



โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ
สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง



ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ กฎหมายระหว่างประเทศ

เล่ม 2

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม



โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ
สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ชื่อหนังสือ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2
Introduction to Public International Law

ผู้แต่ง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

พิมพ์ครั้งที่ 1 พฤษภาคม 2565 จำนวน 5,000 เล่ม

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

ชูเกียรติ น้อยฉิม.

ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 = Introduction to Public
International Law II.-- เชียงราย : มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2565.
335 หน้า.

1. กฎหมายระหว่างประเทศ. I. ชื่อเรื่อง.

341

ISBN 978-616-470-063-5

ผู้จัดพิมพ์ โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ
สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมืองเชียงราย จังหวัดเชียงราย 57100
โทรศัพท์: 0 5391 7897 ต่อ 8080
อีเมล: mlii@mfu.ac.th
เว็บไซต์: mlii.mfu.ac.th

ผู้จัดจำหน่าย บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด (มหาชน)

ออกแบบปก นางสาวผกากรอง ปันทะนัน

จัดรูปเล่ม นางสาวรุ่งอรุณ รุ่งรัตนกาล

พิมพ์ที่ สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ราคา 230 บาท

ตำราเล่มนี้เป็นลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง การผลิตและการลอกเลียนตำราเล่มนี้ไม่ว่ารูปแบบใดทั้งสิ้น
ต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

คำนิยม

ผมรู้จัก ดร.ชูเกียรติ เมื่อครั้งไปดำรงตำแหน่งคณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เมื่อปี พ.ศ. 2558 ถึง พ.ศ. 2560 ในขณะที่ดำรงตำแหน่ง ท่านอาจารย์ได้รับเป็นประธานกรรมการคณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการทางนิติศาสตร์ระดับนานาชาติในปลายเดือนสิงหาคม พ.ศ.2560 เนื่องในโอกาสการครบรอบ 15 ปีของการก่อตั้งสำนักวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่สำนักวิชาฯ ได้จัดงานระดับนี้ขึ้นมา นอกจากนี้ ท่านอาจารย์ยังเป็นคนไทยคนแรกที่ได้ไปเล่าเรียนกฎหมายอวกาศจากมหาวิทยาลัยไลเดน ประเทศเนเธอร์แลนด์ นับได้ว่าเป็นความภาคภูมิใจของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และประเทศไทย

หนังสือ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ” เล่ม 2 นี้ท่านอาจารย์ได้เขียนจากประสบการณ์การสอนนับแต่ปี พ.ศ.2552 จนถึงปัจจุบัน จากประสบการณ์การสอน 13 ปีที่ผ่านมารวมทั้งประสบการณ์ในการทำกิจกรรมทางวิชาการที่สำคัญ ๆ หลายครั้งอันได้แก่การได้รับเชิญเป็นผู้แทนของประเทศไทยให้เข้าร่วมประชุมสหประชาชาติ ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ผมจึงมีความมั่นใจอย่างยิ่งว่าหนังสือเล่มนี้จะเป็นพื้นฐานที่สำคัญของการเรียนการสอนกฎหมายระหว่างประเทศระดับปริญญาตรีที่นักวิชาการและบุคคลภายนอกสามารถนำไปปรับใช้ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติได้อย่างดียิ่ง



ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพลศิริ

มีนาคม 2565



คำนำ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้มอบหมายให้ผู้เขียนเป็นผู้สอนรายวิชา “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง” นับแต่ปี พ.ศ. 2552 จนถึงปัจจุบัน เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศเป็นวิชาที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงตั้งใจที่จะจัดทำตำรากฎหมายระหว่างประเทศที่พัฒนามาจากการสอนที่มีเนื้อหาสาระสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศครบถ้วนตามหลักสูตร แต่เพื่อประโยชน์ของนักศึกษาผู้เขียนได้แบ่งตำรานี้ออกเป็นสองเล่มคือ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1” (Introduction to Public International Law I) และ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2” (Introduction to Public International Law II) โดยมุ่งประสงค์เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสูตรในการเรียนการสอนระดับปริญญาตรีและเพื่อความสะดวกของนักศึกษาสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงที่จะให้นักศึกษาได้ใช้ศึกษา หรือผู้อ่านทั่วไปได้รับรู้ถึงหลักการที่สำคัญพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถนำไปปรับใช้ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติได้ ซึ่งตำรานี้มีเนื้อหาสอดคล้องกับที่ได้ใช้ทำการศึกษากันโดยทั่วไปในนานาประเทศ โดยตำรา “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2” นี้จะมีเนื้อหาเชื่อมโยงกับตำรา “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1” ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับ (1) สังคมระหว่างประเทศ ความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ และวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ (2) ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ (3) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน (4) ผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ (5) ดินแดนอาณาเขต อำนาจอธิปไตย และ เขตอำนาจของรัฐ และ (6) เขตอำนาจของรัฐเหนืออาณาเขตทางทะเล

ตำรา “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2” นี้ สำเร็จลงผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณบูรพาจารย์ทุกท่านที่ให้ความรู้และเป็นแบบอย่างที่ดีในการทำงานทางวิชาการ และขอขอบใจคุณวิภา พันธะบุรณ์ คุณประภากร แซ่เลี้ยว คุณธิดา คิ้วสกุลกาญจน์ คุณณภวัฒน์ สืบบุสรณ์ และท่านอื่น ๆ ที่มีได้เอ่ยนามที่ช่วยค้นคว้าและพิสูจน์อักษร หากตำราเล่มนี้มีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขออภัยมา ณ ที่นี้ ทั้งนี้ หวังว่าตำราเล่มนี้จะยังประโยชน์ต่อนักศึกษา ผู้ปฏิบัติงานระหว่างประเทศและผู้สนใจทั่วไปไม่มากนัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กันยายน 2564

สารบัญ

คำนิยาม	ก
คำนำ	ค
สารบัญ	ง
บทที่ 7 ความคุ้มกันของรัฐและความสัมพันธ์ทางการทูต ทางกงสุล และองค์การระหว่างประเทศ	1
7.1 ความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity)	1
7.1.1 วิวัฒนาการของความคุ้มกันของรัฐ	1
7.1.2 ความหมายและบุคคลที่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ	2
7.1.3 ลักษณะของความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐ	3
7.1.4 รูปแบบความคุ้มกันของรัฐ	19
7.2 กฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตและกงสุล	21
7.2.1 ความหมายของเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต	21
7.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต	23
7.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล	44
7.3 กฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของบุคลากรและองค์การระหว่างประเทศ	61
7.3.1 คำจำกัดความและเหตุการณ์ที่ได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของ “องค์การระหว่างประเทศ” และ “บุคลากรขององค์การระหว่างประเทศ”	61
7.3.2 มูลฐานและขอบเขตของเอกสิทธิ์และความคุ้มกันขององค์การระหว่างประเทศ	64
บทที่ 8 สนธิสัญญา	96
8.1 ความหมายของสนธิสัญญา	97
8.2 ประเภทและชื่อของสนธิสัญญา	99
8.2.1 ประเภทของสนธิสัญญา	99
8.2.2 ชื่อของสนธิสัญญา (designation of treaties)	100
8.3 การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ	102
8.4 ข้อเสนอ	118
8.4.1 การตั้งข้อเสนอ	119
8.4.2 การยอมรับข้อเสนอและการคัดค้านข้อเสนอ	120
8.4.3 ผลทางกฎหมายของข้อเสนอและการคัดค้านข้อเสนอ	122
8.4.4 ขั้นตอนเกี่ยวกับการตั้งข้อเสนอ	123
8.5 การกำหนดให้มีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา	126
8.6 ผลของสนธิสัญญา	128

8.7 การตีความในสนธิสัญญา	136
8.7.1 กฎเกณฑ์และวิธีการทั่วไปในการตีความ	136
8.7.2 วิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญา	138
8.7.3 การตีความสนธิสัญญาระดับที่ต้องแท้จริงที่ได้ทำขึ้นเป็นสองภาษาหรือกว่านั้น	138
8.8 การแก้ไขเพิ่มเติมและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา	140
8.8.1 การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญา	140
8.8.2 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา	142
8.9 ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา (INVALIDITY OF TREATIES)	143
8.9.1 การฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับความสามารถในการทำสนธิสัญญา	143
8.9.2 ข้อจำกัดอำนาจของผู้แทนรัฐในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา	144
8.9.3 ความผิดพลาดหรือสำคัญผิด	145
8.9.4 การฉ้อฉล	146
8.9.5 การประพฤติมิชอบของผู้แทนของรัฐ	146
8.9.6 การข่มขู่หรือบังคับผู้แทนของรัฐ	147
8.9.7 การข่มขู่บังคับรัฐโดยการคุกคามหรือการใช้กำลัง	147
8.9.8 สนธิสัญญาขัดต่อหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศ	148
8.10 การสิ้นสุดและการระงับผลบังคับของสนธิสัญญา (TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES)	150
8.10.1 การสิ้นสุดสนธิสัญญา	150
8.10.2 การระงับผลบังคับของสนธิสัญญา	159
8.11 ผลของความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา ผลของการสิ้นสุดของสนธิสัญญา หรือการระงับผลบังคับของสนธิสัญญา	160
8.11.1 ผลของความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา	160
8.11.2 ผลของการสิ้นสุดของสนธิสัญญา	164
8.11.3 ผลการระงับผลบังคับของสนธิสัญญา	165

บทที่ 9 ความรับผิดชอบของรัฐ 169

9.1 ความหมายและแนวคิดด้วยหลักความรับผิดชอบของรัฐ	169
9.2 องค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐ	173
9.2.1 เป็นการกระทำภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ	174
9.2.2 เป็นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ	178
9.2.3 พฤติการณ์แห่งการกระทำของรัฐซึ่งไม่ถือว่ารัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (Circumstances Precluding Wrongfulness)	180

สารบัญ (ต่อ)

9.3 ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศต่อการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศ ของรัฐอื่น (Responsibility of a state in connection with the act of another state)	185
9.3.1 ให้ความช่วยเหลือแก่รัฐอื่นในการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิด พันธกรณีระหว่างประเทศ	186
9.3.2 ใช้อำนาจในการควบคุมสั่งการการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐอื่นอันเป็น การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ	186
9.3.3 ใช้กำลังบีบบังคับให้รัฐอื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิด พันธกรณีระหว่างประเทศ	187
9.4 ความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการใช้สิทธิในทางที่ผิด	188
9.5 ผลของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ	188
9.5.1 ผลของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศตามหลักการทั่วไป (General Principles)	188
9.5.2 ผลของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศโดยการเยียวยาและการชดใช้ ค่าเสียหาย	190

บทที่ 10 การสิ้นสุดของรัฐและการสืบทอดของรัฐ 193

10.1 การสืบทอดของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา	194
10.1.1 สนธิสัญญาที่ได้รับผลกระทบจากการสืบทอดของรัฐ	194
10.1.2 สนธิสัญญาที่ไม่ได้รับผลกระทบจากการสืบทอดของรัฐ	209
10.1.3 การแจ้งให้ทราบ	213
10.2 การสืบทอดของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐ	215
10.2.1 การรวมดินแดนบางส่วน	217
10.2.2 รัฐเอกราชใหม่	218
10.2.3 การรวมรัฐ	220
10.2.4 การแบ่งแยกดินแดน	220
10.2.5 การสลายตัวของรัฐ	221
10.3 การสืบทอดของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับบรรณสารของรัฐ	223
10.3.1 การรวมดินแดนบางส่วน	224
10.3.2 รัฐเอกราชใหม่	226
10.3.3 การรวมรัฐ	227
10.3.4 การแบ่งแยกดินแดน	228
10.3.5 การสลายตัวของรัฐ	229

10.4 การสืบทอดของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ของรัฐ	231
10.4.1 การรวมดินแดนบางส่วน	232
10.4.2 รัฐเอกราชใหม่	232
10.4.3 การรวมรัฐ	233
10.4.4 การแบ่งแยกดินแดน	233
10.4.5 การสลายตัวของรัฐ	233
บทที่ 11 การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี	234
11.1 วิธีการระงับข้อพิพาททางการทูต (Diplomatic Dispute Resolution)	236
11.1.1 การเจรจา (Negotiation)	236
11.1.2 การไต่สวน (Enquiry)	237
11.1.3 การให้บริการจัดการเจรจาที่ดี (Good Offices)	238
11.1.4 การไกล่เกลี่ย (Mediation)	239
11.2 การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางกฎหมาย	242
11.2.1 การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)	242
11.2.2 การระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Judicial Settlement)	248
11.3 การระงับข้อพิพาทโดยองค์การระหว่างประเทศ	262
บทที่ 12 ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการใช้กำลังโดยรัฐ	264
12.1 สงครามที่ชอบธรรม (Just War) พัฒนาสู่หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของสหประชาชาติ	265
12.2 ประเภทของการการใช้กำลัง	270
12.2.1 การตอบโต้ด้วยวิธีที่ถูกกฎหมาย (Retorsion)	271
12.2.2 การตอบโต้ด้วยวิธีการที่ผิดกฎหมาย (Reprisals)	277
12.2.3 สิทธิในการใช้กำลังเพื่อการป้องกันตนเอง (The Right of Self-defence)	279
12.3 การใช้กำลังโดยรัฐตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ	284
บรรณานุกรม	290
ดัชนีคำ	304
ภาคผนวก	312



บทที่ 7

ความคุ้มกันของรัฐและความสัมพันธ์ทางการทูต ทางกงสุล และองค์การระหว่างประเทศ

ความคุ้มกันของรัฐและความสัมพันธ์ทางการทูต ทางกงสุล และองค์การระหว่างประเทศเป็นเรื่องสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีของความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) จากกรณีที่รัฐอธิปไตยทั้งหลายมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐหนึ่งจึงไม่อาจถูกบังคับให้ต้องยอมรับเขตอำนาจของรัฐอื่น (โดยเฉพาะเขตอำนาจทางบริหารและทางตุลาการ) เว้นแต่จะให้ความยินยอม ด้วยเหตุนี้ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นรัฐอธิปไตยจึงมีความคุ้มกันพร้อมกับการใช้อำนาจอธิปไตยของตน สำหรับในกรณีของความสัมพันธ์ทางการทูตและกงสุล รวมทั้ง องค์การระหว่างประเทศนั้น เป็นเรื่องการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตัวแทนของรัฐ รวมถึงบุคลากรขององค์การระหว่างประเทศด้วยที่ปัจจุบันมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้พัฒนามาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนำมาปรับใช้ในความสัมพันธ์นั้น

7.1 ความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity)

7.1.1 วัฒนาการของความคุ้มกันของรัฐ

หลักกฎหมายในเรื่องความคุ้มกันของรัฐถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีจุดเริ่มต้นนานมากกว่า 200 ปี แนวคิดในเรื่องความคุ้มกันของรัฐมีรากฐานมาจากแนวคิดที่ว่ารัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) มีเอกราช (Independence) มีความเสมอภาค (Equality) และมีศักดิ์ศรี (Dignity) เท่าเทียมกัน¹ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่ารัฐแต่ละรัฐจะมีขนาดเล็กหรือใหญ่มากน้อยเพียงใด โดยเหตุนี้เองรัฐจึงไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งเพราะจากแนวคิดดังกล่าวถือว่า “รัฐมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ” หรือเรียกในภาษาละตินว่า *par in parem non habet imperium* ทำให้รัฐ

¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 Public international law, หน้า 26 และ Christopher A. Whytock, Foreign State Immunity and the Right to Court Access, 93 B.U. L. Rev. 2033 (2013)

แต่ละรัฐไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหาร (Executive Jurisdiction) และไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายตุลาการ (Judicial Jurisdiction) เพราะรัฐมีความคุ้มกัน (Immunity)²

นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของหลักความคุ้มกันของรัฐนี้ได้ถูกสร้างขึ้น “เพื่อประโยชน์ในเรื่องอัยยาศัยไมตรีระหว่างรัฐกับรัฐ มิให้มีการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยระหว่างกันเพราะหากเกิดการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยระหว่างกันแล้วอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้” ดังนั้น รัฐควรใช้อำนาจอธิปไตยต่ออีกรัฐหนึ่งหรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่มีลักษณะเป็นเชิงนโยบายมากกว่ากฎหมายและเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทูตมากกว่า จึงควรปล่อยให้เป็นที่หน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะตัดสินใจ โดยเฉพาะประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งประโยชน์ที่ได้จากหลักความคุ้มกันของรัฐก็คือ การหลีกเลี่ยงปัญหาด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐและจากการที่รัฐหนึ่งตัดสินใจไม่ก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยของอีกรัฐหนึ่ง³

7.1.2 ความหมายและบุคคลที่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ

7.1.2.1 ความหมายของความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ

“ความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ” หมายถึง การที่รัฐยอมยกเว้นไม่ใช้อำนาจของตนต่อบุคคลบางประเภทและทรัพย์สินบางประการที่อยู่ภายในดินแดนของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจของการใช้บังคับกฎหมายด้านบริหารและตุลาการ⁴ หรือ การคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) หมายถึง กรณีที่รัฐได้รับการคุ้มกันในส่วนที่เกี่ยวกับตนเองและทรัพย์สินของตน จากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่ง⁵

7.1.2.2 บุคคลที่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ

กรณีบุคคลใดหรือองค์การใดบ้างที่จะได้รับหรือสามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดนั้นประกอบด้วยบุคคลและหรือองค์การดังต่อไปนี้

1. รัฐ ซึ่งหมายความรวมถึงหน่วยงานทั้งปวงและองค์กรต่าง ๆ ของรัฐบาล
2. ผู้แทนของรัฐที่ซึ่งกระทำการในฐานะเป็นผู้แทนของรัฐ⁶

² รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, “ความท้าทายในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)”, วิทยานิพนธ์ (น.ม.), คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558, หน้า 23

³ อ้างแล้ว

⁴ อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (พิมพ์ครั้งที่ 2), หน้า 110-111 และ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 Public international law, หน้า 25

⁵ Article 5 (State immunity) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004.

“A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.”

⁶ Yena Hong, Pedigree Prosecution: Should A Head of State's Family Members Be Entitled to Immunity in Foreign Courts?, 86 Fordham L. Rev. 3033 (2018)

3. องค์การระหว่างประเทศ รวมทั้ง ตัวแทนและเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ⁷

ทั้งนี้ ประมุขของรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงที่เป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจหน้าที่และการกระทำต่างๆ แทนรัฐนั้น อนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 กำหนดไว้ว่า “อนุสัญญานี้ไม่กระทบกระเทือนต่อเอกสิทธิ์และความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อหัวหน้าของรัฐ”⁸ ซึ่งหมายความว่า ประมุขของรัฐย่อมได้รับอุปโภคความคุ้มกันส่วนบุคคลอย่างเด็ดขาดขณะอยู่ในตำแหน่ง และถึงแม้ว่าจะพ้นจากตำแหน่งแล้วก็ยังคงได้รับความคุ้มกันเฉพาะในกรณีที่เกิดจากการกระทำหรือการใช้อำนาจหน้าที่อย่างเป็นทางการในขณะที่อยู่ในตำแหน่งนั้น⁹

7.1.3 ลักษณะของความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐ

ความคุ้มกันของรัฐในอดีตมีลักษณะเด็ดขาดรัฐต่างประเทศสามารถบริโภคมความคุ้มกันได้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับทางแพ่งและทางอาญา ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 เมื่อรัฐต่างๆ มีความสัมพันธ์ทางการค้าและการลงทุนกันมากขึ้นนโยบายของแต่ละรัฐจึงเปลี่ยนแปลงไปโดยการกำหนดข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐ จากการกระทำเชิงพาณิชย์ของรัฐสาเหตุก็เพื่อสร้างสมดุลทางอำนาจที่เหมาะสมและไม่ให้รัฐต่างๆ ใช้ความคุ้มกันของรัฐหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการกระทำเชิงพาณิชย์ ดังนั้น จากอดีตจนถึงปัจจุบันทำให้หลักความคุ้มกันของรัฐมีการพัฒนาและสามารถ แบ่งลักษณะของความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

⁷ Article 2 (b) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004.

“(b) “State” means:

- (i) the State and its various organs of government;
- (ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;
- (iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State; and,
- (iv) representatives of the State acting in that capacity.”; จันตรี สีนศุภฤกษ์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 335, จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 28-29, Ylli Dautaj, Immunity from Suit for International Organizations: The Judiciary's New Que of Separating Lawsuit Sheep from Lawsuit Goats, 27 Ind. J. Global Legal Stud. 207 (2020); and, Trillium Chang, A Functional Framework to Balance Accountability with the Needs of International Organizations: International Organization Immunity Post-Jam, 9 Penn St. J.L. & Int'l Aff. 124 (2021)

⁸ Article 3 (2) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004. “

Privileges and immunities not affected by the present Convention 2. The present Convention is without prejudice to privileges and immunities accorded under international law to heads of State *ratione personae*.”

⁹ จันตรี สีนศุภฤกษ์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 343 และ Anna Hood & Monique Cormier, Prosecuting International Crimes in Australia: The Case of the Sri Lankan President, 13 Melb. J. Int'l L. 235 (2012)

7.1.3.1 ความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (Absolute immunity)

ความคุ้มกันเด็ดขาด คือ การที่รัฐหรือผู้แทนของรัฐอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางตุลาการและทางบริหารของรัฐอื่นในลักษณะเด็ดขาด กล่าวคือ รัฐอ้างความคุ้มกันสำหรับการกระทำของรัฐในทุกกรณีโดยไม่คำนึงว่าการกระทำเช่นนั้นจะมีลักษณะส่วนตัวทางพาณิชย์หรือกระทำไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้¹⁰ ทั้งนี้ วิวัฒนาการเริ่มแรกของแนวความคิดว่าการคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดนี้มีพื้นฐานมาจากการยอมรับของศาลสูงสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ในคดี The Schooner Exchange V. McFaddon and Others เมื่อปีค.ศ. 1812 เป็นคดีที่เรือสัญชาติอเมริกันใช้ชื่อว่า The Exchange ถูกยึดโดยจักรพรรดิฝรั่งเศสบริเวณทะเลหลวงต่อมาด้วยสภาพอากาศที่ไม่เป็นใจทำให้เรือดังกล่าวต้องเข้าเทียบท่าที่รัฐฟิลาเดเฟียเจ้าของเรือ The Exchange จึงยื่นคำฟ้องต่อศาลว่าเรือถูกยึดอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงอเมริกาโดยมติเอกฉันท์จากองค์คณะเห็นว่า ศาลไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีโดยให้เหตุผลว่า “เขตอำนาจของรัฐในดินแดนของรัฐเองนั้นมีลักษณะเด็ดขาดอย่างแน่แท้ และด้วยเหตุนี้ข้อยกเว้นต่างๆ สำหรับอำนาจเต็มและเด็ดขาดที่รัฐมีในดินแดนของรัฐเองจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐ” ซึ่งคำพิพากษานี้ถือเป็นจุดเริ่มต้นของความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาด นอกจากนี้ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ก็มีแนวทางการวินิจฉัยคดีในเรื่องของการคุ้มกันของรัฐไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common Law) ดังปรากฏขึ้นในคดีของศาลประเทศฝรั่งเศส ในปีค.ศ. 1849 ซึ่งศาล The Cour de Cassation ได้วินิจฉัยคดีที่ชาวฝรั่งเศสยื่นฟ้องรัฐบาลสเปนจากกรณีที่รัฐบาลสเปนสั่งซื้อเรือรบให้กับกองทัพของสเปน ศาลในคดีนี้ปฏิเสธที่จะแยกระหว่างการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public act) กับการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า (Private act) และได้ให้เหตุผลไว้ว่า “ในความเป็นจริง สิทธิของรัฐบาลแต่ละรัฐบาลที่จะวินิจฉัย ข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำของรัฐนั่นเองมีอยู่ในอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นแล้ว รัฐบาลอื่นไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้”¹¹

¹⁰ อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (พิมพ์ครั้งที่ 2), หน้า 112 และ รัฐฉัตร เพ็ชรนารี “ความท้าทายในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)” วิทยานิพนธ์ (น.ม.), คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558, หน้า 24-25

¹¹ รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 24-25

ในช่วงศตวรรษที่ 19 ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดถูกใช้อย่างแพร่หลายและทั่วไปในแต่ละรัฐ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ สหราชอาณาจักรเองก็มีคดีปรากฏให้เห็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาด เช่น ในคดี *The Cristina* ในปีค.ศ. 1938 โดยผู้พิพากษามีความเห็นในคำพิพากษาว่า “กฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐอาจกล่าวได้ว่ามาจากหลัก รัฐมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (*par in parem non habet imperium*) จึงไม่มีรัฐใดจะอ้างเขตอำนาจเหนือรัฐอื่นได้” และศาลสูงประเทศชิลี (*Chile Supreme Court*) ได้พิจารณาคดีโดยระบุว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของรัฐคือสิทธิในความเท่าเทียมกัน....ลักษณะเช่นนี้บ่งบอกถึงหลักอธิปไตยจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้การเขตอำนาจของศาลในและต่างประเทศ”¹² ทั้งนี้ ความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดถูกใช้อย่างต่อเนื่องเพราะหลักเกณฑ์ในการแบ่งระหว่างกิจกรรมทางอธิปไตย (*Sovereign act*) กับการกระทำที่มีใช้กิจกรรมทางอธิปไตย (*Non-sovereign act*) ยังไม่มีความชัดเจนเพราะเดิมในอดีตนั้นกิจกรรมทางพาณิชย์เป็นเรื่องยากที่เอกชนจะสามารถทำได้ดังนั้นรัฐจึงเป็นผู้ทำกิจกรรมทางพาณิชย์เป็นส่วนมาก¹³

อย่างไรก็ตาม ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดโดยหลักการแล้วก็ไม่ได้มีลักษณะเด็ดขาดจริงเสียทีเดียว ทั้งนี้เพราะความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดสามารถตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นบางประการ เช่น หากรัฐต่างประเทศได้เป็นฝ่ายยื่นคำฟ้องต่อศาลภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง กล่าวคือ รัฐเป็นฝ่ายเริ่มต้นคดีเอง ในกรณีเช่นนี้จะถือว่ารัฐต่างประเทศได้แสดงเจตนาที่จะไม่ใช้ความคุ้มกันของรัฐเพื่อที่รัฐนั้นประสงค์จะได้เข้าสู่การพิจารณาคดีเอง นอกจากนี้ รัฐเองก็ยังสามารถที่จะสละความคุ้มกันได้ (*Waiver of immunity*) ไม่ว่าจะเป็นการสละผ่านความตกลง (*Agreement*) หรือการให้ความยินยอม (*Consent*) อย่างชัดแจ้ง เป็นต้น และ หลักความคุ้มกันแบบเด็ดขาดนี้ยังคงมีรัฐจำนวนไม่น้อยถือปฏิบัติอยู่ในฐานะหลักที่ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานว่าเป็นสิ่งถูกต้อง¹⁴

¹² อ้างแล้ว

¹³ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, First edition, (New York: Cambridge University Press, 2021), p. 8

¹⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 32

7.1.3.2 ความคุ้มกันแบบจำกัด (Restrictive immunity)

ความคุ้มกันลักษณะจำกัด คือ การที่รัฐถูกจำกัดการอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางตุลาการและทางบริหารของรัฐอื่นในบางกรณี กล่าวคือ เฉพาะการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ (*jus imperii*) เท่านั้นที่จะสามารถอ้างความคุ้มกันได้ แต่หากเป็นการกระทำอันมีลักษณะทางการค้าที่เอกชนพึงกระทำได้ (*jus gestionis*) รัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้¹⁵ สำหรับ วิวัฒนาการของความคุ้มกันแบบจำกัดนี้ไม่เป็นที่ปรากฏชัดเจนว่ามีการเปลี่ยนแปลงจากความคุ้มกันแบบเด็ดขาดมาสู่ทฤษฎีว่าด้วยความคุ้มกันแบบจำกัดเมื่อไหร่ เนื่องจากพัฒนาการของความคุ้มกันเกิดขึ้นอย่างช้าๆ และดำเนินมาอย่างยาวนาน โดยภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง¹⁶ พบว่ากระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาได้ส่งจดหมายที่ชื่อว่า Tate Letter ในปีค.ศ. 1952 ที่เสมือนเป็นการให้คำแนะนำไปยังรัฐต่างๆ เพื่อที่จะแจ้งให้ทราบว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีความประสงค์ที่จะเปลี่ยนนโยบายใหม่ในเรื่องความคุ้มกัน โดยเนื้อหาของ Tate Letter ส่วนหนึ่งระบุว่า “กระทรวงการต่างประเทศจะเริ่มดำเนินนโยบายตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด กล่าวคือ จะให้ความคุ้มกันจากการกระทำของรัฐอธิปไตยและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ แต่จะปฏิเสธการให้ความคุ้มกันในกรณีที่เป็นการกระทำเชิงพาณิชย์ ซึ่งอาจจะกระทำโดยปัจเจกชนหรือบริษัทก็ได้” สาเหตุที่ต้องแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้กับการกระทำทางพาณิชย์สืบเนื่องมาจากรัฐแต่ละรัฐมีความสัมพันธ์ทางการติดต่อค้าขายมากขึ้น ถ้าหากเกิดกรณีพิพาทใด ๆ ระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้นรัฐก็สามารถอ้างความคุ้มกันขึ้นมา ซึ่งจะส่งผลให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินกิจการทางการค้า¹⁷ ทั้งนี้ นับแต่ปีค.ศ.1952 เป็นต้นมาแนวคิดเรื่องความคุ้มกันแบบเด็ดขาดเริ่มมีแนวโน้มไม่เป็นที่นิยมมากขึ้น และรัฐต่าง ๆ เห็นว่าความคุ้มกันแบบเด็ดขาดอาจจะทำให้เกิดอุปสรรคในเรื่องการค้าขายระหว่างรัฐได้ ดังนั้น ศาลภายในของประเทศต่าง ๆ เริ่มยอมรับแนวคิดความคุ้มกันแบบจำกัดมากยิ่งขึ้น¹⁸

¹⁵ อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (พิมพ์ครั้งที่ 2), หน้า 112, รัฐฉัตร เพ็ชรนารี “ความท้าทายในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)” วิทยานิพนธ์ (น.ม.), คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558, หน้า 24-25, Ruwantissa Abeyratne, State liability for negligent acts of autonomous air navigation service providers, P.N. 2006, 22(3), 176-192 และ, Leandro de Oliveira Moll, Al-Adsani V United Kingdom State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights, 4 Melb. J. Int'l L. 561 (2003)

¹⁶ Xiaodong Yang, State Immunity in International Law, First edition, (New York: Cambridge University Press), p 12

¹⁷ รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 26 และ Guy Robin, Enforcement immunities in the domain of international commercial transactions, I.B.L.J. 2002, 1, 3-36

¹⁸ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีในปีค.ศ.1963 ที่วินิจฉัยว่า “ความคุ้มกันของรัฐถูกทำให้มีลักษณะจำกัดมากขึ้นประวัติศาสตร์ความคุ้มกันของรัฐกลายเป็นประวัติศาสตร์แห่งการดิ้นรนกับข้อยกเว้นและขอบเขตการใช้ความคุ้มกัน” หรือ ศาลสหราชอาณาจักรในปีค.ศ. 1973 วินิจฉัยคดี The Philippine Ammiral ว่า “ไม่ต้องสงสัยเลยว่าในช่วงระยะเวลา 20 ปีที่ผ่านมาทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดมีรากฐานที่มั่นคง....และมีเพียงไม่กี่รัฐเท่านั้นที่อยู่นอกเหนือจากกรอบที่สามารถนับได้ว่ายังยึดถือความคุ้มกันแบบเด็ดขาดอยู่” และในปีค.ศ. 1983 วินิจฉัยคดี Congress del

ด้วยสาเหตุที่แต่ละประเทศมีแนวปฏิบัติเรื่องความคุ้มกันของรัฐแตกต่างกัน ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงได้มีการจัดทำ “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจ ค.ศ.2004” (United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: UNCIS)¹⁹ ขึ้นเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 2004 ซึ่งอนุสัญญานี้ได้สะท้อนหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (ที่เป็นแนวปฏิบัติของรัฐ) ซึ่งครอบคลุมที่สุดในปัจจุบันเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ความคุ้มกันของรัฐ²⁰ ซึ่งอนุสัญญา UNCIS นี้ได้กำหนดประเภทของการกระทำทางพาณิชย์ของรัฐที่ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจได้ 8 กรณี²¹ ดังนี้

1. ธุรกิจทางพาณิชย์ (Commercial transactions)

สำหรับความหมายของคำว่า “ธุรกิจทางพาณิชย์” ตามอนุสัญญานี้ หมายถึง 3 กรณีดังนี้

(1) สัญญาทางพาณิชย์หรือธุรกรรมใดๆ สำหรับการขายสินค้าหรือการให้บริการ (ที่ครอบคลุมในทุกประเภทของธุรกรรมทางพาณิชย์หรือสัญญาทางพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือการให้บริการ)

(2) สัญญาใดๆ สำหรับการกู้ยืมหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีลักษณะเกี่ยวกับการเงิน ซึ่งรวมไปถึงพันธกรณีใดก็ตามในการค้าประกันหรือประกันอันเนื่องมาจากการกู้ยืมหรือธุรกรรมเช่นนั้น (เช่น การให้กู้ยืม การให้สินเชื่อ หรือการวางประกันทางพาณิชย์) และ

Partido เกี่ยวกับหลักความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดว่า “ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดอันเกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐที่อยู่ในหลักการความคุ้มกันของรัฐเรียกว่าทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดทฤษฎีนี้เกิดขึ้นมาจากความสนใจของรัฐที่จะเข้าทำการค้ากับปัจเจกชนซึ่งทฤษฎีนี้ทำให้เห็นหลัก 2 ประการ โดยประการแรก มีความจำเป็นในประโยชน์แห่งความยุติธรรมสำหรับปัจเจกชนผู้ทำการค้ากับรัฐ เพื่อให้รัฐอนุญาตให้ปัจเจกชนเหล่านี้สามารถยกปัญหาขึ้นฟ้องต่อศาลได้ และประการที่สอง เพื่อให้รัฐตอบปัญหานั้นเกิดจากการกระทำการค้ากับปัจเจกชนโดยที่การตอบปัญหาดังกล่าวของรัฐไม่ได้หมายถึงการคุกคามศักดิ์ศรีของรัฐหรือเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐแต่อย่างใด”: โปรตดู, รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 26-27 และ Chien-Huei Wu, "One Country, Two State Immunity Doctrines": A Pluralistic Depiction of the Congo Case, 9 Nat'l Taiwan U.L. Rev. 197 (2014)

¹⁹ องค์การสหประชาชาติจึงได้มีมติที่ 32/151 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1977 ให้มีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินจากเขตอำนาจรัฐขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ เพื่อรวบรวมกฎเกณฑ์ต่างๆ ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐที่มีอยู่ทั้งในระดับรัฐและระดับระหว่างประเทศ และต่อมาที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติครั้งที่ 65 ได้มีมติที่ A/58/38 รับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจ ค.ศ.2004 (United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: UNCIS) เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 2004: โปรตดู, รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 27.

²⁰ LORNA MCGREGOR, State immunity and jus cogens, I.C.L.Q. 2006, 55(2), 437-445

²¹ David P. Stewart, The Un Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 99 Am. J. Int'l L. 194 (2005)

(3) สัญญาหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีลักษณะทางพาณิชย์ ทางอุตสาหกรรม การแลกเปลี่ยน หรือความเชี่ยวชาญ แต่ไม่รวมถึงสัญญาการจ้างงานของบุคคล (ที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐในขอบเขตเรื่องต่างๆ ที่มีความหลากหลายแตกต่างกันออกไปไม่ว่าจะในด้านการผลิตสินค้าและการลงทุนของรัฐ)²²

โดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 กำหนดว่า เมื่อรัฐเข้าร่วมในธุรกรรมทางพาณิชย์กับบุคคลหรือนิติบุคคลต่างประเทศโดยอาศัยกฎเกณฑ์ ที่บังคับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและในกรณีที่มีปัญหาความขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่ง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมทางพาณิชย์ได้²³ ยกเว้นแต่ กรณีต่อไปนี้ที่อนุสัญญานี้ให้สิทธิ์แก่รัฐสามารถอ้างความคุ้มกันได้ คือ (1) รัฐที่เข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์กับรัฐที่มีการพิจารณาคดีจากการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ดังกล่าว มีการตกลงยุติข้อพิพาทกันเอง โดยอาจใช้ การเจรจา การสมัครใจของทั้งสองฝ่ายในการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาสืบข้อพิพาท หรือหนทางอื่นใดตามที่รัฐทั้งสองตกลงกันซึ่งโดยทั่วไปแล้วควรทำเป็นลายลักษณ์อักษร และ (2) ธุรกรรมระหว่างรัฐ²⁴

²² Article 2 (C) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“(c) “commercial transaction” means:

(i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;

(ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction;

(iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons.”

²³ Article 10 (1) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“1. If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.

2. Paragraph 1 does not apply:

(a) in the case of a commercial transaction between States; or

(b) if the parties to the commercial transaction have expressly agreed otherwise.

3. Where a State enterprise or other entity established by a State which has an independent legal personality and is capable of:

(a) suing or being sued; and

(b) acquiring, owning or possessing and disposing of property, including property which that State has authorized it to operate or manage, is involved in a proceeding which relates to a commercial transaction in which that entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected.”

²⁴ Article 10 (2) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

ข้อสังเกต คำว่า “ธุรกรรม” ในที่นี้มีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “สัญญา” ซึ่งรวมไปถึงกิจกรรมที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาด้วย เช่น การเจรจาทางธุรกิจ

2. สัญญาจ้างแรงงาน (Employment contracts)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 กำหนดเป็นกรณีทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างงานไว้ว่า รัฐหนึ่งไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐกับปัจเจกชนสำหรับงานที่ปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของรัฐที่มีเขตอำนาจ เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง²⁵

นอกจากนี้ อนุสัญญานี้ได้กำหนดว่า **สัญญาจ้างแรงงานที่รัฐในฐานะนายจ้างสามารถนำเอาหลักความคุ้มกันของรัฐมาบังคับใช้ได้** หากรัฐนั้นได้รับจ้างลูกจ้างให้มาปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับทางราชการหรือลูกจ้างในทางการทูต (Diplomatic agent) ซึ่งประกอบด้วย

(ก) สัญญาจ้างแรงงานที่รัฐได้ว่าจ้างลูกจ้างให้มาปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการใช้อำนาจของรัฐ (เนื่องจากเป็นตำแหน่งที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับการใช้อำนาจของรัฐบาล เช่น ลูกจ้างถูกว่าจ้างมาเป็นเลขาธิการส่วนตัว เป็นล่าม เป็นนักแปล หรือทำงานในตำแหน่งที่ได้รับ ความไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐ)²⁶

“2. Paragraph 1 does not apply:

(a) in the case of a commercial transaction between States; or

(b) if the parties to the commercial transaction have expressly agreed otherwise.”

²⁵ Article 11 (1) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“ 1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to a contract of employment between the State and an individual for work performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State.”; and, Richard Garnett, State and diplomatic immunity and employment rights: European law to the rescue?, I.C.L.Q. 2015, 64(4), 783-827

²⁶ Article 11 (2) (a) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) the employee has been recruited to perform particular functions in the exercise of governmental authority.”

(ข) สัญญาจ้างแรงงานที่รัฐได้ว่าจ้างลูกจ้างให้มาทำงานในตำแหน่งที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของความคุ้มกันทางการทูต ดังนี้

(1) เจ้าหน้าที่ทางการทูตตามที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

(2) เจ้าหน้าที่ทางกงสุลตามที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

(3) สมาชิกของเจ้าหน้าที่ทางการทูตในการกิจถาวรขององค์การระหว่างประเทศหรือภารกิจพิเศษ หรือได้รับการจ้างให้เป็นตัวแทนของรัฐในการประชุมระหว่างประเทศ หรือ

(4) บุคคลใดๆ ก็ตามที่ได้รับอุปโภคความคุ้มกันทางการทูต²⁷

(ค) ประเด็นแห่งคดีพิพาทในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวข้องกับ การจ้างงาน การต่อสัญญาจ้างงาน หรือการกลับเข้าทำงานของปัจเจกชน (เป็นเรื่องความคุ้มกันจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการแต่งตั้ง หรือไม่แต่งตั้งปัจเจกชนในตำแหน่งใดๆ ก็ตาม ซึ่งเช่นเดียวกับกรณีที่เป็น การไล่ออกหรือปลดออกจากตำแหน่งลูกจ้าง ของรัฐ นอกจากนี้ยังใช้บังคับในกรณีที่ลูกจ้างประสงค์ที่จะต่อสัญญาจ้างหรือขอกลับเข้าทำงานใหม่หลังจากการเลิกจ้างอย่างไม่เหมาะสมแต่ก็ไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อการที่ลูกจ้างจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการไล่ออกอย่างมิชอบ)²⁸

²⁷ Article 11 (2) (b) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“2. Paragraph 1 does not apply if:

(b) the employee is:

(i) a diplomatic agent, as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961;

(ii) a consular officer, as defined in the Vienna Convention on Consular Relations of 1963;

(iii) a member of the diplomatic staff of a permanent mission to an international organization or of a special mission, or is recruited to represent a State at an international conference; or

(iv) any other person enjoying diplomatic immunity.”

²⁸ Article 11 (2) (c) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“2. Paragraph 1 does not apply if:

(c) the subject-matter of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual.”

(ง) ประเด็นแห่งคดีพิพาทในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการไล่ออก หรือการสิ้นสุดการจ้างงานปัจเจกชนตามที่ได้รับอนุญาตโดยประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของรัฐผู้จ้าง โดยกระบวนการพิจารณาเช่นว่านั้นจะเป็นการแทรกแซงผลประโยชน์ทางความมั่นคงของรัฐผู้จ้าง (กรณีนี้เป็นปัญหาทางความมั่นคงของชาติและความมั่นคงของภารกิจทางการทูตรวมทั้งตำแหน่งกงสุล ทั้งนี้อยู่ภายใต้ข้อ 41 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตค.ศ. 1961 และข้อ 55 ของอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์การกงสุล ค.ศ. 1963 แต่อย่างไรก็ตาม ข้อ 38 และ ข้อ 71 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสองฉบับตามลำดับที่กล่าวมาได้กำหนดหน้าที่ของรัฐผู้รับว่าจะต้องใช้อำนาจไปในทางที่ไม่เป็นการแทรกแซงอย่างไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจทางการทูตหรือตำแหน่งทางกงสุลเช่นกัน)²⁹

(จ) ลูกจ้างมีสัญชาติเดียวกับรัฐผู้จ้างในขณะที่กระบวนการพิจารณาคดีนั้นได้เริ่มต้นขึ้น เว้นแต่ลูกจ้างคนดังกล่าวนั้นจะมีภูมิลำเนาเดิมถาวรในรัฐที่มีการพิจารณาคดี (กรณีนี้เป็นประเด็นเกี่ยวกับความเชื่อมโยงทางสัญชาติหรือภูมิลำเนาของลูกจ้าง ซึ่งรัฐที่มีการพิจารณาคดีนั้นก็ปราศจากฐานในการอ้างสิทธิ์ที่จะใช้กฎหมายแรงงานและเขตอำนาจต่อรัฐผู้จ้างต่างประเทศแม้ว่าจะมีความเชื่อมโยงทางเขตแดนที่เกี่ยวกับสถานที่การทำงานและสถานที่ในการปฏิบัติภายใต้สัญญาก็ตาม)³⁰ และ

(ฉ) รัฐผู้จ้างและลูกจ้างได้มีการตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้เงื่อนไขในการพิจารณานโยบายสาธารณะ โดยให้ศาลของรัฐที่มีเขตอำนาจเฉพาะวินิจฉัยจากเหตุผลของประเด็นแห่งคดีของการพิจารณา (กรณีนี้หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้มีข้อจำกัดโดยต้องตกอยู่ภายใต้การพิจารณาที่เรียกว่านโยบายสาธารณะหรือที่เรียกว่าศีลธรรมอันดีและสามัญสำนึกของประชาชน)³¹

²⁹ Article 11 (2) (d) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“2. Paragraph 1 does not apply if:

(d) the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and, as determined by the head of State, the head of Government or the Minister for Foreign Affairs of the employer State, such a proceeding would interfere with the security interests of that State.”

³⁰ Article 11 (2) (e) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“2. Paragraph 1 does not apply if:

(e) the employee is a national of the employer State at the time when the proceeding is instituted, unless this person has the permanent residence in the State of the forum.”

³¹ Article 11 (2) (f) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“2. Paragraph 1 does not apply if:

(f) the employer State and the employee have otherwise agreed in writing, subject to any considerations of public policy conferring on the courts of the State of the forum exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter of the proceeding.”

ข้อสังเกต ข้อ 11 ของอนุสัญญานี้ ใช้เป็นกรณีทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างงาน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากสาเหตุที่เกิดจากสัญญาจ้างงานที่แยกต่างหากจากธุรกรรมทางพาณิชย์

3. กรณีการละเมิดต่อชีวิตและทรัพย์สิน (Personal injuries and damage to property)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 กำหนดว่า รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวแทนสำหรับการเสียชีวิตหรือการบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อการสูญเสียทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้ โดยเกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ หากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้นในดินแดนทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐอื่นเช่นว่านั้น และหากผู้ที่กระทำหรือละเว้นการกระทำปรากฏอยู่ในดินแดนในขณะที่การกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น ทั้งนี้ เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง³²

ซึ่งในกรณีนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้ความคุ้มกันรัฐจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น (โดยหลักเกณฑ์ข้อนี้ใช้เป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทั่วไปในความคุ้มกันของรัฐ ที่มีการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบทางแพ่งเกิดขึ้น เช่น กรณีอุบัติเหตุทางการจราจรหรือการขนส่งที่ ก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกายของบุคคลหรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้ที่เป็นผลมาจากการเสียชีวิตหรือการสูญเสียหรือการบาดเจ็บเล็กน้อย กรณีการคุกคามทางร่างกายโดยเจตนาไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกายการทำ ความเสียหายต่อทรัพย์สินการลอบสังหาร) นอกจากนี้ แม้ว่าโดยหลักการแล้วรัฐจะไม่สามารถใช้สิทธิอ้างความคุ้มกันได้ก็ตาม แต่รัฐที่เกี่ยวข้องสามารถที่จะตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทจากการทำละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort) ด้วยวิธีการอื่นได้ไม่ว่าจะเป็นช่องทางการเจรจาทางการทูตหรือช่องทางการทำข้อตกลง เป็นต้น

³² Article 12 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.”

ทั้งนี้ อนุสัญญานี้ได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจไว้ 2 ประการ (ที่รัฐซึ่งตกเป็นจำเลยจะไม่สามารถยกความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาเพื่อปฏิเสธกระบวนการพิจารณาคดีได้) ดังนี้

(1) การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่เป็นสาเหตุให้เสียชีวิตบาดเจ็บ หรือความเสียหายต้องเกิดขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วนภายในดินแดนของรัฐที่ศาลได้มีการพิจารณาคดีนั้น เนื่องจากเป็นดินแดนที่มีการละเมิดเกิดขึ้น และ

(2) ผู้ที่กระทำละเมิดต้องอยู่ในดินแดนขณะที่การกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นได้เกิดขึ้น เนื่องจากต้องมีความเชื่อมโยงเกี่ยวกับดินแดนที่เกิดละเมิดขึ้นระหว่างรัฐที่ดำเนินการพิจารณาคดีกับผู้กระทำละเมิด

ข้อสังเกต

1. อนุสัญญานี้จะไม่ใช้บังคับกับ ก) กรณีการบาดเจ็บที่มีลักษณะข้ามพรมแดน การละเมิดข้ามเขตแดนหรือความเสียหายข้ามเขตแดน เช่น กรณีการยิงกันข้ามพรมแดน และ ข) กรณีการละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งเป็นผลมาจากการพูดหรือเขียน รวมถึงกรณีที่ไม่มี ความเสียหายทางร่างกายเกิดขึ้นเช่นความเสียหายต่อชื่อเสียงการหมิ่นประมาท เป็นต้น เพราะเป็นความเสียหายที่จับต้องไม่ได้

2. อนุสัญญานี้ไม่มีการแยกประเภทของการกระทำของรัฐโดยแท้ (*acts jure imperil*) และการกระทำเชิงพาณิชย์ (*acts jure gestionis*) ที่รัฐสามารถอ้างความคุ้มกันได้ เพราะหลักการเรื่องดินแดนที่มีการละเมิดเกิดขึ้นส่งผลให้เกิดความเชื่อมโยงทางดินแดนอย่างแท้จริง โดยไม่ต้องคำนึงถึงเรื่องแรงจูงใจของการกระทำ และละเว้นการกระทำ รวมทั้งพิจารณาประเภทของการกระทำของรัฐนั้น

4. กรณีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ การครอบครอง หรือการใช้ทรัพย์สิน (Ownership, possession and use of property)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 กำหนดว่า เว้นแต่ได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางตุลาการต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนด

(1) สิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐจากการครอบครองหรือการใช้หรือจากพันกรณีใดๆ ก็ตามของรัฐที่มาจากผลประโยชน์ของรัฐในทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้อันตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี

(2) สิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐในทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้ที่เกิดขึ้นจากการสืบสิทธิ/มรดก ของก้านัล หรือทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ หรือ

(3) สิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐในการควบคุมดูแลจัดการทรัพย์สิน เช่น ทรัพย์สินที่มีการดูแลแทนเจ้าของ ทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย หรือทรัพย์สินของบริษัทในกรณียุติกิจการ³³

ทั้งนี้ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐซึ่งมีขอบเขตอันกว้างขวางมีความจำเป็นและสมควรที่จะถูกลดลง โดยข้อยกเว้นในความคุ้มกันที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่มีการพิจารณาคดี ซึ่งข้อ 13 นี้ต้องพิจารณาคู่กับข้อ 6 วรรคสอง (b) ของอนุสัญญานี้ (ที่กำหนดว่า “รัฐจะได้ความคุ้มกันเมื่อไม่ได้ถูกระบุชื่อให้เป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาคดี แต่กระบวนการพิจารณาคดีนั้นประสงค์ที่จะส่งผลกระทบต่อทรัพย์สิน สิทธิ ผลประโยชน์หรือกิจกรรมของรัฐนั้น”) เนื่องจากว่าความคุ้มกันของรัฐอาจกล่าวอ้างขึ้นมาได้แม้ว่ากระบวนการพิจารณานั้นจะไม่ได้เป็นการฟ้องโดยตรงต่อรัฐต่างประเทศแต่ยังรวมไปถึงกระบวนการพิจารณาที่มุ่งประสงค์จะลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินที่รัฐนั้นใช้อยู่ ครอบครองหรือควบคุมอยู่ ดังนั้น ข้อ 13 ของอนุสัญญานี้จึงถูกร่างขึ้นมาเพื่อกำหนดข้อยกเว้นในกฎเกณฑ์ความคุ้มกันของรัฐ

³³ Article 13 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004,

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the determination of:

(a) any right or interest of the State in, or its possession or use of, or any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, immovable property situated in the State of the forum;

(b) any right or interest of the State in movable or immovable property arising by way of succession, gift or bona vacantia; or

(c) any right or interest of the State in the administration of property, such as trust property, the estate of a bankrupt or the property of a company in the event of its winding up.”

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในข้อ 13 นี้จะไม่ทำให้เสื่อมเสียแก่อิทธิพิเศษและความคุ้มกันที่อุปโภคโดยรัฐ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินจากภารกิจทางการทูตและเจ้าหน้าที่ตัวแทนอื่นๆ ของรัฐบาล

5. กรณีการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights)

กรณีนี้เป็นเรื่องที่รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจต่อศาลของอีกรัฐหนึ่ง ที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาคดีตามที่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 กำหนดเกี่ยวกับสาขาหนึ่งของกฎหมายภายในรัฐ คือ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (มีลักษณะที่กว้างและทั่วไปมุ่งหวังที่จะให้ครอบคลุมรูปแบบ ประเภท ระดับ หรือ ชนิดของทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่มีอยู่ในปัจจุบัน และอาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย) ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของรัฐที่มีการพิจารณาคดี³⁴ เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือ

ในกรณีที่มีการอ้างว่ารัฐนั้นละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมดังกล่าวในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีของบุคคลที่สามเช่นนั้น ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของรัฐที่มีการพิจารณาคดี และการละเมิดของบุคคลที่สามเช่นนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์ไปในทางพาณิชย์ก็ได้ แต่ต้องมีเงื่อนไข 2 ประการ คือ

1. การละเมิดที่เกิดขึ้นโดยรัฐในเรื่องลิขสิทธิ์จะต้องเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีและ
2. ลิขสิทธิ์ของบุคคลที่สามนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครองโดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐที่มีการพิจารณาคดี³⁵

³⁴ Article 14 (a) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, “Intellectual and industrial property

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

(a) the determination of any right of the State in a patent, industrial design, trade name or business name, trademark, copyright or any other form of intellectual or industrial property which enjoys a measure of legal protection, even if provisional, in the State of the forum.”

³⁵Article 14 (b) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, “Intellectual and industrial property

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

6. กรณีที่รัฐได้เข้ามามีส่วนร่วมในบริษัทหรือองค์กรร่วมอื่นใด (Collective body)

กรณีที่รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาคดีได้ เนื่องจากรัฐนั้นได้เข้าไปมีส่วนร่วมในบริษัทหรือองค์กรอื่นใด ไม่ว่าจะรวมกันโดยมีสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม โดยกระบวนการพิจารณานั้นเป็นกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและองค์กรร่วมหรือผู้มีส่วนร่วมอื่นๆ ในองค์กรร่วมนั้นๆ โดยมีเงื่อนไขว่า องค์กรร่วมอื่นนั้นต้อง

ก. มีผู้มีส่วนร่วมนอกเหนือไปจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ (องค์กรร่วมนั้นต้องมีผู้มีส่วนร่วมนอกเหนือไปจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศกล่าวคือต้องมีการเข้าร่วมของภาคส่วนเอกชนด้วย เหตุนี้องค์กรร่วมที่มีเพียงรัฐและองค์การระหว่างประเทศจึงไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญานี้) และ

ข. ได้จดทะเบียนหรือจัดตั้งภายใต้กฎหมายของรัฐที่มีการพิจารณาคดีหรือมีที่ตั้งหรือสำนักทำการในรัฐที่มีการพิจารณาคดี (องค์กรร่วมนั้นต้องจัดตั้งภายใต้กฎหมายของรัฐที่มีการพิจารณาคดีหรือมีที่ตั้งหรือสำนักงานในการประกอบธุรกิจของรัฐที่มีการพิจารณาคดีเช่นเดียวกัน)³⁶ อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อยกเว้นนั้นพบว่า รัฐสามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาคดีได้หากรัฐที่เกี่ยวข้องได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือคู่กรณีพิพาทกันได้ตกลงกันผ่านความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร หรือในกรณีที่ตราสารที่ใช้ในการจัดตั้งหรือบังคับองค์กรร่วมนั้นมีบทบัญญัติที่มีผลดังเช่นกรณีดังกล่าวมา³⁷

(b) an alleged infringement by the State, in the territory of the State of the forum, of a right of the nature mentioned in subparagraph (a) which belongs to a third person and is protected in the State of the forum.”

³⁶ Article 15 (1) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, “Participation in companies or other collective bodies

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to its participation in a company or other collective body, whether incorporated or unincorporated, being a proceeding concerning the relationship between the State and the body or the other participants therein, provided that the body:

(a) has participants other than States or international organizations; and

(b) is incorporated or constituted under the law of the State of the forum or has its seat or principal place of business in that State.”

³⁷ Article 15 (2) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, “Participation in companies or other collective bodies

7. กรณีการพิจารณาเรือที่ปฏิบัติการโดยรัฐหรือรัฐเป็นเจ้าของที่ดำเนินการโดยมี วัตถุประสงค์ทางพาณิชย์

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 กำหนดว่า “เรือ” (ในที่นี้ครอบคลุมทุกประเภทของเรือที่ออกทะเล) ซึ่งรัฐเป็นเจ้าของเรือหรือควบคุม โดยเฉพาะเรือรบ (Warship) เรือรบสนับสนุน (Naval auxiliary) หรือเรือที่เป็นเจ้าของหรือปฏิบัติการโดยรัฐและถูกใช้ชั่วคราวเพื่อบริการที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์ของรัฐสามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรื่อนั้นได้³⁸ นอกจากนี้ รัฐยังคงได้รับความคุ้มกันสำหรับเรือของรัฐบาลอื่นๆ เช่น เรือตรวจตราของตำรวจ (Police patrol boat) เรือตรวจสอบของศุลกากร (Customs inspection boat) เรือพยาบาล (Hospital ship) เรือสำรวจสมุทรศาสตร์ (Oceanographic survey ship) เรือฝึก (Training vessel) และเรือขุด (Dredger) ซึ่งเป็นเรือที่ดำเนินการโดยรัฐ เพื่อประโยชน์ของรัฐและไม่ได้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์³⁹

2. A State can, however, invoke immunity from jurisdiction in such a proceeding if the States concerned have so agreed or if the parties to the dispute have so provided by an agreement in writing or if the instrument establishing or regulating the body in question contains provisions to that effect.”

³⁸ Article 16 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, “Ships owned or operated by a State

1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State which owns or operates a ship cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the operation of that ship if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

2. Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service.

3. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the carriage of cargo on board a ship owned or operated by that State if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

4. Paragraph 3 does not apply to any cargo carried on board the ships referred to in paragraph 2, nor does it apply to any cargo owned by a State and used or intended for use exclusively for government non-commercial purposes.

5. States may plead all measures of defence, prescription and limitation of liability which are available to private ships and cargoes and their owners.

6. If in a proceeding there arises a question relating to the government and non-commercial character of a ship owned or operated by a State or cargo owned by a State, a certificate signed by a diplomatic representative or other competent authority of that State and communicated to the court shall serve as evidence of the character of that ship or cargo.”

³⁹ รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 51

แต่ “เรือ” ที่ซึ่งรัฐเป็นเจ้าของเรือหรือควบคุมนั้น ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรือนั้น หากเรือลำดังกล่าวถูกนำไปใช้ในทางพาณิชย์ เรือนั้นไม่อาจอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางตุลาการของศาลของรัฐอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรือนั้น เช่น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเรือดังกล่าวกรณีเรือชนกัน (Collision) ทั้งนี้ เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือเกิดจากการที่รัฐได้สละความคุ้มกันของรัฐ⁴⁰

8. กรณีมีความตกลงให้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทในปัญหาอันเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 กำหนดว่า ความตกลงอนุญาตตุลาการ (Arbitrator agreement) ระหว่างรัฐกับบุคคลหรือนิติบุคคลต่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร (ไม่รวมถึงความตกลงอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ) ที่มีวัตถุประสงค์ในการตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อจัดการกับปัญหาใดๆ อันเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์นั้น รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับความตกลงอนุญาตตุลาการในประเด็นความสมบูรณ์ของพันธกรณีในการตั้งอนุญาตตุลาการ ความสมบูรณ์ของพันธกรณีในการบังคับระงับข้อพิพาทในปัญหาต่างๆ โดยอนุญาตตุลาการ การตีความและความสมบูรณ์ของบทบัญญัติอนุญาตตุลาการ รวมถึงความตกลงที่ได้ทำขึ้น ปัญหาอันเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตตุลาการ หรือการพักการบังคับของคำชี้ขาด⁴¹

⁴⁰ Article 16 (1) of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, “Ships owned or operated by a State”; และ, จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 39-40

⁴¹ Article 17 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, “Effect of an arbitration agreement

If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

(a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;

(b) the arbitration procedure; or

(c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreement otherwise provides

.”; และ, รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 52-53

7.1.4 รูปแบบความคุ้มกันของรัฐ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 ได้แบ่งรูปแบบความคุ้มกันของรัฐออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

7.1.4.1 ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 ได้กำหนด “หลักการทั่วไป” ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐซึ่งเป็น “สิทธิ” ของรัฐที่จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของอีกรัฐหนึ่งไว้ว่า “รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล (jurisdiction of the courts) ของอีกรัฐหนึ่งภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญานี้”⁴² ทั้งนี้ อนุสัญญานี้ยังได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐต่างๆ ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐไว้ โดยมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มกันรัฐจากเขตอำนาจศาลจากการวินิจฉัยคดีโดยการฟ้องร้องต่อรัฐ ซึ่งรัฐมีสิทธิ์ที่จะอุปโภคความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของอีกรัฐหนึ่ง ในขณะที่รัฐอื่นๆ ก็มีหน้าที่ที่จะต้องไม่ใช่เขตอำนาจของตนเหนืออีกรัฐหนึ่ง เมื่อใดก็ตามที่รัฐหนึ่งถูกระบุชื่อเป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา หรือแม้แต่ว่าไม่ได้ถูกระบุชื่อเป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาก็ตาม แต่หากกระบวนการพิจารณานั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของรัฐ ผลประโยชน์ของรัฐ หรือกิจกรรมอื่นใดของรัฐ รัฐที่ใช้เขตอำนาจศาลพิจารณาคดีนั้นก็มีหน้าที่ที่จะไม่ใช่เขตอำนาจนั้น เพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่มีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศของอีกรัฐหนึ่ง⁴³

⁴² Article 5 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, (State immunity)

“A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.”

⁴³ Article 6 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, (Modalities for giving effect to State immunity)

“1. A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.

2. A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State:

(a) is named as a party to that proceeding; or

(b) is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State.”; และ, รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 54

7.1.4.2 ความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from execution)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจรัฐ ค.ศ. 2004 ได้นี้ได้กำหนด “มาตรการบังคับคดีก่อนมีคำพิพากษา เช่น การอายัด การยึด หรือการบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐ ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาคดีของอีกศาลหนึ่ง”⁴⁴ และ “มาตรการบังคับคดีภายหลังคำพิพากษา เช่น การอายัด การยึด หรือ การบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาคดีของอีกศาลหนึ่ง”⁴⁵ ซึ่งเรื่องความคุ้มกันของรัฐในที่นี้มุ่งเน้นเฉพาะปัญหาที่เกี่ยวกับความคุ้มกันจากการบังคับคดี (ทั้งก่อนมีคำพิพากษาและภายหลังคำพิพากษา) นอกจากนี้ ขอบเขตของการบังคับคดีนี้ไม่ได้จำกัดอยู่แค่การบังคับตามคำพิพากษาเท่านั้น หากแต่ยังครอบคลุมไปถึง การอายัด การยึด การบังคับคำตัดสินจากอนุญาโตตุลาการ และหรือวิธีการอื่นๆ ที่มีวัตถุประสงค์ไม่ให้มีการเคลื่อนไหวของทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์

⁴⁴ Article 18 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, (State immunity from pre-judgment measures of constraint)

“No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or

(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding.”

⁴⁵ Article 19 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, (State immunity from post-judgment measures of constraint)

“No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or

(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or

(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that postjudgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.”

ของจำเลยด้วย เพื่อเป็นหลักประกันในการให้ความคุ้มกันรัฐว่าไม่มีรัฐอธิปไตยใดสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือรัฐอธิปไตยอื่น⁴⁶

7.2 กฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตและกงสุล

การเจริญความสัมพันธ์ทางการทูตในสังคมโลกนั้นมีมาเป็นเวลานานมากและได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปโดยได้มีการพัฒนาในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴⁷ ซึ่งต่อมาได้มีการทำการรวบรวมจัดทำเป็นประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตและกงสุลในรูปของอนุสัญญาระหว่างประเทศ (อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961) และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (Vienna Convention on Consular Relations 1963))

7.2.1 ความหมายของเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต

“เอกสิทธิ์” (Privilege) หมายถึง การได้รับสิทธิพิเศษดีกว่าบุคคลอื่นๆ⁴⁸ หรือ สิทธิของผู้ให้หรือเกิดขึ้นทางด้านผู้ให้ที่จะให้สิทธิพิเศษในรูปผลประโยชน์หรือผลปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งหรืออาจเป็นการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติหรือไม่ต้องมีภาระอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การยกเว้นภาษี การไม่ต้องถูกดำเนินคดีในศาล ฯลฯ⁴⁹

“ความคุ้มกัน” (Immunity) หมายถึง สิทธิของผู้รับหรือเกิดขึ้นทางด้านผู้รับ⁵⁰ ในการที่ผู้ได้รับไม่ต้องอยู่ภายใต้ภาระบางประการ (อำนาจ) หรือ การได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ให้ และผู้ให้จะไม่ให้ไม่ได้ หรือ เป็นสิทธิที่จะเรียกร้องหรือบังคับให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายงดเว้นให้อำนาจนั้นแก่ตน⁵¹

⁴⁶ รัฐฉัตร เพ็ชรนารี, หน้า 55-56

⁴⁷ Virginia Morris M.-Christiane Bourloyannis, The Work of the Sixth Committee at the Forty-Seventh Session of the Un General Assembly, 87 Am. J. Int'l L. 306 (1993)

⁴⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 248

⁴⁹ จันตรี สินศุภฤกษ์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 304

⁵⁰ จันตรี สินศุภฤกษ์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 304

⁵¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 248

ข้อสังเกต “ความคุ้มกัน” เป็นสิทธิพิเศษ ที่มีใช้สิทธิมูลฐานหรือสิทธิที่บุคคลพึงมีโดยธรรมชาติ เป็นสิทธิที่บุคคลบางประเภทอุปโภคโดยได้รับการยกเว้นจากการใช้อำนาจอรัฐ ความคุ้มกันเป็นการยกเว้นให้ผู้รับปลอดหรือหลุดพ้นจากอำนาจหรือภาระหรือภัยอย่างใดอย่างหนึ่ง

สรุป ความคุ้มกัน

ก) ในเชิงบวกนั้น เป็นสิทธิพิเศษที่บุคคลหรือคู่กรณีหรือรัฐหนึ่งรัฐใดได้รับจากอีกรัฐหนึ่ง ในอันที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐเจ้าของดินแดน

ข) ในเชิงลบนั้น เป็นสิทธิที่ทำให้เกิดการไม่มีอำนาจของอีกฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐเจ้าของดินแดน (ผู้ให้) งดเว้นการใช้อำนาจ หรือไม่อาจใช้อำนาจแก่ผู้ได้รับความคุ้มกัน

ข้อสังเกต ความแตกต่างระหว่าง ความคุ้มกันทางการทูตกับความคุ้มครองทางการทูต

“ความคุ้มกันทางการทูต” (Diplomatic Immunity) คือ เป็นกรณีที่ตัวแทนทางการทูตได้รับอุปโภคสิทธิพิเศษโดยได้รับการยกเว้นจากการใช้อำนาจอรัฐ (อำนาจตุลาการและอำนาจบริหาร) ของรัฐผู้รับ⁵²

“ความคุ้มครองทางการทูต” (Diplomatic Protection) คือ เป็นกรณีการใช้เขตอำนาจอรัฐในฐานะเจ้าของสัญชาติของบุคคล (บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล) ที่มีเหนือคนชาติของรัฐตนนั้น ซึ่งเป็นสิทธิของรัฐแต่เพียงผู้เดียวตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าจะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติตนหรือไม่⁵³

⁵² Rina Goldenberg, Abuse of Diplomatic Immunity: Is the Government Doing Enough?, 1 ILSA J. Int'l & Comp. L. 197 (1995); J. CRAIG BARKER, State immunity, diplomatic immunity and act of state: a triple protection against legal action?, I.C.L.Q. 1998, 47(4), 950-958, Kenneth K. Mwenda, Diplomatic Immunity of Corrupt Diplomats: When the Shield Can No Longer Hold, 20 Sw. J. Int'l L. 81 (2013); and, Xinxiang Shi, Diplomatic immunity *ratione materiae*, immunity *ratione materiae* of state officials, and state immunity: a comparative analysis, L.J.I.L. 2021, 34(1), 45-65

⁵³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 57, Craig Forcese, The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the "War on Terror", 17 Eur. J. Int'l L. 369 (2006); and, COLIN WARBRICK, Diplomatic representations and diplomatic protection, I.C.L.Q. 2002, 51(3), 723-733

7.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต

ประชาชาติทั้งมวลตั้งแต่โบราณมา ได้ให้การยอมรับนับถือสถานภาพของตัวแทนทางทูต โดยคำนึงถึงความเสมอภาคทางอธิปไตยของรัฐ การดำรงสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และการส่งเสริมความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างชาติ โดยเชื่อว่ากฎหมายการทูต (อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961) เป็นหลักเกณฑ์ที่มุ่งใช้บังคับเกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศว่าด้วยการติดต่อ เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูตจะมีส่วนช่วยพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างชาติ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันในระบบแห่งธรรมเนียมและระบบสังคมของชาติเหล่านั้นโดยผ่านตัวแทนของรัฐต่าง ๆ⁵⁴ โดยตระหนักว่า ความมุ่งประสงค์ของเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตเช่นว่านี้ มิใช่เพื่อที่จะให้เป็นคุณประโยชน์แก่ตัวบุคคล แต่เพื่อที่จะประกันการปฏิบัติการหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพของคณะผู้แทนทางทูตในฐานะที่เป็นผู้แทนของรัฐ นอกจากนี้ หากปัญหาใดที่มีได้กำหนดไว้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 อย่างชัดเจนก็ควรที่จะนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใช้บังคับต่อไป⁵⁵

7.2.2.1 ประเภทของคณะผู้แทนทางการทูต

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ได้ให้คำนิยามและประเภทของคณะผู้แทนทางทูตไว้ ซึ่งประกอบด้วย:

(ก) “หัวหน้าคณะผู้แทน” (head of the mission) คือ บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากรัฐผู้ส่งให้มีหน้าที่กระทำการในฐานะนั้น

(ข) “บุคคลในคณะผู้แทน” (members of the mission) คือ หัวหน้าคณะผู้แทนและบุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ของคณะผู้แทน

(ค) “บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ของคณะผู้แทน” (members of the staff of the mission) คือ บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายทูต คณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการและฝ่ายวิชาการและคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริการของคณะผู้แทน

(ง) “บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายทูต” (members of the diplomatic staff) คือ บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ของคณะผู้แทนซึ่งมีตำแหน่งทางทูต

⁵⁴ Jonathan Brown, Diplomatic immunity: state practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations, I.C.L.Q. 1988, 37(1), 53-88

⁵⁵ โปรดดู อารัมภบท ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations)