of a State and its property from the jurisdiction of another State.) ประกอบกับข้อบทที่ 5 ของอนุสัญญาที่บัญญัติว่า “รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของอนุสัญญานี้” (A State enjoys Immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.) ความคุ้มกันของรัฐเป็นความคุ้มกันอย่างหนึ่งซึ่งรัฐต่างประเทศเป็นผู้อุปโภค ดังข้อบทที่ 5 บัญญัติว่า “รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของอนุสัญญานี้” (A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.) จากข้อบทดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่ารัฐอุปโภคความคุ้มกันของรัฐ 2 รูปแบบ คือ

1. รัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐอื่น หรือความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล (Immunity from Jurisdiction)

2. ทรัพย์สินของรัฐซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐอื่น จะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับคดี หรือความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดี (Immunity from Execution)

โดยอนุสัญญานี้ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐภาคี โดยกำหนดสิทธิที่รัฐหนึ่งจะได้รับความคุ้มกัน และกำหนดหน้าที่ของรัฐหนึ่งที่จะต้องให้ความคุ้มกันแก่รัฐภาคีอื่น ดังนี้

สิทธิในการได้รับความคุ้มกันของรัฐ	หน้าที่ในการให้ความคุ้มกันของรัฐ
ข้อบทที่ 5 บัญญัติว่า “รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่ง	ข้อบทที่ 6 รัฐจะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐตามข้อ 5 มีผลโดยการละเว้นจากการใช้อำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาของศาลของรัฐตนต่อรัฐอีก

สิทธิในการได้รับความคุ้มกันของรัฐ	หน้าที่ในการให้ความคุ้มกันของรัฐ
<p>บทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้" (A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.)</p>	<p>รัฐหนึ่ง และเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว จะต้องทำให้เชื่อมั่นว่า ศาลของตนที่ได้โดยความริเริ่มของตนเองว่า ความคุ้มกันของรัฐหนึ่งภายใต้ข้อ 5 นั้น ได้รับการเคารพ (A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.)</p>

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้แบ่งการให้ความคุ้มกันของรัฐออกเป็น 2 รูปแบบ คือ

#### 1) ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล (Immunity from Jurisdiction)

โดยรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้นิยามความหมายของคำว่า "ศาล" (court) ไว้ในข้อบทที่ 2 วรรค 1(a) หมายถึง องค์กรใดๆ ของรัฐ ซึ่งมีสิทธิในการใช้อำนาจทางตุลาการ ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร (any organ of a State, however named, entitle to exercise judicial functions) ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่านอกจากรัฐจะได้รับการยกเว้นจากการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ยังรวมถึงการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าเจ้าหน้าที่ใดๆ ของรัฐท้องถิ่นเกี่ยวกับกระบวนการในทางตุลาการทั้งหมด<sup>95</sup> นอกจากนั้น ในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ข้อ

<sup>95</sup> จิตรา ลิมเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 11.

บทที่ 24 กำหนดให้รัฐต่างประเทศนั้นได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันระหว่างการดำเนินคดีในศาลของอีกรัฐหนึ่ง ดังนี้

1. ห้ามมิให้มีการปรับหรือลงโทษรัฐต่างประเทศนั้น โดยอาศัยเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามหรือการปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งศาล

2. ในกรณีที่รัฐต่างประเทศตกเป็นจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลนั้น รัฐต่างประเทศไม่จำเป็นต้องหาหลักประกัน พันธบัตรหรือเงินมัดจำ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดๆ เพื่อเป็นการประกันการชำระค่าใช้จ่ายในศาลหรือค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีใดๆ

## 2) ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดี (Immunity from Execution)

แต่เดิมนั้นหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐสินของรัฐนั้นถูกแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ถ้าเป็นทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ใช้สำหรับวัตถุประสงค์สาธารณะจะได้รับความคุ้มกันจากการอายัดและการบังคับคดี ส่วนทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ใช้หรือมีเจตนาใช้สำหรับวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์นั้นจะต้องอยู่ภายใต้การอายัดหรือการบังคับคดี

โดยหลักแล้วรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศจะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี หรือการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลภายในของรัฐอื่น<sup>96</sup> โดยทั่วไปการบังคับคดีมีความหมายถึงกระบวนการทางกฎหมายในการบังคับหรือทำให้เกิดผลตามคำพิพากษา โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้ยกตัวอย่างมาตรการบังคับหลังคำพิพากษาไว้ในข้อบทที่ 19 เช่น การอายัด (attachment) การยึด (arrest) หรือการบังคับคดี (execution) ต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ เป็นต้น โดยมีหลักว่าห้ามมิให้ศาลมีมาตรการบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ เว้นแต่ว่ารัฐต่างประเทศนั้นจะให้ความยินยอมต่อมาตรการบังคับนั้นโดยชัดแจ้ง

<sup>96</sup> จิตรา ลิมเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 13.

ในปี ค.ศ. 2002 คณะกรรมาธิการ Ad Hoc Committee ได้รับเอาข้อเสนอแนะของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้มีแยกระหว่างมาตรการบังคับก่อนพิพากษาและ มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา โดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้แบ่งแยกความ แตกต่างระหว่างมาตรการบังคับก่อนคำพิพากษา (pre-judgment measures of constraint) และ มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา (post-judgment measures of constraint) ไว้ ดังต่อไปนี้<sup>97</sup>

มาตรการบังคับก่อนคำพิพากษา	มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา
1. ใช้ในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้มีการยินยอม โดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเป็นการยินยอมล่วงหน้า หรือให้ความยินยอมเป็นเฉพาะกรณี	1. ใช้ในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้มีการยินยอม โดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเป็นการยินยอมล่วงหน้า หรือให้ความยินยอมเป็นเฉพาะกรณี
2. ในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้มีการกำหนด ทรัพย์สินไว้สำหรับข้อเรียกร้องนั้น	2. ในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้มีการกำหนด ทรัพย์สินไว้สำหรับข้อเรียกร้องนั้น
3. ในกรณีที่เป็นการใช้มาตรการเป็นที่ยอมรับ ในทางระหว่างประเทศ เช่น การยึดเรือภายใต้ อนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการยึด เรือเดินทะเล เป็นต้น	
4. ในกรณีที่ใช้มาตรการกับทรัพย์สินของ หน่วยงานที่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก ในกรณี ที่หน่วยงานนั้นตกเป็นจำเลยในศาล	

ซึ่งมาตรการบังคับก่อนคำพิพากษามาตราที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 18 ของอนุสัญญานั้น จะ นำมาใช้ในกรณีที่โจทก์ร้องขอให้ศาลทำการยึด หรืออายัดทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่เป็นลูกหนี้ไว้ ชั่วคราว เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยมีหลักการเช่นเดียวกันกับมาตรการบังคับหลังคำ พิพากษา กล่าวคือ การที่ศาลจะทำการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ จะต้องได้รับความ ยินยอมโดยชัดแจ้งจากรัฐต่างประเทศนั้นก่อน

<sup>97</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 614.



### 2.3.2.5 การสละความคุ้มกันของรัฐ

เนื่องจากรัฐอธิปไตยทุกรัฐมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ไม่มีรัฐใดมีอำนาจเหนือรัฐอื่น ดังนั้น จึงทำให้ศาลภายในของรัฐหนึ่งไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือรัฐอื่นได้ จากเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้เกิดหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้นและถือว่ารัฐย่อมได้รับความคุ้มกันที่จะไม่ถูกฟ้องหรือดำเนินคดีในศาลภายในของรัฐอื่น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากรัฐนั้น

#### 1) การสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล

โดยทั่วไปแล้วการสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลนั้น รัฐต่างประเทศสามารถกระทำด้วยการยินยอมโดยชัดแจ้งต่ออำนาจศาล (Express waiver of immunity from jurisdiction) ซึ่งปกติมักจะกระทำผ่านทางผู้แทนของรัฐที่มีอำนาจกระทำการดังกล่าวแทนรัฐ<sup>98</sup> โดยการยินยอมโดยชัดแจ้งต่อเขตอำนาจศาลนั้น อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดวิธีการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการใช้อำนาจของศาลไว้ในข้อบทที่ 7 วรรคแรก ไว้ดังนี้

#### 1) โดยความตกลงระหว่างประเทศ

#### 2) โดยการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร

#### 3) โดยการประกาศต่อศาล หรือโดยการสื่อสารเป็นลายลักษณ์อักษรในกระบวนการพิจารณา

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดวิธีการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศโดยชัดแจ้งว่าต้องเป็นการแสดงเจตนาของรัฐต่างประเทศผ่านทางผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐต่างประเทศ โดยการสละความคุ้มกันของรัฐนั้นไม่มีแบบเฉพาะ จึงไม่ต้องทำตามแบบแต่อย่างใด อาจทำการทั่วไป เช่น แสดงเจตนาไว้เป็นการทั่วไปในสัญญา สนธิสัญญา หรือในอนุสัญญาระหว่าง

<sup>98</sup> M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p. 740.

ประเทศ หรือจะแสดงต่อรัฐอื่นเป็นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาเป็นการเฉพาะ โดยผ่านทางกระทรวงการต่างประเทศ หรือผู้แทนด้านการต่างประเทศของรัฐนั้น หรือแสดงต่อศาลที่พิจารณาโดยตรงก็ได้

ตารางแสดงการกระทำของรัฐที่ถือว่าเป็นการยินยอมต่อเขตอำนาจศาล

การกระทำของรัฐที่ถือว่าเป็นการยินยอมต่อเขตอำนาจศาล	การกระทำของรัฐที่ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมต่อเขตอำนาจศาล
1. รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกัน	1. ความตกลงโดยรัฐเพื่อการปรับใช้กฎหมายของอีกรัฐหนึ่ง
2. รัฐต่างประเทศเป็นฝ่ายเริ่มกระบวนการพิจารณา	2. การที่รัฐต่างประเทศได้ร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาเพื่อการอ้างความคุ้มกัน หรือการอ้างสิทธิหรือส่วนประโยชน์ได้เสียในตำรากฎหมาย หรือในทรัพย์สินที่พิพาท
3. รัฐต่างประเทศได้ร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาหรือดำเนินขั้นตอนใดๆ เกี่ยวกับเนื้อหาของคดี	3. การปรากฏตัวของผู้แทนของรัฐต่างประเทศต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งในฐานะพยาน
4. รัฐต่างประเทศได้ทำการฟ้องแย้งที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์หรือข้อเท็จจริงเดียวกันกับคำฟ้องหลัก	4. การขาดนัดในการมาปรากฏตัวในกระบวนการพิจารณาของศาลของอีกรัฐหนึ่ง

นอกจากนี้ การที่รัฐต่างประเทศได้เข้าทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ เพื่อยอมรับอนุญาตตุลาการในเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์นั้น เพื่อการตีความอนุสัญญาหรือเพื่อการยืนยันหรือเพิกถอนคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการตามข้อบทที่ 17 ของอนุสัญญานั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่ารรัฐต่างประเทศนั้น ได้สละความคุ้มกันของรัฐแล้ว

นอกจากนี้ อนุสัญญาฉบับนี้ยังได้วางหลักเกณฑ์ว่าการที่รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลนั้น ไม่ถือเป็นสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดี<sup>99</sup> โดยการมี การบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในข้อบทที่ 20 ของอนุสัญญาว่า “ในกรณีที่มาตรการบังคับต้องได้รับการ ยินยอมภายใต้ข้อ 18 และข้อ 19 การยินยอมต่อการใช้เขตอำนาจภายใต้ข้อ 7 จะไม่มีนัยเป็นการการ ยอมรับมาตรการบังคับโดยปริยาย” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ เป็นการเน้นย้ำว่าการที่รัฐต่างประเทศ ได้ยินยอมต่อเขตอำนาจศาลนั้น ไม่ถือว่ารรัฐต่างประเทศนั้น มีเจตนาที่จะสละความคุ้มกันจากการ บังคับคดีด้วย ดังนั้น ก่อนที่ศาลจะใช้มาตรการบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น ศาลจะต้อง พิจารณาว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้ให้ความยินยอมหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในส่วนต่อไปว่าการ สละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีนั้นมีหลักการว่าอย่างไร

## 2) การสละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี

อนุสัญญาฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีเอาไว้ ว่า โดยทั่วไปแล้วทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นย่อมได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีของ ศาลของรัฐหนึ่ง เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นได้ยินยอมโดยชัดแจ้งต่อมาตรการบังคับนั้น ดังที่ปรากฏ อยู่ในข้อบทที่ 19 (a) ของอนุสัญญาฉบับนี้ที่บัญญัติว่า “มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา อาทิ การ อายัด (attachment) การยึด (arrest) หรือการบังคับ (execution) ต่อทรัพย์สินของรัฐไม่ให้นำมาใช้กับ กระบวนพิจารณาในศาลของรัฐหนึ่ง เว้นแต่รัฐนั้นได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้ง” จะเห็นได้ว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีนั้น มีหลักการ เหมือนกับการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล คือ การที่รัฐต่างประเทศได้ยินยอมอย่างชัด แจ้ง (expressly consented) โดยการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีสามารถกระทำ ได้ด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

### 1) โดยความตกลงระหว่างประเทศ

<sup>99</sup> M.N. Shaw, *International Law* (sixth edition). (New York: Cambridge University press, 2008) p. 740.

2) โดยความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือในสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี

3) โดยการประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี

และในกรณีของทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 21 ของอนุสัญญาที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองโดยสมบูรณ์จากการบังคับคดีนั้น ในเรื่องนี้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ลงความเห็นว่ารัฐอาจสละความคุ้มครองจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินใดๆ ซึ่งเป็นหนึ่งในทรัพย์สินประเภทดังกล่าว หรือเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่ง ทั้งนี้รัฐต่างประเทศจะต้องสละความคุ้มครองโดยชัดแจ้งหรือระบุทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจง และการสละความคุ้มครองจากการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินทั่วไปซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ทำการบังคับคดีโดยไม่ได้ระบุถึงทรัพย์สินของรัฐตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 21 ของอนุสัญญา คณะกรรมการความเห็นเห็นว่าในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มครองจากการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินทั่วไปนั้น ไม่ถือเป็นการยินยอมให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 21 ของอนุสัญญานับนี้<sup>100</sup>

### 2.3.2.6 การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

การบังคับคดีเป็นกระบวนการภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษา เช่น ขั้นตอนการหรือกระบวนการอายัด การยึด หรือบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ เพื่อความมุ่งหมายที่จะดำเนินการให้บรรลุผลตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล การบังคับคดีนั้น รวมถึง ขั้นตอนหรือกระบวนการต่างๆ ด้วย เช่น การส่งหมายยึดทรัพย์ (garnishment) การพิทักษ์ทรัพย์ (trustee process) หรือการอายัดทรัพย์สิน (attachment) ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่เป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา

<sup>100</sup> จิตรา ลิมเจริญ, "ความคุ้มครองรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 94.

จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นได้ย่อมได้รับความคุ้มครองกันจากเขตอำนาจศาล ตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 5 ว่า “รัฐอุปโภคความคุ้มครองอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐหนึ่ง” โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้แบ่งความคุ้มครองกันจากมาตรการบังคับคดีออกเป็น มาตรการบังคับก่อนที่ศาลมีคำพิพากษา (ข้อบทที่ 18) และมาตรการบังคับภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษา (ข้อบทที่ 19) โดยมีสาระสำคัญ คือ ห้ามมิให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้น ทำการอายัด ยึด หรือการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ เว้นแต่

1. รัฐต่างประเทศนั้นจะได้แสดงความยินยอมไว้อย่างชัดแจ้ง
2. รัฐต่างประเทศนั้นได้จัดสรรหรือระบุทรัพย์สินไว้สำหรับข้อเรียกร้องนั้น
3. ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ และทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนรัฐ

จากการศึกษาในบทนี้ทำให้ทราบว่าตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มครองกันของรัฐที่ได้บัญญัติอยู่ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มครองกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 นั้น เป็นการนำแนวคิดตามทฤษฎีความคุ้มครองกันของรัฐแบบจำกัดมาเป็นแนวทางในการจัดทำอนุสัญญา โดยมีสาระสำคัญคือการแบ่งแยกระหว่างการกระทำของรัฐต่างประเทศที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public act) และการกระทำที่เป็นไปในทางส่วนตัว (private act) โดยการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public act) เท่านั้น ที่จะได้รับความคุ้มครองกันจากเขตอำนาจศาล และแบ่งแยกทรัพย์สินของรัฐออกเป็นทรัพย์สินของรัฐที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public property) และทรัพย์สินของรัฐที่มีความมุ่งหมายทางพาณิชย์ (commercial property) โดยทรัพย์สินของรัฐที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครองกันจากการบังคับคดี โดยอนุสัญญา ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่ารัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มครองกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลของรัฐหนึ่ง กล่าวคือ รัฐต่างประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญานั้นจะได้รับความคุ้มครองกันจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาลของรัฐหนึ่งซึ่งเป็นศาลที่เขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการและขณะเดียวกันทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศก็ได้รับความคุ้มครองกันจากการยึดทรัพย์สินตามคำพิพากษา ซึ่งนอกจากรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มครองกันแล้ว ยังรวมไปถึงองค์กรและหน่วยงานของรัฐ

ต่างประเทศ และตัวแทนของรัฐต่างประเทศนั้นด้วย แต่อย่างไรก็ตามรัฐต่างประเทศที่เป็นจำเลย อาจจะทำการสละความคุ้มกัน โดยการสละความคุ้มกันนั้นสามารถกระทำได้ทั้งเป็นการสละความคุ้มกันล่วงหน้า เช่น การทำหนังสือสัญญา หรือกระทำภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทขึ้น นอกจากนั้นยังได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อยกเว้นที่จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น เช่น ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการเข้าร่วมธุรกรรมทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ ข้อยกเว้นเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน ข้อยกเว้นเกี่ยวกับความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สิน ข้อยกเว้นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ การครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน ข้อยกเว้นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินอุตสาหกรรม ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการเข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวของรัฐต่างประเทศ ข้อยกเว้นเกี่ยวกับเรื่องซึ่งเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐต่างประเทศที่ใช้ในการพาณิชย์ ข้อยกเว้นเกี่ยวกับผลของความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

และในบทต่อไปจะเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายภายในและคำพิพากษาของรัฐต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีและไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศในลักษณะใดบ้าง ที่ถือว่ารรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกัน โดยจะได้นำการศึกษาในประเด็นที่สำคัญ ได้แก่ 1.ความนิยามของคำว่ารัฐ 2.กิจกรรมของรัฐ 3.ทรัพย์สินของรัฐที่ได้รับความคุ้มกัน 4.รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ 5.การสละความคุ้มกันของรัฐ 6.การบังคับคดี