บทที่ 4

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 และการใช้ในประเทศไทย

การพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

ในการศึกษาเกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทย โดยที่ผู้วิจัยได้ใช้กรณีศึกษาอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 นั้น ประเด็นหนึ่งซึ่งจะต้องกล่าวถึงคืออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 นั้น มีส่วนใดที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศบ้าง

เนื่องจาก อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 นี้ เป็นอนุสัญญาที่ร่างขึ้นมา โดยอาศัยหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเดิมส่วนหนึ่ง โดยเฉพาะเนื้อหาของหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันกรณีศึกษาอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 จึงต้องศึกษาถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาดังกล่าว และในบทนี้จะเน้นการพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญานี้

การพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เรื่องหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 นี้ ก็เหมือนกับการพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป คือ จะต้องมีองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างครบถ้วน นั่นคือ มีแนวทางปฏิบัติจากรัฐต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก (state practise) และองค์ประกอบทางด้านจิตใจที่รัฐนั้น ๆ ได้ปฏิบัติอันเนื่องมาจากมีความเชื่อมั่นว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) เป็นประเด็นสำคัญ ส่วนการที่จะศึกษาองค์ประกอบทั้งสองสามารถพิจารณาได้จากหลักฐานที่ก่อให้เกิดองค์ประกอบดังกล่าว อาทิเช่น หลักฐานจากทาง

ปฏิบัติและการกระทำในการกล่าวอ้างเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางกงสุลของรัฐต่าง ๆ หรือหลักฐานจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศหรือศาลภายใน ในเรื่องเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางกงสุล และเวลาในการเกิดหลักเกณฑ์การยอมรับในเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางกงสุลนั้น ๆ

การวิจัยนี้ ผู้วิจัยจะขอพิจารณาโดยเริ่มจากความคุ้มกันก่อนในส่วนแรก และเอกสิทธิ์ในส่วนต่อไป ดังนี้

1. **ความคุ้มกันทางกงสุล**

ความคุ้มกัน หรือ Immunity มาจากภาษาลาติน Immunitas หมายถึง อิสรภาพจากการบริการสาธารณะ เสรีภาพในการยกเว้นพันธะใด ๆ [1] Immunis แปลว่าการที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้ภาระบางประการ

หลวงวิสูตร อรรถยุกติ กล่าวถึง Immunity หรือความคุ้มกันว่า "เป็นสิทธิของรัฐผู้ส่งที่มีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะต้องได้รับความคุ้มครองของรัฐผู้รับจากการละเมิดต่าง ๆ รัฐผู้รับมีหน้าที่ที่จะต้องประสานให้เพื่อประกันการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพของตัวแทนรัฐผู้ส่งในรัฐผู้รับ" [2]

---

[1] สัจจพันธ์ อัตถากร, การให้เอกสิทธิ์ทางการทูตของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีการยกเว้นภาษีอากร (พระนคร : วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 9.

[2] หลวงวิสูตร อรรถยุกติ, ความละเมิดมิได้ในตัวบุคคลและความคุ้มกันจากอำนาจพิจารณาพิพากษาของบุคคลในสถานที่ทำการทางกงสุลอาชีพ ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ฉบับลงวันที่ 24 เมษายน ค.ศ.1963 (2506), วารสารสราญรมย์ ปีที่ 19 (พระนคร : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2512), หน้า 10.

อย่างไรก็ตาม SATOW ได้กล่าวถึงเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล ว่ายากที่จะให้คำจำกัดความถึงความแตกต่างของคำทั้งสองได้ และบ่อยครั้งก็มักจะใช้รวม ๆ กันไป ทว่าเขาก็พยายามยกตัวอย่างเพื่อจะแยกให้เห็นถึงความแตกต่าง โดยความคุ้มกันนั้นจะหมายความไปในด้านความคุ้มกันจากการมีผลใช้บังคับของกฎหมายสารบัญญัติภายในรัฐผู้รับ เช่น จากกระบวนการพิจารณาทางศาล เป็นต้น [3]

ในเรื่องความคุ้มกันทางกงสุลที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 นั้น ตามข้อบทสามารถจำแนกออกได้ คือ

1.1. **ความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุล** (inviolability of the consular premises)

ข้อ 1(j) ของอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 ได้ให้คำนิยามของสถานที่ทำการทางกงสุล (consular premises) ว่าหมายถึง อาคารหรือส่วนของอาคารและที่ดินซึ่งติดอยู่กับอาคารเหล่านั้น ที่ใช้โดยเฉพาะเพื่อความประสงค์ของสถานที่ทำการทางกงสุล โดยไม่คำนึงถึงกรรมสิทธิ์

ข้อ 31 ของอนุสัญญาฯได้บัญญัติเกี่ยวกับความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุลต่อไป เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับจะไม่เข้าไปในส่วนของสถานที่ทางกงสุล ซึ่งใช้เพื่อความมุ่งประสงค์ทางการงานของสถานที่ทำการทางกงสุลโดยเฉพาะ เว้นแต่ด้วยความยินยอมของหัวหน้าสถานที่ทำการทางกงสุลหรือของผู้ที่หัวหน้าสถานที่ทำการทางกงสุลแต่งตั้งหรือของหัวหน้าคณะผู้แทนทางทูตของรัฐผู้ส่ง อย่างไรก็ดีในกรณีเพลิงไหม้หรือวินาศภัยอื่น ๆ ที่จำต้องการการกระทำในทางป้องกันโดยพลัน อาจถือเอาได้ว่าได้รับความยินยอมของหัวหน้าสถานที่ทำการทางกงสุลแล้ว

---

[3] SATOW. Guide to Diplomatic Practise, London. p.15.1

แต่ก่อนที่จะกล่าวในรายละเอียดของความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุล คงต้องทำความเข้าใจกับความหมายของคำว่า "ความละเมิดมิได้" (inviolability) ว่าเหมือนหรือแตกต่างจากคำว่า "ความคุ้มกัน" (immunity) อย่างไร และเพราะเหตุใดผู้วิจัยจึงนำเรื่องความละเมิดมิได้มาอยู่ในหมวดของความคุ้มกัน

ในประเด็นนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า โดยทั่วไปความคุ้มกันหรือ immunity จะสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะที่สำคัญ คือ ความละเมิดมิได้ (inviolability) และความคุ้มกันจากอำนาจศาล (jurisdictional immunities) สิ่งสำคัญของความแตกต่างซึ่งถือมาแต่เดิมก็คือว่าลักษณะของความละเมิดมิได้ จะมีผลให้มีผู้แทนทางทูตหรือกงสุลนั้นได้รับมาตรการป้องกัน (protection) จากรัฐผู้รับโดยสมบูรณ์ แต่ถ้าเป็นความคุ้มกันจากอำนาจศาล จะมีส่วนที่เป็นข้อยกเว้น (exception) ไม่สมบูรณ์เสียทีเดียว [4] ในปัจจุบันขอบเขตของความละเมิดมิได้ถูกจำกัดให้แคบลง โดยลักษณะที่จัดเป็นความละเมิดมิได้มีดังนี้ คือ ความละเมิดมิได้ในตัวบุคคล ความละเมิดมิได้ต่อการติดต่อสื่อสาร ความละเมิดมิได้ในสถานที่และบรรณสารเอกสาร ส่วนความคุ้มกันจากอำนาจศาล จำแนกออกได้เป็นความคุ้มกันจากอำนาจศาลอาญา และความคุ้มกันจากอำนาจศาลทางแพ่งและทางปกครอง

ดังนั้น จากประเด็นดังกล่าว จึงน่าจะถือได้ว่าความละเมิดมิได้คือส่วนหนึ่งของหลักการได้รับความคุ้มกันได้ ผู้วิจัยจึงนำหลักเรื่องความละเมิดมิได้ มาอธิบายไว้ในหมวดของหลักเรื่องความคุ้มกัน (immunity)

สำหรับหลักเอกสิทธิ์เรื่องความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุลนี้เป็นผลมาจากแนวคิดทางทฤษฎีที่พยายามจะอธิบายถึงการมีอยู่ของหลักดังกล่าว คือ [5]

---

[4] Luke T Lee. Consular Law and Practice. Clarendon Press : Oxford 1991, pp.386-387.

[5] ผดุง ปัทมะสังข์. เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร 2520-2521, หน้า 21.

1. ทฤษฎีไม่ให้ความคุ้มกันในสถานที่ทำการทางกงสุลเลย (No Immunity) โดยทฤษฎีนี้ไม่เห็นด้วยกับการให้เอกสิทธิ์ในความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุล โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากสถานที่ทำการทางกงสุล มิใช่สถานที่ทำการทางการทูตที่จะได้รับความคุ้มกัน ประกอบกับตามหลักจารีตประเพณีเดิมถือว่าความคุ้มกันที่กงสุลจะได้รับมีเพียงเรื่องของความละเมิดมิได้ในบรรณสารเอกสารทางกงสุลเท่านั้น

2. ทฤษฎีที่ให้ความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์ (Absolute Immunity) ทฤษฎีนี้มีเบื้องหลังเนื่องจากการให้ความสำคัญแก่อำนาจอธิปไตยของรัฐอย่างเด็ดขาด ดังนั้น สถานที่ทำการทางกงสุลที่รัฐตนตั้งอยู่ ซึ่งเป็นสถานที่ทำการทางกงสุลของรัฐตนนั้น จึงอยู่ในอำนาจอธิปไตยของรัฐตนอย่างสมบูรณ์ รัฐอื่นไม่สามารถละเมิดได้ในสถานที่ทำการทางกงสุลของตนได้ แนวคิดนี้ได้รับการยึดถือและปฏิบัติจากประเทศคอมมิวนิสต์กันถ้วนหน้า โดยเฉพาะในระหว่างที่โลกแบ่งเป็นค่ายคอมมิวนิสต์และประชาธิปไตยสมัยสงครามเย็น

3. ทฤษฎีการให้ความคุ้มกันภายในเงื่อนไขที่กำหนด (Conditional Immunity) ทฤษฎีนี้จะให้ความคุ้มกันกับสถานที่ทำการทางกงสุล ซึ่งตั้งขึ้นและกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหน้าที่ทางกงสุล ดังนั้น ผลจากทฤษฎีนี้จึงถือว่าหากมีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการไม่ได้ปฏิบัติไปในการหน้าที่กงสุล สถานที่นั้นก็จะไม่ได้รับความคุ้มกันจากรัฐผู้รับ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นเรื่องของทฤษฎีที่จะให้ความคุ้มกัน ก็แต่เฉพาะในหน้าที่ของกงสุลนั้น (functional)

ระหว่างการประชุมจัดทำร่างอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ มีการโต้เถียงกันระหว่างทฤษฎี Absolute Immunity กับ Conditional Immunity ในการให้ความคุ้มกันทางกงสุลแก่สถานที่ทำการทางกงสุล

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าก่อนหน้านั้นหลักเรื่องความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุลนี้ก็ได้มีการยอมรับกันจากนานารัฐ โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งยังปรากฏอยู่ในสนธิสัญญามากมาย [6] นอกจากนี้หากพิสูจน์ในบทวิจารณ์ของ Zoureck ในข้อที่ 25 [7] ก็จะเห็นภาพชัดเจนขึ้นมาก กล่าวคือ มีการกล่าวถึงความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุลว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง

โดยตัวอย่างของสนธิสัญญาและบทบัญญัติกฎหมายภายในรัฐที่เห็นด้วยกับหลักการของความละเมิดมิได้ในสถานกงสุล เช่น the Convention on Consular Agents ซึ่งได้รับการยอมรับจากการประชุมคณะกรรมาธิการอเมริกัน ครั้งที่ 6 (the Sixth International American Conference) ณ กรุง Havana ปี ค.ศ.1928 มาตรา 8 [8]

กล่าวง่าย ๆ ก็คือ ความละเมิดมิได้ (inviolability) ก็คือ immunity อย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐผู้รับที่จะต้องให้แก่รัฐผู้ส่งตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อรัฐผู้รับมีหน้าที่หรือพันธกรณีแล้ว รัฐผู้ส่งก็ต้องมีหน้าที่ที่จะไม่ใช้สถานที่ทางกงสุลไปในทางผิดวัตถุประสงค์หรือให้สถานที่ทำการทางกงสุลเป็นที่พักของผู้ลี้ภัย ดังนั้น หากมีการขอลี้ภัยในสถานที่ทำการดังกล่าว จะมีผลกระทบเช่นไรบ้าง

---

[6] Yearbook of the International Law Commission, 1963, Vol I Summary records of the twelfth session (25 April - 1 July 1963) United Nation, p.16.

[7] Yearbook of the International Law Commission, 1957, Vol II (United Nations Publication Sales No.1957 Vol II), pp.98-99.

[8] Yearbook of the International Law Commission, 1963, p.17.

และในอดีตที่ผ่านมาก่อนจะมีการประมวลอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มีสนธิสัญญา [9] มากมาย รวมทั้งกฎหมายภายในรัฐ เช่น กฎหมายของอาร์เจนตินาหรือฮอนดูรัส ซึ่งบัญญัติห้ามอย่างชัดแจ้งในการที่จะอนุญาตให้สถานที่ทำการทางกงสุลเป็นสถานที่สำหรับการลี้ภัย (asylum)

อย่างไรก็ตาม ประเด็นการลี้ภัยในสถานกงสุลนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่าถ้าเป็นการลี้ภัยอันสืบเนื่องมาจากปัญหาการหลบเลี่ยงอำนาจพิจารณาของศาล (fugitive from justice) ก็ไม่น่าจะอนุญาตให้มีการลี้ภัยได้ แต่ถ้าลี้ภัยด้วยเหตุผลเรื่องความขัดแย้งทางการเมือง (asylum from political) และการจลาจล (asylum from mob evidence) จะสามารถกระทำได้เช่นนั้นหรือ ซึ่งประเด็นนี้จนกระทั่งปัจจุบันก็ยังไม่มีการวางหลักเกณฑ์ที่แน่นอน

นอกจากนั้น การที่ไม่ให้ความคุ้มกันแก่ผู้ลี้ภัยนี้ ยังมีปัญหาตามมาอีก โดยเฉพาะเหตุผลเกี่ยวกับมนุษยธรรม [10] (humanitarianism)

---

[9] ดูบทบัญญัติดังกล่าวตามสนธิสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ระหว่างสหรัฐอเมริกากับไอร์แลนด์ ค.ศ.1950 ข้อ 8(5). อังกฤษกับนอร์เวย์ ค.ศ.1951 ข้อ 19(5). อังกฤษกับฝรั่งเศส ค.ศ. 1951 ข้อ 11(2). อังกฤษกับสวีเดน ค.ศ. 1952 ข้อ 10(4). อังกฤษกับกรีซ ค.ศ. 1953 ข้อ 19(4), อังกฤษกับเม็กซิโก ค.ศ. 1954 ข้อ 10(4). อังกฤษกับอิตาลี ค.ศ. 1954 ข้อ 19(3). อังกฤษกับเยอรมัน ค.ศ. 1956 ข้อ 8(4)

[10] Graham H. Stewart. Consular Privileges and Immunities, 1926. p.89.

สำหรับความละเมิดมิได้ในสถานที่ของกงสุลกิตติมศักดิ์ รัฐผู้รับจะต้องดำเนินการเช่นที่อาจจำเป็น เพื่อความคุ้มครองของสถานที่ทางกงสุลที่มีหัวหน้าเป็นพนักงานกงสุลกิตติมศักดิ์จากการบุกรุกหรือความเสียหายใด ๆ และเพื่อป้องกันการรบกวนใด ๆ ต่อความสงบสุขของสถานที่ทำการทางกงสุล หรือการทำให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของสถานที่ทำการทางกงสุลนั้น [11]

สรุปแล้วหลักความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุลนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักฐานของสนธิสัญญาในอดีตหรือคำกล่าวอ้างของรัฐต่าง ๆ ที่ผ่านมา ยอมรับในความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุล ไม่ว่าจะเป็นสถานที่ของกงสุลอาชีพหรือกงสุลกิตติมศักดิ์ก็ตาม แต่ความละเมิดมิได้ในสถานกงสุลนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับของความละเมิดมิได้ในสถานทูต สถานทูตจะได้รับความคุ้มกันที่เด็ดขาดกว่า ทั้งนี้ พิจารณาได้จากบทบัญญัติในข้อ 22 ของอนุสัญญาฯ ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ซึ่งบัญญัติว่า สถานที่ของคณะผู้แทนทางทูต จะถูกละเมิดมิได้ ไม่ว่าจะมีกรณีเพลิงไหม้หรือวินาศภัย นอกจากนั้นในเรื่องการให้สถานที่ทางกงสุลเป็นที่ลี้ภัยนี้ ยังมีความเห็นที่โต้เถียงกันอยู่ อีกทั้งยังไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนจนถึงขั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปได้

---

[11] ข้อ 59 อนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1.2. **ความละเมิดมิได้ในบรรณสารเอกสารทางกงสุล** (inviolability of the consular archives and documents)

เอกสิทธิ์ทางกงสุลประการหนึ่งที่มีความสำคัญมาก คือ ความละเมิดมิได้ในบรรณสารเอกสารทางกงสุล ซึ่งจะว่าไปที่จริงแล้วความละเมิดมิได้นี้ปรากฏเป็นที่ยอมรับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเนิ่นนานและค่อนข้างจะเป็นเอกฉันท์มากกว่าเอกสิทธิ์ความคุ้มกันประเภทอื่น นักกฎหมายระหว่างประเทศเองต่างก็เห็นพ้องถึงความละเมิดมิได้ในบรรณสารเอกสารทางกงสุล [12] แม้กระทั่งในประเทศอิตาลีซึ่งได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่ค่อนข้างจะจำกัดในเรื่องการให้เอกสิทธิ์ความคุ้มกันแก่เจ้าหน้าที่ทางกงสุล ก็ยังยอมรับว่าความละเมิดมิได้ในบรรณสารเอกสารกงสุลเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ [13] กระทั่งในคำพิพากษาของศาล ก่อนที่จะมีการประมวลอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ก็ยืนยันในหลักการดังกล่าว ปรากฏในคดี Telks V Hangarian National Museum. 38 NYS 2d 42a : AD 1941-1942, Case No 169 [14] ว่าผู้แทนของรัฐไม่สามารถละเมิดในบรรณสารเอกสารทางกงสุลได้

---

[12] ดู Oppenheim, International Law, p.842, Stuart, Graham H., American Diplomatic and Consular Practise. NewYork : D. Appleton-Century Company Incoporated, 1936, p.380, Stewart, Consular Privileges and Immunities, p.59.

[13] Angelo Piera Sereri, The Italian Conception of International Law, 194, 335.

[14] B. Sen, A diplomatic's Handbook of International Law and Practise, Third Revisal Edition Martinus Nijhoff Publishers, p.289.

อย่างไรก็ตามกลุ่มผูงชนที่นิยมาใช้ความรุนแรง (mob) มักจะเป็นผู้ละเมิดในบรรณสารเอกสารทางกงสุล มากกว่าจะเป็นฝ่ายรัฐบาลเอง ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการกดดันรัฐบาลกลางในทางการเมืองอย่างใดก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ.1975 กลุ่มผูงชนที่นิยมาใช้ความรุนแรงในกรุงไทเป ได้ชุมนุมประท้วงรัฐบาลอเมริกันที่สถานทูตอเมริกาประจำกรุงไทเป ด้วยข้อกล่าวหาว่าฆาตกรรมคนจีน และกลุ่มผู้ประท้วงได้เข้าไปทำลายเอกสารกงสุล [15] หรือต้นปี ค.ศ.1929 ตำรวจจีนในแมนจูเรีย ได้บุกเข้าไปในสถานกงสุลของสหภาพโซเวียตในกรุง Harbin. Isitsihas. Manchouli และ Suifenho ทำการยึดเอกสารทางการจากสถานกงสุลกรุง Harbin [16] อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวอาจมีแนวทางป้องกันได้ คือ พยายามแยกเอกสารบรรณสารที่เป็นของกงสุล อันจะได้รับความคุ้มกันออกจากเอกสารอื่น ซึ่งประเด็นนี้จะทำได้สะดวก หากเป็นกงสุลกิตมศักดิ์ที่สามารถประกอบอาชีพส่วนตัวในขณะดำรงตำแหน่งกงสุลได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติก็ยังเป็นการยากที่จะแยกบรรณสารเอกสารกงสุล อันจะได้รับความคุ้มกันออกจากเอกสารอื่น ๆ อยู่ดี

แต่ทว่าในอดีตโดยเฉพาะระยะเวลามีสงคราม รัฐต่าง ๆ ได้เคยทำความตกลงเป็นสนธิสัญญาระหว่างกันที่จะให้ความคุ้มกันบรรณสารกงสุล ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษทำความตกลงกับสหรัฐอเมริกา นอร์เวย์ และฝรั่งเศส ในปี 1951 หรือกับสวีเดนปี 1952 เป็นต้น [17]

---

[15] Luke T. Lee. Consular Law and Practise. p.425.

[16] B. Sen. A Diplomatic's Handbook of International Law and Practise, p.289.

[17] Luke T. Lee. Consular Law and Practice. p.420.

ในส่วนของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้บัญญัติเรื่องความละเมิดมิได้ในบรรณสารกงสุลในข้อ 33 ซึ่งจะคล้ายกับบรรณสารเอกสารของคณะผู้แทนทางทูตตามข้อ 24 ของอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 จะแตกต่างกันไปบ้างก็เพียงว่าอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 ให้คำนิยามของคำว่าบรรณสารไว้ในมาตรา 1(k) อย่างชัดเจนว่า บรรณสารทางกงสุลรวมถึงกระดาษ เอกสาร เอกสารหนังสือโต้ตอบ สมุดพิสัม เทปบันทึกเสียง และทะเบียนของสถานที่ทำการทางกงสุล พร้อมทั้งรหัสและประมวลบัตรดัชนีและสิ่งของเครื่องตกแต่งใดๆซึ่งมุ่งไว้ใช้สำหรับคุ้มครองหรือเก็บรักษาสิ่งของทั้งหลายที่กล่าวแล้ว ในขณะที่อนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1961 ไม่ได้ให้คำนิยามไว้ชัดเจนเช่นกงสุล

แต่อย่างไรก็ตาม ในด้านความคุ้มกันจะให้ความคุ้มกันเหมือนกันทุกประการ นอกเสียจากกรณีของที่ทำการทางกงสุลที่มีหัวหน้าเป็นกงสุลกิตติมศักดิ์ จะต้องเก็บบรรณสารเอกสารที่ได้รับความคุ้มกันไว้ต่างหากจากกระดาษเอกสารอื่น โดยเฉพาะจากหนังสือโต้ตอบส่วนตัวของหัวหน้าสถานที่ทำการทางกงสุลและของบุคคลใด ๆ ที่ทำงานกับหัวหน้าสถานที่ทำการทางกงสุลนั้น และจากวัสดุสมุดหรือเอกสารเกี่ยวกับวิชาชีพหรือการค้าของบุคคลดังกล่าว [18]

นอกจากนั้นในกรณีที่มีการขัดกันด้วยอาวุธ รัฐผู้รับจะเคารพและคุ้มครองบรรณสารทางกงสุล [19] หรือรัฐผู้ส่งอาจมอบหมายการพิทักษ์รักษาบรรณสารทางกงสุลไว้แก่รัฐที่ 3 ซึ่งเป็นที่ยอมรับให้แก่รัฐผู้รับก็ได้

---

[18] ดูข้อ 61 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

[19] มาตรา 37(1) (a).(b) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963.

สรุปแล้วในหลักการละเมิดมิได้ในบรรณสารเอกสารทางกงสุลนี้ เป็นหลักที่ค่อนข้างได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญ ในหลักความคุ้มกันในบรรณสารเอกสารทางกงสุลนี้ ในอนุสัญญาฯก็ได้ระบุโดยชี้ชัดลงไปเลยว่าอย่างไรบ้างที่เป็นบรรณสารทางกงสุล ในขณะที่ของทูตไม่ได้รับการระบุชัดเจนเช่นนี้

1·3. **ความละเมิดมิได้ส่วนบุคคลของพนักงานฝ่ายกงสุล** (personal inviolability of consular officers)

ความละเมิดมิได้ส่วนบุคคลกงสุลมีบัญญัติไว้ในข้อ 40 ของอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 ว่า

"รัฐผู้รับจะปฏิบัติต่อพนักงานฝ่ายกงสุลด้วยความเคารพตามสมควร **และจะดำเนินการอันเหมาะสมทั้งปวง** เพื่อป้องกันการกระทบร้ายใด ๆ ต่อตัวบุคคล เสรีภาพ หรือเกียรติศักดิ์ของพนักงานดังกล่าว

ในขณะเดียวกัน ความละเมิดมิได้ในตัวทูตตามข้อ 29 อนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 บัญญัติในเรื่องความละเมิดมิได้ในบุคคลทางการทูตว่า "ตัวแทนทางทูตจะถูกละเมิดมิได้ ตัวแทนทางทูตจะไม่ถูกจับกุมหรือกักขังในรูปใด ให้รัฐผู้รับปฏิบัติต่อตัวแทนทางทูตด้วยความเคารพตามสมควร **และดำเนินการอันเหมาะสม** ทั้งมวลที่จะป้องกันการประทุษร้ายใดต่อตัวบุคคล เสรีภาพ หรือเกียรติภูมิของตัวแทนทางทูต"

คำว่าดำเนินการอันเหมาะสม (all appropriate steps) เป็นคำที่ใช้เหมือนกันทั้งกงสุลและทูต สาเหตุเพราะการร่างอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลนั้นนำมาจากหลักในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ข้อแตกต่างที่ปรากฏจะมีเพียงว่าความละเมิดมิได้ในกงสุลไม่เด็ดขาดเท่าทูต ที่บัญญัติว่าตัวแทนทางทูตจะถูกละเมิดมิได้เป็นหลักใหญ่ ขณะที่กงสุลบอกแต่เพียงว่า รัฐผู้รับจะปฏิบัติต่อกงสุลด้วยความเคารพตามสมควร และความ

ละเมิดมิได้ส่วนบุคคลนี้ จะไม่คลุมลงไปถึงอำนาจศาล เนื่องจากความคุ้มกันจากอำนาจศาล ก็จะแยกออกไปเป็นความคุ้มกันอีกประเภทหนึ่งเลย ส่วนจะมีขนาดไหนนั้น พิจารณาได้จากข้อ 41 ของอนุสัญญาฯ ซึ่งจะเป็นเรื่องการไม่ตกเป็นผู้ถูกจับกุม คุมขัง ดังนี้เป็นต้น

ในรายงานการประชุมของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ สมัยที่ 13 (ค.ศ.1961) บทที่ 13 ซึ่งจัดขึ้นที่กรุงเจนีวาอันเป็นร่างตัวบทว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล [20] นั้น ได้มีการพิจารณาเรื่องหลักความละเมิดมิได้ในตัวบุคคลผู้เป็นกงสุล ว่าอยู่ในเรื่องของการยกเว้นจากอำนาจพิจารณาของศาล อย่างไรก็ตาม ในการประชุมดังกล่าวหลักความละเมิดมิได้ในตัวบุคคล ไม่ได้พิจารณาถึงเรื่องความคุ้มกันจากอำนาจพิจารณาของศาลเป็นประเด็นสำคัญ แต่กลับพิจารณาว่ากงสุลจะได้รับการยกเว้นจากการถูกกักขังในคดีอย่างไรบ้าง

โดยลักษณะของคดีนี้ก็ได้มีรัฐต่าง ๆ แสดงความเห็นมา โดยแยกออกเป็นสองแนวทางคือ [21]

1. รัฐที่เห็นว่าลักษณะของคดีควรจะพิจารณาจากลักษณะโทษ ว่ามีการจองจำไม่เกิน 5 ปี ประเทศที่เห็นตามแนวทางนี้ เช่น ยูโกสลาเวีย เบลเยียม และชิลี

2. รัฐซึ่งเห็นว่าลักษณะของคดีควรพิจารณาว่าเป็นคดีซึ่งร้ายแรงเป็นประเด็นสำคัญ โดยคดีที่ร้ายแรงนี้ใช้คำว่า 'grave crime' รัฐที่เห็นตามแนวทางนี้ เช่น ฟินแลนด์ เชคโกสโลวาเกีย เนเธอร์แลนด์

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

[20] ดู Yearbook of International Law Commission ค.ศ.1961 Volume I Summary records of the thirteenth session (1 May - 7 July 1961) United Nations.

[21] Ibid. p.105.

นอกจากรัฐบางรัฐ เช่น สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นนั้น ได้แนะนำว่าเจ้าหน้าที่กงสุลควรจะได้รับการยกเว้นจากการจับกุม คุมขัง แต่ในเรื่องการยกเว้นจากการถูกฟ้องร้องนี้ ควรเป็นกรณีของคดีที่มีลักษณะการลงโทษจับกุมตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป [22]

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ท้ายสุดก็ยังไม่มีมาตรฐานใดมาตัดสินว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นคดีอาชญากรรมร้ายแรง เนื่องจากในมาตรฐานของแต่ละประเทศก็ให้คำจำกัดความแตกต่างออกไป ทางออกอย่างหนึ่งคือบางครั้งมีรัฐที่เห็นไปในแนวทางเดียวกันจึงได้ทำความตกลงกันในลักษณะของสนธิสัญญาสองฝ่าย โดยแยกความผิดทางแพ่งออกจากทางอาญา เช่น ถ้าเป็นความผิดทางแพ่ง กงสุลที่กระทำไปในหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ถ้าเป็นทางอาญา สนธิสัญญาบางฉบับก็อาจจะกำหนดเงื่อนไขว่าความผิดอาญาประเภทใดบ้างที่ถือว่าร้ายแรง โดยกำหนดประเภทของลักษณะความผิดลงไปเลย [23]

จากประเด็นที่กล่าวมา เมื่อพิจารณาจากความเห็นของรัฐต่าง ๆ ที่วิจารณ์ร่างอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้น น่าจะชี้ได้ว่าทั้งรัฐเหล่านั้นและรายงานในที่ประชุมคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ เห็นด้วยกับหลักการของหลักความละเมิดมิได้ในตัวบุคคลผู้เป็นกงสุล แต่ที่ยังตกลงกันไม่ได้ว่าจะได้รับความคุ้มกันจากการละเมิดมิได้ในตัวบุคคลที่ขนาดไหน ในลักษณะคดีอย่างไรมากกว่า ดังนั้น ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล จึงได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้เพียงตามบทบัญญัติในข้อ 40 ดังที่ยกมากล่าวข้างต้นเท่านั้น

---

[22] Ibid. pp.106-118.

[23] B. Sen. A diplomatic's Handbook of International Law and Practice. Third Revisal Edition Martinus Nijihooff Publishers. p.

นอกจากนั้น ยังปรากฏข้อมติหนึ่งที่ออกมาบัญญัติในเรื่องการป้องกันการละเมิดมิได้ในตัวบุคคลผู้แทนทางการทูตและกงสุลอยู่สนธิสัญญาหนึ่ง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะเป็นการยอมรับและยืนยันถึงความมีอยู่ในหลักเกณฑ์ความละเมิดมิได้ในตัวบุคคลกงสุลได้ประการหนึ่ง คือ ข้อมติที่ 3 ของสภายุโรปว่าด้วยความสัมพันธ์ในการร่วมมือกันทางปฏิบัติในการกำหนดมาตรการที่ต้องเผชิญการก่อการร้าย ซึ่งมีส่วนพาดพิงไปถึงการใช้สิทธิและความคุ้มกันทางการทูตและกงสุลไปในทางที่ผิดและการก่อการร้ายที่มุ่งกระทำโดยตรงต่อผู้แทนทางการทูตและกงสุล (Resolution No.3 concerning co-operation in measures to counter terrorism involving abuse of diplomatic or consular privileges and immunities and terrorism directed at diplomatic or consular representatives) [24]

โดยข้อมติดังกล่าวน่าจะยืนยันถึงหลักความละเมิดมิได้ในตัวบุคคลผู้เป็นกงสุลได้แนวทางหนึ่ง ซึ่งจัดเป็นองค์ประกอบของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ประการหนึ่งด้วย

ส่วนประเด็นรายละเอียดอื่น ๆ ของหลักความละเมิดมิได้ในตัวกงสุลจะยังไม่มีลักษณะที่ยอมรับในความเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ด้วยเหตุนี้เมื่อได้จัดทำร่างอนุสัญญาฯ ค.ศ.1963 ขึ้น จึงต้องบัญญัติรายละเอียดเพิ่มเติม และมีลักษณะที่เปิดกว้างเอาไว้ว่ากงสุลจะได้รับเพียงการปฏิบัติด้วยความเคารพตามสมควรจากรัฐผู้รับ และรัฐผู้รับจะดำเนินการทั้งปวงที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการประทุษร้ายใด ๆ ต่อตัวกงสุล

---

[24] พงศธร บุญอารีย์, บัญหาการก่อการร้ายระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์บริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2532, หน้า 126-127.

เช่นเดียวกันประเด็นของกงสุลกิตติมศักดิ์ ซึ่งในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ได้บัญญัติรายละเอียดไว้ตามที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ

ในเรื่องความคุ้มกันจากการละเมิดมิได้ส่วนบุคคลผู้เป็นกงสุลนี้ จึงมักจะปรากฏขึ้นโดยอาศัยการตกลงระหว่างรัฐ หลักการต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน อัธยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและกฎเกณฑ์หรือนโยบายของชาตินั้น ๆ เป็นหลักใหญ่ [25]

1.4. ความคุ้มกันจากอำนาจศาล

ความคุ้มกันจากอำนาจศาล แยกเป็น 2 ประเภท คือ

1.4.1 อำนาจศาลอาญา

จากการที่ความคุ้มกันนี้ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน อนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 จึงบัญญัติแต่เพียงว่ากงสุลอาจถูกดำเนินคดีอาญาได้ โดยความคุ้มกันจะได้รับมีเพียงว่า การดำเนินคดีนี้ต้องทำด้วยความเคารพตามที่กงสุลจะได้รับโดยเหตุแห่งตำแหน่งฐานะทางการของเขา เว้นแต่ในกรณีอาชญากรรมร้ายแรงและตามคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายศาลผู้มีอำนาจนั้นและการดำเนินคดีจะต้องกระทำในทำนองที่จะขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ทางกงสุลให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ [26] ประเด็นนี้จะแตกต่างจากทูต เนื่องจากความคุ้มกันจากอำนาจศาลทางอาญาที่ให้แก่ทูต จะมีลักษณะเด็ดขาดกว่า ไม่มีข้อยกเว้นว่าการกระทำนั้นจะเนื่องจากสาเหตุการปฏิบัติหน้าที่ทางการหรือกระทำเป็นการส่วนตัว รัฐผู้รับไม่มีสิทธิใด ๆ ไม่ว่าจะโดยสถานการณ์ใดที่จะดำเนินการฟ้องร้องคดีและลงโทษทางอาญาได้

---

[25] Oppenheim. International Law. P.753. Hyde. International Law. p.1323.

[26] ข้อ 41 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าทูตจะกระทำตามใจปรารถนาได้ หากทูตกระทำความผิดอาญาขึ้น ก็เพียงแต่เป็นว่าจะได้รับความคุ้มกันตามนัยนี้ แต่ไม่ได้เป็นการลบล้างความผิดทางอาญาที่ทูตก่อขึ้น เพียงแต่ทูตไม่ต้องถูกดำเนินคดีในศาลของรัฐผู้รับเท่านั้น (ข้อ 31 วรรค 4 อนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961)

อย่างไรก็ตาม ถ้ากงสุลเป็นคนชาติของรัฐผู้รับหรือมีถิ่นที่อยู่ประจำในรัฐผู้รับ จะถูกจำกัดขอบข่ายแห่งความคุ้มกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นทางการในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเท่านั้น 27

1.4.2 อำนาจศาลแพ่งและทางปกครองของรัฐ

ตามอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จะได้รับความคุ้มกันจากอำนาจพิจารณาพิพากษาแพ่งและทางปกครองได้ ยกเว้น

(ก) คดีแพ่งที่เกิดจากสัญญาที่ได้กระทำโดยพนักงานฝ่ายกงสุลหรือโดยลูกจ้างฝ่ายกงสุล แต่ซึ่งบุคคลนั้น ๆ มิได้ทำสัญญานั้นในฐานะตัวแทนของรัฐผู้รับผู้ส่งอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

(ข) คดีแพ่งที่บุคคลที่ 3 ได้ดำเนินการสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุในรัฐผู้รับ อันเนื่องมาจากยวดยาน เรือ หรืออากาศยาน 28

---

27 ข้อ 41 และ 71 ว.1 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963.

28 ข้อ 43 ว.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

ความคุ้มกันดังกล่าวนั้นเป็นหลักที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ ซึ่งได้กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของหลักความละเมิดมิได้ในตัวบุคคลกงสุลออกไป เพื่อความชัดเจนในการนำหลักความละเมิดมิได้ในตัวกงสุลนี้ไปปฏิบัติ แต่อย่างที่กล่าวแล้วว่า ประเด็นนี้ยังไม่มีความเห็นเป็นแนวทางเดียวกัน จากรัฐต่าง ๆ ที่แสดงความคิดเสนอมา เรื่องนี้รัฐต่าง ๆ เพียงแต่ยอมรับในความละเมิดมิได้ในตัวกงสุลเท่านั้น ว่ารัฐผู้รับจะปฏิบัติต่อกงสุลด้วยความเคารพตามสมควรและจะดำเนินการอันเหมาะสมทั้งปวง โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าอย่างไรคือการอันเหมาะสม เป็นไปด้วยความเคารพตามควรนั้น

1.5. เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร (freedom of communication)

ประเด็นเรื่องเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของกงสุลนี้ กงสุลสามารถติดต่อสื่อสารกับรัฐบาลหรือคณะผู้แทนทางทูต หรือสถานกงสุลอื่น ๆ ของรัฐผู้ส่งโดยเสรี (free communication) ไม่ว่าจะตั้งอยู่ ณ ที่ใด นอกจากนั้นยังมีเสรีภาพในการสื่อสารและติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่งในรัฐผู้รับได้ [29] และอาจติดต่อกับเจ้าหน้าที่ท้องที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับแห่งเขตกงสุลของตน [30]

ประเด็นนี้จะแตกต่างจากทูตที่ติดต่อสื่อสารได้เพียงกับรัฐบาล หรือกับคณะผู้แทนทางทูตและสถานกงสุลอื่น ๆ เท่านั้น ซึ่งต้องใช้วิถีทางอันเหมาะสมทั้งมวล รวมทั้งการมีผู้ถือสารทางทูตและสาส์นเป็นรหัสหรือประมวลส่วนการติดตั้งและใช้เครื่องส่งวิทยุ ก็อาจทำได้โดยความเห็นชอบของรัฐผู้รับ [31]

---

29 ข้อ 30 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

30 ข้อ 38 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

31 ข้อ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของกงสุลที่ได้รับมากกว่าทูต คือ สิทธิในการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่งในรัฐผู้รับ ซึ่งถือเป็นหน้าที่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติภาระของพนักงานกงสุลในต่างประเทศที่เดียว การก่อเกิดกงสุลขึ้นในอดีต ก็เพื่อกระทำหน้าที่ดังกล่าว ดังนั้น สิทธินี้จึงได้รับการรับรอง แม้จะไม่มีสนธิสัญญาระบุไว้ก็ตาม

นอกจากนั้น ก็มีสิทธิติดต่อกับเจ้าหน้าที่ท้องที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับแห่งเขตกงสุลของตน เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของกงสุลไม่ได้เป็นผู้แทนของรัฐ ดังนั้น กงสุลจึงไม่จำเป็นต้องติดต่อกับรัฐบาลผู้มีอำนาจ (Central Government) แต่ถ้าไม่มีคณะผู้แทนทางทูต กงสุลก็อาจจะต้องติดต่อกับรัฐบาลกลางได้

นอกจากนั้น ยังมีตำราบางเล่มที่กล่าวถึงสิทธิในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ส่งในเวลาปกติและระหว่างมีสงคราม ซึ่งในเวลาปกติสิทธิดังกล่าวจะครอบคลุมไปถึงการใช้จดหมาย (mail) หรือโทรเลขได้ด้วย [32] แต่ว่าสิทธินี้จะไม่ล่วงไปถึงการใช้เครื่องส่งวิทยุหรือการส่งระบบโทรเลข โทรศัพท์ส่วนตัว

สำหรับเวลาที่ไม่ปกติหรือเกิดสงครามขึ้น สิทธิที่จะติดต่อกับเจ้าหน้าที่รัฐผู้ส่งจะถูกจำกัดลง ไม่ว่าจะเป็นเอกสิทธิ์ความคุ้มกันของทูตหรือกงสุล และหลายครั้งที่มีความพยายามที่จะกำหนดรูปแบบอันเกี่ยวเนื่องกับการติดต่อของเจ้าหน้าที่ทางทูตกับกงสุลให้แก่ประเทศที่เป็นกลางในสงคราม ตัวอย่างเช่น ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 สหรัฐอเมริกาในขณะที่เป็นประเทศเป็นกลางในสงคราม ได้ทำความตกลงกับรัฐบาล Austo-Hungarian เกี่ยวกับการติดต่อทางการทูตและกงสุลระหว่างกัน โดยมีสาระสำคัญว่าจะละเมิดเสรีภาพในการติดต่อระหว่างเจ้าหน้าที่ทางทูตและกงสุลในดินแดนของออสเตรียไม่ได้ [33]

---

[32] Hyde, International Law Chiefly or Interpretted by the United States, Brierly Law of Nations, p.1330-1

[33] Luke T. Lee, Consular Law and Practise, p.441.

นอกจากนั้น ในประเด็นเรื่องถุงทางกงสุลในข้อ 35(3) ระบุว่า

"... ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับมีเหตุผลหนักแน่นที่จะเชื่อว่าถุงทางกงสุลบรรจุสิ่งอื่นนอกเหนือจากหนังสือโต้ตอบ เอกสาร หรือสิ่งของที่อ้างใน ว.4 แล้ว เจ้าหน้าที่อาจร้องขอให้ผู้แทนที่ได้รับมอบหมายของรัฐผู้ส่งเปิดถุงนั้นต่อหน้าตนก็ได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ส่งปฏิเสธการร้องขอนี้ ถุงนั้นก็จะถูกส่งกลับไปยังต้นทางของมัน"

หลักเกณฑ์ข้างต้นนี้ปรับปรุงมาจากบทของอนุสัญญาฯทางการทูต ซึ่งมีช่องโหว่ให้ดีขึ้น แต่ทว่าถ้าต้นทางของถุงทางกงสุลนั้นมิได้มาจากรัฐผู้ส่งหรือรัฐที่ 3 หลักเกณฑ์ที่กำหนดข้างต้นก็อาจจะไม่ประสพผลตามที่มุ่งหมายก็ได้ 34

ในหลักการเรื่องเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารนี้ จากที่กล่าวมาไม่ว่าจะเป็นข้อคิดเห็น ข้ออ้างจากตำรากฎหมายระหว่างประเทศ หรือแนวปฏิบัติของรัฐที่แสดงการยอมรับในหลักเรื่องเสรีภาพในกรติดต่อสื่อสาร สามารถเป็นข้ออ้างหนึ่งที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศประการหนึ่ง

แม้กระทั่งในแนวปฏิบัติของประเทศไทยเองก็ให้การยอมรับหลักเกณฑ์โดยการขอตั้งสถานีวิทยุคมนาคมและใช้เครื่องวิทยุคมนาคมของสถานทูต สถานกงสุลและองค์การระหว่างประเทศ ในประเทศไทยให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของไทย 35

---

34 Ibid. p.446

35 ทวีพันธ์ สิงหะ. การให้ความคุ้มกันแก่คณะทูตและกงสุล. วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 28 พ.ศ.2528-2529. หน้า 72-73.

1.6. เสรีภาพในการเคลื่อนไหวและการเดินทาง (freedom of movement)

ในเรื่องเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและการเดินทางนี้บรากฏในข้อ 34 ของอนุสัญญาฯ แต่ในระหว่างการประชุมของคณะกรรมาธิการระหว่างประเทศ สมัยที่ 13 นั้น ยังไม่ได้มีการยอมรับกันอย่างเป็นเอกฉันท์ นอกจากข้อสังเกตที่รัฐบาลยูโกสลาเวียหรือจากสาธารณรัฐประชาชนจีนส่งมาวิจารณ์ (comment) [36] และท้ายสุดก็ได้ข้อบทบัญญัติตามที่บรากฏในอนุสัญญาฯข้างต้น และมักจะมีข้อขัดแย้งในการกำหนดขอบเขตหรือระยะทางในการให้เสรีภาพในการเดินทางกันระหว่างรัฐที่มีการบกครองในทางสังคมนิยมกับประชาธิปไตย ในอดีตเช่น ระหว่างโซเวียตกับสหรัฐอเมริกา หรือจีนกับสหรัฐอเมริกา [37]

สำหรับประเทศไทยเองก็ไม่เคยมีระเบียบจำกัดการเดินทางโดยตรง เพียงแต่ถือหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติเหมือนกับหลักเกณฑ์เรื่องอื่น ๆ โดยเมื่อได้รับการสอบถามจากทูตหรือกงสุล กรมพิธีการทูตก็จะยืนยันหลักนี้ทุกครั้ง แต่ในทางปฏิบัติยังไม่เคยได้นำมาปฏิบัติตอบแทนแก่กงสุลที่จำกัดการเดินทางของผู้แทนไทยในประเทศเหล่านั้นอย่างจริงจังเท่าใดนัก ส่วนใหญ่จะปฏิบัติ คือ นำมาใช้เป็นเครื่องมือต่อรองทางการเมืองและการทูตในขณะที่จำเป็นเท่านั้น [38]

---

[36] Yearbook of International Law Commission ค.ศ.1961. p.93

[37] Luke T. Lee. Consular Law and Practice. pp.429-431.

[38] ทวีพันธ์ สิงหะ. การให้ความคุ้มกันแก่คณะทูตและกงสุล. หน้า 75.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ด้วยเหตุนี้ หลักเรื่องเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและการเดินทางนี้ จึงมักจะขึ้นอยู่กับการตกลงระหว่างรัฐด้วยกันหรือการให้ต่างตอบแทน เนื่องจากยังหาข้อสรุปที่แน่นอนจากทุกรัฐไม่ได้ อนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 จึงบัญญัติในเรื่องเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและการเดินทางไว้ตามที่กล่าวมา

2. เอกสิทธิ์ทางกงสุล

เอกสิทธิ์ หรือ Privilege มาจากคำภาษาลาติน คือ Privilgium หรือ privus กับ leges หมายถึง สิทธิหรือประโยชน์ที่บุคคลบางกลุ่มได้รับ แต่บุคคลอื่นไม่ได้รับ และบางครั้งทำให้บุคคลอื่นเสียประโยชน์ SATOW ได้กล่าวไว้ว่า เอกสิทธิ์ (privilege) หมายถึง ข้อยกเว้นจากกฎข้อบังคับต่าง ๆ อาทิ เรื่องของภาษี และการประกันสังคม [39]

เอกสิทธิ์ทางกงสุล สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1. พันธะที่จะให้การ (liability to give evidence)

เอกสิทธิ์ของกงสุลในเรื่องพันธะที่ให้การนี้ บัญญัติไว้ในข้อ 44 ของอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 [40] ว่า "บุคคลในสถานที่ทำการทางกงสุลอาจถูกเรียกให้ไปปรากฏตัวในฐานะพยาน ในระหว่างการดำเนินคดีในศาลหรือทางปกครอง ลูกจ้างฝ่ายกงสุลหรือบุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริการ จะต้องไม่ปฏิเสธที่จะให้การ..." โดยข้อยกเว้นที่ว่าลูกจ้างหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริการจะปฏิเสธที่จะให้การ ไม่ได้หมายความว่าอนุสัญญาฯแบ่งแยกบุคคลที่ทำงานในสถานกงสุลใหญ่ ว่าประเภทใดมีสิทธิที่จะไม่ให้การหรือประเภทใดต้องให้การ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าว

---

[39] Satow. Guide to Diplomatic Practise. p.15.1

[40] ดูข้อ 44 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

และแม้จะมีบทบัญญัติเรื่องพันธะที่ให้การของกงสุลไว้ แต่ก็มีนักกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นว่า การที่จะให้การนั้น อาจเป็นด้วยลายลักษณ์อักษร รวมทั้งอาจให้การอยู่แต่ในสถานที่ทำการทางกงสุล โดยไม่จำเป็นต้องไปที่ศาลก็ได้ ยกเว้นคดีที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญา [41]

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตคือถ้าหากกงสุลได้บอกเสธที่จะไปให้การฐานะพยาน ซึ่งเขาสามารถกระทำได้ ก็ไม่มีมาตรการใดมาบังคับเขาไปให้การได้

ในการประชุมคณะกรรมาธิการระหว่างประเทศเกี่ยวกับร่างอนุสัญญาฯ ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ก็ได้มีการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์จากข้อสังเกตของรัฐบาลต่าง ๆ ที่ส่งเข้ามาแสดงความเห็นมากมาย [42] และท้ายสุดก็ได้ข้อสรุปดังที่บรากฏ และส่วนใหญ่การได้รับเอกสิทธิ์ทางพันธะที่จะให้การนี้ จะกระทำผ่านกระทรวงต่างประเทศ กระทรวงยุติธรรม เป็นหลัก ซึ่งที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางกงสุล ต้องกระทำด้วยความละเอียดอ่อน เป็นสำคัญ เพราะอาจกระทบกระเทือนความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ เนื่องจากเรื่องทางทูตหรือกงสุลนั้น มิได้มีแต่ข้อกฎหมายอย่างเดียว หากแต่มีเรื่องการเมืองเข้ามาปนอยู่เสมอ หรืออย่างน้อยก็มีเรื่อง protocol ที่จะต้องพิจารณาประกอบ ดังนั้น การติดต่อกับเจ้าหน้าที่ที่เป็น diplomat หรือ consul ซึ่งเป็นผู้แทนของประเทศ จึงต้องกระทำด้วยความสุขุมรอบคอบ

ในเรื่องการถูกเรียกให้เป็นพยานในอนุสัญญาฯจะใช้คำว่า May be called upon to attend as withnesses แต่ก่อนหน้านั้นมีการถกเถียงกันว่าจะเป็นในลักษณะว่าต้องไปเป็นพยานคือ liable to give evidence หรือไม่เพราะในอดีต เช่น ในอนุสัญญาทางกงสุลระหว่างอังกฤษกับสวีเดน ค.ศ. 1952 ก็ใช้คำว่า liable to attendas withnesses เช่นกัน อย่างไรก็ดี เมื่ออนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ออกมา จึงทำให้ข้อถกเถียงในประเด็นนี้หมดไป

---

[41] Oppenheim. International Law. p.843. Hyde. International Law. p. 1344.

[42] Yearbook of International Law ค.ศ.1961 Volume I. pp.121-125.

ด้วยเหตุนี้ หลักเรื่องเอกสิทธิ์ทางกงสุลในเรื่องพันธะที่ให้การ จึงยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในรายละเอียด เพียงแต่หลักการเท่านั้นที่เห็นไปในทางเดียวกัน และได้รับการปฏิบัติจากรัฐมาเป็นเวลานาน รายละเอียดที่เห็นต่างกันออกไป รัฐจึงอาจไปทำความตกลงกันระหว่างกันเองก็ได้

2.2. เอกสิทธิ์จากการได้รับยกเว้นภาษีอากร

การได้รับเอกสิทธิ์เรื่องภาษีอากรของกงสุลนี้ก็คล้ายกับของทูต และมีมูลฐานดั้งเดิมมาจากทฤษฎีแห่งสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่ถือว่าผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อาณัติการควบคุมบังคับใด ๆ ของรัฐผู้รับ ดังนั้น จึงควรได้รับการปลอดพ้นจากการบังคับในระบบภาษีของรัฐผู้รับด้วย [43] เมื่อทฤษฎีว่าด้วยการเป็นตัวแทนได้รับความนิยม ก็ถือว่าทูตหรือกงสุลคือตัวแทนขององค์อธิปัตย์หรือของรัฐอธิปไตย จึงไม่เป็นการสมควรที่จะนำเอากฎหมายใด ๆ รวมทั้งกฎหมายระบบภาษีอากรที่กำหนดขึ้นโดยกษัตริย์รัฐหนึ่งมาใช้กับตัวแทนแห่งประมุขของอีกรัฐหนึ่งให้ปฏิบัติตาม [44]

ปัจจุบันเมื่อพิจารณาจากความเป็นจริง ผู้แทนทางทูตหรือกงสุล โดยปกติต้องเสียภาษีอากรให้รัฐของตนอยู่แล้ว จึงไม่เป็นการสมควรที่จะต้องเสียภาษีซ้ำสองในรัฐผู้รับอีก และอีกประการหนึ่ง บุคคลดังกล่าวอาจจะต้องหมุนเวียนไปประจำภูมิภาคต่าง ๆ ทรัพย์สินสิ่งของ จึงต้องเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับภูมิประเทศและอากาศที่ตนไปประจำ การซื้อสิ่งของดังกล่าว บางครั้งก็ไม่จำเป็นต่อชีวิตปกติสามัญชนเมื่ออยู่รัฐของตน ดังนั้น หากต้องเสียภาษีอากรให้รัฐผู้รับอีก ก็ย่อมเป็นภาระหนักสำหรับประเทศที่ยากจน แต่ใคร่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น [45]

---

[43] Oppenheim. International Law. pp.802-803.

[44] O'Connell. International Law, p.888 and p.906.

[45] ผดุง ปัทมสังข์. เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร พ.ศ.2520-2521 รุ่นที่ 20.

แต่อย่างไรก็ตาม แต่เดิมนั้นมิได้มีบทบังคับแห่งกฎหมายระบุให้ผู้แทนทางทูตหรือกงสุลได้รับสิทธิ์นี้ การให้เอกสิทธิ์เกี่ยวกับภาษีอากรแก่กัน จึงเป็นการให้โดยอัธยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ และอาศัยหลักแห่งการถ้อยทีถ้อยประติบัติเป็นบรรทัดฐาน [46] ปัญหาความยุ่งยากนานัปการทั้งด้านผู้ให้และด้านผู้รับ จึงปรากฏอยู่เสมอ จนกระทั่งมีการกำหนดเรื่องเอกสิทธิ์เกี่ยวกับการได้รับยกเว้นทางภาษีอากรขึ้นในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.2.1 การยกเว้นจากการจัดเก็บภาษีอากร (exemption from taxation)

ในการประชุมของคณะกรรมาธิการระหว่างประเทศ ได้ร่วมกันพิจารณาถึงเรื่องการยกเว้นจากการจัดเก็บภาษีเอาไว้ แต่ทว่าในเนื้อหาลึกลงไปถึงรายละเอียดเกี่ยวกับภาษีที่จะได้รับยกเว้นมีประเภทชนิดใดบ้างนั้น จะยังเป็นข้อโต้แย้งโดยแสดงออกมาทางความเห็นของรัฐต่าง ๆ [47] แต่ในบทบัญญัติตามอนุสัญญาคือความเห็นที่ค่อนข้างจะเห็นเป็นเอกฉันท์ [48] แต่กระนั้นก็ตามยังเป็นเนื้อหาที่เป็นหลักใหญ่ ๆ กว้าง ๆ เท่านั้น ซึ่งการจะนำไปบฏิบัติ ก็ต้องมีกฎหมายหรือบทบัญญัติที่ระบุให้ละเอียดลงไปด้วย

---

[46] Satow. Guide to Diplomatic Practise. p. 228.

[47] Yearbook of International Law ค.ศ.1961 Volume I. pp.128-130.

[48] ดูข้อ 32 และ 60 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2.2.2 การยกเว้นจากการเก็บอากรศุลกากร (exemption from customs duties)

เช่นเดียวกับการพิจารณาเรื่องการยกเว้นจากการจัดเก็บภาษี การเก็บอากรศุลกากรนี้ รัฐต่าง ๆ ก็เห็นด้วยในหลักการ แต่ในรายละเอียดเช่นว่าการยกเว้นนี้จะคลุมไปถึงบุคคลผู้เป็นสมาชิกในสถานกงสุลด้วยหรือไม่ รัฐบาลของรัฐต่าง ๆ ก็แสดงความเห็นมาร่วมพิจารณามากมาย เช่น นอร์เวย์หรือเดนมาร์ก เห็นว่าการยกเว้นจากการเก็บอากรศุลกากรนี้ ควรจะให้เฉพาะผู้เป็นกงสุลอาชีพซึ่งไม่ได้เป็นคนบกติของรัฐผู้รับ และไม่ได้ประกอบกิจการส่วนตัวเพื่อประโยชน์ส่วนตนใด ๆ ในรัฐนั้นด้วย [49]

การยกเว้นจากการเก็บอากรศุลกากร สามารถแยกได้ดังนี้

ก. การยกเว้นอากร ภาษีและค่าภาระสิ่งของสำหรับใช้ในทางการ สิ่งของสำหรับการใช้ในทางการของกงสุลนั้น [50] รัฐผู้รับจะอนุญาตให้นำเข้าและยกเว้น อากรศุลกากร ภาษี และค่าภาระที่เกี่ยวเนื่องทั้งบวง นอกจากค่าภาระสำหรับการเก็บรักษา การขนของและบริการที่คล้ายคลึงกันตามกฎหมายและข้อบังคับเช่นที่รัฐผู้รับอาจตราไว้ กรณีเช่นนี้จะเหมือนกับการได้รับยกเว้นค่าอากร ภาษี และค่าภาระสิ่งของสำหรับใช้ในทางการทูต [51]

---

[49] Ibid. p. 131.

[50] ข้อ 50(ก) อนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963

[51] ข้อ 30(ก) อนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ.1961

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อย่างไรก็ตาม สิ่งของสำหรับใช้ในทางการของสถานที่ทำการทางกงสุลที่มีพนักงานกงสุลกิตติมศักดิ์เป็นหัวหน้า รัฐผู้รับจะอนุญาตให้นำเข้าและยกเว้นอากรศุลกากรและค่าภาระที่เกี่ยวเนื่องดังที่กล่าวข้างต้น เฉพาะตราแผ่นดิน ธง ป้าย ตราประทับและตราตอกสมุด สิ่งพิมพ์ทางการ เครื่องตกแต่งประจำสำนักงาน บริภัณฑ์ประจำสำนักงาน และสิ่งของที่คล้ายคลึงกันที่จัดให้โดยรัฐผู้ส่งหรือตามคำขอร้องของรัฐผู้ส่งเท่านั้น [52]

ข. การยกเว้นอากร ภาษี และค่าภาระสิ่งของสำหรับใช้ส่วนบุคคล การได้รับการยกเว้นอากรภาษีสำหรับกรณีกงสุลนี้ [53] จะต้องเป็นสิ่งของสำหรับการใช้ส่วนบุคคลของพนักงานกงสุล และคนในครอบครัวซึ่งเป็นส่วนแห่งครัวเรือนของพนักงานกงสุล รวมทั้งสิ่งของที่เจตนาสำหรับการตั้งถิ่นฐาน จะได้รับยกเว้นอากรศุลกากร ภาษี และค่าภาระนอกจากค่าภาระสำหรับการเก็บรักษา การขนของ และบริการที่คล้ายคลึงกันตามกฎหมายของข้อบังคับของรัฐผู้รับ เช่นเดียวกับกรณีของทูต [53] และคนในครอบครัวซึ่งเป็นส่วนแห่งครัวเรือน แต่มีเงื่อนไขว่าสิ่งของที่เจตนาสำหรับการบริโภค จะต้องไม่เกินปริมาณที่จำเป็นสำหรับการใช้ประโยชน์โดยตรงโดยบุคคลที่เกี่ยวข้อง ส่วนลูกจ้างฝ่ายกงสุลจะได้รับการยกเว้นเช่นว่านี้ ก็เฉพาะสิ่งของสำหรับการใช้ส่วนบุคคล และสิ่งของที่เจตนาสำหรับการตั้งถิ่นฐานที่ได้นำเข้ามาในเวลาที่เข้ารับหน้าที่ครั้งแรกเท่านั้น

จากการพิจารณาดังกล่าว สำหรับเรื่องการยกเว้นอากรศุลกากรของกงสุลนี้ จะมีลักษณะที่เหมือนกับทูต ซึ่งน่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้แล้ว เนื่องจากกรณีของทูตยังถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเมื่อในกรณีของกงสุลซึ่งมีเนื้อหาเหมือน ๆ กัน ก็น่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ด้วย และดังที่กล่าวไว้แต่เบื้องแรกว่า กงสุลเองก็มีประวัติความเป็นมายาวนานกว่าประวัติของการเกิดทูตด้วยซ้ำ

---

[52] ข้อ 62 อนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

[53] ข้อ 36(ข) อนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961

2.3. **เอกสิทธิ์จากการได้รับยกเว้นจากการจดทะเบียนคนต่างด้าว ใบอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่** (exemption from registration of aliens and residence permits) **ประกันสังคม** (social security) **และบริการภาระอุดหนุนส่วนบุคคล** (exemption from personel services and contributios)

เรื่องเอกสิทธิ์ทางกงสุลหัวข้อนี้ระหว่างการประชุมของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ มีการพิจารณาประเด็นสำคัญ คือว่า เอกสิทธิ์ดังกล่าวจะครอบคลุมถึงใครบ้างในสถานที่ทำการทางกงสุล ร่างการวิจารณ์ของรัฐต่าง ๆ ที่ส่งมาร่วมแสดงความคิดเห็นบางรัฐบาล เช่น เนเธอร์แลนด์หรือเบลเยี่ยม จะตีความว่าให้หมายถึงสมาชิกทุกคนที่ทำงานในสถานกงสุลนั้น [54] ขณะที่บางรัฐกลับไม่ให้ความสำคัญกับประเด็นว่าเอกสิทธิ์ที่จะได้รับในหัวข้อนี้ มีประเภทใดบ้างมากกว่า

ดังนั้น จึงสามารถพิจารณาได้ว่ารัฐต่าง ๆ ยอมรับว่า กงสุลมีเอกสิทธิ์จากกรณีดังกล่าวข้างต้น ผนวกกับแม้กระทั่งในกฎหมายภายในของรัฐบางรัฐ ต่างก็มีการเขียนประเด็นนี้ไว้ ตัวอย่างที่ชัดที่สุดคือ ประเทศไทยเองก็มีกฎหมายภายในยกเว้นเรื่องการจดทะเบียนคนต่างด้าว ใบอนุญาตมีถิ่นที่อยู่ [55] แต่เอกสิทธิ์ที่ได้รับรวมถึงบุคคลที่จะได้รับนั้น ยังไม่มีความเห็นเป็นไปในทางเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แนวทางหนึ่งซึ่งที่ประชุมเห็นพ้องกัน คือ กงสุลจะไม่ได้รับเอกสิทธิ์กรณีนี้เท่าเทียมทูต ทั้งนี้ การได้รับการยกเว้นจดทะเบียนคนต่างด้าว ใบอนุญาตมีถิ่นที่อยู่ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติข้อ 46 และ 47 ของอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล

---

[54] Ibid. p.133.

[55] ดู กฎหมายภายในของไทย เช่น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2518

สำหรับการยกเว้นเรื่องประกันสังคมและการบริการภาระอุดหนุนส่วนบุคคล จะได้รับเกือบเท่าทูต ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายกัน นอกจากนั้น มีหลักเกณฑ์ที่น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้แล้ว ก็คือ การห้ามทูตหรือกงสุลทำงานในประเทศของรัฐผู้รับ (รวมทั้งคู่สมรสและสมาชิกในครอบครัว) เพราะไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 หรือของกงสุล ค.ศ. 1963 ก็บัญญัติเป็นไปในทำนองเดียวกัน

2.4 การขอรับการตรวจลงตรา

เนื่องจากประเทศต่าง ๆ ก็มีการอำนวยความสะดวกกันในเรื่องนี้ ซึ่งทำให้ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมและเป็นการรีบดำเนินการโดยไม่ชักช้า

แต่สิ่งที่จะยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็คือการที่นักการทูตหรือกงสุลยังต้องขอรับการตรวจลงตราอยู่ เว้นแต่จะมีความตกลงระหว่างประเทศผู้รับกับประเทศผู้ส่ง (แต่ความตกลงเช่นว่านี้ครอบคลุมกรณีของผู้ถือพาสปอร์ตทูตหรือราชการ ซึ่งหมายความว่าผู้ใดก็ตามที่ถือพาสปอร์ตประเภทดังกล่าวก็เข้าข่าย ไม่ว่าจะเป็นทูตหรือกงสุลก็ตาม เพราะว่ามีบางประเทศถือพาสปอร์ตทูต แต่ไม่ได้เป็นทูตหรือกงสุล เช่น พระบรมวงศานุวงศ์ชั้นสูงตั้งแต่หม่อมเจ้าขึ้นไป) แต่ความตกลงเช่นว่าก็คงจำกัดอยู่เพียงไม่เกิน 3 เดือน หรือ 90 วัน ส่วนที่จะเป็นการมาอยู่เป็นระยะเวลานานกว่านี้ ก็ยังคงต้องขอรับการตรวจลงตราอยู่ดี

จากหลักเกณฑ์ทั้งหมดที่กล่าวมา พบว่า เอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางกงสุลในอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ ส่วนใหญ่จะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว เมื่อพิจารณาทั้งจากองค์ประกอบคือแนวปฏิบัติจากรัฐต่าง ๆ ที่ปรากฏทั้งในคำกล่าวอ้างของรัฐ หลักกฎหมายภายในรัฐต่าง ๆ หรือกระทั่งเวลาในการเกิดการยอมรับซึ่งเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางกงสุล ที่สำคัญหลักดังกล่าวนี้มีเนื้อหารายละเอียดที่คล้ายกับของทูต ซึ่งปรากฏเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว เอกสิทธิ์ความ

คุ้มกันทางกงสุล ก็น่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปด้วยเช่นกัน เพราะเนื้อหาก็ยกมาจากเอกสิทธิ์ความคุ้มกันของทูต จะแตกต่างก็เพียงกับบุคคลที่ถูกใช้เท่านั้น แต่นั้นก็ไม่ใช่ประเด็นที่จะสามารถรับฟังได้ว่า ถ้าเป็นทูตต้องเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ถ้าเป็นกงสุลจะไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตาม หลังจากได้ศึกษาโดยอาศัยการพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว จะพบว่า หลักเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางกงสุลในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้น มิได้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปทุกกรณี เนื่องจากเอกสิทธิ์ความคุ้มกันบางประเภทนั้น แม้จะมีการตกลงและเห็นชอบในหลักการ แต่ก็มีประเด็นบางเรื่องซึ่งเป็นรายละเอียดปลีกย่อย ยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันระหว่างรัฐต่าง ๆ ซึ่งอาจทำให้หลักเอกสิทธิ์ความคุ้มกันนั้นยังไม่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

โดยการวิจัยนี้ ผู้วิจัยได้พยายามแยกเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางกงสุล ซึ่งค่อนข้างได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ดังนี้คือ ความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุล ความละเมิดมิได้ในบรรณสารเอกสารทางกงสุล และเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เอกสิทธิ์ความคุ้มกันดังกล่าวนั้น ค่อนข้างได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยเอกฉันท์ ทั้งนี้บรากฏจากแนวทางปฏิบัติจากรัฐต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในการกล่าวอ้าง หรือจากหลักฐานทางกฎหมายภายในรัฐและคำพิพากษาของศาล เว้นแต่หากมีกรณีที่ต้องการให้มีการลี้ภัยในสถานกงสุลนั้น ซึ่งยังมีความเห็นที่แตกแยกกันระหว่างรัฐ ประเด็นนี้จึงยังไม่ถือว่าจะกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปได้

นอกจากนั้น ในประเด็นเรื่องความละเมิดมิได้ส่วนบุคคล ความคุ้มกันจากอำนาจศาล และหลักเรื่องของพันธะที่ให้การนั้น รัฐต่าง ๆ จะเห็นด้วยในหลักการ แต่ทว่าในเนื้อหาหรือรายละเอียดปลีกย่อย เช่นว่า ความคุ้มกันนี้จะครอบคลุมไปถึงบุคคลระดับใดบ้าง ผู้เป็นส่วนในครัวเรือนหรือไม่ หรือในกรณีการได้รับความคุ้มกันทางอาญานั้น ยังมีความเห็นไม่เป็นไปในทางเดียวกันว่าความคุ้มกันอาจจะให้ในลักษณะของคดีที่ไม่ร้ายแรง แต่มาตรฐานของ

การจัดระดับความร้ายแรงของคดีก็ยังไม่เป็นในแนวเดียวกัน ด้วยเหตุจากความไม่แน่ชัดว่าขอบเขตของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีแค่ไหน เพียงใด เพราะความที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีวิวัฒนาการตลอดเวลา รัฐต่าง ๆ จึงหาทางออกด้วยการทำความตกลงระหว่างรัฐในลักษณะของทวิภาคี เพื่อหาแนวปฏิบัติที่ชัดเจนระหว่างกันเอง

สำหรับประเด็นของหลักเอกสิทธิ์ความคุ้มกันที่ยังไม่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยสิ้นเชิง ก็คือ เรื่องเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและการเดินทาง รวมทั้งการตรวจลงตรา องค์ประกอบของการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในหลักดังกล่าว เมื่อเทียบกับหลักความละเมิดมิได้ในสถานที่ทางกงสุลหรือบรรณสารเอกสารทางกงสุล ซึ่งปรากฏเป็กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นเวลานานนั้น จะพบว่า เสรีภาพทางการเคลื่อนไหวและการเดินทาง มักจะได้รับการปฏิบัติจากประเทศที่อยู่ในระบอบคอมมิวนิสต์มากกว่า

ในประเด็นที่หลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล ซึ่งยังไม่ได้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ส่งผลให้รัฐบางรัฐเลือกที่จะทำความตกลงกันเป็นราย ๆ ไปในประเด็นที่ตนต้องการจะผูกพันและนำมาใช้บังคับในประเทศ จากที่ศึกษามาจึงสามารถวิเคราะห์ได้ว่า หลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุลที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้น เมื่อได้พิสูจน์ถึงความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วจะพบว่ามีบางหลักที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือกำลังจะเป็น แต่ก็มีบางหลักที่ยังไม่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ในประเด็นที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น รัฐทุกรัฐต้องผูกพันเนื่องจากมีความจำเป็นที่ต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นดำเนินความสัมพันธ์ทางกงสุลระหว่างกัน เมื่อรัฐมีความผูกพันแล้วก็ต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมาใช้บังคับภายในประเทศ ตามที่ได้วิเคราะห์กันมาในบทที่ 2 ว่าด้วยการวิเคราะห์แนวทางปฏิบัติของรัฐต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าต้องผูกพัน แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้ร่วมลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ก็ตาม ซึ่งการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสำหรับประเทศไทยนั้น จะได้ศึกษากันในเบื้องหน้าต่อไป

การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในประเทศไทย

เราทราบว่าลักษณะความผูกพันของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีลักษณะเป็น erga omnes คือ ผูกพันโดยทั่วไปกับรัฐ และผลแห่งความผูกพันนั้น ก็คือ รัฐดังกล่าวต้องมีพันธะที่จะต้องปฏิบัติตามความผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นด้วย

แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาในบทที่ 3 เราสามารถทราบต่อไปว่าตามรัฐธรรมนูญและแนวปฏิบัติของศาลไทยที่ผ่านมา มีความเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นคนละระบบกัน การจะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายภายในได้ ต้องมีการทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน กฎหมายระหว่างประเทศจึงจะสามารถมีผลใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในได้ แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นหากกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะไม่สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแปลงได้ อีกทั้งประเทศไทยไม่มีการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศ ด้วยเหตุนี้การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ซึ่งได้ศึกษามาในส่วนแรกของบทนี้ จะเป็นเช่นไรบ้าง ผู้วิจัยจะขอกล่าวดังนี้

1. การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยฝ่ายนิติบัญญัติ

โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการออกกฎหมาย ดังนั้น การศึกษาการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงพิจารณาจากกฎหมายที่นิติบัญญัติเป็นผู้ออกขึ้นมา โดยเทียบกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จะพบว่ากฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทย มีลักษณะที่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นในบางเรื่อง เช่น

(1) ประมวลรัษฎากร ซึ่งมีพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2500 ในมาตรา 4(2) ซึ่งบัญญัติว่า "ให้ยกเว้นบรรดารัษฎากรประเภทต่าง ๆ ซึ่งเรียกเก็บตามประมวลรัษฎากรแก่

(1) ...

(2) สถานเอกอัครราชทูต สถานทูต สถานกงสุลใหญ่ สถานกงสุล บุคคลในคณะทูต บุคคลในกงสุล และบุคคลที่ถือว่าอยู่ในคณะทูตตามความตกลง ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่อกัน [56]

(2) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งยกเว้นให้บุคคลในคณะผู้แทนทางกงสุล ซึ่งต้องเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในราชอาณาจักรไทย ไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน [57]

ตัวอย่างดังกล่าว คือ การพิจารณาเรื่องการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยการออกกฎหมายมาใช้ในประเทศไทย โดยมีเนื้อหาของกฎหมายนั้นสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มากกว่าที่จะขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ดังนั้น จึงสามารถวิเคราะห์การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ว่าจะออกกฎหมายที่มีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่บรากฏในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

---

[56] ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 74 ตอนที่ 75 วันที่ 10 กันยายน 2500

[57] มาตรา 12 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัตินี้ก็เป็นเพียงกฎหมายที่ออกมามีเนื้อหาตรงกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้นเอง ที่สำคัญก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทุกประการที่บรากฏในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 อาทิเช่น เรื่องความละเมิดมิได้ในสถานที่ทำการทางกงสุล บรรณสารเอกสารทางกงสุล เป็นต้น ซึ่งประเด็นที่ไม่ได้ออกกฎหมายนี้มา ก็จะกลายเป็นปัญหาให้ผู้ใช้กฎหมายคือฝ่ายบริหารและตุลาการ ต้องประสบต่อไปว่าจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในส่วนนี้ได้หรือไม่ อย่างไร

2. การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยฝ่ายบริหาร

ในการวิเคราะห์ถึงการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่บรากฏในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยฝ่ายบริหารนี้ ก็สามารถพิจารณาได้จากกฎหมายต่าง ๆ ที่ออกมาจากฝ่ายบริหาร เช่น ระเบียบปฏิบัติต่าง ๆ ของกระทรวงหรือกรมนั้น ๆ ตัวอย่างเช่น

(1) ระเบียบของกรมตำรวจซึ่งมีชื่อว่า "ระเบียบการทำงานเกี่ยวกับคดี" ข้อ 49 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการได้รับความคุ้มกันจากอำนาจตำรวจ โดยเนื้อหาระบุว่ากงสุลรองกงสุลและผู้รับมอบหมายในกิจการกงสุลนั้น ไม่มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันจากอำนาจตำรวจเว้นแต่บุคคลนั้น ๆ มีตำแหน่งในทางทูตานุทูตเพิ่มด้วย ...

แต่ในชั้นต้นนั้น ตำรวจพึงสันนิษฐานไว้ก่อนในทุกกรณีว่า บุคคลเหล่านั้นมีฐานะในทางทูตอยู่ด้วย

บรรดาหนังสือรายการหรือที่เก็บหนังสือราชการของตำแหน่งกงสุลอยู่ในความคุ้มกันจากการตรวจค้นและยึดทั้งสิ้น [58]

---

[58] ระเบียบการทำงานเกี่ยวกับคดี เล่ม 1 ลักษณะที่ 1 พ.ศ. 2505 ถึงปัจจุบัน รวบรวมโดยคณะฝ่ายวิชาการสูตรไพศาล สูตรไพศาลการพิมพ์ พ.ศ. 2530. หน้า 75-76.

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงระเบียบของกรมตำรวจเรื่องนี้จะพบว่ามิได้ระบุถึงกงสุลว่ามีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันจากอำนาจตำรวจ สาเหตุที่เป็นดังนี้ก็เนื่องมาจากขณะที่ระเบียบนี้ร่างขึ้นมานั้นเป็นเวลาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2505 ซึ่งเป็นช่วงที่ประเทศไทยเห็นว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ ยังมิได้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั้งฉบับ รวมทั้งประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคี ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่ยอมรับพันธกรณีในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ด้วยเหตุนี้ ระเบียบของกรมตำรวจ จึงออกมาในลักษณะที่ไม่กล่าวถึงอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยสิ้นเชิง ดังนั้น หากมีคดีที่กงสุลถูกจับกุม จึงย่อมขึ้นอยู่กับกระทรวงการต่างประเทศที่จะให้ความเห็นว่ากงสุลผู้นั้นควรได้รับความคุ้มกันตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 หรือไม่ได้รับ จึงอาจขอความร่วมมือไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดในการสั่งไม่ฟ้องคดี ซึ่งสามารถกระทำได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145

แต่ทว่าในขณะนี้เมื่อเวลาเปลี่ยนไป ความละเมิดมิได้ในเรื่องความคุ้มกัน ก็กำลังจะกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่เราได้ศึกษากันมา ดังนั้น ผู้เป็นกงสุลจึงควรจะได้รับความคุ้มกันในประเด็นนี้ด้วย ในประเด็นเกี่ยวกับระเบียบกรมตำรวจข้างต้น อีกประการหนึ่งก็คือการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องดังกล่าว แม้จะกระทำได้ตามกฎหมาย แต่รัฐบาลคงมีอำนาจสั่งการไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายจะฟ้องคดีเอง ไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรืออาญา ก็จะเกิดปัญหาขึ้นว่าศาลจะรับฟ้องหรือไม่ และหากรับฟ้องแล้ว จะยังลงโทษบุคคลผู้นั้นด้วย แล้วประเทศไทยจะถือว่าผิดกฎหมายระหว่างหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันจากการสอบถามผู้รู้และเจ้าหน้าที่ตำรวจ ก็กำลังดำเนินการแก้ไขระเบียบการดำเนินคดีของตำรวจในประเด็นนี้อยู่ เรียกว่า ร่างประมวลระเบียบการพิจารณาเกี่ยวกับคดี ซึ่งกำลังเสนอเป็นข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย แต่ที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้นก็คือ ประเทศไทยควรจะมีกฎหมายภายในที่รองรับให้กงสุลได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

แต่ในประเด็นของการให้ความคุ้มกันทางเอกสารของกงสุลนั้น จะได้รับความคุ้มกันอยู่ดังกล่าว

(2) ระเบียบของกรมศุลกากรในการปฏิบัติพิธีการเกี่ยวกับการออกของที่ได้รับเอกสิทธิ์ทางการทูต ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติพิธีการว่าของที่ได้รับเอกสิทธิ์ทางการทูต ผู้นำของเข้าหรือส่งออก จะต้องยื่นใบขนสินค้าขาเข้าฯหรือขาออกฯตามที่กระทรวงการต่างประเทศ

มีหนังสือขอยกเว้นมา... แต่สำหรับของที่ได้รับเอกสิทธิ ผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อในใบขนสินค้าฯ จะต้องเป็นบุคคลที่ทางสถานทูตหรือองค์การมอบหมาย โดยกระทรวงการต่างประเทศจะส่งรูปถ่ายบุคคลที่มีหน้าที่ดำเนินพิธีการศุลกากรมาให้

จากที่แสดงมาสามารถพิจารณาได้ว่า ในส่วนของกรมศุลกากร จะมีระเบียบเกี่ยวกับเรื่องการได้รับยกเว้นภาษีศุลกากร แต่ผู้ที่มีอำนาจขอมาจะต้องเป็นกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อให้กระทรวงต่างประเทศตรวจสอบสถานะที่แท้จริงของบุคคลเหล่านี้ก่อน รวมทั้งพิจารณากลั่นกรองว่าของที่จะขอยกเว้นอากรนั้น มีปริมาณและเงื่อนไขตามที่ทางราชการกำหนดหรือไม่ (ดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 2.2 ว่าด้วยการยกเว้นจากการเก็บอากรศุลกากร) เพราะกรมศุลกากรไม่ทราบว่ามีใครบ้างที่เป็นทูต แต่ถ้ากระทรวงการต่างประเทศแจ้งมาว่ามีผู้ใดดำรงตำแหน่งทางทูตที่ได้รับเอกสิทธิความคุ้มกันแล้ว ในส่วนของกรมศุลกากรก็พร้อมที่จะยินดียกเว้นภาษีศุลกากรนั้น ๆ [59]

การที่กรมศุลกากรให้การยกเว้นเกี่ยวกับการออกของที่ได้รับเอกสิทธิ์ทางการทูตนี้ ในทางปฏิบัติจะให้รวมไปถึงกงสุลด้วย โดยมีข้อแม้เพียงว่ากระทรวงการต่างประเทศ จะต้องเป็นผู้ระบุลายมือผู้เป็นทูตหรือกงสุลที่ขอมานั้นด้วย

ดังนั้น ในฝ่ายบริหารเมื่อพิจารณาจากหน่วยงานของกรมศุลกากรหรือจากกรมตำรวจ จะมีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการยอมรับที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 ตามที่วิเคราะห์มาข้างต้น โดยการใช้ดังกล่าวคือการออกกฎหมายให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารของตนได้มีแนวทางที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ออกเป็นกฎหมายมาให้ใช้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวก็ดูเหมือนว่าฝ่ายบริหารเองจะยอมรับและทราบถึง

---

[59] สรุปพิธีการของส่วนบุคคลและเอกสิทธิ จากคำบรรยายของกรมศุลกากรที่ใช้สอนเจ้าหน้าที่ศุลกากร กรมศุลกากร

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ แต่เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติไม่ออกกฎหมายมาให้ใช้ ฝ่ายบริหารก็อาศัยอำนาจที่ตนสามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้เจ้าหน้าที่ของตนได้ แต่ทว่าอย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนี้ ก็เป็นเพียงการหาทางออกให้แก่เจ้าหน้าที่ของตนที่จะไม่ละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น

3. การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยฝ่ายตุลาการ

โดยปกติแล้วฝ่ายตุลาการของประเทศไทย มีหน้าที่ในการใช้กฎหมายซึ่งออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ตราบใดที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาฯว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ยังมิได้มีสภาพเป็นกฎหมายภายใน ฝ่ายตุลาการก็จะยังไม่มีแนวทางในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาฯอย่างแน่ชัด

ด้วยเหตุนี้ เมื่อจะต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าว ฝ่ายตุลาการของประเทศไทย จึงต้องหาวิธีการที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างไรบ้าง โดยจะขอแยกพิจารณาดังนี้

3.1 กรณีมีกฎหมายภายในบัญญัติไว้ หรืออีกนัยหนึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นสอดคล้องกับกฎหมายไทย ศาลไทยย่อมใช้กฎหมายภายในของไทยปรับแก่คดีโดยไม่ต้องพิจารณาถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ [60] ทั้งนี้ โดยเทียบเคียงได้จากตัวอย่างเรื่องการได้รับยกเว้นภาษีอากรของกงสุล ศาลไทยจะพิจารณาจากกฎหมายภายในที่มีอยู่ เช่น ตามประมวลรัษฎากร เป็นต้น ว่ากงสุลได้รับการยกเว้นภาษีอากร ดังนั้น ศาลไทยก็จะไม่พิจารณาถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างใดเลย

---

60 วิษณุ เครืองาม. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย. หน้า 118-119.

3.2 กรณีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขัดแย้งกับกฎหมายภายใน กล่าวคือ กรณีนี้จะมีกฎหมายภายในของไทยบัญญัติไว้ชัดแจ้งอย่างหนึ่ง แต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกลับเป็นอีกอย่างหนึ่ง กรณีนี้ศาลไทยจะพยายามตีความกฎหมายภายในมิให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ถ้าความขัดแย้งนั้นปรากฏอย่างชัดแจ้ง ศาลไทยจะใช้กฎหมายภายในของไทยบังคับแก่คดี แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลจำต้องรับผิดต่อรัฐต่างประเทศในการที่ออกกฎหมายภายในให้ขัดกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ 61

3.3 กรณีไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลไทยจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้โดยไม่ต้องอ้างว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของไทย แต่การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ ศาจะมีวิธีการใช้ดังนี้

(ก) การใช้อำนาจตีความกฎหมาย การตีความกฎหมายคือการค้นหาความหมายของถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในกฎหมาย และนำความหมายที่ได้นั้นมาปรับให้เข้ากับข้อเท็จจริง การตีความกฎหมายเป็นอำนาจของศาล เพราะการที่ศาลจะวินิจฉัยคดีและปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงนั้น ศาลจำต้องทราบความหมายของถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในตัวบทกฎหมายเสียก่อน ในการใช้กฎหมายบังคับแก่คดี ศาลอาจตีความถ้อยคำหรือข้อความตามกฎหมายนั้นให้สอดคล้องกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ได้ โดยไม่ต้องอ้างว่าเป็นการตีความตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เพราะศาลจะตีความโดยอาศัยหลักใด ย่อมเป็นอันยุติตามนั้น 62

(ข) การปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือระเบียบของฝ่ายบริหาร ในบางกรณีศาลไม่ต้องประสบปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการใช้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะฝ่ายบริหาร อันได้แก่ กระทรวงยุติธรรมหรือกระทรวงการต่างประเทศ อาจมีข้อเสนอแนะหรือออกระเบียบปฏิบัติบางประการไว้ก่อนแล้ว

---

61 เรื่องเดียวกัน. หน้า 127.

62 เรื่องเดียวกัน. หน้า 122.

ระเบียบหรือข้อเสนอแนะดังกล่าว เป็นระเบียบของฝ่ายบริหาร ซึ่งออกเพื่อให้การปฏิบัติของศาลเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทั้งนี้ มิใช่เป็นการแทรกแซงดุลพินิจของศาล เพราะยังไม่ได้ก้าวล่วงไปถึงเนื้อหาแห่งความผิดหรือประเด็นข้อกฎหมายในการวินิจฉัย บกติศาลจะเชื่อหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าศาลไม่ปฏิบัติตามหรือไม่นำพาต่อข้อเสนอแนะหรือระเบียบดังกล่าวแล้วและเกิดความเสียหายขึ้น ฝ่ายบริหารก็ต้องรับผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(ค) การใช้อำนาจวินิจฉัยคดีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อำนาจข้อนี้เป็นปัญหาที่ถกเถียงกันมากที่สุดประการหนึ่ง ว่าจะครอบคลุมถึงอำนาจวินิจฉัยคดีโดยใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยหรือไม่

มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า

> "...เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก่คดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามครองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีด้วยไซร้ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป"

ในเรื่องความเห็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปนี้ ดร.สมปอง สุจริตกุล ได้อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปนี้ ถ้าจะแปลเป็นภาษาอังกฤษ ก็น่าจะเป็นเพียง "general legal principles" คือหลักกฎหมาย (legal principles) ทั่วไป แต่คำแปลภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 นี้ ก้าวหน้าไปกว่าภาษาไทยเล็กน้อย คือใช้คำว่า "general principles of law" ในด้านความคิดจึงกว้างออกไปจากคำว่า "general legal principles" ซึ่งน่าจะหมายถึงแต่เพียงหลักทั่วไปของกฎหมายไทย ส่วนคำว่า "general principles of law" นั้น หมายความไกลออกไปถึงหลักที่มีอยู่ในกฎหมายทั่ว ๆ ไป ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายไทยหรือกฎหมายภายในของประเทศอื่น ถ้าจะขยายความคิดนี้ออกไป "general principles of law recognised by civilized nations" หรือหลักทั่วไปของกฎหมายที่อารยชาติยอมรับนับถือ ตามข้อ 38 วรรค 1 ข้อซี แห่งธรรมนูญศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว ก็อาจจะเข้าใจไปได้ว่า

"หลักกฎหมายทั่วไป" ที่กล่าวถึงในมาตรา 4 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ เป็นหลักเดียวกันหรือมีส่วนสัมพันธ์กับหลักทั่วไปของกฎหมาย ซึ่งเป็นแหล่งที่มาส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เมื่อมาพิจารณาดูให้ละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่อาจเป็นไปเช่นนั้นได้ เพราะที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามข้อ 38 วรรค 1 ข้อซีนั้น จะต้องเป็นหลักทั่วไป ซึ่งอารยประเทศยอมรับนับถือ อารยประเทศย่อมรวมถึงประเทศไทยด้วย ฉะนั้น ถ้าประเทศไทยไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยขนส่งทางทะเล หลักกฎหมายว่าด้วยการนั้น หากเป็นที่ยอมรับนับถือกันในบางประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะประเทศไทยเราเองยังมิได้ยอมรับนับถือ ฉะนั้น คำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ จึงไม่อาจไปรียงกับกฎหมายระหว่างประเทศตามแหล่งที่มาแห่งข้อ 38 วรรค 1 ข้อซี ได้ และในทำนองเดียวกันก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นบทที่ให้อำนาจศาลไทยที่จะเทียบกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเลของประเทศหนึ่งประเทศใดมาใช้บังคับหรือมาบรับคดีได้ เพราะแม้แต่หลักที่ใช้กันแพร่หลายในต่างประเทศในเรื่องการขนส่งทางทะเล ก็ยังยากที่จะตีความได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในเมื่อมิได้มีการรับมาใช้บังคับเป็นกฎหมายไทย ฉะนั้น คำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" จึงหมายถึงเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายไทยเท่านั้น [63]

อย่างไรก็ตาม นายไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้อธิบายว่า ผู้เขียนเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ตามมาตรา 8 คือ หลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันอยู่ทั่วไป ไม่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง และไม่หมายถึงกฎหมายภายในของไทยหรือของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น เพราะตัวบทใช้คำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" ต้องหมายความว่าเป็นหลักกฎหมายที่รับรองหรือรับนับถือกันอยู่ทั่วไป ที่ว่าทั่วไปนั้นไม่หมายความว่าทั่วเฉพาะในประเทศไทย เพราะตัวบทไม่อาจแปลความจำกัดเช่นนั้น และโดยปกติประเทศไทยก็ย่อมใช้กฎหมายอย่างเดียวกันนั่นเอง แต่ถ้าหลักกฎหมายของประเทศใดตลอดจนของประเทศไทยเป็นที่รับรองนับถือกันทั่วไปแล้ว ก็เป็นหลัก

---

63 สมปอง สุจริตกุล. "ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ." บทบัณฑิตย์ เล่ม 20 ตอน 1 2505. หน้า 76-77.

กฎหมายทั่วไป แต่การที่ประเทศใดประเทศหนึ่งบัญญัติกฎหมายว่าอย่างไรนั้น หลักที่เขาบัญญัติขึ้นนั้นไม่จำต้องเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ถ้าหากเป็นกรณีที่ไม่ใช่ เพราะประเทศนั้นนำมาบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรและถ้าตรงกับหลักกฎหมายทั่วไป เราก็นำมาใช้ในฐานะเป็นหลักทั่วไป ตามมาตรา 4 นี้ มีหลักกฎหมายทั่วไปเป็นอันมากที่ประเทศเราได้นำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมาย เช่น หลักเรื่องผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat emptor) คดีส่วนตัวย่อมตายตามตัว (Actio personal is moritur cum) ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) ฯลฯ เป็นต้น หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายของโรมันที่ประเทศอารยะหลายประเทศได้ยอมรับนับถือกัน จึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และประเทศไทยได้อาศัยแนวมาบัญญัติในบทกฎหมายไว้แล้วเป็นอันมาก [64]

ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้แล้ว มาตรา 4 เป็นแนวทางเพียงอย่างเดียวที่มีอยู่ในขณะนี้ ซึ่งสามารถให้ศาลใช้เป็นการอุดช่องว่างได้ อีกประการหนึ่งหากไม่สามารถใช้มาตรา 4 แล้ว ศาลไทยก็ไม่มีกฎหมายใดปรับใช้ได้ เพราะศาลต้องใช้กฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ศาลไทยไม่ได้อยู่ในระบบกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศระบบ Common Law ที่ศาลสามารถสร้างกฎหมายขึ้นได้

จากที่กล่าวมาจะพบว่า การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯ ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ จะเกิดปัญหาในการใช้กรณีจากฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะหากไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติไว้ อีกทั้งกฎหมายภายในของประเทศไทย ก็ไม่ได้มีการเปิดช่องทางหรือได้นำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้อย่างแจ้งชัด ปัญหาจึงตกอยู่กับฝ่ายตุลาการซึ่งมีหน้าที่ต้องใช้กฎหมาย

---

64 ไพจิตร ปุญญพันธ์. "หลักกฎหมายทั่วไป." <u>ดุลพาห์</u> เล่ม 3 ปีที่ 11. มีนาคม 2507. หน้า 6.

นอกจากนั้น ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายแบบ Civil Law ซึ่งการใช้กฎหมายของศาล จะถูกจำกัดว่าศาลจะต้องใช้กฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติสร้างขึ้นเท่านั้น แต่เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีกฎหมายสำหรับใช้ ฝ่ายตุลาการจึงต้องหาแนวทางการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่วิเคราะห์กันมา

และหากจะใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการอุดช่องว่างศาลของไทยก็ยังไม่ถนัดที่จะใช้ประโยชน์จากมาตรานี้เท่าไรนัก แม้แต่แนวความเห็นของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจากมาตรา 4 นี้ ก็ยังไม่เป็นแนวทางเดียวกันเท่าไรนักตามที่วิเคราะห์มาข้างต้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย