

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

ชินินทร์ มณีดำ

บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ

- ๑ ความเบื้องต้น
- ปกติแล้วบ่อเกิด (**sources**) ของกฎหมายจะมีสองประเภทคือ
- ก.บ่อเกิดทางรูปแบบ (**formal sources of law**) หมายถึง วิธีการหรือกระบวนการในการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาบังคับใช้ (กฎหมาย) เช่น กติกาหรือกระบวนการทางนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในการผ่านร่างกฎหมาย
- ข.บ่อเกิดทางเนื้อหา (**material sources of law**) หมายถึง “หลักฐาน” ที่แสดงการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับโดยทั่วไปและมีผลผูกพันผู้ถูกใช้บังคับ เช่น กฎหมายลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาของศาล กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป

- แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีบ่อเกิดทางรูปแบบ มีแต่บ่อเกิดในทางเนื้อหา ในลักษณะที่เป็น หลักฐานอันแสดงการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับและถือปฏิบัติของรัฐต่าง

ๆ

- ข้อ 38 แห่ง ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้บัญญัติว่า
(1.) ศาลซึ่งมีหน้าที่พิจารณาพิพากษากรณีพิพาทที่มาสู่ศาลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องใช้
 - (a) อนุสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอนุสัญญาโดยทั่วไปหรืออนุสัญญาโดยเฉพาะ ซึ่งตั้งกฎเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยโดยแจ้งชัดต่อรัฐคู่กรณี
 - (b) จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะเป็นหลักฐานแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย
 - (c) หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ซึ่งอารยประเทศรับรอง
 - (d) ภายใต้บังคับแห่งข้อบทข้อ 59 คำตัดสินขององค์การตุลาการ และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง แห่งประเทศต่างๆ ในฐานะเป็นเครื่องช่วยพิจารณาหลักกฎหมาย
- (2.) บทบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนอำนาจของศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยอาศัยหลักความยุติธรรมและความถูกต้องตามธรรมชาติ หากคู่ความตกลงตามนั้น

- อาจสรุปได้ว่า
- บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมได้แบ่งออกเป็น
- 1. บ่อเกิดโดยตรง =>
 - 1.1 กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร -> สนธิสัญญา
 - 1.2 กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร -> จารีตประเพณี, หลักกฎหมายทั่วไป
- 2. *สิ่งช่วยในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ คำสอนของผู้มี
คุณวุฒิอย่างสูง และคำตัดสินของศาล*
- 3. บ่อเกิดตามเจตนาของรัฐ => *หลักความยุติธรรมและความถูกต้องตามธรรมชาติ*
- ลำดับการใช้กฎเกณฑ์ในข้อ 38 ไม่ได้จัดเรียงตามลำดับศักดิ์ก่อนหลัง แต่ ใช้เพื่อเป็นแนว
ทางการตัดสินของศาลระหว่างประเทศว่าควรใช้กฎเกณฑ์ใดตามลำดับก่อนหลังเท่านั้น

- ๒. สนธิสัญญา (**Treaties**)

- ข้อ **38** แห่ง ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้วางหลักให้ศาลจะต้องใช้ อนุสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอนุสัญญาโดยทั่วไปหรืออนุสัญญาโดยเฉพาะ ซึ่งตั้งกฎเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยโดยแจ้งชัดต่อรัฐคู่กรณีบังคับแก่รัฐคู่กรณีนั้น
- สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องนำมาใช้ (เนื่องจากสนธิสัญญาก่อให้เกิด พันธกรณีระหว่างรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้น (ตามหลัก **pacta sunt servanda**) ในลักษณะเดียวกับที่ศาลในประเทศจะต้องพิจารณาตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาก่อน ต่อเมื่อไม่มีข้อสัญญาศาลจึงใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา

- **อนุสัญญา convention** ในข้อ **38** แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เป็นคำเดียวกันกับ **สนธิสัญญา treaties** ซึ่งบัญญัติในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 กล่าวคือ เป็นความตกลงระหว่างประเทศระหว่างรัฐซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นที่รับรองอย่างแข็งขันโดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างรัฐคู่กรณีโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าความตกลงระหว่างประเทศนั้นจะเรียกชื่อว่าอะไร เช่น **อนุสัญญา (treaties) พิธีสาร (protocol) ปฏิญญา (declaration) กฎบัตร (charter) กติกา (pact) กรรมาสาร (act) บันทึกแลกเปลี่ยน (exchange of notes) หรือ ข้อตกลง (agreement)**

- อนุสัญญาที่ศาลยุติธรรมจะนำมาบังคับใช้มีอยู่ 2 ประเภท คือ
- ก.อนุสัญญาทั่วไป ซึ่งมีกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีการรับรองอย่างแข็งขันและกว้างขวาง มีรัฐภาคีที่ให้ความยินยอมที่จะผูกพัน (**consent to be bound**) จำนวนมาก(โดยมากอนุสัญญาทั่วไปจะมีลักษณะเป็นอนุสัญญาที่สร้างหลักกฎหมาย)
- ข.อนุสัญญาเฉพาะ ซึ่งกล่าวถึงเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะผูกพันรัฐเพียงไม่กี่รัฐ
- -ในระหว่างอนุสัญญาด้วยกัน ต้องใช้อนุสัญญาเฉพาะตัดสินกรณีข้อพิพาทก่อน (ตามหลักกฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป)

- ๓ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

- ๓.๑ ความหมายและองค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

- ตามข้อบทที่ 38 วรรค 1(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่ **1** เป็นหลักฐานการถือปฏิบัติโดยทั่วไป (องค์ประกอบภายนอก) และ 2 เป็นที่ยอมรับกันว่ามีฐานะเป็นกฎหมาย (องค์ประกอบภายใน) จะเห็นได้ว่าลักษณะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวยากในการใช้และการตีความ นักนิติศาสตร์และคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศจึงมีการแยกแยะการพิจารณาองค์ประกอบว่ากฎเกณฑ์ใดจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ดังนี้ คือ

- ก.การถือปฏิบัติโดยทั่วไป
- ข.การถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและรูปแบบเดียวกัน
- (ค).ระยะเวลา
- ง.ความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นถูกต้องควรยอมรับเป็นกฎหมาย

- **๓.๒ ผลของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ**

- เมื่อมีจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นมาแล้วย่อมมีผลผูกพันทุกรัฐ รวมทั้งรัฐเกิดใหม่ เว้นแต่ในขณะหลักเกณฑ์ใดเริ่มก่อตัวขึ้น หากรัฐใด คัดค้านหลักเกณฑ์นั้นมาโดยตลอดรัฐนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์นั้น ๆ

ดูคดี **Anglo Norwegian Fisheries** และ คดี **Asylum**

- *ในจารีตประเพณีระหว่างประเทศมี ข้อสันนิษฐานว่ารัฐที่ไม่คัดค้าน หรือนิ่งเฉยเสีย ถือว่า เป็นการยอมรับ (**estoppel** หลักกฎหมายปิดปาก) ดังนั้นรัฐที่ไม่ยอมรับหรือไม่เห็นได้กับการปฏิบัติ
- -จารีตประเพณีมีทั้งจารีตประเพณีทั่วไป และจารีตประเพณีเฉพาะระดับ ภูมิภาคหากมีข้อพิพาทศาลต้องใช้จารีตประเพณีเฉพาะก่อน (ตามหลัก กฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป)

- ๔.หลักกฎหมายทั่วไป
- ข้อ 38 วรรค 1 (C) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระบุว่า นอกจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศและอนุสัญญาแล้วยังมีบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภท “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ ด้วย:
- หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายทั่วไปอันมีใช้อยู่ในทุกระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็น **common law** **civil law** หรือ **socialist law**

- **๕. สิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ**
- ข้อบทที่ 38 วรรค 1 (d) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงสิ่ง¹ที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่ามีอยู่ 2 ประเภท คือ 1 คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล และ 2 คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง
- **๕.๑ คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล**
- - ศาลในที่นี้หมายถึง ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ ในสมัยของสันนิบาตชาติ ปัจจุบันสิ้นสภาพและถูกแทนที่ด้วยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

- **๕.๒ คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง**
- ถือว่ามีบทบาทอย่างมากในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศจะหลีกเลี่ยงการอ้างคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิโดยตรง (แต่คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิมักปรากฏในความเห็นแย้งของคำชี้ขาดในลักษณะสนับสนุนความเห็นดังกล่าว)

- ๖ หลักความยุติธรรมและความถูกต้องตามธรรมชาติ
- แม้ใน ข้อบทที่ 38 วรรค 2 จะมอบอำนาจให้ศาลอาศัยหลักความยุติธรรมและความถูกต้องตามธรรมชาติ (หลัก **equity**) ในการพิจารณาคดีได้ หากคู่กรณีตกลงตามนั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลมักพิจารณาว่า หลัก **equity** ดังกล่าวถือเป็น หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศ ซึ่งศาลสามารถยกขึ้นมาพิจารณาได้เองตามข้อบทที่ 38 วรรค 1 (C) คู่ความไม่จำเป็นต้องยอมรับตามนั้น เช่น คดี **diversion of water from Meuse** (เบลเยียม vs เนเธอร์แลนด์)

- ๗ บ่อเกิดอื่น ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ
- **๗.๑ ข้อมติขององค์กรระหว่างประเทศ** โดยมากปรากฏอยู่ในรูปแบบปฏิญญาสากลต่าง ๆ แม้ยังไม่มีฐานะเป็นสนธิสัญญา แต่มีแนวโน้มว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวจะพัฒนาเป็นจารีตประเพณี หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศต่อไป
- **๗.๒ การให้คำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐ** อันเป็นการที่รัฐหนึ่งให้คำมั่นต่อรัฐหนึ่งหรือต่อประชาคมโลก ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายคือ รัฐผู้ให้คำมั่นยอมผูกพันต่อการให้คำมั่นทันทีตามหลักสุจริต เช่น เช่นคดี **Nuclear test** (ฝรั่งเศส)
- **๗.๓ *jus cogen* หรือหลักการที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้** อันเป็นหลักเกณฑ์ที่สังคมระหว่างประเทศทั้งหมดให้การยอมรับ เช่นการห้ามค้าทาส การห้ามการเลือกปฏิบัติระหว่างเชื้อชาติ การห้ามการใช้กำลังทหาร การห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การห้ามการทรมาน