

หลักการที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันและอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ

1. หลักการทางกฎหมายของความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ

1. 1 ลักษณะทางกฎหมายของความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยปกติรัฐแต่ละรัฐจะมีเขตอำนาจในการปกครองของตนเอง เป็นอำนาจตามกฎหมายของรัฐเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ต่างๆ โดยอาจแบ่งเขตอำนาจรัฐตามเนื้อหาออกเป็น

ก) เขตอำนาจในการสร้างหรือบัญญัติกฎหมาย ซึ่งโดยปกติแล้วใช้อำนาจโดยฝ่ายนิติบัญญัติและ

ข) เขตอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งใช้อำนาจโดยฝ่ายตุลาการและโดยฝ่ายบริหาร

รัฐอาจใช้อำนาจของตนเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ต่างๆ ตามกฎหมายภายในโดยมีการเชื่อมโยงบางประการตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>1</sup>

แต่การบังคับใช้กฎหมายของรัฐนั้นก็ยังมีข้อจำกัดให้กับบุคคลบางประเภท เพื่อให้เขาเหล่านั้นปฏิบัติตามหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ หลักนั้นก็คือหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันที่ให้แก่ผู้นำของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ในทางระหว่างประเทศของรัฐอื่นในการมาปฏิบัติหน้าที่เจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐผู้รับไม่สามารถใช้อำนาจทางศาลบังคับกับบุคคลเหล่านี้ได้โดยตรง หากเขาได้กระทำการใดไปในตำแหน่งหน้าที่

คำว่าเอกสิทธิ์และความคุ้มกันมักจะมาคู่กันอยู่เสมอ จนบางครั้งเราอาจเข้าใจว่าเอกสิทธิ์และความคุ้มกันนั้นเป็นสิ่งเดียวกัน แต่อันที่จริงแล้ว คำสองคำนี้เป็นคนละเรื่องต่างหากจากกัน เราจึงควรมาพิจารณาถึงความหมายของความคุ้มกัน

---

<sup>1</sup> [http://www.bestchum.com/files/41451\\_.doc](http://www.bestchum.com/files/41451_.doc)

### 1.1.1 คำนิยามของความคุ้มกัน

ความคุ้มกัน หรือ immunities นั้น คือการที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้ภาวะบางประการ หรือการได้รับความยกเว้นไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>2</sup> ความคุ้มกันเป็นสิทธิของผู้ได้รับ หรือเกิดขึ้นทางด้านของผู้ได้รับ ผู้ให้จำต้องให้ความคุ้มกันแก่ผู้ได้รับ เพราะผู้ได้รับมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันนั้น อยู่ในตัวของตัวเอง ผู้ให้จะไม่ให้ไม่ได้ ความคุ้มกันเป็นการยกเว้นให้ผู้ได้รับปลอด หรือหลุดพ้นจากอำนาจหรือภาวะ หรือภัยอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>3</sup>

อ.สมปอง สุจริตกุล<sup>4</sup>ได้ให้ความหมายไว้ว่า “immunities” เป็นสิทธิยกเว้น เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง ซึ่งตรงกันข้ามกับ “liability” คือหน้าที่รับผิดชอบ สิทธิยกเว้นเป็นสิทธิตามกฎหมาย เป็นสิทธิซึ่งจะมีผลยกเว้นผู้ทรงสิทธิจากอำนาจ เป็นสิทธิซึ่งบุคคลบางประเภทอุปโภคโดยได้รับยกเว้นจากการใช้อำนาจรัฐต่างๆ เป็นสิทธิที่จะเรียกร้องหรือบังคับให้ผู้ทรงอำนาจตามกฎหมาย งดเว้นการใช้อำนาจนั้นแก่ตน

อ.นพนิติ สุริยะ<sup>5</sup> ได้กล่าวไว้ว่า “ความคุ้มกัน” คือสภาวะที่คล้ายกับมีเกราะป้องกันจากอำนาจบังคับของกฎหมาย

ส่วนความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐของ อ.จุมพต สายสุนทร<sup>6</sup> หมายถึงการที่บุคคลบางประเภทหรือทรัพย์สินบางจำพวกไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจในส่วนของการใช้บังคับกฎหมาย ทางด้านตุลาการและบริหาร

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า ความคุ้มกัน เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่มีให้กับบุคคลบางประเภทที่จะได้รับยกเว้นจากการใช้อำนาจรัฐ ในการใช้บังคับกฎหมาย ทั้งทางด้านบริหารและตุลาการแก่บุคคลเหล่านั้น

<sup>2</sup> ทุมพร ปัจจุสานนท์, “กฎหมายการทูต”, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน่วยที่ 10, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532), น. 233.

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง, น. 234.

<sup>4</sup> สมปอง สุจริตกุล, “สิทธิยกเว้นอำนาจศาลของทูต,” บทบัญญัติ 21(2506): 719-721.

<sup>5</sup> นพนิติ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, 3 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์วิญญูชน, 2540) 2: 49.

<sup>6</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, 3 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์วิญญูชน, 2544) 2: 139-140.

## 1.1.2 ประเภทของความคุ้มกัน

### 1.1.2.1 ความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity)

กฎบัตรสหประชาชาติได้สนับสนุนหลัก “ไม่มีรัฐใดสามารถใช้อำนาจของตนเหนือการกระทำของรัฐอื่นได้” (par in parem non habet imperium) ไว้ในมาตรา 1 หัวข้อ 2<sup>7</sup> ที่ว่า “เพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติทั้งหลาย โดยยึดการเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิเท่าเทียมกัน และการกำหนดเจตจำนงของตนเองแห่งประชาชนทั้งหลายเป็นมูลฐาน และจะดำเนินมาตรการอื่นๆ อันเหมาะสมเพื่อเป็นกำลังแก้สันติภาพสากล” เนื่องมาจากการที่ทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองและมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักความคุ้มกันของรัฐนี้มีพื้นฐานมาจากหลัก 2 ประการ คือเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ และเรื่องเขตอำนาจของรัฐ<sup>8</sup>

1. อำนาจอธิปไตยของรัฐ เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐสามารถดำรงอยู่ได้ รัฐจะต้องมีอำนาจอปกครองสูงสุดเหนือประชาชนของรัฐอื่นไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใดๆ ดังนั้นอำนาจอธิปไตยจึงเป็นอำนาจอเด็ดขาดเหนือพลเมืองของรัฐและเป็นนิรันดร<sup>9</sup> ทำให้เกิดเป็นหลักว่า รัฐต่างๆมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่นใด รัฐอื่นจะเข้ามาแทรกแซงกิจการของรัฐไม่ได้ เช่นนี้เองที่ทำให้หลักเรื่องอำนาจอธิปไตยมีผลทำให้เกิดความคุ้มกันของรัฐขึ้นมา

<sup>7</sup> Charter of The United Nations

Article 1

“1...

2. To develop friendly relations among nations based on respect of the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

3...

4...”

<sup>8</sup> ศรัณยา สี่มา, “ความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีพลเอกออกุสโต ปิโนเช่,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์, 2545), น.47-48.

<sup>9</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2539), น.160.

2. ส่วนเรื่องเขตอำนาจของรัฐนั้น เป็นการที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตย โดยใช้อำนาจของรัฐที่จะสร้างกฎหมายควบคุมพฤติกรรมต่างๆที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของตน และมีอำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตนได้บัญญัติขึ้นภายในอาณาเขตของตน<sup>10</sup> ดังนั้นการที่รัฐจะใช้เขตอำนาจของตนเหนือรัฐอื่นจึงเป็นการไม่สมควร เพราะจะเป็นการกระทบกระทั่งกันถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น จึงเป็นการจำเป็นที่รัฐควรจะได้รับ ความคุ้มกันจากการใช้เขตอำนาจของรัฐด้วย

อาจารย์สมปอง สุจริตกุล ได้กล่าวถึงการกล่าวอ้างเรื่องความคุ้มกัน หรือสิทธิยกเว้นอำนาจศาลของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีผลมาจากหลักเรื่องอธิปไตย (sovereignty) และความเสมอภาค (equality) และศักดิ์ศรี (dignity) ของรัฐ และบางครั้งก็อ้างถึงหลักปฏิบัติระหว่างประเทศ ในเรื่องอัยยาศัย (comitas gentium) ประกอบด้วย<sup>11</sup>

ความคุ้มกันที่รัฐได้รับนั้น หมายถึง ความคุ้มกันที่ให้กับตัวรัฐเอง และทรัพย์สินของรัฐ จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐอื่น กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือ เป็นความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่น ซึ่งก็หมายความว่า รัฐจะไม่อยู่ในฐานะจำเลยในศาลของรัฐอื่น และได้รับความคุ้มกันจากการดำเนินคดี นั่นก็หมายความว่า ทรัพย์สินของรัฐจะไม่อยู่ภายใต้การบังคับคดี หรือ วิธีการชั่วคราวก่อนบังคับคดี

หลักทฤษฎีของความคุ้มกันของรัฐนั้นมีอยู่ 2 ทฤษฎีด้วยกันคือทฤษฎีความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดและทฤษฎีความคุ้มกันจำกัด<sup>12</sup>

#### 1) ทฤษฎีความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity)

แต่เดิมรัฐทุกรัฐสามารถอ้างความคุ้มกันได้สำหรับการกระทำในทุกกรณี โดยไม่คำนึงว่าการกระทำเช่นนั้นจะมีลักษณะทางการค้าพาณิชย์ (jure gestionis หรือ jure privatorum<sup>13</sup>) หรือจะมีลักษณะที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ (jure imperii) ก็ตาม และไม่มีรัฐใดที่จะบังคับให้รัฐอื่นต้องยอมรับเขตอำนาจทางตุลาการหรือทางบริหารของตนได้ เว้นแต่รัฐนั้นจะยอม

<sup>10</sup> นพนิธิ สุริยะ, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 5, น. 38.

<sup>11</sup> สมปอง สุจริตกุล, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 4 น.726.

<sup>12</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร :โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 240

<sup>13</sup> Antonio Cassese, International Law, (New York: Oxford University Press,2001), p.92.

สละความคุ้มกัน<sup>14</sup> หรือสามารถจะกล่าวได้ว่า เป็นความคุ้มกันของรัฐที่ไม่มีข้อยกเว้น (state immunity without exception)<sup>15</sup>

## 2) ทฤษฎีความคุ้มกันจำกัด (Restrictive Immunity)

รัฐส่วนใหญ่ในปัจจุบันปฏิบัติตามทฤษฎีนี้ ซึ่งโดยทางปฏิบัติ ความคุ้มกันของรัฐเกิดขึ้นในขณะที่รัฐปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐเท่านั้น แต่ต่อมารัฐเข้าแทรกแซงในกิจกรรมต่างๆ ที่เอกชนเคยประกอบการด้วย จึงดูเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะให้รัฐได้รับความคุ้มครองที่ให้ในฐานะองค์อธิปัตย์ซึ่งใช้สิทธิพิเศษของอำนาจอรัฐ ในขณะที่ดำเนินการตามสิทธิของเอกชนธรรมดา และหากรัฐสามารถอ้างความคุ้มกันได้ในทุกกรณีแล้ว เอกชนที่จะทำความตกลงกับรัฐ จะไม่สามารถดำเนินคดีต่อรัฐได้เลย ทำให้เกิดความเสียหายกับเอกชนอย่างมาก<sup>16</sup>

แต่การที่จะแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำที่มีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ (jure imperii) กับ การกระทำที่มีลักษณะทางการค้าพาณิชย์ (jure gestionis) นั้นควรจะต้องดูลักษณะการดำเนินการของรัฐ หรือ ความสัมพันธ์ที่มีผลในทางกฎหมาย ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับเจตนา หรือ วัตถุประสงค์ของการกระทำของรัฐ เช่นนี้ มันขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นได้กระทำการตามอำนาจของรัฐที่ไปในทางกฎหมายมหาชน หรือกระทำการเหมือนเอกชนทั่วไป ที่มีผลไปในทางกฎหมายเอกชน<sup>17</sup>

### 1.1.2.2 ความคุ้มกันของอธิปัตย์ (Sovereign Immunity)

ความคุ้มกันของอธิปัตย์หรือผู้นำรัฐนี้มีแนวความคิดพื้นฐานพัฒนามาจากแนวความคิดของความคุ้มกันของรัฐ แต่เดิมนั้นความคุ้มกันของรัฐและความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นได้ถูกพิจารณาว่าเป็นหนึ่งเดียวกันและเหมือนกัน เนื่องจากผู้นำรัฐได้รับการพิจารณาว่าเสมอภาคกับรัฐ<sup>18</sup>

<sup>14</sup> จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.144

<sup>15</sup> Charles Pierson, "Pinochet and the end of Immunity: England's House of Lord holds that a former Head of State is not Immune for torture," Temple International and Comparative Law Review 14 (Fall 2000)(Lexis. 3 January 2005).

<sup>16</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.240

<sup>17</sup> Lewis C. J., State and Diplomatic Immunity, 3<sup>rd</sup> edition (London: Lloyd's of London Press, 1990), p.100.

<sup>18</sup> Shobha Varughese George, "Head-of-State immunity in The United State Courts: still confused after all these years," Fordham Law Review 1051(December 1995)(Lexis. 3 January 2005).

รัฐมีอำนาจอธิปไตย และใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางผู้แทนของรัฐ เพื่อดำเนินกิจการต่างๆที่เกี่ยวกับรัฐ เพราะรัฐเป็นเพียงองค์ภาวะทางนิตินัยที่ไม่มีชีวิต ผู้นำรัฐจึงเป็นเสมือนตัวแทนของรัฐ เป็นผู้แสดงออกถึงความต้องการของรัฐในการดำเนินกิจการของรัฐ ผู้นำรัฐจึงควรได้รับการเคารพจากรัฐอื่นๆด้วย ความคุ้มกันจึงเป็นสิทธิพิเศษที่ผู้นำรัฐได้รับตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นสิทธิที่เกิดจากตำแหน่งอันเกี่ยวพันกับรัฐ ไม่ใช่เนื่องจากสภาพบุคคลของตัวผู้นำรัฐเอง

นอกจากนี้ความคุ้มกันของผู้นำรัฐยังได้รับอิทธิพลอย่างมากจากหลักความคุ้มกันทางการทูตด้วย เพราะความคุ้มกันของผู้นำรัฐดูเหมือนจะเป็นสิ่งที่สัมพันธ์กับจุดมุ่งหมายของทั้งความคุ้มกันของรัฐ และความคุ้มกันทางทูต โดยพิจารณาถึงระดับที่เหมาะสมของความเคารพผู้นำรัฐของรัฐต่างชาติ ในฐานะที่เป็นสัญลักษณ์ของความเป็นอิสระของรัฐนั้นๆ และเป็นการรับรองว่าเขาจะไม่ถูกละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ทางการทูต ผู้นำรัฐปฏิบัติหน้าที่ในงานทางการทูตที่มีลักษณะพิเศษ และอยู่ในช่วงเวลาที่สำคัญเมื่อเดินทางไปยังรัฐอื่น ดังนั้นวัตถุประสงค์ของความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงมีเพื่ออนุญาตให้ผู้นำรัฐปฏิบัติหน้าที่เจริญความสัมพันธ์ทางทูตได้อย่างอิสระ และเป็นการรับประกันว่าผู้นำรัฐจะมีอิสระในการเดินทางไปยังรัฐต่างชาติ ซึ่งเป็นการรักษาจุดมุ่งหมายดั้งเดิมของความคุ้มกันของอธิปไตย เพราะการที่จะให้ผู้นำรัฐอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐต่างชาติเป็นการฝ่าฝืนอำนาจอธิปไตยของรัฐระดับหนึ่ง<sup>19</sup>

เราสามารถแบ่งความหมายของผู้นำรัฐได้ดังนี้

1). ประมุขของรัฐ (Head of State) คือบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ที่สูงที่สุดของรัฐนั้น ภายใต้กฎหมายธรรมนูญของรัฐนั้นๆ เป็นองค์กรหน้าที่ทำหน้าที่ในการแลกเปลี่ยนและทำหน้าที่เป็นตัวแทนทางการทูต เป็นเจตจำนงสูงสุดของรัฐ และเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการเป็นตัวแทนในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ภายใต้ข้อกำหนดของธรรมนูญของรัฐ ประมุขของรัฐไม่ใช่ผู้ที่ติดอยู่ในความสัมพันธ์ส่วนตัวอย่างเป็นทางการอื่น แต่ได้รับการคุ้มกันพิเศษ (special protection) เมื่อเขาอยู่ในดินแดนของรัฐต่างชาติ ประมุขของรัฐอาจจะเป็นกษัตริย์, ประธานาธิบดี หรือผู้ที่ได้รับการเลือกขึ้นมาเป็นประมุขของรัฐ ซึ่งประมุขของรัฐเหล่านี้จะได้รับการคุ้มกันพิเศษเช่นเดียวกันเมื่อพวกเขาเดินทางไปต่างประเทศ

2). ประมุขของรัฐบาล (Head of Government) เป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งภายใต้กฎหมายธรรมนูญของรัฐนั้น ประมุขของรัฐในทางจารีตแล้ว ดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตผ่านทางรัฐบาลซึ่งประมุขหรือหัวหน้าของรัฐบาลนี้มีความรับผิดชอบในทางทั่วไปของ

<sup>19</sup> Michael A. Tunks, "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity," Duck Law Journal 651(December 2002)( Lexis. 3 January 2005).

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐ เมื่อเดินทางไปต่างประเทศ ประมุขของรัฐบาลได้รับการคุ้มกันพิเศษจากรัฐต่างประเทศนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของประมุขของรัฐบาลนั้น โดยทั่วไปมีระบบอยู่ 2 ระบบ ระบบแรกคือ ตามตำแหน่งประมุขของรัฐบาลนั้นแยกจากประมุขของรัฐ และระบบที่สองคือ ตามตำแหน่งประมุขของรัฐบาลนั้นได้รับการระบุว่าเป็นตำแหน่งของประมุขของรัฐ ระบบแรกที่ได้เห็นได้ เป็นระบบของสหราชอาณาจักรที่มีประธานาธิบดีเป็นหัวหน้ารัฐบาล และมีพระราชินีเป็นประมุขของรัฐ ส่วนระบบที่สองจะเป็นแบบสหรัฐอเมริกา ที่ประมุขของรัฐ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นประมุขของรัฐบาลด้วย<sup>20</sup>

ดังนั้นผู้นำรัฐที่ยอมรับกันมาแต่ดั้งเดิมนั้น หมายถึงประมุขของรัฐ และประมุขของรัฐบาลด้วย ขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นจะปกครองแบบไหน ซึ่งทั้งประมุขของรัฐและประมุขของรัฐบาลก็ จะได้รับความคุ้มกันแบบเดียวกัน แต่ในปัจจุบันได้มีปัญหาเกิดขึ้นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ ต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกันเทียบเท่ากับผู้นำรัฐหรือไม่ อย่างไร ซึ่งเราจะได้ศึกษาจากคดี ที่จะกล่าวถึงในบทต่อไป ดังนั้นจึงควรมาศึกษาความหมายของรัฐมนตรีว่าการกิจการต่างประเทศ กันก่อนว่ามีหมายถึงผู้ใด

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Minister for Foreign Affairs) ก็เป็นผู้ที่โดยปกติทำหน้าที่อยู่ระหว่างรัฐของตนและรัฐต่างชาติ ซึ่งตามระเบียบแล้วงานเหล่านี้เป็นงานของเขา และเจ้าหน้าที่ของเขา ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ก็จะรู้จักกันในนามของกระทรวงการต่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนี้ทำงานทุกวันเกี่ยวกับกิจการของกระทรวง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรอง และในการรับตัวแทนทางการทูต หรือเจ้าหน้าที่อื่นๆของรัฐต่างชาติ นอกจากนี้ตัวเขาเองยังต้องเข้าร่วมในการประชุมระหว่างประเทศ และการชุมนุมพิเศษต่างๆ ขณะที่อยู่ในรัฐของตน เขาก็จะถูกควบคุมโดยกฎหมายภายใน ส่วนการปฏิบัติหน้าที่ของเขาในกิจการที่เกี่ยวข้องกับรัฐต่างชาติ ตำแหน่งของเขาก็จะถูกจำกัดความโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจจุบันเมื่อรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่พิเศษในสาขาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเขาเหล่านั้นก็ได้รับการคุ้มกันพิเศษ เมื่อไรก็ตามที่พวกเขาอยู่ในรัฐต่างชาติ ไม่ว่าจะการมาเยือนของเขาจะเป็นเช่นไรก็ตาม<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Franciszek Przetacznik, Protection of Officials of Foreign States according to International Law (Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 1983), p.16.

<sup>21</sup> *Ibid.*

### 1.1.2.3 ความคุ้มกันทางทูตและทางกงสุล

ความคุ้มกันทางทูต เป็นสิทธิของรัฐผู้ส่ง หรือที่รัฐผู้ส่งมีอยู่ในตัวตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นสิทธิของรัฐผู้ส่งไม่ใช่ของผู้แทนทางทูตของรัฐผู้ส่งดังนั้นการสละความคุ้มกันจึงให้รัฐผู้ส่งเป็นผู้สละ ผู้แทนทางทูตจะสละเสียเองไม่ได้ รากฐานของความคุ้มกันทางการทูตมีทฤษฎีที่มาสนับสนุนอยู่ 3 ทฤษฎี คือ

ทฤษฎีแรกคือลักษณะตัวแทนของผู้แทนทางการทูต

ช่วงนี้รัฐส่วนใหญ่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ผู้แทนทางการทูต จึงถือว่าเป็นตัวแทนของพระมหากษัตริย์ ใครละเมิดทูตก็เท่ากับว่า ก่อความเสียหายทางเกียรติยศต่อองค์พระมหากษัตริย์ แต่ต่อมาผู้แทนทางการทูตมิได้เป็นตัวแทนส่วนพระองค์ของพระมหากษัตริย์ดังแต่ก่อน แต่เป็นตัวแทนของรัฐอธิปไตย ทฤษฎีนี้จึงได้รับความนิยมนลดลง

ทฤษฎีต่อมาคือทฤษฎีสภาพนอกอาณาเขต

สาระสำคัญของทฤษฎีนี้อยู่ที่ว่าผู้แทนทางทูตไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐที่ตนเข้ามาประจำ โดยมีเหตุผลว่า ผู้แทนทางทูตมิได้ออกไปจากดินแดนแห่งชาติของตนเลย สถานทูตก็เป็นดินแดนของรัฐผู้ส่ง ทฤษฎีนี้เป็นสภาพสมมุติขึ้นเท่านั้น ซึ่งไม่ตรงกับความเป็นจริง จนในที่สุดทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ได้รับความนิยมอีกต่อไป

ทฤษฎีสุดท้ายคือทฤษฎีประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ และถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ

ทฤษฎีนี้ถือว่ามูลฐานของความคุ้มกันมาจากความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของนักการทูต ว่าถ้าหากไม่ได้รับสิทธิพิเศษทั้งปวงที่อาจจะประกันความสำเร็จโดยชอบในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความปลอดภัยเต็มที่ ด้วยความเป็นอิสระ และด้วยความซื่อสัตย์ ก็จะไม่บรรลุจุดมุ่งหมายในการมีนักการทูต และหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกันว่า การปฏิบัติที่เกื้อกูลของรัฐหนึ่งต่อรัฐหนึ่ง ก็ย่อมได้รับผลในทางปฏิบัติในการทำงานของเกื้อกูลกันจากรัฐอื่นๆเช่นเดียวกัน

ทฤษฎีนี้สามารถอธิบายเหตุผลต่างๆในการให้ความคุ้มกันทางการทูตได้อย่างมีเหตุผล จึงได้รับความเชื่อถือและยอมรับกันอย่างกว้างขวางมาจนถึงปัจจุบัน<sup>22</sup>

ชุมพร ปัจจุสานนท์<sup>23</sup> ได้ให้ความเห็นต่อความหมายของคำว่า “การทูต” ว่าหมายถึงความถึง การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตัวแทนของรัฐ ส่วนกฎหมายการทูตนั้น

<sup>22</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 2* น.234-237.

<sup>23</sup> ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์, “กฎหมายการทูต” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 10, ( นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), น. 187.

หมายความว่า หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มุ่งบังคับในการดำเนินความสัมพันธ์นั้นๆ และอธิบายต่อไปว่า เมื่อการทูต หมายความว่า การดำเนินนโยบายต่างประเทศ และการทำให้นโยบายนั้นสัมฤทธิ์ผล โดยอาศัยนักการทูตเป็นสำคัญ นักการทูตจึงมีหน้าที่ในการดำเนินการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญาต่างประเทศ ดังนั้น วิชากฎหมายการทูตในมุมมองกว้าง นอกจากจะเกี่ยวข้องกับเรื่องเอกสิทธิ์และความคุ้มกันแล้ว ยังครอบคลุมไปถึงการประชุมระหว่างประเทศและการทำสนธิสัญญาอีกด้วย

อันที่จริงแล้วสิทธิที่จะทำการติดต่อ หรือสิทธิในการที่จะรับหรือส่งผู้แทนทางการทูตได้มีมาช้านานแล้ว จากแนวทางปฏิบัติของรัฐในเรื่องนี้ก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีทางด้านการทูตขึ้น แต่เนื่องจากว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีลักษณะไม่แน่นอน ไม่กระจ่างชัด จึงยากต่อการนำมาใช้หรือก่อให้เกิดความลึกลับในการปฏิบัติ ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายจารีตประเพณีควรบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าว จึงได้มีความพยายามที่จะประมวล (Codify) กฎหมายจารีตประเพณีออกมาในรูปแบบของลายลักษณ์อักษรว่าด้วยด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ซึ่งมีชื่อว่า “อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต 1961 (Vienna Convention and Diplomatic Relations 1961)”<sup>24</sup> และนอกจากนี้ยังมีอนุสัญญาอื่นอีกที่เกี่ยวข้องได้แก่ “อนุสัญญาเกี่ยวกับการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมที่กระทำต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศอันรวมถึงตัวแทนทางการทูต” (Convention and the prevention and punishment of crimes against internationally protected persons, including diplomatic agent 1973)<sup>25</sup> เป็นต้น.

โดยทั่วไปแล้ว วิธีการทางการทูตเกิดขึ้นจากหลายสาเหตุ รัฐอาจจัดตั้งและรักษาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ติดต่อสื่อสารระหว่างรัฐ ดำเนินการทางนโยบาย หรือ ทางกฎหมายระหว่างรัฐ ผ่านทางผู้แทนของรัฐ โดยปกติแล้ว วิธีการทางการทูตจะเกิดขึ้นระหว่างรัฐ ในการทำสงคราม หรือมีการขัดกันทางทหาร แต่แนวคิดสัมพันธ์กับการติดต่อสื่อสาร ไม่ว่าจะมีความขัดแย้งหรือเพื่อมิตรภาพ หรือ ในทางศัตรู ซึ่งวิธีการทางการทูตนี้จะนำมาใช้มากกว่าที่จะใช้รูปแบบของมาตรการทางเศรษฐกิจ หรือทางทหาร ซึ่งปกติแล้วจะส่งทูตไปประจำยังรัฐอื่นอย่างถาวร<sup>26</sup>

<sup>24</sup> <http://www.un.org/law/ilc/texts/diplomat.htm>,

<sup>25</sup> *Ibid*, p.188-189.

<sup>26</sup> Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 5<sup>th</sup> Edition (New York: Oxford University Press, 1998), p.349.

ผู้แทนทางทูตมีความคุ้มกันที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้วิธีพิจารณาความ หรือความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองของรัฐผู้รับ ความคุ้มกันนี้ยังรวมถึงความคุ้มกันทางทรัพย์สิน และที่อยู่อาศัย ดังนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับจะตรวจค้น อาศัยหรือกระทำการอันเป็นการละเมิดมิได้ ซึ่งแน่นอนว่ารวมถึงความคุ้มกันที่จะไม่ถูกบังคับคดีด้วย<sup>27</sup>

สิทธิพิเศษที่ผู้แทนทางการทูตได้รับตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับประมุขของรัฐ คือ

#### 1) สิทธิล่วงละเมิดมิได้ (Inviolability)

ประกอบด้วยสิทธิล่วงละเมิดมิได้ในตัวบุคคลของผู้แทนทางการทูต

มาตรา 29 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1961 ห้ามจับกุมหรือกักขังในรูปใดใด และกระทำการอันกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพและเกียรติยศของผู้แทนทางการทูต รัฐผู้รับต้องปฏิบัติต่อผู้แทนทางการทูตด้วยความเคารพตามสมควร การจับผู้แทนทางการทูต แม้ว่าจะกระทำโดยพลั้งเผลอก็เป็นเรื่องใหญ่โต ในปี ค.ศ. 1953 ตำรวจสหรัฐได้จับทูตอิหร่านในข้อหาขับรถเร็ว ซึ่งมีผลทำให้ตำรวจผู้จับถูกลงโทษให้ออกจากราชการ

#### 2) สิทธิได้รับยกเว้นในทางศาล

สิทธิดังกล่าวเป็นหลักประกันในการปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระของคณะทูตและเป็นการให้เกียรติในฐานะตัวแทนของรัฐ มาตรา 31 อนุสัญญากรุงเวียนนาระบุให้สิทธิผู้แทนทางการทูตไม่ถูกฟ้องร้องทั้งในคดีอาญาและคดีแพ่ง แม้ว่าจะเป็นการกระทำนอกหน้าที่ก็ตาม แต่ถ้าทูตไปกระทำผิดอาญา รัฐที่ทูตไปประจำอยู่ก็อาจจะร้องขอให้รัฐบาลทูตเรียกตัวกลับ และอาจขอให้ลงโทษด้วย

ส่วนความคุ้มกันทางกงสุล ผู้แทนทางกงสุลจะต้องได้รับอำนาจจากรัฐผู้ส่ง และได้รับการตอบรับอย่างเป็นทางการจากรัฐผู้รับ รัฐผู้รับต้องให้ผู้แทนทางกงสุลปฏิบัติหน้าที่และ ต้องเสนอความคุ้มกันพิเศษอย่างเหมาะสม ซึ่งสูงกว่าที่ให้กับคนต่างชาติโดยทั่วไป<sup>28</sup>

ผู้แทนทางกงสุลไม่ได้มีหน้าที่ดำเนินการระหว่างรัฐสองรัฐ แต่ปฏิบัติหน้าที่ในการป้องกันผลประโยชน์ทางการพาณิชย์ และผลประโยชน์อื่นๆของรัฐผู้แต่งตั้ง และตอบสนองในส่วนที่เป็นการช่วยเหลือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความเป็นชาติของรัฐนั้นๆ เช่นให้ความช่วยเหลือและให้คำปรึกษา คนชาติของตนว่าเขาควรจะถูกจับกุมคุมขังในรัฐนั้นๆหรือไม่ เป็นต้น และจะต้องทำหน้าที่เป็น

<sup>27</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.87.

<sup>28</sup> Ian Brownlie, *supra note* 26, p. 365.

พยานที่สำคัญ เช่น ลงชื่อยืนยัน และ ให้การรับรองทางกฎหมาย, จดทะเบียนสมรส, จดทะเบียน  
 แฉงเกิด หรือแฉงตาย เป็นต้น<sup>29</sup>

#### 1.1.2.4 ความคุ้มกันของเจ้าหน้าที่ระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ยังมีความคุ้มกันที่ให้กับองค์การระหว่างประเทศและเจ้าหน้าที่ขององค์การ  
 ระหว่างประเทศด้วย<sup>30</sup> แต่เนื่องจากเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศนั้นปฏิบัติหน้าที่เพื่อ  
 ผลประโยชน์ขององค์การระหว่างประเทศโดยตรง<sup>31</sup> แต่ผู้นำรัฐ, ทูต และกงสุล ปฏิบัติหน้าที่เพื่อ  
 ผลประโยชน์ของรัฐหรือของประเทศเป็นหลัก ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกัน จึงไม่นำความคุ้มกัน  
 ของเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศมากล่าวในรายละเอียด

ความแตกต่างของความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับความคุ้มกันประเภทอื่น

ความแตกต่างระหว่างความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับความคุ้มกันทางทูต

แม้ว่าหลักทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานในเรื่องการให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐ และความคุ้มกัน  
 ทางทูตเป็นเรื่องเดียวกัน คือเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของรัฐ เป็นไปอย่างมี  
 ประสิทธิภาพ แต่ก็ยังมีความแตกต่างระหว่างความคุ้มกันสองประเภทนี้

สิ่งที่เห็นได้ชัดคือ เรื่องสถานะของกฎหมาย เพราะในขณะที่ความคุ้มกันของผู้นำรัฐไม่มี  
 บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ความคุ้มกันทางทูตมีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย  
 ความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961) ใน  
 มาตรา 29 ของอนุสัญญานี้ก็ได้บัญญัติเรื่องความคุ้มกันเกี่ยวกับตัวบุคคลของผู้แทนทางทูตไว้  
 โดยให้ความคุ้มกันโดยเด็ดขาด และไม่จำกัดขอบเขต ครอบคลุมถึงการกระทำทุกประการ ไม่  
 จำกัดเฉพาะแต่ที่ปฏิบัติหน้าที่ทางการของตัวแทนทางการทูตเท่านั้น<sup>32</sup> และการกระทำใดๆที่ผู้แทน  
 ทางทูตได้กระทำขึ้นตามตำแหน่งหน้าที่ราชการในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้แทนทางการทูตอยู่  
 ย่อมได้รับความคุ้มกันในการกระทำนั้นต่อไป แม้ว่าผู้แทนทางการทูตนั้นจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว

<sup>29</sup> Antonio Cassese, *supra note 13*, p. 95.

<sup>30</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27* น.88.

<sup>31</sup> C. Wilfred Jenks, *International Immunities* (Kent : Staples Printers Limited at their Rochester, Kent establishment, 1961), p. 4.

<sup>32</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961 in Article 29:

“ The person of diplomatic agent shall be inviolable. He shall not be liable to any form of arrest or detention. The receiving State shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, freedom or dignity.”

ก็ตาม นอกจากนี้ในเรื่องคำจำกัดความของตัวแทนทางการทูตก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 1(e) ของอนุสัญญาว่า หมายถึงใคร ทั้งยังแยกประเภทของทูตอย่างชัดเจนในมาตรา 14(1) ของอนุสัญญาเดียวกันนี้อีกด้วย

ความแตกต่างระหว่างความคุ้มกันระหว่างผู้นำรัฐและความคุ้มกันทางกงสุล เช่นเดียวกับกับเรื่อง ความแตกต่างของความคุ้มกันของผู้นำรัฐ กับความคุ้มกันทางทูต สิ่งที่แตกต่างกันก็คือเรื่องสถานะทางกฎหมาย ขณะที่ความคุ้มกันของผู้นำรัฐมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศ ความคุ้มกันทางกงสุลก็มีสถานะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ความคุ้มกันทางกงสุลจะมีข้อจำกัดกว่าความคุ้มกันทางทูต เนื่องจากหน้าที่ที่รับผิดชอบของตัวแทนทางทูตมีมากกว่า ความคุ้มกันทางกงสุลนั้นก็ยังมีบัญญัติไว้เหมือนกันอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (The Vienna Convention on Consular Relation, 1963) ในมาตรา 41 ย่อหน้า 1 มีหลักเรื่องความละเมิดมิได้ในตัวบุคคล โดยหลักแล้ว พนักงานฝ่ายกงสุลจะไม่ตกเป็นผู้ถูกกักขังหรือจับกุมในระหว่างการพิจารณาคดี เว้นแต่เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงและตามคำวินิจฉัยของศาล นอกจากนี้ ยังมีเรื่องคำจำกัดความที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 1 (1-d) อีก

## 1. 2. เงื่อนไขในการให้ความคุ้มกัน

### 1.2.1 เงื่อนไขอันเนื่องมาจากคุณสมบัติของตัวบุคคล

#### 1.2.1.1 คุณสมบัติของผู้นำรัฐ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในหัวข้อ 1.2.2 ถึงความหมายของผู้นำรัฐ ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปว่า ผู้นำรัฐนั้นแบ่งเป็น 2 ประเภท ขึ้นอยู่กับการปกครองของแต่ละประเทศ ทฤษฎีคุณสมบัติของผู้นำรัฐตามเงื่อนไขอันเนื่องมาจากตัวบุคคลนี้ มาจากแนวความคิดที่ว่า รัฐกับผู้นำรัฐเป็นบุคคลคนเดียวกัน จึงเกิดเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีขึ้นมาว่า ผู้นำรัฐที่ดำรงตำแหน่งอยู่จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐอย่างเด็ดขาด แต่ต่อมาแนวคิดนี้ก็เปลี่ยนไป โดยยอมรับว่า ผู้นำรัฐต่างประเทศอาจถูกฟ้องร้องในการกระทำที่เป็นการค้าพาณิชย์ และการกระทำในทางส่วนตัวซึ่งไม่เกี่ยว หรือไม่เกี่ยวข้องไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ

### 1.2.1.2 คุณสมบัติของตัวแทนทางการทูต

ตัวแทนทางการทูตนั้น ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relation, 1961) ได้ให้ความหมายระบุไว้ในข้อ 1 (e) ว่าหมายถึง หัวหน้าของคณะผู้แทน หรือบุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายทูตของคณะผู้แทน และหัวหน้าคณะผู้แทนทางการทูตนั้นก็ยังแบ่งออกเป็น 3 ชั้น ตามข้อ 14 คือ

(1) ชั้นเอกอัครราชทูต หรือเอกอัครสมณทูต ซึ่งแต่งตั้งไปยังประมุขของรัฐ และหัวหน้าคณะผู้แทนอื่นที่มีชั้นเท่ากัน

(2) ชั้นรัฐทูต อัครราชทูต และอัครสมณทูต ซึ่งแต่งตั้งไปยังประมุขของรัฐ

(3) ชั้นอุปทูต ซึ่งแต่งตั้งไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ

ส่วนในข้อ 29 ของอนุสัญญากรุงเวียนนานี้ยังได้ระบุไว้ชัดเจนว่า ตัวบุคคลของตัวแทนทางการทูตจะถูกละเมิดมิได้ ตัวแทนทางทูตจะไม่ถูกจับกุมหรือกักขังในรูปใด ให้รัฐผู้รับปฏิบัติต่อตัวแทนทางทูตด้วยความเคารพตามสมควรและดำเนินการที่เหมาะสมทั้งหมดที่จะป้องกันการประทุษร้ายใดต่อตัวบุคคล เสรีภาพหรือเกียรติของตัวแทนทางทูต<sup>33</sup>

จะเห็นได้ชัดว่า แม้ว่าหลักทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานในเรื่องการให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐ และความคุ้มกันทางการทูตเป็นเรื่องเดียวกัน คือ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ก็ยังมีความแตกต่าง คือเรื่องสถานะของกฎหมาย เพราะในขณะที่ความคุ้มกันทางทูตมีอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ในข้อ 29 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้บัญญัติถึงเรื่องความคุ้มกันเกี่ยวกับตัวบุคคลของผู้แทนทางทูตไว้ โดยให้ความคุ้มกันโดยเด็ดขาด และไม่จำกัดขอบเขต ครอบคลุมถึงการกระทำทุกประการ ไม่จำกัดเฉพาะแต่ที่ปฏิบัติหน้าที่ทางการของตัวแทนทางการทูตเท่านั้น และการกระทำใดๆที่ผู้แทนทางการทูตได้กระทำขึ้นตามตำแหน่งหน้าที่ราชการในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้แทนทางการทูตอยู่ ย่อมได้รับความคุ้มกันในการกระทำนั้นต่อไป แม้ว่าผู้แทนทางการทูตนั้นจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม

<sup>33</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relation, 1961 in Article 29:

“The person of diplomatic agent shall be inviolable. He shall not be liable to any form of arrest or detention. The receiving State shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, Freedom or Dignity”

## 1.2.2 เงื่อนไขอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่

### 1.2.2.1 การกระทำตามตำแหน่งหน้าที่ราชการโดยแท้

การกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้การรับรองว่าผู้นำรัฐและอดีตผู้นำรัฐต่างประเทศ จะได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากการกระทำนั้นได้ทำตามตำแหน่งหน้าที่ราชการในฐานะอธิปไตย เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินการต่างๆของรัฐ แทนรัฐ เพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ และเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการในขอบอำนาจหน้าที่ของผู้นำรัฐเท่านั้น ความคุ้มกันในกรณีเช่นนี้จึงมีอยู่ทั้งในขณะที่ดำรงตำแหน่งอยู่และคงมีอยู่ต่อไปแม้จะพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นความคุ้มกันของอดีตผู้นำรัฐนั่นเอง การกระทำในลักษณะนี้จึงถือเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐโดยแท้ ซึ่งในทางปฏิบัติประชาคมระหว่างประเทศส่วนใหญ่ก็สนับสนุนแนวความคิดนี้

### 1.2.2.2 การกระทำตามตำแหน่งหน้าที่ราชการ แต่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐ

#### 1) กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งของรัฐ

การกระทำของผู้นำรัฐนั้นเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ราชการ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ จึงเป็นการที่ได้กระทำกิจการนั้นในฐานะที่ตนเองเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐ ประหนึ่งว่ารัฐได้กระทำการนั้นด้วยตัวของรัฐเอง ผู้นำรัฐจึงได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกับที่รัฐได้รับด้วย โดยได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity)

#### 2) กระทำในลักษณะที่เป็นเชิงการค้าพาณิชย์

เป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ ที่มีลักษณะเป็นเชิงการค้าพาณิชย์นั้น เป็นกิจกรรมที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ จึงมีผลทำให้ผู้นำรัฐก็อาจไม่ได้รับความคุ้มกันสำหรับการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการซึ่งมีลักษณะเป็นเชิงการค้าพาณิชย์เมื่อถูกฟ้องร้องคดี เพราะฉะนั้นการกระทำลักษณะแบบนี้ทำให้เห็นได้ว่าจะได้รับความคุ้มกันอย่างจำกัด (Restrictive Immunity)

### 1.2.2.3 การกระทำในทางส่วนตัว (Private Act)

การกระทำในทางส่วนตัวนี้เป็นการกระทำที่ผู้นำรัฐไม่ได้รับความคุ้มกัน แม้ขณะดำรงตำแหน่งอยู่ก็ตาม เนื่องจากรัฐไม่ได้ประโยชน์จากการกระทำนั้น เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว ผู้นำรัฐนั่นเองโดยตรง ดังนั้นผู้นำรัฐที่กระทำการในทางส่วนตัวจึงต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนกระทำลงไปเองจะนำเรื่องความคุ้มกันมาอ้างให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้<sup>34</sup>

<sup>34</sup> ศรัณยา สีมา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8 น. 58-63.