



บทที่ 3

เปรียบเทียบกฎหมายภายในและคำพิพากษาของรัฐต่างๆ เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายภายในและคำพิพากษาของรัฐต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นรัฐที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีและไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 เพื่อให้เกิดความกระจ่างว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศในลักษณะใดบ้าง ที่ถือว่ารัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกัน โดยจะได้ทำการศึกษาใน ประเด็นที่สำคัญ ได้แก่ 1.นิยามของคำว่ารัฐ 2.กิจกรรมของรัฐ 3.ทรัพย์สินของรัฐที่ได้รับความคุ้มกัน 4.รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ 5.การสละความคุ้มกันของรัฐ 6.การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐ ต่างประเทศ โดยในส่วนของประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีนั้น จะศึกษาว่าช่วงก่อนและหลังที่ประเทศ เหล่านี้จะเข้าเป็นภาคีมีแนวปฏิบัติในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศอย่างไร และในส่วนของ ประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีนั้น ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เลือกศึกษาแนวปฏิบัติของประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

3.1 กฎหมายภายในและคำพิพากษาของรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

นับตั้งแต่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขต อำนาจศาล ค.ศ. 2004 เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้ลงนาม ตั้งแต่วันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2005 ถึงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2007 โดยมีประเทศที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีแล้วทั้งสิ้น 13 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส อิหร่าน ญี่ปุ่น คาซัคสถาน เลบานอน นอร์เวย์ โปรตุเกตุ โรมาเนีย ชาติอาระเบีย สเปน สวีเดน และสวิตเซอร์แลนด์ ดังนั้น ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาว่าประเทศ เหล่านี้มีการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศอย่างไร โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ในช่วง ระยะเวลาก่อนที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีมีการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศอย่างไร และภายหลังจากที่ ได้เข้าร่วมเป็นภาคีแล้วมีการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศอย่างไรบ้าง โดยเลือกตัวอย่างจาก

ประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้มาศึกษาจำนวน 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสวีเดนและญี่ปุ่น

3.1.1 กฎหมายภายในและคำพิพากษาเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐช่วงระยะเวลา ก่อนที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคี

ก. ประเทศสวีเดน

จากการศึกษาพบว่าก่อนที่ประเทศสวีเดนจะได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 นั้น ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญายุโรปว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 1972 (the European Convention on State Immunity 1972) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ ซึ่งถือการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดอยู่แล้ว โดยแบ่งการกระทำของรัฐต่างประเทศออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการของรัฐโดยแท้ และการกระทำของรัฐต่างประเทศที่ไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือเป็นกิจการทางพาณิชย์

โดยถือว่าหากการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการของรัฐโดยแท้แล้ว รัฐต่างประเทศนั้นย่อมได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือเป็นกิจการทางพาณิชย์ รัฐต่างประเทศนั้นก็จะได้ไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากแนวปฏิบัติทางศาลของประเทศสวีเดน ในคดี *Republique socialiste du peuple arabe de Lybie Jamahiriya v. Actimon SA* ปี ค.ศ. 1985 ศาลสวีเดนได้ยอมรับว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ฝากไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) ที่ได้ฝากไว้ในธนาคาร Swiss National Bank จะได้รับการยกเว้นจากมาตรการบังคับคดีในประเทศสวีเดน ถ้ารัฐต่างประเทศนั้นได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าทรัพย์สินดังกล่าวถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะโดยเฉพาะ ดังนั้น ในคดีนี้ศาลจึงได้ตัดสินว่า "ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มกันจากการอายัด

ทรัพย์สินนั้น จะต้องเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศได้จัดสรรไว้โดยเฉพาะสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย (sovereign function)¹

ข. ประเทศญี่ปุ่น

เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นไม่มีกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ แต่จากแนวปฏิบัติทางศาลของประเทศญี่ปุ่นแสดงให้เห็นว่าประเทศญี่ปุ่นนั้นได้ถือหลักความคุ้มกันแบบเด็ดขาดเป็นแนวทางในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ เช่น คดี *Matsuyama v. Republic of China* ปี ค.ศ. 1928 โดยคดีนี้โจทก์ได้ฟ้องรัฐบาลจีนต่อศาลประเทศญี่ปุ่น เพื่อให้รัฐบาลจีนชำระเงินให้แก่โจทก์ โดยในคดีนี้ศาลญี่ปุ่นถือว่าตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นรัฐอธิปไตยย่อมได้รับความคุ้มกันให้ไม่ต้องตกอยู่ใต้อำนาจบังคับของรัฐอื่น ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่ารัฐบาลจีนได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล² ซึ่งศาลญี่ปุ่นก็ได้ยึดคำพิพากษาในคดีนี้เป็นแนวทางในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศเรื่อยมา แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจากการให้ความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดมาเป็นการให้ความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดแล้วก็ตาม³ จนกระทั่งศาลญี่ปุ่นได้เปลี่ยนมายอมรับการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ ตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด โดยคดีแรกที่ศาลญี่ปุ่นได้เปลี่ยนมายอมรับการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ ตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดคือ คดี *Yamaguchi v. United States (Yokota Base case)* ปี ค.ศ. 2002 โดยคดีนี้ศาล Supreme Court of Japan ได้วางหลักไว้ว่า "แม้ว่าทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาดนั้นเป็นกฎเกณฑ์ดั้งเดิมของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงการขยายตัว ของกิจกรรมของรัฐและแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ในการจำกัดขอบเขตที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐแล้ว เห็นว่าเป็นการไม่สมควรที่รัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องร้องทางแพ่งสำหรับการกระทำของรัฐในเชิงพาณิชย์ แต่หากการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็น

¹ August Reinisch. *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. The European Journal of International Law*.2006. p. 809.

² Naoki Iguchi, Aoi Inoue and Maki Kadonaga, *New Act Sets Out Terms of Jurisdictional Immunity for Foreign States*2009 [Online]. 20 Jan 2012. Available from: https://www.amt-law.com/pdf/bulletins3_pdf/090825_1.pdf

³ Marlar Maw. *State Immunity and Current States'Judicial Practices*[Online]. 12 Nov 2012. Available from: http://dspace.lib.niigata-u.ac.jp:8080/dspace/bitstream/10191/6381/1/01_0035.pdf

การกระทำเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ รัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องร้องทางแพ่ง”⁴

3.1.2 กฎหมายภายในและคำพิพากษาเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐภายหลังจากที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคี

ก. ประเทศสวีตเซอร์แลนด์

ประเทศสวีตเซอร์แลนด์ได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล เมื่อปี ค.ศ. 2006 และได้ให้สัตยาบัน (ratification) ในปี ค.ศ. 2010 โดยก่อนที่ประเทศสวีตเซอร์แลนด์ก่อนที่จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 นั้น ได้แบ่งการให้ความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศออกเป็น 2 รูปแบบ โดยยึดถือตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศที่ว่าหากเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศได้กระไปในกิจกรรมทางพาณิชย์แล้วรัฐต่างประเทศก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มกันแต่อย่างใด ซึ่งการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้มีผลต่อแนวปฏิบัติของประเทศสวีตเซอร์แลนด์ ดังนี้

1. ผลกระทบที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล

เนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้รวบรวมหลักความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัด ซึ่งได้มีระบุประเภทของกิจกรรมที่เป็นข้อยกเว้นที่จะทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นในกระบวนการพิจารณาของศาล ได้แก่ กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สิน กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการพิจารณากฎมฉิทธิ การครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน

⁴ Naoki Iguchi, Aoi Inoue and Maki Kadonaga, *New Act Sets Out Terms of Jurisdictional Immunity for Foreign States* 2009 [Online], 20 Jan 2012. Available from: https://www.amt-law.com/pdf/bulletins3_pdf/090825_1.pdf

กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินอุตสาหกรรม กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการเข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัว กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องซึ่งเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐ เป็นต้น ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้เป็นการแบ่งแยกระหว่างการกระทำที่เป็นกิจการของรัฐโดยแท้ และการกระทำที่เป็นกิจการทางพาณิชย์ ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของประเทศสวิตเซอร์แลนด์อยู่แล้ว เพียงแต่มีการบัญญัติข้อยกเว้นไว้มากกว่าแนวปฏิบัติที่มีอยู่ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เช่น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งศาลของประเทศสวิตเซอร์แลนด์จะต้องทำการปรับเปลี่ยนแนวปฏิบัติให้เป็นไปตามอนุสัญญาฉบับนี้

2. ผลกระทบที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี

ในเรื่องนี้มีประเด็นความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 และแนวปฏิบัติของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ในประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่สินทรัพย์ที่เป็นตัวเงิน (monetary assets) ที่เป็นของรัฐต่างประเทศที่อยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งศาล the Federal Supreme court ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์เคยวางหลักไว้ว่า “ความคุ้มกันของรัฐนั้นไม่ครอบคลุมถึงสินทรัพย์ที่เป็นตัวเงิน (monetary assets) เว้นแต่ว่าเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นได้มีการจัดสรรไว้เพื่อจุดประสงค์สาธารณะ” ซึ่งแตกต่างกับข้อบทที่ 19 (c) ของอนุสัญญาที่บัญญัติว่า “ความคุ้มกันของรัฐนั้นครอบคลุมทรัพย์สินทุกประเภท เว้นแต่จะเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นได้มีการจัดสรรไว้เพื่อจุดประสงค์ทางพาณิชย์” แสดงให้เห็นว่าแนวปฏิบัติของประเทศสวิตเซอร์แลนด์การพิจารณาพิสูจน์เป็นของรัฐต่างประเทศที่ตกเป็นจำเลย จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าสินทรัพย์ที่เป็นตัวเงินนั้น (monetary assets) ได้ถูกจัดสรรไว้เพื่อจุดประสงค์สาธารณะ จึงจะทำให้ทรัพย์สินเช่นว่านั้นได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี

ข. ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล เมื่อปี ค.ศ. 2007 และได้ให้การยอมรับ (acceptance) ในปี ค.ศ. 2010 โดยประเทศญี่ปุ่นได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ คือ Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2010 โดยเป็นการออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการอนุสัญญา⁵ โดยแบ่งการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศออกเป็นความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล และความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี โดยมาตรา 4 ของ Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2010 บัญญัติว่า รัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของประเทศญี่ปุ่น เว้นแต่กฎหมายฉบับนี้จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น และได้บัญญัติข้อยกเว้นที่จะทำให้รัฐต่างประเทศไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลแห่งของญี่ปุ่น เช่น ความยินยอมต่างๆของรัฐต่างประเทศ (มาตรา 5-7), ธุรกรรมทางพาณิชย์ (มาตรา 8), สัญญาจ้างแรงงานสำหรับการปฏิบัติงานในญี่ปุ่น (มาตรา 9), ความตายหรือความบาดเจ็บส่วนบุคคล และความเสียหายหรือสูญหายแก่ทรัพย์สินที่จับต้องได้ (มาตรา 10), สิทธิ ผลประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศญี่ปุ่น (มาตรา 11), สิทธิและผลประโยชน์ในการบริหารหรือการจัดการทรัพย์สินที่อยู่ในเขตอำนาจศาลญี่ปุ่น (มาตรา 12) และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (มาตรา 13) เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับคดีไว้ในมาตรา 17 และ 18 โดยมีหลักว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากการมาตรการบังคับคดีเว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะได้ยินยอมโดยชัดแจ้ง และถ้าเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินทางพาณิชย์ (commercial property) ที่ถูกรครอบครองโดยรัฐต่างประเทศก็อาจถูกบังคับคดีได้โดยปราศจากความยินยอม ซึ่งการบัญญัติกฎหมาย Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2010 ของประเทศญี่ปุ่นนั้น เป็นการช่วยสร้างความชัดเจนว่าศาลญี่ปุ่นมีเขตอำนาจในการพิจารณากรณีใดบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชนและบริษัทต่างๆ

⁵ Yoshimasa Furuta and Mariko Nagata, Anderson Mori & Tomotsune (Tokyo), [Japan: Sovereign immunity, international jurisdiction and courts' powers in labour dispute](http://diplomaticlaw.com/blog/2010/04/japan-sovereign-immunity-international-jurisdiction-and-courts-powers-in-labour-disputes/)[Online]. 2009. Available from: <http://diplomaticlaw.com/blog/2010/04/japan-sovereign-immunity-international-jurisdiction-and-courts-powers-in-labour-disputes/>

กับรัฐต่างประเทศ ซึ่งแต่เดิมนั้นประเทศญี่ปุ่นมีเพียงกฎหมายเอกชน (private law) และกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการธุรกิจ (business management acts) เท่านั้น ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่ค่อยมีความชัดเจนนัก⁶

จากการศึกษาในส่วนของประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 พบว่าในกรณีของประเทศที่ไม่มี การบัญญัติกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินรัฐ การที่ประเทศเหล่านั้นได้เข้าร่วมเป็นภาคีและมีการออกกฎหมายภายในของตนเพื่อรองรับพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ จะเป็นการสร้างความชัดเจนให้แก่ศาลภายใน เช่น ในกรณีของประเทศญี่ปุ่น การออกกฎหมายภายใน Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2010 ของประเทศญี่ปุ่น นั้น เป็นการช่วยสร้างความชัดเจนว่าศาลญี่ปุ่นมีเขตอำนาจในการพิจารณากรณีใดบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชนและบริษัทต่างๆ กับรัฐต่างประเทศ

3.2 กฎหมายภายในและคำพิพากษาของรัฐที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

ในส่วนนี้จะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายภายในและคำพิพากษาของรัฐที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ โดยการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายภายในของรัฐและบทบัญญัติของอนุสัญญาว่ามีขอบเขตในการให้ความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศอย่างไรบ้าง เพื่อเป็นข้อควรพิจารณาของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาในอนาคต โดยเลือกประเทศที่นำมาเป็นตัวอย่าง ในการศึกษา คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ

⁶Tomohiro Ono, "Law on the Civil Jurisdiction of Japanese Courts over Foreign Countries," *Yuasa and Hara Business Law News*(August 2010): 9-10.

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่เดิมแนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงแห่งสหรัฐ (US Supreme Court) ยึดหลักว่าเอกชนจะฟ้องรัฐต่างประเทศเป็นจำเลยในศาลสหรัฐไม่ได้ เพราะรัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกันและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลสหรัฐ ไม่ว่าประเด็นพิพาทจะเป็นประเด็นเรื่องการใช้อำนาจสาธารณะของรัฐโดยแท้ หรือเป็นประเด็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของรัฐเยี่ยงเอกชนก็ตาม และโดยทั่วไปศาลสหรัฐก็มีแนวโน้มที่จะยอมรับข้อวินิจฉัยของกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันหรือไม่ แต่หลังจากกลางศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐได้เปลี่ยนแปลงท่าทีไปตามพัฒนาการในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีประเทศต่างๆ เริ่มเปลี่ยนแนวคิดจากการให้ความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (absolute immunity) หันมายอมรับแนวคิดการให้ความคุ้มกันแบบจำกัด (restrictive immunity) มากขึ้นเรื่อยๆ โดยรับรองความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศเฉพาะกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นๆ ได้กระทำการโดยใช้อำนาจสาธารณะหรืออำนาจรัฐโดยตรง ส่วนกรณีที่รัฐกระทำการเยี่ยงเอกชนนั้น รัฐต่างประเทศย่อมไม่ได้รับความคุ้มกัน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1976 สภาครองเกรสซึ่งมีแนวโน้มที่จะลดทอนอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐที่เป็นผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการรับรองหรือไม่รับรองความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ด้านการเมืองเป็นหลัก ดังนั้น สภาครองเกรสจึงได้นำเอาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการให้ความคุ้มกันแบบจำกัด (restrictive immunity) มาตราขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เรียกว่า Foreign Sovereign Immunities Act 1976 โดยบัญญัติข้อยกเว้นการรับรองความคุ้มกันไว้เป็นกรณีๆ ไป หากไม่ใช่กรณีที่เข้าข่ายข้อยกเว้นไม่ได้รับความคุ้มกัน ก็ต้องสันนิษฐานว่ารัฐต่างประเทศนั้นๆ ได้รับความคุ้มกัน สำหรับกรณีที่เข้าข่ายข้อยกเว้นการได้รับความคุ้มกันที่สำคัญตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ก็คือกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นสละความคุ้มกันเองหรือตกลงเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาท หรือเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศดำเนินกิจการด้านธุรกิจการค้าเยี่ยงเอกชน หรือกระทำการละเมิดในสหรัฐอเมริกา หรือได้ทำการยึดทรัพย์สินของเอกชนโดยฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ หรือในกรณีที่รัฐต่างประเทศใช้สิทธิฟ้องแย้งขึ้นในศาลสหรัฐ และไม่นานมานี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศให้เหมาะแก่สถานการณ์ระหว่างประเทศและแนวโน้มปัจจุบันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนและความร่วมมือระหว่างรัฐในการต่อต้านการก่อการร้าย ทำให้

มีการระบุนเหตุที่สหรัฐอเมริกาถือว่ารัฐต่างประเทศไม่อาจอ้างความคุ้มกันได้ในกรณีที่รัฐต่างประเทศใช้อำนาจด้วยการทรมาน หรือการใช้วิธีการทารุณโหดร้าย ทำวิสามัญฆาตกรรม ก่อวินาศกรรมต่ออากาศยาน หรือลักพาตัวบุคคลไปเป็นตัวประกัน เป็นต้น⁷

ข. ประเทศอังกฤษ

ในส่วนของประเทศอังกฤษนั้นมีการตรากฎหมาย State Immunity Act 1978 ขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 1972 (European Convention on State Immunity 1972) ซึ่งประเทศอังกฤษเข้าเป็นภาคี ตามกฎหมายอังกฤษนั้นถือหลักว่ารัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายนี้ และรัฐต่างประเทศอาจถูกฟ้องให้ตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลอังกฤษได้ กล่าวคือ ศาลอังกฤษมีอำนาจพิจารณาคดีที่มีการฟ้องรัฐต่างประเทศเป็นจำเลยได้ หากรัฐต่างประเทศนั้นได้สละความคุ้มกันโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย และการที่รัฐต่างประเทศเป็นฝ่ายเริ่มเรื่องร้องขอให้ศาลอังกฤษพิจารณาคดีของตนย่อมถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย และในเรื่องที่รัฐต่างประเทศพิพาทกับเอกชนในเรื่องธุรกรรมทางพาณิชย์นั้น รัฐต่างประเทศอาจสละความคุ้มกันได้ หากรัฐต่างประเทศนั้นผูกพันที่จะชำระหนี้ในประเทศที่เป็นดินแดนที่ศาลตั้งอยู่ (ในกรณีนี้คือประเทศอังกฤษ) เว้นแต่จะเป็นสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างรัฐกับรัฐ หรือเป็นกรณีที่สัญญาทางปกครองที่ตกอยู่ใต้บังคับกฎหมายปกครอง เป็นต้น⁸

3.2.1 รัฐที่ได้รับความคุ้มกัน

ในส่วนนี้เป็นการศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดความหมายของคำว่า "รัฐ" เนื่องจากรัฐเป็นผู้อุปโภคความคุ้มกัน โดยจะได้ทำการเปรียบเทียบระหว่างคำนิยามของคำว่า "รัฐ" ที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

⁷ Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, *Foreign relations law : case and materials*. USA: Aspen, 2003, pp. 571-575.

⁸ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 245-246.

กฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 2 วรรค 1 (b) รัฐ หมายถึง</p> <p>1.รัฐและองค์กรต่างๆของรัฐบาลนั้น</p> <p>2.หน่วยที่ประกอบเป็นสหพันธรัฐ หรือส่วนย่อยทางการเมืองของรัฐ ซึ่งมีสิทธิกระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยและกำลังกระทำการในฐานะดังกล่าว</p> <p>3.หน่วยงานหรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือองค์กรอื่นๆ ในขอบเขตที่ว่าหน่วยงานนั้นมีสิทธิที่จะกระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ</p> <p>4.ผู้แทนต่างๆ ของรัฐซึ่งกระทำการในฐานะนั้น</p>	<p>มาตรา 1603 (a) รัฐต่างประเทศนั้นหมายความรวมทั้ง องค์กรทางการเมืองของรัฐต่างประเทศ หรือตัวแทน หรือหน่วยงานใดๆ ของรัฐต่างประเทศ</p> <p>มาตรา 1603 (b) ตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ หมายถึง องค์ภาวะซึ่ง</p> <p>1.เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากในรูปบริษัท หรืออื่นๆ ที่คล้ายคลึงกัน</p> <p>2.เป็นองค์กรของรัฐต่างประเทศหรือองค์กรทางการเมืองหรือเป็นหน่วยงานซึ่งมีรัฐต่างประเทศหรือองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก หรือเป็นเจ้าของกิจการนั้น และ</p>	<p>มาตรา 14 (1) รัฐ ต่าง ประเทศ นั้น หมายความรวมทั้ง</p> <p>1.ประมุขแห่งรัฐต่างประเทศนั้น ในความสามารถที่ได้กระทำไปในฐานะประมุขของรัฐ</p> <p>2.รัฐบาลของรัฐต่างประเทศนั้น</p> <p>3.หน่วยงานใดๆ ของรัฐบาล แต่ไม่รวมถึง</p> <p>1.องค์ภาวะซึ่งแยกต่างหากจากองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐบาลของรัฐต่างประเทศนั้น ซึ่งสามารถที่จะฟ้องหรือถูกฟ้องได้</p> <p>2.ดินแดนใดๆ ซึ่งได้ถูกต่อตั้งเป็นส่วนหนึ่งของสหพันธ์แห่ง</p>

อนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐจาก เขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของ ประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
	3. ไม่ได้เป็นคนชาติของรัฐหนึ่งรัฐ ใดในสหรัฐอเมริกา ตามที่บัญญัติ ไว้ในมาตรา 1332 (c) และ (d) และไม่ได้เกิดขึ้นภายใต้กฎหมาย ของประเทศที่สาม	รัฐต่างประเทศ มาตรา 14 (2) องค์ภาวะที่แยกต่างหาก (separate entity) จะได้รับ ความคุ้มกันจากอำนาจศาล ของอังกฤษ ถ้า (a) ได้กระทำการในการใช้ อำนาจอธิปไตยของรัฐ และ (b) ถ้าในสถานการณ์เช่นว่า นั้น รัฐได้รับความคุ้มกัน

ในส่วนของคำนิยามของคำว่า "รัฐ" นี้ มีประเด็นปัญหา คือ รัฐวิสาหกิจของรัฐต่างประเทศ จะได้รับความคุ้มกันของรัฐหรือไม่ เนื่องจากรัฐวิสาหกิจ (State enterprise) เป็นองค์กรที่สร้างปัญหา ต่อศาลอย่างมากในการพิจารณาเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งหากพิจารณาจากการก่อตั้งองค์กรแล้ว จะเห็นว่าองค์กรประเภทนี้เกิดขึ้นจากการจัดตั้งของรัฐบาล และมีสภาพเป็นนิติบุคคลที่มีความเป็น อิสระ (independent legal persons) โดยอำนาจในการบริหารงานต่างๆ ขึ้นอยู่กับนโยบายที่รัฐ กำหนดและถูกควบคุมโดยรัฐบาล แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจนั้น มุ่งที่ จะแสวงหาผลกำไรเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป จึงทำให้เกิดปัญหาว่ารัฐวิสาหกิจจะได้รับความคุ้มกัน ของรัฐหรือไม่ โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศอธิบายว่า "ตัวแทนหรือหน่วยงานของ รัฐ" ในทางทฤษฎีนั้นรวมถึงรัฐวิสาหกิจหรือองค์กรอื่นๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐและกระทำการในทาง

พาณิชย์ด้วย⁹ ดังนั้น จึงอาจสันนิษฐานไว้ก่อนว่ารัฐวิสาหกิจนั้นไม่ได้ดำเนินการในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐบาล และไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นได้ โดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้อธิบายลักษณะของรัฐวิสาหกิจหรือองค์กรอื่นๆ ที่จัดตั้งโดยรัฐ (State enterprise or other entity established by a State) ไว้ในข้อบทที่ 10 วรรคสาม ว่ามีลักษณะดังต่อไปนี้

1. มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ
2. มีความสามารถในการฟ้องหรือถูกฟ้องคดี
3. มีความสามารถในการได้มาซึ่งการเป็นเจ้าของ หรือการครอบครอง
4. มีความสามารถในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน รวมถึงทรัพย์สินซึ่งรัฐนั้นได้มอบให้รัฐวิสาหกิจหรือองค์กรนั้นดำเนินการหรือบริหารจัดการ

เมื่อพิจารณาจากข้อบทที่ 10 วรรคสาม ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจได้ทำธุรกรรมทางพาณิชย์กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจจะไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาซึ่งเกิดจากธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากรัฐวิสาหกิจนั้นสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าตนเองมีส่วนที่จะได้รับความคุ้มกันของรัฐ เช่น อ้างว่าตนเองเป็นหน่วยงานของรัฐบาลและได้ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากว่ารัฐวิสาหกิจสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเป็นหน่วยงานของรัฐบาลและได้ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะก็จะสามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา การพิจารณาว่า“องค์กร” (organ) ไต่บ้างถือเป็นองค์กรของรัฐต่างประเทศและได้รับความคุ้มกันของรัฐหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาจาก Foreign Sovereign

⁹ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p.614.

Immunities Act มาตรา 1603 (a) และ (b) ที่บัญญัติว่ารัฐต่างประเทศนั้นหมายความรวมทั้ง องค์กรทางการเมืองของรัฐต่างประเทศ หรือตัวแทน หรือหน่วยงานใดๆ ของรัฐต่างประเทศ ตลอดจนหน่วยงานซึ่งมีรัฐต่างประเทศหรือองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากหรือเป็นเจ้าของกิจการนั้น โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า “องค์กร” (organ) ไต่บ้างถือเป็นองค์กรของรัฐต่างประเทศตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ให้พิจารณาว่าเข้าลักษณะดังต่อไปนี้หรือไม่

1. เป็นองค์กรที่รัฐต่างประเทศจัดตั้งขึ้นเพื่อบริหารจัดการผลประโยชน์ของศาล
2. การดำเนินกิจกรรมใดๆ ขององค์กรอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐต่างประเทศ
3. รัฐต่างประเทศเป็นผู้ว่าจ้างและเป็นผู้จ่ายเงินเดือน
4. เป็นองค์กรที่ดำเนินการภายใต้กฎหมายของรัฐต่างประเทศ¹⁰

เช่น ในคดี *Santilli v. Cardone* ปี ค.ศ. 2008 โดยในคดีนี้มหาวิทยาลัยอิตาลี (Italian university) อ้างความคุ้มกันจากการดำเนินคดี โดยอ้างว่าตนเองถือว่าเป็นรัฐต่างประเทศ (foreign state) เพราะมหาวิทยาลัยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐบาลอิตาลี โดยในคดีนี้อธิการบดีของมหาวิทยาลัยให้การว่า 1) มหาวิทยาลัยก่อตั้งขึ้นโดยรัฐบาลอิตาลีในปี ค.ศ. 1964 2) มหาวิทยาลัยได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลอิตาลีประมาณร้อยละ 75 ของรายได้ทั้งหมดของมหาวิทยาลัย 3) รัฐบาลอิตาลีเป็นผู้ตรวจสอบและควบคุมการใช้เงินงบประมาณของมหาวิทยาลัย 4) มหาวิทยาลัยได้รับเงินจากรัฐบาลเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายต่างๆ เมื่อศาลได้พิจารณาคำให้การของอธิการบดีแล้ว ศาลเห็นว่าจำเลยไม่ได้แสดงให้ศาลเห็นว่า 1) มหาวิทยาลัยนั้นมีวัตถุประสงค์ในการสอนและการวิจัยเพื่อประโยชน์สาธารณะ 2) รัฐบาลอิตาลีควบคุมดูแลมหาวิทยาลัยหรือจ้างบุคลากร 3) มหาวิทยาลัยดำเนินการภายใต้กฎหมายอิตาลี ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่ามหาวิทยาลัยดังกล่าวไม่ถือเป็นตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐอิตาลี จึงไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากการฟ้องร้องคดีตามกฎหมาย Foreign

¹⁰ Crowell & Moring LLP. *The Foreign Sovereign Immunities Act: 2008 Year in review*. USA, 2009, p. 5.

Sovereign Immunities Act¹¹ และในคดี *Callejo v. Bancomer* ปี ค.ศ. 1985 คดีนี้เป็นกรณีที่ธนาคาร Maxican bank ไม่อนุญาตให้ทำการไถ่ถอนบัตรเงินฝาก (certificate of deposit) โจทก์ได้รับความเสียหายจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล ต่อมาศาลได้ตัดสินยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าธนาคารดังกล่าวถือเป็นหน่วยงาน (instrumentality) ของรัฐบาล Maxican และได้รับประโยชน์จากความคุ้มกันของรัฐ¹²

แต่ในส่วนขององค์กรในรูปแบบรัฐวิสาหกิจนั้น มาตรา 1603 (a) และ (b) ของ Foreign Sovereign Immunities Act ได้บัญญัติว่า "รัฐต่างประเทศนั้นหมายความรวมทั้ง องค์กรทางการเมืองของรัฐต่างประเทศ หรือตัวแทน หรือหน่วยงานใดๆ ของรัฐต่างประเทศ ตลอดจนหน่วยงานซึ่งมีรัฐต่างประเทศหรือองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากหรือเป็นเจ้าของกิจการ" ซึ่งในคดี *Herzberger v. Compania de Acero del Pacifico, S.A.* ปี ค.ศ. 1978 ศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่าบริษัทต่างชาตินั้นจะถือเป็นรัฐต่างประเทศได้ หากมีรัฐต่างประเทศเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ร้อยละ 50 ขึ้นไป ซึ่งในคดีนี้ศาลพิจารณาว่าจำเลยซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติชิลี นั้นเป็นรัฐต่างประเทศตามความหมายที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act เพราะบริษัทดังกล่าวมีรัฐบาลชิลีเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก¹³

ดังตัวอย่าง เช่น ในคดี *Yogoexport Inc. v. Thai Airway International* ปี ค.ศ. 1984 โดยคดีนี้เป็นคดีระหว่างบริษัทการบินไทยกับบริษัท Yogoexport ข้อเท็จจริงในคดีนี้เกิดจากการที่บริษัท Yogoexport ซึ่งเป็นหน่วยงานของประเทศยูโกสลาเวีย อันมีที่ตั้งสำนักงานอยู่ที่กรุงนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ขนส่งเมล็ดข้าวลงเรือจากกรุง Beograd ประเทศยูโกสลาเวียไปยังเมือง Vientiane ประเทศลาวโดยผ่านท่าเรือในประเทศไทย ในขณะที่สินค้าถูกเก็บไว้ชั่วคราวที่โกดังในกรุงเทพมหานคร ซึ่งการทำเรือแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของได้เกิดไฟไหม้ขึ้น ทำให้เมล็ดข้าวได้รับความเสียหาย ดังนั้นบริษัท Yogoexport จึงได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสหรัฐอเมริกาออกหมายอายัดบัญชีเงินฝากของบริษัท

¹¹ *ibid* p. 7.

¹² M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p. 722.

¹³ อารยา กิตติเวช, "การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย: ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 103.

การไทย ซึ่งอยู่ที่เมือง Seattle ในกรุงนิวยอร์กไว้แทน บริษัทการบินไทยจึงได้ยกข้อต่อสู้ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาว่า เนื่องจากการบินไทยเป็นหน่วยงานของรัฐบาลไทย ดังนั้น จึงย่อมได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลสหรัฐอเมริกา ศาลพิจารณาคดีตามกฎหมาย จาก Foreign Sovereign Immunities Act มาตรา 1603 (b) ว่า "ตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ หมายถึง องค์ภาวะซึ่งเป็นองค์กรของรัฐต่างประเทศ หรือองค์กรทางการเมืองหรือเป็นหน่วยงานซึ่งมีรัฐต่างประเทศหรือองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก หรือเป็นเจ้าของกิจการนั้น" ซึ่งในคดีนี้ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าบริษัทการบินไทยนั้นมีรัฐบาลไทยเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก ดังนั้น จึงถือได้ว่าการบินไทยเป็นรัฐต่างประเทศ¹⁴

ต่อมาจะเป็นการพิจารณาในส่วนของประเทศอังกฤษ ว่ากฎหมาย State Immunity Act of 1978 ของประเทศอังกฤษนั้นได้กล่าวถึงรัฐวิสาหกิจไว้อย่างไร เมื่อพิจารณาจากมาตรา 14 (1) ที่บัญญัติว่า "รัฐ" หมายความรวมทั้ง รัฐบาลของรัฐนั้นและกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ของรัฐบาลนั้น แต่ไม่รวมถึงองค์ภาวะ (entity) ที่เป็น "องค์ภาวะที่แยกต่างหาก" (separate entity) ซึ่งแยกต่างหากจากองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐบาลของรัฐต่างประเทศนั้น ซึ่งสามารถที่จะฟ้องหรือถูกฟ้องได้ โดยในคดี *Propend Finance v. Sing.* ศาลอังกฤษได้อธิบายความหมายของคำว่า "รัฐบาล" (government) ว่านอกจากจะหมายถึงรัฐบาลตามความหมายทั่วไปแล้ว ควรจะต้องมีการวิเคราะห์ตามแนวคิดในเรื่องอำนาจอธิปไตย ดังนั้น คำว่า "รัฐบาล" จึงควรมีความหมายเพียงแค่รัฐบาลอังกฤษ แต่ควรรวมถึงการปฏิบัติงานของหน่วยงานตำรวจในฐานะที่เป็นกิจกรรมส่วนหนึ่งของรัฐบาล นอกจากนี้ยังรวมถึงลูกจ้างที่เป็นปัจเจกบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ ดังนั้น ในคดีนี้ศาลจึงตัดสินว่าผู้กำกับการตำรวจของ Australian Federal Police และคณะกรรมการ (จำเลยในคดี) ได้รับความคุ้มกันของรัฐด้วย จึงเห็นได้ว่าตามกฎหมายอังกฤษนั้น ตัวแทนของรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันของรัฐก็ต่อเมื่อตัวแทนเหล่านั้นได้กระทำการในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยหรือเป็นกระทำในฐานะรัฐบาล¹⁵ โดยมาตรา 14 (2) ของ State Immunity Act of 1978 ของประเทศอังกฤษได้กำหนดภาวะ

¹⁴ อารยา กิตติเวช, "การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย: ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 178.

¹⁵ M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p. 732.

การพิสูจน์แก่องค์ภาวะที่แยกต่างหาก จะต้องแสดงให้เห็นว่าตนเองได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ จึงจะทำให้องค์ภาวะที่แยกต่างหากนั้นสามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ โดยมาตรา 14 (2) บัญญัติว่า "องค์ภาวะที่แยกต่างหาก (separate entity) จะได้รับความคุ้มกันจากอำนาจศาลของอังกฤษ ถ้า (a) ได้กระทำในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และ (b) ถ้าในสถานการณ์ เช่นว่านั้นรัฐได้รับความคุ้มกัน" ดังตัวอย่าง เช่น คดี *Baccus SRL v. Servicio Nacional del Trigo* ปี ค.ศ. 1957 และคดี *Trendtex Trading Corporation Ltd v. Central Bank of Nigeria* ปี ค.ศ. 1977 ทั้งสองคดีนี้ศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่า "องค์ภาวะที่แยกต่างหาก (separate entity) จะได้รับความคุ้มกันก็ต่อเมื่อได้กระทำในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และในสถานการณ์เช่นว่านั้น รัฐก็จะได้รับความคุ้มกันด้วย"¹⁶

โดยปกติแล้วรัฐวิสาหกิจ (State enterprise) ดำเนินการในลักษณะที่ไม่ใช่หน้าที่ของรัฐบาล เนื่องจากได้มีการแปรรูปเป็นบริษัทและมีผู้ถือหุ้นเป็นเอกชน มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากองค์กรของรัฐ เช่น ในคดี *Congreso del Partido* ปี ค.ศ. 1983 ศาลอุทธรณ์อังกฤษวินิจฉัยว่า รัฐวิสาหกิจ (State-controlled enterprises) เป็นนิติบุคคลที่มีความสามารถในการทำการค้าหรือเข้าทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นลักษณะของการพาณิชย์สมัยใหม่ ซึ่งตามกฎหมาย State Immunity Act of 1978 ของประเทศอังกฤษแล้ว รัฐวิสาหกิจไม่ถือเป็น "องค์ภาวะที่แยกต่างหาก" (separate entity) ซึ่ง "องค์ภาวะที่แยกต่างหาก" (separate entity) เหล่านี้จะได้รับความคุ้มกันก็ต่อเมื่อได้ดำเนินกิจกรรมที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ¹⁷ ดังนั้น จึงอาจแสดงได้ว่าเห็นว่ารรัฐวิสาหกิจนั้นอาจจะได้รับความคุ้มกันของรัฐก็ได้ ถ้ารัฐวิสาหกิจนั้นได้กระทำในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

เช่น ในคดี *Kuwait Airway v. Iraqi Airways* ปี ค.ศ. 1995 The House of Lords ได้วินิจฉัยว่าการที่พิจารณาว่าองค์ภาวะ (entity) หรือองค์ภาวะที่แยกต่างหาก (separate entity) นั้นเป็นองค์กรของรัฐหรือไม่นั้น ให้พิจารณาดังนี้

¹⁶ M.N. Shaw, *International Law* (sixth edition). (New York: Cambridge University press, 2008) p. 731.

¹⁷ Christoph H. Schreuer, *State immunity: some recent developments*. (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1988), p. 137.

1. องค์การนั้นก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชน (public law) มากกว่ากฎหมายเอกชน (private law)
2. องค์การนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาล (under government control)
3. องค์การนั้นกระทำการในลักษณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐบาล (exercise governmental functions)¹⁸

และในคดี *Kensington International Ltd. v. Republic of the Congo* ปี ค.ศ. 2005 ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า State-owned oil company SNPC จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศคองโกและมีหน้าที่ในการแสวงหาแหล่งน้ำมันสำรองในนามของประเทศคองโก โดยทรัพย์สินของบริษัทเป็นของประเทศคองโก ดังนั้น ศาลจึงได้ตัดสินว่า “บริษัทดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของประเทศคองโกและไม่ถือเป็นองค์การที่แยกต่างหากจากรัฐ เนื่องจากศาลเห็นว่าบริษัทยังคงได้รับงบประมาณจากรัฐ และมีหน้าที่ดำเนินการในนามของรัฐ โดยการดำเนินงานของบริษัทอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของงบประมาณและเศรษฐกิจ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของบริษัทก็ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาล”¹⁹

จึงสรุปได้ว่าในกรณีที่มีปัญหาว่ารัฐวิสาหกิจนั้นจะสามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้หรือไม่ จากการศึกษาพบว่าในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ถ้ารัฐวิสาหกิจดังกล่าวมีองค์กรทางการเมืองหรือเป็นหน่วยงานซึ่งมีรัฐต่างประเทศหรือองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก หรือเป็นเจ้าของกิจการ ก็ถือว่ารรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ตามมาตรา 1603 (b) ของกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ทำให้สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ แต่ ถ้าเป็นกรณีของประเทศอังกฤษพบว่าโดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจนั้นจะไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ เพราะตามกฎหมาย State Immunity Act of 1978 นั้น รัฐวิสาหกิจไม่ถือเป็นองค์การที่แยกต่างหากจากองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐบาลของรัฐต่างประเทศ เพราะถือว่าโดยทั่วไปแล้วการกระทำ

¹⁸ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 254.

¹⁹ *Ibid*, p. 254.

ของรัฐวิสาหกิจนั้นจะเกี่ยวข้องกับการค้าพาณิชย์มากกว่าที่จะเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐบาล แต่ถ้าวรัฐวิสาหกิจนั้นพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือในลักษณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐบาล ก็จะได้รับ ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของประเทศอังกฤษ ตามมาตรา 14 (2) และเมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 เห็นว่ากฎหมายอังกฤษมีความใกล้เคียงกับอนุสัญญานี้ ในประเด็นที่ว่ารัฐวิสาหกิจนั้นจะได้รับความคุ้มกันของรัฐก็ต่อเมื่อรัฐวิสาหกิจนั้นได้กระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเท่านั้น

3.2.2 กิจกรรมของรัฐต่างประเทศ

ผลจากการที่รัฐส่วนใหญ่ได้ยอมรับในทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดนี้เอง ซึ่งสาระสำคัญของทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด คือ รัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลภายในของรัฐที่พิจารณาคดี เฉพาะในกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นได้กระทำกิจการที่มีลักษณะเป็นกิจการของรัฐโดยแท้เท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นได้กระทำกิจการใดๆ เพื่อประโยชน์ในทางสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารของรัฐ และการกระทำดังกล่าวมักเป็นลักษณะที่เอกชนกระทำกิจการนั้นไม่ได้ หากเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศได้กระทำการในลักษณะนี้แล้ว รัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกันจากการกระทำ ทำให้ไม่อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลภายในของรัฐอื่นได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การกระทำดังกล่าวของรัฐต่างประเทศนั้นต้องชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ส่วนการกระทำของรัฐต่างประเทศที่มีลักษณะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์นั้น คือ เป็นการกระทำของรัฐในลักษณะที่เป็นการมุ่งค้าหากำไรเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นลักษณะที่รัฐต่างประเทศได้กระทำไปในลักษณะเช่นเดียวกับเอกชน ในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้กระทำการในลักษณะเช่นนี้ รัฐต่างประเทศนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลแต่อย่างใด

1) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ถ้ารัฐต่างประเทศได้กระทำการที่มีลักษณะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ ก็จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น ดังนั้นในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ มีการบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ที่รัฐต่างประเทศเป็นผู้กระทำไว้อย่างไร มีความเหมือนหรือแตกต่างจากบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004หรือไม่ โดยจะเริ่มศึกษาจากการให้คำนิยามของคำว่าธุรกรรมทางพาณิชย์ เพื่อให้ทราบถึงความหมายและขอบเขตของธุรกรรมทางพาณิชย์ดังกล่าว และต่อจากนั้นจะเป็นการศึกษาว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศนี้มีการกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ไว้เช่นไร

1.1) คำนิยามของธุรกรรมทางพาณิชย์

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษมีการให้คำนิยามของคำว่า “ธุรกรรมทางพาณิชย์” ไว้ว่าอย่างไร เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตของธุรกรรมทางพาณิชย์ที่จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
ข้อบทที่ 2 วรรค 1 (c) “ธุรกรรมทางพาณิชย์” หมายถึง	มาตรา 1603 (d) “กิจกรรมทางพาณิชย์” หมายถึง “ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ หรือ	มาตรา 3 (3) “ธุรกรรมทางพาณิชย์” (commercial transaction) หมายความว่าหมายถึง

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>1. สันติภาพหรือธุรกรรมทางพาณิชย์ใดๆ เพื่อการซื้อขายสินค้าหรือการให้บริการ</p> <p>2. สันติภาพเพื่อการกู้ยืมเงินหรือธุรกรรมที่มีลักษณะทางการเงินใดๆ รวมถึงหนี้จากการค้าประกันหรือจากการรับประกันอันเกี่ยวเนื่องกับการกู้ยืมหรือธุรกรรมเช่นนั้น</p> <p>3. สันติภาพหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีคุณลักษณะทางพาณิชย์ อุตสาหกรรม การค้าหรือด้านวิชาชีพ แต่ไม่รวมถึงสันติภาพจ้างแรงงาน</p>	<p>กิจกรรมเชิงพาณิชย์ใดๆ หรือการกระทำใดๆ</p>	<p>1. สันติภาพใดๆ ในการจัดหาสินค้าหรือบริการ</p> <p>2. การกู้เงินใดๆ หรือกิจการอื่นใดที่เกี่ยวกับเงินทุน หรือการรับประกันอื่นใด หรือการรับประกันอื่นใด หรือค่าเสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับกิจกรรมเช่นนั้น หรือพันธกรณีในทางการเงินเช่นนั้น</p> <p>3. กิจการหรือกิจกรรมอื่นใด ไม่ว่าจะ เป็นลักษณะของการพาณิชย์ การอุตสาหกรรม วิชาชีพ หรือลักษณะอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน ที่รัฐต่างประเทศได้เข้ามาหรือได้จัดการมากกว่าที่จะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย</p> <p>อย่างไรก็ตาม คำว่า "สันติภาพใดๆ" นั้น ไม่รวมถึง สันติภาพจ้างแรงงานระหว่างรัฐและปัจเจกชน</p>

เนื่องจากกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act มาตรา 1603 (d) ไม่ได้ยกตัวอย่างที่ชัดเจนว่ากิจกรรมทางพาณิชย์นั้นได้แก่กิจกรรมประเภทใดบ้าง เพียงแต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ว่า “กิจกรรมทางพาณิชย์” หมายถึง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ หรือกิจกรรมเชิงพาณิชย์ใดๆ หรือการกระทำใดๆ” (either a regular course of conduct or a particular commercial transaction or act) ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 และกฎหมาย State Immunity Act ของประเทศอังกฤษที่ได้นิยามความหมายของธุรกรรมทางพาณิชย์เอาไว้อย่างชัดเจนว่า หมายถึง ธุรกรรมประเภทใดบ้าง โดยอนุสัญญาและกฎหมาย State Immunity Act ของประเทศอังกฤษได้นิยามคำว่า “ธุรกรรมทางพาณิชย์” มีความหมายที่คล้ายคลึงกัน ดังนี้

อนุสัญญา	State Immunity Act
1. สัญญาหรือธุรกรรมทางพาณิชย์ใดๆ เพื่อการซื้อขายสินค้าหรือการให้บริการ	1. สัญญาใดๆ ในการจัดหาสินค้าหรือบริการ
2. สัญญาเพื่อการกู้ยืมเงินหรือธุรกรรมที่มีลักษณะทางการเงินใดๆ รวมถึงหนี้จากการค้ำประกันหรือจากการรับประกันอันเกี่ยวเนื่องกับการกู้ยืมหรือธุรกรรมเช่นนั้น	2. การกู้เงินใดๆ หรือกิจการอื่นใดที่เกี่ยวกับเงินทุนหรือการรับประกันอื่นใด หรือการรับประกันอื่นใด หรือค่าเสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับกิจกรรมเช่นนั้น หรือพันธกรณีในทางการเงินเช่นนั้น
3. สัญญาหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีคุณลักษณะทางพาณิชย์ อุตสาหกรรม การค้าหรือด้านวิชาชีพ แต่ไม่รวมถึงสัญญาจ้างแรงงาน	3. กิจการหรือกิจกรรมอื่นใด ไม่ว่าจะ เป็นลักษณะของการพาณิชย์ การอุตสาหกรรม วิชาชีพ หรือลักษณะอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน ที่รัฐต่างประเทศได้เข้ามาหรือได้จัดการมากกว่าที่จะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย อย่างไรก็ตาม คำว่า “สัญญาใดๆ” นั้น ไม่รวมถึง สัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐและปัจเจกชน

1.2) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าธุรกรรมใดเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่

จากการแบ่งแยกการกระทำของรัฐต่างประเทศออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำของรัฐต่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกิจการของรัฐโดยแท้ และการกระทำของรัฐต่างประเทศที่มีลักษณะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ ทำให้เกิดปัญหาว่าในการแบ่งแยกการกระทำของรัฐต่างประเทศนี้ ศาลภายในของรัฐจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการแบ่งแยกการกระทำดังกล่าวว่า เป็นการกระทำที่เป็นไปเพื่อกิจการของรัฐโดยแท้ หรือเป็นกิจการในเชิงพาณิชย์ ดังนั้น ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการกระทำของรัฐอย่างไร

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 2 วรรค 2</p> <p>ในการชี้ว่าสัญญาหรือธุรกรรมใดเป็น “ธุรกรรมทางพาณิชย์” ควรดูจากคุณลักษณะของสัญญาหรือธุรกรรมดังกล่าวเป็นหลัก แต่ความมุ่งประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรมก็ควรได้รับการคำนึงถึงด้วยหากคู่สัญญาดกลงกันไว้เช่นนั้น หรือหากในทางปฏิบัติของรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่ ความมุ่งประสงค์นั้นเป็นประเด็นในการชี้ลักษณะที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์ของสัญญา</p>	<p>มาตรา 1603 (d)</p> <p>การที่จะดูว่ากิจกรรมใดเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์หรือไม่นั้น จะถูกกำหนดโดยการดูจากลักษณะของการกระทำหรือกิจการกระทำนั้นมากกว่าที่จะดูจากวัตถุประสงค์ของการกระทำ</p>	<p>มาตรา 3 (1)</p> <p>รัฐจะไม่ได้รับความคุ้มกันในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับ</p> <p>(a) ธุรกรรมทางพาณิชย์ที่เข้าร่วมโดยรัฐ หรือ</p> <p>(b) หนี้ของรัฐที่เกิดขึ้นตามสัญญา (ไม่ว่าจะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่) ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนในอังกฤษ</p> <p>มาตรา 3 (3)</p> <p>“ธุรกรรมทางพาณิชย์” (commercial transaction) ใ้</p>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
หรือธุรกรรมดังกล่าว		<p>ว่าหมายถึง</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.สัญญาใดๆ ในการจัดหาสินค้าหรือบริการ 2.การกู้เงินใดๆ หรือกิจการอื่นใดที่เกี่ยวกับเงินทุน หรือการรับประกันอื่นใด หรือการรับประกันอื่นใด หรือค่าเสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับกิจกรรมเช่นนั้น หรือพันธกรณีในทางการเงินเช่นนั้น 3.กิจการหรือกิจกรรมอื่นใด ไม่ว่าจะ เป็นลักษณะของการพาณิชย์ การอุตสาหกรรม วิชาชีพ หรือลักษณะอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน ที่รัฐต่างประเทศได้เข้ามาหรือได้จัดการมากกว่าที่จะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย

เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 แล้วพบว่าอนุสัญญานี้ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า

สัญญาหรือธุรกรรมใดเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ โดยขั้นแรกให้พิจารณาจากลักษณะของสัญญาหรือธุรกรรมนั้นก่อน แต่ความมุ่งประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรมก็ควรคำนึงถึงด้วยเช่นกัน ถ้าคู่สัญญาได้มีการตกลงกัน หรือถ้าในทางปฏิบัติของรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่ ความมุ่งประสงค์นั้นเป็นประเด็นในการชี้ลักษณะที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์ของสัญญาหรือธุรกรรม โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนาที่จะช่วยปกป้องประเทศที่กำลังพัฒนาในการส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติ และเป็นการแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้ให้ความสำคัญเฉพาะการพิจารณาจากลักษณะของสัญญาหรือธุรกรรมเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ควรพิจารณาถึงความมุ่งประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรมนั้นด้วย แต่อย่างไรก็ตามประเทศตะวันตกหลายประเทศไม่เห็นด้วยกับการพิจารณาความมุ่งประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรม โดยให้เหตุผลว่าการกระทำของรัฐบาลย่อมเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยเสมอ ดังนั้นจึงเกรงว่าจะก่อให้เกิดข้อพิพาทขึ้น รัฐต่างประเทศก็จะสามารถอ้างความคุ้มกันได้ ซึ่งบางศาลมีการใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์ความมุ่งประสงค์ของการกระทำ (purpose test) เพราะทำให้ทราบเจตนาที่แท้จริงของสัญญาหรือธุรกรรมนั้น²⁰

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น พบว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ไม่ได้อธิบายความหมายของคำว่า "กิจกรรมทางพาณิชย์" (commercial activities) เอาไว้ว่าได้แก่กิจกรรมประเภทใดบ้าง เพียงแค่วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมใดบ้างเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์ โดยให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำ (nature) มากกว่าพิจารณาจากวัตถุประสงค์ (purpose) ของการกระทำ เช่น ในคดี *Gemini Shipping v. Foreign Trade Organisation for Chemicals and Foodstuffs* และคดี *ADM Milling Co. v. Republic of Bolivia* ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าการจัดซื้ออาหารถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์ และในคดี *NAC v. Federal Republic of Nigeria* ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าการจัดซื้อปุ๋ยซีเมนต์ถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์ และในคดี *Argentine Airlines v. Ross* ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่ากิจกรรมของสายการบินพาณิชย์ของรัฐถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์²¹ และในคดี *Victory Transport Inc. v. Comisaria General de Abastecimientos*

²⁰ Marlar Maw, *State Immunity and Current States' Judicial Practices*[Online], 12 Nov 2012. Available from http://dspace.lib.niigata-u.ac.jp:8080/dspace/bitstream/10191/6381/1/01_0035.pdf

²¹ M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p. 721.

Transportes ปี ค.ศ. 1964 ในคดีนี้ศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความลักษณะของการกระทำของรัฐที่ถือเป็นการกระทำในทางสาธารณะ ไว้ดังนี้²²

1.เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารภายในของรัฐ (internal administration) เช่น การขับไล่คนต่างด้าว

2.เป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ (legislative acts) เช่น การโอนกิจการมาเป็นของรัฐ

3.เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการใช้กำลังทางอาวุธ (acts concerning the army)

4.เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับกิจการในทางการทูต (activity concerning diplomatic activity)

5.เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการกู้ยืมสาธารณะ (public loans)

ดังนั้น จึงต้องดูจากคำพิพากษาของศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาว่าศาลมีเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างกิจกรรมทางพาณิชย์ และกิจกรรมที่ไม่ใช่กิจกรรมทางพาณิชย์อย่างไร โดยศึกษาตัวอย่างจากคำพิพากษาของศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น

กิจกรรมทางพาณิชย์	ไม่เป็นกิจกรรมทางพาณิชย์
1.คดี <i>UNC Lear Services, Inc. v. Kingdom of Saudi Arabia</i> ปี ค.ศ. 2008 เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาระหว่างหน่วยงานทางทหารกับบริษัทเอกชน ข้อเท็จจริงในคดีนี้รัฐบาลซาอุดีอาระเบียได้ว่าจ้างบริษัทเอกชนสัญชาติอเมริกันเพื่อให้บริการบำรุงรักษาเครื่องบินรบ F-	1.คดี <i>Aerotrade Inc. v. Republic of Haiti</i> ปี ค.ศ. 1976 ศาลสหรัฐตัดสินว่า "การที่ประเทศ Haiti จัดซื้ออุปกรณ์ทางทหารเพื่อใช้ในกองทัพไม่ถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์" ²⁴

²² Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p.521.

²⁴ M.N. Shaw, *International Law* (sixth edition). (New York: Cambridge University press, 2008) p. 723.

กิจกรรมทางพาณิชย์	ไม่เป็นกิจกรรมทางพาณิชย์
<p>5 ของซาอุดีอาระเบีย โดยในคดีนี้ศาล The District Court for the Western District of Texas วินิจฉัยว่า “แม้ว่าการบำรุงรักษาเครื่องบินรบนั้น โดยลักษณะที่เป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย แต่เนื่องจากประเทศซาอุดีอาระเบียได้ทำสัญญาดังกล่าวในฐานะคู่สัญญาเช่นเดียวกันกับเอกชน จึงถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์”²³</p>	
<p>2.คดี <i>Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq</i> ปี ค.ศ. 2008 ในคดีนี้ประเทศอิรักได้ทำสัญญาจัดซื้อสินค้าจากอิรักในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของแผนน้ำมันแลกกับอาหาร (the Oil-for-Food Programme) เมื่อปรากฏว่าประเทศอิรักไม่สามารถดำเนินการตามแผนการที่วางไว้ได้ อิรักจึงได้ฟ้องคดี ประเทศอิรักได้แย้งว่าแผนการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อมนุษยธรรม จึงอยู่นอกเหนือข้อยกเว้นในเรื่องกิจกรรมทางพาณิชย์ แต่ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่า “ไม่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของสัญญา เพียงแค่ประเทศอิรักได้เข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์ เช่นเดียวกับเอกชนแล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำในทางพาณิชย์”²⁵</p>	<p>2.คดี <i>Castro v. Saudi Arabia</i> ปี ค.ศ. 1980 ศาลสหรัฐตัดสินว่า “ข้อตกลงเพื่อฝึกหัดทหารต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์”</p>
<p>3.คดี <i>Lasheen v. Loomis Co.</i> ปี ค.ศ. 2008 ศาล The District Court for the Eastern</p>	<p>3.คดี <i>Anglo-Iberia Underwriting Mgmt. Co. v. Loderhose</i> ปี ค.ศ. 2008 ศาลสหรัฐตัดสินว่า</p>

²³ Crowell & Moring LLP, *The Foreign Sovereign Immunities Act: 2008 Year in review*, USA, 2009, p. 12.

²⁵ *Ibid.*, p. 12.

กิจกรรมทางพาณิชย์	ไม่เป็นกิจกรรมทางพาณิชย์
District of California ตัดสินว่า "การให้บริการเกี่ยวกับการบริหารงานสำหรับโครงการดูแลสุขภาพของรัฐบาลอียิปต์ โดยลักษณะแล้วเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์ เนื่องจากเป็นกิจกรรมที่ปกติแล้วเอกชนก็สามารถทำได้" ²⁶	"สัญญาว่าจ้างแพทย์ต่างชาติเพื่อไปทำงานในโรงพยาบาลของต่างประเทศตามโครงการดูแลสุขภาพของรัฐบาลนั้น โดยลักษณะของการจ้างงานแล้วไม่ถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์" ²⁷

ส่วนของประเทศอังกฤษนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ มีการบัญญัติความหมายของคำว่า "ธุรกรรมทางพาณิชย์" (transactions) ในขอบเขตที่กว้างๆ ซึ่งคดี *Alcom v. Republic of Colombia* ปี ค.ศ. 1984 โดย Lord Diplock ได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมาย State Immunity Act 1978 ไม่ได้แบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างการทำของรัฐบาลที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย (*acta jure imperii*) และการกระทำของรัฐบาลที่เป็นการกระทำในทางพาณิชย์ (*acta jure gestionis*)²⁸ และคดี *I Congreso del Partido* ปี ค.ศ. 1981 เป็นคดีเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางเรือ โดยในคดีนี้ House of Lords ส่วนใหญ่ตัดสินว่าการขนส่งน้ำตาลทรายไปยังประเทศชิลีถือว่าเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ แม้ว่าการขนส่งน้ำตาลดังกล่าวจะเป็นผลสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์เมืองก็ตาม (เนื่องจากว่าประเทศคิวบาได้ยุติความสัมพันธ์กับประเทศชิลีภายหลังจากที่มีการปฏิวัติรัฐประหาร) โดย House of Lords ส่วนใหญ่เห็นว่ากิจกรรมการขนส่งและขายสินค้าดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน²⁹ และคดี *Empire of Iran case* ปี ค.ศ. 2000 ในคดีนี้ House of Lords ได้วินิจฉัยว่า "วิธีการในการพิจารณาแยกแยะระหว่างการทำของรัฐบาลที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย (*acta jure imperii*) และการกระทำของรัฐบาลที่เป็นการกระทำในทางพาณิชย์ (*acta jure gestionis*) นั้น สิ่งหนึ่งที่ควรคำนึงถึงก็คือลักษณะ (nature) ของธุรกรรม และไม่ควรพิจารณาแรงจูงใจ (motive) หรือความมุ่งหมาย (purpose) ของกิจกรรมนั้น ขึ้นอยู่กับว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้กระทำในลักษณะที่เป็นการใช้

²⁶ Crowell & Moring LLP, *The Foreign Sovereign Immunities Act: 2008 Year in review*. USA, 2009, p. 13.

²⁷ Ibid.

²⁸ M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p. 719.

²⁹ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*. 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p.516.

อำนาจอธิปไตยตามกฎหมายมหาชน (public law) หรือเป็นการกระทำเช่นเดียวกันกับบุคคลธรรมดาตามกฎหมายเอกชน (private law)”³⁰

1.2) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อยกเว้นเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์

หลังจากที่เราได้ทราบถึงความหมายและขอบเขตของธุรกรรมทางพาณิชย์แล้ว ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่าเมื่อศาลได้พิจารณาการกระทำของรัฐต่างประเทศแล้วเห็นว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นมีลักษณะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ อันจะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลได้นั้น

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 10</p> <p>หากรัฐเข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติและโดยผลของกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ความขัดแย้งอันเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลของอีกรัฐหนึ่ง</p>	<p>มาตรา 1605 (a) (2)</p> <p>คดีนั้นเกี่ยวเนื่องกับกิจการในทางพาณิชย์ที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาของรัฐต่างประเทศหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำของรัฐต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจการทางพาณิชย์ที่อยู่ในที่อื่นใด หรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำนอกดินแดนของประเทศ</p>	<p>มาตรา 3 (1)</p> <p>รัฐจะไม่ได้รับความคุ้มกันในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับ</p> <p>(c) ธุรกรรมทางพาณิชย์ที่เข้าร่วมโดยรัฐ หรือ</p> <p>(d) หนี้ของรัฐที่เกิดขึ้นตามสัญญา (ไม่ว่าจะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่) ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนในอังกฤษ</p>

³⁰ Marlar Maw, State Immunity and Current States' Judicial Practices[Online], 12 Nov 2012. Available from: http://dspace.lib.niigata-u.ac.jp:8080/dspace/bitstream/10191/6381/1/01_0035.pdf

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
รัฐนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจนั้น ในกระบวนการพิจารณาซึ่งเกิดจากธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นได้	สหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับกิจการทางพาณิชย์ของรัฐต่างชาติในที่อื่นใดและการกระทำดังกล่าวเกิดผลกระทบโดยตรงขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา	

จากบทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 3 ฉบับข้างต้น แสดงให้เห็นว่าในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมในธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างรัฐต่างประเทศกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาตินั้น จะทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นได้ โดยมีธุรกรรมทางพาณิชย์ที่เป็นสาเหตุของข้อพิพาทนั้นอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่พิจารณาคดี แต่ในกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act มาตรา 1605 (a) (2) ได้มีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมอีกว่า

1. การกระทำของรัฐต่างประเทศที่อยู่บนพื้นฐานของกิจกรรมในทางพาณิชย์นั้นจะต้องเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ
2. การกระทำนั้นต้องเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศในที่อื่นใด หรือ

3. หากการกระทำนั้นเกิดขึ้นภายนอกดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศอื่นใด ซึ่งการกระทำนั้นจะต้องมีผลโดยตรงต่อประเทศสหรัฐอเมริกา

เช่น คดี *Republic of Argentina v. Weltover* ปี ค.ศ. 1992 ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า เมื่อประเทศอาร์เจนตินาประสบปัญหาวิกฤตทางเศรษฐกิจ รัฐบาลอาร์เจนตินาได้แก้ปัญหาโดยการประกาศใช้โครงการสัญญาแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (Foreign Exchange Contract program หรือ FEIC) โดยโครงการดังกล่าวได้เริ่มใช้ในปี ค.ศ. 1981 ภายใต้โครงการนี้ ประเทศอาร์เจนตินาได้อนุญาตให้มีการชำระหนี้ต่างประเทศโดยเงินสกุลดอลลาร์อเมริกัน แต่เมื่อปรากฏว่าประเทศอาร์เจนตินาไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงตามโครงการ FEIC ได้ ดังนั้น ประเทศอาร์เจนตินาจึงได้ออกพันธบัตรจำนวนหนึ่งเพื่อ refinance หนี้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1986 เมื่อพันธบัตรบางส่วนได้ทยอยถึงกำหนดชำระหนี้ รัฐบาลอาร์เจนตินาก็ไม่สามารถไถ่ถอนพันธบัตรเหล่านั้นได้ตามกำหนด ดังนั้น รัฐบาลจึงได้ประกาศเลื่อนวันกำหนดไถ่ถอนออกไป ทำให้บริษัท Weltover ซึ่งเป็นเจ้าหนี้เอกชนรายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการลงทุนในพันธบัตรของอาร์เจนตินา ต่อมาบริษัทดังกล่าวจึงได้ฟ้องรัฐบาลอาร์เจนตินาเป็นจำเลยในศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลสหรัฐอเมริกาตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act โดยในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าการเปลี่ยนแปลงวันถึงกำหนดไถ่ถอนพันธบัตรถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาลพิจารณาว่าถ้ารัฐได้กระทำการซึ่งโดยสภาพแล้วเป็นกิจการที่เอกชนสามารถกระทำได้ กล่าวคือ ไม่ใช่การกระทำในทางปกครอง เช่น การลดค่าเงิน เป็นต้น โดยในคดีนี้ศาลได้วางหลักในการพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบโดยตรงของการกระทำของรัฐต่างประเทศไว้ว่าเป็นผลโดยใกล้ชิดหรือผลโดยพลัน (immediate consequence) ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องคาดหมายได้หรือจะต้องเป็นผลที่ใหญ่หลวง ในคดีนี้พันธบัตรของรัฐบาลอาร์เจนตินาได้กำหนดให้มีการชำระเงินที่เมือง New York ประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่ามีจุดเกาะเกี่ยวตามมาตรา 1605 (a) (2) ของกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act

และในคดี *Yang Rong v. Liaoning Province Government* ปี ค.ศ. 2007 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ นาย Yang Rong ซึ่งมีสัญชาติจีนและมีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องจังหวัด Liaoning ซึ่งถือเป็นหน่วยงานหนึ่งของประเทศจีน (subdivision of China) โดยโจทก์ได้ลงทุนร่วมกับจังหวัด Liaoning โดยโจทก์ได้คัดค้านการที่จังหวัด Liaoning ได้ทำการเวนคืนหุ้นที่ถือครองอยู่ในบริษัทที่โจทก์มีหุ้นรวมอยู่ด้วย ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายต่อผลประโยชน์ของโจทก์ ซึ่งโจทก์เห็นว่าศาลสหรัฐอเมริกาควรมีเขตอำนาจเหนือคดีเพราะว่าการเวนคืนของจังหวัดมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของเขา โดยถือเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์ (commercial activity) ตามมาตรา 1605 (a) (2) ข้อ 3 ของกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ที่บัญญัติว่า “การกระทำของรัฐต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางพาณิชย์ที่อยู่ในที่อื่นใดหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำภายนอกดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศอื่นใด ซึ่งการกระทำนั้นจะต้องมีผลโดยตรงต่อประเทศสหรัฐอเมริกา” ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์สหรัฐได้ตัดสินยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าศาลไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากการที่จังหวัด Liaoning ได้ทำการเวนคืนหุ้นที่ถือครองในบริษัทนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย และการกระทำดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จังหวัด Liaoning จึงได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องร้องดำเนินคดีภายใต้กฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act³¹

จึงสรุปได้ว่าในกรณีข้อยกเว้นเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์นั้น บทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษนั้น มีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศได้กระทำธุรกรรมทางพาณิชย์แล้ว รัฐต่างประเทศก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล โดยไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นได้กระทำภายในหรือภายนอกประเทศ หรือมีผลโดยตรงต่อประเทศซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีตั้งอยู่ เพราะถือว่าการที่รัฐต่างประเทศได้เข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์ร่วมกับเอกชน ย่อมถือได้ว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้กระทำการในฐานะเดียวกับเอกชน ดังนั้น จึงไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนด

³¹ Dahai QI, State Immunity, “China and Its Shifting Position,” *Chinese Journal of International Law* (Oxford : Oxford University Press, 2008), pp. 18-19.

เงื่อนไขอย่างอื่นเพิ่มอีกตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นการทำให้เกิดข้อยุ่งยาก ต่อศาลในการพิจารณาคดี เพราะนอกจากศาลต้องพิจารณาว่าการกระทำรัฐต่างประเทศนั้นเป็น กิจกรรมทางพาณิชย์แล้ว ก็จะต้องพิจารณาอีกว่าการกระทำทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศนั้นเข้า เงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งหรือไม่ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อเอกชนได้

แสดงให้เห็นว่าข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐเกี่ยวกับกิจกรรมทางพาณิชย์ตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะต้องมีความสัมพันธ์ ระหว่างข้อเรียกร้องของโจทก์และกิจกรรมทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศ โดยมาตรา 1605 (a) (2) วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างร้องเรียกและเขตอำนาจ ศาลของศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นศาลที่โจทก์ต้องการฟ้องคดี โดยข้อเรียกนั้นจะต้องแสดงให้เห็นว่า 1) กิจกรรมทางพาณิชย์นั้นเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา 2) การกระทำนั้นต้องเกิดขึ้นในประเทศ สหรัฐอเมริกาโดยมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศในที่ไหนใด 3) กระทำ นั้นเกิดขึ้นภายนอกดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีผลโดยตรงต่อประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาล สหรัฐอเมริกาจะต้องพิจารณาถึงความเชื่อมโยงระหว่างกิจกรรมทางพาณิชย์เหล่านั้นและประเทศ สหรัฐอเมริกา ซึ่งแตกต่างจากกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษที่ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความเชื่อมโยงของดินแดน โดยมาตรา 3 (1) เพียงแค่บัญญัติว่า " หนี้ของรัฐที่เกิดขึ้นตามสัญญา (ไม่ว่าจะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่) ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ทั้งหมดหรือ บางส่วนในอังกฤษ" ดังนั้น ศาลอังกฤษจึงตัดสินคดีโดยไม่ต้องคำนึงถึงความเชื่อมโยงระหว่างกิจกรรม ทางพาณิชย์และเขตอำนาจศาล³²

นอกจากข้อยกเว้นในเรื่องธุรกรรมทางพาณิชย์แล้ว ยังมีข้อยกเว้นเกี่ยวกับของการกระทำอื่นๆ ที่จะทำให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ ดังนี้

³² Marlar Law, State Immunity and Current States' Judicial Practices[Online], 12 Nov 2012. Available from:

http://dspace.lib.niigata-u.ac.jp:8080/dspace/bitstream/10191/6381/1/01_0035.pdf

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
1.สัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐต่างประเทศกับปัจเจกบุคคล (ข้อบทที่ 11)	1.สิทธิในทรัพย์สินที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและทรัพย์สินนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปใช้ในกิจกรรมทางพาณิชย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยรัฐต่างประเทศหรือทรัพย์สินนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหรือการครอบครองโดยตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ และตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้นได้เข้ามาทำกิจกรรมทางพาณิชย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา (มาตรา 1605 (a) (3))	1.พันธกรณีของรัฐอันเกิดจากสัญญาที่รัฐต่างประเทศได้กระทำขึ้นไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนในประเทศอังกฤษ แต่ถ้าสัญญานั้น (ไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมทางพาณิชย์หรือไม่) ได้กระทำในดินแดนในรัฐที่เกี่ยวข้องและพันธกรณีนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองแล้วกรณีนี้อันรัฐต่างประเทศยังคงได้รับความคุ้มกัน อย่างไรก็ตามก็ตีบทบัญญัตินี้จะไม่นำมาใช้ถ้าคู่สัญญาที่พิพาทเป็นรัฐต่างประเทศ หรือได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 3 (1) และ (2))
2.ความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สิน (ข้อบทที่ 12)	2.สิทธิในทรัพย์สินในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มาโดยการรับมรดกหรือการให้ หรือสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา (มาตรา 1605 (a) (4))	2.สัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐต่างประเทศกับปัจเจกบุคคล ซึ่งสัญญานี้ทำขึ้นในประเทศอังกฤษหรือการทำงานนั้นเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่ลูกจ้างเป็นคนชาติของรัฐ

<p>อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004</p>	<p>Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา</p>	<p>State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ</p>
		<p>ต่างประเทศ หรือในขณะที่ทำสัญญาลูกจ้างนั้นไม่ได้เป็นคนชาติของประเทศอังกฤษหรือมีถิ่นที่อยู่อาศัยในประเทศอังกฤษ หรือคู่สัญญานั้นตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 4)</p>
<p>3.กรรมสิทธิ์ การครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน (ข้อบทที่ 13)</p>	<p>3.ความตาย ความบาดเจ็บของบุคคล หรือความเสียหายหรือสูญหายของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา อันเป็นสาเหตุมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐต่างประเทศ หรือของเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของรัฐต่างประเทศที่ได้กระทำไปในขอบเขตของหน้าที่ (มาตรา 1605 (a) (5))</p>	<p>3.ความหรือความบาดเจ็บของบุคคล หรือความเสียหายหรือสูญหายเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จับต้องได้ (มาตรา 5)</p>
<p>4.ทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินอุตสาหกรรม (ข้อบทที่ 14)</p>	<p>4.การเรียกร้องความเสียหายจากเรือหรือสินค้าของรัฐต่างประเทศ ซึ่งเกิดจากกิจกรรมทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศ (มาตรา 1605 (b))</p>	<p>4.ผลประโยชน์ของรัฐ ความเป็นเจ้าของ การครอบครอง หรือการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษ หรือกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์อันเกิดจาก</p>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
		ได้รับ มรดก หรือ การให้ (มาตรา 6)
5.การเข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัว (ข้อบทที่ 15)	5.กรณีที่รัฐต่างประเทศต่างนั้น เป็นรัฐที่สนับสนุนการก่อการร้าย เช่นการใช้อำนาจด้วยการ ทรมาน หรือใช้วิธีการอันทารุณ โหดร้าย ทำการวิสามัญฆาตกรรม ก่อวินาศกรรมต่ออากาศยาน หรือลักพาตัวบุคคล ไปเป็นตัวประกัน (มาตรา 1605 (a) (7))	5.สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือออกแบบซึ่งเป็นของรัฐ ต่างประเทศและจดทะเบียนใน ประเทศอังกฤษหรือได้รับความ คุ้มครองในประเทศอังกฤษ หรือ สิทธิที่ใช้ในทางการค้าหรือธุรกิจ ใน น า ม ป ระ เ ท ศ อ ง ก ก ฤษ (มาตรา 7)
6.เรือซึ่งเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐต่างประเทศ (ข้อบทที่ 16)		6.การเข้าเป็นสมาชิกขององค์กร ที่จดทะเบียนหรือไม่จดทะเบียน หรือเป็นหุ้นส่วนซึ่งมีสมาชิก มากกว่ารัฐ และจดทะเบียนหรือ ก่อตั้งภายใต้กฎหมายอังกฤษ หรือถูกควบคุม หรือมีที่ตั้ง สำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศ อังกฤษ (มาตรา 8)
7.ผลของความตกลงว่าด้วย อนุญาโตตุลาการ (ข้อบทที่ 17)		7.การตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 9)
		8.การฟ้องร้องต่อเรือ เพื่อบังคับ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
		กับเรื่องซึ่งเป็นของรัฐและได้ใช้เพื่อจุดมุ่งหมายทางพาณิชย์หรือการฟ้องร้องต่อสินค้าซึ่งเป็นของรัฐ หรือฟ้องเพื่อบังคับกับสินค้าที่ขนส่งโดยมีจุดมุ่งหมายทางพาณิชย์ (มาตรา 10)
		9.กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบที่เกิดจากภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีศุลกากรหรือผลผลิตทางการเกษตร หรือภาษีโรงเรือนที่ครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ (มาตรา 11)

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นที่จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลนั้น ส่วนมากจะเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นว่าทั้งกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ ได้นำเอาหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีสาระสำคัญคือ การแบ่งแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้ และการกระทำของรัฐที่มีลักษณะทางพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบข้อยกเว้นที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ และกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity

Act 1978 ของประเทศอังกฤษ พบว่าในเรื่องของช้อยกเว้นนั้นมีทั้งในส่วนที่มีเนื้อหาสาระคล้ายคลึงกัน และแตกต่างกัน โดยในส่วนของช้อยกเว้นที่มีเนื้อหาคล้ายคลึงกัน เช่น ช้อยกเว้นเกี่ยวกับความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สิน ช้อยกเว้นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ การครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน ช้อยกเว้นเกี่ยวกับเรื่องซึ่งเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐ และช้อยกเว้นเกี่ยวกับผลของความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ และในส่วนของช้อยกเว้นที่มีความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติของอนุสัญญา และกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกาตรงที่อนุสัญญานี้ไม่มีช้อยกเว้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในกรณีที่มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ และช้อยกเว้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในกรณีที่รัฐต่างประเทศเป็นผู้สนับสนุนการก่อการร้าย³³ และส่วนที่แตกต่างจากกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ เช่น กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบที่เกิดจากภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีศุลกากรหรือผลผลิตทางการเกษตร หรือภาษีโรงเรือนที่ครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ เป็นต้น

3.2.3. ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้วว่า ได้มีการแบ่งทรัพย์สินของรัฐออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้ใช้เกี่ยวกับการกระทำส่วนรัฐ และทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้ในทางพาณิชย์ โดยมีหลักการว่าทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้ใช้เกี่ยวกับการกระทำส่วนรัฐหรือทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาลเท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี สำหรับทรัพย์สินในทางพาณิชย์หรือทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์นั้น จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี ดังนั้น ในส่วนนี้จึงต้องการศึกษาว่าทรัพย์สินของรัฐประเภทใดบ้างที่ถือเป็นทรัพย์สินที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายของรัฐบาลเท่านั้นและได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี

³³ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property [Online], 10 May 2013. Available from: <http://www.unhcr.org/refworld/type,MULTILATERALTREATY,UNGA,,4280737b4,0.html>.

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 21 วรรค 1</p> <p>ประเภทดังต่อไปนี้ โดยเฉพาะที่ว่าทรัพย์สินของรัฐไม่ควรถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้เฉพาะหรือมีเจตนาใช้โดยรัฐ นอกเหนือจากความมุ่งประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล ภายใต้ข้อ 19 (c) ได้แก่</p> <p>(a) ทรัพย์สิน รวมถึงบัญชีธนาคารใดๆ ที่มีการใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะทูตของรัฐหรือสถานที่ทำการทางกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือคณะผู้แทนประจำองค์กรขององค์การระหว่างประเทศหรือของการประชุมระหว่างประเทศ</p> <p>(b) ทรัพย์สิน ที่มีคุณลักษณะในทางทหารหรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ทางทหาร</p> <p>(c) ทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือหน่วยงานทางการเงิน</p>	<p>มาตรา 1611 (b)</p> <p>ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากการอายัดทรัพย์สินและจากการบังคับคดี ถ้า</p> <p>มาตรา 1611 (b) (1)</p> <p>หากทรัพย์สินนั้นเป็นของธนาคารกลางต่างประเทศ หรือองค์กรทางการเงินกลางของต่างประเทศ ซึ่งถูกยึดถือไว้เพื่อตนเอง เว้นแต่ธนาคารหรือองค์กรดังกล่าวหรือรัฐบาลต่างประเทศได้สละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยชัดแจ้ง แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการเพิกถอนการสละความคุ้มกันดังกล่าวได้ โดยยกเว้นตามข้อกำหนดในการสละความคุ้มกัน</p> <p>มาตรา 1611 (b) (2)</p> <p>ทรัพย์สินซึ่งถูกใช้หรือเจตนาที่จะใช้เกี่ยวกับกิจกรรมในทางทหาร และ (A) ที่มี</p>	<p>มาตรา 14 (4)</p> <p>ทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือองค์กรทางการเงินอื่นๆ ของรัฐจะไม่ถูกถือเพื่อความมุ่งหมายของมาตรา 13 (4) ว่าถูกใช้หรือเจตนาเพื่อใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์และในกรณีธนาคารหรือองค์กรดังกล่าวเป็นองคภาวะที่แยกต่างหาก จะต้องนำอนุมาตรา (1) – (3) ของมาตรา 13 มาใช้เช่นเดียวกับที่ใช้ในกรณีของรัฐ</p>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
อื่นๆ ของรัฐ (d) ทรัพย์สินซึ่งประกอบเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของรัฐหรือเป็นส่วนหนึ่งของบรรณสารและไม่ได้วางขายหรือเจตนาเพื่อวางขาย วัตถุซึ่งมีคุณค่าทางวิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม หรือประวัติศาสตร์ และไม่ได้วางขายหรือมีเจตนาเพื่อวางขาย	คุณลักษณะในทางทหาร (B) ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้มีอำนาจหน้าที่ในทางทหาร	

จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้ใช้หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทของทรัพย์สินของรัฐออกเป็นทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้ใช้เกี่ยวกับการกระทำส่วนรัฐ และทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้ใช้ในทางพาณิชย์ โดยใช้หลักเกณฑ์การพิสูจน์ความมุ่งหมายในการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักในการพิจารณา โดยอนุสัญญานี้ได้กำหนดว่าทรัพย์สินดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นทรัพย์สินที่ใช้เฉพาะหรือมีเจตนาใช้โดยรัฐนอกเหนือจากความมุ่งประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล และได้รับความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีได้แก่

1. ทรัพย์สิน รวมถึงบัญชีธนาคารใดๆ ที่มีการใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะทูตของรัฐหรือสถานที่ทำกรทางกงสุล คณะผู้แทนพิเศษ คณะผู้แทนประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือคณะผู้แทนประจำองค์การขององค์การระหว่างประเทศหรือของการประชุมระหว่างประเทศ

ในส่วนของทรัพย์สินที่มีการใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะทูตของรัฐหรือสถานที่ทำการทางกงสุลนั้น เนื่องจากความคุ้มกันจากการบังคับคดีของทรัพย์สินของคณะผู้แทนทางการทูต (diplomatic property) นั้น เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีพื้นฐานมากจากสนธิสัญญาต่างๆ หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความคุ้มกันทางการทูต (diplomatic immunities) โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ข้อ 22 วรรค 3 ได้วางหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มกันแก่สถานทูตจากการบังคับคดีไว้ว่า "สถานที่ของคณะผู้แทน เครื่องตกแต่ง และทรัพย์สินอื่นของคณะผู้แทนในสถานที่นั้น และพาหนะในการขนส่งของคณะผู้แทนจะได้รับความคุ้มกันจากการค้น การเรียกเกณฑ์ การอายัด หรือการบังคับคดี" นอกจากนั้นข้อบทที่ 24³⁴ และ 30³⁵ ยังได้กำหนดถึงความละเมิดมิได้ในบรรณสารและเอกสารของคณะผู้แทน และที่อยู่อาศัยส่วนตัวของตัวแทนทางทูต กระดาษเอกสาร หนังสือโต้ตอบ และทรัพย์สินของตัวแทนทางทูต ซึ่งได้ครอบไว้ในนามของรัฐผู้ส่ง นอกจากนี้ยังพบในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ข้อ 31 วรรค 4³⁶ ข้อ 33³⁷ และข้อ 61³⁸ กล่าวคือ ทรัพย์สินของคณะผู้แทนทางการทูต

³⁴ ข้อ 24 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

"บรรณสารและเอกสารของคณะผู้แทนจะถูกละเมิดมิได้ ไม่ว่าเวลาใด และไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด"

³⁵ ข้อ 30 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

"1. ที่อยู่ส่วนตัวของตัวแทนทางทูตจะได้อุปโภคความละเมิดมิได้ และความคุ้มครองเช่นเดียวกับสถานที่ของคณะผู้แทน

2. กระดาษเอกสาร หนังสือโต้ตอบ และยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในวรรค 3 ของข้อ 31 ทรัพย์สินของตัวแทนทางทูตจะได้อุปโภคความละเมิดมิได้เช่นกัน"

³⁶ ข้อ 33 วรรค 4 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

"สถานที่ทางกงสุลและเครื่องเรือน ทรัพย์สินและพาหนะของสถานทำการทางกงสุลจะได้รับความคุ้มกันจากการเรียกเกณฑ์ ไม่ว่าในรูปใดเพื่อความมุ่งประสงค์ในการป้องกันประเทศหรือสาธารณูปโภค หากจำเป็นต้องมีการเวนคืนเพื่อความมุ่งประสงค์เช่นว่านั้น จะต้องดำเนินการทั้งปวงที่เป็นไปได้เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ทางกงสุล และจะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เพียงพอและมีประสิทธิผลแก่รัฐผู้ส่งโดยพลัน"

³⁷ ข้อ 33 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

"บรรณสารและเอกสารทางกงสุลจะถูกละเมิดมิได้ตลอดเวลา และไม่ว่าจะอยู่ที่ใด"

³⁸ ข้อ 61 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

"บรรณสารและเอกสารทางกงสุลของสถานทำการทางกงสุลที่มีหัวหน้าเป็นเจ้าพนักงานกงสุลกิตติมศักดิ์จะถูกละเมิดมิได้ตลอดเวลา และไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด โดยมีเงื่อนไขว่าบรรณสารเหล่านั้นจะต้องแยกเก็บไว้ต่างหากจากกระดาษเอกสารและเอกสารอื่นๆ และโดยเฉพาะแยกจากหนังสือติดต่อส่วนตัวของหัวหน้าสถานทำการทางกงสุลและของบุคคลใดที่ปฏิบัติงานกับหัวหน้าสถานทำการทางกงสุล และแยกจากวัสดุ หนังสือ หรือเอกสารที่เกี่ยวกับวิชาชีพหรือการค้าของบุคคลดังกล่าว"

และคณะผู้แทนทางการกงสุล และทรัพย์สินที่มีไว้ใช้สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูตและคณะผู้แทนทางการกงสุล ได้รับการยกเว้นไม่ให้อถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีจุดมุ่งหมายทางพาณิชย์ และได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี ซึ่งความคุ้มกันนี้เป็นผลมาจากการละเมิดมิได้ (inviolability) ของทรัพย์สินเหล่านั้นภายใต้กฎหมายเรื่องการทูตและกงสุล นอกจากนี้แนวปฏิบัติของศาลต่างๆ ที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของทรัพย์สินและสถานที่ของคณะผู้แทนนั้น แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าความคุ้มกันจากการบังคับคดีของสถานทูตนั้น จะได้รับความคุ้มกันตราบเท่าที่สถานที่แห่งนั้นยังคงใช้สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้แทน ดังนั้น ถ้าสถานที่แห่งนั้นไม่ได้ใช้สำหรับวัตถุประสงค์ของคณะผู้แทนทางการทูตแล้ว สถานที่ดังกล่าวก็จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีอีกต่อไป³⁹ จากการศึกษาพบว่าทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษก็ได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ดังนั้น ทั้งสองประเทศจึงให้ความคุ้มกันแก่ทรัพย์สินที่มีการใช้หรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะทูตของรัฐหรือสถานที่ทำกิจการทางกงสุลอยู่แล้ว

2. ทรัพย์สินที่มีคุณลักษณะในทางทหารหรือมีเจตนาเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ทางทหาร

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีคุณลักษณะในทางทหารไว้ในกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 มาตรา 1611 (b) (2) ได้กำหนดไว้ว่า "ทรัพย์สินซึ่งถูกใช้หรือเจตนาที่จะใช้เกี่ยวกับกิจกรรมในทางทหาร และ (A) ที่มีคุณลักษณะในทางทหาร หรือ (B) ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้มีอำนาจหน้าที่ในทางทหาร หรือหน่วยงานด้านการป้องกันประเทศ (defense agency) จะได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี"

จากบทบัญญัติของ Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ข้างต้น หากปรากฏว่าทรัพย์สินใดได้ถูกใช้หรือเจตนาที่จะใช้เกี่ยวกับกิจกรรมในทางทหาร ก็จะได้รับ ความคุ้มกันจากการบังคับคดี หากเป็นไปตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งดังที่ระบุไว้ในมาตรา 1611 (b) (2) (A) หรือ (B)

ทั้งนี้ ตาม (A) ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการใช้ทรัพย์สินนั้นเกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางทหารและทรัพย์สินนั้นมีคุณลักษณะในทางทหารหรือไม่ ยกตัวอย่าง ทรัพย์สินที่มีคุณลักษณะในทาง

³⁹ August Reinisch. European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. *The European Journal of International Law*. 2006. p. 824.

ทหาร เช่น เรือรบ รถถัง กระสุน และจรวดต่างๆ มักจะถูกใช้เกี่ยวกับกิจกรรมในทางทหารเสมอ และ ดังนั้นจึงอาจพิสูจน์โดยใช้หลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์โดยใช้หลักเกณฑ์ทั้งสองอย่างประกอบกันอาจเกิดประเด็นปัญหา หากทรัพย์สินนั้นมีคุณลักษณะในทางทหาร แต่การใช้ทรัพย์สินนั้นเกี่ยวข้องกับกิจกรรมของตำรวจ หรือองค์กรพิเศษอื่นๆ ตัวอย่าง เช่น อาวุธปืนซึ่งใช้ในกิจการของกองทัพ ตำรวจ หรือองค์กรพิเศษอื่นที่กระทำการคล้ายคลึงกับทหาร สำหรับ (B) ของมาตรา 1611 (b) (2) จะกว้างกว่า (A) กล่าวคือ ตาม (B) ทรัพย์สินที่ถูกใช้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางทหารจะได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดี โดยเพียงแต่พิจารณาหลักเกณฑ์ประกอบว่าทรัพย์สินนั้น อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้มีอำนาจหน้าที่ในทางทหารหรือหน่วยงานด้านการป้องกันประเทศ ดังนั้นคุณลักษณะของทรัพย์สินจึงไม่เกี่ยวข้อง แต่หลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่าทรัพย์สินนั้นจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการใช้ทรัพย์สินและลักษณะของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งทำการควบคุมทรัพย์สินนั้น ตัวอย่างของทรัพย์สินซึ่งมีความสำคัญต่อการปฏิบัติการทางทหาร และ อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้มีอำนาจหน้าที่ในทางทหารหรือหน่วยงานด้านการป้องกันประเทศ แม้ทรัพย์สินนั้นจะไม่มีคุณลักษณะในทางทหาร เช่น อาหาร เครื่องนุ่งห่ม เชื้อเพลิง เครื่องมือเครื่องใช้ในที่ทำการ เป็นต้น อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ตาม (B) ของมาตรา 1611 (b) (2) นี้ ก็พบว่ามีปัญหาในการตีความ ซึ่งศาลพยายามตีความโดยค้นหาแนวทางสภาองเกรส ดังเช่นคำว่า “การควบคุม” (control) สภาองเกรสมุ่งที่จะให้รวมถึงอำนาจในการกำหนด จัดการ หรือการใช้ทรัพย์สินโดยไม่จำเป็นต้องมีการควบคุมทางกายภาพหรือมีสิทธิในทรัพย์สินนั้น ส่วน “หน่วยงานด้านการป้องกันประเทศ” (defense agency) หมายถึง ฝ่ายพลเรือนผู้มีอำนาจหน้าที่ในการต่อสู้ป้องกันซึ่งกระทำการสนับสนุนหน่วยงานในทางทหารที่แท้จริง แต่สภาองเกรสก็มิได้ให้แนวทางในการตีความคำว่า “ผู้มีอำนาจหน้าที่ทางทหาร” (military authority) ซึ่งอาจนำไปสู่การตีความอย่างกว้างขวางของศาลตัวอย่างเช่น รัฐซึ่งปกครองโดยรัฐบาลทหาร (military government) อาจอ้างว่าทรัพย์สินทั้งหมดอยู่ภายใต้การควบคุมของตนถูกใช้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางทหาร หากพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรของ Foreign Sovereign Immunities Act 1976 รัฐบาลดังกล่าวย่อมถือได้ว่าเป็น “ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ทางทหาร” และอาจมีปัญหาว่า หากรัฐบาลดังกล่าวเรียกร้องความคุ้มครองสำหรับรถยนต์ซึ่งถูกซื้อไว้ใช้ในหน้าที่ของนายพลในฐานะเป็นประธานบริษัทน้ำมันแห่งหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ คงไม่มีศาลใดที่จะพิจารณาว่า การใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางทหาร จากตัวอย่างดังกล่าวสามารถชี้ได้ว่า แม้จะมีการตีความคำว่า “ผู้มีอำนาจทางทหาร” ไว้อย่างกว้างขวาง แต่มาตรา 1611 (b) (2) (B) ก็ให้ความ

คุ้มกันเฉพาะทรัพย์สินที่ถูกใช้ “เกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางทหาร” ในส่วนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งตามมาตรา 1611 (b) (2) บัญญัติว่า “ถูกใช้หรือเจตนาจะใช้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมในทางทหาร” นั้น มุ่งถึงการใช้ในขณะนั้น และเจตนาที่จะใช้ในอนาคตเกี่ยวกับการทหาร ดังนั้นเครื่องมือเครื่องใช้ในทางทหารส่วนที่เกินและมีได้ใช้ในทางทหารแล้ว แต่ยึดถือไว้เพื่อที่จะทำการขายจึงไม่อาจได้รับความคุ้มกันโดยสมบูรณ์ สำหรับเหตุผลในการบัญญัติมาตรา 1611 (b) (2) เนื่องจากนโยบายต่างประเทศของสหรัฐ ซึ่งประสงค์จะขายยุทธโปกรณ์ทางทหารให้แก่รัฐต่างประเทศ และเล็งเห็นว่าการอนุญาตให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินในทางทหารของรัฐต่างประเทศจะกระทบต่อนโยบายต่างประเทศของสหรัฐดังกล่าวแล้วประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งคือ สภาองเกรสเกรงว่ารัฐต่างประเทศอาจจะอนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินในทางทหารของสหรัฐซึ่งอยู่ในดินแดนของประเทศนั้น โดยอ้างหลักการปฏิบัติต่างตอบแทน⁴⁰ ส่วนกฎหมาย The State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ ไม่มีการบัญญัติในเรื่องนี้

3. ทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือหน่วยงานทางการเงินอื่นๆ ของรัฐ

ในส่วนของทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือหน่วยงานทางการเงินอื่นๆ ของรัฐ มาตรา 1611 (b) (1) ของ Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีความมุ่งหมายเพื่อให้ธนาคารกลางหรือองค์กรทางการเงินของรัฐต่างประเทศได้รับความมั่นใจว่าเงินทุนซึ่งยึดถือไว้เพื่อความมุ่งหมายของธนาคารกลางจะไม่ถูกรบกวนโดยปราศจากความยินยอม และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากความพยายามที่จะบังคับเอาแก่เงินทุนดังกล่าว

เช่นเดียวกับมาตรา 14 (4) ของ The State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษที่ว่า ทรัพย์สินของธนาคารกลางต่างประเทศจะไม่ถูกพิจารณาว่าถูกใช้หรือเจตนาเพื่อใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ ดังนั้น ทรัพย์สินของธนาคารกลางต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีในทุกๆ กรณี โดยไม่คำนึงถึงโครงสร้างขององค์กรหรือสถานะของธนาคารกลาง

⁴⁰ จิตรา ลิ้มเจริญ, “ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536, หน้า 75

ต่างประเทศ⁴¹ โดยในคดี *AIG Capital Partners Inc. v. Republic of Kazakhstan* ปี ค.ศ. 2005 ศาลอังกฤษได้อธิบายคำว่า "ทรัพย์สิน" (property) ของธนาคารกลางว่านอกจะหมายถึงทรัพย์สินในความหมายทั่วไปแล้วยังรวมถึงอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ สิทธิหรือประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นตามกฎหมายอันชอบธรรม หรือสิทธิตามสัญญา นอกจากนี้ยังรวมถึงทรัพย์สินที่เป็นของธนาคารกลางถ้าทรัพย์สินนั้นถูกถือครองในนามของธนาคารกลาง โดยไม่คำนึงถึงสถานะของธนาคารกลางหรือวัตถุประสงค์ในการถือครองนั้น⁴²

4. ทรัพย์สินซึ่งประกอบเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของรัฐหรือเป็นส่วนหนึ่งของบรรณสารและไม่ได้วางขายหรือเจตนาเพื่อวางขาย วัตถุซึ่งมีคุณค่าทางวิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม หรือประวัติศาสตร์ และไม่ได้วางขายหรือมีเจตนาเพื่อวางขาย

จากการศึกษาพบว่านอกจากทรัพย์สินของรัฐนั้นไม่ได้มีเฉพาะความคุ้มครองจากการบังคับคดีเพียงอย่างเดียว แต่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศยังสามารถได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีได้ด้วย เพราะทรัพย์สินสามารถถูกฟ้องร้องได้ในลักษณะทรัพย์สิน (action in rem)

ซึ่งเป็นการฟ้องร้องต่อตัวทรัพย์สินนั้นโดยตรง ซึ่งในส่วนนี้จะทำการศึกษว่าในกรณีที่มีการฟ้องเรียกร้องสิทธิในทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศเป็นเจ้าของหรืออยู่ในความครอบครองของรัฐต่างประเทศนั้น รัฐต่างประเทศจะสามารถอ้างความคุ้มครองได้หรือไม่ เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบจากข้อบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มครองของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 กฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ พบว่าในกรณีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ในทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศเป็นเจ้าของหรืออยู่ในความครอบครองของรัฐต่างประเทศที่จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มครองของรัฐได้นั้น ได้แก่การฟ้องร้องเกี่ยวกับสิทธิดังต่อไปนี้

⁴¹ จิตรา ลิ้มเจริญ. "ความคุ้มครองรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ." วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 68-69.

⁴² M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p. 745.

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
1. สิทธิใดๆ หรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐนั้น หรือการครอบครองหรือการใช้ หรือข้อผูกพันใดๆ ของรัฐที่เกิดขึ้นจากผลประโยชน์ใน หรือการครอบครองหรือการใช้ อสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในรัฐที่มีการฟ้องร้อง	1. สิทธิในทรัพย์สินที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและทรัพย์สินนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปใช้ในกิจกรรมทางพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกา โดยรัฐต่างประเทศ หรือทรัพย์สินนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหรือการครอบครอง โดยตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ และตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้นได้เข้ามาทำกิจกรรมทางพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกา	1. ผลประโยชน์ของรัฐ ความเป็นเจ้าของ การครอบครอง หรือการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษ
2. สิทธิใดๆ หรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐนั้น ใน อสังหาริมทรัพย์ หรือ อสังหาริมทรัพย์ที่เกิดขึ้นจากการสืบสิทธิ การให้ หรือทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ	2. สิทธิในทรัพย์สินในสหรัฐอเมริกาที่ได้มาโดยการรับมรดกหรือการให้ หรือสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา	2. กระบวนพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับ อสังหาริมทรัพย์ หรือ อสังหาริมทรัพย์อันเกิดมาจากการได้รับมรดกหรือการให้
3. สิทธิใดๆ หรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐนั้น ในการบริหาร		3. สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือออกแบบซึ่งเป็นของรัฐและ

<p>อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004</p>	<p>Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา</p>	<p>State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ</p>
<p>ทรัพย์สิน อาทิเช่น ทรัพย์สินที่มีการมอบหมายให้จัดการดูแลทรัพย์สินแทนเจ้าของ กองทรัพย์สินของบุคคลล้มละลายหรือทรัพย์สินของบริษัทในกรณีที่มีการเลิกกิจการ</p>		<p>จดทะเบียนหรือให้ความคุ้มครองในประเทศอังกฤษ</p>
<p>4.สิทธิใดๆ ของรัฐในเรื่องสิทธิบัตร งานออกแบบอุตสาหกรรม ชื่อทางการค้า หรือชื่อทางธุรกิจ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ หรือรูปแบบอื่นๆของทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ซึ่งได้รับการคุ้มครองภายใต้มาตรการคุ้มครองทางกฎหมาย</p>		<p>4.สิทธิที่ใช้ในทางการค้าหรือธุรกิจในนามประเทศอังกฤษ</p>

3.2.4. รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ความคุ้มกันของรัฐเป็นความคุ้มกันที่รัฐต่างประเทศเป็นผู้อุปโภค กล่าวคือ การที่รัฐหนึ่งและทรัพย์สินของรัฐได้รับความคุ้มกันจากกระบวนการในทางตุลาการของรัฐอื่น โดยมีความหมายแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล (Immunity from Jurisdiction) และความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดี (Immunity from

Execution) โดยในส่วนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน คือ 1.ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล 2.ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีและ 3.ความคุ้มกันของรัฐเกี่ยวกับทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ดังนี้

1) ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล

จากหลักว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานหลายศตวรรษแล้วว่า รัฐหนึ่งย่อมไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีใดๆ ได้ในศาลภายในของอีกรัฐหนึ่ง เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นเสียก่อน อันเป็นผลมาจากความเสมอภาคเท่าเทียมกันและความเป็นเอกราชของรัฐอธิปไตย ดังนั้น ศาลของรัฐหนึ่งจึงไม่อาจใช้อำนาจของตนเหนืออีกรัฐหนึ่งได้

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 5</p> <p>รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของอนุสัญญานี้</p>	<p>มาตรา 1604</p> <p>ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีในเวลาที่ยุติบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของสหรัฐอเมริกาและรัฐอื่นใด เว้นแต่ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1605 ถึงมาตรา 1607</p>	<p>มาตรา 1</p> <p>(1) รัฐหนึ่งย่อมได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลอังกฤษ เว้นแต่จะได้อำนาจไว้ตามกฎหมายฉบับนี้</p> <p>(2) ศาลอังกฤษจะให้ความคุ้มกันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ แม้ว่ารัฐนั้นไม่ได้ปรากฏในกระบวนการพิจารณาก็ตาม</p>

จากการศึกษาพบว่าทั้งกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 มาตรา 1604 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 มาตรา 1(1) ของประเทศอังกฤษ ได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ รัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล เช่น ในคดี *Al-Adsani v. Government of Kuwait* ปี ค.ศ. 1996 ศาลอุทธรณ์อังกฤษตัดสินว่า "กฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษได้ให้ความคุ้มกันแก่รัฐทั้งหลาย เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่ได้รับการยกเว้นไว้อย่างชัดเจน" และในคดี *Jones v. Saudi Arabia* ปี ค.ศ. 2006 ในคดีนี้ the House of Lords ตัดสินว่า "ภายใต้กฎหมาย State Immunity Act 1978 และแนวทางที่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล) รัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกัน เว้นแต่การกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นจะเข้าข้อยกเว้นข้อใดข้อหนึ่ง"⁴³ ซึ่งหลักการดังกล่าวก็สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญา

2) ความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี

หลักการทั่วไปของความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐนั้น ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ใช้สำหรับความมุ่งหมายสาธารณะ (public purpose) นั้น จะได้รับความคุ้มกันจากการอายัดทรัพย์สินและการบังคับคดี ส่วนทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ใช้หรือมีเจตนาที่จะใช้เพื่อความมุ่งหมายทางพาณิชย์นั้นย่อมอยู่ภายใต้การอายัดทรัพย์สินและการบังคับคดี⁴⁴

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักว่าการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลไม่ถือเป็นการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยอัตโนมัติ⁴⁵ และในส่วนของประเทศอังกฤษ ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีไว้ใน มาตรา 13 (2) b ของ State Immunity Act 1978 โดยมีหลักว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศจะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลของรัฐท้องถิ่นหรือรัฐเจ้าของดินแดนเกี่ยวกับ

⁴³ M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*, (New York: Cambridge University press, 2008) pp. 716-717.

⁴⁴ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 609.

⁴⁵ *Ibid.*, p.746.

การบังคับคดี หรือการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลภายในของรัฐท้องถิ่นหรือรัฐเจ้าของดินแดน เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะแสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้ง และในกรณีที่ทรัพย์สินของรัฐนั้นได้ใช้หรือมีเจตนาที่จะใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ เช่น ในคดี *AIC Ltd v. Federal Government of Nigeria* ปี ค.ศ. 2003 ศาลอังกฤษตัดสินว่า “ทรัพย์สินของธนาคารกลางของต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกันโดยเด็ดขาด (absolute immunity) จากเขตอำนาจศาลอังกฤษ โดยไม่คำนึงถึงที่มาของเงินทุนในบัญชีหรือจุดมุ่งหมายในการรักษาบัญชี”⁴⁶

2.1) มาตรการบังคับก่อนพิพากษา

มาตรการบังคับก่อนพิพากษานั้นถือเป็นมาตรการชั่วคราว (provisional measures) ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการยึด หรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่โจทก์ เช่น การอายัดบัญชีเงินฝากในธนาคาร เป็นต้น โดยในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าอย่างไร และเหมือนหรือต่างจากบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ หรือไม่

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
ข้อบทที่ 18 มาตรการบังคับก่อนคำพิพากษา เช่น การอายัด หรือ การยึดทรัพย์สินของรัฐ ไม่ให้นำมาใช้กับกระบวนการพิจารณา	มาตรา 1610 (d) ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศตามที่นิยามไว้ในมาตรา 1603 (a) นั้น ถ้าทรัพย์สินดังกล่าวถูกใช้สำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์	มาตรา 13 (2) (b) ทรัพย์สินของรัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้กระบวนการใดๆ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง

⁴⁶ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 745.

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ในศาลของรัฐหนึ่ง เว้นแต่</p> <p>(a) รัฐต่างประเทศได้แสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้งในการรับมาตรการดังกล่าว โดย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ความตกลงระหว่างประเทศ 2. ความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น 3. การประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น <p>(b) รัฐได้จัดสรรหรือแยกทรัพย์สินออกไป เพื่อค่าใช้จ่ายหรือเรียกร้องซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณานั้น</p>	<p>ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทรัพย์สินเหล่านั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันจากการอายัดทรัพย์สินก่อนที่คดีจะเข้าสู่การตัดสินของศาลของสหรัฐอเมริกาหรือศาลของมลรัฐ ถ้า</p> <p>(1) รัฐต่างประเทศนั้น ได้แสดงความคุ้มกันไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายจากการอายัดทรัพย์สินก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีการเพิกถอนการแสดงความคุ้มกันดังกล่าวได้ โดยยกเว้นตามข้อกำหนดในการแสดงความคุ้มกัน</p>	<p>อนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับสิทธิเหนือทรัพย์สิน เพื่อการยึดทรัพย์สินนั้น</p> <p>มาตรา 13 (3)</p> <p>อนุมาตรา (2) ข้างต้น ไม่กระทบในการที่รัฐจะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร</p>

จากการศึกษาพบว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1610 (d) ห้ามไม่ให้ทำการอายัดทรัพย์สินต่อทรัพย์สินของรัฐต่อประเทศก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา (pre-judgment attachment) เว้นแต่ว่ารัฐต่างประเทศนั้นจะได้ทำการละ

ความคุ้มกันอย่างชัดเจนต่อการอายัดทรัพย์สินก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา และจุดประสงค์ของการอายัดทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐต่างประเทศนั้นจะปฏิบัติตามคำพิพากษา⁴⁷ โดยพบว่ามีหลายคดีในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการสละความคุ้มกันไว้ในสนธิสัญญาที่อาจจะตีความได้ว่าการอนุญาตให้ศาลทำการอายัดทรัพย์สินก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้จำเลยเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกนอกเขตอำนาจศาล โดยโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะสละความคุ้มกันจากการอายัดทรัพย์สิน⁴⁸

และในส่วนของประเทศอังกฤษ ตามกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ ศาลอาจมีคำสั่งห้ามหรือคำสั่งให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การเรียกคืนที่ดิน หรือการเรียกคืนทรัพย์สินโดยปราศจากความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐต่างประเทศ โดยมีลักษณะเป็นคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อยึด หรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอันเป็นการขยายอำนาจของศาลในการยึดทรัพย์สินของจำเลยชั่วคราวเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่โจทก์ หรือที่เรียกว่า Mareva injunction⁴⁹

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1610 (d) นั้นอนุญาตให้ศาลสามารถทำการอายัดทรัพย์สินก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา (pre-judgment attachment) ได้เฉพาะในกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นได้มีการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง (explicit) สำหรับการอายัดทรัพย์สินก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา เช่นเดียวกับกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ มาตรา 13 (2) และ (3) ที่กำหนดให้จะต้องมีการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร (written consent) เช่น การยึดทรัพย์สินของจำเลยชั่วคราวเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่โจทก์ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้จำเลยเคลื่อนย้ายเงินทอนออกจากเขตอำนาจศาล⁵⁰ และจำกัดอำนาจศาลให้ทำการอายัดได้เฉพาะทรัพย์สินของรัฐที่ใช้ในทางพาณิชย์⁵¹

⁴⁷ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 742.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid, p.743.

⁵⁰ August Reinisch. European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. *The European Journal of International Law*.2006. p. 835.

⁵¹ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 616-617.

2.2) มาตรการบังคับหลังพิพากษา

มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา คือ มาตรการภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ศาลก็จะมีคำสั่งยึดอายัด หรือบังคับคดีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นรัฐต่างประเทศ ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยชัดแจ้ง หรือทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินมีไว้ใช้หรือถูกใช้สำหรับความมุ่งหมายทางพาณิชย์ ดังนั้น ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่ากฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าอย่างไร และเหมือนหรือต่างจากบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ หรือไม่

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 19</p> <p>มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา เช่น การอายัด หรือการยึด หรือการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐ ไม่ให้นำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาในศาลของอีกรัฐหนึ่ง เว้นแต่ รัฐต่างประเทศได้แสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้งในการรับมาตรการดังกล่าว โดย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ความตกลงระหว่างประเทศ 2. ความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญา 	<p>มาตรา 1609</p> <p>ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีในเวลาที่มีผลใช้บังคับ ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับความคุ้มกันจากการยึด อายัด และการบังคับคดี เว้นแต่ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1610 และมาตรา 1611</p>	<p>มาตรา 13 (2) (b)</p> <p>ทรัพย์สินของรัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้กระบวนการใดๆ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับสิทธิเหนือทรัพย์สิน เพื่อการยึดทรัพย์สินนั้น</p> <p>มาตรา 13 (3)</p> <p>อนุมาตรา (2) ข้างต้น ไม่กระทบในการที่รัฐจะให้ความ</p>

<p>อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004</p>	<p>Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา</p>	<p>State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ</p>
<p>ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น</p> <p>3.การประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่ เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น</p>		<p>ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร</p> <p>มาตรา 13 (4)</p> <p>อนุมาตรา (2) (b) ไม่กระทบในการที่จะมีคำสั่งให้ดำเนินการใดๆ แก่ทรัพย์สิน ซึ่งขณะนั้นถูกใช้หรือมุ่งใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์</p>

จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษนั้นโดยหลักแล้วทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะได้สละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยชัดแจ้ง ซึ่งก็สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญา

จากการศึกษาในส่วนนี้ จะเห็นได้ว่าความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น ปัจจุบันได้กลายมาเป็นหลักสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งในส่วนที่ 4 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดีไว้ 2 ลักษณะ คือ การบังคับก่อนศาลมีคำพิพากษา (pre-judgment enforcement) และการบังคับหลังศาลมีคำพิพากษา (post-judgment enforcement) และมีการนิยามประเภทของทรัพย์สิน เช่นเดียวกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ปี ค.ศ. 1972 (The 1972 European Convention on State Immunity) ที่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการใช้มาตรการบังคับ (measures of constraint) หรือมาตรการป้องกัน (preventive measures) ต่อทรัพย์สินของรัฐคู่กรณีโดยปราศจาก

ความยินยอม⁵² และในการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักความคุ้มกันจากการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐทุกประเภท เช่น การป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอายัดสถานที่หรือบัญชีเงินฝากของคณะผู้แทนทางการทูต และการปฏิเสธคำสั่งให้บังคับคดีโดยศาลภายใน⁵³

2.3) ความคุ้มกันของรัฐเกี่ยวกับทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ

อีกหนึ่งปัญหาเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี ก็คือ ปัญหาความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐ (Property of State agencies or instrumentalities)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
ข้อบทที่ 5 รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐ	มาตรา 1610 (b) ทรัพย์สินใดๆ ของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศซึ่งเข้าร่วมในกิจกรรมทางพาณิชย์ในสหรัฐ จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี หากตัวแทนหรือ	มาตรา 14 (3) หากองค์ภาวะที่แยกต่างหาก (separate entity) (ซึ่งไม่ใช่ธนาคารกลางของรัฐหรือองค์กรทางการเงินอื่นๆ) ได้ยอมรับอำนาจศาลในศาลในการดำเนินคดีในคดีซึ่งตนมี

⁵² Article 23 of the European Convention on State Immunity, 1972.

"No measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be take in the territory of another Contracting State except where and to the extent that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case."

⁵³ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 599.

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
	<p>หน่วยงานนั้น ได้สละความคุ้มกันของตนจากการบังคับคดีประการหนึ่ง หรือคำพิพากษานั้นเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องซึ่งตัวแทนหรือหน่วยงานนั้นไม่ได้รับความคุ้มกันตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าทรัพย์สินนั้นถูกใช้หรือได้ถูกใช้เพื่อกิจกรรมซึ่งเป็นพื้นฐานของข้อเรียกร้องหรือไม่อีกประการหนึ่ง</p>	<p>สิทธิได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล ตามอนุมาตรา (2) ของมาตราเดียวกันนี้ จะต้องนำอนุมาตรา (1) ถึง (4) ของมาตรา 13 มาใช้กับองค์ภาวะดังกล่าวเช่นเดียวกับที่ใช้กับรัฐ</p> <p>มาตรา 13 (2) (b) ทรัพย์สินของรัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้กระบวนการใดๆ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งอนุญาตโดยตุลาการ</p> <p>มาตรา 13 (3) อนุมาตรา (2) ข้างต้น ไม่กระทบในการที่รัฐจะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร</p> <p>มาตรา 13 (4) อนุมาตรา (2) (b) ไม่กระทบในการที่จะมีคำสั่งให้ดำเนินการใดๆ แก่ทรัพย์สิน ซึ่งขณะนั้นถูกใช้หรือมุ่งใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์</p>

ในกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 1610 (b) ในการบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐต่างประเทศนั้น (State agency or instrumentality) มีความแตกต่างกับการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐ เพราะในการบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของรัฐนั้น นอกจากศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้น เป็นกิจกรรมทางพาณิชย์หรือไม่แล้ว และในการบังคับคดีนั้นศาลจะต้องพิจารณาอีกว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นได้ใช้หรือถูกใช้สำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ แต่ในส่วนของ การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐต่างประเทศนั้น ศาลจะพิจารณาเพียงแค่ว่าหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐต่างประเทศนั้นได้เข้าร่วมในกิจกรรมทางพาณิชย์เท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าทรัพย์สินของหน่วยงานหรือตัวแทนนั้นได้ใช้หรือถูกใช้สำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ เพียงแค่หน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐต่างประเทศนั้นได้เข้าร่วมในกิจกรรมทางพาณิชย์เท่านั้น ศาลก็สามารถมีมาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของหน่วยงานหรือตัวแทนนั้นได้⁵⁴

และตามกฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษนั้น ได้มีการแบ่งแยกประเภทอย่างชัดเจนระหว่าง รัฐ องค์การของรัฐ และองคภาวะที่แยกต่างหากของรัฐ (separate entities of the State) โดยมีการอธิบายลักษณะขององคภาวะที่แยกต่างหากไว้ว่า หมายถึง 1) องคภาวะที่แยกต่างหากนั้นไม่ถือเป็นส่วนราชการของรัฐ 2) องคภาวะที่แยกต่างหากนั้นมีความสามารถในการฟ้องหรือถูกฟ้องคดี ดังนั้น ในกรณีที่องคภาวะที่แยกต่างหากจากรัฐได้เข้าทำกิจกรรมทางพาณิชย์ร่วมกับเอกชน ถือว่าองคภาวะที่แยกต่างหากจากรัฐเหล่านั้นมีสถานะเท่าเทียมกันกับคู่สัญญาที่เป็นเอกชน จึงส่งผลให้กิจกรรมขององคภาวะเหล่านั้นไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล และทรัพย์สินที่เป็นขององคภาวะเหล่านั้นอยู่ภายใต้ มาตรการบังคับคดี แต่ถ้าเป็นกรณีที่องคภาวะที่แยกต่างหากนั้นได้กระทำการที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแล้ว องคภาวะนั้นย่อมอ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลได้ ตามมาตรา 14 (2) และทรัพย์สินขององคภาวะจะได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี⁵⁵

⁵⁴ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 653.

⁵⁵ Ibid.

3.2.5) การสละความคุ้มกันของรัฐ

ความคุ้มกันของรัฐ มีความหมายรวมถึง ความคุ้มกันจากอำนาจศาล (immunity from jurisdiction) และความคุ้มกันจากการบังคับคดี (immunity from execution) โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นว่าความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล และความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ มีความแตกต่างกันทั้งในประเภท (in kind) และในขั้นตอนการเกิด (in stage) คำว่า "jurisdiction" หรือ "juris-dicto" นั้น หมายถึง การประกาศหรือการตัดสินเกี่ยวกับกฎหมายหรือสิทธิของคู่ความในคดี คำว่า "immunity from jurisdiction" จึงหมายถึง การยกเว้นจากอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทภาคี หรือยุติข้อพิพาทโดยพิจารณาตัดสินคดี ในทางตรงกันข้ามความคุ้มกันจากการบังคับคดีจะเกี่ยวข้องเฉพาะกับความคุ้มกันของรัฐในส่วนเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐจากการบังคับคดีตามคำพิพากษา ดังนั้นการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล (waiver of immunity from jurisdiction) เช่น ความยินยอมในการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลของรัฐอื่น หรือการเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการดำเนินคดีต่อศาล จึงไม่เป็นการแสดงนัยของการยอมรับมาตรการบังคับคดี ความยินยอมของรัฐต่างประเทศต่อการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลท้องถิ่น มิใช่ความยินยอมต่อการบังคับคดีตามคำพิพากษาแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ นั้น การสละความคุ้มกันจากอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีไม่ได้มีผลเป็นการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยปริยาย แต่การสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีนั้นต้องกระทำต่างหากในขณะที่มีการขอให้ปฏิบัติตามคำพิพากษา⁵⁶

1) การสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่ารัฐอธิปไตยทุกรัฐย่อมมีความเป็นอิสระ มีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ไม่มีรัฐใดสามารถใช้อำนาจหรือมีเขตอำนาจเหนือรัฐอื่นได้โดยปราศจากความยินยอมของรัฐนั้น ดังนั้น ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมาย Foreign Sovereign

⁵⁶ จิตรา ลิมเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 82.

Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ และบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ว่ามีหลักเกณฑ์และวิธีการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลอย่างไร

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 7 วรรค 1</p> <p>รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับเรื่องหรือคดีใดคดีหนึ่ง หากรัฐนั้นได้ยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการใช้อำนาจโดยศาลนั้น อันเกี่ยวเนื่องกับเรื่องหรือคดีนั้น โดย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ความตกลงระหว่างประเทศ 2. ในสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร 3. โดยการประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารเป็นลายลักษณ์อักษรในกระบวนการพิจารณาเฉพาะเจาะจงใดกระบวนการพิจารณาหนึ่ง 	<p>มาตรา 1605 (a) (1)</p> <p>รัฐต่างประเทศจะไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาในกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้น ได้สละความคุ้มกันไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการเพิกถอนการสละความคุ้มกันดังกล่าวได้ โดยยกเว้นตามข้อกำหนดในการสละความคุ้มกัน</p>	<p>มาตรา 2 (1)</p> <p>รัฐจะไม่ได้รับความคุ้มกันในกระบวนการพิจารณาในกรณีที่รัฐได้ยินยอมต่อเขตอำนาจศาลของอังกฤษ</p> <p>มาตรา 2 (2)</p> <p>รัฐอาจยินยอมภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทขึ้นหรือได้มีการทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร</p> <p>มาตรา 2 (3)</p> <p>ในกรณีดังต่อไปนี้ถือว่ารัฐได้ให้ความยินยอม</p> <ol style="list-style-type: none"> (a) รัฐนั้นเป็นผู้เริ่มกระบวนการพิจารณา (b) ภายใต้อนุมัติมาตรา (4) และ (5) ถ้ารัฐนั้นได้ร้องขอ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อ 8 วรรค 1</p> <p>รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากอำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาของศาลของอีกรัฐหนึ่งหากรัฐนั้นได้</p> <p>(a) เริ่มกระบวนการพิจารณานั้นเอง</p> <p>ร้องขอในกระบวนการพิจารณาหรือดำเนินขั้นตอนอื่นใดเกี่ยวกับเนื้อหาของคดี อย่างไรก็ตาม หากรัฐนั้นทำให้พึงพอใจต่อศาลนั้นว่า รัฐนั้นไม่อาจทราบถึงข้อเท็จจริงซึ่งเป็นพื้นฐานของการอ้างความคุ้มกันได้จนกว่าจะได้ดำเนินขั้นตอนเช่นนั้นแล้ว รัฐนั้นสามารถอ้างความคุ้มกันบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเหล่านั้น ทั้งนี้รัฐนั้นจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้</p> <p>มาตรา 8 วรรค 2</p> <p>ไม่ถือว่ารัฐให้ความยินยอม</p>		<p>หรือดำเนินขั้นตอนอื่นใดในกระบวนการพิจารณาคดี</p> <p>มาตรา 2 (4)</p> <p>อนุมาตรา 3 (b) จะไม่นำมาปรับใช้กับการร้องขอหรือดำเนินขั้นตอนอื่นใดเพื่อวัตถุประสงค์</p> <p>(a) อ้างความคุ้มกัน</p> <p>(b) อ้างสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินในคดี</p> <p>มาตรา 2 (6)</p> <p>การเสนอคำฟ้องในกระบวนการพิจารณาใดๆ ให้รวมถึงการยื่นอุทธรณ์ แต่ไม่รวมการฟ้องแย้งเว้นแต่การฟ้องแย้งนั้นเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์หรือข้อเท็จจริงเดียวกันกับคำฟ้องหลัก</p>

<p>อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004</p>	<p>Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา</p>	<p>State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ</p>
<p>ต่อการใช้อำนาจศาลของรัฐหนึ่งหากรัฐนั้นร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาหรือดำเนินขั้นตอนอื่นใดเพื่อความมุ่งประสงค์เฉพาะเพื่อ</p> <p>(a) การอ้างความคุ้มกัน</p> <p>(b) การอ้างสิทธิหรือส่วนประโยชน์ได้เสียในตำรากฎหมาย ในทรัพย์สินที่พิพาทในกระบวนการพิจารณา</p>		

จากการศึกษาพบว่า การสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี ตามกฎหมาย State Immunity Act ของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศ ดังต่อไปนี้ ถือเป็น การให้ความยินยอมต่อกระบวนการพิจารณาคดีของศาล โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ได้แก่

1. รัฐต่างประเทศนั้นได้เสนอคำฟ้องภายหลังจากเกิดข้อพิพาท
2. รัฐต่างประเทศได้ทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรหรือข้อตกลงอนุญาตตุลาการ
3. รัฐต่างประเทศเป็นผู้เริ่มกระบวนการพิจารณา

4. รัฐต่างประเทศนั้นได้ร้องขอหรือดำเนินขั้นตอนอื่นใดในกระบวนการพิจารณาคดี มากกว่าเป็นการอ้างความคุ้มกันหรืออ้างสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินในคดี

และในส่วนของการสละความคุ้มกันภายใต้กฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ของประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ การสละความคุ้มกันจากการพิจารณาคดี การสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา และการสละความคุ้มกันจากการอายัดทรัพย์สินในระหว่างการเข้าร่วมพิจารณาของศาล โดยการสละความคุ้มกันจากการดำเนินคดีและการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act นั้น สามารถกระทำได้ทั้งโดยชัดแจ้ง (explicitly) และโดยปริยาย (implicitly) โดยบัญญัติเกี่ยวกับการสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไว้ในมาตรา 1605 (a) (1) และการสละความคุ้มกันเกี่ยวกับมาตรการบังคับคดีไว้ในมาตรา 1610 (a) (1) โดยการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งนั้นเป็นการที่รัฐได้แสดงเจตนาที่จะสละความคุ้มกันของรัฐซึ่งอาจจะกระทำโดยสนธิสัญญา (treaty) หรือโดยสัญญา (contract)⁵⁷ ส่วนการกระทำของรัฐที่ถือได้ว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย เช่น การปรากฏตัวในศาล การฟ้องแย้ง การลงนามในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การเลือกกฎหมาย (choice-of-law) การเลือกศาลที่จะพิจารณาคดี (choice-of-forum) เป็นต้น เช่น ในคดี *Banco Nacional de Cuba v. Chase Manhattan Bank* ปี ค.ศ. 1981 ในคดีนี้ศาลสหรัฐวินิจฉัยว่าการที่รัฐบาลคิวบาได้ฟ้องร้องธนาคาร Chase Manhattan ต่อศาลของสหรัฐอเมริกานั้นมีผลเท่ากับว่ารัฐบาลคิวบาได้สละความคุ้มกันแล้ว⁵⁸ และในคดี *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* ปี ค.ศ. 1992 ศาลสหรัฐวินิจฉัยว่าการที่รัฐต่างประเทศได้ขอให้ศาลสหรัฐอเมริกาดำเนินคดีเพื่อเรียกคืนสินทรัพย์ของโจทก์นั้นถือได้ว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้สละความคุ้มกันแล้ว⁵⁹

⁵⁷ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 337.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

2) การสละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการสละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี โดยเป็นการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมาย State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ และบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ว่ามีหลักเกณฑ์และวิธีการสละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีอย่างไร

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 19 (a)</p> <p>มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา เช่น การอายัด หรือการยึด หรือการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐ ไม่ให้นำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาในศาลของอีกรัฐหนึ่ง เว้นแต่ รัฐต่างประเทศได้แสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้งในการรับมาตรการดังกล่าว โดย</p> <p>1. ความตกลงระหว่างประเทศ</p> <p>2. ความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังข้อพิพาทระหว่างคู่</p>	<p>มาตรา 1610 (a) (1)</p> <p>รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันจากการยึดทรัพย์สินหรือจากการบังคับคดีไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการเพิกถอนการสละความคุ้มกันดังกล่าวได้ โดยยกเว้นตามข้อกำหนดในการสละความคุ้มกัน</p> <p>มาตรา 1610 (b) (1)</p> <p>ตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันจากการยึดทรัพย์สินหรือจากการบังคับคดีไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือ</p>	<p>มาตรา 13 (3)</p> <p>การยินยอมให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีนั้นจะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง เพียงแต่มีการยอมรับอำนาจศาลไม่อาจถือได้ว่าเป็นการยินยอมต่อการบังคับคดี</p>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ภาคี่เกิดขึ้น</p> <p>3.การประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคี่เกิดขึ้น</p> <p>ข้อบทที่ 20</p> <p>ในกรณีที่มาตราการบังคับต้องได้รับการยินยอมภายใต้ข้อ 18 และ 19 การยินยอมต่อการใช้เขตอำนาจศาลภายใต้ข้อ 7 จะไม่มีนัยเป็นการยอมรับมาตรการบังคับโดยปริยาย</p>	<p>ปริยาย แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการเพิกถอนการสละความคุ้มกันดังกล่าวได้ โดยยกเว้นตามข้อกำหนดในการสละความคุ้มกัน</p>	

จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้แยกการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีออกจากการสละความคุ้มกันจากอำนาจศาลในการพิจารณาคดี โดยข้อบทที่ 20 บัญญัติว่า "ในกรณีที่มาตราการบังคับต้องได้รับการยินยอมภายใต้ข้อ 18 และ 19 การยินยอมต่อการใช้เขตอำนาจศาลภายใต้ข้อ 7 จะไม่มีนัยเป็นการยอมรับมาตรการบังคับโดยปริยาย" (Where consent to the measures of constraint is required under articles 18 and 19, consent to the exercise of jurisdiction under article 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint.) ซึ่งเหตุผลในการแยก

การสละความคุ้มกันของรัฐออกเป็น การสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล และการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีนั้น ในเรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศโดย ดร. สมปอง สุจริตกุล ได้อธิบายความแตกต่างระหว่างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล และความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีไว้ว่า ความคุ้มกันของรัฐทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกันทั้งในประเภท (in kind) และขั้นตอนการเกิด (in stage) โดยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล หมายถึง การยกเว้นจากอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีนั้นจะเกี่ยวข้องเฉพาะกับความคุ้มกันของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐจากการบังคับคดีตามคำพิพากษา ดังนั้น การสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล เช่น ความยินยอมในการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลของรัฐอื่น หรือการเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของศาล จึงไม่การแสดงนัยเป็นการยอมรับต่อมาตรการบังคับคดี กล่าวคือ การสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ไม่ได้มีผลเป็นการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยปริยาย⁶⁰ ซึ่งการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีนั้น รัฐต่างประเทศจะต้องกระทำต่างหากในขณะที่มีการขอให้ปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายทั้งสามฉบับแล้ว แสดงให้เห็นว่าได้มีการแยกการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดี ออกจากการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีไว้คล้ายคลึงกัน โดยมีเงื่อนไขว่าการที่รัฐต่างประเทศนั้นการยินยอมต่อการใช้เขตอำนาจศาล ไม่ถือเป็นการยอมรับมาตรการบังคับคดีโดยปริยาย

โดยการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีนี้ ในอนุสัญญาและกฎหมาย State Immunity Act ของประเทศอังกฤษกำหนดว่ารัฐต่างประเทศนั้นจะต้องได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้ง เช่น ในข้อบทที่ 19 ของอนุสัญญากำหนดว่า “มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา เช่น การอายัดหรือการยึด หรือการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐ ไม่ให้นำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาในศาลของอีกรัฐหนึ่ง เว้นแต่ รัฐต่างประเทศได้แสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้งในการรับมาตรการดังกล่าว โดย 1.ความตกลงระหว่างประเทศ 2.ความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์

⁶⁰ จิตรา ลัมเจริญ, “ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 15.

อักษรภายหลังข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น หรือ 3.การประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น" และในมาตรา 13 (3) ของ State Immunity Act กำหนดว่า "การยินยอมให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีนั้นจะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง" เช่น แนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดี *Duff Development Company Ltd. v. government of Kelantan* ปี ค.ศ. 1924 House of Lords ได้ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้อายัดทรัพย์สินของ Sultan of Kelantan แม้ว่ารัฐบาลของ Kelantan จะได้ยอมรับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอังกฤษในการดำเนินคดีที่ผ่านมาแล้วก็ตาม" โดยในคดีนี้ Warrington, L.J. ได้ให้ความเห็นว่าการยอมรับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีไม่ได้มีความหมายว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐ⁶¹

และในส่วนของกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติเกี่ยวกับการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีไว้ในมาตรา 1610 (a) (1) ซึ่งเป็นคนละส่วนกันกับการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1605 (a) (1) ดังที่ปรากฏในแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐในคดี *Dexter & Carpenter, Inc. v. Kunlig Jarnvagsstyrelsen et al.* ปี ค.ศ. 1930 โดยคดีนี้ศาลสหรัฐได้ปฏิเสธการอายัดทรัพย์สินของประเทศสวีเดน โดยให้เหตุผลว่า "การยอมรับอำนาจศาลไม่ได้แสดงนัยของการยอมรับต่อการบังคับแก่ทรัพย์สินของรัฐ"⁶² และในคดี *The flota Maritime Browning de Cuba v. M.V. Ciudad de la Habana* ปี ค.ศ. 1964 ศาลสหรัฐได้วินิจฉัยว่า "รัฐต่างประเทศควรได้รับอนุญาตให้สงวนข้อเรียกร้องของตนเกี่ยวกับความคุ้มกันจากการบังคับคดีในขณะที่มีการสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล รัฐต่างประเทศไม่ควรอยู่ภายใต้พันธกรณีใดๆ ที่จะต้องจำกัดสิทธิของตนในอันที่จะยืนยันความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐ เมื่อปรากฏว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้สละความคุ้มกันของตนจากอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล"⁶³

⁶¹ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*. 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 602.

⁶² Ibid.

⁶³ จิตรา ลิมเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 16.

การสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีมีหลักการสำคัญ คือ รัฐอาจสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินใดๆ ซึ่งเป็นหนึ่งในทรัพย์สินประเภทดังกล่าวหรือเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่ง ทั้งนี้รัฐจะต้องระบุหรือกำหนดทรัพย์สินนั้นไว้เพื่อการกระทำให้เป็นที่น่าพอใจตามข้อเรียกร้องซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดี หรือโดยการแสดงความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจงต่อการใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินบางประเภทหรือบางส่วนของทรัพย์สินบางประเภทเท่านั้น โดยมีข้อกำหนดว่าการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องเป็นการสละความคุ้มกันโดยเฉพาะเจาะจง หรือแจ้งชัดยิ่งกว่าการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินทั่วไปของรัฐ กล่าวคือ การสละความคุ้มกันทั่วไป หรือการสละความคุ้มกันสำหรับทรัพย์สินทั้งหลายซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ทำการบังคับคดี⁶⁴

โดยทั่วไปแล้วรัฐสามารถสละสิทธิความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Enforcement measures) ซึ่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ก็ได้ระบุวิธีการสละสิทธิความคุ้มกันไว้ในมาตรา 18 (a) และ 19 (a) แสดงให้เห็นว่าการใช้มาตรการบังคับคดีต่อรัฐต่างประเทศและทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐต่างประเทศนั้นๆ ก่อน

3.2.6 การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

การบังคับคดี (Execution) หมายถึง ขั้นตอนหรือกระบวนการอายัด หรือยึดทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษา จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศนั้น ไม่ได้มีต่อรัฐต่างประเทศเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศด้วย

⁶⁴ จิตรา ลัมเจริญ. "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ." (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 80.

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา	State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ
<p>ข้อบทที่ 19</p> <p>มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา เช่น การอายัด หรือ การยึด หรือการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐ ไม่ให้นำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาในศาลของอีกรัฐหนึ่ง เว้นแต่</p> <p>(a) รัฐต่างประเทศได้แสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้งในการรับมาตรการดังกล่าว โดย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ความตกลงระหว่างประเทศ 2. ความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น 3. การประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีเกิดขึ้น <p>(b) รัฐได้จัดสรร (allocated) หรือระบุโดยจำเพาะทรัพย์สิน (earmarked property) เพื่อทำ</p>	<p>มาตรา 1609</p> <p>ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีในเวลาที่มีผลใช้บังคับทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับความคุ้มกันจากการยึด อายัด และการบังคับคดี เว้นแต่ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1610 และ มาตรา 1611</p> <p>มาตรา 1610 (a)</p> <p>ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งทรัพย์สินนั้นถูกใช้เพื่อกิจกรรมทางพาณิชย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี ถ้า</p> <p>(1) รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันจากการยึดทรัพย์สินหรือจากการบังคับคดี</p>	<p>มาตรา 13 (3)</p> <p>การยินยอมให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีนั้นจะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง เพียงแต่มีการยอมรับอำนาจศาลไม่อาจถือได้ว่าเป็นการยินยอมต่อการบังคับคดี</p> <p>มาตรา 13 (2) (b)</p> <p>ทรัพย์สินของรัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้กระบวนการใดๆ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งอนุญาโตตุลาการ</p> <p>มาตรา 13 (4)</p> <p>อนุมาตรา (2) (b) ไม่กระทบในการที่จะมีคำสั่งให้ดำเนินการใดๆ แก่ทรัพย์สินซึ่งขณะนั้นถูกใช้หรือมุ่งใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์</p>

<p>อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004</p>	<p>Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ของประเทศสหรัฐอเมริกา</p>	<p>State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ</p>
<p>ให้ข้อเรียกร้องซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณานั้นให้สำเร็จ</p> <p>(c) รัฐยอมรับว่าได้ใช้หรือมีเจตนาใช้ทรัพย์สินนั้นโดยเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาลและทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนของรัฐที่ศาลมีอำนาจพิจารณาคดี โดยมีเงื่อนไขว่ามาตรการบังคับหลังคำพิพากษานั้น อาจนำมาใช้บังคับต่อทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับหน่วยงานที่กระบวนการพิจารณามุ่งบังคับเท่านั้น</p>	<p>ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการเพิกถอนการสละความคุ้มกันดังกล่าวได้ โดยยกเว้นตามข้อกำหนดในการสละความคุ้มกัน</p> <p>(2) ทรัพย์สินนั้นใช้หรือถูกใช้สำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์</p>	

จะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศจะต้องได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี เว้นแต่ว่า รัฐต่างประเทศนั้นจะได้สละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีโดยชัดแจ้ง และทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่จะถูกบังคับคดีได้นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศนั้นได้ใช้หรือมีเจตนาจะใช้ทรัพย์สินนั้นสำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาว่าทรัพย์สินทางพาณิชย์นั้นมีลักษณะอย่างไร

Foreign Sovereign Immunities Act 1976 ประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1610 (a) บัญญัติว่า "ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศซึ่งอยู่ในสหรัฐและทรัพย์สินนั้นถูกใช้เพื่อกิจกรรมทางพาณิชย์ (used for commercial activity) ในสหรัฐ จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี โดยมาตรา 1603 (d) ได้บัญญัติว่า "กิจกรรมทางพาณิชย์ (commercial) หมายถึง วิธีปกติของการประพฤติปฏิบัติในทางพาณิชย์หรือธุรกิจหรือการกระทำในทางพาณิชย์โดยเฉพาะเจาะจง ลักษณะในทางพาณิชย์ของกิจกรรมจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงลักษณะ (nature) ของวิธีประพฤติปฏิบัติ หรือธุรกิจหรือการกระทำโดยเฉพาะเจาะจงยิ่งกว่าจะคำนึงถึงความมุ่งหมาย (purpose)" แสดงให้เห็นว่ามีการแบ่งแยกการกระทำของรัฐออกเป็นการกระทำที่มีลักษณะในทางพาณิชย์ (commercial nature) และการกระทำที่มีลักษณะในสาระสำคัญเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐบาล ส่วนกิจกรรมใดซึ่งมีลักษณะในทางพาณิชย์แต่รัฐได้เข้าไปดำเนินการเพื่อความมุ่งหมายของรัฐบาลหรือในการดำเนินการของรัฐบาลก็ยังคงถือเป็น "กิจกรรมทางพาณิชย์" ดังนั้นทรัพย์สินซึ่งถูกใช้เพื่อกิจกรรมทางพาณิชย์จึงต้องอยู่ภายใต้มาตรการบังคับคดี แม้ว่ากิจกรรมนั้นจะได้ดำเนินไปเพื่อความมุ่งหมายของรัฐบาล โดยทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่สามารถถูกบังคับคดี ได้แก่ ทรัพย์สินที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการรับมรดก (succession) การให้หรือสงวนทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและข้อเรียกร้องนั้นมีผลมาจากความรับผิดชอบ (liability) หรือการประกันวินาศภัย (casualty insurance) โดยสิ่งที่สำคัญที่สุดก็คือการบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือถูกใช้สำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์⁶⁵

ในทางปฏิบัติของศาลสหรัฐเกี่ยวกับการแบ่งแยกทรัพย์สินของรัฐใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์ลักษณะ (nature) ของการกระทำซึ่งทรัพย์สินนั้นถูกใช้ โดยไม่คำนึงความมุ่งหมายในการใช้ทรัพย์สินว่าทรัพย์สินนั้นถูกใช้เพื่อความมุ่งหมายของรัฐบาลหรือไม่ โดยพิจารณาการใช้ทรัพย์สิน (use of property) ว่า ทรัพย์สินที่จะทำการบังคับคดีนั้นถูกใช้ในกิจกรรมหรือการกระทำที่มีลักษณะ (nature) เป็นการกระทำในทางพาณิชย์หรือเป็นการกระทำในเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยไม่คำนึงว่า การใช้ทรัพย์สินนั้นมีความมุ่งหมายของรัฐบาลหรือไม่

⁶⁵ Christoph H. Schreuer, *State immunity: some recent developments*. (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1988), pp. 129-130.

กฎหมาย The State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ มาตรา 13 (4) บัญญัติว่า “ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศจะไม่อยู่ภายใต้มาตรการบังคับตามคำพิพากษาจะไม่นำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินซึ่งในเวลานั้นถูกใช้ หรือมุ่งเพื่อใช้สำหรับความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ (being in use or intended for use for commercial purposes)” บทบัญญัตินี้ได้แยกประเภททรัพย์สินของรัฐที่อาจอยู่ภายใต้มาตรการบังคับคดีโดยใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์ความมุ่งหมายในการใช้ทรัพย์สิน โดยพิจารณาประกอบกับมาตรา 17 ที่บัญญัติว่า “ความมุ่งหมายในทางพาณิชย์ (commercial purpose)” หมายถึง ความมุ่งหมายในการกระทำหรือกิจกรรมตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 (3) และในมาตรา 3 (3) บัญญัติว่า “ธุรกรรมทางพาณิชย์ (commercial transaction) หมายถึง (a) สัญญาใดๆ ในการจัดหาสินค้าหรือบริการ (b) การกู้ยืมใดๆ (c) การอื่นใดซึ่งรัฐได้เข้าไปรวมนอกเหนือไปจากการใช้อำนาจอธิปไตย”

ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษได้ตีความคำว่า “ความมุ่งหมายในทางพาณิชย์” ไปในทางที่เป็นคุณแก่เอกชนผู้ประกอบการค้ากับรัฐต่างประเทศ โดยตีความว่า ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่อยู่ในอังกฤษจะอยู่ภายใต้มาตรการบังคับคดี หากทรัพย์สินนั้นถูกใช้หรือมุ่งเพื่อใช้ให้เกิดผลในการจัดหาสินค้า บริการหรือการกู้ยืมทางการเงิน โดยไม่คำนึงถึงความมุ่งหมายของรัฐในการจัดหาสินค้า บริการ หรือการกู้ยืมเงิน กล่าวคือ กฎหมาย The State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษอนุญาตให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีได้เฉพาะทรัพย์สินซึ่งถูกใช้หรือมีเจตนาจะใช้เพื่อความมุ่งหมายในทางพาณิชย์⁶⁶ แสดงให้เห็นว่าศาลอังกฤษใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์ลักษณะของกิจกรรมซึ่งทรัพย์สินนั้นถูกใช้หรือมุ่งเพื่อใช้ในอนาคต อย่างไรก็ตามในกรณีบัญญัติเงินฝากในธนาคารของคณะผู้แทนทางการทูตนั้น House of Lords ได้วินิจฉัยไว้ว่า บัญชีเงินในธนาคารซึ่งถูกใช้สำหรับความมุ่งหมายทั่วไปของคณะผู้แทนทางการทูต ไม่ถือว่าอยู่ในความหมายของ “การใช้เพื่อความมุ่งหมายในการพาณิชย์” ตามมาตรา 17 และ 13 (4) ของ The State Immunity Act 1978 โดยในการพิสูจน์ความมุ่งหมายของการใช้ทรัพย์สินนั้น หากรัฐต่างประเทศที่ตกเป็นจำเลยอ้างว่าทรัพย์สินของตนไม่ได้มีความมุ่งหมายในการ

⁶⁶ August Reinisch. *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. The European Journal of International Law*.2006. p. 804.

พาณิชย์ รัฐต่างประเทศนั้นก็จะต้องนำหลักฐานมาแสดงต่อศาล เช่น หนังสือรับรอง (certificate) ของหัวหน้าคณะผู้แทนที่รับรองว่าทรัพย์สินดังกล่าวไม่ได้ใช้ใช้เพื่อความมุ่งหมายในการพาณิชย์⁶⁷

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นจะไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่ใช้สำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศก็อาจจะถูกบังคับคดีได้ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้จัดสรร (allocated) หรือระบุโดยจำเพาะทรัพย์สิน (earmarked property) เพื่อชดใช้ตามข้อเรียกร้องหรือหนี้ที่เป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณานั้น ตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 19 (b) ของอนุสัญญา เช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ ในคดี *Alcom Ltd v. Republic of Colombia* ปี ค.ศ. 1984 โดยคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับบัญชีเงินฝากของสถานทูตซึ่งโดยปกติแล้วมักจะพิจารณาว่ามีวัตถุประสงค์ใช้เพื่ออธิปไตยของรัฐ ควรที่จะได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี แต่ถ้าปรากฏว่าบัญชีเงินฝากของสถานทูตนั้นรัฐต่างประเทศนั้นได้มีการระบุไว้โดยเฉพาะเพื่อธุรกรรมทางพาณิชย์ก็จะส่งผลให้บัญชีเงินฝากของสถานทูตดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี โดย House of Lords ได้อธิบายว่าทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศได้จัดสรร (allocated) หรือระบุโดยจำเพาะทรัพย์สิน (earmarked property) เพื่อชดใช้ตามข้อเรียกร้องหรือหนี้ที่เป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณานั้น ได้แก่ ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ตั้งอยู่หรือถูกโอนไปยังรัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี โดยทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินหรือกองทุนที่ถูกแยกไว้สำหรับชำระหนี้⁶⁸

การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ

กฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1610 (b) บัญญัติว่า "ทรัพย์สินใดๆ ของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศซึ่งเข้าร่วมในกิจกรรมทางพาณิชย์ในสหรัฐ จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี หากตัวแทนหรือหน่วยงานนั้น ได้สละความคุ้มกันของตนจากการบังคับคดีประการหนึ่ง หรือคำพิพากษานั้นเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องซึ่งตัวแทนหรือหน่วยงานนั้นไม่ได้รับความคุ้มกันตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่า

⁶⁷ M.N. Shaw, *International Law (sixth edition)*. (New York: Cambridge University press, 2008) p. 747.

⁶⁸ August Reinisch. *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*. *The European Journal of International Law*.2006, p. 820.

ทรัพย์สินนั้นถูกใช้หรือได้ถูกใช้เพื่อกิจกรรมซึ่งเป็นพื้นฐานของข้อเรียกร้องหรือไม่อีกประการหนึ่ง” จากบทบัญญัติของมาตรานี้ การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้น ศาลเพียงแต่พิจารณาว่าตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้นได้กระทำการในทางพาณิชย์หรือไม่เท่านั้น ขณะที่การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐนั้นจะต้องพิจารณาด้วยว่าทรัพย์สินนั้นถูกใช้เพื่อกิจกรรมในทางพาณิชย์หรือไม่ แสดงให้เห็นว่าเมื่อตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศได้เข้ากระทำการในทางพาณิชย์แล้ว ทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศเช่นว่านั้นย่อมถูกสันนิษฐานว่าเป็นทรัพย์สินที่มีความมุ่งหมายในทางพาณิชย์

ในส่วนของกฎหมาย The State Immunity Act 1978 ของประเทศอังกฤษ มาตรา 14 (3) บัญญัติว่า “หากองคภาวะที่แตกต่างหาก (separate entity) (ซึ่งไม่ใช่ธนาคารกลางของรัฐหรือองค์กรทางการเงินอื่นๆ) ได้ยอมรับอำนาจศาลในการดำเนินคดีในคดีซึ่งตนมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากอำนาจศาลตามอนุมาตรา (2) ของมาตราเดียวกันนี้ จะต้องนำอนุมาตรา (1) ถึง (4) ของมาตรา 13 มาใช้กับองคภาวะดังกล่าวเช่นเดียวกับที่ใช้กับรัฐ” จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหากตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศซึ่งเป็นองคภาวะที่แตกต่างหากจากรัฐกระทำการที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ก็จะได้รับ ความคุ้มครองจากการฟ้องร้องดำเนินคดี และทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศซึ่งกระทำการที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐย่อมได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดีเช่นเดียวกับรัฐ และหากตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐนั้นได้กระทำการในทางพาณิชย์ ในกรณีนี้ศาลสามารถใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐได้

จึงสรุปได้ว่าเมื่อตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศได้กระทำการที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศที่ใช้เพื่อความมุ่งหมายในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐย่อมได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดี แต่หากตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศได้กระทำการในทางพาณิชย์ซึ่งนอกเหนือไปจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่เป็นการกระทำในนามของตนเองในฐานะที่เป็นนิติบุคคลหรือองคภาวะที่แตกต่างหากจากรัฐแล้ว ทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศที่ได้กระทำการในทางพาณิชย์ดังกล่าวย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดี

จากการศึกษาในบทนี้ทำให้ทราบว่า แม้รัฐส่วนใหญ่จะหันมายึดแนวทางการให้ความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัด แต่ก็ยังคงมีแนวปฏิบัติของรัฐบางอย่างที่ยังคงแตกต่างกัน เช่น กฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมาย The State Immunity Act 1978 มีความแตกต่างกันในเรื่องของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล และการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของตัวแทนหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ และจากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าวัตถุประสงค์ในการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ก็เพื่อพยายามแก้ไขปัญญาโดยการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ด้วยการผสมผสานแนวทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ที่แตกต่างกันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งจะเป็นการช่วยให้หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อให้รัฐต่างๆ นำไปปฏิบัติตาม โดยผู้เขียนเห็นว่ารัฐต่างๆ ควรเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว โดยในส่วนของประเทศที่มีกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐอยู่แล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย แคนาดา มาเลเซีย ปากีสถาน แอฟริกาใต้ และสิงคโปร์ เมื่อเข้าเป็นภาคีแล้วก็พิจารณาปรับปรุงกฎหมายภายในของตนให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญา และในส่วนของประเทศที่ไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐก็ควรเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญา เช่นกัน โดยการนำหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาฯ ไปปรับใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะเป็นการออกกฎหมายภายในมารับรองพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ

โดยบทต่อไปจะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับข้อพิจารณาข้อพิจารณาของประเทศไทยในการดำเนินการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 โดยจะกล่าวถึงความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ และแนวทางการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฯ และข้อพิจารณาต่างๆ ที่ประเทศไทยควรคำนึงถึงในการเข้าร่วมเป็นภาคี