

ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับ
ตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ*

Jurisdictional Immunities of States in the Enforcement of
Arbitral Rulings

อินทัช ศิริวัลลภ
Intouch Siriwallop

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M. Candidate

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: intouch.siriwallop@gmail.com

(Received: April 30, 2023; Revised: May 26, 2023; Accepted: June 1, 2023)

บทคัดย่อ

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเป็นการระงับข้อพิพาทแบบเอกชนก็ตาม แต่ศาลภายในก็มีบทบาทในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ในกรณีที่รัฐต่างประเทศเป็นคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการ รัฐต่างประเทศนั้นอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ ทั้งความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีและความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ ทั้งนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลมีผลผูกพันแต่เพียงในหลักการเท่านั้นและปราศจากความเฉพาะเจาะจง รัฐของศาลที่จะบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจึงอาจมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในรายละเอียดเพื่อให้ผลแก่กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ทำให้ศาลไทยปราศจากหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ศาลไทยในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ บทความนี้จึงมุ่งศึกษาวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศในเรื่องดังกล่าว เพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

คำสำคัญ : ความคุ้มกันของรัฐ, คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ, ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

Abstract

Although arbitration is a private system of dispute settlement, domestic courts play a role in enforcing arbitral rulings. Where a foreign state is a party to an arbitral proceeding, that state may invoke immunity, both from adjudication and from measures of constraint, to bar a competent court from enforcing the rulings against the state. In this respect, customary international law regarding jurisdictional immunities of states is merely binding in principle without particularity. A forum state may accordingly have its legal rules in detail, giving effect to such a principle of international law. Nevertheless, Thailand has currently no legislative law on state immunity, making Thai court lack certain legal rules in determining the issue of state immunity in the enforcement of an arbitral ruling before the Thai court. This paper thus analyses the relevant concepts and theories, as well as approaches of international and foreign laws to this subject. This paper aims to propose guidelines for the Thai judiciary in determining the matter of jurisdictional immunities of states in the enforcement of arbitral rulings.

Keywords : State immunity, Arbitral rulings, Arbitration agreement

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นที่นิยมระหว่างรัฐกับเอกชน เนื่องจากสามารถป้องกันผลทางกฎหมายที่ไม่พึงประสงค์อันเกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทในศาลได้ กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายเอกชนมักกังวลเกี่ยวกับความเป็นกลาง (impartiality) และ

ความเป็นอิสระ (independence) ของศาลภายในของรัฐคู่กรณี ในขณะที่รัฐคู่กรณีมักไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของเอกชนคู่กรณี (home state) หรือศาลภายในของรัฐที่สาม อนึ่ง ในกรณีที่คู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในที่ไม่ใช่ของรัฐคู่กรณี ความคุ้มกันของรัฐคู่กรณียังอาจทำให้ศาลภายในดังกล่าวต้องปฏิเสธเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทได้¹

กระนั้นก็ตาม เนื่องจากการอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน (private system of adjudication) ที่ปราศจากอำนาจบังคับ (coercive power) ในตัวเอง คำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ (arbitral rulings) ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาตตุลาการ (arbitration-ordered interim measure) ก็ดี หรือคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ (arbitral award) ก็ดี จึงต้องอาศัยการบังคับโดยศาลภายใน² รัฐคู่กรณีจึงอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันเพื่อปฏิเสธเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวได้

ศาลภายในของหลายประเทศมักถือว่าการที่รัฐยินยอมตกลงให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาตตุลาการ มีผลเป็นการยอมรับกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการนั้น จึงถือว่ารัฐนั้นได้สละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลเช่นว่านี้โดยการทำข้อตกลงอนุญาตตุลาการ³ ในขณะที่ศาลภายในของบางประเทศกลับเห็นว่าการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลดังกล่าวมีเงื่อนไขที่เคร่งครัดกว่า⁴ ทำให้เห็นว่าแนวทางตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการมีความแตกต่างกัน

อนึ่ง แม้ว่าศาลภายในของหลายประเทศจะถือว่าการที่รัฐยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการเป็นการสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในกระบวนการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการก็ตาม แต่มักไม่ครอบคลุมถึงการสละความคุ้มกันจากการมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นความคุ้มกันอีกประเภทหนึ่ง เว้นแต่รัฐได้สละความคุ้มกัน

¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2 ed. (Oxford University Press, 2012), p. 235-36.

² ดู Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009), p. 2019.

³ Bernardo Sepúlveda-Amor and Merryl Lawry-White, "State Responsibility and the Enforcement of Arbitral Awards," in *Arbitration International* 33, 1 (2016), p.52. ตัวอย่าง *Société Européenne d'Études et d'Entreprises v. France*, Cass. civ. (1), 18 November 1986, 82 ILR 58, 74; *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 (CA) [117].

⁴ ดู *Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates LLC* [2011] 4 HKC 151 (CFA).

โดยขัดแย้งจากมาตรการบังคับนั้น หรือทรัพย์สินของรัฐที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับเป็นทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์⁵ ดังนั้น ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับในชั้นนี้จึงเปรียบเสมือน “ปราการด่านสุดท้าย” (the last fortress, the last bastion) ในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁶ ทั้งนี้ แต่ละประเทศก็มีแนวทางตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับที่แตกต่างกันอีกเช่นกัน⁷

สำหรับประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ หากมีคดีขึ้นสู่ศาลไทยเกี่ยวกับการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐต่างประเทศกับเอกชน ศาลไทยอาจปราศจากแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ ทั้งนี้ นอกจากการยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจะจำเป็นต่อการดำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันดีแล้ว การยอมรับสิทธิของรัฐต่างประเทศในการกล่าวอ้างความคุ้มกันยังเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอีกด้วย หากศาลไทยไม่ปฏิบัติตามแล้วอาจทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้⁸

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1) เพื่อวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

2) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและแนวทางเชิงเปรียบเทียบของกฎหมายต่างประเทศในการยอมรับหรือปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลภายในในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

⁵ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 350-351.

⁶ Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Eighth Session (5 May-11 July 1986) (Document A/41/10), p. 17.

⁷ ดู *Creighton Ltd. V. Minister of Finance of Qatar*, Cass. Civ. (1), 6 July 2000, 127 ILR 154-55; *Orascom Telecom Holding SAE v Republic of Chad* [2008] EWHC Civ 1116 (QB) [49].

⁸ การเคารพความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ. ดู *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment, ICJ Reports (2012), paras. 55-57.

3) เพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงแนวทางสำหรับประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

2.2 สมมติฐานการวิจัย

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ทำให้ศาลไทยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชน ประเทศไทยจึงควรมีแนวทางในการพิจารณาเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการโดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

2.3 ขอบเขตของการศึกษา

บทความฉบับนี้มุ่งศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงแนวคิด กฎหมาย และแนวปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้แก่ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ และความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 (UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property 2004: UNCIS) รวมถึงกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส

2.4 วิธีในการดำเนินงานวิจัย

บทความฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา หนังสือ บทความ งานวิจัย และวิทยานิพนธ์ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งปรากฏทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์และจัดทำข้อเสนอแนะต่อไป

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ทำให้ทราบความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

2) ทำให้ทราบหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและแนวทางเชิงเปรียบเทียบของกฎหมายต่างประเทศในการยอมรับหรือปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลภายในในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

3) ทำให้ได้ข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลในฐานะองค์กรตุลาการของรัฐ คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจบังคับในตัวเอง และต้องอาศัยกลไกของศาลภายในในการบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว⁹ แต่เมื่อศาลภายในของประเทศหนึ่งอาจใช้เขตอำนาจในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่กรณีที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเป็นรัฐต่างประเทศ รัฐคู่กรณีจึงอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐเพื่อปฏิเสธเขตอำนาจศาลดังกล่าว

3.1 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในฐานะความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณี ในฐานะวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาล เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (arbitral jurisdiction) จึงเกิดจากความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (consent to arbitrate) ระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในข้อพิพาท ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ความยินยอมของรัฐอาจปรากฏอยู่ในรูปแบบสัญญา (contract) สนธิสัญญา (treaty) หรือกฎหมายภายในของรัฐคู่กรณีนั้น (national legislation) ก็ได้¹⁰

⁹ ดู Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2019.

¹⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p. 254.

ในกรณีสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน คู่กรณีอาจตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทตามสัญญา โดยการอนุญาโตตุลาการในข้อสัญญาที่เรียกว่า “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” (arbitration agreement) ซึ่งอาจทำขึ้นก่อนเวลาที่เกิดข้อพิพาทขึ้น (pre-dispute submissions to arbitration) หรืออาจเป็นรูปแบบข้อตกลงพิเศษ (*compromis*) ในภายหลังเวลาที่เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วก็ได้¹¹ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าความยินยอมของทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนให้ระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการมักเกิดขึ้นในรูปแบบ “ข้อตกลง” (agreement) ในคราวเดียวกัน แตกต่างจากกรณีความยินยอมของรัฐคู่กรณีในสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน

สำหรับกรณีที่ความยินยอมของรัฐปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุน (bilateral investment treaty: BIT) นั้น ความยินยอม เช่นว่านี้มีได้มีลักษณะเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง เนื่องจากเป็นเพียง การแสดงเจตนาของรัฐฝ่ายเดียวให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (unilateral submission to arbitration) โดยที่เอกชนไม่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐด้วยตั้งแต่แรกแต่ประการใด แต่ความยินยอมของรัฐในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในเช่นว่านี้ ถือว่าเป็นคำเสนอของรัฐว่าจะระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ หากเอกชนผู้มีคุณสมบัติตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายใน ริเริ่มเสนอข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแห่งสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในนั้นแล้ว จึงถือเป็นการสนองรับคำเสนอของรัฐให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเป็นฐานอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน¹²

3.2 การบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาดในท้ายที่สุดเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนและให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตาม โดยก่อนหน้าทีอนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาดดังกล่าว อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย อย่างไรก็ดี เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

¹¹ Christopher F. Dugan *et al.*, *Investor-State Arbitration*, (New York: Oxford University Press, 2011), p. 242.

¹² Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p. 257-58.

ดังกล่าวจึงไม่สามารถมีอำนาจบังคับได้ในตัวเอง แต่ต้องอาศัยอำนาจบังคับของศาลภายในเพื่อให้การเป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้น¹³

ในกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ศาลภายในอาจทบทวนคำชี้ขาดดังกล่าว (*exequatur*) เสียก่อน ต่อเมื่อศาลเห็นว่าไม่มีเหตุให้ต้องปฏิเสธการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และศาลสามารถบังคับการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดนั้นได้ ศาลจะมีคำพิพากษายอมรับคำชี้ขาดเช่นว่านี้ (recognition of an arbitral award) เพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นคำพิพากษาศาล แล้วจึงจะกำหนดมาตรการบังคับ (measures of constraint) ตามคำพิพากษาที่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวต่อไป¹⁴

จะเห็นได้ว่ากระบวนการที่ศาลมีคำพิพากษายอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี (adjudicative jurisdiction) แตกต่างจากการกำหนดมาตรการบังคับหลังจากนั้น ซึ่งเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับ (enforcement jurisdiction)¹⁵ การจำแนกระหว่างเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและเขตอำนาจในการบังคับดังกล่าวจะมีนัยต่อการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจทั้งสองประเภทที่แตกต่างกัน

ส่วนกรณีการบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการนั้น จะเห็นได้ว่าคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ปราศจากอำนาจบังคับในตัวเองและจำเป็นต้องอาศัยอำนาจบังคับโดยศาลภายในในทำนองเดียวกันกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่คำสั่งของอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้จะสามารถได้รับการบังคับตามอย่างนั้น ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

กฎหมายในบางประเทศยอมรับว่าคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการอาจมีลักษณะเป็นคำชี้ขาด เนื่องจากเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิทางวิธีสบัญญัติ (procedural right) ของคู่กรณีในการร้องขอรับความคุ้มครองชั่วคราวอย่างถึงที่สุดแล้ว ทำให้คำสั่งเช่นว่านี้อาจถูกเพิกถอนหรือยอมรับและบังคับตามได้ในฐานะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁶

¹³ ดู Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2019. ตัวอย่าง Chapter VIII of the UNCITRAL Model Law 2006.

¹⁴ ดู Satya Talwar Mouland, “Immunities and Arbitration: A New Lex Specialis Regime,” in *German Law Journal* 22, 8 (2021), p.1561.

¹⁵ Karl M. Meessen, “State Immunity in the Arbitral Process,” in *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* 19 (2004), p.389.

¹⁶ ตัวอย่าง *Pac. Reinsurance Mgmt. Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991) at 1023. ดูเพิ่มเติม Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2022-23.

ในขณะที่กฎหมายของบางประเทศกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับการบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยเฉพาะ¹⁷

ในการทำงานเกี่ยวกับการบังคับตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ศาลภายในอาจทบทวนคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเสียก่อนเพื่อพิจารณาว่ามีเหตุให้ศาลไม่ควรบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวหรือไม่ การใช้เขตอำนาจศาลในการทบทวนคำวินิจฉัยเช่นว่านี้เป็นลักษณะของการใช้เขตอำนาจในการพิจารณาคดี มิใช่เขตอำนาจในการบังคับ ศาลจะใช้เขตอำนาจในการบังคับต่อเมื่อศาลทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุให้ปฏิเสธการบังคับตามแต่ประการใด¹⁸

ทั้งนี้ การบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการในที่นี้แตกต่างจากการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยศาลภายในเอง เนื่องจากการที่ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น เป็นกรณีที่คุณกรณีในการอนุญาโตตุลาการร้องขอให้ศาลภายในมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเองโดยตรงเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (judicial assistance to arbitral proceedings) การใช้เขตอำนาจศาลในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับโดยตรง¹⁹

3.3 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล

ความคุ้มกันของรัฐ (state immunity หรือ sovereign immunity) เป็นสิทธิที่รัฐต่างประเทศ (foreign state) มีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในการที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจ (jurisdiction) ของรัฐเจ้าของดินแดน (forum state หรือ territorial state)²⁰ ในปัจจุบัน เป็นที่

¹⁷ ตัวอย่าง Articles 17H and 17I of the UNCITRAL Model Law 2006; Section 42 of the Arbitration Act 1996 (UK). ดูเพิ่มเติม UNCITRAL Model Law 2006, Explanatory Note, A.2, para. 2. เทียบ Article 17 of the UNCITRAL Model Law (original 1985 version).

¹⁸ ดู Articles 17H and 17I of the UNCITRAL Model Law 2006. ดูเพิ่มเติม *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003); *Pearl Petroleum Company Ltd v Kurdistan Regional Government of Iraq* [2015] EWHC 3361 (QB) [39]-[40].

¹⁹ ดู Articles 17J of the UNCITRAL Model Law 2006. ดูเพิ่มเติม *Libancell S.A.L. v. Republic of Leb.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 29442 at **8-9 (S.D.N.Y. May 16, 2006); *ETI Euro Telecom International NV v Republic of Bolivia* [2008] EWCA Civ 880 (CA) [114].

²⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 320; Peter-Tobias Stoll, "State Immunity," in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. Anne Peters and Rüdiger Wolfrum (2011), para. 1; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), p.11, 20.

ยอมรับกันว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (customary international law)²¹

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ รัฐต่างประเทศอุปโลกความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐเจ้าของดินแดน และในทางกลับกัน รัฐเจ้าของดินแดนมีพันธกรณีระหว่างประเทศในการเคารพต่อความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในดินแดนของตนเอง²² ในการที่รัฐเจ้าของดินแดนจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว รัฐเจ้าของดินแดนจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายที่จะกำกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจของศาลดังกล่าวหรือยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศนั้น ขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดนของศาลที่พิจารณาประเด็นดังกล่าวนั่นเอง²³ แต่เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐมีผลผูกพันแต่เพียงในฐานะหลักการทางกฎหมาย (legally binding concept) และยังปราศจากความเฉพาะเจาะจงที่ชัดเจน (particularity) โดยที่แต่ละรัฐยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในรายละเอียดของหลักการเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ รัฐจึงมีดุลพินิจในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความเฉพาะเจาะจงภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว²⁴

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่ารัฐในอดีตอุปโลกความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (absolute immunity) ศาลของรัฐหนึ่งจึงไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือรัฐต่างประเทศหรือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ๆ ก็ตาม แต่ต่อมารัฐเริ่มมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางพาณิชย์มากขึ้น ทำให้ความเห็นของประชาคมระหว่างประเทศค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไป โดยเริ่มแยกแยะกิจกรรมทางรัฐบาล (*acta jure imperii*) กับกิจกรรมทางพาณิชย์ (*acta jure gestionis*) ออกจากกัน และรัฐต่างประเทศจะสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้เฉพาะกรณีที่รัฐนั้นดำเนินกิจกรรมทางรัฐบาลหรือเหนือทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์ทางรัฐบาลเท่านั้น เนื่องจากการที่รัฐดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์ทำให้รัฐอยู่ในสถานะไม่แตกต่างจากเอกชนคนหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่ารัฐได้สละความคุ้มกันโดยปริยาย

²¹ Jasper Finke, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?," in *European Journal of International Law* 21, 4 (2010), p.874; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.13-14.

²² *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, paras. 56, 106. ดูเพิ่มเติม Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 36.

²³ ดู Peter-Tobias Stoll, "State Immunity," para. 14.

²⁴ Jasper Finke, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?," in *European Journal of International Law*, p.856-857; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 35. ดูเพิ่มเติม Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.17.

โดยลดสถานะของรัฐอธิปไตยมาดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์นั่นเอง (implied consent by trading)²⁵ ความคุ้มกันของรัฐในเวลาต่อมาจึงค่อย ๆ พัฒนามาเป็นความคุ้มกันของรัฐอย่างจำกัด (restrictive immunity)

อนึ่ง ความคุ้มกันของรัฐสามารถจำแนกออกเป็นความคุ้มกันจากการพิจารณาคดี (immunity from adjudication) ประการหนึ่ง และความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ (immunity from measures of constraint) อีกประการหนึ่ง การจำแนกความคุ้มกันของรัฐเช่นนี้มีความสัมพันธ์กับลักษณะการใช้เขตอำนาจศาลในกระบวนการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

1) การทบทวนคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ทั้งคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อมีคำพิพากษายอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี ซึ่งรัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีได้ในกระบวนการเช่นว่านี้

2) การกำหนดมาตรการบังคับ ทั้งมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาตามคำขอของคู่กรณีโดยตรง และมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษายอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการแล้ว เป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับ ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐต่างประเทศทางกายภาพเหนือทรัพย์สินโดยตรง และรัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับได้ในกระบวนการเช่นว่านี้²⁶

ผลที่ตามมาจากการจำแนกความคุ้มกันจากมาตรการบังคับออกจากความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีนั้น ได้แก่ เหตุที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดี ไม่ทำให้ศาลต้องปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐนั้นจากมาตรการบังคับเสมอไป²⁷ ในการบังคับตามคำวินิจฉัยของ

²⁵ Sompong Sucharitkul, "Immunities of Foreign States before National Authorities," *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 149 (1976-I): 190; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, pp. 35-36.

²⁶ ดู Karl M. Meessen, "State Immunity in the Arbitral Process," *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*: 389.

²⁷ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, pp. 347-48. ดูเพิ่มเติม Article 20 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 (UNCSI); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, para. 113; Andrea K. Bjorklund, "State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards," in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, eds. Christina Binder, et al. (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 303.

อนุญาโตตุลาการนั้น แม้ว่าศาลในหลายประเทศจะยอมรับว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศทำขึ้นมีผลเป็นการลดความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเพื่อยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้ก็ไม่ได้มีผลต่อการลดความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินตามไปด้วยเสมอไป หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับจึงเป็นอีกกรณีหนึ่งแยกต่างหากจากกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีได้

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศเกี่ยวกับกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับมีความเคร่งครัดยิ่งกว่ากรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดี เพราะการกำหนดมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตรต่อรัฐต่างประเทศอย่างร้ายแรงมากกว่ากรณีที่ศาลไม่ยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศนั้นจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาล²⁸

4. ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 2004

เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐที่มีผลผูกพันรัฐในประชาคมระหว่างประเทศเป็นการทั่วไปนั้น มีสาระตั้งแต่เพียงในหลักการว่ารัฐต่างประเทศมีสิทธิในการกล่าวอ้างความคุ้มกันเพื่อปฏิเสธเขตอำนาจศาลของรัฐที่พิจารณาคดีนั้น ๆ ได้ แต่หลักการเช่นว่านี้ยังคงปราศจากความชัดเจนที่เฉพาะเจาะจง ทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศอาจวางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของหลักความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในรายละเอียดไว้อย่างแตกต่างกัน จึงเกิดความพยายามในเวทีระหว่างประเทศในการจัดทำประมวลหลักเกณฑ์ (codification of rules) ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐเพื่อเป็นแนวทางแก่การพัฒนาหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายภายในทิศทางเดียวกัน²⁹ หนึ่งในผลงานขององค์การระหว่างประเทศในการจัดทำประมวลหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่มีความเป็นสากลที่สุด ได้แก่ UNCSI ซึ่งจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) แห่งสหประชาชาติ แม้ว่า UNCSI จะยังไม่มี

²⁸ ดู Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.362; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.486.

²⁹ Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.287.

ผลบังคับใช้เวลานี้ก็ตาม³⁰ แต่ก็ไม่นับว่ามีคุณค่าในฐานะตราสารทางกฎหมายที่ประมวลหลักเกณฑ์จากการศึกษาแนวทางตามกฎหมายในหลายประเทศอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ที่สุดและมีความเป็นสากลที่สุดในขณะนี้³¹

4.1 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้คู่กรณีปฏิบัติตามคำวินิจฉัยต่าง ๆ ได้ในตัวเอง ศาลภายในจึงมีเขตอำนาจในการกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supervisory jurisdiction) เป็นธรรมดา ด้วยเหตุนี้ การที่รัฐตกลงยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นกรณีที่นอกจากรัฐจะยอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังถือว่ารัฐได้ยินยอมต่อเขตอำนาจในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะ “ผลที่ตามมา” (consequences) ของการยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ด้วย รัฐจึงไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรวมถึงกระบวนการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากรัฐได้แสดงความยินยอมโดยปริยาย (implied consent) ต่อเขตอำนาจศาลในกระบวนการดังกล่าวโดยการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเอาไว้แล้วนั่นเอง³²

หลักการและเหตุผลดังกล่าวนำมาสู่ข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ว่าด้วยผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต่อความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ³³ โดย

³⁰ ข้อบทที่ 30(1) แห่ง UNCSI กำหนดให้ผลใช้บังคับ (entry into force) ของอนุสัญญานี้อยู่บนเงื่อนไขของการให้สัตยาบันโดยรัฐจำนวน 30 ประเทศเป็นอย่างน้อย ในขณะที่ปัจจุบันมีรัฐให้สัตยาบันเป็นภาคีแก่ UNCSI เพียงจำนวน 23 ประเทศเท่านั้น ดูเพิ่มเติม United Nations, “United Nations Treaty Collection” [Online], Available from: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en [9 December 2022].

³¹ ดู Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.441.

³² Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p.54.

³³ Article 17 of the UNCSI: “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.”

ข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ให้ลักษณะแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเอาไว้ว่าเป็นข้อตกลงที่รัฐเข้าผูกพันเป็นลายลักษณ์อักษรกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติเพื่อยอมรับให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าข้อบทดังกล่าวจำกัดลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ให้ผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายเอาไว้ ความยินยอมใด ๆ ของรัฐในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจึงไม่ได้มีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการตาม UNCSI เสมอไป

มีข้อสังเกตว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI จะต้องเป็นข้อตกลงที่รัฐเข้าผูกพันกับเอกชน ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวค่อนข้างมีความชัดเจนว่าหมายถึงข้อตกลงในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอย่างแน่นอน แต่ประเด็นพิจณามือยว่าข้อตกลงตามข้อบทแห่ง UNCSI จะครอบคลุมกรณีที่รัฐแสดงความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในด้วยหรือไม่ เนื่องจากความยินยอมของรัฐเช่นว่านี้ในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในก็ควรจะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายได้เช่นเดียวกับกรณีที่รัฐทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกับเอกชนโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาถ้อยคำแห่ง UNCSI และเอกสารประกอบการยกร่าง UNCSI แล้ว พบว่า ILC มีความเห็นไปในทำนองที่จำกัดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ต้องทำขึ้นระหว่างรัฐกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเท่านั้น มิใช่ระหว่างรัฐด้วยกันเองแต่อย่างใด³⁴

ทั้งนี้ “กระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ” ที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ได้ จำกัดอยู่แต่เพียงกระบวนการที่ UNCSI กำหนดไว้เท่านั้น หนึ่งในกระบวนการในศาลเช่นว่านี้ได้แก่ “การยืนยัน” (confirmation) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กระบวนการดังกล่าวค่อนข้างมีความชัดเจนว่าหมายถึงกระบวนการที่ศาลภายในทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพื่อมีคำพิพากษายอมรับคำชี้ขาดดังกล่าว³⁵ แต่ประเด็นพิจณามือยว่า “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ข้างต้น รวมถึงการยอมรับคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่

³⁴ Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p.55.

³⁵ ในสหรัฐอเมริกา “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (confirmation of an arbitral award) มีความหมายในทำนองเดียวกันกับ “การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (recognition of an arbitral award). ดูเพิ่มเติม Ben Juratowitch, “Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards,” in *Asian Journal of International Law* 6, 2 (2016): 217.

อาจเป็นไปได้ว่าเรื่องการยอมรับคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการยังไม่เป็นที่ถกเถียงกันในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชน แม้แต่ในกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL) เอง ก็เพิ่งมีข้อบ่งชี้ว่าด้วยการบังคับตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการเช่นนี้เพิ่มเติมเข้ามาเมื่อปี ค.ศ. 2006 นี้เอง³⁶ หากคู่กรณีเอกชนขอให้ศาลภายในยอมรับคำสั่งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI จึงไม่ได้ให้คำตอบว่าศาลจะสามารถปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐตามข้อบทนี้ได้หรือไม่

4.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

UNCSI วางหลักว่ารัฐอุปโลกความคุ้มกันจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐ เว้นแต่กรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1) รัฐแสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการดำเนินมาตรการบังคับ
- 2) รัฐจัดสรรหรือระบุทรัพย์สินเอาไว้เป็นการเฉพาะเพื่อการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของคู่กรณีเอกชนโดยเฉพาะ
- 3) ทรัพย์สินของรัฐที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาเป็นทรัพย์สินที่รัฐใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์โดยเฉพาะ แต่ข้อยกเว้นในกรณีนี้ใช้บังคับเฉพาะกรณีมาตรการบังคับ “หลัง” มีคำพิพากษาแล้วเท่านั้น

กรณียกเว้นที่รัฐยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการดำเนินมาตรการบังคับซึ่งถือเป็นการสละความคุ้มกันอย่างชัดแจ้งจากมาตรการบังคับดังกล่าวมานี้ ใช้บังคับกับทั้งกรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา (pre-judgment measures of constraint) และมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา (post-judgment measures of constraint) โดย UNCSI ยอมรับว่าการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งดังกล่าวอาจอยู่ในรูปแบบข้อสัญญา รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ได้³⁷ จึงมีประเด็น

³⁶ Articles 17H, 17I of the UNCITRAL Model Law 2006.

³⁷ Articles 18(a) and 19(a) of the UNCSI: “No [measures of constraint] against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except 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 written communication after a dispute between the parties has arisen”.

พิจารณาว่าการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งตาม UNCSI เช่นนี้ จะส่งผลให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการดำเนินมาตรการบังคับหรือไม่

ในประเด็นนี้ ILC ไม่ได้มีความเห็นในรายละเอียดเกี่ยวกับผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับ นอกจากความเห็นแต่เพียงว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็น “หนึ่งในความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ” (one practical possibility) ที่รัฐอาจยินยอมโดยชัดแจ้งต่อมาตรการบังคับโดยข้อตกลงหรือสัญญา³⁸ ในความเห็นของผู้เขียน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับได้ เนื่องจากสาระสำคัญของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นมีเพียงการแสดงเจตนายินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากแต่ความเป็นไปได้ที่รัฐอาจยินยอมต่อมาตรการบังคับโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามความเห็นของ ILC นั้น น่าจะหมายถึงข้อกำหนดสละความคุ้มกันของรัฐ (waiver clause) โดยชัดแจ้งที่อาจปรากฏอยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่น่าจะหมายถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองแต่โดยลำพัง

5. ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ วางหลักการทั่วไปเอาไว้ในเบื้องต้นเท่านั้น หากแต่หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวยังปราศจากความเฉพาะเจาะจงที่ชัดเจน ทำให้กฎหมายภายในของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดีจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์ภายใต้แนวคิดตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว โดยที่แต่ละรัฐอาจมีแนวทางที่แตกต่างกันในรายละเอียดเกี่ยวกับหลักความคุ้มกันของรัฐเช่นนี้³⁹ จึงจำเป็นต้องศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายภายในประกอบกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐด้วย ในการนี้ ผู้เขียนเลือกกฎหมายภายในจำนวน 3 ประเทศมาศึกษา ได้แก่ กฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส เนื่องจากศาลของทั้ง 3 ประเทศได้เคยวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในคดีจำนวนมาก โดยที่สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรได้ประมวลหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความ

³⁸ Third Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, by Mr. Motoo Ogiso, Special Rapporteur (Document A/CN.4/431), p.20.

³⁹ Jasper Finke, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?,” in *European Journal of International Law*, p.856-857. ดูเพิ่มเติม Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.17.

คัมภีร์ของรัฐธรรมนูญในประเด็นต่าง ๆ ไว้ในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเป็นระบบ ในขณะที่ศาลฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างหลากหลายอย่างไม่แน่นอนจนกระทั่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ถอดบทเรียนดังกล่าวมาเป็นบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน

5.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในปี ค.ศ. 1976 สหรัฐอเมริกาได้ออกรัฐบัญญัติความคุ้มกันของรัฐอธิปไตยต่างประเทศ ค.ศ. 1976 (Foreign Sovereign Immunities Act 1976: FSIA 1976) โดยอาศัยทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐอย่างจำกัดเป็นสำคัญ ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติต่าง ๆ แห่ง FSIA 1976

5.1.1 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ศาลสหรัฐอเมริกายอมรับว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทกับเอกชนนั้น ถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยาย (implicit waiver) จากกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁴⁰ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1988 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม FSIA 1976 โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติข้อ 1605(a)(6) เกี่ยวกับการที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้⁴¹

ข้อ 1605(a)(6) แห่ง FSIA 1976 กำหนดคุณลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ใน 2 ลักษณะดังต่อไปนี้

⁴⁰ H.R. Rpt. 94-1487 at 6617 (1976) (US).

⁴¹ Section 1605(a)(6) of the Foreign Sovereign Immunities Act 1978 (US): “A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable”.

1) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “กับเอกชน” (with a private party) ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หรือ

2) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของเอกชน” (for the benefit of a private party) ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในลักษณะประการแรกที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ “กับเอกชน” ได้แก่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง ส่วนข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของเอกชน” นั้น น่าจะหมายถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เอกชนไม่ได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการตกลงด้วยมาแต่แรก แต่ได้รับประโยชน์จากการแสดงเจตนาของรัฐที่ยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

“ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชน” จึงน่าจะหมายถึงข้อบทในสนธิสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของรัฐฝ่ายเดียวให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หากต่อมาเอกชนที่มีคุณสมบัติตามข้อบทในสนธิสัญญาดังกล่าวเสนอข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาต่ออนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการสนองรับการแสดงเจตนาดังกล่าวของรัฐ และเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเป็นฐานอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการที่พิจารณาระงับข้อพิพาทนั้น ๆ ได้ แต่มีข้อสังเกตว่า “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชน” ข้างต้น ไม่น่าจะรวมถึงกรณีที่รัฐแสดงเจตนาให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการไว้ในกฎหมายภายใน เนื่องจากกฎหมายภายในไม่มีลักษณะเป็น “ข้อตกลง”

สำหรับกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ตามข้อ 1605(a)(6) แห่ง FSIA 1976 นั้น ได้แก่ กระบวนการดังต่อไปนี้

1) การบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (enforcement of an arbitration agreement)

2) การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (confirmation of an arbitral award)

มีข้อสังเกตว่า “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ตาม FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา เทียบได้กับการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในฐานะกระบวนการในศาลภายในเพื่อให้ผลแก่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่ามีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาล⁴² อนึ่ง

⁴² ดูเพิ่มเติม Ben Juratowitch, “Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards,” in *Asian Journal of International Law*, p.217.

มีประเด็นพิจารณาว่า “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ตาม FSIA 1976 ข้างต้น รวมถึงการยอมรับคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่

ในประเด็นนี้ ศาลสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 2003 ได้เคยวินิจฉัยว่าคำสั่งของอนุญาโตตุลาการให้รัฐคู่กรณีวางหลักประกันมีลักษณะเป็นคำชี้ขาดตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ทำให้อาจอยู่ภายใต้กระบวนการทบทวนโดยศาลสหรัฐอเมริกาได้⁴³ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าคดีดังกล่าวไม่ปรากฏประเด็นเรื่องความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่ศาลในคดีข้างต้นมีทัศนคติต่อคำสั่งของอนุญาโตตุลาการในคดีว่าเป็นมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาที่ต้องด้วยบทบัญญัติข้อ 1610(d) แห่ง FSIA 1976 ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา ทั้งนี้ ในเมื่อศาลเห็นว่าคำสั่งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่อาจได้รับการทบทวนโดยศาลสหรัฐอเมริกาได้ หากคดีนี้มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี จึงเป็นไปได้ว่าศาลจะไม่ยอมให้รัฐต่างประเทศกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีดังกล่าว เนื่องจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีนั้นมีลักษณะเป็นการยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

5.1.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 1610 แห่ง FSIA 1976 วางหลักเอาไว้ว่ารัฐต่างประเทศอุปโลกความคุ้มกันจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐนั้น การกำหนดมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินดังกล่าวจะสามารถกระทำต่อเมื่อกรณีต้องด้วยเงื่อนไขทั้งสองดังนี้

- 1) ทรัพย์สินที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับ ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังมีคำพิพากษาก็ตาม ต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้เพื่อกิจกรรมทางพาณิชย์ และ
- 2) รัฐต่างประเทศนั้นต้องสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งเท่านั้นสำหรับกรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา หรือสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้สำหรับกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา⁴⁴

จะเห็นได้จากบทบัญญัติข้อ 1610 แห่ง FSIA 1976 ว่าการกำหนดมาตรการบังคับ ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังมีคำพิพากษาก็ตามเหนือทรัพย์สินทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศ จะต้องปรากฏว่ารัฐต่างประเทศจะได้สละความคุ้มกันมาแล้วเสมอ กรณีตาม FSIA 1976 เช่นนี้แตกต่าง

⁴³ *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003).

⁴⁴ Section 1610(a) and (d) of the Foreign Sovereign Immunities Act 1978 (US).

จากแนวทางใน UNCSI อย่างชัดเจน เนื่องจากกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์นั้น ไม่จำเป็นต้องปรากฏการสละความคุ้มกันอีกแต่อย่างใด และข้อยกเว้นเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ดังกล่าวตาม UNCSI ใช้เฉพาะในกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาเท่านั้น

ในกรณีที่ FSIA 1976 กำหนดให้รัฐต้องสละความคุ้มกันโดย “ชัดแจ้ง” ถ้อยคำในข้อกำหนดในสัญญาจึงต้องมีความชัดเจนโดยปราศจากความคลุมเครือ โดยคำนึงถึงเจตนาและความมุ่งหมายอันแท้จริงของรัฐในการสละความคุ้มกันดังกล่าว เพื่อป้องกันมิให้การตีความข้อกำหนดสละความคุ้มกันส่งผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยไม่ได้ตั้งใจ (unintended waiver) ซึ่งฝ่าฝืนเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐต่างประเทศ แต่การสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งนั้น ไม่จำเป็นต้องปรากฏถ้อยคำถึงขนาดเป็นการระบุถึงชนิดของมาตรการนั้น ๆ โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด⁴⁵ ในขณะที่การสละความคุ้มกันโดย “ปริยาย” ซึ่งมีผลเป็นการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาภายใต้ FSIA 1976 ได้นั้น ศาลอาจพิจารณาจากการกระทำของรัฐที่อาจนำไปสู่การพิพากษาหรือการบังคับคดี⁴⁶

ทั้งนี้ มีประเด็นพิจารณาว่าการที่รัฐต่างประเทศทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายหรือไม่อย่างไร ในประเด็นนี้ แนวคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองอาจมีลักษณะเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยายได้ แต่ไม่ถือว่ามีชัดแจ้งถึงขนาดเป็นการสละความยินยอมของรัฐจากมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา⁴⁷

อนึ่ง ในทางปฏิบัติ หากคู่กรณีเลือกระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตัวเอง ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ

⁴⁵ ตัวอย่าง *Libra Bank, Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, 676 F.2d 47, 50 (2d Cir. 1982); *S & S Mach. Co. v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411, 417-418 (2d Cir. 1983); *Venus Lines Agency v. CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A.*, 210 F.3d 1309 (11th Cir. 2000); *Kensington Int'l Ltd. v. Rep. of Congo*, 461 F.3d 238, 243 (2d Cir. 2006).

⁴⁶ H.R. Rpt. 94-1487 at 6627 (1976) (US). ดูเพิ่มเติม *Birch Shipping Corp. v. Embassy of United Republic of Tanzania*, 507 F. Supp. 311 (1980).

⁴⁷ *Birch Shipping Corp. v. Embassy of United Republic of Tanzania*, 507 F. Supp. 311 (1980); *Enron Equip. Procurement Co. v. M/V Titan 2*, 82 F. Supp. 2d 602, 608 (W.D. La. 1999). ดูเพิ่มเติม *Libancell S.A.L. v. Republic of Leb.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 29442 at **13-15 (S.D.N.Y. May 16, 2006); *Preble-Rish Haiti, S.A. v. Republic*, 40 F.4th, p.368, 373-374 (5th Cir. 2022); Section 1610(a)(6) of the Foreign Sovereign Immunities Act 1978 (US).

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยการอ้างอิง (reference) และมีผลผูกพันคู่กรณีตามเนื้อหาแห่งข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางฉบับ เป็นต้นว่าข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce Arbitration: อนุญาโตตุลาการ ICC) มีข้อกำหนดในทำนองว่าคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการยินยอมสละสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁴⁸ จึงมีประเด็นพิจารณาว่าข้อกำหนดเช่นว่านี้ในฐานะส่วนหนึ่งของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตาม FSIA 1976 หรือไม่

ศาลสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 2004 ได้เคยวินิจฉัยเอาไว้ว่า การที่รัฐต่างประเทศกับเอกชนตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งมีข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีข้อกำหนดข้างต้นนั้น ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดย “ชัดแจ้ง” จากเขตอำนาจศาลสหรัฐอเมริกาในการกำหนดมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาดำเนิน FSIA 1976 แล้ว⁴⁹ ส่วนเหตุผลว่าเหตุใดการอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ดังกล่าวถึงเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับได้นั้นไม่ปรากฏ แต่ศาลสหราชอาณาจักรในอีกคดีหนึ่งในเวลาต่อมาซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกับคดีในศาลสหรัฐอเมริกานั้น ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาดังกล่าวว่ารัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงสละความคุ้มกันเอาไว้โดยเฉพาะต่างหากโดยชัดแจ้งอยู่แล้ว คำวินิจฉัยเรื่องการสละความคุ้มกันของรัฐโดยผลของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC จึงน่าจะเป็นเพียงข้อสนับสนุนผลของคำพิพากษาดังกล่าวมากกว่า⁵⁰

5.2 กฎหมายสหราชอาณาจักร

ในปี ค.ศ. 1978 รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรได้ออกพระราชบัญญัติความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 1978 (State Immunity Act 1978: SIA 1978) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐบนพื้นฐานของทฤษฎีความคุ้มกันอย่างจำกัดในทำนองเดียวกันกับ FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกาที่มีมาก่อนหน้า SIA 1978 แห่งสหราชอาณาจักรเป็นเวลา 2 ปี

⁴⁸ ICC Arbitration Rules (2021) art 35(6): “Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made”.

⁴⁹ *Walker Int’l Holdings Ltd. v. Republic of Congo*, 395 F.3d, p.229, 234 (5th Cir. 2004).

⁵⁰ *Orascom Telecom Holding SAE v Republic of Chad* [2008] EWHC 1841 (QB) [47].

5.2.1 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

บทบัญญัติมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 ยอมรับว่ารัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจาก กระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ หากรัฐนั้นได้ทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐด้วยกันเอง⁵¹ บทบัญญัตินี้ตั้งกล่าวอยู่บนหลักการและเหตุผลที่ว่า การที่รัฐตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถือว่าเป็นกรณีที่รัฐยอมรับกระบวนการในศาลที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในฐานะกระบวนการที่จำเป็นต่อการทำให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵² ซึ่งสอดคล้องกับหลักการและเหตุผลของข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ที่ถือว่าการที่รัฐทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการยอมรับเขตอำนาจศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะผลที่ตามมาของกลไกอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ด้วย⁵³

มาตรา 9 แห่ง SIA 1978 ให้ลักษณะแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างกว้าง ได้แก่ ข้อตกลงที่รัฐยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ถูกกำกับด้วยข้อจำกัดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ไม่รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐด้วยกันเอง ประเด็นพิจารณาจึงมีอยู่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตาม SIA 1978 จะหมายถึงแต่เฉพาะข้อตกลงในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอย่างแนวทางใน UNCSI หรือรวมถึงกรณีที่รัฐแสดงความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการในสนธิสัญญาในฐานะข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพื่อประโยชน์ของเอกชนอย่างแนวทางใน FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา และจะรวมถึงกรณีที่รัฐแสดงความยินยอมดังกล่าวในกฎหมายภายในด้วยหรือไม่

⁵¹ Section 9 of the State Immunity Act 1978 (UK): “Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration.

This section has effect subject to any contrary provision in the arbitration agreement and does not apply to any arbitration agreement between States.”

⁵² *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 (CA) [117].

⁵³ Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p. 54.

ในประเด็นนี้ ศาลสหราชอาณาจักรเมื่อปี ค.ศ. 2016 ได้วินิจฉัยเรื่องการตีความบทบัญญัติมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 รัฐต่างประเทศในคดีนี้ขอให้ศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งระงับข้อพิพาทตาม BIT ศาลเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในคดีนี้มีได้อยู่ในข้อบทแห่ง BIT ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เนื่องจากข้อบทดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียงคำแนะนำให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่เมื่อเอกชนได้ริเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบทดังกล่าวแล้ว จึงเป็นการสนองรับคำแนะนำนี้ของรัฐภาคี และเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐภาคีนั้นกับเอกชนขึ้น จึงถือว่าคดีนี้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มิได้ทำขึ้นระหว่างรัฐด้วยกันเอง และส่งผลให้รัฐต่างประเทศในคดีนี้ไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรเพื่อยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้แต่ประการใด⁵⁴

ในความเห็นของผู้เขียน หากศาลสหราชอาณาจักรพิจารณาการมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างจากกระบวนการเกิดสัญญาดังเช่นในคดีข้างต้นแล้ว เหตุผลดังกล่าวจึงน่าจะสนับสนุนให้ถือว่าความยินยอมของรัฐในกฎหมายภายในก็ควรเป็นคำแนะนำให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ และสามารถเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ตามมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 เช่นกัน

“กระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ” ที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันตามมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 ได้นั้น มีขอบเขตตามตัวอักษรกว้างกว่าแนวทางใน UNCSI และ FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา และนอกจากจะครอบคลุมการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังรวมถึงการบังคับตามคำสั่งชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ (peremptory order) อีกด้วย แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ศาลสหราชอาณาจักรกำหนดมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (court powers exercisable in support of arbitral proceedings) ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 แห่งสหราชอาณาจักรแต่ประการใด เนื่องจากเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับแต่มีใช้กระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีแต่ประการใด⁵⁵

⁵⁴ *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela* [2016] 1 WLR 2829 (QB) [17].

⁵⁵ *ETI Euro Telecom International NV v Republic of Bolivia* [2008] EWCA Civ 880 (CA) [114].
ดูเพิ่มเติม *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 [117]; *Pearl Petroleum Company Ltd v Kurdistan Regional Government of Iraq* [2015] EWHC 3361 (QB) [39]-[40].

5.2.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

บทบัญญัติมาตรา 13 แห่ง SIA 1978 ยอมรับว่ารัฐต่างประเทศอุปโลกความคุ้มกันเหนือทรัพย์สินจากมาตรการบังคับโดยศาลสหราชอาณาจักร เว้นแต่กรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

1) รัฐต่างประเทศได้แสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรต่อมาตรการบังคับอย่างชัดแจ้ง หรือ

2) ทรัพย์สินที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา เป็นทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์

สำหรับกรณีการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตาม SIA 1978 นั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามมาตรา 13(3) แห่ง SIA 1978 แต่อย่างใด เนื่องจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีสาระสำคัญแต่เพียงว่าคู่กรณีตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้มีนัยต่อการยินยอมให้ศาลสามารถกำหนดมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการด้วยอย่างชัดเจน⁵⁶ อนึ่ง เนื่องจากศาลจะต้องให้น้ำหนักกับรูปแบบของการแสดงเจตนาสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับที่ต้องเป็นลายลักษณ์อักษร (written consent) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในมาตรา 13(3) การแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งดังกล่าวจึงจะต้องอยู่ในรูปแบบข้อกำหนดสละความคุ้มกันของรัฐโดยเฉพาะ

อนึ่ง ในกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนที่ไม่เพียงแต่ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเท่านั้น แต่ยังอ้างอิงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอย่างกรณีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ด้วยนั้น จะเห็นได้ว่าศาลสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 2004 เคยวินิจฉัยเอาไว้ว่า การที่รัฐต่างประเทศกับเอกชนตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ICC ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากเขตอำนาจศาลสหรัฐอเมริกาในการกำหนดมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาตามข้อ 1610(a)(1) แห่ง FSIA 1976 แล้ว⁵⁷ แต่ในทางกลับกัน ศาลสหราชอาณาจักรในปี ค.ศ. 2008 กลับ “ลังเล” (reluctant) ที่จะให้ผลแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ว่าเป็นการสละความคุ้มกันอย่างชัดแจ้งอย่างคดีใน

⁵⁶ ดู *ETI Euro Telecom International NV v Republic of Bolivia* [2008] EWCA Civ 880 (CA) [114]. ดูเพิ่มเติม *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 [117].

⁵⁷ *Walker Int'l Holdings Ltd. v. Republic of Congo*, 395 F.3d 229, 234 (5th Cir. 2004).

สหรัฐอเมริกา⁵⁸ อาจเนื่องจากเหตุผลว่าการอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC เพื่อสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับมีลักษณะเป็นเพียงการอนุมานเจตนาในการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายเสียมากกว่า

5.3 กฎหมายฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ประมวลหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศเอาไว้โดยเฉพาะอย่างเป็นทางการเป็นระบบเหมือนอย่างกรณี FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา และ SIA 1978 แห่งสหราชอาณาจักรแต่อย่างใด กฎหมายฝรั่งเศสที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏแต่เฉพาะเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับในประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่ง (*code des procédures civiles d'exécution*) ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 2016 นี้เอง⁵⁹ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี ซึ่งรวมถึงความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการในศาลฝรั่งเศสเพื่อยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องดังกล่าวแต่ประการใด

5.3.1 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ศาลฝรั่งเศสในคดีต่าง ๆ ก็ยอมรับการที่รัฐทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกับเอกชนว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐนั้นโดยปริยายจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณายอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร รวมถึงแนวทางตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCIS ทั้งนี้ เนื่องจากการที่รัฐต่างประเทศตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเช่นนั้น ถือว่ารัฐนั้นได้ยอมรับผลของคำชี้ขาดว่าจะได้รับการยอมรับโดยศาลภายในตนเอง⁶⁰

เนื่องจากฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าว จึงไม่เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายฝรั่งเศสมีแนวทางในรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือ

⁵⁸ *Orascom Telecom Holding SAE v Republic of Chad* [2008] EWHC 1841 (QB) [47], [49].

⁵⁹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁶⁰ *Société Européenne d'Études et d'Entreprises v. France*, Cass. civ. (1), 18 November 1986, 82 ILR 58, 74. ดูเพิ่มเติม *Malagasy Republic v. Société Bruynzeel (Netherlands)*, T.G.I. Paris, 3 May 1971, 65 ILR 51-52; *SAOBI v. State of Senegal*, C.A. Paris (1), 5 December 1989, 113 ILR 440-41; C.A. Paris (1), 13/11017, 6 Novembre 2013.

กระบวนการในศาลฝรั่งเศสที่รัฐต่างประเทศจะไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ แต่จากการค้นคว้าแนวคำพิพากษาศาลฝรั่งเศส พบว่าศาลวินิจฉัยเอาไว้เป็นแนวทางเดียวกันว่ารัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันดังกล่าวจากกระบวนการในศาลเพื่อยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากรัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ทั้งข้อตกลงที่รัฐทำกับเอกชนโดยตรง⁶¹ และโดยข้อบทแห่ง BIT⁶²

5.3.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งในปี ค.ศ. 2016 ฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐ อีกทั้งแนวคำพิพากษาศาลฝรั่งเศสยังปราศจากความแน่นอนสำหรับเรื่องการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับ กล่าวคือ ศาลเคยทั้งยอมรับกรณีการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งและโดยปริยายอย่างไม่คงที่

ในปี ค.ศ. 2000 ศาลฎีกา (*cour de cassation*) ได้เคยยอมรับว่าการที่รัฐต่างประเทศสละความคุ้มกันโดยปริยายจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สิน (*renonciation impliquée à l'immunité d'exécution*) ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายฝรั่งเศสได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด ในคดีนี้ แม้ว่ารัฐจะไม่ได้แสดงเจตนาสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับโดยชัดแจ้งก็ตาม แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศโดยปริยายจากการบังคับคดีแล้ว⁶³

ในทางตรงกันข้าม ศาลฎีกาในอีกคดีหนึ่งเมื่อปี ค.ศ. 2013 ได้วินิจฉัยว่าการกำหนดมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางพาณิชย์ จะต้องอาศัยการสละความคุ้มกันโดย “ชัดแจ้ง” และ “เฉพาะเจาะจงเป็นพิเศษ” (*renonciation expresse et spéciale*) เท่านั้น โดยการกำหนดตัวทรัพย์สินหรือประเภทของทรัพย์สินที่รัฐยินยอมสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ⁶⁴

⁶¹ *Malagasy Republic v. Société Bruynzeel (Netherlands)*, T.G.I. Paris, 3 May 1971, 65 ILR 51-52; *Société Européenne d'Études et d'Entreprises v. France*, Cass. civ. (1), 13 November 1984, 82 ILR 58, 74; *SAOBI v. Senegal*, Cass. civ., 11 June 1991, 113 ILR 440-41.

⁶² C.A. Paris (1), 13/11017, 6 novembre 2013.

⁶³ *Creighton Ltd. v. Minister of Finance of Qatar*, Cass. civ. (1), 6 July 2000, 127 ILR 154-55.

⁶⁴ Cass. Civ. (1), 10-25.938, 28 mars 2013.

จะเห็นได้ว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสในประเด็นดังกล่าวซึ่งเป็นไปในทิศทางที่ขัดแย้งกัน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนอย่างยิ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับ สถานิติบัญญัติแห่งชาติในปี ค.ศ. 2016 จึงได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแห่งโดยกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินเอาไว้ในบทบัญญัติข้อ L111-1-2(1°) ให้อยอมรับเฉพาะการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้ง (*consent expresse*) เท่านั้น ทั้งกับกรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาและมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา⁶⁵ จึงเท่ากับว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาใน 2 คดีที่ผ่านมาได้ถูกปฏิเสธโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ดังกล่าวแล้ว⁶⁶

ในกรณีมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับแต่ประการใด และคำพิพากษาศาลฎีกาเมื่อปี ค.ศ. 2000 ที่วินิจฉัยว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศโดยปริยายจากมาตรการบังคับโดยชอบด้วยกฎหมายฝรั่งเศสนั้น จึงไม่สามารถใช้ได้อีกต่อไป⁶⁷

5.4 เปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส

จากการศึกษาวิเคราะห์ สามารถจัดทำตารางสรุปเปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

⁶⁵ Article L111-1-2(1°) du code des procédures civiles d'exécution (France): « Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée visant un bien appartenant à un Etat étranger ne peuvent être autorisées par le juge que si l'une des conditions suivantes est remplie: 1° L'Etat concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure ».

⁶⁶ ดู Fleur Malet-Deraedt, “The New French Legislation on State Immunities from Enforcement,” *ASA Bulletin* 36, 2 (2018): 343.

⁶⁷ ดู Ibid.

เรื่อง	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	ฝรั่งเศส
1. ความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ			
หลักการและเหตุผล	การสละความคุ้มกันโดยปริยาย	การยอมรับกระบวนการที่จำเป็นต่อการทำให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ	การยอมรับผลของคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการว่าจะได้รับการยอมรับโดยศาลภายใน
ลักษณะของข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่ทำให้รัฐสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกัน	1) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “กับเอกชน” ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ หรือ 2) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของเอกชน” ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ	ข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรที่รัฐยอมรับให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ และไม่รวมถึงข้อตกลงระหว่างรัฐด้วยกันเอง แต่รวมถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการโดยสนธิสัญญา	ข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง และโดยสนธิสัญญา
กระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกัน	การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งน่าจะรวมถึงการยืนยันคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาตตุลาการในฐานะคำชี้ขาดด้วย	1) การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ และ 2) การบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาตตุลาการ	การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

เรื่อง	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	ฝรั่งเศส
2. ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ			
กรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกัน	1) การสละความคุ้มกัน <i>และ</i> 2) ทรัพย์สินของรัฐมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์	1) การสละความคุ้มกัน <i>หรือ</i> 2) ทรัพย์สินของรัฐมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ (เฉพาะกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา)	1) การสละความคุ้มกัน 2) การจัดสรรหรือระบุทรัพย์สินเป็นการเฉพาะเพื่อการปฏิบัติตามข้อเรียกร้อง <i>หรือ</i> 3) ทรัพย์สินของรัฐมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ (เฉพาะกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา)
ลักษณะของการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ	ขัดแย้ง (กรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา)	ขัดแย้ง	ขัดแย้ง
	ขัดแย้งหรือปริยาย (กรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา)		
ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในฐานะการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะเป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะเป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง
	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC เป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ไม่เป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ไม่เป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง

6. ข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทยเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ หัวข้อนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทยในเรื่องดังกล่าว โดยคำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

6.1 พันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายไทยเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

หัวข้อนี้จะศึกษาวิเคราะห์พันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายไทยเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ โดยแยกอภิปรายออกเป็นเรื่องการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ และความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลไทย

6.1.1 การบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958: อนุสัญญานิวยอร์ก) และมีพันธกรณีในการยอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในรัฐภาคีอื่นนั้นมีผลผูกพัน และจะต้องบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว เว้นแต่จะมีเหตุให้ประเทศไทยปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศเช่นว่านี้ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานิวยอร์ก⁶⁸ ในการนี้ ประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่ออนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์กโดยอาศัยกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ในการยกร่าง บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อยู่ในหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

เขตอำนาจศาลไทยในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีลักษณะเป็นเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเพื่อทบทวนว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามตามกฎหมายไทยได้หรือไม่ หากคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการเป็นรัฐต่างประเทศและตกเป็น

⁶⁸ Articles III and IV of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1956.

ลูกหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รัฐคู่กรณีนั้นก็อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลไทยเช่นว่านี้ได้ รัฐคู่กรณีจึงอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในการพิจารณาคดีได้ ซึ่งจะเป็นประเด็นพิจารณาต่อไปว่าศาลไทยควรจะวินิจฉัยประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศดังกล่าวอย่างไร

ส่วนกรณีการยอมรับและบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้แต่อย่างใด แต่เมื่อแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นไปในทางยอมรับลักษณะของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าต้องถึงที่สุดแล้วเท่านั้น⁶⁹ ประกอบกับลักษณะของคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการที่มีผลเพียงชั่วคราว (provisional nature) และไม่มีผลผูกพันอย่างถึงที่สุด (preclusionary effect) ต่อการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในชั้นเนื้อหาสาระถึงแห่งคดี (merits phase) แต่อย่างใด⁷⁰ ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการไม่น่าจะถือว่าเป็นคำชี้ขาดที่อาจได้รับการยอมรับและบังคับตามได้ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการที่ประสงค์จะได้รับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจากศาลไทย จึงต้องอาศัยช่องทางการขอให้ศาลมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยตรงตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้น

ในทางปฏิบัติ หากอนุญาโตตุลาการได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว และคู่กรณีประสงค์ที่จะให้ศาลไทยบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายนั้นอาจอาศัยช่องทางตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยอาศัยยื่นคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเป็นพยานหลักฐานประกอบ

ทั้งนี้ มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้นำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยที่บทบัญญัติมาตรา 253 ถึงมาตรา 270 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ปรากฏรูปแบบของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา ซึ่งเป็นการใช้เขตอำนาจศาลไทยในการบังคับรูปแบบหนึ่ง เป็นต้นว่าคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินไว้ก่อนพิพากษา ตามมาตรา 254(1) หรือคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินของจำเลยตามมาตรา 254(2)

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1772/2542; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2611/2562.

⁷⁰ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 1988-89.

การขอให้ศาลไทยมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถือว่าเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการกำหนดมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวเองโดยตรง มิใช่ในฐานะการยอมรับและบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด การใช้เขตอำนาจตามมาตรา 16 เช่นว่านี้จึงเป็นการใช้เขตอำนาจ ศาลไทยในการบังคับที่รัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับได้ แต่มิใช่เขต อำนาจศาลในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด

ส่วนเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดและศาลไทยได้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด นั้นแล้ว คำชี้ขาดเช่นว่านี้จึงมีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาล การกำหนดมาตรการบังคับตาม คำพิพากษาดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁷¹ โดยที่การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายเช่นว่านี้ มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐต่างประเทศเหนือ ทรัพย์สิน จึงมีลักษณะเป็นมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาทำให้รัฐนั้นอาจกล่าวอ้างความคุ้มกัน เหนือทรัพย์สินของรัฐจากมาตรการบังคับดังกล่าวได้

6.1.2 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลไทย

เนื่องจากความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประเทศไทย จึงมีพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐข้างต้นในการ เคารพต่อความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในศาลไทย โดยการระงับใช้เขตอำนาจศาลเหนือรัฐ ต่างประเทศหรือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ⁷² อนึ่ง ประเทศไทยไม่มีพันธกรณีระหว่างประเทศ ภายใต้ UNCSI ในฐานะสนธิสัญญา เนื่องจาก UNCSI ยังไม่มีผลใช้บังคับ อีกทั้งประเทศไทยยัง ไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวอีกด้วย

สำหรับกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้น ไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษร ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใด คงมีแต่เพียงความคุ้มกันประเภทอื่นที่ไม่ใช่ ความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศเท่านั้น⁷³ ด้วยเหตุนี้ ประเด็นพิจารณาต่อมาสำหรับการใช้กฎหมาย

⁷¹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ กิตติ ตูจันทา, “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ: 2549), หน้า 90.

⁷² ดู *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, paras. 56, 106. ดูเพิ่มเติม Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 36.

⁷³ ตัวอย่าง พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2527; พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541; พระราชบัญญัติเอกสิทธิและความคุ้มกันสำหรับองค์การระหว่างประเทศและการประชุม ระหว่างประเทศในประเทศไทย พ.ศ. 2561.

ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในประเทศไทยจึงมีอยู่ว่าศาลไทยจะสามารถใช้บังคับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวอย่างไรในเมื่อกฎหมายไทยที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องความคุ้มกันของรัฐโดยตรง

นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยที่น่าจะสามารถนำมาใช้เพื่ออาศัยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการวินิจฉัยประเด็นปัญหาทางกฎหมาย ได้แก่ การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการวินิจฉัยตาม “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งควรรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวด้วย⁷⁴ แต่เนื่องจาก “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นแนวคิดหรือหลักการทั่วไป⁷⁵ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจึงปราศจากความเฉพาะเจาะจงในฐานะหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย การพิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่เฉพาะเจาะจงมากกว่าหลักการทางกฎหมายอย่างกว้าง มิเช่นนั้นแล้ว หากมีคดีขึ้นสู่ศาลไทยแล้ว ศาลไทยอาจปราศจากแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ จึงนำมาสู่การเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาคดีที่มีประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในศาลไทยในหัวข้อต่อไปนี้

6.2 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

โดยหลักการแล้ว หากรัฐต่างประเทศตกเป็นจำเลยหรือถูกร้องโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในศาลไทย ศาลไทยควรจะต้องยกฟ้องหรือคำร้องของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะรัฐต่างประเทศอุปโภคความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะได้สละความคุ้มกันดังกล่าว

สำหรับกรณีการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางของ UNCSI และกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาว่า การที่รัฐต่างประเทศตกลงยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐนั้นโดยปริยายจาก

⁷⁴ ดู วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย (2520), หน้า 122-27; Sompong Sucharitkul, “Immunities from Attachment and Execution in Respect of Property of Foreign States - Thailand,” *Malaya Law Review* 22, 1 (1980): 188; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), หน้า 89; ดวงเด่น สีหราช, หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), หน้า 162. เทียบ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 26-27; หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 131.

⁷⁵ ดู วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, หน้า 126.

กระบวนการในศาลที่อาจมีเขตอำนาจในการยอมรับคำชี้ขาดเช่นว่านี้ เนื่องจากการที่รัฐต่างประเทศทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเป็นการแสดงเจตนายินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถือว่ารัฐนั้นได้เล็งเห็นถึงผลของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่จะได้มีคำชี้ขาดให้รัฐต้องปฏิบัติตามหรือให้สามารถเป็นที่ยอมรับโดยกลไกของศาลภายในในประเทศต่าง ๆ ได้⁷⁶

อนึ่ง กรณีที่รัฐต่างประเทศไม่ควรสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้นั้น จะต้องปรากฏมาก่อนว่าการยอมรับคำชี้ขาดเช่นว่านี้อยู่ในเขตอำนาจศาลไทยตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากความคุ้มกันของรัฐเป็นการปฏิเสธเขตอำนาจศาล รัฐจึงควรกล่าวอ้างความคุ้มกันต่อเมื่อศาลอาจมีเขตอำนาจได้เท่านั้น มิเช่นนั้นแล้ว หากศาลไทยไม่มีเขตอำนาจตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมาแต่แรก โดยหลักการแล้วศาลไทยก็จะมีเขตอำนาจให้รัฐต่างประเทศกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องความคุ้มกันของรัฐคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการนั้นแต่อย่างใด⁷⁷

สำหรับลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่ควรกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางของกฎหมายสหราชอาณาจักรที่พิจารณาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างและรวมถึงกระบวนการเกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย⁷⁸ เนื่องจากหลักการและเหตุผลของการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายจากเขตอำนาจศาลในเรื่องดังกล่าว ได้แก่ ความยินยอมของรัฐ หากแต่การกำกับลักษณะของความยินยอมดังกล่าวว่าอยู่ในรูปแบบ “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” นั้น ก็เป็นไปเพื่อค้นหาขอบเขตของความยินยอมดังกล่าวว่ารัฐต่างประเทศได้ยินยอมสละความคุ้มกันสำหรับกรณีข้อพิพาทกับใครและในเรื่องอะไร

“ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” ดังกล่าวตามกฎหมายไทย ไม่ควรจำกัดแต่เพียงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่ตกลงด้วยกันในคราวเดียวกันเท่านั้น แต่ควรมีขอบเขตรอบคลุมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อาจเกิดขึ้นในความหมายอย่างกว้างแต่ยังคงลักษณะของความเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนอยู่ ได้แก่ กรณีที่เอกชนเสนอข้อพิพาท

⁷⁶ ดู *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 (QB) [117]; Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p.54.

⁷⁷ ดูเพิ่มเติม Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.64.

⁷⁸ ดู *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela* [2016] 1 WLR 2829 (QB) [17].

ให้แก่อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในของรัฐคู่กรณีในฐานะ การสนองรับคำเสนอของรัฐให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจนเกิดเป็นข้อตกลง อนุญาโตตุลาการขึ้นนั่นเอง

กระบวนการในศาลไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศไม่ควรสามารถ กล่าวอ้างความคุ้มกันได้ ได้แก่ การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่งพระราช บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวเป็นผลตามธรรมดาประการ หนึ่งของการที่รัฐยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ และมีลักษณะเป็น เขตอำนาจศาลไทยในการพิจารณาคดี

อนึ่ง สำหรับการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น แม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วผู้เขียนเห็นว่าคู่กรณีอาจนำเอาคำสั่งของ อนุญาโตตุลาการมาใช้ประกอบการขอให้ศาลไทยกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวได้ก็ตาม แต่ลักษณะของการใช้เขตอำนาจศาลไทยตามมาตรา 16 เช่นว่านี้ เป็นการใช้เขตอำนาจในการบังคับ ที่รัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับของศาลไทยโดยตรง มิใช่ความ คุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีแต่ประการใด การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงไม่ควรถือว่าเป็นกระบวนการ ในศาลไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างได้อย่างกรณีการ ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

6.3 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับที่รัฐ ต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ แม้ว่ารัฐต่างประเทศจะไม่สามารถกล่าวอ้างความ คุ้มกันจากกระบวนการในศาลไทยในการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการดังที่ได้อภิปรายมาแล้วก็ตาม แต่รัฐนั้นก็อาจกล่าวอ้างความคุ้มกัน ได้อีกครั้งหนึ่งในฐานะความคุ้มกันจากมาตรการบังคับในกรณีที่ศาลไทยจะบังคับคดีให้เป็นไปตาม คำชี้ขาดที่ศาลไทยได้ยอมรับมาแล้ว

ในกรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางตาม UNCSI และกฎหมายสหราชอาณาจักรและ ฝรั่งเศส ที่ปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับ หากรัฐนั้นสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้ง หรือ ทรัพย์สินที่อาจตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ กรณีใด

กรณีหนึ่ง ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวทางตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้รัฐนั้นทั้งต้องแสดงความคุ้มกันและต้องปรากฏว่าทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์เสมอ เนื่องจากหากรัฐต่างประเทศแสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้งต่อมาตรการบังคับแล้ว ก็นับว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะวินิจฉัยได้ว่ารัฐนั้นยินยอมต่อมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ในทรัพย์สินของรัฐอีก การปะปนหลักเกณฑ์ว่ารัฐจะต้องแสดงความคุ้มกันและทรัพย์สินของรัฐจะต้องมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ด้วยนั้น จะเป็นการคุ้มครองรัฐต่างประเทศมากเกินไปจนความจำเป็นและอาจเป็นอุปสรรคขัดขวางความพยายามของเอกชนคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการในการบังคับตามสิทธิของตนเองอย่างไม่เหมาะสม

สำหรับลักษณะของการแสดงความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับนั้น เนื่องจากมาตรการบังคับแตกต่างจากการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี เพราะมาตรการบังคับมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศโดยตรง จึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตรกับรัฐต่างประเทศอย่างร้ายแรงยิ่งกว่าการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี⁷⁹ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับแนวทางตาม UNCSI และกฎหมายสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศส ให้การแสดงความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเช่นว่านี้จะต้องมีความชัดแจ้ง และไม่สามารถยอมรับการแสดงความคุ้มกันแต่เพียงโดยปริยายได้⁸⁰

ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่ควรถือว่าเป็นการแสดงความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับที่ศาลไทยจะกำหนดแต่ประการใด ทั้งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในฐานะมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา และการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในฐานะมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา เนื่องจากสาระสำคัญของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีแต่เพียงว่ารัฐตกลงยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่ได้แสดงให้เห็นความยินยอมของรัฐโดยชัดแจ้งต่อการกำหนดมาตรการบังคับดังกล่าวแต่อย่างใดเลย

อนึ่ง สำหรับกรณีที่รัฐต่างประเทศเลือกกระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการอย่างกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICC นั้น การสละ “สิทธิในการโต้แย้งคัดค้านการปฏิบัติตามคำวินิจฉัย

⁷⁹ ดู Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 362; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.486.

⁸⁰ Section 13(3) of the State Immunity Act 1978 (UK); Articles 18(a) and 19(a) of the UNCSI; Article L111-1-2(1°) du code des procédures civiles d'exécution (France).

ของอนุญาโตตุลาการ” ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC หมายถึง การละสิทธิในการขอให้ศาลเพิกถอนหรือปฏิเสธการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁸¹ เนื่องจากถ้อยคำตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC มีขอบเขตกว้างขวางและไม่ชัดเจนว่ารวมถึงความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินหรือไม่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC นั้น จึงไม่ควรถือว่าเป็นการละความคุ้มกันของรัฐโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความคุ้มกันของรัฐเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐต้องละเว้นจากการใช้เขตอำนาจศาลเหนือรัฐต่างประเทศและทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศเพียงแต่กำหนดหลักการเอาไว้ในเบื้องต้นเท่านั้น หากแต่หลักเกณฑ์ในรายละเอียดจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่แต่ละประเทศจะกำหนด⁸² กฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนนอกศาลก็ตาม แต่ศาลภายในของรัฐก็ยังคงมีบทบาทในการกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการและบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁸³ ทั้งนี้ ในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ศาลภายในจะใช้เขตอำนาจในการพิจารณาคดีโดยการทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวเพื่อยอมรับและบังคับตามคำวินิจฉัยเช่นว่านี้ ตลอดจนใช้เขตอำนาจในการกำหนดมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วย เป็นเหตุให้รัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกัน ทั้งจากการพิจารณาคดี และจากมาตรการบังคับได้

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ หากคู่กรณีฝ่ายเอกชนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐต่างประเทศกับเอกชนขอให้ศาลไทยบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ศาลไทยอาจไม่มีหลักเกณฑ์และแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ และอาจเป็นเหตุให้ประเทศไทยฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงควรมีแนวทาง

⁸¹ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศอนุญาตให้คู่กรณีสละสิทธิคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เป็นต้นว่าเบลเยียม สวิตเซอร์แลนด์ สวีเดน ตูนิเซีย และฝรั่งเศส. ดูเพิ่มเติม Herman Verbist, Erik Schäfer, and Christophe Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, 2 ed. (Kluwer Law International, 2015), p. 190-191.

⁸² Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.35.

⁸³ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, p.631.

ที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังต่อไปนี้

1) ในกรณีที่รัฐต่างประเทศทำข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลไทยเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นได้

“ข้อตกลงที่รัฐต่างประเทศทำขึ้นให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ” ข้างต้น ได้แก่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการที่เอกชนคู่กรณีเสนอข้อพิพาทแก่นุญาโตตุลาการอันเป็นการสนองรับคำเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของรัฐต่างประเทศในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในด้วย โดยถือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้มีผลเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยายจาก “กระบวนการในศาลไทยเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ในฐานะการใช้เขตอำนาจศาลไทยในการพิจารณาคดี ซึ่งได้แก่ กระบวนการตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

2) รัฐต่างประเทศอุปโลกความคุ้มกันจากมาตรการบังคับของศาลไทยเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น เว้นแต่กรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ (1) รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับของศาลไทยเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ หรือ (2) ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับของศาลไทยมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์

ข้อตกลงที่รัฐต่างประเทศยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ ไม่ถือว่าส่งผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐนั้นจากมาตรการบังคับของศาลไทยซึ่งเป็นความคุ้มกันแยกต่างหากจากความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีโดยศาลไทยแต่อย่างใด ในกรณีที่ศาลไทยจะกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยจะต้องพิจารณาความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับใหม่อีกครั้งหนึ่งภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในหัวข้อนี้ อนึ่ง กรณีที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับได้นั้น อาจเกิดขึ้นได้ในหนึ่งในสองกรณีข้างต้น โดยไม่จำเป็นต้องปรากฏกรณีทั้งสองด้วยกันเสมอไป ทั้งนี้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองหรือโดยการอ้างอิงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งมีข้อกำหนดในทำนองว่าคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการยินยอมสละสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ถือว่า

เป็นการลดความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศโดยขัดแย้งจากมาตรการบังคับของศาลไทย การลดความคุ้มกันโดยขัดแย้งเช่นนี้จึงมักปรากฏอยู่ในรูปแบบข้อกำหนดลดความคุ้มกันโดยเฉพาะ ซึ่งศาลไทยควรพิจารณาถ้อยคำและเจตนาโดยสุจริตของรัฐต่างประเทศในการให้ผลแก่ข้อกำหนดดังกล่าวว่าเป็นการลดความคุ้มกันโดยขัดแย้งจากมาตรการบังคับหรือไม่