



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวทางการดำเนินการของประเทศไทยในการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 พบว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้เปิดโอกาสให้ประเทศต่างๆ ได้ลงนามตั้งแต่วันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2005 จนถึงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2005 ซึ่งขณะนี้อนุสัญญาดังกล่าวได้เปิดให้การลงนามแล้ว ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฯ สามารถกระทำได้ด้วยวิธีการภาคยานุวัติ (accession) เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ตามข้อบทที่ 29 ของอนุสัญญา โดยวิธีการมอบภาคยานุวัติสารต่อเลขาธิการสหประชาชาติ

โดยการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 นั้น จะต้องมีการพิจารณาตามขั้นตอนและกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้อาจเข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเขตอำนาจของประเทศไทยตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และรัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว ซึ่งการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับหนึ่งฉบับใดเข้ามาตรา 190 วรรคสองหรือไม่นั้น มีสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกจะต้องมีการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาประเภทใดเป็นหนังสือสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากหนังสือสัญญาเข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว จึงจะมีการพิจารณาในขั้นตอนที่สองว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง คือหนังสือสัญญาที่ (1) มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือ (2) มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรือ (3) มีผลผูกพันงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และเมื่อพิจารณาตามอนุสัญญากรุง

เวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ที่กล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับนิยามของสนธิสัญญา หรือหนังสือสัญญาที่อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ว่าต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญสี่ประการ ได้แก่ 1) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ 2) เป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร 3) เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ 4) เป็นข้อตกลงที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามคำนิยามของสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แล้ว เห็นว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 นั้น ถือเป็นสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาที่อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น ในการที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญานั้น ประเทศไทยต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญา ที่ต้องมีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณากฎหมายภายในของประเทศไทยแล้วพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายภายในที่บัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศและทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศไว้เลย มีเพียงแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 และพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันแก่ตัวแทนของรัฐเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของรัฐต่างประเทศตกเป็นจำเลยในศาลไทยได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นควรที่ประเทศไทยจะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลโดยเป็นการออกกฎหมายในลักษณะการนำสนธิสัญญานั้นมาเป็นภาคผนวกของกฎหมายหรืออาจเรียกว่าเป็นการออกกฎหมายให้ใช้สนธิสัญญาฉบับดังกล่าว เช่นเดียวกันกับการออกกฎหมายมารองรับอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่นเดียวกันกับการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 เพื่อรองรับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 และการการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 เพื่อรองรับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งกฎหมายเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระคล้ายคลึงกัน และข้อดีของการบัญญัติกฎหมายด้วยวิธีการดังกล่าวนี้ คือไม่มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำใดๆ ในอนุสัญญานั้น เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของนานาประเทศ และจะเป็นประโยชน์ต่อศาลไทยในการตีความ โดยสามารถอาศัยแนวทางการตีความของศาลภายในของประเทศภาคีอื่นมาปรับใช้ได้

และจากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและคำพิพากษาของรัฐต่างๆ เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐนั้น พบว่ายังมีแนวปฏิบัติในเรื่องความคุ้มกันของรัฐที่แตกต่างกัน เช่น

#### 1) ประเด็นเรื่องคำนิยามของธุรกรรมทางพาณิชย์

จากการศึกษาในกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการนิยามความหมายของคำว่ากิจกรรมทางพาณิชย์เอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น การพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์หรือไม่จึงต้องอาศัยการตีความของศาล ซึ่งแตกต่างจากกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษที่มีการนิยามความหมายของคำว่าธุรกรรมทางพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจน เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ที่ได้มีการนิยามความหมายของคำว่าธุรกรรมทางพาณิชย์เอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติคำนิยามของคำว่าธุรกรรมทางพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจนนั้น จะช่วยให้เกิดความชัดเจนแก่ศาลในการพิจารณาว่าธุรกรรมใดเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่

#### 2) ประเด็นเรื่องตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ถ้าตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้นมีรัฐต่างประเทศหรือองค์การทางการเมืองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก หรือเป็นเจ้าของกิจการก็จะถือว่ารัฐวิสาหกิจนั้นเป็นตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ตามมาตรา 1603 (b) ของกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ทำให้สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ แต่ถ้าเป็นกรณีของประเทศอังกฤษพบว่าโดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจนั้นจะไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ เพราะตามกฎหมาย State Immunity Act of 1978 นั้น รัฐวิสาหกิจไม่ถือเป็นองค์การที่แยกต่างหากจากองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐบาลของรัฐต่างประเทศ เพราะถือว่าโดยทั่วไปแล้วการกระทำของรัฐวิสาหกิจนั้นจะเกี่ยวข้องกับการค้าพาณิชย์มากกว่าที่จะเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐบาล แต่ถ้ารัฐวิสาหกิจนั้นพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือในลักษณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐบาล ก็จะได้รับความคุ้มกันจาก

เขตอำนาจศาลของประเทศอังกฤษ ตามมาตรา 14 (2) และเมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 เห็นว่ากฎหมายอังกฤษมีความใกล้เคียงกับอนุสัญญานี้ ในประเด็นที่ว่ารัฐวิสาหกิจนั้นจะได้รับความคุ้มกันของรัฐก็ต่อเมื่อรัฐวิสาหกิจนั้นได้กระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนด้วยกับการที่ตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกันก็ต่อเมื่อได้กระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเท่านั้น

และเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่การพิจารณาคดีของศาลไทยในเรื่องการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศมากยิ่งขึ้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเน้นศึกษาประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ 6 ประเด็น ดังนี้ 1. รัฐที่ได้รับความคุ้มกัน 2. กิจกรรมของรัฐต่างประเทศ 3. ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ 4. รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ 5. การสละความคุ้มกันของรัฐ และ 6. การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการกระทำแบบใด เป็นการกระทำที่รัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยบ้าง ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนจะสรุปแต่ละประเด็นดังนี้

### 1) รัฐที่ได้รับความคุ้มกัน

จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญา ได้นิยามความหมายของคำว่ารัฐออกเป็น 4 ประเภท คือ

1. รัฐ และองค์กรต่างๆของรัฐบาลของรัฐนั้น
2. หน่วยที่ประกอบเป็นสหพันธรัฐ หรือส่วนย่อยทางการเมืองของรัฐ ซึ่งมีสิทธิกระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตย และกำลังกระทำการในฐานะดังกล่าว
3. หน่วยงานหรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือองค์กรอื่นๆ ในขอบเขตที่ว่าหน่วยงานนั้นมีสิทธิที่จะกระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ
4. ผู้แทนต่างๆ ของรัฐซึ่งกระทำการในฐานะนั้น

จากการศึกษาในเรื่องนี้พบว่ามีปัญหาในกรณีว่ารัฐวิสาหกิจนั้น จะสามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ พบว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้แยก "รัฐวิสาหกิจ" ออกจาก

คำนิยามของคำว่า “รัฐ” ในข้อบทที่ 2 วรรคแรก (b) อย่างชัดเจน โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับ “รัฐวิสาหกิจ” แยกไว้ต่างหากในข้อบทที่ 10 วรรคสาม ซึ่งอธิบายลักษณะของรัฐวิสาหกิจไว้ว่ามีลักษณะ

1. ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐ และมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ
2. มีความสามารถในการฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดีได้
3. มีความสามารถในการครอบครองหรือจำหน่ายทรัพย์สิน

เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจ (State enterprise) เป็นองค์กรที่มีภารกิจหรืออำนาจหน้าที่ตามวัตถุประสงค์เท่าที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้ง หรือที่ได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ในกรณีบริษัทของรัฐ ดังนั้น ภารกิจหน้าที่ความรับผิดชอบของรัฐวิสาหกิจจึงมักมีลักษณะในเชิงธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นการผลิตหรือการให้บริการ ซึ่งแตกต่างจากภารกิจของกระทรวง ทบวง กรม หรือองค์การบริหารในราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และเมื่อพิจารณาจากข้อบทที่ 2 วรรคแรก (b)(iii) ของอนุสัญญาฯ พบว่าหน่วยงานหรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือองค์กรอื่นๆ ของรัฐ ต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกัน ก็ต่อเมื่อหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐต่างประเทศเหล่านี้ได้กระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจการทางพาณิชย์จึงไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้

## 2) กิจกรรมของรัฐต่างประเทศ

ในส่วนของกิจกรรมของรัฐต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยนั้น จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้ยึดหลักการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด โดยถือว่าหากรัฐต่างประเทศได้กระทำกิจกรรมในทางพาณิชย์แล้ว รัฐต่างประเทศนั้นย่อมไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าหลักการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดนี้ ได้แบ่งแยกการกระทำของรัฐออกเป็นการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และการกระทำรัฐที่มีลักษณะเป็นการพาณิชย์ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์การกระทำของรัฐ 2 หลักเกณฑ์ คือ

1. ใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์ลักษณะของการกระทำ (nature test)
  2. ใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์วัตถุประสงค์ของการกระทำ (purpose test)
- โดยแต่ละหลักเกณฑ์มีลักษณะดังนี้

1. หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์ลักษณะของการกระทำ (nature test) เป็นการค้นหาในทางภาวะวิสัยว่าการกระทำนั้นเอกชนธรรมดาสามารถกระทำได้หรือไม่ หากเป็นการกระทำที่เอกชนธรรมดาสามารถกระทำได้ เช่น การทำสัญญา การจัดการทรัพย์สิน หรือการจัดซื้อสินค้า เป็นต้น การกระทำนั้นย่อมถือว่าเป็นการกระทำในฐานะเอกชน และรัฐที่กระทำการเช่นนั้นย่อมต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกันกับเอกชน แต่หากการกระทำนั้นมีแต่รัฐเท่านั้นที่สามารถกระทำได้ เช่น การออกกฎหมาย การพิจารณาคดี เป็นต้น การกระทำนั้นย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ และรัฐที่กระทำการเช่นนั้นย่อมได้รับความคุ้มกัน

2. หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์วัตถุประสงค์ของการกระทำ (purpose test) เป็นการพิสูจน์ความมุ่งหมายของการกระทำว่าการกระทำนั้นมีความมุ่งหมายของรัฐบาลหรือความมุ่งหมายของเอกชน

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยควรพิจารณาจากลักษณะของการกระทำและวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นประกอบกัน เพื่อให้ศาลได้รับข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนชัดเจนว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำลักษณะใด ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ ก็จะส่งผลให้ไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล

ส่วนในเรื่องกิจกรรมอื่นๆ นอกเหนือจากกิจกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งหากรัฐต่างประเทศได้กระทำแล้วจะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้น ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยนั้น

### 3) ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

เนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐ ค.ศ. 2004 ได้วางหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศไว้ว่าความคุ้มกันของรัฐนั้นย่อมครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินทุกชนิดของรัฐต่างประเทศ เว้นแต่ทรัพย์สินดังกล่าวจะเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศได้ใช้หรือมีเจตนาใช้ทรัพย์สินนั้นโดยเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล และทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนของรัฐที่ศาลมีอำนาจพิจารณาคดี" ในเรื่องนี้มีประเด็นที่ศาลไทยควรพิจารณา คือ หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินของรัฐที่ใช้ในความมุ่งหมายของรัฐบาล และทรัพย์สินของรัฐที่ในความมุ่งหมายทางพาณิชย์ ซึ่งถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีความมุ่งหมายในทางพาณิชย์

### 4) รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ

ในกรณีที่รัฐต่างประเทศถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลไทยนั้น ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐแก่รัฐภาคีอื่น โดยศาลไทยจะต้องให้ความคุ้มกันแก่รัฐและทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็นความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล และความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี จากการศึกษาพบว่าในปัจจุบันประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหลายได้ให้การยอมรับและยึดถือหลักจำกัดความคุ้มกันจากการบังคับคดี ด้วยเหตุที่เอกชนของประเทศต่างๆ เหล่านั้นได้มีศักยภาพหรือมีความสามารถที่จะทำการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ดังนั้น ประเทศเหล่านี้จึงมุ่งคุ้มครองเอกชนของตนที่ไปประกอบการค้าหรือการลงทุนกับรัฐต่างประเทศ จากการศึกษาพบว่ามีหลายประเทศได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีเอาไว้ในกฎหมายภายในของตน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เป็นต้น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา จะช่วยเป็นการคุ้มครองเอกชนไทยที่ไปประกอบการค้าหรือการลงทุนกับรัฐต่างประเทศ และขณะเดียวกันทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่อยู่ในประเทศไทยก็จะได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะให้ความยินยอมต่อการบังคับคดี หรือ

โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นได้ใช้หรือถูกใช้เพื่อความมุ่งหมายทางพาณิชย์

### 5) การสละความคุ้มกัน

ในส่วนของ การสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศนั้นอาจทำได้โดยการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้ง แต่จะต้องเป็นการแสดงเจตนาของผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐต่างประเทศนั้น ซึ่งในเรื่องนี้ไม่มีแบบเฉพาะ ซึ่งในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐ ค.ศ. 2004 ได้ไว้บัญญัติวิธีการสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไว้ในข้อบทที่ 7 วรรคแรก ว่าการยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการใช้อำนาจศาลนั้น สามารถกระทำได้โดยการแสดงเจตนาไว้เป็นการทั่วไปในสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ในความตกลงระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ และการแสดงเจตนาต่อศาลที่พิจารณาโดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งนี้จะเป็นการถ่ายต่อศาลไทยในการพิสูจน์เจตนาของรัฐต่างประเทศนั้นว่าได้มีการสละความคุ้มกันหรือไม่ ซึ่งจะแตกต่างจากการสละความคุ้มกันโดยปริยายที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องยุ่งยาก เพราะต้องศาลต้องอาศัยการตีความเจตนาที่แท้จริงของรัฐต่างประเทศนั้นว่ามีเจตนาที่จะสละความคุ้มกันของรัฐหรือไม่ แต่ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการทำความตกลงให้ตัดสินข้อพิพาทด้วยการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่รัฐต่างประเทศเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลเอง หรือเป็นฝ่ายฟ้องแย้งในคดีถือเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายแล้ว

ซึ่งปัญหาที่ศาลไทยควรคำนึงถึงอย่างมากในเรื่องนี้ก็คือ กรณีที่รัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วถือว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้สละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลแล้ว และเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 20 ของอนุสัญญาว่า "การยินยอมต่อการใช้เขตอำนาจศาลนั้น จะไม่มีนัยเป็นการยอมรับมาตรการบังคับคดีโดยปริยาย" ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลไทยจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐเฉพาะในส่วนของ การพิจารณาคดี แต่ไม่รวมถึงการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดี เว้นแต่ในข้อตกลงดังกล่าวจะได้ระบุถึงการบังคับคดีด้วย ดังนั้น ก่อนที่ศาลไทยจะมีมาตรการอายัด หรือยึด หรือบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ ศาลจะต้องตีความเจตนาสละ



ความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศที่ได้แสดงไว้เสียก่อน ว่าเป็นการสละความคุ้มกันอย่างมีข้อจำกัดหรือไม่เพียงใด ซึ่งขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงระดับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนั้นๆ จากการศึกษาพบว่า การสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยข้อตกลงระดับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนั้น รัฐต่างประเทศสามารถทำได้ 2 ช่วงเวลา ดังนี้

1. รัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงระดับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นก่อนเกิดข้อพิพาท

2. รัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงระดับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการภายหลังจากเกิดข้อพิพาท

#### 6) การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นจะกระทบต่ออธิปไตยและความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศซึ่งเป็นจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยตรง และสำหรับในส่วนของประเทศไทยยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ<sup>1</sup>

จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีไว้ในข้อบทที่ 19 ของอนุสัญญา โดยมีสาระสำคัญว่า ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีนั้นครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินทั้งปวงของรัฐและหน่วยงานของรัฐด้วย เว้นแต่

1. รัฐต่างประเทศนั้นได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้ง เช่น โดยความตกลงระหว่างประเทศ โดยความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือในสัญญาที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากเกิดข้อพิพาท หรือโดยการประกาศต่อศาลหรือการสื่อสารเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากเกิดข้อพิพาท

2. รัฐต่างประเทศนั้นได้จัดสรรหรือระบุทรัพย์สินไว้สำหรับข้อเรียกร้องนั้น

<sup>1</sup>จิตรา ลิ่มเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 95.

3.ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ และทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนของประเทศไทย

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศได้มีการแสดงเจตนาสะท้อนความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยชัดแจ้งแล้ว ศาลไทยก็สามารถทำการยึดอายัด หรือบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้นได้ทันที แต่ถ้าเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้สะท้อนความคุ้มกันจากการบังคับคดีเอาไว้ จึงเกิดปัญหาต่อศาลไทยว่าจะสามารถบังคับคดีเอาทรัพย์สินโดยของรัฐต่างประเทศได้บ้าง และเมื่อพิจารณาจากข้อบทที่ 19 (b) และ (c) ของอนุสัญญาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยย่อมบังคับคดีได้เพียงเฉพาะทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

1. เป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศได้จัดสรรไว้สำหรับข้อเรียกร้อง เช่น เงินที่จัดไว้ซื้อสินค้าเงินที่จัดไว้สำหรับชำระหนี้ เป็นต้น
2. เป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ เช่น ทุนในบริษัทต่างๆ เงินฝากในบัญชีธนาคาร เป็นต้น

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า ในส่วนของการพิจารณาว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์หรือไม่นั้น ศาลไทยควรใช้หลักในการแบ่งแยกประเภททรัพย์สินของรัฐต่างประเทศออกเป็น ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ใช้เพื่อความมุ่งหมายของรัฐบาล และทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อความมุ่งหมายทางพาณิชย์ โดยผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยควรพิจารณาการใช้ทรัพย์สินโดยใช้วิธีการพิสูจน์ความมุ่งหมายของการใช้ทรัพย์สินว่า การใช้ทรัพย์สินนั้นมีความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ กล่าวคือ มีความมุ่งหมายในการแสวงหาผลกำไร หรือเพื่อความมุ่งหมายของรัฐบาล กล่าวคือ มีความมุ่งหมายในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยแท้ โดยการบังคับคดีจะกระทำได้เฉพาะแก่ทรัพย์สินของรัฐที่ถูกใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ หรือเพื่อความมุ่งหมายในการแสวงหาผลกำไรเท่านั้น เช่น เงินฝากในบัญชีธนาคาร เงินที่จัดไว้ซื้อสินค้าหรือไว้ชำระหนี้อื่นๆ รวมทั้งสิทธิในหุ้นของบริษัทต่างๆ และสิทธิหรือประโยชน์ใดๆ ในการใช้หรือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามศาลไทยอาจจะมีปัญหาในการแบ่งแยกทรัพย์สินของรัฐ โดยเฉพาะเป็นกรณี ที่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นถูกใช้ทั้งในความมุ่งหมายของรัฐบาลและในความมุ่งหมายทาง พาณิชยกรรม จึงมีปัญหาว่าทรัพย์สินดังกล่าวควรจะได้รับ ความคุ้มครองกันจากการบังคับคดีหรือไม่ อย่างไร

จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มครองของรัฐและทรัพย์สินจากเขต อำนาจศาล ค.ศ. 2004 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มครองกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐที่ใช้ใน ความมุ่งหมายที่ปะปนกัน และแนวปฏิบัติของประเทศต่างๆ ก็ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติกฎหมาย ภายในเกี่ยวกับเรื่องนี้เช่นกัน โดยประเทศส่วนใหญ่จะปล่อยให้เป็นดุลพินิจของศาล ในเรื่องนี้ผู้เขียน เห็นว่าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนว่ากรณีทรัพย์สินของรัฐถูกใช้ในความมุ่งหมายที่ปะปนกัน หากพิสูจน์หรือแสดงได้ว่าทรัพย์สินบางส่วนถูกใช้สำหรับความมุ่งหมายทางพาณิชยกรรม ทรัพย์สินในส่วน นั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองกันจากการบังคับคดี เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนซึ่งเป็น คู่กรณีกับรัฐต่างประเทศ ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลไทยก็ต้องคำนึงด้วยว่าการใช้มาตรการบังคับแก่ ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น จะต้องกระทำในกรณีที่จำกัดเฉพาะในส่วนที่ใช้เพื่อความมุ่งหมาย ในทางพาณิชยกรรมเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาว่าทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจนั้นจะได้รับความคุ้มครองกันจากการบังคับคดี หรือไม่ โดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจมักจะมีภารกิจเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและการค้าหรือการดำเนินการใน เชิงพาณิชยกรรม และมีรายได้จากค่าตอบแทนจากการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้ไม่รวม "รัฐวิสาหกิจ" ให้อยู่ในความหมายของคำว่า "รัฐ" โดยได้แยก ความหมายของรัฐวิสาหกิจไว้อย่างชัดเจนในข้อบทที่ 10 วรรคสาม ว่าหมายถึงองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดย รัฐซึ่งมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ และมีความสามารถในการฟ้องหรือถูกฟ้องคดี และมี ความสามารถในการครอบครองหรือจำหน่ายทรัพย์สินโดยกำหนดว่า ถ้ารัฐวิสาหกิจนั้นได้เข้าเป็น คู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชยกรรม ก็จะส่งผลทำให้รัฐวิสาหกิจนั้นได้ได้รับความคุ้มครองกันจากเขตอำนาจศาล และทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองกันจากการบังคับคดี แต่ถ้าเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจ นั้นพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นว่าตนได้กระทำไปในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ก็จะสามารถได้รับความคุ้มครองกันของรัฐได้

จากการศึกษาในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 และมีการออกกฎหมายอนุวัติการพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล นอกจากจะเป็นการสร้างความชัดเจนทางกฎหมายในส่วนของความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองเอกชนไทยซึ่งได้ทำธุรกรรมทางพาณิชย์กับรัฐต่างประเทศในการใช้สิทธิทางศาล และขณะเดียวกันก็เป็นการสร้างความชัดเจนเพื่อให้รัฐต่างประเทศทราบว่าเมื่อได้เข้ามาดำเนินกิจกรรมในประเทศไทยแล้ว กิจกรรมใดบ้างที่รัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทย ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐต่างประเทศซึ่งรวมถึงรัฐบาล องค์กร และทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น จะได้รับความคุ้มกันจากการะบวนการทางศาลของประเทศไทย ซึ่งความคุ้มกันของรัฐนี้จะหมายความรวมถึง ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล (Immunity from jurisdiction) และความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี (Immunity from execution) ส่วนข้อยกเว้นที่รัฐต่างประเทศจะไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทย เช่น กรณีการเข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์ กรณีการละเมิด กรณีการจ้างแรงงาน กรณีการเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น