



บทที่ 4

ข้อพิจารณาของประเทศไทยในการดำเนินการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับข้อพิจารณาของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 โดยจะกล่าวถึงความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ และแนวทางการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ของประเทศไทย ตลอดจนข้อพิจารณากระบวนการตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และข้อพิจารณาด้านเนื้อหาเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 ความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ

เนื่องจากในปัจจุบันเอกชนไทยได้มีการติดต่อสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศทั้งในรูปการค้าระหว่างประเทศ การลงทุนระหว่างประเทศในลักษณะการเคลื่อนย้ายทุน (capital transfer) และในลักษณะกิจการร่วมทุน (joint venture) มากขึ้น ซึ่งอาจเป็นลักษณะที่เอกชนไทยไปทำธุรกิจการค้ากับรัฐต่างประเทศ หรือรัฐต่างประเทศได้เข้ามาทำธุรกิจการค้ากับเอกชนในประเทศไทย นอกจากนี้แล้วประเทศไทยกำลังจะก้าวสู่ความเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community หรือ AEC) ก่อให้เกิดพันธกรณี แก่ประเทศไทยที่จะต้องเปิดเสรีสินค้าและบริการ รวมทั้งการลงทุนระหว่างประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งอาจจะมีการเคลื่อนย้ายแรงงานหรือเงินทุนเข้ามาในประเทศไทยมากขึ้น ด้วยเหตุนี้อาจมีตัวแทนของรัฐต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และตัวแทนของรัฐต่างประเทศเหล่านี้ อาจมีการติดต่อสัมพันธ์กับเอกชนไทยในลักษณะที่เป็นกิจการทางพาณิชย์ เช่น การทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือวัตถุดิบจากเอกชนไทย สัญญาว่าจ้างเอกชนไทยเข้าทำงาน การกู้ยืมเงินจากธนาคารพาณิชย์ หรือการเข้าร่วมลงทุนในบริษัทของเอกชนไทย เป็นต้น ซึ่งการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างประเทศกับเอกชนไทยนั้น อาจเกิดข้อพิพาทขึ้นได้ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการผิดสัญญา ข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำละเมิด ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือประโยชน์ใดๆใน

ทรัพย์สิน ที่มีโอกาสที่รัฐต่างประเทศจะถูกฟ้องเป็นจำเลยในศาลไทย และส่งผลให้รัฐต่างประเทศอาจยกเรื่องความคุ้มกันของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งนานาอารยประเทศยอมรับนับถือกัน โดยทั่วไปมาเป็นข้อต่อสู้ซึ่งจะทำให้ศาลไทยไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้

และจากการศึกษาพบว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายภายในที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศ และยังไม่ปรากฏว่ามีคดีให้พิจารณาการอ้างความคุ้มกันของรัฐในศาลไทยแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากในทางปฏิบัติเมื่อจำเลยเป็นบุคคลหรือองค์กรที่อยู่ในข่ายได้รับความคุ้มกัน ศาลมักจะประสานกับกระทรวงการต่างประเทศซึ่งทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีประนีประนอมกันเป็นส่วนใหญ่¹ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐขึ้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่ารัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันในการดำเนินกิจกรรมประเภทใด รวมทั้งเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเอกชนไทยในกรณีที่มีข้อพิพาทกับรัฐต่างประเทศในการดำเนินกิจกรรมเชิงพาณิชย์ว่าจะใช้สิทธิทางศาลไทยได้มากน้อยเพียงใด

4.2 แนวทางการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004

เนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากอำนาจศาล ค.ศ. 2004 มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 คือ มีลักษณะเป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้จัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐเท่านั้นที่จะเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ได้ และอนุสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นขั้นตอนในการเข้าเป็นภาคีของไทยจึงต้องปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และในขณะนี้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้เปิดการให้ลงนามแล้ว ในวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2007 ดังนั้น ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ จึงสามารถทำการภาคยานุวัติ (accession) เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ได้

¹ จตุรงค์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 283

อย่างไรก็ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากอำนาจศาล ค.ศ. 2004 อาจเข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา รวมทั้งเป็นหนังสือสัญญาที่มีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงต้องมีการดำเนินการตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่ต้องดำเนินการเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 ข้อพิจารณาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

หลักกฎหมายมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญา สันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในกรณีนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความแจ้งดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่าง ประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของ ประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในกรณีนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอ กรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันคณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และใน กรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสมและเป็นธรรม ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศ อย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติ

ตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสองให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลมหรือต้องออกพระราชบัญญัติรองรับ²

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่ได้กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการจัดทำสนธิสัญญาที่มีภาคประชาชนและฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาาร่วมด้วย เพื่อเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าสนธิสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากอำนาจศาล ค.ศ. 2004 อาจเข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา รวมทั้งเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง ดังนั้น จึงอาจจะต้องดำเนินการตามมาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดเข้ามาตรา 190 วรรคสองหรือไม่นั้นมีสองขั้นตอน คือในขั้นตอนแรกจะต้องมีการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาประเภทใดเป็นหนังสือสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากหนังสือสัญญาเข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว จึงจะมีการพิจารณาในขั้นตอนที่สองว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามวรรคสอง คือหนังสือสัญญาที่ (1) มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือ (2) มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรือ (3) มีผลผูกพันงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยกรมสนธิสัญญาและกฎหมายซึ่งเป็นหน่วยงานหลักที่ให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานราชการว่าหนังสือสัญญาประเภทใดต้องได้รับการเห็นชอบจากรัฐสภา มีความเห็นว่า การที่ความตกลงฉบับใดฉบับหนึ่งจะเข้าหรือไม่เข้าตามมาตรา 190 นั้น มิได้อยู่ที่ชื่อของเอกสาร ปัจจัยที่เป็นตัวตัดสินคือเนื้อหาของหนังสือสัญญานั้นๆ เป็นหลักว่า (1) มีผลผูกพันภาคีหรือไม่ และ (2) มีผลกระทบต่ออย่างกว้างขวาง หรือมีนัยสำคัญต่อประเทศหรือไม่ ซึ่ง

² มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

หน่วยงานเจ้าของเรื่องน่าจะเป็นผู้วินิจฉัยได้ดีที่สุด แต่ในทางปฏิบัติหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและจะส่งต่อให้รัฐสภาเห็นชอบมีสัดส่วนค่อนข้างสูง ซึ่งชี้ให้เห็นว่า คณะรัฐมนตรีมีแนวโน้มที่จะตีความนิยามของหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองค่อนข้างกว้าง เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการถูกฟ้องร้อง ทั้งที่สาระสำคัญของหนังสือบางฉบับอาจไม่เข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนา³ และเนื่องจากความไม่ชัดเจนในเรื่องของประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาจะปรากฏให้เห็นบ่อยครั้งจากส่วนราชการที่เสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและจากส่วนราชการที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ดังที่ได้หยิบยกมาเป็นตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น โดยเฉพาะในกรณีหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ⁴ ทั้งนี้เนื่องจากหนังสือสัญญาทั้งสองประเภทนี้เป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นมาใหม่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเมื่อได้บังคับใช้รัฐธรรมนูญดังกล่าวมาระยะหนึ่งนั้น พบว่าอย่างไรก็ตาม ทางออกของปัญหาดังกล่าวก็คือ การแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ถือเป็นแนวทางหนึ่งในการสร้างความชัดเจนให้ เกิดขึ้น ประกอบกับประชาชนเห็นด้วยที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 โดย พบว่ามีประชาชนร้อยละ 46.4 เห็นด้วยที่จะให้ มีการแก้ไขการจัดทำหนังสือสัญญาในประเด็นที่ เกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาว่ามีเรื่องใดบ้างที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ดังนั้น จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2554 ให้เกิดความ ชัดเจนขึ้นโดยได้มีการเพิ่มในบทบัญญัติวรรค 5 ดังนี้ "ให้มีกฎหมายว่าด้วยการ กำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการ

³ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. "การศึกษาผลกระทบของมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย" รายงานที่ตีพิมพ์เมื่อวันที่ 88 (พฤศจิกายน 2553) : 4-6.

⁴ ชนิดา อึ้งมาตุก, การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550: มาตรา 190 วรรคสอง (ออนไลน์) 27 มิถุนายน 2555, แหล่งที่มา: www.sanpakomsarn.com/backend/magazine.../file1307587317.pdf

ปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป”⁵

ดังนั้นจากการวิเคราะห์ข้างต้นในหัวข้อที่ผ่านมาจะทำให้พิจารณาได้ว่า อนุสัญญาสหประชาชาติสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 เป็นกรณีที่มีผลกระทบอย่างกว้างต่อความมั่นคงและสังคม ดังนั้น จากมาตรา 190 วรรค 5 ก็ควรจะเพิ่มกฎหมายซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติขึ้นมาเพื่อรองรับพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 และเนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นกฎหมายคนละระบบกัน และแยกจากกันโดยเด็ดขาด ดังนั้น ต้องมีการออกกฎหมายภายในเพื่อรองรับพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ซึ่งการออกกฎหมายใหม่หรือต้องแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อรองรับการเข้าเป็นภาคีนั้น ตามแนวปฏิบัติที่ผ่านมาการออกกฎหมายรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาทำได้ 4 กรณี คือ⁶

1. การนำสนธิสัญญานั้นมาเป็นภาคผนวกของกฎหมายหรืออาจเรียกว่าเป็นการออกกฎหมายให้ใช้สนธิสัญญาฉบับดังกล่าว ดังตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ กรณีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งมีมาตราอยู่ไม่กี่มาตราในตัวกฎหมาย

ข้อดี คือ ไม่มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำใดๆ ในสนธิสัญญานั้น เพียงมีคำแปลภาษาไทยหรือหากมีตัวบทภาษาไทยเป็นคู่ฉบับกันก็เพียงพอแล้ว

ข้อเสีย คือ ไม่สะดวกต่อการนำกฎหมายที่มีสนธิสัญญาแนบท้ายไปใช้บังคับดังเช่น กฎหมายภายในอื่นๆ เนื่องจากข้อบกพร่องข้อของสนธิสัญญาเป็นกระบวนการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับ อาทิ การให้สัตยาบัน หรือการตั้งข้อสงวน หรือเป็นกลไกการบริหารที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554

⁶ ชุมพร ปัจจุสานนท์, พรชัย ด้านวิวัฒน์ และธรรมนิศย์ สุมนตกุล, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการ การศึกษากระบวนการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2553), หน้า 1-(9-11).

2.การนำหลักการของสนธิสัญญานั้นมายกร่างเป็นกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติองค์การร่วม ไทย-มาเลเซีย พ.ศ. 2533 อันเป็นการยกร่างกฎหมายโดยนำหลักการหรือสาระสำคัญของข้อบทแต่ละข้อของสนธิสัญญามารรจเป็นมาตราต่างๆ ในกฎหมายไทย

ข้อดี คือ สะดวกต่อการบังคับใช้เนื่องจากมีรูปแบบและถ้อยคำตามแนวทางการยกร่างกฎหมายไทย

ข้อเสีย คือ อาจมีการตีความหมายตามความเข้าใจของผู้ยกร่างเองฝ่ายเดียวเนื่องจากการยกร่างเป็นเพียงการนำเฉพาะสาระดะที่สำคัญมาบัญญัติไว้เท่านั้น

3.การนำหลักการของสนธิสัญญานั้นมายกร่างเป็นกฎหมายแม่บทเพื่อให้ครอบคลุมการทำสนธิสัญญาประเภทเดียวกันในอนาคต อาทิ พระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2527 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2530)

ข้อดี คือ สะดวกต่อการบังคับใช้ดังเช่นกรณีที่ 2 ข้างต้น และยังสามารถใช้ครอบคลุมถึงสนธิสัญญาประเภทเดียวกันที่จะทำต่อไปหรือเข้าเป็นภาคีในอนาคต

ข้อเสีย คือ ต้องยกร่างในลักษณะที่ยืดหยุ่นพอควรโดยคำนึงถึงการเจรจาจัดทำสนธิสัญญาประเภทเดียวกันในอนาคตด้วย ผลที่ตามมาคือ อาจหาถ้อยคำที่ชัดเจนหรือเข้มงวดไม่ได้

4.การที่หน่วยงานราชการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตรวจชำระ เสนอร่างปรับปรุง และแก้ไขกฎหมายต่างๆ ที่อยู่ในความรับผิดชอบ ให้สอดคล้องรับสิทธิและหน้าที่ตามอนุสัญญา และอาจดำเนินการให้สภาให้ความเห็นชอบในภายหลังหากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานั้นๆ และหากยังมีกรณีที่เข้าข่ายมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การดำเนินการในลักษณะเช่นนี้สามารถทำได้เสมือนกับเป็นการปรับปรุงหรือปฏิรูปกฎหมายให้ทันสมัยตามกาลเวลาโดยอาศัยพื้นฐานของกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศอันรวมถึงอนุสัญญาเหล่านั้นซึ่งทำให้ไม่ต้องรอการเข้าเป็นภาคีเสียก่อน กรณีเช่นนี้มีตัวอย่าง เช่น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 53 เรื่องค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันระหว่างลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิง ตรงกับอนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยเรื่องค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน ค.ศ. 1951 ข้อ 2 ซึ่งประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันตามอนุสัญญาดังกล่าว ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2542 โดยตามข้อ 2 ของอนุสัญญา และตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 16 เรื่อง

วิธีการเจรจาเมื่อเกิดข้อพิพาทแรงงาน ตรงกับอนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949 ข้อ 4 ซึ่งประเทศไทยยังมีได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าว

ข้อดี คือ เสมือนเป็นการปฏิรูปกฎหมายและยังทำให้กฎหมายไทยทันสมัยอยู่เสมอตามสภาพการเปลี่ยนแปลงของโลก

ข้อเสีย คือ เมื่อจะเสนอร่างกฎหมายอาจต้องอธิบายแหล่งที่มาหรือเกณฑ์ที่ใช้เป็นพื้นฐานของการยกร่าง และอาจมีคำถามว่าเมื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วมีแนวโน้มหรือนโยบายที่จะเป็นภาคีสนธิสัญญานั้นๆ หรือไม่ ซึ่งอาจนำไปสู่ประเด็นว่าการยกร่างกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องนำสนธิสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 นั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรใช้วิธีการออกกฎหมายมารองรับอนุสัญญาฉบับนี้ ด้วยวิธีการนำสนธิสัญญานั้นมาเป็นภาคผนวกของกฎหมายหรืออาจเรียกว่าเป็นการออกกฎหมายให้ใช้สนธิสัญญาฉบับดังกล่าว และบัญญัติกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ซึ่งเป็นการออกกฎหมายมารองรับอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับกับการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 เพื่อรองรับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 และการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 เพื่อรองรับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับมีเนื้อหาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันแก่ตัวแทนของรัฐต่างประเทศ

4.2.2 ข้อพิจารณาด้านเนื้อหาเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ

ซึ่งหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ก็จะทำให้เกิดพันธกรณีแก่ประเทศไทย มีหน้าที่จะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐแก่รัฐภาคีอื่น ตามข้อบทที่ 6 วรรคแรก ของอนุสัญญาฯ ที่บัญญัติว่า "รัฐจะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐมีผลโดยการละเว้นจากการใช้อำนาจศาลในกระบวนการพิจารณา

ของศาลของรัฐตนต่ออีกรัฐหนึ่ง" กล่าวคือรัฐภาคีอื่นจะได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจของศาลไทย 2 ลักษณะ คือ ได้รับความคุ้มครองจากอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทย และได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดี โดยผู้เขียนเห็นว่าในการพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ ประเทศไทยควรคำนึงถึงประเด็นดังต่อไปนี้

4.2.2.1 รัฐต่างประเทศที่ได้รับความคุ้มครองของรัฐ

ในส่วนนี้จะศึกษาถึงปัญหาในการให้คำนิยามของคำว่า "รัฐต่างประเทศ" เพื่อให้ทราบถึงความหมายและประเภทของรัฐต่างประเทศที่ควรจะได้รับคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลไทย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเมื่อกล่าวถึงความคุ้มครองของรัฐ ย่อมหมายถึงรัฐในฐานะที่เป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มีปัญหว่าส่วนต่างๆ ของรัฐต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นหรือไม่เป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากรัฐต่างประเทศนั้นหรือไม่ก็ตาม หากตกเป็นจำเลยในคดีแพ่งหรือมีทรัพย์สินที่อาจต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลไทย จะได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองของรัฐ หรือต้องมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบต่อหนี้ของรัฐต่างประเทศที่ตนสังกัดหรือไม่อย่างไร ยกตัวอย่างเช่น กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอิสระของรัฐ เช่น สำนักงานหลักประกันสุขภาพ กองทุนประกันสังคม เป็นต้น หรือรัฐวิสาหกิจ เช่น การรถไฟ การไฟฟ้า เป็นต้น รวมไปถึงบริษัทเอกชนที่รัฐต่างประเทศถือหุ้นส่วนมากจะต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลไทยหรือไม่

ในเรื่องนี้ศาลไทยจะต้องเริ่มจากการพิจารณาว่าหน่วยงานต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น เป็นหน่วยงานที่ปฏิบัติภารกิจในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือไม่ ซึ่งถ้าเป็นหน่วยงานหรือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐก็ย่อมที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับรัฐ เพราะทุกรัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจที่จะบริหารจัดการส่วนราชการต่างๆ ได้ตามความเหมาะสม และอาจแบ่งภารกิจไปยังหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบนิติบุคคลต่างๆ เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือองค์การมหาชนต่างๆ ได้ โดยถือว่ารัฐและหน่วยงานของรัฐในสังกัดเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่ถ้าหน่วยงานหรือองค์กรนั้นๆ ไม่ได้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการอย่างรัฐ แต่ใช้สิทธิและหน้าที่ที่กระทำการเช่นเดียวกันกับเอกชน หรือใช้สิทธิตามกฎหมายเอกชน เช่น การถือหุ้น กองทุน หรือพันธบัตรต่างประเทศ เช่นนี้หน่วยงาน

หรือองค์กรอื่นๆ ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง และทรัพย์สินของหน่วยงานหรือองค์กรเหล่านั้นก็ย่อมต้องถูกถือว่าเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศได้ใช้หรือมีเจตนาใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ของรัฐบาล ซึ่งจะส่งผลให้ทรัพย์สินเหล่านั้นอาจตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลที่พิจารณาคดี ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มครองทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ก็จะต้องมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่รัฐภาคีอื่น ซึ่งรวมถึงหน่วยงานและองค์กรอื่นๆ ของรัฐนั้นด้วย ซึ่งได้แก่

1. รัฐและองค์กรต่างๆ ของรัฐบาลนั้น
2. หน่วยที่ประกอบเป็นสหพันธรัฐ หรือส่วนย่อยทางการเมืองของรัฐ ซึ่งมีสิทธิกระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยและกำลังกระทำการในฐานะดังกล่าว
3. หน่วยงานหรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือองค์กรอื่นๆ ในขอบเขตที่ว่าหน่วยงานนั้นมีสิทธิที่จะกระทำการในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ
4. ผู้แทนต่างๆ ของรัฐซึ่งกระทำการในฐานะนั้น

ในเรื่องเกี่ยวกับการพิจารณาว่าหน่วยงานหรือองค์ใดบ้างของรัฐต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลไทย จากการศึกษาพบว่าปัญหาสำคัญในเรื่องนี้คือ รัฐวิสาหกิจ (State enterprise) จะถือเป็นหน่วยงานของรัฐต่างประเทศหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มครองทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้แยก "รัฐวิสาหกิจ" ออกจากคำนิยามของคำว่า "รัฐ" ในข้อบทที่ 2 วรรคแรก (b) อย่างชัดเจน โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับ "รัฐวิสาหกิจ" แยกไว้ต่างหากในข้อบทที่ 10 วรรคสาม ซึ่งอธิบายลักษณะของรัฐวิสาหกิจไว้ว่ามีลักษณะ

1. ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐ และมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ
2. มีความสามารถในการฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดีได้
3. มีความสามารถในการครอบครองหรือจำหน่ายทรัพย์สิน

เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจ (State enterprise) เป็นองค์กรที่มีภารกิจหรืออำนาจหน้าที่ตามวัตถุประสงค์เท่าที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้ง หรือที่ได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ

ในกรณีบริษัทของรัฐ ดังนั้น ภารกิจหน้าที่ความรับผิดชอบของรัฐวิสาหกิจจึงมักมีลักษณะในเชิงธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นการผลิตหรือการให้บริการ ซึ่งแตกต่างจากภารกิจของกระทรวง ทบวง กรม หรือองค์การบริหารในราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และเมื่อพิจารณาจากข้อบทที่ 2 วรรคแรก (b)(iii) ของอนุสัญญาฯ พบว่าหน่วยงานหรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือองค์กรอื่นๆ ของรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกัน ก็ต่อเมื่อหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐต่างประเทศเหล่านี้ได้กระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานของรัฐ (State agencies) สามารถเข้าร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจและกิจกรรมทางพาณิชย์ โดยหน่วยงานของรัฐนั้นอาจมีหลายแบบ เช่น เป็นหน่วยงานย่อยของกระทรวง ทบวง กรม หรือเป็นบริษัทมหาชนที่ก่อตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือเป็นบริษัทตามกฎหมายเอกชนโดยมีรัฐบาลเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก⁷ แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น UN Working Group 54th session (1999) จึงมีมติให้เพิ่มคำว่า “ได้กระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ”⁸ จึงทำให้หน่วยงานของรัฐต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มกันนั้น จะต้องเป็นได้กระทำการใดๆ ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐด้วย และเมื่อพิจารณาในกรณีของรัฐวิสาหกิจแล้ว เนื่องจากรัฐวิสาหกิจนั้นได้กระทำการในทางพาณิชย์เป็นหลัก ดังนั้น จึงไม่ถือเป็นหน่วยงานของรัฐตามข้อบทที่ 2 วรรคแรก (b)(iii) ของอนุสัญญาฯ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1603 (a) และ (b) ที่บัญญัติว่ารัฐต่างประเทศนั้นหมายความว่าเมืองของรัฐต่างประเทศ หรือตัวแทน หรือหน่วยงานใดๆ ของรัฐต่างประเทศ ตลอดจนหน่วยงานซึ่งมีรัฐต่างประเทศหรือองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากหรือเป็นเจ้าของกิจการนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมาย Foreign Sovereign Immunities Act แล้ว รัฐวิสาหกิจที่มีรัฐต่างประเทศหรือองค์กรของรัฐต่างประเทศถือหุ้นข้างมากหรือเป็นเจ้าของกิจการนั้น ย่อมได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล

นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษแล้ว ยังมีแนวทางปฏิบัติของประเทศอื่นๆ อีก เช่น ประเทศแคนาดา ในคดี *Ferranti Packard Ltd v. Cushman Rentals Ltd.* ปี ค.ศ. 1984 ศาล the Ontario High Court of Justice ตัดสินว่า “New York State Thruway Authority ไม่ถือเป็นองค์กรหรือตัวแทน (alter ego) ของรัฐนิวยอร์ก แต่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระที่ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อ

⁷ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 437.

⁸ Ibid, p. 443.

ดำเนินการจัดการเกี่ยวกับกิจกรรมทางพาณิชย์ ดังนั้นจึงไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐได้" และประเทศฝรั่งเศส ในคดี *In Societe Nationale des Transports Routiers (SNTR) v. Compagnie Algerienne de Transit et d'Affretement Serres et Pilaire and Another* ปี ค.ศ. 1979 ศาล the Court of Cassation ตัดสินว่า "SNTR มีสถานะเป็นนิติบุคคล (legal personality) แยกต่างหากจากรัฐ Algerian โดยมีทรัพย์สินเป็นของตนเองได้ดำเนินการกระทำที่เป็นลักษณะพาณิชย์คือ ให้บริการขนส่งสินค้า ซึ่งศาลอุทธรณ์เคยตัดสินว่า SNTR ไม่สามารถอ้างได้ว่าทรัพย์สินของตนนั้นเป็นทรัพย์สินของรัฐ Algerian หรือเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยหรือเป็นการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่า SNTR ไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลหรือไม่ได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี"⁹ และประเทศเยอรมัน ในคดี *Non-resident Petitioner v. Central Bank of Nigeria* ปี ค.ศ. 1975 ในประเด็นเกี่ยวกับข้อเรียกร้องตามสัญญา ศาล the District Court of Frankfurt ตัดสินว่า "จำเลยในคดีนี้ คือ Central Bank of Nigeria ได้กระทำในฐานะนิติบุคคล (legal personality) และได้กระทำการทั้งหมดหรือบางส่วนตามอำนาจรัฐ (the authority of the State) ในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กฎหมายมหาชน เมื่อศาลพิจารณาจากตำราและงานเขียนทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว เห็นว่าถ้าจำเลยเป็นหน่วยงานของรัฐบาลที่เป็นอิสระ (legally dependent government department) แล้ว จะส่งผลทำให้หน่วยงานนั้นจะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลเฉพาะในกรณีที่เป็นกรกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (*acta jure imperii*) และจะไม่ได้รับความคุ้มกันในกรณีที่เป็นกรกระทำทางพาณิชย์ (*acta jure gestionis*)"¹⁰ และในคดี *National Iranian Oil Company Pipeline Contracts* ปี ค.ศ. 1980 ศาล the Superior Provincial Court of Frankfurt วินิจฉัยว่า "ไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองที่มีผลต่อการใช้เขตอำนาจของศาลท้องถิ่นสำหรับการกระทำต่อรัฐต่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับกิจกรรมทางพาณิชย์ ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่าการดำเนินการทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศโดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคล (independent legal personality) จะไม่ได้รับความคุ้มกัน ซึ่งในคดีนี้จำเลยเป็นหน่วยงานภายใต้กฎหมายอิหร่านมีสถานะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่ศาลเห็นว่า

⁹ August Reinisch. *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. The European Journal of International Law*.2006. p. 809.

¹⁰ Ibid.

หน่วยงานดังกล่าวเป็นเพียงนิติบุคคลที่มีอิสระในการดำเนินการตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น ดังนั้น จำเลยจึงไม่ได้รับความคุ้มครอง¹¹

เมื่อพิจารณาในส่วนของประเทศไทย มีทั้งรัฐวิสาหกิจไทยที่เข้าไปดำเนินกิจกรรมยังต่างประเทศ และรัฐวิสาหกิจของประเทศไทยที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมในประเทศไทย โดยตัวอย่างของรัฐวิสาหกิจไทยที่เข้าไปดำเนินกิจกรรมยังต่างประเทศได้แก่ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) โดยบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จัดทะเบียนจัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2544 โดยการแปรรูปมาจากการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย โดยรับโอนกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด สินทรัพย์ และพนักงานทั้งหมด ภายใต้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ซึ่งมีทุนจดทะเบียนเริ่มแรก 20,000 ล้านบาท โดยได้ทำการซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยวันแรกในวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2544 และมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ถึงร้อยละ 51.11¹² นอกจากนี้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ยังได้มีการดำเนินธุรกิจพลังงานในต่างประเทศเพื่อแสวงหาแหล่งพลังงานใหม่ๆ และแหล่งพลังงานทดแทน เพื่อสร้างความมั่นคงในการจัดหาพลังงานให้กับประเทศ โดยบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ลงทุนผ่านบริษัท ปตท. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด (PTTI) และบริษัท พีทีที กรีน เอนเนอร์ยี จำกัด (PTTGE) โดยถือหุ้นร้อยละ 100 ในทั้งสองบริษัทได้มีการเข้าไปดำเนินกิจกรรมในต่างประเทศดังนี้¹³

บริษัท ปตท. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด (PTTI)	บริษัท พีทีที กรีน เอนเนอร์ยี จำกัด (PTTGE)
1.เข้าไปลงทุนในธุรกิจท่อก๊าซธรรมชาติในประเทศอียิปต์ ร่วมกับ East Mediterranean Gas S.A.E (EMG) โดย PTTI ถือหุ้นร้อยละ 25	เข้าไปดำเนินธุรกิจปลูกปาล์มน้ำมันในประเทศอินโดนีเซีย (Palm Oil Plantation)
2.เข้าไปลงทุนในประเทศมาดากัสการ์ โดยได้รับ	

¹¹ August Reinisch. European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. *The European Journal of International Law*. 2006. p. 809.

¹² วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี. ปตท. [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2556. แหล่งที่มา <http://th.wikipedia.org/wiki/ปตท.>

¹³ <http://www.pttplc.com/th/About/Business/PTT-Affiliate-Business/Foreign-Investment/pages/business.aspx>

บริษัท ปตท. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด (PTTI)	บริษัท พีทีที กรีน เอนเนอร์ยี จำกัด (PTTGE)
<p>สิทธิในการสำรวจหาถ่านหิน โดย PTTI ถือหุ้นร้อยละ 80</p> <p>3.เข้าไปลงทุนในธุรกิจโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำในประเทศลาว ร่วมกับบริษัท Xayaburi Power Company Limited (XPLC) โดย PTTI ถือหุ้นร้อยละ 25 และร่วมกับบริษัท Nam Lik-1 Power Company Limited (NL1PC) โดย PTTI ถือหุ้นร้อยละ 40</p> <p>4.เข้าไปทำธุรกิจถ่านหินในประเทศอินโดนีเซีย ร่วมกับ Sebuku / Jembayan coal mining (SAR) โดย PTTI ถือหุ้นร้อยละ 40</p>	

และในส่วนของตัวอย่างรัฐวิสาหกิจต่างชาติที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมในประเทศไทย ได้แก่ ธนาคารแห่งประเทศไทย จำกัด (Bank of China) ซึ่งเป็นธนาคารพาณิชย์ที่รัฐบาลจีนเป็นเจ้าของ¹⁴ โดยธนาคารดังกล่าวได้เข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) ได้จัดตั้งสำนักงานสาขาที่กรุงเทพมหานคร และได้จดทะเบียนพาณิชย์โดยใช้ชื่อว่าธนาคารแห่งประเทศไทย จำกัด สาขากรุงเทพฯ (Bank of China Limited, Bangkok Branch) เพื่อให้บริการทางการเงิน¹⁵ และธนาคารไอซีบีซี (ไทย) จำกัด (มหาชน) (Industrial and Commercial Bank of China (Thai) Public Company Limited ซึ่งเป็นเจ้าของโดยธนาคารเพื่อการค้าและอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (Industrial and Commercial Bank of China) ซึ่งเป็นธนาคารพาณิชย์ที่รัฐบาลจีนเป็นเจ้าของ

¹⁴วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, ธนาคารแห่งประเทศไทย [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2556. แหล่งที่มา <http://th.wikipedia.org/wiki/ธนาคารแห่งประเทศไทย>

¹⁵ Bank of China [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2556. แหล่งที่มา <http://www.bankofchina.com/th/thv.html>

โดยให้บริการทางการเงินและการพาณิชย์ระหว่างประเทศ¹⁶ จากตัวอย่างเหล่านี้จะเห็นได้ว่า รัฐวิสาหกิจต่างชาติได้เข้ามาดำเนินกิจกรรมในประเทศไทยนั้น ส่วนใหญ่จะเข้ามาดำเนินกิจกรรมในลักษณะที่เป็นกิจการทางพาณิชย์ เช่น เข้ามาร่วมลงทุน หรือตั้งธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ารัฐวิสาหกิจไม่ควรที่จะได้รับความคุ้มครองของรัฐ เพราะในปัจจุบันมีรัฐวิสาหกิจจำนวนมากที่ดำเนินกิจการทั่วโลก โดยรัฐวิสาหกิจของรัฐหนึ่งได้เข้าไปดำเนินกิจการทางพาณิชย์ในดินแดนของรัฐอื่น ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีข้อพิพาทขึ้นระหว่างรัฐวิสาหกิจและคนชาติของรัฐอื่น ถ้ารัฐวิสาหกิจนั้นสามารถอ้างความคุ้มครองของรัฐต่อศาลได้ก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหน้าที่เป็นเอกชน และก่อให้เกิดความยุ่งยากในการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจเหล่านั้น

4.2.2.2 กิจกรรมของรัฐต่างประเทศ

ในส่วนของกิจกรรมของรัฐต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลไทยนั้น จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มครองของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้ยึดหลักการให้ความคุ้มครองแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มครองแบบจำกัด โดยถือว่าหากรัฐต่างประเทศได้กระทำการกิจกรรมในทางพาณิชย์แล้ว รัฐต่างประเทศนั้นย่อมไม่สามารถอ้างความคุ้มครองของรัฐได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าหลักการให้ความคุ้มครองแก่รัฐต่างประเทศตามทฤษฎีความคุ้มครองแบบจำกัดนี้ ได้แบ่งแยกการกระทำของรัฐออกเป็นการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และการกระทำรัฐที่มีลักษณะเป็นการพาณิชย์ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์การกระทำของรัฐ 2 หลักเกณฑ์ คือ

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

¹⁶ ธนาคารไอซีบีซี (ไทย) จำกัด (มหาชน) [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2556 แหล่งที่มา <http://www.icbcthai.com/th/>

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

2.หลักเกณฑ์หรือวิธีพิสูจน์วัตถุประสงค์ของการกระทำ (purpose test) เป็นการพิสูจน์ความมุ่งหมายของการกระทำว่าการกระทำนั้นมีความมุ่งหมายของรัฐบาลหรือความมุ่งหมายของเอกชน

ซึ่งผู้เขียนจะแสดงให้เห็นว่าเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้น ระหว่างการพิจารณาจากลักษณะกับวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นว่าแต่ละเกณฑ์นั้นมีข้อดีและข้อเสียอย่างไร โดยได้แสดงเป็นตารางเปรียบเทียบ ดังนี้

เกณฑ์ในการพิจารณา	ข้อดี	ข้อเสีย
ลักษณะของการกระทำ	เป็นสิ่งที่ศาลสามารถเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาหรือธุรกรรมประเภทใด เช่น สัญญาซื้อขายสินค้า สัญญาจ้างบริการ เป็นต้น	การพิจารณาจากลักษณะของสัญญาหรือธุรกรรมเพียงอย่างเดียว นั้นทำให้ศาลไม่สามารถทราบเจตนาที่แท้จริงของรัฐต่างประเทศนั้นว่า ได้กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เช่นนั้นจริงหรือไม่
วัตถุประสงค์ของการกระทำ	ทำให้ศาลทราบถึงเจตนาที่แท้จริงของรัฐต่างประเทศในการเข้าทำสัญญาหรือธุรกรรมนั้น	การพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการกระทำเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ยาก และไม่มีความชัดเจนแน่นอน เพราะรัฐต่างประเทศต้องพยายามที่จะแสดงให้ศาลเห็นว่าการกระทำ

เกณฑ์ในการพิจารณา	ข้อดี	ข้อเสีย
		ของตนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางสาธารณะ

จากตารางเปรียบเทียบผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยควรพิจารณาจากลักษณะของการกระทำและวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นประกอบกัน เพื่อให้ศาลได้รับข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนชัดเจนว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำลักษณะใด ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ ก็จะส่งผลให้ไม่ได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาล

นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนี้ยังได้มีการนิยามความหมายของคำว่า “ธุรกรรมทางพาณิชย์” (Commercial transactions) เอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งถ้าการกระทำของรัฐต่างประเทศเข้าข่ายเป็น

- 1) สัญญาหรือธุรกรรมทางพาณิชย์ใดๆ เพื่อการซื้อขายสินค้าหรือการให้บริการ
- 2) สัญญาเพื่อการกู้ยืมเงินหรือธุรกรรมที่มีลักษณะทางการเงินใดๆ รวมถึงหนี้จากการค้าประกันหรือจากการรับประกันอันเนื่องเกี่ยวกับการกู้ยืมหรือธุรกรรมเช่นนั้น
- 3) สัญญาหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีคุณลักษณะทางพาณิชย์ อุตสาหกรรม การค้าหรือด้านวิชาชีพ

โดยทั่วไปแล้วในกรณีของการจัดซื้อ สัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ธรรมดาทั่วไป การแบ่งแยกระหว่างการกระทำในลักษณะเอกชน (private act) และการกระทำในลักษณะสาธารณะ (public act) เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล สิ่งแรกที่คุณพิพากษาจะต้องพิจารณาก็คือ การพิจารณาว่ามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องความคุ้มครองของรัฐไว้ว่าอย่างไร และการกระทำของรัฐต่างประเทศที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อพิพาทนั้นเป็นการกระทำในลักษณะเอกชน (private act) หรือ

การกระทำในลักษณะสาธารณะ (public act) ดังนั้น ศาล ตามแนวคิดและหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในและกฎหมายของรัฐต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ถ้าปรากฏว่ากฎหมายภายในของทั้งสองรัฐมีความแตกต่างกัน ศาลก็จะต้องวินิจฉัยการกระทำของรัฐต่างประเทศว่าได้กระทำไปในฐานะเอกชนหรือฐานะรัฐ โดยการทดสอบนั้นวิธีการ

ก็จะส่งผลทำให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐในกิจกรรมต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นได้ และเมื่อพิจารณาในส่วนของกรณีการพิจารณาคดีของศาลไทยนั้น ศาลจะต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายเป็นหลัก ดังนั้น การที่มีการบัญญัติความหมายของธุรกรรมทางพาณิชย์เอาไว้อย่างชัดเจน จึงนับเป็นประโยชน์ต่อศาลไทยในการตีความว่ากิจกรรมของรัฐต่างประเทศนั้นถือเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ ประกอบกับอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาว่าสัญญาหรือธุรกรรมที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมนั้น จะถือเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

1. ให้พิจารณาจากลักษณะของสัญญาหรือธุรกรรมนั้นเป็นหลัก
2. หากคู่สัญญาดกกลงกันให้พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรม ก็ให้ศาลคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรมนั้นด้วย
3. หากในทางปฏิบัติของรัฐที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ วัตถุประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรมนั้นเป็นตัวกำหนดลักษณะที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์ของสัญญาหรือธุรกรรมนั้น

ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลไทยควรพิจารณาทั้งลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรมนั้นประกอบกันเพื่อให้เกิดความชัดเจน ซึ่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ได้วางหลักเกณฑ์จำแนกธุรกรรมตามข้อบทที่ 2 วรรคสอง ของอนุสัญญากำหนดไว้ว่า ในการพิจารณาจากลักษณะของธุรกรรมเพียงอย่างเดียว

จะเห็นได้ว่าข้อบทที่ 2 วรรคสองนั้นเกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้ง 2 รัฐ กล่าวคือ กฎหมายภายในของรัฐที่พิจารณาคดีตามหลัก (*lex fori*) และกฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็น จำเลย ถ้าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่บุคคลธรรมดาทั่วไปสามารถกระทำได้ เช่น การทำสัญญา การจัดการ ทรัพย์สิน การดำเนินการเช่นว่านี้รัฐต่างประเทศย่อมรับผิดชอบเช่นเดียวกันกับเอกชน แต่ถ้าการกระทำนั้น เป็นสิ่งที่เฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่สามารถกระทำได้ เช่น การออกกฎหมาย การพิจารณาคดี การป้องกันประเทศ เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ถือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และ รัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกัน

นอกจากนั้น ยังมีกิจกรรมอื่นๆ นอกเหนือจากกิจกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งหากรัฐต่างประเทศได้ กระทำแล้วจะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้น ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทย ได้แก่

1) สัญญาจ้างแรงงานระหว่างรัฐต่างประเทศกับปัจเจกบุคคล

ในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้ทำสัญญาจ้างแรงงานกับปัจเจกชน ซึ่งปัจเจกชนผู้เป็นลูกจ้างนั้น เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศไทยในขณะที่ทำสัญญา โดยข้อยกเว้นดังกล่าวจะไม่ นำมาปรับใช้ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ลูกจ้างนั้นได้รับการจ้างเพื่อปฏิบัติหน้าที่เฉพาะเจาะจงในการใช้อำนาจของรัฐบาล
- (2) ลูกจ้างดังกล่าวเป็น

1. ตัวแทนทูตตามที่ได้รับการให้คำจำกัดความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

2. ตัวแทนทางกงสุลตามที่ได้รับการให้คำจำกัดความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

3. สมาชิกคณะผู้แทนทางการทูตของคณะทูตถาวรประจำองค์การระหว่างประเทศ หรือตัวแทนของคณะทูตพิเศษหรือได้รับการจ้างให้เป็นตัวแทนรัฐในการประชุมระหว่างประเทศ

4. บุคคลอื่นใดที่อุปโภคความคุ้มกันทางการทูต

(3) สาระของกระบวนการพิจารณาคดีคือการจ้างงาน การต่อสัญญาจ้างหรือการรับบุคคลกับเข้าทำงาน

(4) สาระของกระบวนการพิจารณาคือการไล่ออกหรือการเลิกสัญญาจ้างแรงงานบุคคล และตามที่ประมุขแห่งรัฐ หัวหน้ารัฐบาลหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของรัฐนายจ้างชี้แจงว่ากระบวนการพิจารณาเช่นนั้นจะกระทบต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐนั้น

(5) ลูกจ้างดังกล่าวเป็นคนชาติของรัฐต่างประเทศนั้นที่เป็นนายจ้างในขณะที่เริ่มกระบวนการพิจารณา เว้นแต่ลูกจ้างนั้นมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่

(6) รัฐต่างประเทศที่เป็นนายจ้างนั้นได้ตกลงกับลูกจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้บังคับของข้อพิจารณาของนโยบายสาธารณะ ให้ศาลของรัฐซึ่งศาลที่พิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะเนื่องจากเหตุผลของสาระของกระบวนการพิจารณา"

จากการศึกษาพบว่าศาลไทยเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการจ้างแรงงานในสถานทูต ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 296/2551 โดยในคดีนี้โจทก์เป็นลูกจ้างของสถานทูตสาธารณรัฐไนจีเรียประจำประเทศไทย โจทก์ถูกเลิกจ้างโดยไม่มีการบอกกล่าวล่วงหน้า ดังนั้นโจทก์จึงได้ฟ้องร้องต่อศาลแรงงานกลางให้บังคับจำเลยซึ่งมีตำแหน่งเป็นเอกอัครราชทูตสาธารณรัฐไนจีเรียประจำประเทศไทยจ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าจำนวน 35,712.70 บาท และเงินโบนัส 18,159 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ค่าจ้างค้างจ่าย 16,343.10 บาท ค่าจ้างสำหรับวันหยุดพักผ่อนประจำปี 16,948.40 บาท ค่าชดเชย 18,159 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 15 ต่อปี นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ ศาลแรงงานกลางเห็นว่าเมื่อจำเลยอ้างเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 มาตรา 3 จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจากศาล ต่อมาโจทก์อุทธรณ์คำสั่งต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานวินิจฉัยว่าจำเลยมีตำแหน่งเป็นเอกอัครราชทูตสาธารณรัฐไนจีเรียประจำประเทศไทย เป็นหัวหน้าคณะผู้แทนอันเป็นตัวแทนทางทูตตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 ข้อ 1 และการทำงานของโจทก์ในสถานเอกอัครราชทูตไนจีเรียประจำประเทศไทย เป็นการงานในภารกิจของสถานเอกอัครราชทูตไนจีเรียประจำประเทศไทยมิได้เป็นลูกจ้างในกิจการทางวิชาชีพหรือบริการพาณิชย์อันเป็นการประกอบอาชีพส่วนตัวของจำเลย จึงไม่เข้าข้อยกเว้นการได้รับความคุ้มกันทางทูตตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 ข้อ 31 เมื่อไม่ปรากฏว่าได้มีการลดความคุ้มกันตามข้อ 32 และไม่ปรากฏว่าจำเลยถูกเพิกถอนหรือจำกัดความคุ้มกันทางการทูตดังกล่าว จึงเลยจึงได้รับความคุ้มกันจากอำนาจศาลแรงงานกลางตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 มาตรา 3 การที่ศาลแรงงานกลางมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจาก

สารบบความจึงชอบแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้นในเรื่องนี้จะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองลูกจ้างที่ปฏิบัติงานในประเทศไทย ซึ่งกระบวนการพิจารณาของศาลในเรื่องนี้ให้ใช้กฎหมายไทยมาปรับใช้ในกระบวนการพิจารณา

2) ความบาดเจ็บส่วนบุคคลและความเสียหายต่อทรัพย์สิน

ในเรื่องนี้เป็นกรณีของการเรียกร้องให้รัฐต่างประเทศชดเชยความเสียหายในลักษณะที่เป็น การชดเชยทางการเงิน (pecuniary compensation) แก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของรัฐต่างประเทศเป็นเหตุให้บุคคลอื่นเสียหายต่อชีวิต บาดเจ็บ หรือก่อให้เกิดความเสียหายหรือสูญเสียต่อทรัพย์สินที่จับต้องได้ ไม่ว่าจะการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำนั้น จะเกิดขึ้นด้วยความจงใจ (intentional) อุบัติเหตุ (accidental) หรือความประมาท (negligence) ของรัฐต่างประเทศก็ตาม เช่น อุบัติเหตุทางรถยนต์ การทำร้ายร่างกายโดยเจตนา การมุ่งประสังศรีร้ายต่อทรัพย์สิน เป็นต้น โดยความเสียหายเช่นนั้นเกิดขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของประเทศไทย ดังนั้น ศาลไทยจึงมีอำนาจในการพิจารณาคดี และศาลสามารถนำกฎหมายไทยมาปรับใช้ได้ตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิด (*lex loci delicti commissi*) แต่อย่างไรก็ตาม ความเสียหายนี้ไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายต่อชื่อเสียง ความเสียหายจากการหมิ่นประมาท เป็นต้น จึงสรุปได้ว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศที่จะทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองจากอำนาจศาลไทยในเรื่องนี้ คือ

1. ความเสียหายหรือสูญเสียนั้นเกิดจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของรัฐต่างประเทศ ที่ได้กระทำการทั้งหมดหรือบางส่วนในเขตอำนาจศาลไทย

2. ผู้กระทำหรือการงดเว้นการกระทำที่เป็นต้นเหตุของความเสียหายหรือสูญเสียนั้น ปรากฏตัวอยู่ในดินแดนของประเทศไทยในขณะที่ได้กระทำหรือการงดเว้นการกระทำนั้น

ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้นในเรื่องนี้จะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองบุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของรัฐต่างประเทศได้รับการชดเชยความเสียหายในลักษณะที่เป็น การชดเชยทางการเงิน (pecuniary compensation) แต่อย่างไรก็ตามการเรียกร้อง

ความเสียหายหรือเสียหายต่อทรัพย์สินนั้น จะเรียกร้องได้เฉพาะต่อทรัพย์สินที่จับต้องได้เท่านั้น ไม่รวมถึง ความเสียหายทางจิตใจ

3) กรรมสิทธิ์ การครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน

เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิหรือประโยชน์ หรือข้อผูกพันใดๆ ของรัฐต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับการครอบครอง หรือการใช้สังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศไทย หรือสิทธิหรือประโยชน์ใดๆ ของรัฐต่างประเทศอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่เกิดจากการสืบสิทธิ การให้ หรือทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ หรือสิทธิหรือประโยชน์ใดๆ ของรัฐต่างประเทศในการบริหารจัดการทรัพย์สิน อันได้แก่ ทรัพย์สินที่มีการมอบหมายให้จัดการดูแลแทนเจ้าของ เช่น กองมรดกของผู้ตาย ทรัพย์สินของบุคคลวิกลจริต หรือกองทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย หรือทรัพย์สินของบริษัทในกรณีที่มีการเลิกกิจการ

ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้นในเรื่องนี้จะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิ หรือผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิในสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย โดยศาลไทยสามารถนำกฎหมายไทยมาปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีได้ตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (*lex situs*) และหลักกฎหมายของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (*forum rei sitae*)

4) ทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินอุตสาหกรรม

เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทย ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการกำหนดสิทธิของรัฐต่างประเทศในเรื่องสิทธิบัตร งานออกแบบอุตสาหกรรม ชื่อทางการค้าหรือชื่อทางธุรกิจ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ หรือรูปแบบอื่นๆ ของทรัพย์สินทางปัญญา หรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย หรือในกรณีที่มีการอ้างว่ารัฐต่างประเทศนั้นเป็นผู้ละเมิดสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยเป็นภาคีในอนุสัญญาก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ตั้งแต่วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2532 อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพียง 2 ฉบับ แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีแขนงสาขาที่กว้างขวางก็ตาม โดยประเทศไทยเข้าร่วมในประชาคมระหว่างประเทศในทางทรัพย์สินทางปัญญาครั้งแรกใน พ.ศ. 2474 เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1931 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) (อนุสัญญาเบิร์น) เพื่ออนุวัติการตามพันธกรณี จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ขึ้น นอกเหนือจากอนุสัญญาเบิร์นซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศแล้ว ประเทศไทยไม่เคยเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นอีก แม้ว่าประเทศไทยจะมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับก็ตาม อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ต้องผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากความผูกพันตามอนุสัญญาเบิร์น แต่ประเทศไทยเองก็ยอมรับหลักสากลและบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับ เช่น อนุสัญญากรุงปารีสเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรมที่มีอิทธิพลอย่างมากในการจัดทำกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของไทย ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าปัจจุบันยอมรับการจำแนกสินค้าและบริการตามบทบัญญัติของความตกลงนี้เรื่องการจำแนกระหว่างประเทศซึ่งสินค้าและบริการระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และนอกจากอนุสัญญาเบิร์นแล้วยังมีความตกลง TRIPs ซึ่งประเทศไทยและประเทศส่วนใหญ่ในประชาคมโลกยอมรับและต้องบังคับตามพันธกรณี โดยการปรับปรุงและตรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของตน เนื่องจากการอนุวัติการความตกลง TRIPs มีผลให้ต้องยอมรับความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาบางฉบับซึ่งอ้างถึงในความตกลง TRIPs ดังนั้นประเทศไทยจึงเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศเฉพาะเรื่องเหล่านั้นอีก แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยมีความสนใจในการเข้าร่วมสนธิสัญญาความร่วมมือทางด้านสิทธิบัตร และความตกลงมาดริดเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศ

ในส่วนของความตกลง TRIPs นั้น ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากประชาคมโลก มีการจำแนกทรัพย์สินทางปัญญาออกเป็นประเภทต่างๆ ดังนี้

1. ลิขสิทธิ์ และสิทธิเกี่ยวเนื่อง
2. เครื่องหมายการค้า
3. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์
4. การออกแบบอุตสาหกรรม
5. สิทธิบัตร
6. การออกแบบผังภูมิ (ภูมิสถาป) ของวงจรรวม
7. การคุ้มครองข้อสารสนเทศที่ไม่เปิดเผย

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าประเทศไทยเป็นภาคีเพียงอนุสัญญาเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1931 โดยประเทศไทยได้ภาคยานุวัติอนุสัญญาเบิร์นฉบับแก้ไขปรับปรุงที่กรุงปารีส ปี ค.ศ. 1971 แต่ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม เช่นเดียวกับที่ยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาฉบับไดอ็อกเลย์ ถึงกระนั้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันของไทยก็ได้รับรองมาตรฐานระหว่างประเทศอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อคุณภาพในประโยชน์แห่งชาติและความร่วมมือระหว่างประเทศ ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) และเป็นประเทศกำลังพัฒนา การตรากฎหมายใหม่ตลอดจนการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่จะต้องให้สอดคล้องกับความตกลง TRIPs¹⁷ โดยปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาจำนวน 7 ฉบับ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534
2. พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2535
3. พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
4. พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542
5. พระราชบัญญัติคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวม พ.ศ. 2543
6. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545
7. พระราชบัญญัติชื่อทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2547

¹⁷ การเข้าเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา [ออนไลน์]. 10 พฤษภาคม 2556. แหล่งที่มา <http://www.microsoft.com/thailand/piracy/ipknowledge.aspx#header5>

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในเรื่องนี้จะช่วยเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทยมากขึ้น

5) การเข้าร่วมในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัว

เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทย โดยรัฐต่างประเทศนั้นได้เข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวไม่ว่าจะมีการจดทะเบียนก่อตั้งตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม หากมีข้อพิพาทหรือสิทธิเรียกร้องระหว่างรัฐต่างประเทศกับบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวนั้น หากปรากฏว่าองค์กรนั้นมีผู้เข้าร่วมรายอื่นนอกเหนือจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศรวมอยู่ด้วย และบริษัทหรือองค์กรนั้นได้จดทะเบียนและก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายไทย หรือมีที่ตั้งหรือมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศไทย เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรไว้เป็นอย่างอื่น หรือตราสารก่อตั้งตั้งหรือควบคุมองค์กรนั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ตัวอย่างกรณีที่รัฐต่างประเทศได้เข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวในประเทศไทย ได้แก่บริษัทเทมาเส็กโฮลดิ้งส์ (Temasek Holdings) ซึ่งเป็นกองทุนเพื่อการลงทุนของรัฐบาลสิงคโปร์ โดยมีกระทรวงการคลังของสิงคโปร์เป็นผู้ถือหุ้นรายเดียว บริษัทได้ทำการลงทุนในกิจการจำนวนมากของประเทศสิงคโปร์ นอกจากนี้บริษัทเทมาเส็กโฮลดิ้งส์ยังได้เข้ามาถือหุ้นในบริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน)¹⁸ และได้เข้ามาซื้อหุ้นของบริษัท ซินคอร์ป เมื่อปี 2549 โดยใช้ซื้อบริษัท Aspen Holdings และ Cedar Holdings ในการซื้อหุ้นดังกล่าว¹⁹ โดยผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่รัฐต่างประเทศได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทย โดยการเข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในบริษัทหรือองค์กรที่มีการรวมตัวในประเทศไทยนั้น ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายไทย เพราะถือว่ารัฐ

¹⁸ วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, เทมาเส็ก [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2556. แหล่งที่มา <http://th.wikipedia.org/wiki/เทมาเส็กโฮลดิ้งส์>

¹⁹ นิธิกุลลาภกับ บินนิฮัสซัน, Temasek Holdings: องค์กรการลงทุนของประเทศสิงคโปร์ [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2556. แหล่งที่มา <http://nikrakib.blogspot.com/2007/12/temasek-holdings.html>

ต่างประเทศนั้นได้เข้ามากระทำการในฐานะเช่นเดียวกันกับเอกชน ซึ่งหากรัฐต่างประเทศสามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ก็จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นรายอื่น

6) เรือซึ่งเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐต่างประเทศ

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วเรือรบของรัฐ (warships) เรือช่วยรบ (naval auxiliaries) และเรืออื่นๆ ของรัฐที่ใช้เพื่อราชการอันมิใช่การพาณิชย์ เช่น เรือตรวจการของตำรวจ (police patrol boats) เรือตรวจการของศุลกากร (customs inspection boats) เรือพยาบาล (hospital ships) เรือสำรวจมหาสมุทร (oceanographic survey ships) และเรือขุดเลน (dredgers) เป็นต้น จะได้รับความคุ้มกันแบบเด็ดขาดจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐเจ้าของธง แต่หากเรือดังกล่าวได้นำไปใช้ในกิจการพาณิชย์ ไม่ว่าจะเรือจะอยู่ในทะเลหลวงหรือไม่ก็ตาม เรือเช่นว่านั้นย่อมไม่อาจอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในกรณีที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อเรือเช่นว่านั้นเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรือดังกล่าว เช่น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเรือดังกล่าวในกรณีเรือชนกัน (collision) การกู้เรือ (salvage) หรือการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายเกี่ยวกับการซ่อมแซมเรือ เป็นต้น นอกจากนี้เรือของรัฐต่างประเทศที่ใช้ในกิจการทางพาณิชย์นั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากอำนาจศาลในการฟ้องร้องเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าโดยเรือเช่นว่านั้น หากการขนส่งสินค้าเช่นว่านั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์

สำหรับในส่วนของประเทศไทยนั้น พบว่าคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 เห็นชอบในหลักการให้ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 รวมทั้งยังเห็นชอบให้ใช้วิธีการออกกฎหมายที่วางกรอบกว้างๆ ให้ครอบคลุมเรื่องต่างๆ ที่จำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับโดยอาศัยร่างกฎหมายที่กระทรวงการต่างประเทศได้จัดทำขึ้น ทั้งนี้ ยังให้กระทรวงการต่างประเทศหารือในเรื่องการออกกฎหมายภายในกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อไป ดังนั้น ในแง่นโยบายจึงถือได้ว่ารัฐบาลมีนโยบายที่ชัดเจนที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 โดยเห็นประโยชน์ของการเป็นภาคีที่ประเทศไทยจะได้รับ แม้กระนั้นก็ตาม คงยังเหลือเพียงประเด็นเรื่องการออกกฎหมายรองรับว่าจะดำเนินการในแนวทางใดและมีรายละเอียดอย่างไร ซึ่งการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา

สหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 นั้นเข้าข่ายมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา²⁰ โดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ส่วนนี้ หลักเกณฑ์ที่ใช้กับเรือรบและเรืออื่นของรัฐบาลที่มีได้ใช้เพื่อการพาณิชย์

ข้อ 29 คำนิยามของเรือรบ เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ "เรือรบ" หมายถึง เรือซึ่งเป็นของกำลังทหารของรัฐซึ่งมีเครื่องหมายภายนอกแสดงสัญชาติของเรือดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง และอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายทหารซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาลของรัฐ และมีชื่อปรากฏอยู่ในบัญชีประจำการที่ถูกต้องหรือบัญชีอื่นในทำนองเดียวกัน และมีลูกเรือประจำการซึ่งอยู่ภายใต้วินัยของกำลังทหาร

ข้อ 31 ความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของธงต่อความเสียหายที่เกิดจากเรือรบหรือเรืออื่นของรัฐบาลที่มีได้ใช้เพื่อการพาณิชย์ รัฐเจ้าของธงจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับความสูญเสียหรือความเสียหายต่อรัฐชายฝั่งซึ่งเป็นผลมาจากการที่เรือรบหรือเรืออื่นของรัฐบาลที่มีได้ใช้เพื่อการพาณิชย์ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐชายฝั่งเกี่ยวกับการผ่านทะเลอาณาเขตหรือบทบัญญัติแห่งอนุสัญญานี้ หรือหลักเกณฑ์อื่นๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อ 32 ความคุ้มกันของเรือรบและเรืออื่นของรัฐบาลที่มีได้ใช้เพื่อการพาณิชย์

นอกจากที่ได้มีข้อยกเว้นไว้ในส่วน เอ และในข้อ 30 และ 31 ไม่มีบทบัญญัติใดในอนุสัญญานี้ที่กระทบกระเทือนความคุ้มกันของเรือรบและเรืออื่นของรัฐบาลที่มีได้ใช้เพื่อการพาณิชย์

และเมื่อดูจากแนวคำพิพากษาของประเทศต่างๆ แล้วพบว่าในกรณีที่เรือซึ่งเป็นเจ้าของหรือใช้ปฏิบัติการโดยรัฐต่างประเทศได้ถูกใช้ในกิจกรรมทางพาณิชย์นั้น จะส่งผลให้รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลได้ เช่น ในคดี *The Russian Federation v. Pied-Rich BV* ปี ค.ศ. 1993 ศาล Netherlands Supreme Court ตัดสินว่า "การยึดเรือชั่วคราว (provisional seizure) และเรือลำดังกล่าวเป็นเรือซึ่งรัฐเป็นเจ้าของซึ่งถูกใช้โดยบริษัทขนส่งสินค้าพาณิชย์ (commercial shipping company) โดยใจทกคือ The Russian Federation ได้เข้าร่วมในสัญญาซื้อ

²⁰ ชุมพร ปัจจุสานนท์, พรชัย ด้านวิวัฒน์ และธรรมนิศย์ สุมันตกุล, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการ การศึกษากระบวนการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2553), หน้า 1-6.

ขายสินค้า ดังนั้น ในคดีนี้โจทก์จึงไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้²¹ และบางครั้งศาลก็มีการพิจารณา ระหว่างการใช้เพื่อการพาณิชย์กับใช้เพื่อสาธารณะ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Societe Paul Liegard v. Capitain Serdjuk and Mange* ปี ค.ศ. 1964 ศาลฝรั่งเศสตัดสินว่า "เรือที่เป็นของรัฐต่างประเทศซึ่ง ถูกนำไปใช้ขนส่งสินค้าทางทะเลโดยเอกชน โดยเป็นการดำเนินการทางพาณิชย์ ดังนั้น เรือเช่นว่านั้น สามารถถูกอายัดได้ถ้าเรือลำดังกล่าวมีความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นจากการขนส่งสินค้าเช่นว่านั้น"²²

7) ผลของความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทย ในกรณีที่รัฐ ต่างประเทศได้เข้าทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติ เพื่อ ยอมรับอนุญาโตตุลาการในเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ ในกระบวนการพิจารณาของศาล ไทยเกี่ยวกับ การตีความความตกลง กระบวนการอนุญาโตตุลาการ การยืนยันหรือเพิกถอนคำตัดสินชี้ ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

จากการศึกษาพบว่า การขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด เป็นการที่คู่พิพาทขออาศัยอำนาจของ ศาล ดังนั้น ก่อนที่ศาลจะให้ความช่วยเหลือด้วยการบังคับให้ตามคำชี้ขาด ศาลจะต้องตรวจสอบ สอบ คำชี้ขาดที่มีการขอให้บังคับเสียก่อนว่ามีเหตุที่ทำให้คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและการดำเนิน กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้ดำเนินไปอย่างเป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน สัญญาและในกฎหมายหรือไม่ เพราะมิฉะนั้นศาลจะตกเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมความไม่ชอบด้วย กฎหมายและความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 กำหนดให้ศาลต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในประเทศอื่นด้วย เนื่องจาก ประเทศไทยเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ด้วยประเทศหนึ่ง ประเทศไทยจึงมีพันธกรณี ตามอนุสัญญาดังกล่าวที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

²¹ August Reinisch. *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*. *The European Journal of International Law*. 2006. p. 825.

²² *Ibid*, p. 826.

4.2.2.3 ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

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

4.2.2.4 รูปแบบของความคุ้มกันของรัฐ

ในกรณีที่รัฐต่างประเทศถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลไทยนั้น ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐแก่รัฐภาคีอื่น โดยศาลไทยจะต้องให้ความคุ้มกันแก่รัฐและทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็นความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล และความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี

1) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล

โดยหลักแล้วเมื่อรัฐต่างประเทศถูกฟ้องให้ตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลไทย รัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลไทย เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะได้สละความคุ้มกันอย่างชัดแจ้ง เช่น โดยความตกลงระหว่างประเทศ โดยการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร โดยการประกาศต่อศาลหรือโดยการสื่อสารเป็นลายลักษณ์อักษรในกระบวนการพิจารณาเฉพาะเจาะจงใดกระบวนการพิจารณาหนึ่ง หรือการที่รัฐต่างประเทศนั้นเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลไทย หรือการร้องขอ

เข้ามาในคดี เป็นต้น นอกจากนี้แล้วถ้าการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำที่เข้าช้อยกเว้น ก็จะทำให้ไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทย

2) ความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดี

จากการศึกษาพบว่าแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลและความคุ้มกันจากการบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งการบังคับตามคำพิพากษานี้เป็นขั้นตอนภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาพิพากษาแล้ว กล่าวคือ เมื่อโจทก์ชนะคดีตามข้อเรียกร้องของตนแล้ว ก็จะขอให้ศาลทำการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ เช่น การบังคับขายทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศซึ่งเป็นจำเลย

ในปัจจุบันประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหลายได้ให้การยอมรับและยึดถือหลักจำกัดความคุ้มกันจากการบังคับคดี ด้วยเหตุที่เอกชนของประเทศต่างๆ เหล่านี้ได้มีศักยภาพหรือมีความสามารถที่จะทำการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ดังนั้น ประเทศเหล่านี้จึงมุ่งคุ้มครองเอกชนของตนที่ไปประกอบการค้าหรือการลงทุนกับรัฐต่างประเทศ จากการศึกษพบว่าหลายประเทศได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีเอาไว้ในกฎหมายภายในของตน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เป็นต้น และแนวปฏิบัติทางศาลของประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปก็มีลักษณะเป็นการยอมรับหลักจำกัดความคุ้มกันจากการบังคับคดี เช่น ประเทศอิตาลี ในคดีคดี *Condor and Filvem v. Ministry of Justice* ปี ค.ศ. 1992 ศาล the Italian Constitutional Court วินิจฉัยว่า "ทรัพย์สินที่ถูกยึด ถูกอายัด หรืออยู่ในกระบวนการบังคับคดีนั้นจะต้องไม่เป็นทรัพย์สินที่มีผลกระทบต่อสาธารณะของรัฐต่างประเทศ"²³ และในคดี *Libya v. Rosseton SRL* ปี ค.ศ. 1989 ศาล the Italian Court of Cassation วินิจฉัยว่า "แนวคิดที่ว่าความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีจำกัดอยู่เพียงทรัพย์สินของรัฐ ที่ได้ใช้ภายในขอบเขตอธิปไตยของรัฐ (sovereign functions) หรือมอบไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) ซึ่งปัจจุบันก็เป็น

²³ August Reinisch. European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. *The European Journal of International Law*.2006. p. 808.

แนวคิดในฐานะหลักเกณฑ์ในสัมพันธภาพระหว่างประเทศ"²⁴ และประเทศเนเธอร์แลนด์ ในคดี *Cabotent v. NIOC* ปี ค.ศ. 1968 ศาล The Hague Court of Appeal ได้อธิบายหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีไว้ว่า "ทรัพย์สินที่ใช้ในการให้บริการสาธารณะ (public service assets) จะได้รับยกเว้นจากการบังคับคดีในดินแดนรัฐอื่น"²⁵

ซึ่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ก็ได้นำหลักจำกัดความคุ้มกันจากการบังคับคดีมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเช่นกัน โดยมีหลักว่าห้ามไม่ให้ศาลใช้มาตรการบังคับหลังคำพิพากษา เช่น การอายัด หรือยึด หรือบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศมาใช้ในกระบวนการพิจารณา เว้นแต่

1. รัฐต่างประเทศนั้นได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้ง เช่น โดยความตกลงระหว่างประเทศ โดยความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือในสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากเกิดข้อพิพาท หรือโดยการประกาศต่อศาลหรือการสื่อสารเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากเกิดข้อพิพาท

2. รัฐต่างประเทศนั้นได้จัดสรรหรือระบุทรัพย์สินไว้สำหรับข้อเรียกร้องนั้น

3. ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ และทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนรัฐ

จากบทบัญญัติของอนุสัญญานี้จะเห็นได้ว่ารัฐต่างประเทศย่อมได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติที่ว่า "รัฐอุปโภคความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของอนุสัญญานี้" กล่าวคือ รัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกันให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของรัฐอื่น ดังนั้น ในกรณีที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็น

²⁴ Ibid, p. 808.

²⁵ August Reinisch. *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*. *The European Journal of International Law*. 2006. p. 808.

ภาคีอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว ศาลไทยต้องถือหลักว่ารัฐต่างประเทศนั้นได้รับความคุ้มครองจากมาตรการบังคับคดี เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะได้ออกความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อมาตรการบังคับคดี ดังนั้น ในกระบวนการพิจารณาของศาลไทย คู่ความฝ่ายที่ฟ้องหรือร้องขอความคุ้มครองต่อศาลไทยนั้น ต้องสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าในกรณีนั้นๆ รัฐต่างประเทศไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มครอง หรือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นได้ใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ เป็นต้น เมื่อคู่ความสามารถพิสูจน์ได้ว่ารัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลไทย ดังนั้น ศาลไทยย่อมมีอำนาจพิจารณาคดีและบังคับคดีเหนือรัฐต่างประเทศและทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นได้

และในส่วนของมาตรการบังคับก่อนพิพากษาตามข้อบทที่ 18 ของอนุสัญญานั้น จากการศึกษาพบว่ามาตรการดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการออกมาตรการชั่วคราว (provisional measures) ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา โดยส่วนสำคัญของมาตรการชั่วคราวก็คือการอายัดทรัพย์สิน ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเพื่อเป็นหลักประกันว่าเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว โจทก์จะได้รับการชำระหนี้ ซึ่งการอายัดทรัพย์สินก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษานั้น โดยส่วนมากจะเป็นการอายัดบัญชีเงินฝาก และการยึดเรือพาณิชย์

4.2.2.5 การสละความคุ้มครอง

ในส่วนของการสละความคุ้มครองของรัฐต่างประเทศนั้นอาจทำได้โดยการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้ง แต่จะต้องเป็นการแสดงเจตนาของผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐต่างประเทศนั้น ซึ่งในเรื่องนี้ไม่มีแบบเฉพาะ ซึ่งในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มครองของรัฐและทรัพย์สินของรัฐ ค.ศ. 2004 ได้ไว้บัญญัติวิธีการสละความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลไว้ในข้อบทที่ 7 วรรคแรก ว่าการยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการใช้อำนาจศาลนั้น สามารถกระทำได้โดยการแสดงเจตนาไว้เป็นการทั่วไปในสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ในความตกลงระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ และการแสดงเจตนาต่อศาลที่พิจารณาโดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มครองโดยชัดแจ้งนี้จะเป็นการง่ายต่อศาลไทยในการพิสูจน์เจตนาของรัฐต่างประเทศนั้นว่าได้มีการสละความ

คุ้มกันหรือไม่ ซึ่งจะแตกต่างจากการสละความคุ้มกันโดยปริยายที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องยุ่งยาก เพราะศาลต้องอาศัยการตีความเจตนาที่แท้จริงของรัฐต่างประเทศนั้นว่ามีเจตนาที่จะสละความคุ้มกันของรัฐหรือไม่ แต่ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการทำความตกลงให้ตัดสินข้อพิพาทด้วยการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่รัฐต่างประเทศเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลเอง หรือเป็นฝ่ายฟ้องแย้งในคดีถือเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายแล้ว

ซึ่งปัญหาที่ศาลไทยควรคำนึงถึงอย่างมากในเรื่องนี้ก็คือ กรณีที่รัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วถือว่ารรัฐต่างประเทศนั้นได้สละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลแล้ว และเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 20 ของอนุสัญญาว่า "การยินยอมต่อการใช้เขตอำนาจศาลนั้น จะไม่มีนัยเป็นการยอมรับมาตรการบังคับคดีโดยปริยาย" ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลไทยจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐเฉพาะในส่วนของการพิจารณาคดี แต่ไม่รวมถึงการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดี เว้นแต่ในข้อตกลงดังกล่าวจะได้ระบุถึงการบังคับคดีด้วย ดังนั้น ก่อนที่ศาลไทยจะมีมาตรการอายัด หรือยึด หรือบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ ศาลจะต้องตีความเจตนาสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศที่ได้แสดงไว้เสียก่อน ว่าเป็นการสละความคุ้มกันอย่างมีข้อจำกัดหรือไม่เพียงใด ซึ่งขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนั้นๆ จากการศึกษาพบว่า การสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนั้น รัฐต่างประเทศสามารถทำได้ 2 ช่วงเวลา ดังนี้

1. รัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นก่อนเกิดข้อพิพาท
2. รัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการภายหลังจากเกิดข้อพิพาท

4.2.2.6 การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ

เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นจะกระทบต่ออธิปไตยและความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศซึ่งเป็นจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยตรง และสำหรับในส่วนของประเทศไทยยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ²⁶

จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับคดีไว้ในข้อบทที่ 19 ของอนุสัญญา โดยมีสาระสำคัญว่า ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีนั้นครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินทั้งปวงของรัฐและหน่วยงานของรัฐด้วย เว้นแต่

1. รัฐต่างประเทศนั้นได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้ง เช่น โดยความตกลงระหว่างประเทศ โดยความตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือในสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากเกิดข้อพิพาท หรือโดยการประกาศต่อศาลหรือการสื่อสารเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากเกิดข้อพิพาท
2. รัฐต่างประเทศนั้นได้จัดสรรหรือระบุนทรัพย์สินไว้สำหรับข้อเรียกร้องนั้น
3. ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ และทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนของประเทศไทย

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศได้มีการแสดงเจตนาสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยชัดแจ้งแล้ว ศาลไทยก็สามารถทำการยึดอายัด หรือบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั้นได้ทันที แต่ถ้าเป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้สละความคุ้มกันจากการบังคับคดีเอาไว้ จึงเกิดปัญหาต่อศาลไทยว่าจะสามารถบังคับคดีเอาทรัพย์สินใดของรัฐต่างประเทศได้บ้าง และเมื่อพิจารณาจากข้อบทที่ 19 (b) และ (c) ของอนุสัญญาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยยอมบังคับคดีได้เพียงเฉพาะทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

²⁶ จิตรา ลิ้มเจริญ, "ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 95.

1. เป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศได้จัดสรรไว้สำหรับข้อเรียกร้อง เช่น เงินที่จัดไว้ซื้อสินค้าเงินที่จัดไว้สำหรับชำระหนี้ เป็นต้น

2. เป็นทรัพย์สินที่รัฐต่างประเทศใช้หรือมีเจตนาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ เช่น หุ้นในบริษัทต่างๆ เงินฝากในบัญชีธนาคาร เป็นต้น

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

แต่อย่างไรก็ตามศาลไทยอาจจะมีปัญหาในการแบ่งแยกทรัพย์สินของรัฐ โดยเฉพาะเป็นกรณีที่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นถูกใช้ทั้งในความมุ่งหมายของรัฐบาลและในความมุ่งหมายทางพาณิชย์ จึงมีปัญหว่าทรัพย์สินดังกล่าวควรจะได้รับ ความคุ้มกันจากการบังคับคดีหรือไม่ อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐที่ใช้ในความมุ่งหมายที่ปะปนกัน และแนวปฏิบัติของประเทศต่างๆ ก็ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องนี้เช่นกัน โดยประเทศส่วนใหญ่จะปล่อยให้ เป็นดุลพินิจของศาล ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนว่ากรณีทรัพย์สินของรัฐถูกใช้ในความมุ่งหมายที่ปะปนกัน หากพิสูจน์หรือแสดงได้ว่าทรัพย์สินบางส่วนถูกใช้สำหรับความมุ่งหมายทางพาณิชย์ ทรัพย์สินในส่วนนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มกันจากการบังคับคดี เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนซึ่งเป็น

คู่กรณีกับรัฐต่างประเทศ ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลไทยก็ต้องคำนึงด้วยว่าการใช้มาตรการบังคับแก่ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น จะต้องกระทำในกรณีที่จำกัดเฉพาะในส่วนที่ใช้เพื่อความมุ่งหมายในทางพาณิชย์เท่านั้น

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาว่าทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจนั้นจะได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดีหรือไม่ โดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจมักจะมีภารกิจเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและการค้าหรือการดำเนินการในเชิงพาณิชย์ และมีรายได้จากค่าตอบแทนจากการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้ไม่ได้รวม "รัฐวิสาหกิจ" ให้อยู่ในความหมายของคำว่า "รัฐ" โดยได้แยกความหมายของรัฐวิสาหกิจไว้อย่างชัดเจนในข้อบทที่ 10 วรรค 3 ว่าหมายถึงองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐซึ่งมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ และมีความสามารถในการฟ้องหรือถูกฟ้องคดี และมีความสามารถในการครอบครองหรือจำหน่ายทรัพย์สินโดยกำหนดว่า ถ้ารัฐวิสาหกิจนั้นได้เข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์ ก็จะส่งผลทำให้รัฐวิสาหกิจนั้นได้ได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาล และทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดี แต่ถ้าเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจนั้นพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นศาลเห็นว่าตนได้กระทำไปในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และพิสูจน์ให้เห็นว่าในการดำเนินดังกล่าว ถ้าเป็นการดำเนินการโดยรัฐต่างประเทศแล้ว รัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าถ้ารัฐวิสาหกิจนั้นได้สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการที่มีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแล้ว รัฐวิสาหกิจนั้นก็จะได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจศาล และทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจนั้นก็จะได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดีเช่นกัน เมื่อพิจารณาในส่วนของประเทศไทย กรณีรัฐวิสาหกิจ เช่น บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) นั้นไม่รวมอยู่ในความหมายของหน่วยงานของรัฐ (agency of the State) ตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 2 วรรคแรก (b)(iii) เพราะแม้ว่าบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) นั้นจะมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นร้อยละ 51.03²⁷ แต่ได้ดำเนินธุรกิจการบินพาณิชย์ซึ่งไม่ได้เป็นการกระทำในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น ในกรณีนี้ทรัพย์สินของบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) จึงย่อมสามารถถูกบังคับคดีได้

²⁷วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, การบินไทย [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2556. แหล่งที่มา <https://th.wikipedia.org/wiki/การบินไทย>